

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 26 - dezembro 2019
Periodicidade: Semestral

Diretor

Desembargador Marcos Alaor Diniz Grangeia

Coordenador do Comitê de Redação Científica

Juiz Edenír Sebastião Albuquerque da Rosa

REVISTA DA **Emeron**



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



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 - emeron.tjro.jus.br

Editor Responsável

Juiz Edenír Sebastião Albuquerque da Rosa

Coordenação de Conteúdo

Eduardo Ribeiro dos Santos
Neuma Oliveira Souto Dória

Capa - Projeto Gráfico

Marcelo de Oliveira Cidade

Obra de arte - capa

Flávio Dutka

Produção

Assessoria de Comunicação da Emeron - Ascom

Impressão

Núcleo de Serviços Gráficos - Nugraf

Tiragem

500 exemplares

Disponível também em: emeron.tjro.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.

Fotografias do acervo da Mostra Cultural do Judiciário (2017,2019).

Revista da Emeron / Escola da Magistratura do Estado de Rondônia. - n.26 (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
O DEPOIMENTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE VÍTIMA OU TESTEMUNHA DE VIOLÊNCIA – NOVOS PARADIGMAS COM A LEI 13.431/2017	13
DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR: DEPENDENTE COM NECESSIDADE ESPECIAL.....	39
REESTRUTURAÇÃO DA RELAÇÃO CONJUGAL - TERAPIA FAMILIAR SISTÊMICA BREVE	63
A (IN)VISIBILIDADE DAS COMUNIDADES RIBEIRINHAS DO RIO MADEIRA: ANÁLISE DO REASSENTAMENTO DOS MORADORES DO BAIRRO TRIÂNGULO	89
A AGRESSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO SUPERENDIVIDAMENTO.....	115
A GESTÃO E UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS DECORRENTES DE PENAS PECUNIÁRIAS: A EXPERIÊNCIA DA VEPEMA PORTO VELHO	135
CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: FLUXOGRAMA MÍNIMO E MÁXIMA EFETIVIDADE.....	155
CONTRATAÇÃO DIRETA DO BUILT TO SUIT PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	185
LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JURISDICIONAL VERSUS SEGREDO DE JUSTIÇA E DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DIGITAL	205
O MODELO TRADICIONAL DE LICITAÇÃO E O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....	239
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA. UM ESTUDO NA COMARCA DE PORTO VELHO-RO	271
A OBRIGATORIEDADE DA AUDIÊNCIA INICIAL DE CONCILIAÇÃO E SUA EFICÁCIA FRENTE AO PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL.....	295
A TEORIA DOS JOGOS DE NASH UTILIZADA COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	319
TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: O ATIVISMO JUDICIAL NA GARANTIA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS, ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL.....	341



Por-do-sol na zona rural da Comarca de Machadinho do Oeste
Autor: Moacir da Cruz Santos

APRESENTAÇÃO

Semeando...

Semeando...

A Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON integra o Tribunal de Justiça do Estado - TJRO, criada pela Res. n. 11, de 20 de agosto de 1986. Sua existência tem o propósito de formação, qualificação e atualização dos magistrados e dos servidores do Poder Judiciário de Rondônia, propiciando o acesso os conhecimentos necessários ou de interesse para construção e evolução profissional e humana.

Por obra de visionários e comprometidos dirigentes e colaboradores, a Escola permitiu aos seus usuários convivência com diversas personalidades memoráveis e de destaque nacional e internacional nas mais diversas áreas do conhecimento com abordagens nas áreas jurídica, sociológica, filosófica, de gestões públicas e privadas, psicológicas - terapêuticas, dentre outras, além de integração com diversas instituições também nacionais e internacionais.

Os programas institucionais no objetivo de qualificação e aperfeiçoamento dos magistrados e servidores, com realizações de cursos e eventos sob o viés da capacitação técnico-jurídica, transcenderam para a concepção humanista de jurisdição, de responsabilidade social e de integração institucional aos fins públicos do Estado, o que resultou na habilitação da Escola à condição de Escola de Governo, redimensionando os seus programas e objetivos de modo a consolidar-se em Instituição de Ensino Superior para a oferta de cursos de pós graduação lato sensu ampliando essa oferta para o stricto sensu na realização de mestrados, vislumbrando, por conseguinte, a realização de doutorados.

Nessa história muitas sementes foram lançadas de forma visionária e que, hoje, tornam a Escola da Magistratura de Rondônia uma respeitada Instituição de Ensino Superior (IES), espelho de boas práticas em Escolas Judiciais na sua atuação nas dimensões de ensino, pesquisa e extensão. Muito há que ser feito ainda e muitas contribuições são esperadas para seu enriquecimento.

A revista da Emeron acompanha a trajetória da instituição desde de 1996. Interrompidas as edições por um período, foi retomada na gestão atual do diretor Desembargador Marcos Alaor Diniz Granjeia e vice-diretor Guilherme Ribeiro Baldan, com a colaboração de muitos magistrados e servidores e contribuição de muitas outras personalidades.

Como integrante da condição e da formação humana, a Escola pretende dar voz a diversas indagações, eventualmente simples, mas de reflexões necessárias como: o que você consegue ver que eu ainda não vejo? como está vendo isso? como você deveria ser ou estar isso? por que acha que deveria ser ou estar assim? Enfim, incertezas, dúvidas, reflexões, ideias e propostas que contribuíam para um próximo passo na construção de uma sociedade melhor.

A Revista n. 26 da Emeron marca o encerramento de mais um biênio que intermedia uma longa caminhada da instituição, caminho já percorrido e a percorrer e o sentimento de gratificação pelos feitos conquistados. É a história da Escola que sempre tributará honra e homenagens a todos magistrados, servidores e outras personalidades que colaboraram na entrega de conhecimentos e na esperança de contribuir para a melhoria da vida social.

Esse periódico tem tributado aos artistas locais espaços para revelação de grandiosas mensagens artísticas e aos articulistas um foro para expressão de ideias e concepções a serem compartilhadas com aqueles que ouvirem os chamados às reflexões propostas. O convite à criatividade e ao potencial de novas propostas e ideias já debatidas ou inovadoras, foi aceito por diversos magistrados e servidores que compartilharam reflexões sobre temáticas locais, regionais, nacionais ou universais e escrevem ou reescrevem sob a mais genuína visão dos

viventes deste generoso e grandioso Estado da Região Norte. Mesmo nas reflexões mais simples e já debatidas, o propósito é de vivificação sob vieses humanistas.

A Escola e a Revista também propõem contribuições a cada um. E todos são convidados e bem-vindos à colaboração. A disposição dos colaboradores na aventura de explorar instigantes temas apresentados nas diversas edições da Revista sempre renovaram a confiança no compromisso humano com um propósito de contribuir para a melhoria e transformação social.

Oportuna a obra “O Semeador”, do artista plástico Flávio Dutka a externar o espírito dos integrantes e colaboradores da Escola em preparar o terreno para que a colheita seja completa e os frutos sejam bons. A arte simboliza o esforço diário em promover educação de qualidade para os membros e colaboradores do Sistema de Justiça do Estado de Rondônia e o compromisso com os mais altos valores sociais da humanidade viva.

Em tempos de formas modernas de expressão do pensamento como o meio digital e a rede mundial de comunicabilidade via internet de ampla acessibilidade, a par do elevado valor desse formato, a edição da revista impressa é exceção à modernidade possível ser concebida tradicionalismo destoante. Ela, ainda assim, pretende continuar sendo veículo de expressão às reflexões que prestigiem e homenageiem a todos que, nesse modelo de edição, se sintam reconhecidos e atendidos.

Aos colaboradores e leitores nossos agradecimentos.



ArvoresSER
Wilson Pereira da Rocha Neto

ARTIGOS

Cláudia Vieira Maciel de Sousa

Mestre em Direitos Humanos e Sistemas de Justiça pela Universidade Federal de Rondônia – Unir e Escola da Magistratura de Rondônia. Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Puc/Minas. Professora de Processo Penal I no curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura de Rondônia – Emeron (Polo Ji-Paraná). Juíza de Direito desde 2008. Titular da Vara Criminal Única da Comarca de Rolim de Moura – Rondônia. E-mail: cvmshls@gmail.com

O DEPOIMENTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE VÍTIMA OU TESTEMUNHA DE VIOLÊNCIA – NOVOS PARADIGMAS COM A LEI 13.431/2017

Cláudia Vieira Maciel de Sousa

RESUMO

O presente artigo aborda o depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência que prestados em juízo, estando restringido o estudo à seara criminal. Para além de evidenciar a complexidade da ouvida desses menores em um processo judicial, expõe algumas das importantes mudanças introduzidas com Lei 13.431/2017 e que constituem uma mudança de paradigma no sistema de justiça. Como se verá neste trabalho, a ampla e especial proteção aliada ao reconhecimento de direitos humanos e fundamentais, ganharam primazia absoluta e ascenderam a criança e adolescente a uma condição especial de sujeito de direitos. A conclusão o artigo destaca a fundamental compreensão da metodologia para sua eficaz aplicação e, ainda, a supremacia dos direitos e proteção das vítimas frente à prova criminal.

Palavras-chave: Depoimento Especial. Prova Penal. Vitimologia. Direitos Humanos. Menores Vítimas ou Testemunhas de Violência.

Introdução

Com o advento da Lei 13.431/2017, o procedimento para a “ouvida” da criança e do adolescente, vítima ou testemunha de violência, passou a ser orientado por uma metodologia cujo formato prestigia a peculiar condição de vulnerabilidade desses menores, o que decorre, em especial, da incompletude do desenvolvimento, tanto no aspecto da maturidade física como intelectual.

A Lei, em vigor desde 05 de abril de 2018, representa um

importante avanço em matéria de direitos humanos. Para além de ratificar a já aclamada doutrina da proteção integral e a prioridade absoluta das crianças e adolescentes, a nova regulamentação efetiva a concepção destes como sujeitos de direitos. E isto representa uma mudança de paradigma com impactos importantes, notadamente no processo penal, o qual delineado para o colhimento da prova.

Se para um adulto é desconfortável prestar depoimento em audiência, mais perturbador é o evento para uma criança ou adolescente, ainda mais quando comparece para falar da violência sofrida ou testemunhada. O ambiente formal, a linguagem incompreensível e, principalmente, a abordagem inadequada, provocam uma revitimização, por vezes, até pior que o episódio mal-entendido pela vítima ou testemunha (PÖTTER, 2016. ZAVATTARO, 2018).

Conquanto algumas mudanças a favor das vítimas em geral tenham sido introduzidas no Código de Processo Penal em 2008, essencialmente com a Lei 11.690, fato é que, mesmo estes avanços não são suficientes para atender a peculiar situação da criança ou adolescente enquanto na condição de vítima ou testemunha de violência. Entre as inovações da Lei 11.690/2008 está o reconhecimento do direito do ofendido de ser comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão (CP., art. 201, §2º); o direito a ter um espaço separado enquanto espera a realização da audiência ou durante a solenidade (CP., art. 201, §4º); e ainda, a previsão de encaminhamento da vítima à atendimento multidisciplinar (CP., artigo 201, §5º).

Foi justamente para minimizar os efeitos deletérios do processo judicial, que surgiu a Lei objeto deste estudo, a qual estabelece, não apenas o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, mas também prevê a responsabilização por ofensa a esses direitos, precipuamente, quando do não oferecimento ou oferta irregular de políticas e programas integrados de atendimento a esses menores (Lei 13.431/2017, art. 25).

O escopo do presente artigo é demonstrar a mudança de paradigma corroborada no sistema de justiça com a chegada da Lei 13.431/2017 e, ao tratar especificamente do depoimento especial,

restringirá o estudo ao depoimento na seara criminal, pontualmente, o que prestado perante a autoridade judiciária.

Como se verá neste trabalho, a ampla e especial proteção aliada ao reconhecimento de direitos humanos e fundamentais, ganharam primazia absoluta e ascenderam a criança e adolescente a uma condição especial de sujeito de direitos. Via de consequência, a salvaguarda e o exercício destes, devem ser garantidos ainda quando debilitem a própria produção da prova no processo penal.

A pertinência deste estudo está na necessária compreensão desta nova metodologia, agora regulamentada por Lei, e que representa a consagração de direitos já há muito estabelecidos em instrumentos de direitos humanos, como a exemplo a Declaração Universal dos Direitos das Crianças, conhecida como Declaração de Genebra (1.924) e ainda na Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989.

Na nova Lei, a doutrina da proteção integral exsurge acampando a obrigação de colocar os menores a salvo da vitimização secundária e, traz como postulado a prevalência da decisão que melhor atenda o interesse da criança e adolescente. Outro grande avanço é que a Lei reconhece, como direito desses menores, serem ouvidos em todos os processos que a eles interessar.

A metodologia desenvolvida nesta pesquisa, ateve-se à análise qualitativa, por intermédio da pesquisa e revisão bibliográfica e o estudo está dividido em três tópicos.

Inicia com breve estudo sobre os Direitos Humanos e Direitos Fundamentais das crianças e adolescentes, trazendo na sequência um relato da experiência gaúcha com o “Depoimento Sem Dano”. Considerações pontuais sobre a complexidade do depoimento abrem o último tópico deste trabalho e, ao passo que o introito provoca reverberações sobre o modelo tradicional, avança para alguns pontos importantes do novo procedimento.

À guisa de conclusão o artigo destaca a fundamental compreensão da metodologia para sua eficaz aplicação e, ainda, a supremacia dos direitos e proteção das vítimas frente à prova criminal.

Direitos Humanos e Direitos Fundamentais das Crianças e Adolescentes

A despeito de uma certa sinonímia entre as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” e, isso se deve em parte porque ambas as expressões estão afetadas à dignidade da pessoa humana, essas expressões possuem distinção.

A Professora Vanessa de Biassio Mazzutti leciona que, enquanto aquela refere-se ao direito instituído no plano internacional e reconhecido a todo e qualquer ser humano, independentemente da nacionalidade; este, por sua vez, “está ligado diretamente ao direito reconhecido pelo direito positivo e constitucionalmente previsto em uma Nação.” (2012, p.30)

Mesmo que já alcançadas pelos direitos e garantias comuns a todo ser humano, as especificidades de pessoa em desenvolvimento e, ainda, a peculiar vulnerabilidade, mereceram a particular proteção e a individualização específica de alguns dos seus direitos, tanto no plano internacional como na Magna Carta e legislação especial.

A Declaração dos Direitos da Criança, conhecida como Declaração de Genebra (1924) erigida sob o favor da Liga das Nações¹, como também, a Declaração de 1959, que é resultado do trabalho desenvolvido por nove anos pela Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – ONU (AZAMBUJA, 2017), constituem importantes documentos que evidenciam a gênese e a evolução do reconhecimento desses direitos.

Embora a primeira declaração (1924), tenha sido muito criticada e isso mereceu pelo “tom” tímido empregado no texto², interpretado como “solicitações” ao invés de impor a obrigatoriedade de respeito aos direitos das crianças e adolescentes (ROSEMBERG; MARIANO, 2010), serviu de marco para que, mais tarde, a Declaração dos Direitos

1 Este documento, conforme leciona AZAMBUJA (2017) é fruto da luta da ativista britânica Eglantyne Jebb que, em agosto de 1923, redigiu “as bases de um trabalho de proteção permanente à infância, aclamada pela opinião pública e adotada pelo Conselho Geral da União Internacional de Socorro às Crianças” (ob. cit., p. 31).

2 Outro fator preponderante que pode ter influenciado para que o documento não tenha alcançado o impacto necessário, pode ter sido em razão do panorama histórico à época em que já se vislumbrava o insucesso da Liga das Nações (SOUZA, 2001 apud AZAMBUJA, 2017, p. 32).

da Criança (1959)³, em um de seus princípios⁴, aclamasse a prevalência do melhor interesse da criança em todas as decisões que viessem a envolver qualquer ser humano com menos de 18 anos (ZAVATTARO, 2018).

Três décadas mais tarde, novo documento vem solidificar e ampliar as conquistas. Rosenberg e Mariano (2010), destacam que:

A Convenção de 1989, em relação às declarações internacionais anteriores, inovou não só por sua extensão, mas porque reconhece à criança (até os 18 anos) todos os direitos e todas as liberdades inscritas na Declaração dos Direitos Humanos. Ou seja, pela primeira vez, outorgaram-se a crianças e adolescentes direitos de liberdade, até então reservados aos adultos. Porém, a Convenção de 1989 reconhece, também, a especificidade da criança, adotando concepção próxima à do preâmbulo da Declaração dos Direitos da Criança de 1959: “a criança, em razão de sua falta de maturidade física e intelectual, precisa de uma proteção especial e de cuidados especiais, especialmente de proteção jurídica apropriada antes e depois do nascimento.”

A Convenção dos Direitos da Criança (1989) é o instrumento de Direitos Humanos mais amplamente ratificado na história mundial, pois já somados o compromisso formal de 195 países⁵ e como bem lembrado por AZAMBUJA:

“A Convenção foi o primeiro instrumento internacional a apresentar as obrigações dos Estados com a infância, constituindo-se em um tratado de direito internacional público que representa o mínimo que cada nação deve garantir às suas crianças. O governo brasileiro, em 26.01.90, ratificou o documento, vindo o texto a ser aprovado pelo Decreto Legislativo n. 28, de 14.9.90, promulgado pelo Decreto

3 Vale destacar que, como bem lembra AZAMBUJA (ob. cit. p.39), a Declaração dos Direitos Humanos também serviu de fonte para a nova Declaração dos Direitos da Criança de 1959, assim como o conjunto de diretrizes que, por intervenção da ONU, foi apresentado pelo Conselho Econômico e Social e 1946 e que inclusive desta acabou por dar origem o UNICEF e da seção da UNESCO, ambas em atividade.

4 Trata-se do segundo princípio.

5 Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-com-adesao-do-sudao-do-sul- apenas-eua-nao-ratificaram-convencao-sobre-os-direitos-das-criancas/> Acesso em 20 set. 2019.

Presidencial n. 99.710, de 21.11.90”⁶ (ob. cit., p. 42).

Em seu artigo 12, a Convenção dos Direitos da Criança estabelece o direito desta em ser ouvida em todos os processos de seu interesse e, conforme leciona ZAVATTARO (2019), é com base neste dispositivo, que a implementação do depoimento especial vem se justificando. No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos fundamentais das crianças e adolescentes estão previstos na Magna Carta de 1988 e na Lei 8.069/1990.

O artigo 227 da Constituição Federal, esteado na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança⁷, consagra a doutrina da proteção integral, rompendo assim a anterior doutrina da situação irregular (AZAMBUJA, 2017).

Conforme o artigo 227:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Do artigo retro colacionado depreende-se o dever que a todos é imposto, consistente em garantir à criança e ao adolescente não apenas a dignidade e respeito, mas a obrigação de colocá-la a salvo de toda e qualquer forma de violência. Neste ponto, vale chamarmos antecipadamente à reflexão, a questão da sobrevivitização, também nominada de vitimização secundária e que consistente no dano que advém do próprio sistema de justiça no curso e no cumprimento dos atos do processo (PÖTTER, 2016), pois não se ignora que é uma forma de violência.

Outro importante documento na legislação brasileira, como já destacado, é a Lei 8.069/90 que instituiu o Estatuto da Criança e do

6 Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/norma/535984> Acesso em 20 set. 2019.

7 O Brasil veio a ocupar destaque no cenário mundial ao embasar-se na Convenção, mesmo antes de firmá-la (AZAMBUJA, 2017, p. 51)

Adolescente – ECA., e que teve por finalidade “dar maior normatividade ao comando constitucional” (ZAVATTARO, 2018, p. 32).

Este estatuto elevou a criança e adolescente à sujeitos de direitos, estabeleceu a prioridade absoluta (Lei 8.069/90, art. 4º, parágrafo único) e, encetou mudanças significativas na elaboração de políticas públicas voltadas à infância, como a exemplo a criação de serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão (Lei 8.069/90, artigo 87, inciso III).

Como se percebe dos documentos abordados neste capítulo, o processo de reconhecimento dos direitos das crianças e adolescentes e sua normativa é algo bem recente. Esses instrumentos refletem conquistas significativas, mas não produziram ainda todas as transformações necessárias a garantir a plena satisfação dos direitos desta minoria. No entanto, constituíram, e ainda devem servir de fundamento para outras leis, assim como impulsionar programas e projetos, como ocorreu no Rio Grande do Sul.

O projeto “Depoimento sem Dano”, que chegou a motivar uma Recomendação do Conselho Nacional de Justiça, é fruto não apenas do respeito às crianças e adolescentes, mas também da compreensão dos seus direitos e do postulado que determina sejam elas colocadas a salvo de todo e qualquer tipo de violência. O olhar atento e humano de um magistrado conduziu à percepção da revitimização imposta quando da tomada dos depoimentos.

O método “Depoimento sem Dano”, hoje rebatizado de “Depoimento Especial” pela Lei 13.431/2017 é justamente o que iremos abordar no nosso próximo capítulo.

O surgimento do “Depoimento Sem Dano”

Vítimas ou testemunhas infantojuvenis, até a entrada em vigor da Lei 13.431/2017, eram ouvidas em juízo, geralmente, seguindo-se os procedimentos que afetos a qualquer adulto, os quais previstos

nos capítulos V e VI do Código de Processo Penal. Como sói acontecia, eram ouvidas na presença de várias pessoas e, em alguns casos, até mesmo na presença do suposto agressor.

Objetivando oferecer um espaço mais acolhedor e condizente aos aspectos de desenvolvimento dos menores que eram levados à justiça para prestar depoimentos ou testemunhos, no ano de 2003, o então juiz da Segunda Vara da Infância e Juventude da comarca de Porto Alegre, hoje Desembargador José Antônio Daltoé, deu início ao projeto de escuta especializada que, mais tarde, passou a se chamar Depoimento Especial (TABAJASKI; VICTOLLA; VISNIEVSKI, 2019).

A iniciativa, consoante artigo da Psicóloga Betina Tabajaski em coautoria com as assistentes sociais Cláudia Tellini Victolla e Vanea Maria Visnievki (2019), que também atuavam no Segundo Juizado da Infância da Capital Gaúcha, surgiu tendo por base os resultados da pesquisa realizada pela promotora de justiça Velela Dokbe, publicada em seu livro: “Abuso Sexual: a inquirição das crianças – uma abordagem interdisciplinar”.

Na pesquisa, que alcançou vários processos criminais, a promotora Velela Dokbe constatou várias dificuldades na realização do depoimento dos menores, apercebendo-se que tais eram decorrentes do fato de que para a realização do ato, eram ignoradas as peculiaridades do universo infantil. O resultado de seu estudo, conduziram-na a reconhecer que “para a obtenção de um relato com conteúdo, não basta forma adequada com critérios próprios, para ouvir a criança é preciso ‘querer’ ouvi-la” (2001, p.23).

Através de sua obra, DOKBE, chamou a atenção para a forma como eram realizados os depoimentos e propôs o aprimoramento do sistema de justiça, fazendo referência ao modelo utilizado por outros países.

Um dos exemplos citados fez referência a utilização da Câmara de Gessel que consistia em uma sala de vidro espelhado, dentro da qual permanecia apenas a criança ou adolescente e o técnico responsável pela colheita do depoimento; do outro lado, em uma sala contígua, operadores do direito assistiam e, oportunamente, faziam intervenção diretamente ao profissional que fazia a colheita do depoimento

(TABAJASKI; VICTOLLA; VISNIEVSKI, 2019).

Zavattaro (2018), esclarece que a Argentina é pioneira na utilização do sistema da Câmara de Gessel para a colheita da prova testemunhal da criança vítima de violência. De acordo com a autora, as Câmaras “estão originalmente instaladas nas sedes do Ministério Público que, embora autônomo, faz parte do Poder Judicial na estrutura daquele país”.⁸

No Brasil, a tomada do depoimento na metodologia do Depoimento Especial já iniciou com a utilização de um circuito interno de televisão e videogravação, permitindo-se assim o acompanhamento em tempo real e, não necessariamente na sala ao lado. Um dos objetivos da gravação foi “reduzir o número de vezes que a criança, ou o adolescente, tivesse de falar sobre a violência sofrida, evitando a revitimização” (TABAJASKI; VICTOLLA; VISNIEVSKI. 2019, p. 66).

A experiência e as pesquisas que se seguiram à implantação do projeto, contribuíram para o aprimoramento da metodologia aplicada, o que possibilitou fosse ampliada. Aprouve assim a nomeação de três etapas: acolhimento inicial; depoimento; acolhimento final⁹. O profissional atuante no depoimento, nominado inicialmente de Técnico Facilitador recebeu então o título de “Entrevistador Forense”. A equipe multidisciplinar recebeu várias capacitações, aprimorando a técnica e experimentando os protocolos de entrevista (ob. cit., pp 68-75).

A obra de Tilman Furniss: “Abuso Sexual da Criança: Uma abordagem Interdisciplinar” (1993) foi outro referencial teórico importante no desenvolvimento e aprimoramento do projeto Depoimento Sem Dano. Tabajaski *et al* (ob. cit) destacam a obra de Furniss como salutar para a compreensão e organização do trabalho em etapas; o estudo quanto a dinâmica do abuso e os danos primários

8 Ao relatar o funcionamento da Câmara, Zavattaro (2018), descreve não haver sistema de áudio entre as salas componentes da Câmara, de modo que, a fim de possibilitar as intervenções, “o psicólogo sai da sala e se dirige aos observadores, questionando-os acerca de eventual complementação, antes de encerrar a entrevista” (ob. cit. p.105).

9 A fase do acolhimento inicial, que ocorre nos trinta minutos que antecedem à solenidade, acontece a recepção do menor que será ouvido e, este momento, é reservado para explicar o procedimento da audiência e atenuar a ansiedade. O acolhimento final, por sua vez, foi criado, com o fito de contribuir para que entrevistados e familiares “saíssem da audiência em estado emocional positivo” (TABAJASKI; VICTOLLA; VISNIEVSKI. 2019, p. 68).

e secundários decorrentes desta violência, incluindo-se entre esses danos o que produzido por profissionais com práticas que impingem a revitimização; e ainda, da importância da adequada condução da entrevista, priorizando-se perguntas abertas, não sugestivas, não múltiplas, ou fechadas (FURNISS, 1993 apud TABAJASKI; VICTOLLA; VISNIEVSKI. 2019).

Destarte, o projeto gaúcho tem importância não apenas pelo trabalho desenvolvido, mas pelo pioneirismo, fator este que certamente o tornou mais desafiador e maiores foram as barreiras a serem suplantadas à época. O empenho para superar as resistências, ainda mais porque não havia lei específica, torna-o merecedor de reconhecimento.

A despeito de já ser reconhecido nos primeiros anos após sua implantação, dada o diferencial e caráter humano do projeto, a consagração do trabalho veio sete anos após.

O Conselho Nacional de Justiça, através da Recomendação 33, datada de 23 de novembro de 2010, orientou todos os Tribunais do país a implantarem o sistema de depoimento videogravado para a ouvida das crianças e adolescentes, indicando que a realização deveria ocorrer em ambiente separado da sala de audiências e, a intervenção deveria ficar à cargo de profissional especializado, devendo este, inclusive, ser capacitado para o trabalho. (incisos I e II da Recomendação)¹⁰

Ainda de acordo com a Recomendação:

III – o acolhimento deve contemplar o esclarecimento à criança ou adolescente a respeito do motivo e efeito de sua participação no depoimento especial, com ênfase à sua condição de sujeito em desenvolvimento e do conseqüente direito de proteção, preferencialmente com o emprego de cartilha previamente preparada para esta finalidade.

IV – os serviços técnicos do sistema de justiça devem estar aptos a promover o apoio, orientação e encaminhamento de assistência à saúde física e emocional da vítima ou testemunha e seus familiares, quando necessários, durante e após o procedimento judicial.

10 Disponível em: https://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendao-n-33-23-11-2010-presidencia.pdf Acesso em: 10 set. 2019.

V – devem ser tomadas medidas de controle de tramitação processual que promovam a garantia do princípio da atualidade, garantindo a diminuição do tempo entre o conhecimento do fato investigado e a audiência de depoimento especial.

Passados ainda pouco mais de cinco anos, ao primeiro dia de dezembro de 2015, o Projeto de Lei 3792 de autoria da Deputada Federal Maria do Rosário foi apresentado na Câmara dos Deputados. E, ao final de junho do ano seguinte, recebeu trâmite preferencial, com esteio no Art. 155, RICD¹¹, tendo sido transformado em Lei aos 04 de abril de 2017 com período de *vacatio legis* de 01 ano da publicação oficial¹² (artigo 29 da Lei 13.431/2016).

Fábio Vieira Heerdt (2019) esclarece que o Projeto de Lei 3792/2015, foi apresentado em um momento de comoção nacional e por isso ganhou impulso (ob. cit. p. 103). À época, final de maio de 2016, em evidência, o caso do estupro coletivo ocorrido no Rio de Janeiro, em que uma adolescente foi violentada sexualmente por mais de trinta homens. Lembra o magistrado que o crime bárbaro ocorreu três dias após a data “em que é relembrado o designado Caso Araceli, ocorrido quarenta e três anos antes, no Espírito Santo” (ob. cit., p. 103 e 104).

Justificada nos direitos humanos das vítimas, Heerdt (idem), aplaude a Lei, entendendo ser ela, apta a promover “um ponto de viragem civilizatório assaz importante na proteção de crianças e adolescentes”. Adiante complementa que, a notabilidade da lei se dá principalmente no processo penal, para quem a vítima “sempre foi apenas uma fonte de prova como qualquer outra.” (p. 104-105).

De fato, ignorada no processo penal, a vítima estava relegada a ser simplesmente vista como fonte de prova. E, quando esta vítima era uma criança ou adolescente, os danos advindos da judicialização do fato eram inevitáveis. A vulnerabilidade e o sistema que ignorava as especificidades dos menores de idade, bem como a complexidade da ouvida nestes casos, tornava o ato um binômio de violação e constrangimento. Por vezes, delicado até para os demais participantes

11 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2057263&fichaAmigavel=nao> Acesso em: 10 set. 2019.

12 Publicada no DOU de 5.4.2017.

da solenidade.

Abriremos o próximo capítulo, abordando precisamente a complexidade do depoimento especial, para de imediato expormos a metodologia estabelecida pela Lei 13.431/2017 que vem a ser, não a solução que irá aplacar o problema da vitimização secundária, mas a amenização dos efeitos, tornando o sistema de justiça mais consentâneo aos direitos humanos afetos a todas as crianças e adolescentes alcançadas direta ou indiretamente pela violência.

A complexidade do depoimento e a metodologia consagrada pela Lei 13.431/2017

Prefaciando a valiosa obra de Veleda Dobke, o psicólogo e professor Jorge Trindade, aborda alguns dos problemas, os quais não são apenas jurídicos, e que constatados quando do ato procedimental de ouvir uma criança ou adolescente na condição de vítima. Destaca o professor que a colheita do depoimento exige competências múltiplas também no sentido epistemológico, salientando que: “A consciência dos limites do conhecimento é que abre as portas do próprio conhecimento.” (2001, p. 15-18).

Além das competências múltiplas lembradas pelo professor Trindade, Welter e Feix (2010) lecionam que:

“...a forma como a criança é questionada e o modo como é entrevistada, incluindo o próprio ambiente físico onde isso acontece e o número de entrevistas realizadas, entre outros, podem ser fatores determinantes para a qualidade de sua memória e de seu relato” (p. 157).

Cristina Di Gesu, (2014) ao abordar os fatores de contaminação da prova oral no processo penal, elenca, além do transcurso do tempo, a linguagem e o método do entrevistador que, por diversas formas podem também influenciar, como a exemplo, a repetição de perguntas dentro da entrevista, o tom sentimental da entrevista e, inclusive, o status do entrevistador.

Anote-se que, o trabalho de Di Gesu refere-se a toda a prova oral no processo penal, não sendo constatação exclusiva dos depoimentos infantis. Aliás, interessante na referência da autora, a questão da influência exercida pelo status do entrevistador. Evidente, portanto, que quanto mais formal o ambiente, mas cerimonioso, maior é a tensão sobre o evento e, conseqüentemente, maior é o risco da criança ou adolescente, no afã de encerrar logo o depoimento, ou mesmo, atender a expectativa do entrevistar, responder aquilo que ela crê ser a resposta esperada, o que necessariamente não corresponderá à verdade.

ZAVARATTO, no trabalho que já referenciamos alhures, ao tratar da sugestibilidade, que é “uma vulnerabilidade da memória e pode ter efeitos muito mais complexos em crianças com até cinco anos de idade...” (2018, p. 83), também alerta que a repetição de perguntas podem levá-las a compreender a insistência “como uma insatisfação do entrevistador, fazendo com que elas busquem respostas diversas.” (pp. 84-85).

O Depoimento da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência requer inúmeros cuidados. Como advertido por vários estudiosos, ainda mais quando tratar-se de revelação de abuso sexual, esta possui vertentes que não podem ser ignoradas: “se por um lado, pode gerar um alívio pelo rompimento do segredo; por outro lado, poderá levar a criança e adolescente a enfrentar uma exposição mais difícil.” (TABAJASKI; VICTOLLA; VISNIEVSKI, 2019).

À vista disso tudo, sobressai a complexidade que envolve a participação da criança e adolescente no processo penal, ainda mais quando a sua participação segue os parâmetros de uma inquirição e envolto à formalismo e em ambiente que, já não bastasse ser estranho ao cotidiano dos menores é, ademais, pouco ou nada aconchegante. Das referências acima colacionadas constata-se, sem margens para quaisquer dúvidas, que a ouvida da criança e adolescente no método tradicional, ou seja, na sala de audiências e com a participação das partes, além de constrangedor e revitimizador, pode comprometer a fala do(a) menor.

Buscando humanizar o ato da escuta da criança e adolescente em

situação de violência é que surgiu o Depoimento sem Dano e, agora, a Lei 13.431/2017.

Cotejando as práticas tradicionais com as práticas não revitimizantes, Daltoé esclarece que o depoimento especial é importante, mesmo nos casos de abuso sexual, e isso também porque, se não ouvirmos a criança ou adolescente, ainda que assim o façamos a pretexto de protegê-la, estaremos transmitindo à ela a ideia de que “não há interesse em conhecer sua experiência mesmo que, com muito sofrimento, tenha ela conseguido revelá-la. É como se o adulto não quisesse acreditar ou saber do abuso” (2014, p. 259). O mesmo autor, acrescenta adiante que este agir, faz com que a criança sinta “que o adulto não quer ouvir sobre sua experiência, da mesma maneira como as pessoas não queriam acreditar no abuso ou saber dele antes” (FURNESS apud DALTOÉ, 2014, p. 260).

Para além, Daltoé, ainda justifica que:

“...espaço físico projetado para o acolhimento, a preparação específica de profissionais para esse delicado momento e um olhar do sistema de justiça que se volte mais para o exercício de um direito são características que, sem dúvida alguma, já qualificam, positivamente, essa forma diferente de intervenção, passando a ser questão secundária a produção da prova” (Ob. cit., p. 262).

A metodologia do Depoimento Especial prestigia, dessarte, não apenas o direito da criança de falar e ser ouvida no processo penal, mas respeita a sua condição e vulnerabilidade.

Consoante a nova Lei, que elenca, ademais, quatro tipos de

violências praticadas contra crianças e adolescentes¹³, a ouvida desses menores se dará por meio de escuta especializada e depoimento especial (Artigo 4º, § 1º da Lei 13.431/2017).

Nos valendo do texto da própria Lei, trazemos a distinção entre a Escuta Especializada e o Depoimento Especial:

Art. 7º Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.

Art. 8º Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária.

É a própria lei, portanto, que estabelece que a escuta ocorra

13 Lei 13.431/2017 - Art. 4º: Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência:

I - violência física, entendida como a ação infligida à criança ou ao adolescente que ofenda sua integridade ou saúde corporal ou que lhe cause sofrimento físico;

II - violência psicológica: a) qualquer conduta de discriminação, depreciação ou desrespeito em relação à criança ou ao adolescente mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, agressão verbal e xingamento, ridicularização, indiferença, exploração ou intimidação sistemática (bullying) que possa comprometer seu desenvolvimento psíquico ou emocional; b) o ato de alienação parental, assim entendido como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou por quem os tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, que leve ao repúdio de genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este; c) qualquer conduta que exponha a criança ou o adolescente, direta ou indiretamente, a crime violento contra membro de sua família ou de sua rede de apoio, independentemente do ambiente em que cometido, particularmente quando isto a torna testemunha;

III - violência sexual, entendida como qualquer conduta que constranja a criança ou o adolescente a praticar ou presenciar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, inclusive exposição do corpo em foto ou vídeo por meio eletrônico ou não, que compreenda: a) abuso sexual, entendido como toda ação que se utiliza da criança ou do adolescente para fins sexuais, seja conjunção carnal ou outro ato libidinoso, realizado de modo presencial ou por meio eletrônico, para estimulação sexual do agente ou de terceiro; b) exploração sexual comercial, entendida como o uso da criança ou do adolescente em atividade sexual em troca de remuneração ou qualquer outra forma de compensação, de forma independente ou sob patrocínio, apoio ou incentivo de terceiro, seja de modo presencial ou por meio eletrônico; c) tráfico de pessoas, entendido como o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da criança ou do adolescente, dentro do território nacional ou para o estrangeiro, com o fim de exploração sexual, mediante ameaça, uso de força ou outra forma de coação, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade, aproveitamento de situação de vulnerabilidade ou entrega ou aceitação de pagamento, entre os casos previstos na legislação;

IV - violência institucional, entendida como a praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando gerar revitimização. (negritei)

exclusivamente por órgão da assistência ou da saúde e, o depoimento, por sua vez, suceda perante autoridade policial ou judiciária.

A escuta, outrossim, consoante dicção da Lei, deverá se limitar ao relato do “estritamente necessário para o cumprimento de sua finalidade” (artigo 7º) e, conquanto objetiva, a escuta também deve ocorrer perante profissional capacitado e em local apropriado e acolhedor (artigo 10 da Lei 13.431/2017).

Como visto, a escuta deve ser objetiva e, ainda que não deva adentrar pormenorizadamente aos fatos, deve ser conduzida com o fito de coletar dados quanto a identificação do autor, a data em que ocorreram os fatos e o lugar. Isso possibilitará as medidas subsequentes quanto a proteção necessária do(a) menor, bem como encaminhamento à autoridade competente para apuração.

Chama-se a atenção para o fato de que, em se tratando de notícia de abuso sexual ou sendo a vítima menor de sete anos¹⁴, a autoridade policial deverá representar ao Ministério Público, a quem competirá ajuizar ação cautelar de antecipação de prova para o depoimento especial, pois consoante a Lei (artigo 11, §1º, incisos I e II) nestas circunstâncias, a cautelar de antecipação de provas do depoimento especial é obrigatória.

No correspondente às vítimas menores de 7 anos, evidente o escopo da lei em salvaguardar suas memórias, pois como já defendia Veleda Dobke:

“É importante que o relato seja obtido o quanto antes, ou seja, o mais próximo do fato possível, porque há uma diminuição da lembrança da criança à medida que transcorre o tempo, assim como ocorre com as pessoas adultas.” (2001, p. 40)

Não se ignora, ademais, que em crianças pequenas a memória de longa duração se mostra mais abreviada se comparada com a de um adulto (ZAVATTARO, 2018).

No tocante ao procedimento do depoimento especial, a Lei reserva

14 O inciso I do parágrafo 1º do artigo 11 traz uma impropriedade ao indicar “criança ou o adolescente tiver menos de 7 (sete) anos”. (sublinhei) Como cediço, não há adolescentes com menos de sete anos, sendo, portanto compreendido que o objetivo da Lei é tornar obrigatória a produção antecipada de provas para todos os casos de abuso sexual e quando a vítima tem menos de 7 anos.

o artigo 12 para traçar os comandos. Seis incisos, seguidos de seis parágrafos vão ratificar os direitos das crianças e adolescentes vítimas e nortear o procedimento. Senão vejamos:

Art. 12. O depoimento especial será colhido conforme o seguinte procedimento:

I - os profissionais especializados esclarecerão a criança ou o adolescente sobre a tomada do depoimento especial, informando-lhe os seus direitos e os procedimentos a serem adotados e planejando sua participação, sendo vedada a leitura da denúncia ou de outras peças processuais;

II - é assegurada à criança ou ao adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos;

III - no curso do processo judicial, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservado o sigilo;

IV - findo o procedimento previsto no inciso II deste artigo, o juiz, após consultar o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos, avaliará a pertinência de perguntas complementares, organizadas em bloco;

V - o profissional especializado poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente;

VI - o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo.

§ 1º À vítima ou testemunha de violência é garantido o direito de prestar depoimento diretamente ao juiz, se assim o entender.

§ 2º O juiz tomará todas as medidas apropriadas para a preservação da intimidade e da privacidade da vítima ou testemunha.

§ 3º O profissional especializado comunicará ao juiz se verificar que a presença, na sala de audiência, do autor da violência pode prejudicar o depoimento especial ou colocar o depoente em situação de risco, caso em que, fazendo constar em termo, será autorizado o afastamento do imputado.

§ 4º Nas hipóteses em que houver risco à vida ou à integridade física da vítima ou testemunha, o juiz tomará as medidas de proteção cabíveis, inclusive a restrição do disposto nos incisos III e VI deste artigo.

§ 5º As condições de preservação e de segurança da mídia relativa ao depoimento da criança ou do adolescente serão objeto de regulamentação, de forma a garantir o direito à intimidade e à privacidade da vítima ou testemunha.

§ 6º O depoimento especial tramitará em segredo de justiça.

Para a perfeita compreensão e aplicação dos comandos do artigo 12, sua leitura deverá ser feita em conjunto com o artigo que estabelece os direitos e garantias das crianças e adolescentes (artigo 5º da Lei).

O exame conjunto, não deixa margem para dúvidas. O procedimento do depoimento especial deve ser precedido de uma etapa de preparação da qual, poderá ocorrer inclusive, entrevista com o menor. Entre as finalidades desta etapa está, dentre outras, a verificação se a criança e adolescente possui condições de verbalização e, ainda, se a presença do réu na sala de audiências pode causar desconforto ou abalo ao depoente¹⁵.

Vale o registro de que, nesta fase, sob nenhuma hipótese, deve ser abordada a violência, ficando reservado o assunto para o depoimento especial e, em nenhum dos dois momentos, preliminar ou depoimento, é permitida a leitura da denúncia ou de outras peças processuais” (artigo 12, inciso I, parte final).

Igualmente, é na fase preliminar que, além de ser esclarecido sobre a funcionalidade do depoimento especial, se detectada a necessidade, o menor deverá ser encaminhado à assistência qualificada a fim de “que facilite a sua participação e o resguarde contra comportamento inadequado adotado pelos demais órgãos atuantes no processo” (artigo 5º, inciso VII da Lei). Também é o momento para se apurar dados e circunstâncias¹⁶ que subsidiarão o planejamento do depoimento

15 Já apurada na fase preliminar a questão da presença do réu na sala de audiência, fica facilitado o encaminhamento do réu para sala própria, da qual inclusive o advogado poderá ter contato acaso necessário durante o depoimento especial e, ainda, poderão sem empreendidas as cautelas necessárias para que, em momento algum o menor e o suposto agressor se encontrem na entrada ou corredores antes da realização do depoimento, ou mesmo após. Vale lembrar que, de acordo com o Art. 9º: “A criança ou o adolescente será resguardado de qualquer contato, ainda que visual, com o suposto autor ou acusado, ou com outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento.”

16 O inciso IX do artigo 5º da Lei 13.431/2017 estabelece que, sempre que possível, “deve ser ouvido em horário que lhe for mais adequado e conveniente...”

(artigo 5º, inciso VIII da Lei).

Outra situação que deve ser averiguada nesta fase preambular é a concordância do menor em se submeter ao depoimento especial e, ainda, é o momento em que deve exercer a opção de fazê-lo diretamente ao Juiz (artigo 12, §1º da Lei).

Claro que a concordância em prestar o depoimento e a opção por prestar diretamente ao juiz deverá ocorrer, principalmente, em se tratando de adolescentes e quando estes têm condições de fazer a escolha, o que deve ser analisado conjuntamente com o representante (nos casos em que não há conflito de interesses) e, sob o acompanhamento de “assistência qualificada jurídica e psicossocial especializada” (inciso VII do artigo 5º da Lei). Nos casos de crianças, o relatório psicossocial pode sugerir a não realização do depoimento, apontando os fundamentos.

Realizada a fase preliminar e, estando tudo certo, bem resguardado os direitos e, assegurada a proteção do menor, passa-se ao depoimento especial.

Para a realização do depoimento especial, a Lei anuncia que tal procedimento reger-se-á por protocolos (art. 11 da Lei). Existem vários protocolos sendo utilizados no Brasil e no mundo (ALVES JUNIOR, 2013), sendo que dentre eles há o “Protocolo NICHD¹⁷ (National Institute of Child Health and Human Development - Instituto Nacional de Saúde da Criança e do Desenvolvimento Humano; a Entrevista Forense NCAC; e o Protocolo do CDC CornerHouse, RATAAC®” (ob. cit, p.33).

A escolha do protocolo, deve ser uma opção do profissional que atuará na colheita do depoimento, mas é fundamental que o magistrado que presidirá a audiência tenha conhecimento e compreenda a evolução da entrevista.

De qualquer forma, a Lei, como acima colacionado, assegura o relato livre sobre a situação de violência, “podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos;” (art. 12, inciso II da Lei). Como sobredito, mas vale repisar, assim como na entrevista preliminar, não

17 Disponível em <http://nichdprotocol.com/nichdbrazil.pdf>

poderá ser lida a denúncia ou qualquer peça de informação sobre os fatos.

A capacitação do profissional que irá colher o depoimento é de extrema importância¹⁸, pois requer habilidades e competências que precisam ser desenvolvidas. Não obstante a Lei 13.431/2017 não especificar a área de formação do profissional que irá participar do procedimento, ele precisa ter habilidade para, nas intervenções que forem necessárias, utilizar técnicas adequadas que permitam a elucidação, sem que com isso torne o procedimento uma “inquirição” ou realize perguntas que induzam de alguma forma determinadas respostas¹⁹.

A habilidade nas intervenções é igualmente salutar para evitar venham elas incutir no menor algum tipo de culpa pelo ato sofrido ou ainda, questionamentos sobre possível inação da vítima, seja no momento da violência ou mesmo após sua ocorrência²⁰. Oportuna a ponderação de Marleci Venério Hoffmeister:

Partindo da perspectiva de que toda a atividade a ser desenvolvida necessita de um conhecimento básico ou específico e, que isso implicará diretamente no sucesso ou fracasso da sua intervenção, pondera-se que todo profissional que atuar no Depoimento Especial, seja ele entrevistador forense, magistrado, promotor de justiça ou defensor, deverá ter o mínimo de conhecimento sobre o tema. (2019, p 117.)

Outro dado relevante na dinâmica do depoimento especial é que, deve ele desenvolver-se em blocos. Ou seja, feita a abertura, dada a preferência pelo relato livre, segue-se com as intervenções nos moldes do protocolo adotado, tendo o profissional, condução livre sobre o trabalho. E, findo que este que é o primeiro bloco “...o

18 De igual forma, também é importante a capacitação do profissional que atuará na escuta especial.

19 Via de regra, o depoimento após a abertura e estabelecimento de empatia (rapport), o profissional conduz para um relato livre e, somente após passa a fazer as intervenções que necessárias à elucidação de pontos específicos.

20 Especialistas chamam a atenção para perguntas como: “por que você não contou isso para outras pessoas?”; “por que você permitiu que isso se repetisse?” “você gosta do dele?” etc. Essas perguntas além de inapropriadas, há contextos que ainda se tornam piores, como a exemplo a última pergunta sendo feita em um caso que o pai é o agressor.

juiz, após consultar o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos, avaliará a pertinência de perguntas complementares...” (art. 12, inciso IV da Lei), passando-as ao entrevistador, acaso deferidas, o que ensejará a abertura do segundo bloco e, assim por diante.

Importa consignar que, acaso as partes apresentem ao juiz perguntas ou indiquem pontos para esclarecimentos que sejam considerados invasivos à privacidade do menor, devem ser indeferidos pelo juiz de imediato, fazendo constar na ata o pedido indeferido e os fundamentos (SOUZA, 2018).

A Lei do Depoimento Especial traz ainda algumas orientações de como deve ser a sala onde proceder-se-á a escuta e o depoimento. Consoante o artigo 10, a sala deverá ser apropriada e acolhedora, “com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança e do adolescente...”.

Alguns estudos têm indicado melhores detalhes para esta sala:

O ideal é que a sala tenha isolamento acústico. Banheiro com fácil acesso para a criança/adolescente. O uso de cadeiras, tipo ferradura, poderá oferecer mais conforto e ser útil para manejo com crianças/adolescentes mais agitados. Colocação das cadeiras lado a lado, em uma inclinação correspondente aos ponteiros de um relógio marcando dez para as duas. Os brinquedos devem ficar em local reservado, para evitar distração. (TAKASCHIMA, s.d., p.58)²¹

Encerrado o depoimento, seguindo-se o protocolo NICHHD²², o profissional deve fazer o agradecimento ao depoente e fazer algumas outras intervenções com o propósito de retirá-la do tema que motivou a entrevista, lançando-a a assuntos do cotidiano, mais leves, como é feito no início do depoimento.

Embora a Lei não preveja, perfeitamente adequada as etapas desenvolvidas no Rio Grande do Sul: acolhimento inicial, depoimento e, acolhimento final. Assim, no dia do depoimento especial, reserva-se trinta minutos para o acolhimento inicial, servindo este contato inicial

21 Disponível em: file:///C:/Users/101234/Documents/DEPOIMENTO%20ESPECIAL/Cader-nos%20da%20COINJ%20-%20DEPOIMENTO%20ESPECIAL%20um%20novo%20paradig-ma%20para%20a%20Justi%C3%A7a%20Infanto%20Jvenil.pdf Acesso: 30 set. 2019.

22 Disponível em: <http://nichdprotocol.com/nichdbrazil.pdf> Acesso: 01 set. 2019

para atenuar a ansiedade. Realizado o depoimento propriamente dito, retorna-se à sala de acolhimento onde procede-se a acolhimento final, tendo este por objetivo, restabelecer o estado emocional tanto do depoente como dos familiares (TABAJASKI; VICTOLLA; VISNIEVSKI. 2019).

Considerações Finais

Como constatado, o procedimento do depoimento especial não é simples. Sistematizada nas condições peculiares da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, a Lei 13.431/2017 impõe que na sua interpretação e aplicação, sejam considerados não apenas os fins sociais a que ela se destina (art. 3º), mas também prepondere o melhor interesse destes menores.

Ao tempo que sua compreensão está condicionada a uma releitura do papel da vítima no processo judicial e a necessária concretização de direitos humanos, o novo olhar propulsiona novas posturas, incluindo a receptividade à interdisciplinaridade na produção da prova oral concernente a vítima em juízo. Agora, um depoimento que não é primordialmente prova.

Trata-se de um direito da vítima, de verbalizar sobre os fatos que lhe afetaram, assim como seus desejos e opiniões (art. 5º, inciso VI, primeira parte). Doutro norte, há de ser respeitado o seu silêncio (art. 5º, inciso VI, parte final). Tudo isso tem por consequência a desconstrução de paradigmas até pouco tempo tão sedimentados no sistema de justiça.

Por alcançar pessoas em peculiar condição de vulnerabilidade, há entendimentos de que a submissão ao depoimento judicial, principalmente nos casos de abuso sexual intrafamiliar já seria, por si só, uma violação aos direitos humanos, sendo proposto, por sua vez, que a prova seja buscada exclusivamente por meio de laudos e perícias técnicas (AZAMBUJA, 2017).

Contudo, em que pese os argumentos, não se pode olvidar que a metodologia proposta pela nova Lei é um avanço considerável, ainda

mais quando comparado com o modelo tradicional. E, como bem lembrado por Daltoé (2014), ao não ouvirmos a criança e adolescente, estamos transmitindo a ideia de desinteresse (ob. cit.). É, portanto, desrespeito ao seu sofrimento e ao seu direito de falar e, ser ouvida.

Pela inovação que representa, a Lei traz consigo o grande desafio de ser plenamente compreendida para que seja eficazmente aplicada. E isso também porque, demanda providências que exigem, para mais, estrutura física, equipamentos, treinamentos e alinhamento com o sistema de justiça e rede de proteção.

Apesar do grande desafio, rememoremos postulado e princípio tão salutares, esperando que este seja propulsor da mudança esperada: a proteção integral e o princípio da prioridade absoluta.

Referências

ALVES JÚNIOR, Reginaldo Torres. Um sistema de análise de entrevistas forenses com crianças em casos de suspeita de abuso sexual. Tese apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade de Brasília como requisito parcial para o título de Doutor em Psicologia Clínica e Cultura. Brasília: 20 mai. 2013. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/14410/1/2013_ReginaldoTorresAlvesJunior.pdf Acesso 29 set. 2019.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Inquirição da criança vítima de violência sexual: proteção ou violação de direitos? 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.

BRASIL. Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 01 ago. 2019.

BRASIL. Lei 13.431 de 4 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm Acesso em: 01 ago. 2019.

CÉZAR, José Antônio Daltoé. A Atenção à Criança e ao Adolescente no Judiciário: práticas tradicionais em cotejo com práticas não revitimizantes (depoimento especial). In: Escuta de Crianças e Adolescentes em Situação de Violência Sexual: Aspectos Teóricos e Metodológicos. Guia para capacitação em Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes. Org. Benedito Rodrigues dos Santos; Itamar Batista Gonçalves; Maria Gorete O.M. Vasconcelos; Vanessa Nascimento Viana. Brasília: EdUCB, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação 33 de 23 de novembro de 2010. Recomenda aos tribunais a criação de serviços especializados para a escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais. Depoimento Especial. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendao-n33-23-11-2010-presidencia.pdf Acesso 10 set. 2019.

DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 2ª ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

DOBKE, Velda. Abuso sexual: A inquirição das crianças – uma abordagem interdisciplinar. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.

HEERDT, Fávio Vieira. A audiência de tomada do Depoimento Especial: a vítima no seu devido lugar, por direito. In: Pötter, Luciane (Org.). A Escuta Protegida de Crianças e Adolescentes – Os Desafios da Implantação da Lei n.º 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019, pp.103-111.

HOFFMEISTER, Marleci Venério. Depoimento Especial: a relevância da capacitação continuada como potencializadora da prática dos atores

sociais envolvidos na escuta especial de crianças e adolescentes. A Escuta Protegida de Crianças e Adolescentes – Os Desafios da implantação da Lei 13.431/2017 – Estudos em Homenagem ao Desembargador José Antônio Daltoé Cezar. Or. Luciane Pötter. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

MAZZUTTI, Vanessa De Biassio. Vitimologia e Direitos Humanos. O Processo Penal sob a Perspectiva da Vítima. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

PÖTTER, Luciane. Vitimização Secundária Infante Juvenil e Violência Sexual Intrafamiliar – Por uma Política Pública de Redução de Danos. 2ª ed., rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

ROSEMBERG, Fúlvia; MARIANO, Carmen Lúcia Sussel. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança: Debates e Tensões. Cadernos de Pesquisa, v.40, n.141, p.693-728, set./dez. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/v40n141/v40n141a03.pdf> Acesso em: 19 set. 2019.

SOUZA, Jadir Ciqueira de. Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes no Sistema de Justiça. São Paulo: Editora Pillares, 2018, p. 203)

TABAJASKI, Betina; VICTOLLA, Cláudia Tellini; VISNIEVSKI, Vanea Maria. Depoimento Especial: a difícil tarefa do pioneirismo. In: Pötter, Luciane (Org.). A Escuta Protegida de Crianças e Adolescentes – Os Desafios da Implantação da Lei n.º 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019, pp.65-78.

WELTER, Carmen Lisbôa Weingärtner; FEIX, Leandro da Fonte. Falsas memórias: sugestibilidade e testemunho infantil. In: Stein, Lilian Milnitsky e Colaboradores. Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

ZAVATTARO, Mayra dos Santos. Depoimento especial: aspectos jurídicos e psicológicos de acordo com a Lei 13.431/2017. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2018.

Flávio Henrique de Melo

Autor. Doutor em Ciências Jurídicas pela UNIVALI (Itajaí/SC) em parceria com a FCR (Porto Velho/RO). Mestre em Poder Judiciário pela FGV/RJ em convênio com a EMERON/TJRO. Juiz de Direito de 3ª entrância em Porto Velho/RO. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4820756680473316>.

Marcilene da Silva

Co-autora. Bacharel em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira em Goiânia em 2008.

DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR: DEPENDENTE COM NECESSIDADE ESPECIAL

Isaías¹ 35:5-6: "Então os olhos dos cegos serão abertos, e os ouvidos dos surdos se desimpedirão. Então o coxo saltará como o cervo, e a língua do mudo cantará de alegria; porque águas arrebentarão no deserto e ribeiros no ermo.

Flávio Henrique de Melo
Marcilene da Silva

RESUMO

O presente artigo científico tem o escopo de abordar a natureza jurídica de direito fundamental do direito à convivência familiar daqueles dependentes que possuem necessidades especiais. O contexto do tema compreende a importância da manutenção do vínculo e ambiente familiar estruturado e constituído para propiciar seu desenvolvimento (em vários aspectos), sem prejuízo das obrigações naturais da sociedade contemporânea. A exemplo do previsto nos arts. 226 e 227 da Constituição Federal, as Leis Federais 12.764/12 (Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista), 13.146/15 (Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - Estatuto da Pessoa com Deficiência) e a 8.112/90 (Lei dos Servidores Públicos Federais, alterada pela Lei n. 13.370/2016 estabelecendo o direito de redução de jornada de trabalho), e a Lei n. 8.069/90, servem de arcabouço legal para o tema. O objetivo específico é demonstrar a relevância da preservação dessa convivência familiar para as pessoas com necessidades especiais no seu desenvolvimento. O método será o indutivo. E as hipóteses para solução da proteção desse direito fundamental serão assegurar meios de que a família possa estar próxima e integrada com a pessoa com necessidade especial, por meio de nova atuação dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo.

1 BRASIL. BÍBLIA.COM.BR. Disponível em: <https://biblia.com.br/perguntas-biblicas/o-que-a-biblia-diz-sobre-os-deficientes/>. Acesso em: 01 ago.2019.

Palavras-chaves: direito social, direito fundamental, convivência familiar, dependência e necessidade especial.

Introdução

A temática a ser discorrida vem apresentando maior conhecimento, discussão, destaque e preocupação em todos os setores, e, principalmente, para os pais ou responsáveis legais por filhos portadores de necessidades especiais.

A problemática consiste em verificar se direito fundamental à convivência familiar deve ser assegurado em razão do direito absoluto da pessoa em desenvolvimento para permitir o planejamento familiar estável e estruturado?

A hipótese se verá confirmada pelo cotejo dos arts. 5º e 227 da CF/88 e das Leis n. 12.764/12, 13.146/15, 8.112/90 (alterada pela Lei n. 13.371/2016) e a Lei n. 8.069/90 (ECA). Esse direito, muito embora regulamentado, carece de uma política pública efetiva e real, mais precisa inclusive que veja as diferenças e as trate com necessárias a preservação da condição e necessidade de cada família que algum com particularidade especial. Acompanhando isso, o Legislativo deve buscar acompanhar, legislar e estabelecer as ferramentas para os demais poderes agirem. E enfim, o Poder Judiciário vem a pavimentar esse acesso dessas famílias para permitir o acesso aos direitos e terem uma convivência familiar saudável.

Esse mote, justifica a escrita desse trabalho para o fim de mostrar a relevância e a imprescindibilidade da introjeção de fato do direito fundamental à convivência familiar, para que a inclusão não seja apenas figura de retórica.

A descrição inicia-se com a tratativa dos direitos constitucionais e legais. Em um segundo momento aborda-se os direitos sociais relativos à convivência familiar e, por último, a

Ao final da análise do tema, valer-se-á do princípio da dignidade da pessoa humana, como alerta e choque de realidade à toda autoridade responsável e ocupante de cargo de poder para que não descuide

desse direito fundamental que é essencial para a consecução da vida digna das pessoas portadoras de necessidades especiais.

Direitos sociais: aspectos constitucionais e legais.

A Carta Magna de 1988² conceitua os direitos sociais, como sendo: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

A definição constitucional dos direitos sociais mostra que o objeto compreende um conjunto de necessidades básicas e essenciais para que o ser humano possa se estabelecer e viver de modo digno, dispondo-se em normas de caráter programática. Contempla, por óbvio, o princípio da dignidade da pessoa humana³.

De acordo com os escólios de Nunes Júnior⁴ ao tratar sobre os direitos sociais fundamentais, compila que :

(...) ao se falar em direitos sociais, aborda-se necessariamente uma plethora de direitos, cujas composturas jurídicas, não obstante marcadas por uma identidade de objetivos, não se apresentam com a mesma natureza.

Os direitos sociais, com efeito, envolvem uma ampla seara de direitos, como, por exemplo, os de proteção do trabalho, o direito de saúde e o direito de educação. Naqueles florescem disposições

2 BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivildil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: em 03 ago. 2019.

3 O princípio da dignidade humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil expressamente previstos na CR/88 (art. 1º, III), vincula todo o ordenamento jurídico à sua orientação (todo o Direito brasileiro deve mover-se à sua direção). Também foi positivado pelo projeto do CPC, que o listou como um dos princípios que devem ser observados pelo juiz ao aplicar a lei (art. 6º). Disponível em: <https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940203/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-art-6-do-projeto-do-novo-cpc>. Acesso em 03 ago. 2019.

4 NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Direitos sociais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/54/edicao-1/direitos-sociais>. Acesso em: 03 ago. 2019.

como as que limitam a jornada de trabalho, impõem pisos salariais e asseguram participação nos lucros da empresa, mas também outras que indicam a existência do direito de greve e do direito de sindicalização, além de outras formas organizatórias mais específicas.

É visível certa assincronia entre os direitos citados. O direito à saúde e o direito à educação, de fato, exigem do Estado uma atividade prestacional, que deve ser materializada em serviços públicos. Já quando falamos em pisos salariais ou em limitação da jornada de trabalho, cogitamos do Estado em uma atividade normativa e reguladora, é dizer, de intervenção no domínio de relações privadas, normatizando e regulando tais relações.

Muller afirma que : “O art. 19 da Lei n. 8.069/90, assegura a toda criança e adolescente o direito de ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurando a convivência familiar e comunitária, zelando por um ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”⁵.

Esse direito conforme Gueiros e Oliveira⁶ *apud* Muller, tendo em conta a condição de pessoa em desenvolvimento, seja para a criança e o adolescente, na relação pais/filhos, é premissa que acarreta o direito à convivência familiar, o qual deve ser garantido tanto aos filhos, como também aos pais, e assim:

É fundamental defender o princípio de que o lugar da criança é na família, mas é necessário pensar que essa é uma via de mão dupla – direito dos filhos, mas também de seus pais- e, assim, sendo, deve ser assegurado à criança o direito de convivência familiar, preferencialmente na família na qual nasceu, e aos pais o direito de poder criar e educar os filhos que tiveram do casamento ou de vivências amorosas que não chegaram a se constituir como parcerias conjugais.

5 MULLER, Crisna Maria. Direitos Fundamentais: a proteção integral de crianças e adolescentes no Brasil. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9619. Acesso em: 15.06.2019.

6 GUEIROS, Dalva Azevedo; OLIVEIRA, Rita de Cássia Silva *apud* MULLER. Direito à convivência familiar. In: Revista Serviço Social e Sociedade. São Paulo: Cortez Editora. Ano XXVI, n.81, p.117-134, mar. 2005. p.118.

Em avanço no trato jurídico dessa premissa quanto o direito à absoluta prioridade do convívio familiar e, no contexto fático, busca equacioná-lo com a existência de um ambiente de trabalho sadio, previsível e estável para melhor planejamento do tempo familiar. O fundamento como dito está no art. 19 do ECA⁷. Pois bem:

Vide Princípio 6º, da Declaração dos Direitos da Criança, de 1959; arts. 9º e 18, da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, de 1989; arts. 226 e 227, caput, da Constituição Federal e arts. 4º, caput, 87, incisos VI e VII, 88, inciso VI, 90, incisos I a III, 100 caput, segunda parte e par. único, inciso IX, 101, incisos I e IV, 129, incisos I a IV e 208, inciso IX, do ECA. Trata-se de um dos direitos fundamentais a serem assegurados a todas as crianças e adolescentes com a mais absoluta prioridade, tendo a lei criado mecanismos para, de um lado (e de forma preferencial), permitir a manutenção e o fortalecimento dos vínculos com a família natural (ou de origem) e, de outro, quando por qualquer razão isto não for possível, proporcionar a inserção em família substituta de forma criteriosa e responsável, procurando evitar os efeitos deletérios tanto da chamada “institucionalização” quanto de uma colocação familiar precipitada, desnecessária e/ou inadequada.

Com efeito, à luz da CF/88, das Leis n. 13.146/15 e 12.764/12 e o ECA (8.069/90), máxime a situação, natureza e responsabilidade da atividade jurisdicional do Magistrado que lhe causa natural *stress*, ainda num quadro em que esse se vê também na condição de pai de filho(a) com necessidades especiais, advém ainda com mais intensidade a necessidade de tutela do direito fundamental da convivência familiar.

Importante destacar, a Lei n. 8.112/90, alterada pela Lei n. 13.370, de 12 de dezembro de 2016 com vistas a alterar o §3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e estender o direito a horário especial ao servidor público federal que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência de qualquer natureza e para revogar

7 DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado. 6ª ed. Curitiba ..Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_anotado_2013_6ed.pdf. Acesso em: 15 jun. 2019.

a exigência de compensação de horário.

E com já exposto, a conciliação desse direito fundamental absoluto da convivência familiar somente será exequível se o magistrado tiver condições de planejar sua rotina de trabalho, com vistas a permitir sua presença e acompanhamento à rotina do filho com necessidades especiais.

E esse acompanhamento por ser decorrentes das premissas citadas: CF/88, das Leis n. 13.146/15 e 12.764/12 e o ECA (8.069/90) e a Lei n. 8.112/1990 (alterada pela Lei n. 13.370/2016), assume a natureza jurídica de direito fundamental absoluto.

2. O direito fundamental à convivência familiar:

O direito fundamental é uma condição de garantia posta à disposição dos cidadãos contra o próprio Estado, previsto na Constituição Federal, e também em face dos demais componentes humanos, sendo, portanto, mais rígido seu processo legislativo de mudança.

De acordo com Sarlet⁸, entende-se por direitos fundamentais:

Assim, para a compreensão do conceito de direitos fundamentais adotado pela CF, que aderiu à tradição que acabou em grande parte se consolidando no direito constitucional ocidental, é preciso retomar o fato de que direitos fundamentais são em primeira linha direitos constitucionalmente reconhecidos e ao menos em tese como tais assegurados, compartilhando, portanto, da supremacia hierárquica comum às normas constitucionais em geral.

De largada, é importante compreender a convivência familiar está como um direito social fundamental com lastro nos arts. 226 e

8 SARLET, Ingo Wolfgang. Conceito de direitos e garantias fundamentais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/67/edicao-1/conceito-de-direitos-e-garantias-fundamentais>. Acesso em: 17 abril. 2019.

227, ambos da Constituição Federal⁹. De acordo com a Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar** e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: Grifou-se.

SILVA, MELLO e AQUINO¹⁰, acrescentam que a família é:

O aporte afetivo fundamental para o desenvolvimento infanto-juvenil e para a saúde mental dos indivíduos; a absorção de valores éticos e de conduta; bem como a introdução das crianças na cultura da sociedade em que estão inseridas.

A tutela à família não pode ser algo apenas positivado no sistema legislativo, mas uma realidade efetiva, revelado por meio de uma política de Estado.

Além de ser uma questão de ordem legal e constitucional, hoje existem leis que regulamentam essa condição de prioridades. O

9 BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: em 03 ago. 2019.

10 SILVA, Enid R. A.; MELLO, S. G. e AQUINO, L. M. C. Os abrigos para crianças e adolescentes e a promoção do direito à convivência familiar e comunitária. In: SILVA, Enid R. A. (Coord.). O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004. p. 209-242.

Estado precisa dar uma atenção especial aqueles que são pais/mães com filhos acompanhados de necessidades especiais, na medida em que exige uma dedicação exclusiva, carecendo da convivência familiar e vice-versa. Ao conciliar essa condição com a necessidade familiar, qualifica-se um ambiente mais estável e saudável tanto na vida profissional quanto profissional.

Nesse sentido, o 6º princípio enunciado na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959¹¹:

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa do amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, a criança de tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e àquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda social e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

Como sujeito desse contexto, é muito difícil conciliar essas grandezas, por isso a concessão ou a flexibilização de um olhar mais humanizado para família que tem alguém com necessidade especial para que tenha a condição e o equilíbrio para dar conta do seu trabalho e ao mesmo tempo conceder atenção necessária à família fragilizada, é essencial para melhor planejamento.

Dentro do núcleo do direito fundamental social da família, está o microsistema da convivência familiar.

É importante frisar que a convivência familiar também está inserida no cerne do direito fundamental e, portanto, goza da mesma natureza jurídica e prerrogativa. A esse respeito escreve BRAGA aduzindo que¹²:

11 Universidade de São Paulo – USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Declaração dos Direitos da Criança – 1959. <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>. Acesso em 04 ago. 2019.

12 BRAGA, Cinara Vianna Dutra. Direito Fundamental Constitucional à convivência familiar e comunitária e acolhimento institucional. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 76, jan. 2015 – abr. 2015. p. 23.

Neste diapasão, temos no Brasil, constitucionalmente assegurado, o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, excepcionalmente sendo as crianças e adolescentes inseridos no acolhimento institucional quando seus direitos fundamentais são violados ou estejam em risco de violação, devendo a autoridade judiciária competente, a cada seis meses, no máximo, reavaliar, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, a situação do acolhido, decidindo pela reintegração familiar ou colocação em família substituta.

Cuidando da convivência familiar, por meio da tutela àqueles que são acometidos de necessidades especiais, as Leis ns. 12.764/12¹³ e 13.146/15¹⁴ tratam, respectivamente, da Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; e a segunda da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

As ponderações de Lima¹⁵ merecem destaque:

Não há dúvida de que, no Brasil, muitos dos direitos e garantias constitucionalmente tutelados não chegam a ser implementados, demonstrando-se crescente contradição, que deixa à margem centenas de brasileiros que não conseguem ter seus direitos mínimos de cidadania assegurados.

A convivência familiar apesar de reconhecidamente direito fundamental ainda não é uma realidade despertada nos agentes públicos, em que pese o dever constitucional e legal, muito menos há qualquer encorajamento ou iniciativa de implementação dessa figura jurídica, por meio de política pública para acolher e incluir também

13 BRASIL. Lei n. 12.764 de 27 de dezembro de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em 17 abril.2019.

14 BRASIL. Lei n. 13.146 de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em 17 abril.2019.

15 LIMA, Maria Cristina de Brito. A educação como direito fundamental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 10.

a família com pessoas diagnosticadas com algum transtorno ou síndrome.

A realização desse passo vai ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁶ no atendimento socioeducativo; no entanto, a não efetivação de um direito garantido acarreta violação a esse mandamento. A Declaração universal dos direitos humanos e na Constituição Federal de 1988 pautam esse tema. Conforme os dizeres de Strelhow¹⁷:

Todo o processo de busca por espaço social ainda continua e necessita de uma luta constante. Muitas conquistas foram alcançadas e estão respaldadas na forma da lei. Porém, este é um processo lento e ainda demanda muita luta. Precisamos avançar principalmente no que diz respeito à efetivação destes direitos garantidos legalmente para que as pessoas com deficiência – às quais as pessoas com autismo constituem uma parcela significativa – gozem de vida plena. É de fundamental importância que a sociedade transforme seu discurso inclusivo em práticas que assegurem a participação democrática destas pessoas no ambiente social, e que principalmente, os ambientes sociais estejam adequados às suas necessidades específicas.

Com efeito, cuidando da importância da tutela e da realidade do direito fundamental da convivência familiar, SILVEIRA; MEDEIROS e MERIGO¹⁸ descreve sobre esse ponto do tema:

A importância deste direito fundamental está garantida em legislações e normativas nacionais e internacionais, neste sentido, à

16 KAPPLER, Camila Kuhn Kappler, KONRAD, Letícia Regina. O princípio da dignidade da pessoa humana: considerações teóricas e implicações práticas. Revista Destaques Acadêmicos, Lajeado, v. 8, n. 2, 2016. ISSN 2176-3070. Disponível em: www.univates.br/revistas. Acesso em: 22 abr. 2019.

17 STRELHOW, Thyales Borcarte. A dignidade humana da pessoa com autismo. Revista Eletrônica Espaço Teológico ISSN 2177-952X. Vol. 6, n. 10, jul/dez, 2012, p. 44-60. <https://revistas.pucsp.br/index.php/reveleiteo/article/download/13135/9651>. Acesso em: 22 abr. 2019.

18 SILVEIRA, Andreia Cimone da Silveira; MEDEIROS, Valéria Medeiros; MERIGO, Janice. Direito à convivência familiar e comunitária e a nova lei de adoção: algumas considerações. Disponível em: <http://egem.org.br/wp-content/uploads/2016/01/DIREITO-A-CONVIVENCIA-FAMILIAR-E-COMUNITARIA-E-A-NOVA-LEI-DE-ADOCACAO.pdf>. Acesso em 04 ago.2019.

concepção de convivência familiar e comunitária é idealizada como algo primordial para o desenvolvimento de crianças e adolescentes, sendo que ela deve estar associada ao seu contexto sociocultural e principalmente a sua família.

Ao se estudar a importância, este escritor vem apresentar a justificativa do tema, que o objetivo de cuidar e estudar a tutela das pessoas com necessidades especiais é assegurar que o principal ambiental de convivência esteja plenamente ajustado e estruturado, com vistas a evitar prejuízo ao seu desenvolvimento.

Dependentes com necessidades especiais: aspectos jurisprudenciais.

Para introduzir como um caso concreto, apresentou os termos do acórdão do STF-MANDADO DE SEGURANÇA 27.958 do DISTRITO FEDERAL, ao tratar da quebra da solução de continuidade do magistrado, referindo-se à inamovibilidade, calha com a hipótese em testilha no tocante a autorizar a permanência em determinada unidade jurisdicional, na forma analógica à situação da inamovibilidade, para garantia da estabilidade do direito constitucional do equilíbrio e saúde da convivência familiar, mediante a possibilidade de planejamento do magistrado.

Como amostra do trabalho, e mostrando a importância do cuidado da saúde dos responsáveis pelas pessoas acometidas de necessidades especiais, a pesquisa solicitada pela AMB, ressalta-se a necessidade de preservação do ambiente familiar do magistrado. Com efeito, obteve-se a conclusão de que os magistrados, sendo em 90% dos julgadores acreditam estar mais estressados que magistrados no passado; levantamento também apresenta dados sobre prática de atividade física, transtornos psicológicos e atividades que aliviam rotina de trabalho da magistratura¹⁹.

19 BRASIL. Juízes brasileiros pensam que magistratura está mais estressante do que no passado. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI296099,91041-juizes-brasileiros-pensam+que+magistratura+esta+mais+estressante+do>. Acesso em: 15 jun. 2019.

A garantia da convivência familiar é um direito que se encontra dentro do objeto do princípio da dignidade da pessoa humana, tratado na Declaração Universal dos direitos²⁰ humanos e na Constituição Federal de 1988.

Daí o compromisso públicos dos poderes republicanos também deve ultrapassar as linhas descritas nos itens institucionais de missão, visão e valores, conforme pontua a Declaração universal de direitos humanos²¹ e a Constituição Federal.

Nos termos da Lei n. 13.146/15²² (Lei Brasileira de Inclusão – Estatuto da Pessoa com deficiência), em seu art. 2º exara o que é o conceito de deficiência, objeto de alcance de trabalho, nos seguintes termos:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas

Esse diploma legal é extenso e programático nas disposições dos direitos assegurados à pessoa consideradas deficientes nos termos da referida Lei. Apesar disso, a jurisprudência ainda é tímida, necessitando de maior alcance do tema no âmbito dos Tribunais e maior sensibilização do Poder Judiciário como um todo.

Nesse espeque COSTA e BRANDÃO reforça dizendo que²³:

Não há como se ter certeza da melhor alternativa. Muitas dúvidas há

20 ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 04 ago. 2019.

21 ONU. Organizações das nações unidas. A Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em 22 abr. 2019.

22 BRASIL. Lei n. 13.146 de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em 17 abril.2019.

23 COSTA, Aline Maria Gomes Massoni da; BRANDÃO, Eric Scapim Cunha. As alterações promovidas pela Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da pessoa com deficiência) na teoria das incapacidades e seus consectários. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/3543964/artigo-interdicao.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2019.

a respeito da Lei nº 13.146/2015 e como sua aplicação influenciará a vida das pessoas.

Não existem entendimentos doutrinários ou jurisprudenciais consolidados a respeito do tema, que, aliás, é extremamente recente. Somente o cotidiano, isto é, a prática poderá dizer se o art. 85 da Lei nº 13.146/2015 é benéfica a todas as pessoas, ou, se o caso é de realmente de admitirmos a curatela total quando for necessário.

O Poder Judiciário, por sua natureza e sede, é onde as pessoas devem buscar a salvaguardas de seus direitos. Aqueles que possuem necessidades especiais, em razão da condição, gozam de prioridade absoluta, e devem encontrar no Estado-Juiz a esperança de ver revelados seus direitos explícitos e implícitos, a despeito da ineficiência das políticas públicas estatais.

O Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, em recente acórdão, assentou sobre o assunto, resguardando o princípio da proteção integral da criança e do adolescente:

Agravo de Instrumento. Antecipação de tutela. Requisitos. Presentes. Direito à educação. Garantia constitucional. Alunos com necessidades especiais. Princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Prevalência do interesse do menor. Recurso a que nega provimento.

1. Presentes os requisitos da antecipação de tutela previstos no art. 300 do Novo Código de Processo Civil, devida a manutenção da decisão que deferiu de tal medida.

2. Em regra, indevida a ingerência do Poder Judiciário sobre o Executivo; entretanto, ante situações excepcionais de reiteradas práticas omissivas, com nítida inércia da Administração, bem como constatada que a demora da prestação implicará danos permanentes a sujeitos detentores de proteção especial dada pela Constituição Federal – crianças e adolescentes – mostra-se cabível a determinação de medidas por parte do Judiciário.

3. Recurso a que se nega provimento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO, Processo nº 0801972-56.2018.822.0000, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 1ª Câmara Especial, Relator(a) do Acórdão: Des. Eurico Montenegro, Data de julgamento:

01/07/2019.

E igual esforço constitucional e infraconstitucional, a corte de Justiça Estado neste Estado exarou relevantíssimo acordão sobre a tutela do direito do professor-mediador para algumas pessoas com necessidades especiais que dependem desse personagem para a efetiva inclusão escolar. Pois bem:

Mandado de segurança. Ensino especial. Professor auxiliar. Necessidade. Portador de necessidades especiais.

A regra legal garante que a educação é direito fundamental de todos e dever do Estado para assegurar o ensino igualitário e condições para o acesso e permanência do aluno na escola, resguardando o desenvolvimento aos portadores de necessidades especiais, disponibilizando professor auxiliar quando necessário. Segurança concedida.

MANDADO DE SEGURANÇA, Processo nº 0801202-68.2015.822.0000, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 1ª Câmara Especial, Relator(a) do Acórdão: Des. Odivanil de Marins, Data de julgamento: 17/04/2019.

A exemplo da Lei n. 8.112/90²⁴, em seu §3º do art. 98 (alterado pela Lei nº 13.370, de 12 de dezembro de 2016²⁵), que prevê a concessão de horário especial ao servidor que tenha filho com deficiência, independente de compensação de horário e sem prejuízo do exercício do cargo, consignando que a Constituição estabelece, nos arts. 5º e 227, a prioridade absoluta da criança e consonância com o princípio da igualdade.

Nessa esteira, a pesquisa apresenta os seguintes casos já decididos e reconhecidos pela jurídica, na qual revelou a

24 BRASIL. Lei n. 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em 05 ago. 2019.

25 BRASIL. Lei n. 13.370 de 12 de dezembro de 2016. Altera o §3º do art. 98 da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para estender o direito a horário especial ao servidor público federal que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência de qualquer natureza e para revogar a exigência de compensação de horário). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em 05 ago. 2019.

preocupação com a prioridade absoluta da criança para servir da base na tutela do direito fundamental da convivência familiar. Pois bem: Processo nº 0800056-88.2014.8.12.0037(Fonte: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul), Processo: 0000678-17.2018.5.17.0121(Informações: TRT 17ª região), Processo: 0074069-08.2017.8.19.0000 (Fonte: 3ª Câmara Cível – TJRJ), Recurso Inominado nº0004618-12.2016.8.01.0070 (2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais da Comarca de Rio Branco).

A razão dessa mudança na jurisprudência, revelando a nova expressão do Poder Judiciário quanto ao cuidado das pessoas que possuem necessidades especiais, bem como de suas respectivas famílias, é muito importante e atenta para seu papel social e constitucional. Isso equaciona o desequilíbrio, em parte, torna visível pessoas que a sociedade preconceituosamente faz questão de não deixar ser revelada.

Nesse ponto, a citação do jornal Estadão²⁶ contribui de sobremaneira para contextualizar a aflição das famílias, principalmente pais, quanto a dificuldade no conciliar o trabalho e família, sem prejuízos dos laços sociais:

Pessoas que têm o Transtorno do Espectro Autista (TEA) ainda são pouco compreendidas e, muitas vezes, aglomeradas na categoria da deficiência intelectual, sem avaliação especializada ou mais detalhada sobre suas habilidades, características ou dificuldades. Há também o estigma da 'superinteligência', frequentemente abordada em filmes, seriados, novelas e outras obras de ficção.

Para quem cria uma criança com autismo, a rotina pode ser bastante intensa, seja pela frequência em terapias, por necessidades médicas, para atividades recreativas ou fortalecimento educacional.

Por isso, é comum que mães e pais de crianças com autismo abandonem a vida profissional para cuidar de seus filhos em tempo integral. Quando isso não é possível – muita gente tem de trabalhar para pagar as contas – costuma ser difícil conciliar o cotidiano pessoal com as exigências do emprego.

26 BRASIL. ESTADÃO. Redução do horário de trabalho para quem tem filho autista. <https://brasil.estadao.com.br/blogs/vencer-limites/reducao-do-horario-de-trabalho-para-quem-tem-filho-autista/>. Acesso em: 05 ago. 2019.

Assim, é o que vivenciam as famílias de Autistas, Down's e tantos outros casos que precisam trabalhar e buscam conciliar com convivência familiar necessária para o desenvolvimento do tutelado, em meio ao planejamento exaustivo de terapias e outras tantas atividades necessárias. Enfim, a mudança de olhar, em especial do Poder Judiciário que deve se estender para os demais Poderes (Executivo e Legislativo) está passando da hora de acontecer.

Muitas famílias estão sem vozes e invisíveis nesse contexto e precisa de o Estado reconhecê-las e inseri-las em políticas públicas contínuas e ininterruptas, e a sociedade mudar a forma de tratamento e se despir do preconceito para se formar relações humanas mais saudáveis e solidárias.

Considerações Finais

O estudo e compreensão da importância da convivência familiar, natureza jurídica de direito fundamental, nos leva a várias reflexões, verificado pelo desenvolvimento do tema.

Primeiramente, a Constituição Federal cuidou de tratar disso como um direito fundamental no art. 227. No art. 6º, do mesmo diploma, os direitos sociais se referem ao convívio familiar, pois estabelecem a todo cidadão as mínimas condições para que seja reconhecida a figura descrita no princípio da dignidade da pessoa humana.

Destaca-se a grande importância do papel de cada poder Republicano.

O Poder Executivo em sua missão de criar e executar as políticas públicas de inclusão em todas as áreas.

O Poder Legislativo para editar e regulamentar instrumentos legislativos efetivos e eficazes para que o Estado poder se amparar ao tratar os casos de familiares de dependentes com necessidades especiais, observando-se os termos do art. 5º da Carta Constitucional.

O Poder Judiciário, salvaguarda e ponte de acesso aos direitos e, ao mesmo tempo, mecanismo de execução de direitos e políticas públicas não implementadas por diversas razões.

A sociedade, nesse contexto, tem o dever de respeitar e buscar tratar com respeito, reconhecendo que distinção além de ser um direito constitucional, é um muito mais um direito supranacional (humanidade).

Fechando as hipóteses, a convivência familiar é exequível quando se equilibra a necessidade de trabalho e o trato com o planejamento familiar especial, cuja nesse estudo encontrou-se sua natureza e base jurídica na Constituição e, portanto, direito fundamental e nas leis infraconstitucionais (Leis ns. 12.764/12, 13.146/15, 8.112/90, 13.370/2016 e a 8.069/90).

Aos que dependem de restrições no trabalho para harmonizar a convivência familiar e o planejamento pessoal, os instrumentos legislativos e a jurisprudência tem caminhado nesse sentido para lhes conferir amparo na busca da tutela desse direito.

Enfim, o reconhecimento da convivência familiar, enquanto direito fundamental, assume o condão de máxime do princípio da dignidade da pessoa²⁷ humana, na medida em que a não observância autêntica desse planejamento pessoal diferenciado exige mais dos pais e da família, sendo imprescindível completamente para o conhecimento e desenvolvimento daqueles com transtorno ou síndrome. E a compreensão da dignidade pressupõe o equilíbrio e paridade para que todos nesse contexto possam receber as mesmas oportunidades em igualdade de condições.

27 STRELHOW, Thyeles Borcarte. A dignidade humana da pessoa com autismo. Revista Eletrônica Espaço Teológico ISSN 2177-952X. Vol. 6, n. 10, jul/dez, 2012, p. 44-60. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/reveleiteo>. Acesso em: 22 abr. 2019.

Referências

BRAGA, Cinara Vianna Dutra. Direito Fundamental Constitucional à convivência familiar e comunitária e acolhimento institucional. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 76, jan. 2015 – abr. 2015. p. 23.

BRASIL. Objetivos da educação inclusiva. Portal da Educação. <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/pedagogia/educacao-inclusiva-definicao/55695>. Acesso em 17 abril. 2019.

BRASIL. Lei n. 12.764 de 27 de dezembro de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3o do art. 98 da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em 17 abril.2019.

BRASIL. Lei n. 13.146 de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em 17 abril.2019.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: em 21 abril. 2019.

BRASIL. Conceito de educação inclusiva. Portal da Educação. <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/pedagogia/educacao-inclusiva-definicao/55695>. Acesso em: 17 abril. 2019.

BRASIL. BÍBLIA.COM.BR. Disponível em: <https://biblia.com.br/perguntas-biblicas/o-que-a-biblia-diz-sobre-os-deficientes/>.

BRASIL. Juízes brasileiros pensam que magistratura está mais estressante do que no passado. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI296099,91041-Juizes+brasileiros+pensam+que+magistratura+esta+mais+estressante+do>. Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em 05 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.370 de 12 de dezembro de 2016. Altera o §3o do art. 98 da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para estender o direito a horário especial ao servidor público federal que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência de qualquer natureza e para revogar a exigência de compensação de horário). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em 05 ago. 2019.

BRASIL. ESTADÃO. Redução do horário de trabalho para quem tem filho autista. <https://brasil.estadao.com.br/blogs/vencer-limites/reducao-do-horario-de-trabalho-para-quem-tem-filho-autista/>. Acesso em: 05 ago. 2019.

BULGRAEN, Vanessa Cristina. O papel do professor e sua mediação nos processos de elaboração do conhecimento. Revista Conteúdo, Capivari, v.1, n.4, ago./dez. 2010 – ISSN 1807-9539. Disponível em: <http://www.conteudo.org.br/index.php/conteudo/article/viewFile/46/39>. Acesso em: 23 abr. 2019.

COSTA, Aline Maria Gomes Massoni da; BRANDÃO, Eric Scapim Cunha. As alterações promovidas pela Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da pessoa com deficiência) na teoria das incapacidades e seus consectários. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/3543964/artigo-interdicao.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2019.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado. 6ª ed. Curitiba ..Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_anotado_2013_6ed.pdf. Acesso em: 15 jun. 2019.

GUEIROS, Dalva Azevedo; OLIVEIRA, Rita de Cássia Silva apud MULLER. Direito à convivência familiar. In: Revista Serviço Social e Sociedade.

São Paulo: Cortez Editora. Ano XXVI, n.81, p.117-134, mar. 2005. p.118.

KAPPLER, Camila Kuhn Kappler, KONRAD, Letícia Regina. O princípio da dignidade da pessoa humana: considerações teóricas e implicações práticas. *Revista Destaques Acadêmicos*, Lajeado, v. 8, n. 2, 2016. ISSN 2176-3070. Disponível em: www.univates.br/revistas. Acesso em: 22 abr. 2019.

LIMA, Maria Cristina de Brito. *A educação como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 10.

MULLER, Crisna Maria. *Direitos Fundamentais: a proteção integral de crianças e adolescentes no Brasil*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9619. Acesso em: 15.06.2019.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direitos sociais*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/54/edicao-1/direitos-sociais>.

NOHARA, Irene Patrícia. *Conceito de cidadão ou usuário: reflexões sobre o atendimento jurídico gratuito nas faculdades de Direito*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7884. Acesso em: 22 abr. 2019.

NÓVOA, Antônio. Antônio Nóvoa: uma vida para a educação. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1678-4634201844002003>. SEÇÃO: ENTREVISTAS. *Educ. Pesqui.*, São Paulo, v. 44, e201844002003, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ep/v44/1517-9702-ep-44-e201844002003.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 04 ago. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Conceito de direitos e garantias fundamentais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/67/edicao-1/conceito-de-direitos-e-garantias-fundamentais>. Acesso em: 17 abril. 2019.

SILVA, Enid R. A.; MELLO, S. G. e AQUINO, L. M. C. Os abrigos para crianças e adolescentes e a promoção do direito à convivência familiar e comunitária. In: SILVA, Enid R. A. (Coord.). O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004. p. 209-242.

SILVEIRA, Andreia Cimone da Silveira; MEDEIROS, Valéria Medeiros; MERIGO, Janice. Direito à convivência familiar e comunitária e a nova lei de adoção: algumas considerações. Disponível em: <http://egem.org.br/wp-content/uploads/2016/01/DIREITO-A-CONVIVENCIA-FAMILIAR-E-COMUNITARIA-E-A-NOVA-LEI-DE-ADOCACAO.pdf>. Acesso em 04 ago.2019.

STRELHOW, Thyeles Borcarte. A dignidade humana da pessoa com autismo. Revista Eletrônica Espaço Teológico ISSN 2177-952X. Vol. 6, n. 10, jul/dez, 2012, p. 44-60. <https://revistas.pucsp.br/index.php/reveleto/article/download/13135/9651>. Acesso em: 22 abr. 2019.

Universidade de São Paulo – USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Declaração dos Direitos da Criança – 1959. <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>. Acesso em 04 ago. 2019.



Caminhando Juntos
Autor: Wilson Pereira da Rocha Neto

Jucerlânia da Silva Reinaldo Ribeiro

Assistente Social, analista do Tribunal de Justiça de Rondônia na comarca de São Francisco do Guaporé; Especialista em Terapia Familiar Sistêmica. jucerlania03@gmail.com

Philiane Ferreira Paulino da Silva

Assistente Social, analista do Tribunal de Justiça de Rondônia na comarca de Ji-Paraná e professora de pós-graduação na Escola da Magistratura de Rondônia, pólo Ji-Paraná; especialista em Terapia Familiar Sistêmica e mestre em Ciências Sociais. philiane@tjro.jus.br

REESTRUTURAÇÃO DA RELAÇÃO CONJUGAL Terapia Familiar Sistêmica Breve

Jucerlânia da Silva Reinaldo Ribeiro
Philiane Ferreira Paulino da Silva

RESUMO

O presente artigo é resultado de uma experiência sistemática no atendimento em terapia familiar de abordagem sistêmica, realizado como parte integrante do Curso de Formação em Terapia Familiar e de Casais pelo CEFATEF - Centro de Estudos Terapêuticos da Família, oferecido pela Escola da Magistratura de Rondônia – EMERON – aos analistas judiciários de seu quadro, assistentes sociais e psicólogos, no ano de 2019. Consiste na análise dos resultados dos atendimentos sociais realizados sob orientação dos professores do CEFATEF, à luz da Teoria Sistêmica e das Escolas de Terapia Familiar: Estrutural; Estratégica e Transgeracional. O caso abordado trata-se de uma família que buscou ajuda devido aos constantes conflitos conjugais que os levaram a considerar a decisão da separação. Foram realizadas oito sessões com a família composta pelo casal e um filho de oito anos. A queixa inicial foi a dificuldade de relacionamento entre o casal, que traziam questões de suas famílias de origem para a família nuclear. Como resultado do processo terapêutico destacou-se o reestabelecimento de uma comunicação mais funcional entre o casal e a reestruturação dos subsistemas conjugal e parental.

Palavras-Chave: Família, Terapia Familiar, Estrutural, Estratégica, Transgeracional.

Introdução

Observa-se que a família é a instituição social que expressa, de forma mais direta, os reflexos das transformações societárias mais recentes. O grande avanço tecnológico e médico; a presença da mulher no mercado de trabalho e o consequente aumento nos níveis de emancipação feminina; a valorização da infância e adolescência ganhando maior espaço público e privado; o aumento da expectativa de vida; a garantia de inserção social de pessoas com necessidades especiais; a liberdade afetiva garantida desde a lei do divórcio e o posterior reconhecimento das uniões de pessoas do mesmo sexo; são aspectos das relações sociais que expressam algumas dessas transformações no sistema social, e que estão diretamente relacionadas ao funcionamento das famílias. Tudo isso reflete de forma direta no campo jurídico, onde muitas dessas relações são expressas em forma de conflitos e demandas jurídicas.

Nesse processo de transformações, muitas vezes a família é colocada como grande (ou mesmo a única) responsável por questões sociais problemáticas. Dessa forma, incide sobre ela o peso do direcionamento do desenvolvimento societário de todo um sistema social mais amplo, do qual faz parte. O Estado, a religião, a justiça, e, principalmente, a mídia e o mercado, são sistemas sociais poderosíssimos que imprimem seus valores no mundo, nas formas de vida das pessoas, na construção de suas subjetividades, e nas famílias.

Contudo, numa perspectiva de reflexão quanto as possibilidades de intervenção e elaboração de tais questões familiares complexas no campo jurídico, destaca-se que a Abordagem Sistêmica apresenta-se como um caminho de grandes possibilidades na promoção do próprio desenvolvimento societário mais justo e igualitário. Nesse bojo, destaca-se de forma mais específica a Terapia Familiar Sistêmica como instrumento para os analistas judiciais, assistentes sociais e psicólogos inseridos nesse campo.

As intervenções em instituições mais rígidas e abrangentes, como o Estado e o mercado, tão potentes na construção de subjetividades,

tornam-se quase inalcançáveis para um profissional, restrito num âmbito de atuação definido institucionalmente. Portanto, a abordagem familiar apresenta-se como o espaço interventivo mais rico, promissor e acessível, pois é nesse sistema que somos demandados e permitidos a intervir.

Para esses profissionais, assistentes sociais e psicólogos, a abordagem familiar sistêmica traz grandes avanços, pois além de considerar o indivíduo em seu meio, em suas relações mais profundas e essenciais (como ocorre na psicologia), abre espaço para a intervenção diretamente nessas relações. Essa abrangência do alcance do trabalho terapêutico na terapia familiar configura uma grande inovação e ampliação das possibilidades de superação efetiva dos problemas apresentados pelas famílias.

E para o serviço social fortalece um âmbito de intervenção já tradicional na profissão, instrumentaliza-o e constrói uma alternativa à inserção institucional restritiva.

Este artigo visa apresentar o relato de um atendimento clínico em Terapia Breve, realizado durante o estágio supervisionado requisito parcial para formação no curso de Terapia Familiar Sistêmica, que ocorreu no primeiro semestre de 2019. A fundamentação teórica teve como base, a Escola Contextual/Estrutural, conceito de Salvador Minuchin, que enfoca a importância da compreensão das necessidades individuais dentro de uma estrutura familiar; a Escola Estratégica Breve, no conceito de Jay Haley, que caracteriza o sistema familiar como a luta pelo poder, e utiliza intervenções ativas para solucionar as problemáticas apresentadas pelas famílias; e a Escola Transgeracional, utilizando as percepções quanto a interferência das vivências na família de origem, desde a escolha do parceiro e criação dos filhos por meio de heranças geracionais.

O objetivo específico deste artigo é demonstrar a efetividade da terapia familiar breve de abordagem sistêmica no processo de elaboração das relações familiares, numa interlocução com o campo jurídico.

Utilizou-se como método a pesquisa qualitativa e interpretativa embasada na Terapia Familiar Sistêmica que possibilitou análise

e a compreensão das vivências da família atendida, bem como, as projeções em seus relacionamentos atuais.

Foram realizados oito atendimentos mensais com a família, sujeito da pesquisa. As sessões tiveram duração aproximada de duas horas, e todas as ações foram pautadas na perspectiva sistêmica trabalhada durante o curso de Terapia Familiar. Todos os nomes citados foram substituídos como forma de proteger a identidade da família.

A primeira parte do artigo apresenta um breve histórico da terapia familiar sistêmica e das escolas privilegiadas neste estudo, seguido de um retrato da família na contemporaneidade, influências da família de origem nas escolhas conjugais, crise conjugal, comunicação funcional, e questões da construção social e os papéis familiares. Para então descrever os atendimentos realizados nas sessões e analisar os resultados obtidos.

Terapia Familiar Sistêmica

A Terapia Familiar Sistêmica surgiu na década de 50, e teve como expoente o desenvolvimento do trabalho de um grupo de terapeutas nos EUA, que majoritariamente estudavam formas de compreensão e abordagens de pacientes com esquizofrenia, e suas famílias. A inclusão das famílias nesse processo veio em grande parte pela participação dos Assistentes Sociais no tratamento clínico. Pelas especificidades de sua área de conhecimento e trabalho desenvolvido, como a iniciativa de entrevistar pai e mãe ao mesmo tempo, na obtenção de um quadro completo e preciso dos problemas familiares, esses profissionais sob uma perspectiva mais ampla contribuíram significativamente para o processo de inclusão das famílias nos tratamentos (NICHOLS & SCHWARTZ, 2007)¹.

A própria realidade atual também nos chama a atenção. Entre os líderes da terapia familiar, diversos são assistentes sociais, como: Virgínia Satir (Palo Alto, CA, EUA), Peggy Papp (New York), Lynn

¹ NICHOLS, M. P.; SCHWARTZ, R. Terapia familiar: conceitos e métodos. 7ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2007.

Hoffman (EUA), Froma Walsh (EUA), Michael White (EUA), Olga Silverstein (EUA), Betty Carter (EUA), Braulio Montalvo (EUA), Monica McGoldrik (EUA), Clóe Madanes (EUA) Ana Maria Nunes de Souza (BR) e tantos outros. (Nichols & Schwartz, 2007:36)³.

A década de 1950 trouxe uma nova visão da família como um sistema vivo, um todo orgânico. A terapia familiar sistêmica teve influência direta da Teoria Geral dos Sistemas desenvolvida por Bertalanffy em 1940. Assim, de acordo com o pensamento sistêmico, o todo é considerado maior do que a soma das partes, e cada parte só pode ser entendida no contexto de um todo, assim, quando há uma mudança em uma das partes, essa mudança afetará todas as outras partes. Isso acontece porque a família funciona como um sistema vivo, um complexo de elementos colocados em interação, agindo de forma independente e ao mesmo tempo inseparável.

Os conceitos da teoria sistêmica, construtivismo e estruturalismo foram sendo considerados, e passaram a respaldar novas abordagens amplas e integradoras de atendimento familiar. Nathan Ackerman e Gregory Bateson, com perfis diferentes e complementares, foram os precursores desses estudos experimentais².

Na década de 70, a terapia familiar encontrava-se em ampla expansão, e alcançou diversos grupos e questões, ultrapassando o público inicial de famílias com membros esquizofrênicos. Hoje, suas diversas possibilidades de compreensão das famílias e suas relações, e os instrumentos e técnicas de atendimento representam um rico arsenal para todos os profissionais que recebem demandas complexas, necessariamente construídas também pelas complexas tramas das relações familiares.

Além de representar novas formas de superação das questões familiares, a Terapia Familiar Sistêmica promove a revisão do lugar do terapeuta na abordagem do problema. Minuchin, Whitaker e demais precursores ressaltam constantemente em seus escritos que o terapeuta deve lembrar sempre que é uma pessoa em relação com outras.

Segundo esses autores, estão necessariamente presentes no processo

2 Ibid, p.8.

terapêutico as histórias familiares também do terapeuta. E por isso, sua postura deve ser de atenção e autoanálise, posicionando-se como um treinador, permitindo autonomia das famílias, e abrindo espaço na sessão terapêutica para que as relações familiares se expressem e seus membros assumam o papel central na promoção da mudança. O terapeuta deve lembrar que o processo terapêutico é mais uma interação humana, assim como as interações familiares que possam causar sofrimento. E a segurança nesse processo só é possível com seu próprio autoconhecimento. Dessa forma, somente um claro reconhecimento das particularidades do terapeuta e das características de cada abordagem terapêutica possibilita um respeito genuíno pelo caráter único e individual de cada família³.

Escola Estrutural de Terapia Familiar Sistêmica

A Escola Estrutural de Terapia Familiar Sistêmica, que teve como fundador Salvador Minuchin, baseia-se na teoria da estrutura e do funcionamento familiar, ou seja, analisa as formas como a família se organiza e como seus membros interagem entre si e com o meio no qual se relaciona, e parte do pressuposto de que o homem influencia e é influenciado por seu contexto social.

Salvador Minuchin, nasceu na Argentina e emigrou para os Estados Unidos, após ter vivido um período em Israel. Trabalhou inicialmente na cidade de Nova York, em uma escola para adolescentes com problemas de conduta oriundos de famílias pobres. Posteriormente mudou-se para Filadélfia onde dirigiu uma das primeiras clínicas especializadas em crianças. Ao longo da vida escreveu vários livros abordando a Escola Estrutural de Terapia Familiar.

A estrutura familiar caracteriza-se pelos padrões transacionais repetitivos através dos quais os membros de uma família interagem, e que determinam quando e com quem se relacionam, regulando, assim, o comportamento de cada componente do sistema. Conforme

³ Ibid, p.8.

Minuchin⁴, os padrões transacionais são mantidos por dois sistemas de repressão: através das regras universais que governam o modo de organização da família, e através das expectativas geradas por membros específicos da família.

Partindo da concepção de família como um sistema, ela pode ser vista como um todo constituído de partes que interagem entre si, gerando formas específicas de se relacionarem nessa interação. Cada indivíduo dentro de seu sistema familiar pode compor diferentes subsistemas. Cada subsistema tem funções específicas e faz exigências específicas a seus membros, assim, o indivíduo poderá exercer níveis de poder diferenciados e aprender outras habilidades. Os subsistemas podem ser formados por gênero, geração, interesses comuns ou pelo papel que desempenham, como por exemplo, “os inteligentes da família”, “os relaxados”, os “organizados”, etc.

Espera-se que uma família com subsistema saudável seja composto pelo subsistema conjugal (marido e esposa); pelo subsistema parental (pai e mãe); e pelo subsistema filial / fraternal (filhos e irmãos). Porém, na prática isso nem sempre acontece, embora certos padrões sejam comuns, as possibilidades de subgrupos são infinitas, como uma mãe pode formar um subsistema tão fechado com seu filho caçula que os outros são excluídos.

A família e os subsistemas que a compõem são delimitados por fronteiras, que são as regras necessárias para a proteção e manutenção da integridade do sistema, definindo quem participa e como. Para que a família funcione de forma adequada, as fronteiras de seus subsistemas devem ser nítidas, permitindo que seus membros desempenhem suas funções, contudo, definindo até onde cada um pode ir e quem faz parte de qual subsistema.

Quando as fronteiras são difusas ou emaranhadas, não se estabelecem limites claros, e todos podem invadir o espaço um do outro. Existe um aumento de comunicação e preocupação entre os membros familiares, de modo que o sistema pode apresentar dificuldade em adaptar-se e mudar diante de situações estressantes. Nas famílias emaranhadas, os pais apresentam-se excessivamente

4 MINUCHIN, S. e FISHMAN, H. C. Técnicas de terapia familiar. Porto Alegre: Artes Médicas, 2003.

zelosos, contudo, as crianças são dependentes. Ou ainda, pais que não exercem cuidado sistemático compatível com a idade dos filhos, com excessiva permissividade, também expressa indefinição de fronteiras e funcionamento equilibrado dos subsistemas.

Quando as fronteiras são rígidas o limite interpessoal é fechado e há uma excessiva distância emocional, com a comunicação precária entre os subsistemas. A família não consegue mobilizar apoio, há pouco afeto e pouca proteção. Possibilita a independência, mas seus membros carecem de sentimentos de lealdade e de pertencimento. Os dois extremos de funcionamento das fronteiras indicam áreas de possíveis patologias.

De acordo com Minuchin⁵, as famílias sofrem pressões internas decorrentes dos ciclos evolutivos, e pressões externas as quais exigem que seus membros passem por um processo de acomodação. Estes fatores estressores requerem que os membros da família revejam e transformem suas posições e interações uns com os outros para que possam evoluir e o sistema familiar mantido. Para esse autor as famílias funcionais se transformam e se reestruturam diante dos estresses, para continuarem funcionando.

O terapeuta utiliza-se dos próprios recursos da família para conseguir sua transformação. Porém, quando as famílias respondem com rigidez a estas situações, é que ocorrem os padrões disfuncionais.

O terapeuta de família estrutural busca identificar padrões de comportamentos repetitivos e disfuncionais nos membros familiares e as alternativas possíveis, analisando todo o contexto relacional da família, avaliando a flexibilidade de seus membros para as mudanças, identificando em que estágio de desenvolvimento a família se encontra, e de que forma o sintoma apresentado pelo paciente identificado (PI) mantém o padrão familiar.

Escola Estratégica de Terapia Familiar Sistêmica

A abordagem estratégica de Jay Haley⁶ um dos mais influentes

⁵ Ibid, p. 10.

⁶ HALEY, J. Psicoterapia familiar – um enfoque centrado no problema. Belo Horizonte: Interlivros, 1979.

terapeutas estratégicos, tem como objetivo principal a promoção da mudança na forma das famílias se relacionarem, o que pode ocorrer através de intervenções voltadas a solucionar os problemas. Para tanto, é fundamental que toda a família compareça na primeira entrevista, uma vez que o problema e a mudança afeta e envolve todo o grupo.

Jay Haley desenvolveu um roteiro para a primeira entrevista com a família, onde o terapeuta se utiliza de quatro fases na sessão, as quais são essenciais para o resultado positivo da terapia, ele diz que para uma terapia terminar bem, deve iniciar bem, assim seguindo estas fases ele organiza o primeiro atendimento.

A primeira fase é denominada social, pois é um momento de cumprimentos e apresentações. É importante que o terapeuta mostre-se cordial e busque deixar cada membro à vontade e confortável, uma vez que é previsível certa resistência e desconforto inicialmente. A segunda fase é a fase de discussão do problema, momento de ouvir cada membro da família sobre o problema. Isso pode ser feito diretamente ou através de perguntas como: quais mudanças você espera? Ouvir cada um é importante para estimular o envolvimento de todos, conhecer o nível de envolvimento no problema, e entender o funcionamento hierárquico da família. A próxima fase é da interação, na qual os membros da família poderão conversar entre si sobre o problema, mas é preciso estar atento para que todos participem e a discussão não se limite a apenas duas pessoas. Essa interação permite que o terapeuta observe o tipo de sequência nos comportamentos dos membros familiares.

Após essa interação, inicia-se a quarta e última fase com a explicitação do problema, em que o terapeuta solicita que cada membro, inclusive crianças, expressem os objetivos e transformações almejadas na terapia. É muito importante que esses objetivos sejam colocados de forma clara, pois é o quando se estabelece o contrato terapêutico⁷.

A partir daí, será possível tomar decisões sobre os próximos atendimentos e ajudar a família a sair do discurso para ação, e, dessa

7 Ibid.

forma, chegar às mudanças esperadas. Para tanto, são realizadas Diretivas Terapêuticas, que consistem em tarefas prescritas às famílias para a promoção de mudanças de comportamentos; intensificação do relacionamento com o terapeuta, tornando-os mais envolvidos com a ação. Para que as diretivas sejam cumpridas e, conseqüentemente alcancem sua finalidade, é necessário que o terapeuta compreenda qual o melhor tipo de diretiva deve ser prescrita para cada família.

É preciso que a família esteja motivada, o que pode acontecer quando cada um acredita que receberá ganhos ao cumprirem a tarefa. Essa motivação pode ser realizada através de uma abordagem direta ou indireta. Naquela, “o terapeuta toma aquilo que captou sobre os membros da família na sessão e usa o que é mais evidente e factual, como base para persuadi-los a executarem a tarefa”⁸.

Outro fator importante, é que as diretivas sejam prescritas de forma clara e envolva todos os membros presentes. Ao pedir que a família revise o que cada um fará, o terapeuta facilita a compreensão da tarefa e garante maior sucesso no cumprimento. Na próxima entrevista, ele solicitará um relatório sobre a tarefa, e, caso não tenha sido executada, ou realizada de forma parcial, é imprescindível que ele não seja condescendente, mas ressalte os benefícios perdidos e os ganhos a serem adquiridos na próxima vez que cumprirem.

A convivência humana requer organização, e para que ela aconteça, é necessário que as pessoas sigam um padrão de organização e hierarquia. Em termos de hierarquia, existem comumente três gerações: avós, pais e crianças. Em cada arranjo familiar, a hierarquia pode variar, mas é preciso organizar a estrutura de forma a garantir as posições primárias e secundárias. Ocorre a patologia quando a organização hierárquica está confusa, e a pessoa não sabe quem é seu igual ou quem é seu superior.

Para compreender esse funcionamento hierárquico, é necessário observar a sequência, isto é, atos repetitivos entre as pessoas num grupo organizado. Quando essa sequência é rígida, ocorre a patologia, mas se a sequência muda, os indivíduos do grupo também

8 Ibid, p. 12.

mudam. Nesse sentido, o objetivo terapêutico consiste em promover a descontinuidade da sequência disfuncional repetitiva para impedir que o ciclo continue e se perpetue. Consequentemente, surgirão mudanças na forma de se relacionar e se comunicar, pois o sistema foi reorganizado⁹.

Escola Transgeracional de Terapia Familiar

Segundo Nichols e Schwartz¹⁰, a Escola Transgeracional foi a que mais contribuiu com a sistematização de conceitos teóricos que fundamentaram os diversos recursos e práticas da Terapia Familiar Sistêmica. Seu maior expoente foi Murray Bowen, com destaque para outros grandes agregadores ao tema como Nagy, Buber e Guerin.

Como muitos dos fundadores da terapia familiar, Murray Bowen era um psiquiatra que se especializou em esquizofrenia. Entretanto, diferentemente de outros, ele enfatizava a teoria em seu trabalho – e, até os dias de hoje, a teoria de Bowen é o sistema de ideias mais fértil que a terapia familiar já produziu¹¹.

Assim como a imensa maioria dos precursores da terapia familiar, Bowen¹² iniciou seus estudos com pacientes esquizofrênicos, e realizou uma proposta altamente ousada à época, trazendo algumas famílias para o interior do hospital psiquiátrico. Bowen desenvolveu conceitos de suma importância em sua prática clínica, são seis conceitos interligados: Diferenciação do Self, Triangulação, Projeção Familiar, Processo de Transmissão Multigeracional e Posição de Irmãos, que serão demonstrados a seguir.

A Diferenciação do self é um conceito elaborado por Bowen a partir da observação da relação simbiótica entre mães e pacientes esquizofrênicos, e expressa a necessidade de identificação e pertencimento, individualidade e autonomia de todo o ser humano.

9 Ibid, p. 12.

10 Ibid, p. 8.

11 NICHOLS, M. P.; SCHWARTZ, R. Terapia familiar: conceitos e métodos. 7ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 48.

12 BOWEN, M.. Terapia Familiar na Prática Clínica. Bíb. de Psic. Descleé de Brourr. 1989.

Mas, que nas relações familiares podem ganhar configurações disfuncionais. Segundo o autor, os relacionamentos humanos são impulsionados por duas forças de vida que se equilibram: “individualidade e proximidade”¹³.

O conceito do *Processo Emocional da Família Nuclear* trata das forças emocionais na família que operam ao longo dos anos em padrões recorrentes. Bowen, originalmente, empregou o termo massa de ego familiar indiferenciada para descrever um excesso de reatividade emocional, ou fusão na família. Como esta nova fusão é instável, ela tende a produzir uma ou mais das seguintes situações: 1. distância emocional reativa entre os parceiros; 2. disfunção física ou emocional em um dos parceiros; 3. conflito conjugal; 4. projeção do problema em um ou mais filhos

O conceito de *Triangulação* foi bastante estudado pelo autor, e descreve o processo de fuga do enfrentamento de problemas familiares, causado principalmente por altos níveis de ansiedade. Caracteriza-se pelo envolvimento de uma terceira pessoa em uma questão conflituosa, que se apresenta entre duas outras pessoas na família. Quando essa terceira pessoa é madura e diferenciada o suficiente para contribuir para a resolução da questão, o triângulo não se mantém. Mas em geral, isso ocorre entre pais e filhos, quando os pais buscam apoio entre os filhos para justificar suas queixas quanto ao outro cônjuge. Entretanto, não são os filhos, principalmente dependendo da idade, as pessoas mais indicadas a contribuírem para a resolução dos problemas conjugais de seus pais¹⁴.

O processo de Projeção Familiar ocorre quando os pais transmitem sua falta de diferenciação familiar aos filhos. Está ligado à transmissão multigeracional, conceito que descreve a transmissão da ansiedade e relações disfuncionais de geração para geração. Em cada geração, o filho mais envolvido na fusão familiar avança para um nível mais baixo de diferenciação do self.

O grau de diferenciação de uma pessoa depende do grau de diferenciação obtido por seus pais, que depende da diferenciação

¹³ Ibid, p. 8.

¹⁴ Ibid, p. 8.

obtida por seus avós e assim sucessivamente, a isso se dá o nome de *Processo de Transmissão Multigeracional*. Portanto, a Escola Transgeracional, aborda não apenas a família nuclear atual, mas também a família ampliada, bem como as gerações precedentes. Isso se faz especialmente importante, quando compreendemos que as pessoas (adultos) estabelecem novos relacionamentos com os modelos trazidos de sua família de origem, o que afetará também as gerações futuras.

Se as experiências de relações familiares dificultam o processo de alcance de autonomia, identificação, reconhecimento de sentimentos e habilidades para lidar com eles, e diferenciação do *self*; e se foram marcadas por triangulação, colocação do filho em função de suporte emocional e fundido à massa do ego indiferenciada da família, esse filho terá grandes chances de unir-se a pessoa com desafios emocionais parecidos. O ambiente emocional gerado nessa nova família será repleto de ansiedade, transmitindo à segunda geração os processos emocionais limitantes vivenciados pelos pais na relação com os avós.

Assim, a teoria de Bowen vai além de dizer que o passado influencia o presente: ela especifica o caminho ao longo do qual os processos emocionais são transmitidos através das gerações. Os pais que impõem suas preocupações aos filhos deixam a eles pouca escolha além de se conformar ou se rebelar¹⁵.

Quanto ao conceito da Posição de Irmãos, Bowen considerou que a posição por ordem de nascimento define o lugar dos filhos na família. Compreende o conflito entre os irmãos como inerente a essas relações, e que a intensa interferência dos pais poderia retirar deles grande oportunidade de crescimento e desenvolvimento pessoal. Observa ainda que cada um dos irmãos vivencia e elabora as mesmas situações e experiências familiares de forma particular, construindo, a partir disso, seu lugar no mundo. (NICHOLS & SCHWARTZ, 2007).

15 NICHOLS, M. P.; SCHWARTZ, R. Terapia familiar: conceitos e métodos. 7ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 133.

Procedimentos metodológicos

Os procedimentos estão ordenados pela descrição da queixa inicial apresentada pela família quando da procura pelo atendimento terapêutico, seguida da composição familiar, resumo das oito sessões dos atendimentos realizados e os resultados analisados à luz da Visão Sistêmica e das Escolas de Terapia Familiar privilegiadas neste estudo.

Composição familiar e queixa

Composição Familiar: Katie, Mãe, 39 anos, médica veterinária; Ben, Pai, 32 anos, engenheiro agrônomo.

Queixa Inicial: Constantes brigas entre o casal por ele permanecer muito tempo dedicado ao trabalho, e ela gastar muito.

Relato do caso

Nos atendimentos iniciais buscou-se levantar a queixa e história de vida de cada um dos membros do casal. Quanto ao primeiro elemento do trabalho terapêutico foi identificado como as brigas entre o casal, atribuídas aos gastos excessivos realizados por Katie, e distanciamento de Ben em relação à família, envolvendo-se integralmente no trabalho.

Quanto às histórias de vida, Katie começou por um relacionamento anterior, quando ainda vivia na Paraíba com sua família. O relacionamento iniciado na faculdade durou por quatro anos, sem a aprovação de sua família, principalmente seu pai. Quando decidiu terminar esse namoro, ele passou a persegui-la. Por isso, mudou-se para Rondônia com apoio e orientação de seus pais, que contataram uma família de amigos que vivia em Porto Velho e que a acolheu nesse período. Contudo, ele veio a Rondônia e continuou a persegui-la, e após alguns meses Katie o denunciou. Ele foi intimado a ir à delegacia, e orientado pela delegada a deixar o estado. Após essa situação, Katie contou que pedia em orações um bom esposo a São José, orientada

por também por sua mãe.

Permaneceu no estado, mas mudou-se para a cidade de Buritis, onde conseguiu emprego e conheceu Ben, que trabalhava na mesma empresa. Relembrou que em menos de seis meses já estavam morando juntos. Como estava prestes a receber uma visita de seus pais, sugeriu a Ben que se casassem, pois seu pai não aceitaria a situação de união estável não formalizada. Casaram-se e Katie observou que desde o início do namoro já brigavam bastante, e atribuiu isso ao intenso contato diário que tinham, pois trabalhavam e moravam juntos. Considerou que essa rotina desgastava a convivência conjugal. Após cinco anos, veio a gravidez de Josh. Já no fim da gravidez, mudou-se para Porto Velho. O esposo permaneceu no interior, e teve que ficar sozinha um tempo, apesar de ter observado anteriormente que a intensa proximidade diária tinha sido um problema no início do relacionamento.

Quanto a Ben, relatou que nasceu em cidade de médio porte do interior do estado, e morava no sítio com sua família. Estudou em escola rural desde o ensino fundamental, permanecendo quinze dias na escola e quinze dias em casa. Ressaltou que a família tinha poucos recursos financeiros e, por isso, precisou assumir responsabilidade ainda muito jovem, mesmo sendo filho caçula, *"nunca teve excessos, nunca sobrou nada"*. As dificuldades aumentaram após a separação dos pais, quando tinha onze anos de idade, já na época do semi-internato. Coursou ensino médio em internato integral também rural, visitando a família apenas nas férias, pois residia a mais de 200 km de casa.

Ben relatou a separação dos pais como um evento bastante significativo e marcante para ele, pois o rompimento se deu por traição conjugal do pai, o que gerou fragilização na relação parental, reduzindo a convivência entre pai e filho. Ele também expressou que as vivências desse momento em sua família de origem orientam suas escolhas até hoje, buscando manter seu atual núcleo familiar a todo custo.

Quanto aos problemas conjugais, os atribuiu ao jeito arredio, mal-humorado e briguento da esposa. Salientou que ela o cobrava

pela ausência como marido e como pai, e mencionou que se sentia desconfortável quando não estavam bem. Expressou certo alívio pela mudança que percebeu no comportamento da esposa, já após o primeiro atendimento. Mas descreveu situações do cotidiano que ainda causavam atritos, discussões e animosidades entre o casal.

A partir disso, foi identificada a necessidade de desenvolvimento de habilidades de comunicação mais funcional entre o casal, de forma a proporcionar vinculação mais genuína, intimidade e conexão. Para isso foram realizadas diversas vezes a técnica da comunicação funcional da Virgínia Satir, que busca promover a responsabilização pelos próprios sentimentos, desculpabilizando o outro, e alcançando maior diferenciação do self.

Nessas atividades Ben apresentou maiores dificuldades em se colocar e identificar os sentimentos, sendo orientado a refazer algumas de suas frases para a esposa utilizando *"Eu sinto ou eu me senti..."*.

No decorrer do processo terapêutico pode-se observar o movimento de mudança na relação conjugal. Inicialmente expressando maior aproximação, afeto e carinho durante as sessões. Tendo sido orientados de que tais mudanças demandavam empenho, escolha e cuidados sistemáticos para serem mantidas, como o uso da comunicação funcional no cotidiano familiar. E que no processo de reorientação da relação momentos conflituosos ainda viriam, demandando ainda maior disponibilidade do casal em superá-los.

Houve também momento da estagnação e manutenção da homeostase familiar, pela recorrência de episódios de brigas entre o casal, ocasionando a cogitação do encerramento da relação para a resolução das brigas. O que foi trabalhado nas sessões que deveriam ser uma decisão que também promovesse a reestruturação familiar, para a manutenção da relação parental e cuidados com o filho.

Identificou-se que as brigas se davam por intransigências, dificuldades de compreensão e empatia em relação ao comportamento um do outro. Comportamentos que desenvolveram e solidificaram através das vivências nas respectivas famílias de origem, histórias vividas que levaram para a nova relação conjugal e familiar construída.

Observou-se a complementaridade nas histórias um do outro: Katie, aos 11 anos, recebeu a visita de um dos irmãos paternos, fruto de relações conjugais anteriores de seu pai, com os quais não mantinha vínculo e convivência. Ela tinha um pai presente e cuidadoso, mas que já havia abandonado outros filhos. Ben, aos 11 anos de idade, vivencia a separação dos pais, por uma traição conjugal de seu pai, tendo ele assumido a nova relação e as filhas da nova companheira, passando a dedicar todo o cuidado e presença paterna a essas, distanciando-se dos filhos da primeira relação.

Para promover a elaboração de tais histórias familiares, aproximação e maior empatia entre o casal, foram realizadas, durante todo o processo terapêutico técnicas como genograma, sociodrama, enfrentamento emocional, que possibilitassem acessarem as lembranças e sentimentos experimentados na família de origem, e renotação dessas vivências de forma mais funcional às novas relações familiares construídas no momento. Olhar para a história e os sentimentos gerados nas vivências dessas histórias um do outro, contribuiu para promover maior compreensão e empatia entre o casal, reduzindo os níveis de cobrança e ansiedade entre eles. Diretivas terapêuticas, ou tarefas, também foram prescritas para esse objetivo. Em concomitante, foram intensamente trabalhadas as formas de comunicação do casal, direcionando-se a exporem os sentimentos individuais, sem culpabilização do outro. A técnica da comunicação funcional foi utilizada e treinada em diversos momentos das sessões, e requisitada como diretiva terapêutica em outros. A relação entre pai e filho também foi foco de atenção, sendo direcionadas tarefas específicas para fortalecimento desse vínculo, bem como do vínculo de Ben com seu pai.

No emprego dessas técnicas, pode-se observar que Bem acessou alguns sentimentos e emoções que buscava suplantar, ou não valorizar como estratégia de superação. Mas que vinham à tona nos problemas conjugais que vivenciava naquele momento. Ele que iniciou o processo terapêutico com o intuito de auxiliar a esposa em uma mudança, emocionou-se várias vezes, e passou a identificar suas próprias questões.

Considerações Finais

Katie e Ben foram desafiados a questionarem a si mesmos quanto aos incômodos que se queixavam em relação ao outro: Por que o comportamento do parceiro me incomoda tanto? Tendo iniciado a terapia com um questionamento diferente e não autorresponsável: Por que meu parceiro faz isso comigo?

As técnicas da terapia estrutural para reorganizar a família buscam desestabilizar a homeostase existente e desafiar a realidade familiar para desenvolver novas formas de funcionamento. O terapeuta introduz outra visão para descrever o problema de forma que favoreça a busca de alternativas ainda não tentadas ou realizadas pela família, de modo que o mapa da realidade da família possa ser ampliado ou modificado.

Constatou-se que o casal empregou mudanças efetivas na forma de se relacionar, tendo iniciado essa mudança na forma do levantamento do problema, o que já indica possibilidades distintas de superá-lo. Substituindo o questionamento linear que propicia respostas que responsabilizam o outro quanto aos seus sentimentos e emoções, limita o processo de diferenciação, autonomia e capacidade para a resolução da questão, colocando essa como dependente apenas da ação do outro.

Durante todo o processo terapêutico, o casal foi treinado a expressar-se de forma mais responsável entre si, falando no “eu” e sobre sentimentos individuais, comunicando ao outro seus sentimentos e necessidades, de forma clara solicitante e autorresponsável. Além disso, o contato com as histórias pessoais de cada um deles, possibilitou-os a compreensão de seus sentimentos e reações em relação ao comportamento do parceiro, ampliando a visão para o sistema familiar maior e pregresso.

Essa compreensão mais abrangente das situações que vivem no momento, considerando as histórias pessoais e familiares de cada um, e a observação dos sentimentos, foram os principais ganhos identificados na relação conjugal com o processo terapêutico. Katie e Ben demonstraram ver um ao outro de forma mais empática, e

o comportamento de cada um que os incomodava passou a ser compreendido de outra forma pelo parceiro.

Contudo, permaneceu a necessidade do treino na comunicação funcional, de forma a alcançar um diálogo eficiente na resolução dos problemas, na expressão profunda dos sentimentos, nos pedidos claros para o atendimento de suas necessidades, e na aceitação e acolhimento dos sentimentos e demandas do parceiro. Tendo vivido mais de dez anos de relacionamento em um padrão de interações reativas e culpabilizadoras do outro, alcançar um novo nível de relação e diferenciação demanda investimento e prática com apoio externo. Foram portanto orientados a manutenção da terapia após as 8 sessões.

O filho contribuiu significativamente no processo terapêutico dos pais, pois mantinha sua intenção e expressão do desejo de permanecer no lugar de filho, e não triangulado como prêmio, ou juiz da disputa entre pai e mãe, recorrente nas discussões e conflitos do casal.

O processo terapêutico da família contribuiu fundamentalmente para a construção dos terapeutas como tal, e também no âmbito pessoal. Isso requer dedicação de tempo de auto cuidado dos próprios terapeutas que se aventuram nesse desafio. Planejar, agendar e estar presente de forma íntegra, atenta e eficiente numa sessão de terapia breve, exige do terapeuta um investimento emocional para o qual requer tempo de estudo e elaboração das histórias e sentimentos que recebe na sessão.

O processo terapêutico é uma interação humana como qualquer outra, e por isso a relação terapeuta e família precisa ser horizontal, igualitária, pois estão presentes sentimentos humanos de mesmo valor, profundidade e importância para o direcionamento da vida de todos os envolvidos. A responsabilidade do terapeuta, nessa relação, é de manter a qualidade dessa interação com a família. É ele quem deve trazer para essa interação elementos fundamentais para o crescimento e diferenciação de todos, como a empatia, autorresponsabilização, comunicação funcional, percepção ampla do sistema, e abrir espaço para que a família direcione suas relações e alcance a solução de suas questões a partir desses valores e perspectivas.

Isso significa dizer que o nível de diferenciação do terapeuta direciona os avanços alcançados pela família no processo terapêutico. Em sendo esse processo uma interação humana, os sentimentos, desejos, emoções, mapa de mundo e histórias de vida de todos os envolvidos, inclusive do terapeuta, estão presentes no processo e o direcionam. O que demanda do terapeuta um profundo autoconhecimento, autocuidado, e capacidade de se utilizar de suas emoções e sentimentos para contribuir para o processo de crescimento da família. Essa percepção contribui para o que o terapeuta esteja mais inteiro no processo, que o viva com mais verdade e consistência, e que seja mais feliz no seu trabalho, pois assim os resultados serão mais assertivos e terão maior gratificação no seu trabalho com famílias.

E propor essa metodologia de abordagem de questões familiares no âmbito jurídico torna-se um desafio de possibilidades ambíguas. Por um lado, o campo jurídico exige celeridade, e está constituído por uma rígida hierarquia centrada no conhecimento do direito. O que demanda uma abertura para transformações sistêmicas também no nível institucional. Por outro lado, tem-se uma técnica bem diretiva, com tradição de resultados, e voltada especificamente ao desenvolvimento das relações familiares, que são cotidianamente levadas pelas próprias famílias ao juiz, que dispõe de uma grande gama de dispositivos legais, mas que por vezes, não alcançam a complexidade das relações construídas.

Referências

ALEMANHA. Zivilprozessordnung. 1950. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/Zivilprozessordnung>>. Acesso em 20 de nov. de 2018.

ANDREWS, Neil. O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BOLZAN, José Luis de Moraes. Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAMPOS. Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideias de funcionalidade e garantismo. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 20 de nov. de 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à Justiça e a função do jurista em nossa época. Anais da Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Belo Horizonte: 1990.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº. 125 de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 20 de nov. de 2018.

DENTI, Vittorio. I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative. Rivista di Diritto Processuale, 1980.

GARCIA, Maria Olinda. Mediação em direito civil e comercial – Notas sobre o regime português. Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, 2016.

GOMES. Luís Flávio. Justiça penal restaurativa: conciliação, mediação e negociação. 2007. Disponível em: <<https://www.tribunapr.com.br/noticias/justica-penal-restaurativa-conciliacao-mediacao-e-negociacao>>. Acesso em 20 de nov. de 2018.

GOMES. Luís Flávio. Mais juízes, mais servidores e mais morosidade!. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20313/mais-juizes-mais-servidores-e-mais-morosidade>>. Acesso em: 20 de nov. de 2018.

JESUS. Damásio Evangelista de. Justiça restaurativa no Brasil. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7359/justica-restaurativa-no-brasil>>. Acesso em: 20 de nov. de 2018.

MOREIRA, Rafael Martins Costa. Solução consensual de conflitos penais no Brasil. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 14, n. 73, p. 99120, maio/jun. 2012.

NETO, Eugênio Facchini. Jurisdição ou resolução consensual de conflitos: a quem pertence o futuro? Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, p. 15-47, maio/jun. 2017.

PEREIRA. Cláudio José. Princípio da Oportunidade e Justiça Penal Negociada. Juarez de Oliveira: 2002.

SADEK, Maria Teresa e ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. Revista USP, São Paulo, n. 21, p. 39, mar./abr. 1994.

SANDRES DE OLIVEIRA. Henry. BALDAN. Guilherme Ribeiro. The Principles Of Transnational Civil Procedure e sua (in)compatibilidade com o Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://emeron.tjro.jus.br/images/biblioteca/publicacoes/Ebook_1019_1.pdf>. Acesso em: 20 de ago. de 2019.

ROSA. Larissa e FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. As oportunidades de consenso entre o ministério público e o acusado e a horizontalização da justiça penal. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4717c244331eb475>>. Acesso em: 20 de nov. de 2018.

XAVIER NETO, Francisco de Paula. Notas sobre a justiça na Alemanha. Revista de Processo, São Paulo, ano 7, nº. 27, set. 1982.

WEINGÄRTNER, Lis. Mediação é escolha alternativa para resolução de conflitos. Revista Justilex. 2009.



Abram caminhos , queremos passar com nossas bikes!
Autora: Érica Mendes de Oliveira

Elivânia Patrícia de Lima

Mestre em Mestrado Profissional Interdisciplinar em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça (Unir/DHJUS). Especialista em Saúde Pública (Faculdade São Lucas). Assistente Social, atuando no Tribunal de Justiça de Rondônia. E-mail: elivanielima@hotmail.com

Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria Souza

Doutoranda em Ciências Jurídicas (Univali). Mestre em Mestrado Profissional Interdisciplinar em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça (Unir/DHJUS). Especialista em Direito Material e Processual Civil (UFSC). Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. MBA em Gestão em Poder Judiciário (FGV). E-mail: ursulagtf@gmail.com

A (IN)VISIBILIDADE DAS COMUNIDADES RIBEIRINHAS DO RIO MADEIRA: ANÁLISE DO REASSENTAMENTO DOS MORADORES DO BAIRRO TRIÂNGULO

Elivânia Patrícia de Lima
Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria Souza

RESUMO

A pesquisa tem por objetivo analisar o direito da comunidade tradicional urbana ribeirinha do Bairro Triângulo, em Porto Velho (RO), ao reconhecimento de seu modo de vida peculiar, por meio da política pública de moradia de reassentamento considerado necessário, em razão de projeto urbanístico que seria realizado às margens do Rio Madeira. O método a ser utilizado é o dedutivo, com abordagem qualitativa, de natureza descritiva e explicativa, por meio de pesquisa bibliográfica, documental e de campo, coletando-se os dados, por meio de entrevistas e formulários semiestruturados, em uma amostra realizada nos conjuntos habitacionais Pró-Moradia Sul e Candelária I, para análise de adequação e satisfação das unidades habitacionais, concluindo que não ocorrera a reterritorialização da comunidade tradicional.

Palavras-chave: Reassentamento. Comunidade tradicional. Ribeirinhos históricos. Bairro Triângulo.

Contextualização

A história do Bairro Triângulo, localizado à margem direita do Rio Madeira e na região central de Porto Velho, se confunde com o nascimento da cidade, datada oficialmente de 02 de outubro de 1914, embora os registros de ocupação desta última seja de 1907.

Autores como Fonseca e Teixeira (2003) ressaltam que sua

formação histórica e populacional possui íntima relação com a construção e funcionamento da Ferrovia Madeira Mamoré, pois além do nome derivar do local destinado as manobras das locomotivas, também destinava-se à residência de seus trabalhadores, inclusive aqueles de origens caribenhas onde houve colonização inglesa – Ilha dos Barbados, dentre outros. Tais aspectos denotam a importância da formação histórica do Triângulo para seus moradores, que se auto intitulavam, durante as entrevistas, como descendentes dos pioneiros de Porto Velho, oportunidade em que se queixavam do desrespeito com que tem sido tratado pelas autoridades locais, quando do acontecimento de situações que culminariam como a degradação da comunidade.

Ainda sobre a constituição do bairro, vale destacar que com passar do tempo, sua população passou a ser constituída por outros trabalhadores, que não os da ferrovia. Os novos moradores e suas famílias tinham como base de sua reprodução social as atividades vinculadas à natureza, especialmente o rio, de onde tiravam os meios necessários para a sobrevivência, mediante a pesca e agricultura de várzea. Gradativamente estes foram inseridos em atividades comerciais e no serviço público.

A relação com a natureza de certa forma sempre condicionou o modo de vida dos moradores do Triângulo, seja pelas intempéries e sazonalidade das cheias do rio, seja por ser constituir enquanto lócus de reconhecimento e pertencimento.

Desde a primeira década do Século XXI, os moradores passaram a vivenciar as consequências do processo de desenvolvimento da cidade, sendo em grande parte submetidos a processos de reassentamento reguladas pelo executivo municipal. Sobre isto, Santos *et al* (2014) destaca:

A população de Porto Velho tem vivido recentemente, um intenso processo de transformação decorrente da necessidade de desenvolvimento. Desenvolvimento este que na última década tem sido implementado pelo Governo Brasileiro – na maioria das vezes – pelo Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), criado em 2007, o qual já está na segunda fase desde 2011.

A primeira interferência na comunidade deu-se em razão da proposta de reurbanização do centro histórico da cidade, onde seria construído o “Parque das Águas”, sendo aqueles que se localizavam nas áreas afetadas direcionados para conjuntos habitacionais, intitulados Pró- Moradia Sul e Candelária I. Todavia, este não foi um processo isolado, já que desde o início da construção das Usinas do Madeira (Santo Antônio e Jirau), o bairro tem sido o mais afetado com os impactos socioambientais, levando as famílias a procurarem outros espaços para residirem. Sobre isto, destaca-se que a histórica cheia de 2014 acarretou consequências na dinâmica espacial do bairro (perda total ou parcial dos imóveis; avanço da margem do rio), as quais tornaram inviável a manutenção das famílias no local, contribuindo para torná-lo um ambiente inóspito, potencializado pelo abandono do poder público.

Imagem 01: Ilustração do avanço do rio na atualidade



Fonte: G1 (portal de notícias Globo)

Frente ao exposto, vislumbra-se, com o presente artigo, a partir das características sociodemográficas, e das implicações decorrentes do processo de desenvolvimento a que foram submetidas, apontar como este último afetou a maneira destes indivíduos relacionarem-se

com o espaço e a comunidade.

Perfil sociodemográfico da população analisada

A população entrevistada é constituída majoritariamente de pessoas originárias do município de Porto Velho, o que totalizou 85% dos casos, sendo que 71% das pessoas nasceram e cresceram no território analisado, e 14% é oriunda do Distrito de Abunã. As demais, correspondem ao processo migratório, ocorrido dentro da própria região, especificamente do Estado do Amazonas. Sobre a especificidade deste último, destaca-se o declínio da atividade extrativista associada a borracha como principal elemento ensejador da mudança de localidade.

Gráfico 1: Naturalidade dos entrevistados

NATURALIDADE

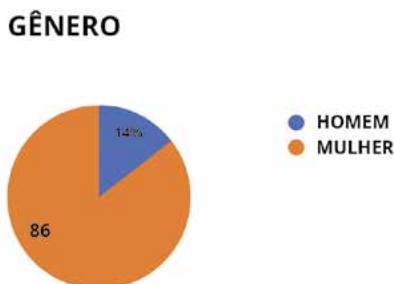


Fonte: Próprias autoras

A análise dos dados identificou que relativo à categoria gênero ocorreu predominância do feminino. Tal contexto representa as alterações culturais vivenciadas pela sociedade brasileira, onde 38,7%¹ dos lares tem a mulher como referência para o atendimento das necessidades da família.

¹ Dados do Censo 2010 (IBGE).

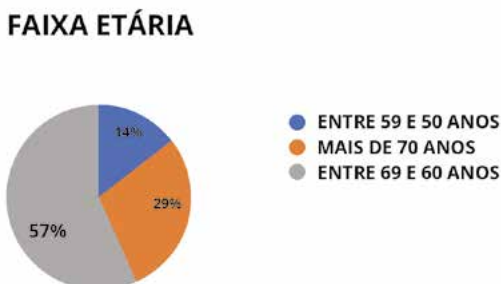
Gráfico 2: Gênero dos entrevistados



Fonte: Próprias autoras

Os resultados sinalizam que do total dos entrevistados, mais da metade é constituída por pessoas idosas, ou seja, acima de 60 anos, seguido de 14% na faixa etária entre os 50 e 59 anos.

Gráfico 3: Faixa etária



Fonte: Próprias autoras

Concernente à escolaridade afere-se baixo grau de instrução formal, haja visto que o nível de instrução dos entrevistados, na maioria dos casos, não ultrapassa o Ensino Fundamental, e daqueles que ingressaram no Ensino Médio, o índice de não conclusão é de 14%.

Gráfico 4: Escolaridade

ESCOLARIDADE

Fonte: Próprias autoras

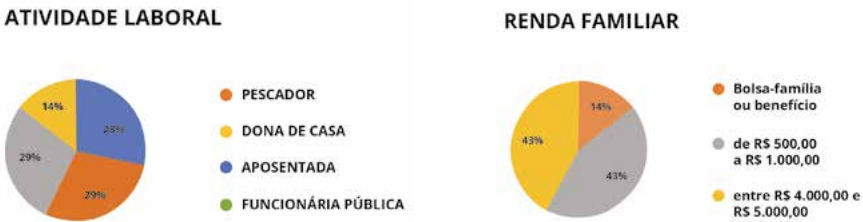
A realidade exposta acima, compromete significativamente outros aspectos da vida da população analisada, com destaque para as dimensões de trabalho e renda, inserindo – a numa situação de vulnerabilidade socioeconômica²², pois em famílias pobres, o acesso à educação é a única forma capaz de auxiliar na superação de uma realidade excludente.

Aprofundando a questão econômica constata-se que as especificidades das atividades laborais desenvolvidas são mais representativas nas funções de pescador e dona de casa, totalizando 57% dos entrevistados. Este é o mesmo quantitativo associado a renda familiar que sobrevivem do recebimento de benefícios sociais, ou o valor não ultrapassa R\$ 1.000,00 (reais).

Ainda sobre a renda, merece destaque as considerações do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômico – DIEESE, que tendo como parâmetro a realidade nacional estimou em janeiro de 2018, que o valor do salário-mínimo, capaz de atender as necessidades básicas do trabalhador brasileiro e de sua família (moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e Previdência social) deveria ser no montante de R\$ 3.752,65 aos invés de R\$ 954. Tal fato corrobora nossa análise, quando se infere que a população pesquisada é vulnerável.

²² Definição de vulnerável à pobreza, segundo o Atlas de Desenvolvimento Humano do PNUD 2013, diz respeito a moradores com renda domiciliar per capita igual ou inferior a 255 reais mensais.

Gráficos 5 e 6: Atividade laboral e renda familiar



Fonte: Próprias autoras

Os dados revelam que o quantitativo de membros não ultrapassa 05 indivíduos, seguido daquelas com até 04 membros. Contrapondo estes dados aos do Censo 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, constata-se que a realidade dos entrevistados não se diferencia do nacional, já que segundo o referido instituto a média de composição das famílias é de 3,1 membros.

Gráfico 7: Composição familiar



Fonte: Próprias autoras

Do ponto de vista da habitabilidade, 14% dos entrevistados possui imóvel construído com recurso próprio, contrapondo 86% adquiridos por meio de doação do governo municipal, intitulado de habitação de interesse social, o qual visava à época atender a proposta de revitalização de parte histórica do município. Respectivamente, encontram-se localizados nas região central e sul da cidade.

Gráficos 8 e 9: Natureza e localidade da moradia



Fonte: Próprias autoras

Impactos decorrentes de empreendimentos públicos

A maioria dos entrevistados vivem nas novas localidades há cerca de 5 (cinco) anos, quando foram retirados do Bairro Triângulo e foram residir nos conjuntos habitacionais, por meio de movimentos sociais para que o Poder Público municipal disponibilizasse as casas.

Ressalte-se que a urgência em que fosse solucionado o impasse com os moradores retirados, determinaram que eles recebessem as casas no Pró-Moradia Sul inacabadas internamente.

Gráfico 10: Tempo de residência



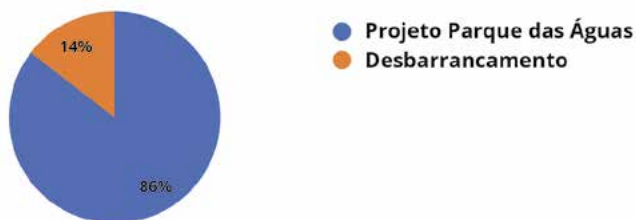
Fonte: Próprias autoras

Dos entrevistados 86% declarou que o motivo do reassentamento ocorreria em decorrência da implantação de projeto urbanístico municipal da orla do Rio Madeira, denominado Projeto Parque das Águas e 14% em razão do desbarrancamento do Bairro Triângulo, em razão da implantação das usinas hidrelétricas.

Cerca de 29% dos entrevistados declararam que foram indenizados, pela municipalidade, em razão da atividade comercial que exerciam no Bairro, no momento em que foram remanejados do Bairro Triângulo.

Gráficos 11 e 12: Motivo do reassentamento e indenização

MOTIVO DO REASSENTAMENTO



INDENIZAÇÃO



Fonte: Próprias autoras

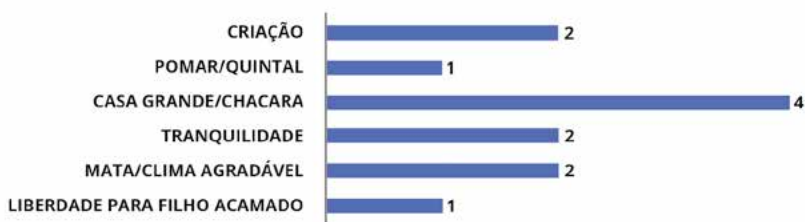
Na comparação da moradia atual (conjunto habitacional) com a moradia anterior, relatam, como positivo, que não mais necessitam conviver com o alagamento sazonal de suas residências, e que a casa atual é boa ou melhor do que aquela em que vivia, própria e dotada de estrutura - asfaltamento, contudo, como negativo, pontuam que não mais ocorre a coabitação da família, mencionam a drástica redução do tamanho do terreno, a impossibilidade de realizar a criação de galinhas, bem como da plantação de pomares, e sentem falta da tranquilidade, da paisagem, do clima e da liberdade e segurança que a comunidade lhe trazia.

Gráficos 13 e 14: Comparação moradia atual e anterior

COMPARAÇÃO MORADIA ATUAL



COMPARAÇÃO MORADIA ATUAL



Fonte: Próprias autoras

Os entrevistados relataram que a maior diferença entre os dois

bairros é a distância do centro, a falta de segurança, a ausência da paisagem (rio), a dificuldade de acesso ao transporte público eficiente, lazer, água tratada, coleta de lixo, correio e acesso ao posto de saúde. Um dos entrevistados ainda relatara que o seu trabalho era vinculado ao extrativismo e à pesca, e seu reassentamento para o bairro atual lhe impossibilitou de manter o acesso ao trabalho que exercia.

Gráficos 15 e 16: Diferenças e Comparação do bairro atual e o anterior



Quanto à convivência comunitária, os entrevistados mencionaram, voluntariamente, que o que mais se ressentem é da violência da nova comunidade e da dificuldade de acesso aos equipamentos e serviços públicos (mencionado por 4 entrevistados cada), seguindo outro argumento apontado fora a desunião e ausência de associação

(aspectos ressaltados por 3 entrevistados), da venda das casas por aqueles que não se adaptaram à nova realidade, bem como não ter praça e nem academia, tudo ter que comprar, o preconceito dos demais moradores quanto à existência de drogaditos entre eles, que não mais conhece todos os vizinhos e ausência de lazer de pesca e banho.

Uma das entrevistadas relata que ainda estaria tentando se adaptar a nova localidade, bem como 2 entrevistados verbalizaram que estão residindo próximo aos vizinhos antigos, o que demonstraram ser muito positivo.

Reconhecimento e proteção à comunidade tradicional, ribeirinhos e território

Axel Honneth (2003) se debruçara, a partir dos estudos do jovem Hegel, nos estudos do reconhecimento, elaborando uma teoria da intersubjetividade em que a pessoa se revela dependente de 3 formas de reconhecimento, emotiva, cognitiva e social, para possibilitar uma autorrelação plena.

Ele busca embasamento histórico das experiências de desrespeito que pudessem ser generalizados para que evidenciassem a lógica moral dos conflitos sociais, possibilitando um modelo que ampliasse a interpretação crítica dos processos de desenvolvimento histórico, esboçando um conceito de eticidade próprio da teoria do reconhecimento.

Nesta concepção formal de eticidade pós-tradicional, desenvolvida por Honneth, que principia nas condições intersubjetivas da integridade pessoal para se chegar aos universais normativos de uma vida bem-sucedida, abrangendo o padrão de reconhecimento de uma solidariedade social, com finalidades partilhadas em comum, mas garantindo a autonomia jurídica de todos os sujeitos, os quais devem coexistir com os padrões de reconhecimento do amor e do direito.

A partir da necessidade de estabelecer um conjunto de valores éticos, flexível às mais díspares metas de vida, incluindo a formação

solidária e coletiva da identidade.

as transformações socioestruturais nas sociedades desenvolvidas ampliaram objetivamente a tal ponto as possibilidades da autorrealização que a experiência de uma diferença individual ou coletiva se converteu no impulso de uma série inteira de movimentos políticos; certamente, suas exigências só podem ser cumpridas a longo prazo quando ocorrem mudanças culturais que acarretam uma ampliação radical das relações de solidariedade. Nessa nova situação, a concepção aqui esboçada pode tirar do fracasso dos projetos de Hegel e de Mead somente o ensinamento de contentar-se com uma tensão insuperável: ela não pode renunciar à tarefa de introduzir os valores materiais ao lado das formas de reconhecimento do amor e de uma relação jurídica desenvolvida, os quais devem estar em condições de gerar uma solidariedade pós-tradicional, mas tampouco pode preencher por si mesma o lugar que é assim traçado como local do particular na estrutura das relações de uma forma moderna de eticidade – pois saber se aqueles valores materiais apontam na direção de um republicanismo político, de um ascetismo ecologicamente justificado ou de um existencialismo coletivo, saber se eles pressupõem transformações na realidade econômica e social ou se se mantêm compatíveis com as condições de uma sociedade capitalista, isso já não é mais assunto da teoria, mas sim do futuro das lutas sociais” (HONNETH, 2003, p. 280).

E este desafio, de reconhecimento das individualidades, da necessidade e liberdade do indivíduo de estabelecer sua felicidade, seu projeto de vida, deve estar protegido juridicamente, e em consonância com sua comunidade de valores, da identidade coletiva que se atribui.

Nancy Fraser³, a partir da discussão com a teoria do reconhecimento de Honneth e Charles Taylor, formula, dentro da filosofia moral, a concepção de paridade de participação, como núcleo central para a justiça social, em que todos os membros da sociedade interajam entre si como pares, para isto, seria necessária a concretização de duas

3 FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange. London: Editora Verso, 2003.

condições, a distribuição de recursos materiais seja tal que assegure independência e voz a todos os participantes (condição objetiva de participação paritária), e os padrões institucionais dos valores culturais expressem igual respeito por todos os participantes e assegure igual oportunidade de alcançar estima social (condição intersubjetiva da participação paritária), questionando e formulando bases para uma estratégia política-programática que integre estas duas teorias, sem as reduzi-la, para possibilitar esta ação unitária que anteveja arranjos sociais que compensem a subordinação de estado e econômica, para se atingir a exigência de justiça para todos.

Pertinente aqui trazer à colação a correlação do multiculturalismo e das políticas de diferença:

A aproximação entre a ideia de reconhecimento e a de multiculturalismo deve-se a Charles Taylor, que enfatiza a relação entre uma identidade inferiorizada e a falta de reconhecimento. Suas preocupações decorrem de duas mudanças decorrentes da modernidade. A primeira delas corresponde ao colapso das hierarquias sociais, que formavam a base para a noção de honra, dando lugar à noção de dignidade, cuja concepção teria caráter igualitário e universalista, ao passo que a segunda consiste no ideal de autenticidade, uma identidade individualizada que o sujeito descobre em si próprio e põe em evidência a descoberta e o contato moral consigo mesmo. A definição da identidade, segundo Taylor, só pode ocorrer dialogicamente, ou seja, mediante trocas intersubjetivas, e é parcialmente moldada pelo reconhecimento ou pela falta de reconhecimento ou pelo reconhecimento indevido (*misrecognition*), sendo que o reconhecimento devido seria uma necessidade humana vital⁴.

Observa-se que tanto a teoria do reconhecimento como a de redistribuição foram adotadas pela assembleia constituinte de 1988, em seu preâmbulo e artigo 6º, quando estabeleceu que a nação brasileira é pluralista e fraterna, fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias. A

4 ARAUJO JUNIOR, Júlio José. A Constituição de 1988 e os direitos indígenas: uma prática assimilacionista?, p. 183, in CUNHA, Manuela Carneiro da; Samuel Rodrigues Barbosa (org.). Direitos dos povos indígenas em disputa. São Paulo: Editora UNESP, 2018.

Constituição incluía em seu bojo os direitos fundamentais e direitos sociais, frutos da luta dos movimentos sociais e da sociedade, onde reconhece pertencer à União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios⁵, bem como o reconhecimento à peculiaridade da forma de vida, de ser e conviver das etnias, com intrínseca relação com o território que se constituía.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São **terras tradicionalmente ocupadas** pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas **atividades produtivas**, as imprescindíveis à **preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições**.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É **vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras**, salvo, “ad referendum” do Congresso Nacional, em caso de **catástrofe ou epidemia** que ponha em risco sua população, ou no **interesse da soberania do País**, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, **o retorno imediato logo que cesse o risco**.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo,

5 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 20: “São bens da União: (...) XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”.

dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 3 § ,174º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo⁶. (nosso grifo)

Ressalte-se que o artigo 68 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, também afirmara a condição especial do direito de território aos quilombolas “Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”⁷.

A Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tradicionais, promulgada pelo Decreto n. 5.051/2004, em seu artigo 5º, determina o reconhecimento e proteção dos valores e práticas sociais, culturais, religiosos e espirituais, tanto coletiva como individualmente, além do respeito à integridade dos valores, práticas e instituições, devendo ser “adotadas medidas voltadas a aliviar as dificuldades que os povos tradicionais experimentam sob novas condições de vida e de trabalho, com a participação e cooperação dos povos interessados⁸”, além de dispor, em seu artigo 16, que o traslado das terras que os povos tradicionais ocupam devem ocorrer só excepcionalmente.

Artigo 16

1. Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, os povos interessados não deverão ser transladados das

6 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

7 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

8 Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004, que promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.

terras que ocupam.

2. Quando, excepcionalmente, o **translado e o reassentamento** desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o **consentimento** dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando **não for possível** obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após **a conclusão de procedimentos adequados** estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os **povos interessados** tenham a possibilidade de estar efetivamente **representados**.

3. Sempre que for possível, esses povos deverão ter o **direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento**.

4. Quando o **retorno não for possível**, conforme for determinado por acordo ou, na ausência de tais acordos, mediante procedimento adequado, esses povos deverão receber, em todos os casos em que for possível, **terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais aqueles das terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro**. Quando os povos interessados preferirem receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas.

5. Deverão ser indenizadas plenamente as pessoas transladadas e reassentadas por qualquer perda ou dano que tenham sofrido como consequência do seu deslocamento⁹. (nosso grifo)

Assim, como não fora implementado o espaço público planejado para aquela localidade, e mesmo que observada a impossibilidade de retorno dos moradores tradicionais do Bairro Triângulo ao seu território originário, em razão da atual condição ambiental do território, diretamente afetado pela implantação da usina hidrelétrica Santo Antônio, deve ficar evidenciado que a área em que foram transladados e reassentados seja pelo menos igual as que anteriormente ocupavam e que permita o desenvolvimento futuro da comunidade.

O Decreto n. 6.040/2007, que institui a Política Nacional de

9 Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004

Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais definira que Povos e Comunidades Tradicionais são:

I - Grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;

II - Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações;

III - Desenvolvimento Sustentável: o uso equilibrado dos recursos naturais, voltado para a melhoria da qualidade de vida da presente geração, garantindo as mesmas possibilidades para as gerações futuras.

Evidencia-se, desta forma, que o conceito de comunidade tradicional não está limitado tão somente aos indígenas e quilombolas, mas também a todos os demais grupos étnicos e diferenciados que possuem forma de organização social própria e vinculado aos recursos naturais e ao território culturalmente construído que ocupam.

Souza (1995, p. 121), a partir do debate com Sack, critica as limitações da geografia e propõe uma nova forma de abordagem que

(...) pressupõe uma flexibilização da visão de território. Aqui, o território será um campo de forças, uma teia ou uma rede de relações sociais que, a par de sua complexidade interna, define, ao mesmo tempo, um limite, uma alteridade: a diferença entre nós (o grupo, os membros da coletividade ou 'comunidade', os insiders) e os 'outros' (os de fora, os estranhos, os outsiders)

O antropólogo Alfredo Wagner Berno de Almeida reafirma que os povos e comunidades tradicionais possuem esta "consciência de

si como grupo distinto, com identidade coletiva própria, e formas de organização intrínsecas que não se reduzem à ocupação econômica ou à relação com os meios de produção” (ALMEIDA, 2010, p. 105).

Considerações Finais

O Bairro Triângulo, pela sua formação histórica e cultural, se estabeleceu e se concebe como comunidade tradicional, reconhecendo-se como vinculado à paisagem do Rio Madeira, com modo de vida peculiar, cujo trabalho, alimentação e lazer é estreitamente dependente ao território em que se desenvolveram e à sazonalidade das épocas de seca e cheia.

Analizando o conceito de identidade social, conceito de Durkheim, e de comunidades políticas, de Weber, sistematizada pelo antropólogo Fredrik Barth (POUTIGNAT, 2011), que desenvolvera a concepção de identidade construída na interação com os outros, configura-se a comunidade como grupo organizacional, a partir da forma como se identificam ou são identificados por outros, estabelecendo grupos que se organizam e se agregam com base em fundamentos sociais e culturais comuns.

Estes teóricos reafirmam esta concepção dos moradores tradicionais do Bairro Triângulo, quanto à sua peculiaridade, por reconhecerem e identificarem que os laços sociais e culturais comuns permanecem, mesmo quando em interação contínua com grupos não-tradicionais, por distinguirem uma fronteira contrastiva entre sua identidade social e vínculo comunitário, em relação aos demais membros da população urbana de Porto Velho.

Esta comunidade, mesmo com a dispersão ocorrida no reassentamento dos seus membros para diversos conjuntos habitacionais, ainda se reconhece como diverso e umbilicalmente conectado com sua singularidade territorial e histórica, às margens do Rio Madeira e ao lado da Estrada de Ferro Madeira-Mamoré.

Estas bases legais e principiológicas e de identidade das comunidades tradicionais à territorialidade e à cultura própria não

foram observados quando do reassentamento da comunidade para os novos locais, os quais relatam o quanto fora dificultado o acesso ao serviço público, a mudança da paisagem, alteração drástica de locomoção, lazer e sensação de comunidade, além da redução drástica do tamanho de seus terrenos e residências.

O resultado das entrevistas também demonstra a perda do abrigo comunal, de áreas comuns e familiares, em que um membro interage e protege a si e aos demais.

Os entrevistados relatam a adaptação ocorrida ao novo local, depois de 5 anos, apesar das perdas bem destacadas por eles, mencionando alguns benefícios da nova moradia, como a aquisição da propriedade da área, o não alagamento e não infestação por insetos. Convém ressaltar que aqueles que possuíam renda suficiente, realizaram alterações significativas nas residências, para oportunizar que elas acolhessem os membros da família, investindo também em itens de segurança com fechamento dos terrenos por muros e grades, denotando a necessidade de manter a salvo os membros da residência, e diminuindo a interação com o espaço urbano. No Triângulo tal necessidade não ocorria.

Os que apresentaram maior satisfação e adaptação ao novo local, durante as entrevistas, são as famílias cujos entes familiares e vizinhos antigos conseguiram se mudar para casas próximas, e que realizaram construção em área comum do conjunto habitacional para possibilitar que novos familiares passassem a ali residir.

Assim, apesar da acomodação dos moradores aos novos locais, estes percebem a perda cultural, do seu modo de ser peculiar, para uma urbanização padronizante que não acolhe seu espaço, tempo e modo de vida, onde todos os bens são adquiridos, e não plantados, coletados, colhidos e pescados.

Dentre as consequências, além do desfazimento do vínculo, da interrupção do compartilhamento de histórias, modo de viver e de se conceber, relatados pelos entrevistados, também ressentem a perda da segurança, da rede comunitária de apoio e cuidado mútuo, percebendo-se que está ocorrendo uma reconstrução dos espaços individuais e comuns dos conjuntos habitacionais para ressignificação

de uma comunidade ainda vinculada ao lócus e modo de vida anterior.

Contrasta-se a estas perdas sentidas o desinteresse do Poder Público Municipal em concretizar o espaço público que pretendiam realizar no território da comunidade, Parque das Águas, pela descontinuidade do projeto pelas administrações municipais posteriores.

Ressaltou-se que o intenso desbarrancamento daquele território, o qual ainda não se estabilizara, impede o retorno dos membros da comunidade a suas casas e restabelecimento do sentido comunal que pretendem.

Desta forma, a comunidade, em resposta, está se mobilizando para que lhe seja reconhecido espaço próprio para reterritorialização, próximo à paisagem de origem, respeitando-se o formato originário de seu território e casas em coabitação com seus entes familiares, viabilizando o estreitamento e fortalecimento dos vínculos, além de contribuir para o resgate da participação ativa de comunidade histórica e ribeirinha, na singularidade de comunidade tradicional. A efetivação desta demanda está em consonância com o preceituado no art. 16 da, item 4 da Convenção 169 da OIT, ou seja, não havendo possibilidade de retorno a área de origem, a nova deve ser igual ou superior a anterior, e atenda às necessidades da comunidade.

Referências

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de; MARIN, Rosa Elisabeth Acevedo (Ed.) (2014): Caderno Nova Cartografia Mapeamento Social como Instrumento de Gestão Territorial contra o Desmatamento e a Devastação: processo de capacitação de povos e comunidades tradicionais. Caderno Nova Cartografia 2014 (6 (ago 2014)). Manaus: UEA Edições.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de; Zhouiri, Andréa; Loris, Antonio Augusto Rossotto; Brandão, Carlos; Bermann, Célio; Moral Hernandez, Francisco del et al. Capitalismo globalizado e recursos territoriais. Fronteiras da acumulação no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Lamparina Editora, 2010.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Terra de quilombo, terras indígenas, "babaçuais livre", "castanhais do povo", faixinais e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas. Alfredo Wagner Berno de Almeida. – 2.^a ed, Manaus: pgscs-ufam, 2008.

ARAUJO JUNIOR, Julio José. A Constituição de 1988 e os direitos indígenas: uma prática assimilacionista? p. 183, in CUNHA, Manuela Carneiro da; Samuel Rodrigues Barbosa (org.). Direitos dos povos indígenas em disputa. São Paulo: Editora UNESP, 2018.

AUGUSTO, Allan Rodrigues. Aplicação de análise fatorial no estudo de vulnerabilidade socioespacial na cidade de Porto Velho – RO (dissertação). PPGG/PVH, Unir. Disponível em: < <http://hdl.handle.net/123456789/1841>>. Acesso em: 27 jul.2018

BAUMAN, Zygmunt (2003). Comunidade: a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Zahar, 2003

BONET DE VIOLA, Ana María. Consecuencias de la clasificación de los derechos humanos en generaciones en relación a la justiciabilidad de los derechos sociales. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, [S.l.], v. 46, n. 124, p. 17 - 32, nov. 2016. ISSN 0120-3886. Disponível em: <<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/>

article/view/6926>. Fecha de acceso: 26 jul. 2018 doi:<http://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v46n124.a02>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 5 mar. 2019

BRASIL. Decreto n. 5.051/2004. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 02 dez. 2018.

BRASIL. Decreto n. 6.040/2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6040.htm. Acesso em: 02 dez. 2018.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Censo 2010. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/sinopseporsetores/?nivel=st>. Acesso em: 4 fev. 2019

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 6. Territórios de povos e comunidades tradicionais e as unidades de conservação de proteção integral: alternativas para o asseguramento de direitos socioambientais / 6. Câmara de Coordenação e Revisão; coordenação Maria Luiza Grabner; redação Eliane Simões, Débora Stucchi. – Brasília: MPF, 2014. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/manual-de-atuacao/docs/manual-de-atuacao-territorios-de-povos-e-comunidades-tradicionais-e-as-unidades-de-conservacao-de-protecao-integral>>. Acesso em: 27 jul.2018

FONSECA, Dante Ribeiro da & Teixeira, Marco Antônio Domingues, HISTORIA REGIONAL, 4ª Edição, Porto Velho/RO: Rondoniana, 2003.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel; Golb, Joel; Ingram, James; Wilke, Christiane (2003): Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange. London, New York.

HONNETH, Axel; Repa, Luiz (2015): Luta por reconhecimento. A

gramática moral dos conflitos sociais. Traduzido por Luiz Repa; Apresentação de Marcos Nobre. 2. ed. São Paulo: Editora 34.

PINZANI, Alessandro. Reconhecimento e solidariedade. *ethic@* - An international Journal for Moral Philosophy, Florianópolis, v. 8, n. 3, p. 101-113, maio 2012. ISSN 1677-2954. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/1677-2954.2009v8n3p101>>. Acesso em: 27 jul. 2018. doi:<https://doi.org/10.5007/1677-2954.2009v8n3p101>.

POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. Teorias da etnicidade: seguido de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth. Trad. Elcio Fernandes. 2. Ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2011.

POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne (2011): Teorias da etnicidade. Seguido de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth. Traduzido por Elcio Fernandes. 2ª. São Paulo: Fundação da Editora da UNESP (FEU)

RAWLS, John (2005?), c1971): A theory of justice. Original ed. Cambridge, Mass: Belknap Press.

SANTOS et al. Impactos sócio-econômicos das hidrelétricas do Madeira: um estudo no bairro Triângulo em Porto Velho/RO. In: X CONGRESSO NACIONAL DE EXCELÊNCIA EM 59 GESTÃO. FIRJAN-RJ/UFF Escola de Engenharia-RJ. Rio de Janeiro, Niterói, 8 a 9 de agosto 2014

SILVA, Ricardo Gilson da Costa. Das margens do Madeira ao interior da floresta: percursos da formação sócioespacial de Rondônia (1970-1995). In: ALMEIDA SILVA, Adnilson de; NASCIMENTO SILVA, Maria das Graças Silva; SILVA, Ricardo Gilson da Costa. (Org.). Colonização, Território e Meio Ambiente em Rondônia: Reflexões geográficas. 1ed., Curitiba: Editora SK/PPGG, 2012. p. 58-82.

SILVA, Ricardo Gilson da Costa. Espaço, sociedade e natureza em Rondônia. *Revista GeoAmazônia*, Belém, n. 2, v. 01, p. 144 - 165, jan./jun. 2014.

TEIXEIRA, Marco Antônio Domingues. O Rio e os Tempos: reflexões sobre a colonização e as questões ambientais do vale do madeira entre os séculos XVII e XXI. SABER CIENTÍFICO, Porto Velho, 1 (2): 223 - 295, jul./dez.,2008

TEIXEIRA, Marco Antônio Domingues; FONSECA, Dante Ribeiro. História Regional (Rondônia). Porto Velho: Rondoniana. 1998.

ZUIN, Aparecida Luzia Alzira (2017): A Amazônia e os povos indígenas. Conflitos socioambientais e culturais. Curitiba: Appris Editora.

Antônio Carlos Efig

Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP; Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, onde leciona na graduação, especializações, mestrado e doutorado; Professor da Escola da Magistratura do Paraná; membro do Instituto dos Advogados do Paraná; Advogado militante em Curitiba/PR. Presidente da Comissão de Direito do Consumidor da OABPR. E-mail: ace@eradv.com.br.

Dúlia Sgrott Reis

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Rondônia (1994). Atualmente é juíza de direito - Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Mestre pela PUC/PR.

A AGRESSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO SUPERENDIVIDAMENTO

Antônio Carlos Efig
Duília Sgrott Reis

RESUMO

É possível prevenir o superendividamento do consumidor no Brasil? Este questionamento foi o motivador da presente pesquisa. Buscou-se inicialmente compreender a evolução histórica da sociedade pré-moderna e moderna, e posteriormente analisar-se os conceitos de crédito e superendividamento. Foi feita uma breve abordagem sobre o direito estrangeiro, em especial da França, quanto à prevenção e ao tratamento do superendividamento, que atinge a dignidade da pessoa humana, por não resguardar o mínimo existencial, ferindo, assim, direitos fundamentais, e excluindo o devedor do pleno exercício da sua cidadania e do mercado de consumo. Em seguida, fez-se a análise do Projeto de Lei 3.315/2015, em tramitação no Senado, que pretende regular a matéria no Brasil. Por fim, demonstrou-se o que pode ser feito para evitar o superendividamento, enquanto perdura a omissão legislativa. Utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, através da base lógica indutiva.

Palavras-Chave: Superendividamento. Direito do Consumidor. Sociedade Pós Moderna. Princípio da boa fé objetiva.

INTRODUÇÃO

Na sociedade pré-moderna os produtos para consumo eram produzidos de forma unitária, conforme a quantidade de pedidos formulados e se privilegiava a durabilidade e qualidade, o que acabava gerando a fidelização dos consumidores. O consumo era voltado tão

somente ao necessário.

Na sociedade moderna, ao reverso, os produtos são criados massificadamente e confeccionados em fábricas, sem preocupação com a individualidade e com a durabilidade, sendo, via de regra, descartáveis. Além disso, o consumo dos produtos acaba por gerar uma espécie de marca do consumidor quanto a sua personalidade, quanto ao seu estilo de vida, conhecimento e trabalho.

A publicidade realizada pelos meios de comunicação, através de diversos instrumentos, tais como *outdoors*, vinhetas e vídeos, seduz o consumidor com ideia de fornecimento de prazer instantâneo e ele passa a ser avaliado pelos demais pelo que possui e não pelo que é.

Bauman (Ob cit. P. 181) assevera que:

a cultura consumista é marcada por uma pressão constante para que sejamos mais alguém. Os mercados de consumo se concentram na desvalorização imediata de suas antigas ofertas, a fim de limpar a área da demanda pública para que novas ofertas a preencham. Engendram a insatisfação com a identidade adquirida e o conjunto de necessidades pelo qual se define essa identidade.

Através do *marketing*, cria-se uma vontade compulsiva de comprar que destrói o livre-arbítrio.(PEIREIRA, 2014, p. 182). O *marketing* mostra uma suposta falha na sociedade e incute a ideia de que a forma para acolmatá-la seria a aquisição de um novo bem, permitiria ao consumidor ser feliz e viver bem. Mas o direcionamento sobre a vontade do consumidor não para aí, os vendedores fazem o acompanhamento pós venda, que visa garantir sua fidelidade e de sua família para compras futuras, tendo em vista o custo para conquistar um novo cliente, cerca de cinco vezes mais caro, conforme José Benedito Pinho (1996, p. 132).

Bauman (1999, p. 227) afirma que “a liberdade do consumidor significa uma orientação da vida para as mercadorias aprovadas pelo mercado, assim impedindo uma liberdade crucial: a de se libertar do mercado, liberdade que significa tudo menos a escolha entre produtos comerciais padronizados”.

O consumidor é induzido pela publicidade a comparecer nos locais

de comércio mais visitados (*shopping center's*) e acaba por adquirir bens que não necessita para evitar a frustração e exclusão social. Esses bens estariam “defasados” porque teria ocorrido o lançamento de novos produtos.

Somam-se a esses fatos a concessão de crédito fácil, sem a verificação da real possibilidade do consumidor efetuar o reembolso desse crédito.

Todos esses fatores, em conjunto, têm gerado dois problemas para o consumidor: um de ordem psíquica denominada onimania ou compra compulsiva e outro de ordem jurídica, o superendividamento.

A primeira é caracterizada como um transtorno de personalidade e mental, classificado dentro dos transtornos do impulso. O portador desse transtorno “tem vontade de adquirir, mas não de ter”, afirma o psicólogo Daniel Fuentes, coordenador do Ambulatório do Jogo Patológico (AMJO) do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas. Segundo ele (Disponível em: < <http://www.usp.br/espacoaberto/arquivo/2001/espaco07abr/editorias/comportamento.htm>>. Consulta em 20 set. 2017.), a maioria dessas pessoas é composta por mulheres, mas todas possuem temperamento forte, são ágeis, dinâmicas, inquietas, perfeccionistas, possuem uma desenvoltura social e cultural maior, são imediatistas e muito inteligentes”.

O indivíduo pode sentir alguns sintomas físicos como: ansiedade, taquicardia, sudorese e irritação. É uma condição crônica e o processo patológico se assemelha a de um dependente de drogas.

O segundo, superendividamento consiste na condição em que se “encontra o indivíduo que possui um passivo (dívidas) maior que o ativo (renda e patrimônio pessoal) e precisa de auxílio para reconstruir sua vida econômico-financeira” (CARPENA, 2006, p. 329.).

Crédito e superendividamento

MARQUES (Ministério da Justiça. p. 20) ensina que:

Crédito é um contrato real (se perfectibiliza com o ato da entrega

do dinheiro pelo fornecedor-banco, administradora do cartão ou financeira) em que cabe ao consumidor-devedor “pagar” os juros (preço do crédito) e devolver o principal corrigido, caso haja inflação e mais algumas taxas pelo uso deste tipo de crédito (com vários nomes, como comissão de permanência, taxa de administração, adiantamento depositante etc.)

A mesma autora (Ministério da Justiça. p. 20) acrescenta ainda que “o crédito representaria, o tempo que a pessoa adquire através dos contratos oferecidos no mercado ao consumidor, para poder pagar suas dívidas”.

No Brasil, o crédito é prestado por alguns operadores do Sistema Financeiro Nacional, mais especificamente os bancos, que se amoldam ao conceito de fornecedor, constante do art. 3º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.069/90). Neste sentido: Súmula n. 297, do Superior Tribunal de Justiça e decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI n. 2.591.

O consumidor, normalmente, impulsionado pela publicidade e pela facilidade de crédito rápido, não tem consciência de que o crédito solicitado à instituição financeira não lhe pertence, lhe é cedido temporariamente mediante o pagamento do principal e encargos e, finda se colocando numa situação de maior vulnerabilidade, sobretudo porque não consegue analisar a real necessidade desse empréstimo. Segundo MARQUES (2010, p. 17) este fato decorre de um contexto cultural:

A economia de mercado, liberal e em desenvolvimento no Brasil, é por natureza uma economia do endividamento, mais do que uma economia de poupança. Na primeira, o consumidor gasta todo o seu orçamento familiar no consumo básico (casa, comida, água, luz, transporte, vestimenta) e precisa de crédito para adquirir bens de maior valor, móveis (geladeira, TV a cabo, fogão, berços, sofás etc.) e imóveis (casa própria, casa da praia etc.). Na segunda, o consumidor não gasta todo o seu orçamento familiar no consumo básico e então reserva uma quantia para colocar na poupança (ou investimento), planeja e espera meses até que o valor investido possa ser retirado e esta “poupança” utilizada para “consumir” os bens e serviços que

mais deseja (uma nova cozinha modulada, um home theater, um novo carro etc.).

Corroborando essa ideia, pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas e encartada na obra SUPERENDIVIDAMENTO NO BRASIL (2015, p. 15), demonstrou que no período de dezembro de 2005 a dezembro de 2013, a “renda e salários pessoais não acompanharam o aumento do montante emprestado em operações de crédito”. Houve um descompasso e, como consequência, a renda futura não foi suficiente para garantir a execução dos contratos de crédito, angariando como corolário o aumento da inadimplência.

Gráfico 5: Inadimplência do consumidor sem ajuste sazonal¹³



PEFIN (1): Fluxo mensal de dívidas não pagas em instituições financeiras, não financeiras e operadoras de crédito;

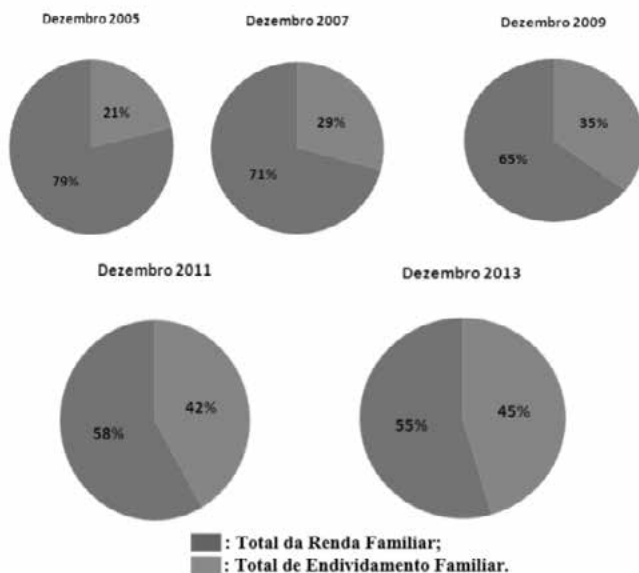
REFIN (2): Fluxo mensal de dívidas não pagas em bancos;

CCF (3): Fluxo mensal de cheques sem fundo – 2ª devolução¹⁴.

O mesmo fenômeno foi observado do ponto de vista das famílias, com aumento significativo da dívida em comparação à renda. Foi observado também que entre “dezembro de 2005, o endividamento familiar – porcentagem de renda das famílias dedicada ao pagamento de suas dívidas – era de 18,39%, enquanto que, em dezembro de 2013, o endividamento atingiu 45,48%” (Ob. Cit. P. 15). Na pesquisa também foi observado que houve uma demanda de crédito de todas as classes, sobretudo naquela de menor renda. Essas circunstâncias auxiliam a compreensão do fenômeno do superendividamento no

Brasil. Os gráficos abaixo ilustram a situação:

Gráfico 4: Evolução gráfica do endividamento das famílias¹⁰



Recorte cronológico de 01/2005 a 12/2013. BCB/SGS.



MARQUES (2010, p. 21) sustenta que o superendividamento é "a impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e

de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos) em um tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio". Para CARPENA (2010, p. 86.). O "superendividado é aquele que, em razão das dívidas contraídas para consumo próprio ou de sua família, viu comprometida sua sobrevivência com dignidade".

Não há um *quantum* que defina o valor mínimo do débito a partir do qual se pode considerar o devedor superendividado. Essa constatação decorre da análise comparativa entre o seu ativo e o seu passivo.

Na França, a legislação define o superendividamento no artigo L 330-1, do *Code de la Consommation*, como a impossibilidade manifesta da pessoa física, "devedora de boa-fé de honrar o conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis e vincendas".

Os pressupostos para caracterização do superendividamento dependem geralmente de texto legal. No Brasil, a doutrina, diante da ausência de regulamentação, tem fixado como pressuposto objetivo que o consumidor superendividado seja pessoa física, pois ao reverso estar-se-ia falando de recuperação judicial. Quanto à natureza do crédito não se faz restrições sobre débitos contratuais ou legais, mas excluem as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos. No que diz respeito à extensão do endividamento, não há um valor predefinido, exige-se tão somente que os ganhos sejam inferiores aos gastos, de modo a comprometer a dignidade do consumidor e que essa circunstância seja duradoura.

Exige-se, ainda, que o consumidor endividado haja de boa-fé. EFING (2017, p. 47) destaca que "a boa-fé (seja como princípio ou como cláusula geral) deve permear todos os atos contratuais (desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual)", e acrescenta que "a boa-fé objetiva (cláusula geral) é aplicável ao direito das obrigações, determinando delimitação ao conteúdo dos negócios jurídicos (quer pela inserção de deveres e obrigações acessórias, quer pela hermenêutica da declaração de vontade). A boa-fé subjetiva é princípio informador da validade e da eficácia contratual" (Ob. Cit. P. 47.) e orienta outros princípios como a transparência, a confiança e a

lealdade das partes na relação contratual.

NETO (2017, p. 173.) salienta que a jurisprudência francesa costuma levar em consideração:

O número de empréstimos; o montante e a destinação dos fundos; notadamente o seu caráter suntuoso. Os motivos que conduziram ao endividamento; o nível intelectual que impede a ingenuidade e a torna inescusável; o perfil socioprofissional, etc. Assim, determina se é de superendividado ativo consciente ou inconsciente.

O superendividamento pode ser ativo, quando o consumidor, de forma espontânea, contrata excessivamente, ultrapassando seus limites de orçamento mensal, induzido pelas estratégias de *marketing* das empresas fornecedoras de crédito, tendo consciência que será inevitável a inadimplência e a inscrição no cadastro de inadimplentes. Essa classificação se subdivide ainda em superendividamento ativo consciente e inconsciente. No primeiro é que aquele que de má fé contrai dívidas, convicto de que não irá poder honrá-las, visando enganar o credor. Esse não recebe apoio Estatal, pois ausente o requisito da boa fé. O segundo, ativo inconsciente age impulsivamente e de maneira imprevidente deixa de fiscalizar seus gastos, deixando-se seduzir pelas tentações do consumo e da publicidade, buscando um padrão de vida mais elevado do que pode suportar.

O superendividado passivo ocorre quando o consumidor, por circunstâncias alheias a sua vontade, não consegue honrar suas dívidas devido a um acidente da vida, como problemas de saúde, desemprego, divórcio, nascimento de filho. “Rafaela Consalter fala em 80% (oitenta por cento); Karen Bertoloncello e Clarrisa de Lima, em 84,5% dos casos do Rio Grande do Sul e Rosângela Cavallazi, em 73%, no Rio de Janeiro” (Ob. Cit. P. 178).

Na jurisprudência francesa a regra é que o superendividado passivo sempre receba apoio do Estado, o ativo inconsciente, dependerá do caso concreto e o ativo consciente não tem nenhum apoio.

SENISE (Volume IV, n. 15, p. 88) afirma que “efeitos meramente didáticos, podemos mencionar que o instituto da falência está para a insolvência como a recuperação das empresas (antiga concordata)

está para o superendividamento”.

O consumidor superendividado, muitas das vezes, precisa optar entre pagar uma conta ou comprar gêneros alimentícios ou medicamentos para a família. Neste duelo, é compelido a pleitear mais crédito, agravando sua situação e entrando numa espécie de “bola de neve”, da qual não consegue se desvencilhar sozinho.

Diante deste contexto fático, pode-se afirmar que o superendividamento dos consumidores de boa fé não é um fenômeno exclusivamente jurídico, mas também social, e precisa ser resolvido com uma solução conjunta, que possa dar condições ao consumidor de prevenir-se contra ele e se instalado, recuperar-se dele.

Regulamentação sobre superendividamento no mundo e no Brasil

O consumismo é um atributo da sociedade capitalista em que se vive e está associado ao processo econômico de contínua oferta, na qual as pessoas são induzidas a adquirir bens e serviços muito além de suas possibilidades, causando o superendividamento, que finda por expô-las a humilhações, discriminações e exclusões. Ele decorre da globalização, da facilidade da obtenção de crédito e do aumento exacerbado do consumo irresponsável. Nesse contexto, resta importante a distinção feita por Bauman (Ob. Cit. P. 87.) quanto ao consumo e ao consumismo: “De maneira distinta do consumo, que é basicamente característica de uma ocupação de seres humanos como indivíduos, o consumismo, é um atributo da sociedade”.

MARQUES destaca que quatro palavras são chaves para compreensão deste problema mundial: consumo, crédito, boa fé e endividamento. Em relação à Europa, MARQUES (2010, p. 21) ensina que:

O superendividamento é uma espécie de falência do homem comum e é considerado um fenômeno estrutural daí dever ser tratado de forma global: “... o sobreendividamento, também designado por falência ou insolvência de consumidores, refere-se às situações

em que o devedor se vê impossibilitado, de uma forma durável ou estrutural, de pagar o conjunto das suas dívidas, ou mesmo quando existe uma ameaça séria de que o não possa fazer no momento em que elas se tornem exigíveis.

Nos países desenvolvidos discute-se há muito tempo o problema do superendividamento, havendo inclusive tutela legislativa. Cita-se como exemplos Dinamarca, França, Alemanha, Bélgica, Holanda, Áustria, Canadá, Inglaterra e Estados Unidos.

Em outros países como Espanha, Itália, Portugal e Brasil, há esforços da sociedade civil e dos doutrinadores da área de direito do consumidor para regulação deste problema, que exige conforme LISBOA (Volume IV, n. 15, 85) conhecimento de natureza “sociológica, ética, psicológica, econômica e jurídica, bem como uma interpretação cultural e antropológica da região onde surge o superendividamento”.

A legislação francesa, nesse contexto, tem servido de paradigma para os estudiosos brasileiros, em face da aproximação ao sistema romano-germânico de direito, bem ainda, em virtude da vanguarda quanto à legislação, em regular as relações entre fornecedores e tomadores de crédito (1989). Essa vanguarda decorre de um fato histórico ocorrido após as décadas de 70 e 80, em virtude da alta inflacionária geradora de uma maior disponibilização de crédito aos consumidores e de alguns problemas sociais (desemprego e divórcio), que tiveram como resultado cerca de duzentas mil famílias em situação de superendividamento.

A proteção e a tutela do superendividado é uma obrigação dos Estados, mas também uma responsabilidade dos consumidores e dos fornecedores, pois sem consumo não há rotatividade de capital.

EFING (Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2017-mai-10/garantias-consumo-pl-35152015-passo-tratamento-juridico-superendividado>>. Consulta em 28 set. 2017) destaca que o “superendividamento do consumidor brasileiro é assunto que gera preocupação socioeconômica, não apenas pelo fato de impactar negativamente no desenvolvimento do país, mas porque a Constituição da República centra com fundamento do Estado Democrático de Direito a proteção a dignidade humana”.

Nesse diapasão, no Brasil, o Projeto de Lei, nº 283/2012, de autoria do Senador José Sarney, que depois recebeu o n. 3.515/2015, fixa normas sobre crédito ao consumidor e sobre a prevenção do superendividamento, instituindo uma série de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do endividamento excessivo e incentiva práticas de crédito responsável, de educação financeira e de repactuação das dívidas.

As principais novidades do projeto supracitado são:

- desenvolvimento de ações de educação financeira do consumidor, inclusive com a sugestão de inclusão do tema em currículos escolares;

- instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento, incentivando práticas de crédito responsável, de educação financeira e de repactuação das dívidas;

- informação ao consumidor nos contratos de crédito dos dados relevantes da contratação (taxa efetiva de juros, total de encargos, montante das prestações);

- proibição de veicular publicidade de crédito com os termos “sem juros”, “gratuito”, “sem acréscimo”, com “taxa zero” ou expressão de sentido ou entendimento semelhante;

- dever do fornecedor de esclarecer, aconselhar e advertir adequadamente o consumidor sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, assim como sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento;

- dever do fornecedor de avaliar a condição do consumidor de pagar a dívida, inclusive verificando se o mesmo se encontra com restrição nos órgãos de proteção ao crédito;

- limite de 30% da remuneração mensal líquida para o crédito consignado;

- estabelecimento de uma garantia legal de dois anos nos produtos e serviços. Isso significa que os produtos e serviços têm que ser prestados ou fabricados para durarem pelo menos dois anos sem vícios;

- proibição ao fornecedor de assediar ou pressionar o consumidor, principalmente idosos, analfabetos, doentes ou em estado de

vulnerabilidade agravada, para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito;

- correlação do contrato de crédito utilizado para financiar a aquisição de um produto ou serviço com o contrato principal de compra e venda. Assim, caso o consumidor desista do contrato de compra e venda do veículo, o contrato de crédito será cancelado também.

Em consulta à sua tramitação verificou-se que fora remetido em 13.06.2017, as Comissões de Direitos da Pessoa Idosa, de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviço e de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, sem data de retorno para nova votação, aprovação e implantação (Projeto de Lei n. 3.3515/2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490>>. Consulta em 28 set. 2017.).

Soluções possíveis para a prevenção do superendividamento

O superendividamento dos consumidores de boa fé é um fenômeno social e jurídico gerado pela falta de educação financeira e pelo consumo irrefletido ou irresponsável, além da publicidade e marketing e da concessão irresponsável de crédito. Portanto para que seus efeitos possam ser minimizados, exige-se a atuação conjunta da sociedade civil e do Poder Público.

MARQUES (Ob. Cit. P. 26.) sustenta que o “maior instrumento de prevenção do superendividamento dos consumidores é a informação. Informação detalhada ao consumidor é um dever de boa-fé, dever de informar os elementos principais e mesmo dever de esclarecer o leigo sobre os riscos do crédito e o comprometimento futuro de sua renda”.

Essa informação pode ser dada através da educação financeira, compreendida, conforme a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (O Superendividamento e a educação financeira. Disponível em>. Consulta em 25 set. 2017), como:

O processo mediante o qual os indivíduos e as sociedades melhoram a sua compreensão em relação aos conceitos e produtos financeiros, de maneira que, com informação, formação e orientação, possam desenvolver os valores e as competências necessários para se tornarem mais conscientes das oportunidades e riscos nele envolvidos, e, então poderem fazer escolhas bem informadas, saber onde procurar ajuda e adotar outras ações que melhorem o seu bem estar.

No Brasil, desde 22.12.2010, o Decreto nº 7.397, instituiu a estratégia nacional de educação financeira (ENEF), com a finalidade de promover a educação financeira e previdenciária e contribuir para o fortalecimento da cidadania, a eficiência e solidez do sistema financeiro nacional e a tomada de decisões conscientes por parte dos consumidores. No portal da ENEF (<http://www.vidaedinheiro.gov.br/>) é possível encontrar livros sobre educação financeira para primeiro e segundo graus, bem ainda, vídeos que evidenciam experiências bem sucedidas.

Através da educação financeira o consumidor aprende a fazer o planejamento de sua vida financeira, avaliando suas necessidades, os riscos a que está exposto e como poderá saldar suas dívidas. Posteriormente é informado quanto ao consumo consciente, avaliando a real necessidade de aquisição de um bem/serviço, sobretudo se houver necessidade de fazer financiamento com pagamento de juros. E posteriormente lhe são passadas informações quanto ao seus direitos e deveres e quanto aos órgãos estatais e civis que lhe dão proteção. Ex: Bemgasto.org; idec.org; portal do consumidor.gov.br.

No âmbito social, em São Paulo, a Faculdade de Medicina da USP (FMUSP), criou no ano de 2004 o ambulatório integrado para transtornos do impulso (PRO-AMITI), um serviço que trata da onimania e outros tipos de transtornos (bipolaridade, dependência da internet, cleptomania, etc.).

Segundo a psicóloga Tatiana Filomesky (Disponível em: < <http://www5.usp.br/96164/compra-compulsiva-e-problema-de-saude-e-tem-tratamento>>. Consulta em 27 set. 2017.), coordenadora do Programa para comparadores Compulsivos do Pro-Amiti, “muitas das

vezes, o ato de comprar serve de remédio para a angústia e depressão. O ato de comprar desperta nas pessoas uma sensação de bem-estar, prazer e satisfação. No comprador compulsivo vai à busca dessa satisfação com uma frequência muito maior, porque não consegue atingir essa satisfação de outra maneira". O comportamento crônico e contínuo de gastar de forma descontrolada gera comorbidade, como transtorno de humor e ansiedade.

Assim, são feitos dois tipos de tratamento, um psiquiátrico com uso de medicamento e outro psicoterápico, realizado em grupo através de 20 (vinte) sessões, sendo uma por semana, nas quais se tenda fazer com o consumidor-paciente perceba os gatilhos que o levam a gastar acima do seu patrimônio ativo, que conta com o auxílio de economistas que tiram dúvidas sobre como tratar as adquiridas.

No âmbito judicial, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios tem um programa de prevenção e tratamento do superendividamento (Disponível em: < <http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/superendividados/relatorio-da-pesquisa-de-satisfacao-do-usuario-e-de-impacto-2016> >. Consulta em 24 set. 2017.), coordenado pela Juíza Caroline Santos Lima, que atua em três frentes: prevenção, tratamento e audiências de conciliação. Na primeira, a equipe comparece aos órgãos públicos e empresas que solicitam a presença para explicar como funciona a organização financeira, a educação para lidar com as dívidas e como se desvincular do superendividamento. Na segunda fase, de tratamento é voltado aos que já solicitaram ajuda ao programa, no qual ocorre um atendimento psicossocial e com orientação financeira, através de oficinas e, somente depois, se dá início a terceira e última fase, de tentativa de renegociação da dívida (Disponível em: < <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/agosto/juiza-do-tjdft-fala-sobre-o-programa-superendividados-a-tv-brasil> >. Consulta em 27 set. 2017.), com intuito de melhorar a qualidade de vida do consumidor, deixando de privá-lo do mínimo existencial. Como exemplos são relatados dois casos. O primeiro de uma funcionária pública cuja renda estava totalmente comprometida, retida pelo banco para o pagamento de juros de empréstimo consignado. O segundo, de um

casal com dívidas de mais de R\$ 200 mil, que já fez 15 acordos judiciais e extrajudiciais com os credores. Boa parte da dívida foi renegociada e o casal continua em acompanhamento.

No Rio Grande do Sul, também houve outra experiência no âmbito do Poder Judiciário, nas Comarcas de Charqueadas e Sapucaia do Sul, com respectivamente 33.808 e 135.956 habitantes, coordenados pelas juízas Clarissa Costa de Lima e Káren Bertoncello, implementado no período de outubro/2006 a abril de 2007 e, que se encontram descritas no “Projeto de Tratamento das Situações de Superendividamento do Consumidor” (Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-tratamento-do-super%20endividamento.pdf> >. Consulta em 20 set. 2017.), com a apresentação de estudos de casos.

Além dessas medidas que já estão sendo implementadas, poder-se-ia pensar em outras como: a) compelir o Poder Público a efetuar parte do gasto com propaganda institucional na elaboração de vídeos e cartilhas educativas, como ocorre com relação a cidadania, durante o período eleitoral e apresentá-los em horário nobre; b) incentivar associações civis e fornecedores de produtos do mercado promover a educação financeira dos consumidores, com incentivos fiscais de redução de cobrança de impostos; c) impulsionar as instituições financeiras a oferecer crédito ao consumidor, somente após a análise de sua condição financeira, em homenagem aos princípios da solidariedade e da boa-fé, que devem reger os contratos e não sendo cumprido, aplicar como penalidade a suspensão do pagamento dos juros, como ocorre na França.

LISBOA (Volume IV, n. 15, 92) sugere a “criação de comissões de superendividamento, dirigidas pelo Ministério Público e/ou pelo PROCON, para promover conciliação”, que teria a atribuição de elaborar um plano de pagamento de dívidas, podendo sugerir o reescalonamento, remissão de dívida, redução de taxa de juros, etc. e, não ocorrendo a conciliação a comissão poderia recomendar medidas a serem analisadas pelo magistrado da execução, que deverá avaliar se o consumidor agiu de boa fé e se encontra em situação de superendividamento.

Considerações Finais

A Constituição Federal de 1988 protege o consumidor e se funda no princípio da dignidade humana e na existência de um mínimo existencial, que permite ao ser humano ter direito a um conjunto de prestações estatais que assegure a cada indivíduo uma vida condigna (direito ao acesso a água potável, a luz, à saúde, a solvabilidade financeira).

Para que esses princípios possam ser concretizados é preciso que o consumidor tenha a possibilidade de compreender o mundo que o cerca na sociedade pós-moderna consumista. Essa possibilidade é de responsabilidade do Estado, através da elaboração de políticas públicas; dos fornecedores de produtos e serviços, através da observância dos princípios da transparência, informação; lealdade processual e boa fé e, da sociedade civil, através do incentivo à educação financeira.

A vontade direcionada dessas três esferas, Estado, fornecedores de produtos e serviços e sociedade civil, possibilitará que consumidor possa planejar sua vida financeira, avaliando suas reais necessidades de aquisição de novos bens ou créditos, com compreensão das manobras utilizadas nas campanhas publicitárias com o intuito de lhe induzir ao consumo como único meio de atingir o bem estar e ser feliz e assim permitir que seja afastado o superendividamento. Algumas experiências pequenas estão sendo adotadas no Brasil e tem sido exitosas, incumbe assim a cada um dar prosseguimento ao escopo na área em que atua.

Referências

BAUMAN, Zigmunt. Modernidade e Ambivalência. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 3.3515/2015. Disponível em : <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490>>. Consulta em 28 set. 2017.

CARPENA, Helena. Uma lei para os consumidores superendividados. Revista do Consumidor, n. 61. São Paulo: RT, 2010, p. 86.

CARPENA, Heloísa. CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli. Superendividamento: propostas para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006.

CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E DE CIDADANIA SUPERENDIVIDADOS – CEJUSC/SUPER (DF). Relatório de Pesquisa de satisfação do usuário e de impacto 2016. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/superendividados/relatorio-da-pesquisa-de-satisfacao-do-usuario-e-de-impacto-2016>>. Consulta em 24 set. 2017.

COSTA, Ana Paula Bonilha de Toledo. FERREIRA, Gustavo. O Superendividamento e a educação financeira. Disponível em: <<http://aida.org.br/site/artigo/o-superendividamento-e-a-educacao-financeira/>>. Consulta em 25 set. 2017.

EFING, Antonio Carlos. PL 3.515 é mais um passo no tratamento jurídico do superendividado. Disponível em:< <http://www.conjur.com>.

br/2017-mai-10/garantias-consumo-pl-35152015-passo-tratamento-juridico-superendividado>. Consulta em 28 set. 2017.

LEÃO, Izabel. Compra Compulsiva é problema de saúde – e tem tratamento. Disponível em: < <http://www5.usp.br/96164/compra-compulsiva-e-problema-de-saude-e-tem-tratamento>>. Consulta em 27 set. 2017.

LISBOA, Roberto Senise. CISNEIROS, Rafael Percovich. Superendividamento: o mal da pós modernidade. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo. Volume IV, n. 15, 85. Disponível em: < https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/76601/superendividamento_mal_pos-modernidade_lisboa.pdf>. Consulta em: 28 set. 2017.

LOPES, Laura. Quando gastar torna-se uma obsessão. Disponível em:< [ttp://www.usp.br/espacoaberto/arquivo/2001/espaco07abr/editorias/comportamento.htm](http://www.usp.br/espacoaberto/arquivo/2001/espaco07abr/editorias/comportamento.htm)>. Consulta em 20 set. 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. Prevenção e Tratamento do Superendividamento. Caderno de Investigações Científicas. Escola Nacional de Defesa do Consumidor (ENDC). Ministério da Justiça.

PEREIRA. Agostinho Oli Koppe & CALGARO, Cleide & VARELA, Willan Nilton. O superindivíduo do consumidor brasileiro: aspectos jurídicos e sociais. Revista Luso Brasileiro de Direito do Consumo, vol. IV, setembro 2014.

PINHO, José Benedito. O poder das marcas. São Paulo: Summus, 1996.

PORTO, Antonio José Maristrello et al. (Org.). SUPERENDIVIDAMENTO NO BRASIL. Coleção FGV Direito Rio. Organizadores. São Paulo: Juruá, 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. Entrevista com a magistrada Caroline Santos Lima. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/agosto/juiza-do-tjdft-fala-sobre-o-programa-superendividados-a-tv-brasil>>. Consulta em 27 set. 2017.

Kerley Regina Ferreira de Arruda Alcântara

Magistrada do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, lotada na Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas. Graduada em Direito pela Universidade de Cuiabá. MBA em Poder Judiciário, pela Fundação Getúlio Vargas. Mestre em Direitos Humanos pela Fundação Universidade de Rondônia – UNIR.

Ana Paula Baldez Santos

Analista Judiciária (Assistente Social) do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, lotada no Serviço Psicossocial da Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas. Especialista em Gestão em Saúde Prisional pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Pós Graduação em Segurança Pública e Direitos Humanos e Mestre em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente pela Universidade Federal de Rondônia.

A GESTÃO E UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS DECORRENTES DE PENAS PECUNIÁRIAS: A EXPERIÊNCIA DA VEPEMA PORTO VELHO

Kerley Regina Ferreira de Arruda Alcântara

Ana Paula Baldez Santos

RESUMO

O Presente artigo relata a experiência de gestão e qualidade em serviços públicos realizado na Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas, do Tribunal de Justiça de Rondônia, a partir da utilização de recursos das penas pecuniárias. A utilização dos recursos das penas pecuniárias tem contribuído com relevantes projetos sociais no município de Porto Velho, com isso o processo contábil de prestação de contas repassado aos órgãos de controle interno e externo requer um fluxograma de trabalho minucioso, pautado em ferramentas administrativas que propiciem transparência na gestão de recursos públicos. A finalidade do estudo foi demonstrar e identificar como a VEPEMA Porto Velho vem montando seu trabalho de aplicação de recursos advindos das penas pecuniárias até chegar ao cliente final, a comunidade local, com transparência e responsabilidade. A metodologia utilizada foi o levantamento bibliográfico sobre o tema e o levantamento documental acerca das ações desenvolvidas, tendo por base a Resolução CNJ/nº154/2012 e a Portaria 07/2017/CGJ. Os resultados encontrados demonstram que, o processo de uniformização dos procedimentos adotados pela VEPEMA Porto Velho na utilização dos recursos provenientes das penas pecuniárias, apesar de estarem em construção, já conseguiu indicar benefícios significativos e podem servir de modelo de gestão para outras comarcas.

Palavras-chave: Penas Pecuniárias. Responsabilidade. Transparência, Publicidade.

Introdução

Qualidade nos serviços públicos é fator inerente às necessidades atuais das sociedades bem como exigência Constitucional, se atenuando aos princípios da eficácia e da eficiência na Administração Pública. Nesse contexto o papel do gestor público passa por mudanças intrínsecas e atípicas aos antigos modelos de administração pública, devendo investir mais na qualidade dos serviços.

Para Araújo (2004)¹ a gestão da qualidade no serviço público se inicia com o eficaz gerenciamento da administração, que deve ser norteado por uma análise precisa para elaboração do planejamento estratégico.

O Poder Judiciário vem sendo impulsionado a mudanças e buscando a todo o momento alternativas eficientes e eficazes para se manter em sintonia com aquilo que a sociedade espera dele. O Planejamento Estratégico do Tribunal de Justiça de Rondônia, com foco em resultados, contém estratégias para suas áreas fins e meio, monitorando e avaliando anualmente as metas estipuladas, contando com um corpo técnico competente e capacitado para alcançar seus objetivos estratégicos de forma transparente e eficiente.

Conforme o Desembargador do TJ/RO, o Exmº Marcos Alaor Diniz Grangeia², “Diante da realidade atual, as instituições públicas têm buscado adequar sua estrutura organizacional e seus processos internos, no sentido de lograr melhores resultados, tendo em conta o cumprimento de sua missão constitucional.”

A responsabilidade por resultados, longe de ser apenas uma moda da ciência da Administração, tem sido usada como uma aliada no controle social, apontando entraves e corrigindo erros que poderiam demonstrar à sociedade falta de transparência e responsabilidade com o dinheiro público.

1 ARAÚJO, Marconi Pereira. Gestão da qualidade no serviço público: Desafio de uma nova era. Monografia (Especialização em direito administrativo e gestão pública da Universidade Federal da Paraíba). João Pessoa: UFPB, 2004.

2 GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. A crise de gestão do poder judiciário: O problema, as consequências e os possíveis caminhos para a solução. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, 2013, p.02. Disponível em: https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2013/01/2099_Des_Marcos_Alaor_Artigo_ENFAM_28_4_2011_editado.pdf. Acesso em: 2/08/2019.

Essa afirmação justifica a relevância do presente estudo, que se limitou a demonstrar e discutir a importância da transparência e eficiência na gestão dos recursos das penas pecuniárias da VEPEMA Porto Velho e a responsabilização na prestação de contas.

Gestão da qualidade na esfera pública

Anteriormente aplicados somente ao setor privado, os programas de gestão de qualidade vêm ganhando destaque no setor público no Brasil, principiada posteriormente a Emenda Constitucional n.º 19, de 04 de Junho de 1998³, quando atribuiu na carta magna brasileira disciplina legal para servidores da administração pública sobre “as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços.”

E, também, a partir da publicação da Lei Complementar 131/2009⁴, que define a publicação de dados de pessoal, despesas e receitas dos órgãos públicos em portais na internet, a transparência é cada vez mais exigida nas ações governamentais.

O termo qualidade para designar serviços públicos, assim como para designar produtos e serviços privados, possui múltiplas interpretações, que dependerá da época, do público e das circunstâncias culturais e socioeconômicas de uma localidade⁵. Por

3 BRASIL. Presidência da República. Emenda Constitucional n.º 19, de 04 de Junho de 1998. Brasília: Casa Civil, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/convstituicao/Emendas/Emc/emc19.htm#art3> Acesso em: 2/08/2019.

4 _____. Lei Complementar 131/2009 de 27/05/2009. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp131.htm. Acesso em: 03/08/2019.

5 CUÉLLAR, Eliana Tavares de Aquino; EVANGELISTA, Dilson. Gestão da qualidade em serviços públicos - Análise do Clima Organizacional no Fórum Criminal Desembargador Fouad Darwich Zacharias do Tribunal de Justiça de Rondônia. Artigo apresentado para obtenção do título de especialista na Especialização em Gestão Pública pela Fundação Universidade Federal de Rondônia/ Sistema Universidade Aberta do Brasil - UAB/Programa Nacional de Formação em Administração Pública - PNAP. 2015.

esse motivo, pressupõe-se que definir a gestão da qualidade possa ser uma tarefa árdua. Como ressalta Paladini (2000)⁶ qualidade é um conceito dinâmico, com referências que mudam ao longo do tempo e das circunstâncias e, de forma bem acentuada, em muitas das vezes.

A definição de gestão da qualidade no serviço público para Araújo (2004)⁷ “se traduz, necessariamente, na busca de uma maior eficiência na prestação dos serviços de que dispõe, até por que constitui peça primordial rumo à melhoria contínua, com vistas à efetiva satisfação do cidadão.”

Devido às constantes transformações que acometem a sociedade é cada vez mais importante que o Judiciário busque aperfeiçoar sua prestação de serviços prezando pela qualidade, investindo numa gestão voltada a eficácia e eficiência. Para tanto, conforme ressalta Russo (2009)⁸, o Poder Judiciário tem ao seu alcance as ferramentas e os conhecimentos das ciências administrativas, incluindo a mensuração e medição de eficiência por meio da ferramenta *accountability*, desde que, adeque de forma coerente, os ensinamentos da Administração às peculiaridades do serviço público.

O Poder Judiciário guarda particularidades no que tange à responsabilidade, tanto no dever de prestar contas quanto na relação de sujeição às sanções combinadas em lei pelo mau exercício do poder. Daí a importância da Emenda Constitucional nº. 45⁹, com a criação dos órgãos Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), para o exercício do controle externo do Poder Judiciário e do Ministério Público, respectivamente. O CNJ foi criado com a função de controlar a atuação administrativa

6 PALADINI, Edson Pacheco. Gestão da qualidade no processo: a qualidade na produção de bens e serviços. São Paulo: Atlas, 1995.

7 ARAÚJO, Marconi Pereira. Gestão da qualidade no serviço público: Desafio de uma nova era. Monografia (Especialização em direito administrativo e gestão pública da Universidade Federal da Paraíba). João Pessoa: UFPB, 2004, p.10.

8 RUSSO, Andreia Resende. Uma moderna gestão de pessoas no poder judiciário. Dissertação (Mestrado em Poder Judiciário) Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas. 197p. Rio de Janeiro: FGV Direito, 2009.

9 _____. Emenda Constitucional nº. 45, de 30/12/2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 03/08/2019.

e financeira do Judiciário, assegurando a aplicação de metas e fluxos que visam fortalecer as ações da justiça, inclusive com a criação e integração de programas de informatização, de qualificação de servidores, de acesso à Justiça e de gestão administrativa, em toda a Justiça estadual e federal, atividade antes impossível, devido ao isolamento dos tribunais. Destacam-se várias inovações que ocorreram no Judiciário, notadamente em execução de pena e outras áreas sensíveis relacionadas a direitos humanos ou relacionadas com pontos que revelam baixa eficiência ou celeridade da justiça, dentre esses aprimoramentos no âmbito de execução de pena podemos destacar a adoção do Sistema Eletrônico de Execução Unificado que, virtualizou com eficiência os processos de execução em todo país.

Com a Resolução 154/2012¹⁰, o CNJ inova, também, estabelecendo uma nova política institucional que garanta a utilização dos recursos oriundos de penas pecuniárias nas varas de penas e medidas alternativas, eliminando qualquer forma de malversação de dinheiro público.

A prestação pecuniária: em que consiste?

A prestação pecuniária consiste em uma das penas de restrição de direitos contida na Lei 9.714/98¹¹,

§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

10 Resolução Nº 154 de 13/07/2012. Define a política institucional do Poder Judiciário na utilização dos recursos oriundos da aplicação da pena de prestação pecuniária. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=58>. Acesso em: 03/08/2019.

11 BRASIL. Lei 9.714/98 de 25/11/1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, os Art. 1º Os arts. 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9714.htm. Acesso em: 04/08/2019.

Não há de se falar em pena pecuniária como sinônimo de multa, apesar das duas se constituírem em pagamento em âmbito jurídico, não se igualam, uma vez que o valor da prestação pecuniária pode ter como destinatário a vítima do delito; enquanto que o valor da multa fixada pelo juiz é destinado ao Fundo Penitenciário, além de não admitir a substituição por prestação de outra natureza, como permite a prestação pecuniária. Quando não puder ser identificada a vítima do delito, entidades públicas e privadas podem receber os recursos, como uma possibilidade de reparação social.

Quando os valores da prestação pecuniária são destinados às entidades com fins sociais, geram uma movimentação contábil e financeira no âmbito do judiciário que exige cuidados legais e de responsabilidade a fim de evitar “total descrédito e inutilidade ao sistema penal, já que a execução da pena é o arremate de todo o processo criminal (CNJ,2012)¹².” Com a Resolução nº154/2012¹³, o Conselho Nacional de Justiça regulariza a destinação, controle e aplicação de valores oriundos de prestação pecuniária aplicada pela justiça criminal, assegurando a publicidade e transparência na destinação dos aludidos recursos, evitando ações pontuais como: substituição por cestas básicas, materiais de escolares, matérias de construção, entre outros.

A resolução estabelece a conta judicial e o alvará judicial, vinculados a unidade gestora, como instrumentos reguladores das movimentações financeiras e destinação dos recursos obedecendo aos princípios constitucionais da Administração Pública. Os atos praticados na Administração Pública, ou em qualquer um dos poderes do Estado, obedecerão em seus trâmites: caráter de responsabilidade pelos resultados, transparência, publicidade e participação social.

Em seguida a Resolução nº154/201¹⁴, a Corregedoria do Tribunal de Justiça de Rondônia/TJRO normatizou o fluxo para utilização dos recursos das penas pecuniárias e atribuiu às competências de

12 Resolução Nº 154 de 13/07/2012. Define a política institucional do Poder Judiciário na utilização dos recursos oriundos da aplicação da pena de prestação pecuniária. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=58>. Acesso em: 03/08/2019.

13 Ibidem.

14 Ibidem.

cada órgão institucional envolvido através do Provimento Conjunto 007/2017-PR/CG¹⁵.

As ações do CNJ estendidas aos Tribunais Estaduais e o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia

Dentre as ações desenhadas pelo Conselho Nacional de Justiça, a ser desenvolvidas nos tribunais, está a Política de Alternativas Penais¹⁶ que “visa promover o fortalecimento das penas e medidas alternativas como meio de evitar o encarceramento em massa de pessoas, que começou com a implantação das Audiências de Custódia em todos os tribunais do país.”

Por meio da Resolução nº154/2012¹⁷ o Conselho Nacional de Justiça regulamentou a utilização dos recursos oriundos de penas de prestação pecuniárias, seguindo as mesmas premissas do aprimoramento e fortalecimento das penas alternativas e mais precisamente promover a gestão eficiente e transparente desses recursos.

Importante ressaltar que em Rondônia-RO, na Comarca de Porto Velho, para o fortalecimento das penas alternativas, foi criada a Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas (VEPEMA), tendo como argumento para a sua criação atender Resolução nº 101, de 15/12/2009¹⁸, que determinou aos tribunais a criação de varas

15 Provimento Conjunto Presidência e Corregedoria nº 07/2017/CGJ/PR/2017. Regulamenta o recolhimento e a destinação dos valores oriundos de prestações pecuniárias objeto de transações penais e sentenças condenatórias, em consonância com a Resolução nº 154, de 13 de julho de 2012, do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.tjro.jus.br/novodiario/2017/20171218014-NR232.pdf#page=1a8>. Acesso em 10/09/2019.

16 Política Nacional de Alternativas Penais. Orienta ações, projetos e estratégias voltadas à ampliação da aplicação das alternativas penais no país e enfrentar o encarceramento em massa, com meta de redução do número de pessoas presas no Brasil em 10% até 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/ministerio-da-justica-institui-politica-nacional-de-alternativas-penais>. Acesso em 10/09/2019.

17 Resolução Nº 154 de 13/07/2012. Define a política institucional do Poder Judiciário na utilização dos recursos oriundos da aplicação da pena de prestação pecuniária. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=58>. Acesso em: 03/08/2019.

18 Resolução nº 101, de 15/12/2009. Define a política institucional do Poder Judiciário na Execução das Penas e Medidas Alternativas à Prisão. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=161>. Acesso em: 14/08/2019.

especializadas para o atendimento da demanda sempre crescente, sendo adotado um formato descentralizado e multidisciplinar.

Cabe à VEPEMA a fiscalização das penas e medidas alternativas aplicadas nas Varas e Juizados Criminais na Comarca de Porto Velho e, ainda, a aplicação dos recursos decorrentes dessas penas, seguindo as normativas do Conselho Nacional de Justiça e do Tribunal de Justiça de Rondônia, mas adotando práticas que ampliam o acesso à justiça e o alcance social dos recursos.

Atualmente a VEPEMA dispõe de instituições cadastradas, com habilitação para receber prestadores de serviços e também apresentar projetos sociais com uso de recursos das penas pecuniárias, por meio do uso do SEI, com informações confiáveis e atestadas pela equipe multidisciplinar. Ainda é possível adotar a mesma base de cadastro das entidades para subsidiar os projetos capitaneados pelo Grupo de Monitoramento e Fiscalização na Execução Penal – GMF, bem como, a própria administração do Poder Judiciário, pode adotar tais cadastros para os processos de destinação de bens inservíveis (doações).

Aplicação dos recursos decorrentes de penas pecuniárias: diferencial na rotina adotada pela VEPEMA, em Porto Velho:

Para o fortalecimento das alternativas penais é importante que a sociedade seja alcançada pelos reflexos dessa modalidade de penalidade e que tire proveito delas.

Com o aumento da criminalidade, o discurso pelo encarceramento vem se fortalecendo. A cada dia o Congresso Nacional ganha novos projetos de lei para criminalizar condutas e a pena privativa de liberdade vêm ganhando cada vez mais o “*status*” de única pena eficaz para o crime. Vejamos:

Estamos falando, portanto, de transformação profunda na forma de lidar com os conflitos e violências, deixando de lado a ânsia de se vingar das pessoas que cometeram delitos para buscar soluções adequadas que, sem abrir mão da responsabilização, permitam incluir efetivamente das raízes da violência, para prevenir novos

crimes e construir a cultura da paz. (PIMENTA; LEITE, 2018, p.139)¹⁹

É imperioso que a sociedade brasileira entenda o peso social e financeiro resultante do encarceramento em massa de pessoas e a necessidade de alternativas penais com maior proveito não somente para a ressocialização do apenado mas, principalmente, para a reparação social dos malefícios trazidos pelo aprisionamento das pessoas. Não há números que demonstrem a viabilidade do cárcere como meio eficiente de cumprimento de pena.

Apesar da deficiência dos dados estatísticos, é inquestionável que a delinquência não diminuiu em toda América Latina e que o sistema penitenciário tradicional não consegue reabilitar o delinquente; ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado (PEREIRA *apud* BITENCOURT, 2017, p.39)²⁰.

Defende-se aqui que, a aplicação eficiente, transparente e responsável dos recursos provenientes das penas e medidas alternativas seja providência que gere o fortalecimento da política de alternativas penas no Brasil.

No Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, na Comarca de Porto Velho, a capital do estado, compete a Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas (VEPEMA) a administração da conta centralizadora dos recursos provenientes de penas pecuniárias, sejam elas fixadas como substitutas a pena privativa de liberdade ou ainda como medida alternativa. Todos os recursos são gerenciados pela Vara e os valores revertidos em proveitos da sociedade, nos termos

19 PIMENTA, Victor Martins; LEITE, Fabiana de Lima. Alternativas ao encarceramento e Prevenção à violência, p.133-155. In: VITTO, Renato C P de; DAUFEMBACK, Valdirene (org.). Para além da prisão: Reflexões e propostas para uma nova política penal no Brasil.Ed. Casa do Direito. 2018

20 PEREIRA, Ramatiz Soares. Pena Privativa de Liberdade no Brasil: Evidências de sua falência. Brasília. 2014, p. 39.

do art. 2º da Resolução 154/2012-CNJ²¹.

Para ampliar o acesso aos recursos, no mês de fevereiro, há a divulgação do Edital de chamamento para apresentação de projetos sociais veiculado no Diário da Justiça e em mídias locais, com isso as entidades públicas e privadas apresentam, de acordo com sua linha de atuação, projetos solicitando tais recursos.

Durante os primeiros anos de implantação da Vara, e a sistemática trazida pela Resolução 154/2012²², ficou claro que poucas entidades estavam preparadas para juridicamente obterem acesso aos recursos. Uma pesquisa foi realizada pela equipe multidisciplinar da VEPEMA constatou que as entidades tinham muitas dificuldades na elaboração dos projetos e nas prestações de contas.

A maioria das entidades que fazem parte da Rede Parceira da VEPEMA tem várias ações sociais relevantes, mas não detinham capacidade técnica para formulação de propostas viáveis que pudessem ser atendidas pelo juízo. Era necessário um conjunto de ações para possibilitar esse papel fortalecedor. Dentre elas: a) a capacitação das mesmas para o cumprimento das exigências legais, documentais e técnicas para alcançar os recursos; b) a análise do projeto de forma multidisciplinar e ampliada, não somente com o enfoque jurídico trazido por olhar do magistrado da vara; c) a transparência com tramitação dos processos, possibilitando o acesso eletrônico às setores e órgãos de fiscalização dos recursos; d) a publicidade nas

21 Resolução 154/2012-CNJ. Art. 2º Os valores depositados, referidos no art. 1º, quando não destinados à vítima ou aos seus dependentes, serão, preferencialmente, destinados à entidade pública ou privada com finalidade social, previamente conveniada, ou para atividades de caráter essencial à segurança pública, educação e saúde, desde que estas atendam às áreas vitais de relevante cunho social, a critério da unidade gestora. § 1º A receita da conta vinculada irá financiar projetos apresentados pelos beneficiários citados no caput deste artigo, priorizando-se o repasse desses valores aos beneficiários que: I - mantenham, por maior tempo, número expressivo de cumpridores de prestação de serviços à comunidade ou entidade pública; II - atuem diretamente na execução penal, assistência à ressocialização de apenados, assistência às vítimas de crimes e prevenção da criminalidade, incluídos os conselhos da comunidade; III - prestem serviços de maior relevância social; IV - apresentem projetos com viabilidade de implementação, segundo a utilidade e a necessidade, obedecendo-se aos critérios estabelecidos nas políticas públicas específicas; V - Projetos de prevenção e ou atendimento a situações de conflitos, crimes e violências, inclusive em fase de execução, que sejam baseados em princípios e práticas da Justiça Restaurativa. (Incluído pela Resolução nº 225, de 31.05.16) § 3º É vedada a escolha arbitrária e aleatória dos beneficiários.

22 Ibidem

destinações e controle eficiente por meio de tombamentos numéricos e certificados em cada processo e bens.

Ações de Capacitação das entidades:

A VEPEMA realizou, com apoio do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia e da Escola da Magistratura, workshops e treinamentos com as entidades, onde elas foram informadas e orientadas quanto as necessidades técnicas e documentais para apresentação do projeto e prestação de contas. Nesses eventos, elas eram estimuladas a concessão de vagas aos prestadores de serviços e recebiam esclarecimentos sobre as vantagens sociais das penas alternativas. Esses cursos possibilitaram o aumento do número de entidades parceiras da VEPEMA, hoje somando mais de 200 (duzentas) entidades, que recebem prestadores de serviços. Contudo, não houve uma ampliação no acesso aos recursos.

A solução adotada pela Vara foi a manutenção de um serviço de consultoria e orientação para as entidades cadastradas, onde elas passaram a receber uma atenção técnica para a formação do projeto e elaboração das prestações de contas. Essa consultoria é realizada por um contador judicial lotado no Fórum Criminal. Além dessa medida, a EMERON no ano de 2018, realizou um curso de ensino a distância (EAD) para a capacitação continuada das mesmas.

Essas medidas contribuíram para ampliar o acesso das entidades e instituições públicas e privadas aos recursos, favorecendo de forma mais plural o alcance dos benefícios da pena alternativa, possibilitando que a sociedade um novo olhar para o caráter reparador dessa modalidade de pena, que não gera endividamento social, mas contribui diretamente com a prevenção de novos crimes e a diminuição da pobreza social e cultural.

Comissão Técnica para análise dos projetos:

Os projetos sociais apresentados na VEPEMA recebem a análise de uma equipe multidisciplinar com a finalidade de avaliar os mesmos, seguindo critérios definidos no Regimento Interno da Comissão, expedido pelo Juízo da VEPEMA, no Processo SEI²³ 0004736-04.2018.8.22.8001²⁴.

São os critérios adotados: a) Oferecimento de oportunidade para o cumprimento da Prestação de Serviços à Comunidade, mantendo por maior tempo número expressivo de cumpridores, conforme disposto no inciso I, do parágrafo 1.º do artigo 2.º da Resolução 154 do CNJ²⁵; b) Atuação direta na execução penal, assistência à ressocialização de apenados, assistência à vítima de crimes e prevenção da criminalidade, conforme disposto no inciso II do parágrafo 1.º do artigo 2.º da Resolução 154 do CNJ; c) Exequibilidade; d) Nexos do projeto com a área de atuação ou razão social da entidade; e) Relevância social: apresenta diagnóstico social que justifique sua atuação e o grau de importância dessa atuação; f) Viabilidade: apresenta viabilidade de implementação, segundo a utilidade e a necessidade, obedecendo aos critérios estabelecidos nas políticas públicas específicas, dispõe de equipe técnica, capacidade operacional e institucional viável, em relação ao objetivo proposto; g) Abrangência: quantitativo de beneficiados. h) Potencial de continuidade: desenvolve alternativas para a manutenção/ continuidade do projeto. i) Avaliação de processos e resultados: apresenta indicadores a respeito da atividade desenvolvida e do projeto proposto.

Em que pese à natureza do parecer da Comissão de Avaliação dos Projetos seja opinativa, é importante reconhecer que essa avaliação

23 Sistema Eletrônico de Informações.

24 O regulamento foi submetido ao GMF, em reunião realizada no dia 13/08/2018, e os membros aprovaram, em unanimidade, a favor da homologação da minuta apresentada pelo juízo, a respeito da Comissão de Seleção e Avaliação de Projetos da Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas.

25 Resolução Nº 154 de 13/07/2012. Define a política institucional do Poder Judiciário na utilização dos recursos oriundos da aplicação da pena de prestação pecuniária. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=58>. Acesso em: 03/08/2019.

possibilita ao julgador uma avaliação completa da necessidade do investimento dos recursos, seu alcance e benefícios àquela comunidade.

Ademais, todas as entidades que pleiteiam o cadastro são visitadas pela equipe, que apresenta relatório técnico, fornecendo informações abalizadas sobre o funcionamento e visibilidade da entidade junto à comunidade.

Ressalta-se que, o trabalho realizado pela Comissão na avaliação prévia dos cadastros e projetos tem servido não somente à VEPEMA, mas à Presidência do TJRO e outros órgãos externos, tais como, Tribunal Regional Eleitoral, município de Porto Velho, Secretaria de Estado e Justiça e Comando Geral da PM, que prestigiam as entidades parcerias do juízo com doação de materiais, doação de bens não mais úteis ou inservíveis.

A transparência com tramitação dos processos, possibilitando o acesso eletrônico às setores e órgãos de fiscalização dos recursos:

A forma eletrônica de tramitar processos administrativos é uma tendência no serviço público, que garante otimização de rotinas, agilidade nos trâmites judiciais e administrativos e economia de papel na instituição. Tais ações vão de encontro ao Planejamento Estratégico do TJRO²⁶ (Metas 4 e 10), tornando acessível o andamento atualizado dos processos e as informações acessíveis na internet.

Atualmente, dispomos de mais de 200 instituições cadastradas na Vara com habilitação para receber prestadores de serviços e também apresentar projetos sociais com uso de recursos das penas pecuniárias. Por meio do uso do SEI, montou-se uma base de dados com informações confiáveis e atestadas pela equipe multidisciplinar desta Vara.

Para melhorar gestão da VEPEMA, foi imprescindível que os processos administrativos passassem a tramitar pelo meio eletrônico,

26 Planejamento Estratégico do TJRO. Disponível em: <https://www.tjro.jus.br/corregodRia-planejamento-estrategico>. Acesso em: 14/08/2019.

possibilitando o livre acesso dos departamentos de controle e fiscalização da destinação desses recursos. Ressalta-se que os Processos Administrativos da VEPEMA não foram acobertados pela digitalização via Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU), que atende somente os processos judiciais.

A virtualização dos processos administrativos deu maior agilidade na tramitação desses processos. Quando eram físicos, a entidade aguardava em média 30 dias para que o pedido fosse distribuído e atuado, pois concorria com os processos que envolvem demandas judiciais como réus presos.

Atualmente, a tramitação é mais rápida e simplificada, fazendo com que as entidades e comunidade possam ser mais rapidamente atendidas e, ainda, acompanhar o andamento do pedido como usuário externo no sistema com uma redução de entrega dos serviços de 182 dias (físico) para 58 (dias).

Ampla publicidade nas destinações e controle eficiente por meio de tombamentos numéricos e certificados em cada processo e bens

O dever de publicidade e transparência com a gestão de recursos públicos, estabelecidos no artigo 37 da Constituição Federal e, sendo o manejo dos recursos decorrentes de penas e medidas alternativas e sua destinação de caráter público, os mesmos devem ser norteados pelos princípios constitucionais da Administração Pública, previstos, dentre outros, no dispositivo do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, sem se olvidar da indispensável e formal prestação de contas perante a unidade gestora, sob pena de responsabilidade, ficando assegurada a publicidade e a transparência na destinação dos recursos, nos termos do art. 4º da Resolução Nº 154 de 13/07/2012.

Com a responsabilidade de garantir o alcance social dos bens moveis e imóveis adquiridos com recursos da VEPEMA, notadamente pelo seu caráter público, regulamentou o controle, por meio da Portaria nº8/2018, de forma permanente, onde se criou placas e

etiquetas de tombamentos, para dar ampla divulgação e vincular os bens aos objetos contemplados no projeto.

Há, também, duas iniciativas importantes no papel de visibilidade e responsabilidade pela destinação dos recursos de prestação pecuniária: a disponibilidade em mídias sociais das notícias de entrega dos alvarás através do setor de comunicação do judiciário e o fomento de ações sociais de grande alcance na promoção de comunidades distantes das políticas públicas (Projeto Novo Norte)²⁷.

Os recursos geridos pela VEPEMA Porto Velho, após a Resolução nº154/CNJ, alcançaram instituições com ações de grande relevância social, priorizando a execução penal e extensivo a educação, saúde, segurança pública, ações de prevenção (protagonismo juvenil e feminino), cultura e lazer.

A fiscalização do emprego dos valores recebidos pelas instituições beneficiadas é realizada em 100% dos recursos por meio da prestação de contas contábil e o relatório fica ativo durante 05 (cinco) anos das atividades sociais financiadas. Há também, em alguns casos, a inspeção pelo juízo, por amostragem.

A utilização e o destino de cada recurso estão demonstrados na página do TJRO na aba Portal da Transparência.

Conclusão

As políticas de fortalecimento de alternativas penais são apresentadas como alternativas ao desencarceramento ao longo dos anos, uma batalha árdua a ser desenvolvidas nos tribunais e juízos brasileiros. Contudo, ainda não se pode falar de uma política penal eficaz que consiga rebater o reducionismo, a punição pela punição

27 Projeto Novo Norte tem como objetivo materializar ações socioeducativas e de saúde, que impactem na trajetória de vida dos sujeitos, ampliando a participação social e a redução da proximidade com situações de risco. Possui duas vertentes: O Projeto “Das grades aos campos” no sentido da reparação social, fomentado pela VEPEMA, foi a fabricação dos materiais esportivos dentro de uma unidade prisional e a presença do juízo nos eventos públicos falando sobre a importância dos esportes na vida dos jovens, principalmente quando é realizado próximo de sua residência, distanciando-os de situações de risco social; E o Projeto denominado “Os soldados do lixão da Vila Princesa: famílias garantindo o pão nosso de cada dia”, colaborando com ações que subsidiem políticas públicas voltadas à erradicação do trabalho infantil e protagonismo feminino.

e as práticas “justiceiras”, notadamente quando vemos no Brasil o aumento do discurso que banaliza a criminalização de condutas e cada vez mais transforma a pena privativa de liberdade como a única pena a ter eficiência para combater a criminalidade.

No entanto, o protagonismo do CNJ tem impulsionado cada vez mais a efetivação de ações no sentido de fortalecer as penas e medidas alternativas. A Resolução nº154/2012 é um marco importante nesse sentido, produzindo um reflexo distributivo de reparação de danos, ao devolver a comunidade recursos provenientes das penas pecuniárias em prol de projetos sociais, como também aproximar o judiciário da população com transparência e responsabilidade, principalmente as varas criminais que são procuradas, muitas vezes, em momentos de dor ou revolta. A tão propagada morosidade e onerosidade do Judiciário trazem um ônus a sua finalidade jurisdicional, com muitas críticas e cobranças.

Ao aderir a Resolução do CNJ/nº154/2012, o Tribunal de Justiça de Rondônia reforça as suas metas já elencadas no Planejamento Estratégico e amplia seu canal de comunicação com a comunidade local. A criação da Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas foi o marco inicial para o conjunto de ações impactantes para uma mudança de paradigma penal pautado na pretensão de evitar o encarceramento.

A tentativa de uniformização das ações de aplicação dos recursos oriundos das penas pecuniárias na VEPEMA Porto Velho, ainda em construção, tem se mostrado eficaz na medida em que prima em atender as prerrogativas estabelecidas na resolução do CNJ no que tange a evitar o descrédito e a inutilidade do sistema penal e melhor fiscalização do emprego dos valores recebidos. Em 2017, houve um recolhimento de R\$1.352.201,69 e em 2018 de R\$2.630.861,47, tais valores em ambos os exercícios, foram empregados prioritariamente na execução penal, seguidos por ações de prevenção, educação e saúde, pulverizando ações relevantes em diversos bairros e localidades da comarca.

As entidades beneficiadas com os recursos devem receber prestadores de serviços que contribuem significativamente com sua

mão-de-obra nas atividades diárias.

Há de se falar, também, no compromisso do Poder Judiciário com a transparência e responsabilidade por resultados, atribuindo ações nos vários níveis de sua estrutura: contábil, financeira, comunicação social, portal da transparência.

Evidencia-se com a ampliação do acesso das entidades públicas e privadas aos recursos decorrentes de penas alternativa a possibilidade pedagogicamente de trazer a sociedade o conhecimento da existência de uma modalidade de pena que não traz endividamento social, mas coopera com a sociedade com a reparação efetiva do malefício deixado pela ação criminosa, sendo um contraponto importante para refrear o encarceramento excessivo existente no sistema punitivo brasileiro.

Referências

ARAÚJO, Marconi Pereira. Gestão da qualidade no serviço público: Desafio de uma nova era. Monografia (Especialização em direito administrativo e gestão pública da Universidade Federal da Paraíba). João Pessoa: UFPB, 2004.

BRASIL. Presidência da República. Emenda Constitucional n.º 19, de 04 de Junho de 1998. Brasília: Casa Civil, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm#art3> Acesso em: 02/08/2019.

_____. Lei Complementar 131/2009 de 27/05/2009. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp131.htm. Acesso em: 03/08/2019.

_____. Emenda Constitucional nº. 45, de 30/12/2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm . Acesso em: 03/08/2019.

_____. Resolução Nº 154 de 13/07/2012. Define a política institucional do Poder Judiciário na utilização dos recursos oriundos da aplicação da pena de prestação pecuniária. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=58>. Acesso em: 03/08/2019.

_____. Lei 9.714/98 de 25/11/1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, os Art. 1º Os arts. 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9714.htm. Acesso em: 04/08/2019.

_____. Política Nacional de Alternativas Penais. Orienta ações, projetos e estratégias voltadas à ampliação da aplicação das alternativas penais no país e enfrentar o encarceramento em massa, com meta de redução do número de pessoas presas no Brasil em 10% até 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/ministerio-da-justica-institui-politica-nacional-de-alternativas-penais>. Acesso em: 04/08/2019.

CUÉLLAR, Eliana Tavares de Aquino; EVANGELISTA, Dilson. Gestão da qualidade em serviços públicos - Análise do Clima Organizacional no Fórum Criminal Desembargador Fouad Darwich Zacharias do Tribunal de Justiça de Rondônia. Artigo apresentado para obtenção do título de especialista na Especialização em Gestão Pública pela Fundação Universidade Federal de Rondônia/ Sistema Universidade Aberta do Brasil - UAB/Programa Nacional de Formação em Administração Pública - PNAP. 2015.

GRANGEIA, Alaor Diniz. A crise de gestão do poder judiciário: O problema, as consequências e os possíveis caminhos para a solução. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento

de Magistrados, 2013. Disponível em: https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2013/01/2099_Des__Marcos_Alaor_Artigo_ENFAM_28_4_2011_editado.pdf. Acesso em: 02/08/2019.

PALADINI, Edson Pacheco. Gestão da qualidade no processo: a qualidade na produção de bens e serviços. São Paulo: Atlas, 1995.

PEREIRA, Ramatiz Soares. Pena Privativa de Liberdade no Brasil: Evidências de sua falência. Brasília. 2014.

PIMENTA, Victor Martins; LEITE, Fabiana de Lima. Alternativas ao encarceramento e Prevenção à violência, p.133-155. In: VITTO, Renato C P de; DAUFEMBACK, Valdirene (org.). Para além da prisão: Reflexões e propostas para uma nova política penal no Brasil.Ed. Casa do Direito. 2018

RONDÔNIA. Provimento Conjunto Presidência e Corregedoria nº 07/2017/CGJ/PR/2017. Regulamenta o recolhimento e a destinação dos valores oriundos de prestações pecuniárias objeto de transações penais e sentenças condenatórias, em consonância com a Resolução nº 154, de 13 de julho de 2012, do Conselho Nacional de Justiça. Acesso em 10 de setembro de 2019.

_____. Planejamento Estratégico do TJRO. Disponível em: <https://www.tjro.jus.br/corregodria-planejamento-estrategico>. Acesso em: 14/08/2019.

RUSSO, Andreia Resende. Uma moderna gestão de pessoas no poder judiciário. Dissertação (Mestrado em Poder Judiciário) Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas. 197p. Rio de Janeiro: FGV Direito, 2009.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. Estud. av. São Paulo, v. 18, n. 51, p. 79-101, agosto de 2004. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340142004000200005&lng=en&nrm=iso. Acesso em 10 de setembro de 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200005>.

Cláudia Gonçalves Galinari
Cleber Silva E Moura
Diego Antunes Souza Carvalho
Juliano Juma Magalhães Costa
Lucas Dos Santos Costa
Renata Cezário De Almeida Rodrigues

Discentes do Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Licitações e Contratos da Faculdade Pólis Civitas.

CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: FLUXOGRAMA MÍNIMO E MÁXIMA EFETIVIDADE

Cláudia Gonçalves Galinari
Cleber Silva E Moura
Diego Antunes Souza Carvalho
Juliano Juma Magalhães Costa
Lucas Dos Santos Costa
Renata Cezário De Almeida Rodrigues

RESUMO

Os procedimentos contratuais e licitatórios no âmbito dos organismos públicos exigem atendimento a dispositivos legais severos cujo controle e monitoramento imprimem ao processo de aquisição de bens e serviços prazos longos e, desse modo, planejamento precoce para que haja êxito ao final. O tema de licitações e contratos é tratado com cautela pela administração pública tendo em vista que suas tratativas são minuciosas, requerendo prática e conhecimento do gestor público e de sua equipe. Este artigo delimita como objeto de estudo a contratação do tipo emergencial e suas especificidades, visando um aprimoramento de fluxo para esses casos no intuito de fornecer a máxima efetividade da contratação. Embora a contratação emergencial esteja amparada pela Lei 8.666/1993, que prevê sua ocorrência de modo amplo, as inúmeras especificidades que compõem o objeto de contratação emergencial não são devidamente assistidas por dispositivos normativos estáveis. Assim, nota-se uma ausência de elementos contínuos tanto na jurisprudência quanto doutrinários para que seja possível um curso procedimental mais fluido e ágil requerido pela contratação direta emergencial. Desse modo, esta pesquisa propõe o estabelecimento de fluxograma a fim de simplificar e padronizar as rotinas referentes às contratações de caráter emergencial.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação. Contratação direta. Contratação emergencial. Fluxo Mínimo.

Introdução

Os procedimentos contratuais e licitatórios no âmbito dos organismos públicos exigem atendimento a dispositivos legais severos cujo controle e monitoramento imprimem ao processo de aquisição de bens e serviços prazos longos e, desse modo, planejamento precoce para que haja êxito ao final.

Assim sendo, ao contrário da esfera privada, os órgãos públicos não dispõem de extensa liberdade para adquirir, alienar, contratar a aquisição de bens e a execução de obras e serviços, desse modo, vale-se do processo licitatório para este fim.

A licitação é um procedimento adotado pelo gestor público para efetuar a aquisição daquilo que o órgão precisa para funcionar de modo eficiente. Ela é instrumento imprescindível para assegurar a isonomia nas oportunidades de contratar uma vez que atende a parâmetros normativos precisos. Julieta Vareschini aponta alguns objetivos da licitação:

O procedimento licitatório destina-se ao alcance de dois objetivos básicos: (a) a seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público, em face do dever da Administração de aplicar da melhor maneira possível os recursos que administra e (b) assegurar igualdade de condições a todos os interessados no objeto licitado, uma vez que não possui liberdade de contratação. Recente alteração legislativa, propiciada pela Lei 12.349/10 ao art. 3º da Lei 8.666/93, acrescentou mais um objetivo à licitação, qual seja, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.¹

Partindo de um escopo mais amplo acerca das problemáticas que circundam os procedimentos licitatórios para uma análise mais particular dos processos de contratações no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Rondônia – PJRO percebe-se que os parâmetros legais

¹ VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. 3ªed. Curitiba: Editora JML, 2014.

fornecem segurança a processos genéricos. Contudo, no tocante às situações pertinentes à contratação direta emergencial, identificou-se a necessidade de estabelecer procedimentos para que este tipo de aquisição seja priorizado em relação às demais contratações.

Verifica-se que, quando surge eventual demanda por contratar emergencialmente, o trâmite adotado no PJRO é sempre o padrão, o mesmo desenvolvido por um processo de contratação ordinário. Todavia, em virtude de se tratarem de casos que requerem brevidade excepcional, tais contratações deveriam ser formalizadas por meio de processos sumaríssimos, com fluxo diferenciado.

Os motivos que dão ensejo à realização da pesquisa e justificam sua relevância são a própria necessidade de que o PJRO proveja, em caráter de urgência, suas unidades administrativas e finalísticas de bens/serviços, cujas faltas possam ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, bem como o afastamento de eventual penalização por parte dos órgãos de controle. Ademais, há tendência se solidificando na jurisprudência destes no sentido de desqualificar a caracterização de situação emergencial quando a satisfação da necessidade dita emergencial leve tempo superior a 30 dias e penalizar os agentes que não utilizaram o procedimento licitatório em tais contratações.

Assim, a finalidade desta pesquisa é identificar as formalidades mínimas exigidas pela legislação vigente objetivando proceduralizar etapas para a contratação emergencial visando a celeridade do processo, efetividade da contratação em consonância com os ditames da lei.

A pesquisa adotou referencial teórico-metodológico obtido em fontes coletadas por meio de pesquisa bibliográfica acerca do assunto licitação e contratos para delimitação do objeto, contratação emergencial, com ênfase na observação e estudo documental fornecido por órgãos de controle estadual e federal e órgãos de referência.

Os resultados encontrados a partir dos dados coletados, postos em análise e aqui apresentados são valiosos na medida em que

expõem ao debate situações-problemas que circundam a contratação emergencial e que podem nortear a adoção de medidas mais efetivas como princípios.

Desenvolvimento

A Lei nº 8.666/93 estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A Lei 8.666/93 é denominada como “lei geral” uma vez que aborda os princípios, os fundamentos, as diretrizes e os critérios básicos que disciplinam a matéria. As peculiaridades e exceções são amparadas por dispositivos vários e procedimentos outros que os gestores adotam visando legitimar as condições extraordinárias, no entanto, quando se trata de contratação direta emergencial há um item que merece atenção especial e que dificulta qualquer procedimento deste caráter, que é o tempo.

A licitação é o procedimento administrativo formal em que a administração pública convoca, mediante condições estabelecidas, em ato próprio (edital ou convite), empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços. Nessa seara, o procedimento licitatório visa garantir não apenas a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, mas sim, visa assegurar o princípio constitucional da isonomia entre os potenciais prestadores do serviço ou fornecedores do objeto pretendido pelo Poder Público.

A própria Constituição Federal, em seu art. 37, XXI, ao fazer a exigência da licitação, ressalva que a lei ordinária poderá fixar hipóteses para estabelecer exceções à regra de licitar, vejamos o que diz o inciso XXI do art. 37 da CF:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade,

publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Dentre os casos especificados na legislação ordinária, aqui representada pela Lei 8.666/93, encontra-se a figura da dispensa e da inexigibilidade, previstas respectivamente nos seus artigos 24 e 25, estando a contratação emergencial prevista no artigo 24, inciso IV.

Caracterização da emergencialidade

Tem-se discutido acerca das situações que o ente governamental precisa contratar diretamente por dispensa de licitação nos casos de “emergência” ou “calamidade pública”. Destarte, nestes casos, a contratação se daria com a celebração imediata do contrato entre a administração pública e o particular, nos casos estabelecidos no art. 24, da Lei 8.666/93. Observa-se que a lei enumerou expressamente as hipóteses de dispensa de licitação, sendo este rol taxativo, isto é, a administração somente poderá dispensar-se de realizar a competição se ocorrer uma das situações previstas na lei federal. Tal como observado no inciso IV do art. 24 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

Art. 24. É dispensável a licitação: [...] IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos,

contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos.

Assim, para que haja uma percepção da condição de emergência é imprescindível sua caracterização efetiva que, na lição de Hely Lopes Meirelles², é assim definida:

A emergência caracteriza-se pela urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a incolumidade ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, exigindo rápidas providências da Administração para debelar ou minorar suas consequências lesivas à coletividade.

Vê-se, portanto, que alguns aspectos precisam ser avaliados pela Administração Pública quando da contratação emergencial. Urge restar demonstrada, concreta e efetivamente, a potencialidade de danos às pessoas, obras, serviços, equipamentos ou outros bens, públicos ou particulares. O professor Jacoby Fernandes³ delimita emergência da seguinte forma:

A noção de uma situação de emergência deve coadunar-se com o tema em questão, pouco aproveitando a noção coloquial do termo, dissociada da sede de licitação e contratos. Conforme entendimento do TCU, a situação de emergência deverá ser devidamente esclarecida e com a formalização adequada do processo que a justifique, como demonstração razoável para a escolha da empresa e dos preços adotados, estando, aí sim, fundamentados os argumentos que permitirão a adoção do instituto da dispensa de licitação.

O Tribunal de Contas da União já manifestou⁴ entendimento de que descabe investigar se a situação emergencial decorre de ato imprevisível ou de um não fazer da administração. Configurado o

2 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.53.

3 FERNANDES, Jacoby. Contratação Direta Sem Licitação, 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.303.

4 TCU, TC 006.399/2008-2. Acórdão nº 1138/2011, Relator Min. UBIRATAN AGUIAR, Plenário, julgado em 04.05.2011.

risco para pessoas, obras, serviços, bens e equipamentos públicos ou particulares, admite-se a contratação direta emergencial, vejamos:

REPRESENTAÇÃO DE UNIDADE TÉCNICA. CONTRATAÇÃO FUNDAMENTADA EM SITUAÇÃO EMERGENCIAL. CONHECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA. 1. A situação prevista no art. 24 IV, da Lei n 8.666/93 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. 2. A incúria ou inércia administrativa caracteriza-se em relação ao comportamento individual de determinado agente público, não sendo possível falar-se da existência de tais situações de forma genérica, sem individualização de culpas.

No caso da “calamidade pública”, vale dizer que este é um ato administrativo de natureza declaratória. A declaração do estado de calamidade pública deve ser reconhecida por decreto e aceita pela população como condição calamitosa, não podendo o administrador público utilizar-se desse critério sem o referido normativo legal.

Na mesma lição de Jacoby Fernandes⁵, a calamidade é circundada pelo aspecto da imprevisibilidade, mas admite-se que, a previsível e inevitável, justifique a contratação direta. Todavia, a princípio e em tese, não parece suficiente a existência apenas do aludido Decreto para o Gestor abrir processos emergenciais, como aliás, essa prática vem sendo utilizada há décadas, e vários gestores foram penalizados pela inobservância de exigências legais que tangenciam as contratações emergenciais. O Tribunal de Contas da União - TCU também se pronunciou recentemente acerca disto:

Auditoria realizada na Prefeitura Municipal de Araripina/PE, em virtude de possíveis irregularidades na aplicação de recursos públicos federais noticiadas ao TCU pelo procurador-geral do Ministério Público de Contas do Tribunal de Contas do Estado de

5 Idem nota 4

Pernambuco, tratou, entre outras ocorrências, da contratação emergencial de empresas por dispensa de licitação para prestação de serviços de transporte escolar, fundamentada no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993, que adotara como motivação expressa o Decreto Municipal 352/2009 (declarara situação de emergência municipal). Inicialmente, destacou o relator que, conforme verificado na etapa processual anterior, “as motivações que ensejaram a prolação do decreto não se enquadram na caracterização de emergência para fins de dispensa de licitação descrita no art. 26 da Lei de Licitações. Ao analisar o mérito, após audiência dos responsáveis, dissentiu o relator da proposta da unidade técnica especificamente quanto ao entendimento de que a emissão de pareceres jurídicos favoráveis à contratação por dispensa de licitação não constituiria erro grosseiro. Destacou que “a mera existência de decreto municipal caracterizando a situação do município como emergencial não é suficiente para enquadrar as contratações nos requisitos da Lei 8.666/1993 para dispensa de licitação. Era de se esperar que os pareceristas verificassem, no caso concreto, se os fatos que permeavam as dispensas de licitação se amoldavam, realmente, a alguma das hipóteses de dispensa da Lei de Licitações, o que não ocorreu”. Nesse sentido, explicou o relator que “o Decreto 352/2009, utilizado como fundamento para as dispensas de licitação, possuía como causa a estiagem prolongada na região e a suposta desordem em que se encontrava o município quando a nova gestão assumiu a sua dianteira. Nos termos do decreto, os prejuízos aos serviços de educação consistiam na precariedade de parte do mobiliário das escolas e na destruição total da frota de apoio às ações educacionais”. Entretanto, prosseguiu, a equipe de auditoria constatara que, “nos anos anteriores, a prestação de serviço de transporte escolar dava-se por meio de motoristas autônomos contratados e, portanto, independia da frota do município”. Acrescentou o relator que o parecer favorável a uma das contratações era ainda mais falho, considerando-se que já havia sido realizada contratação por dispensa para o mesmo fim, e que, durante o período de execução do contrato anterior, “não foram adotadas providências para a regularização da situação do transporte escolar no município de forma mais definitiva”. Por essas razões, acolhendo proposta do relator, o Plenário decidiu aplicar também aos pareceristas a multa

prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.[...] Como podemos perceber, a mera existência de Decreto Municipal que declare a situação de emergência não é suficiente para a dispensa prevista no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, pois a Administração Pública deverá verificar se os fatos que justificam a contratação extraordinária, embasada no referido diploma administrativo-legal, se amoldam, de fato e incontestavelmente, à hipótese de dispensa de licitação. Verificada a inobservância do marco legal nas contratações diretas, os responsáveis estão sujeitos à aplicação da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443/1992.

Partindo dessa percepção, é preciso além do decreto, que a situação calamitosa seja de conhecimento da população local e esteja devidamente comprovada. Aventa-se que, como demonstra Mariense Escobar⁶, “a situação emergencial ensejadora da dispensa é aquela que resulta do imprevisível, e não da inércia administrativa”.

Na prática, a situação de emergência, muitas vezes, decorre da falta de planejamento administrativo e isso tem sido constantemente detectado pelos órgãos de controle, tanto interno como externo. Não obstante, o atendimento de certas situações pelo poder público há de ser imediato, sob pena de a procrastinação causar prejuízos ao interesse público, sendo a dispensa de licitação prevista no inciso IV, do art. 24, alternativa transitável para o gestor público, observadas as vinculações jurídicas aplicáveis à espécie.

Assim vê-se que a contratação direta emergencial por dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, é legal e plenamente possível, desde que atenda aos princípios legais.

Caracterizada a emergencialidade, cabe colocar em análise a situação adversa. No âmbito da contratação emergencial, a situação adversa é um dos requisitos para a contratação por dispensa, conforme inciso IV do art. 24 da Lei n. 8.666/93. Ela é definida como situação que foge do normal, calamitosa e de emergência decorrente de fato imprevisível que exige ação imediata a fim de que evite que o dano iminente resulte em situação ainda mais grave.

6 ESCOBAR, João Carlos Mariense. Licitação, Teoria e Prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993, p.72.

Porém, de acordo com a Decisão Plenária do Tribunal de Contas da União, publicada no Diário Oficial da União, de 21/06/1994, página 9.029, a situação não pode ter sido causada pelo agente público:

Que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação.

O risco concreto e provável

Para a dispensa de licitação com fulcro no art. 24, inciso IV, incumbe à administração pública avaliar a presença de dois requisitos primordiais: o primeiro deles é a demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano, devendo ser evidenciada a urgência da situação concreta e efetiva, não se tratando de urgência simplesmente teórica. A expressão prejuízo deve ser interpretada com cautela, por comportar significações muito amplas. Não é qualquer prejuízo que autoriza dispensa de licitação, o mesmo deverá ser irreparável. Cabe comprovar se a contratação imediata evitará prejuízos que não possam ser recompostos posteriormente.

Conforme se extrai do inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, será dispensada a licitação. Porém, o objeto contratado emergencialmente deve ser adequado para afastar o dano ou risco iminente às pessoas ou bens, ainda que se verifique um sacrifício ao princípio licitatório, porquanto se opera um resultado útil de preservação de outros bens juridicamente tutelados pelo Poder Público.

Da mesma forma, não se pode supor que o Poder Público coloque em risco a vida, a saúde, a integridade de pessoas, o patrimônio

público, entre outros interesses tutelados pelo Estado, em favor do princípio licitatório. O administrado não pode ser sacrificado em prol de um procedimento, que só existe para buscar a isonomia e a economicidade na satisfação das demandas administrativas.

Por outro lado, não se pode olvidar a exigência de que, além da caracterização da emergência, seja comprovada a compatibilidade dos preços com os praticados no mercado, uma vez que, pela celeridade e urgência em sanar a emergência, o órgão não dê a devida atenção à pesquisa de preços e venha contratar com valor superior ao praticado no mercado, conforme alerta o TCU no Acórdão 2.019/2010 Plenário 9.2:

Alertar à Companhia Energética do Piauí - Cepisa que, quando da realização de dispensa de licitação nos termos do art. 24, inciso IV, da Lei nº 8666/1993, além da caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, deve-se trazer elementos aos autos do processo que demonstrem a compatibilidade dos preços contratados com aqueles vigentes no mercado ou com os fixados por órgão oficial competente, ou, ainda, com os que constam em sistemas de registro de preços, bem como que foi consultado o maior número possível de fornecedores ou executantes, em atenção aos incisos II e III do parágrafo único do art. 26 dessa lei.

A condição de risco concreto não exige o gestor de adotar procedimentos de contratação seguros e amparados nos instrumentos legais, assim, deve-se observar ao máximo os princípios basilares impostos pela Lei de Licitações especialmente no tocante às documentações de regularidade da contratada, bem como sua habilitação jurídica uma vez que uma condição emergencial não deve dar abertura para contratações indevidas que contaminem a segurança de um processo de contratação.

Imediata efetivação

Assim sendo, demonstrada a necessidade e a viabilidade de

contratação direta, por dispensa de licitação, passa-se a opinar sobre alguns outros pontos fundamentais referentes à contratação. É imperioso destacar que a contratação não poderá ultrapassar os 180 (cento e oitenta) dias que a lei prevê (art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93), salvo as exceções legais. Não obstante, em que pese o enquadramento da fundamentação no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93 nos moldes acima, para que o gestor público possa contratar via emergencial tem que, concomitantemente, atender ao que determina o art. 26 da mesma lei de licitações:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexistência referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005) Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexistência ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; II - razão da escolha do fornecedor ou executante; III - justificativa do preço. IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Portanto, não basta enquadrar a situação como “emergência” ou “calamidade pública”, é necessário que o preço seja compatível com o mercado, que seja devidamente justificado e comprovado, como também, apresentar justificativa formal da escolha do fornecedor.

Se de fato há um contexto urgente, que impede contratar os serviços via processo de contratação ordinário e, somado a isso, há motivação contundente acerca da inviabilidade e/ou onerosidade excessiva de se contratar apenas parcela da solução, o que deve ser ponderado caso a caso, então adequado, justificadamente, promover a contratação contemplando a demanda em sua totalidade, cujo lapso contratual ultrapasse os 180 dias definidos pelo inc. IV do art. 24.

Atuar de forma diversa vai de encontro ao princípio da

indisponibilidade do interesse público, que impõe ao agente ponderar soluções eficientes em atenção ao bem juridicamente tutelado e à racionalidade no emprego de recursos públicos.

Ademais, cumpre destacar que a jurisprudência reiterada do TCU proíbe a prorrogação das contratações emergenciais. Na hipótese em que, mesmo celebrado o contrato emergencial, seu período de vigência não for suficiente para realização de nova licitação, cabe ao gestor a celebração de novo contrato emergencial. Para ilustrar, destaca-se o Acórdão 1424/2007 Primeira Câmara:

Nos casos de dispensa de licitação com fulcro no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, deve ser comprovado que a emergência é concreta e efetiva. As parcelas de obras e serviços contratados por emergência devem ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, sendo vedada a prorrogação dos respectivos.

A contratação direta por situação emergencial é uma hipótese legal que deve ser utilizada com cautela, devidamente justificada, atendendo aos requisitos legais, doutrinários e jurisprudenciais que envolvem o tema, em especial as decisões adotadas pela Corte de Contas.

A contratação emergencial x desídia do gestor público

Observa-se que a situação de emergência muitas vezes decorre da falta de planejamento e isso tem sido constantemente detectado pelos órgãos de controle. Não obstante, o atendimento de certas situações pelo poder público há de ser imediato, sob pena da procrastinação causar prejuízos ao interesse público, sendo a dispensa de licitação prevista no inciso IV, do art. 24, alternativa transitável para o gestor público, observadas as vinculações jurídicas aplicáveis à espécie.

Percebe-se a existência de dificuldade dos gestores públicos caracterizarem a condição de emergência, pois para a situação de

calamidade pública há regulamentação para sua decretação, porém, para a situação de emergência o administrador público necessita fazer análise de vários requisitos para seu enquadramento.

Para comprovar a situação de emergência é necessário fazer a caracterização da situação, comprovar a sua urgência e a imprevisibilidade do fato que a motivou, caso não tenha esta justificativa, deverá contratar como emergencial, mas separadamente abrir processo administrativo para apurar responsabilidade.

Contudo, a situação emergencial não deve decorrer de falta de planejamento, desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos⁷:

Se foi a própria Administração que deu ensejo à emergência, não será lícito alegá-la em favor da contratação direta, autorizada em função de acobertar situações excepcionais, oriundas de fatos alheios à atuação administrativa.

No entanto, ocorre que o interesse público deve prevalecer, caso a situação adversa tenha origem na falha do gestor público, a administração pública deve, portanto, contratar diretamente a fim de sanar o objeto emergencial e concomitantemente viabilizar a responsabilização do agente causador.

Claro está que a negligência do gestor não pode interferir na solução do problema apresentado, uma vez que a não solução da situação-problema é prioritária a todos os demais procedimentos.

Jurisprudência sobre a contratação emergencial

Os casos de contratação emergencial são inumeráveis, é sabido que se trata de uma condição com previsibilidade legal por ser necessário oportunizar à esfera pública a tomada de decisões imediatas no que tange à solução de problemas que comparecem e necessitam ser solucionados com brevidade. Embora haja ocorrência dessa situação, o tema da contratação emergencial é tratado com extremo laconismo

⁷ Súmula n. 50, da Consultoria Zênite

pela legislação pertinente. Excetuando o que versa o art.24, inc. IV, da Lei 8.666/93, o que se tem acerca de contratações emergenciais são elementos demasiadamente sucintos para que se possa utilizar como referência abrangente. Ademais, os órgãos de controle quando se prestam a analisar os processos de contratação emergencial assumem caráter disciplinador, atendo-se ao que não fazer ao invés de adotarem uma postura instrucional que aponte como fazer.

Esta pesquisa debruçou-se sobre a análise dos posicionamentos adotados acerca de contratação emergencial de dois órgãos públicos de referência, o Tribunal de Contas da União – TCU e o Tribunal de Contas do Estado de Rondônia – TCE/RO, a fim de observar quais posturas esses órgãos adotam ao avaliarem as contratações diretas emergenciais dos órgãos públicos jurisdicionados.

Assim extrai-se dos acórdãos do Tribunal de Contas da União os seguintes atos decisórios:

O Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão 1796/2018 - Plenário, entendeu que: “É recomendável à Administração Pública a implantação de controles para mitigar riscos que possam resultar na realização de contratações emergenciais que afrontem o art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993, a exemplo de medição do nível mínimo de estoque para itens essenciais e de alerta sobre a necessidade de tomada de decisão quanto à prorrogação de contrato de serviço de duração continuada ou à realização de nova licitação”. O Tribunal de Contas da União, por meio dos Acórdãos 3474/2018 - Segunda Câmara e 9873/2017 - Segunda Câmara, entendeu que: “O contrato emergencial deve conter expressa cláusula resolutiva que estabeleça a sua extinção logo após a conclusão do processo licitatório para nova contratação dos correspondentes serviços”. O Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão 1122/2017 - Plenário, entendeu que: “A situação de contratação emergencial decorrente da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos pode implicar a responsabilização do gestor que lhe deu causa, em face de sua omissão quanto ao dever de agir a tempo, adotando as medidas cabíveis para a realização do regular procedimento licitatório”. O Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão 942/2017 – Plenário, entendeu que: “Para fins de

quantificação de sobrepreço, não é possível comparar os preços de uma contratação regular com os de uma contratação emergencial". TCU - Acórdão 2504/2016 – Plenário "A mera existência de decreto municipal declarando a situação do município como emergencial não é suficiente para justificar a contratação por dispensa de licitação com fundamento no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93, devendo-se verificar se os fatos relacionados à contratação amoldam-se à hipótese de dispensa prevista na lei. TCU – Acórdão 27/2016 – Plenário "É irregular a contratação emergencial por dispensa de licitação (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93) quando a interdição do acesso à edificação com problema estrutural for suficiente para a eliminação do risco e, consequentemente, da situação emergencial. TCU – Acórdão 6439/2015 – Primeira Câmara "A contratação direta emergencial, fundamentada no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93, deve se restringir somente à parcela mínima necessária para afastar a concretização do dano ou a perda dos serviços executados, devendo a solução definitiva, conforme o caso, ser objeto de licitação formal." TCU – Acórdão 4560/2015 – Segunda Câmara "É ilegal a contratação emergencial de empresa para a construção de unidade de saúde, por meio de dispensa de licitação (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93), quando a nova unidade se destinar ao benefício da população a longo prazo e não acudir uma situação emergencial concreta e efetiva."

Enquanto o Tribunal de Contas do Estado de Rondônia apresenta em seus atos decisórios acerca das contratações emergenciais o que segue:

TCE/RO - APL-TC 00627/17 – Conselheiro Wilber Carlos dos Santos Coimbra. Os Tribunais de Contas não dispõem, constitucionalmente, de poder para rever decisão judicial transitada em julgada, ainda que o direito reconhecido pelo Poder Judiciário não tenha o beneplácito da jurisprudência prevalecente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pois a res judicata em matéria civil só pode ser legitimamente desconstituída mediante ação rescisória. (Precedentes: STF. MS n. 28150 MC, Relator: Min. Celso De Mello, julgado em 08/09/2009, publicado em DJe-175 DIVULG 16/09/2009) In casu, a celeuma vertida na espécie gravitava na órbita de aventada

contratação precária que, em manifestação judicial, com trânsito em julgado, restou compreendido que o procedimento em questão não causou lesividade ao erário, bem como considerou inexistentes supostos vícios no respetivo edital impugnado, em que o caráter emergencial afigurou-se presente, tendo em vista que o Município de Porto Velho-RO declarou a caducidade do contrato de concessão de transporte público com as antigas concessionárias, por meio do Decreto Municipal 13.842/2014, por ocasião do julgamento da Ação Popular n. 0008825-19.2015.8.22.0001, que tramitou no Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Velho-RO (Precedente: Processos n. 3.196/2012-TCER – 2ª Câmara); Julgamento do mérito prejudicado, ante o teor da decisão judicial prolatada, cujo trânsito em julgado materializou-se em 26 de julho de 2016, deve ser extinto o feito sem resolução de mérito, com substrato jurídico no disposto no art. 485, V, do CPC e no princípio da autoridade da coisa julgada material, insculpida no art. 5º, XXXVI, da CF/88; Representação, preliminarmente, conhecida e arquivada, sem resolução de mérito. TCE/RO – APL-TC 00507/16 – Conselheiro Wilber Carlos dos Santos Coimbra. Na forma do preceito contido no inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal, admite-se a contratação temporária de especial interesse público, desde que haja lei do ente público que autorize a contratação emergencial. No caso dos autos em apreciação, que cuida da contratação temporária de Enfermeiros, não restou configurada a necessidade de contratação temporária de excepcional interesse público. Decretação de ilegalidade das contratações, bem ainda das prorrogações efetivadas. Multa TCE/RO – APL-TC 00401/17 – Conselheiro Valdivino Crispim de Souza. Comprovada a situação de excepcional interesse público na contratação emergencial de empresa - para executar os serviços de coleta de resíduos sólidos domiciliares (lixo), por um período de 45 (quarenta e cinco) dias, a Dispensa de Licitação pode ser considerada formalmente legal, com o arquivamento dos autos por cumprirem o objetivo para o qual foram constituídos, nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal c/c art. 24, IV, da Lei Federal nº 8.666/93; [Acórdão AC2-TC 01153/16 - Processo nº 00002/15-TCE/RO, Acórdão APL-TC 00348/17 – Processo nº 02849/15-TCE/RO]. TCE/RO – APL-TC 00373/16 – Conselheiro José Euler Potyguara Pereira de Mello 1. Toda dispensa de licitação deve vir atrelada ao princípio

da publicidade, sob pena de afronta ao disposto no art. 26 da Lei nº 8.666/93 e, por conseguinte, aposição de sanção. Do mesmo modo, a dispensa fundada em situação emergencial deve se processar na efetiva comprovação da emergencialidade, o que não se comprovou nos presentes autos. 2. A contratação de horas-máquina, por sua essência, demanda do responsável extremada acuidade. Assim, a realização do procedimento licitatório no qual não se demonstra a existência de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários, prevejam os recursos orçamentários, e disponham a prévia cotação de preços no comércio e outros órgãos da Administração Pública, acaba por acarretar danos ao erário face ao pagamento acima do preço de mercado. 3. A concessão de aditivos e reajustes sobeje o valor do contrato em 115,55%, em afronta ao texto legal de 25%, não merece guarida. Do mesmo modo a escolha da modalidade Tomada de Preços em detrimento da Concorrência Pública, justificada pelo valor inferior e posteriormente aditado, há de ser objeto de repreensão pela Corte. 4. Motivação per relationem ou aliunde com o posicionamento técnico e ministerial. 5. Tomada de Contas irregular, com imposição de débito e multa face aos responsáveis.

Com base nos enxertos acima é possível depreender que as cortes atuam no sentido de resguardar as ações emergenciais que comparecem em suas esferas de maneira particular, submetendo cada feito a uma análise específica. Nota-se a partir dessa conduta que há uma repetição exaustiva no âmbito de submeter cada ocorrência a uma análise individual. Ora, se a legislação federal genérica, Lei 8.666/93, assegura a condição de contratação direta emergencial, e se tais episódios têm se mostrado de alguma maneira recorrentes, torna-se legítimo e evidente que a matéria requer normativas que garantam a solidez de modo amplo e padronizado a todos os órgãos.

Fluxo de Contratação Emergencial

Alguns entes públicos, visando conferir maior celeridade e padronização ao feito, estabelecem fluxos específicos nas ocorrências

emergenciais. Fato que também facilita a tomada de medidas urgentes de contratação, contudo, ainda não contempla de forma adequada a inaniidade denegada pela ausência de normativas permanentes.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União – TCU restringiu a dimensão das dispensas de licitação nos casos emergenciais, no que tange ao prazo, independente dos fatos, o tempo de ajuste é dado de forma contínua, admitindo o prazo de 180 dias para um conjunto de contratos.

No referido órgão, as dispensas de baixo valor, são realizadas preferencialmente por cotação eletrônica, conforme Portaria-TCU n.º 215/2005:

Portaria-TCU n.º 215/2005 Art. 6º Na hipótese de aquisições por dispensa de licitação, fundamentadas no inciso II do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, as unidades gestoras deverão adotar, preferencialmente, o sistema de cotação eletrônica.

Além disso é necessário também comprovar a compatibilidade dos preços com os praticados no mercado, conforme Acórdão 2.019/2010:

Acórdão 2.019/2010 Plenário 9.2. alertar à Companhia Energética do Piauí - Cepisa que, quando da realização de dispensa de licitação nos termos do art. 24, inciso IV, da Lei nº 8666/1993, além da caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, deve-se trazer elementos aos autos do processo que demonstrem a compatibilidade dos preços contratados com aqueles vigentes no mercado ou com os fixados por órgão oficial competente, ou, ainda, com os que constam em sistemas de registro de preços, bem como que foi consultado o maior número possível de fornecedores ou executantes, em atenção aos incisos II e III do parágrafo único do art. 26 dessa lei;

Também cabe destacar que o TCU proíbe a prorrogação das contratações emergenciais, se o período de vigência não for suficiente para realização de nova licitação, o gestor deverá celebrar novo contrato emergencial.

O fluxo para instrução do processo de compra direta no âmbito do

TCU é:

1º. Identificar as necessidades e consultar o Almojarifado verificando se é material de estoque ou material demanda específica; 2º. Elaborar do termo de referência dispensada quando se trata de material de estoque; 3º. Instrução do pedido de compra pela Selip, esta verifica junto ao almojarifado se há demandas semelhantes, faz análise dos documentos comprobatórios, especifica criteriosamente o objeto, faz a pesquisa de preço, analisa as razões pelas quais determinado fornecedor foi escolhido, elabora o relatório de despesa, minuta a nota de empenho; 4º. Encaminhamento da autorização da despesa pela autoridade competente de acordo com as portarias de delegação de competência; 5º. Publicação oficial do extrato de dispensa ou inexigibilidade no Diário Oficial; 6º. Emissão de empenho pela unidade competente; 7º. O Almojarifado encaminha cópia do empenho ao fornecedor, que será responsável pela liquidação e pagamento; e 8º. Formalização do contrato pela unidade competente.

No âmbito da Advocacia Geral da União, a sequência de atos a ser observada na instrução dos processos de contratação direta, com base nos artigos 24, inciso III e seguintes, e 25 da Lei n. 8.666/93 é:

1. Abertura de processo administrativo devidamente autuado, protocolado e numerado; 2. Constar a solicitação/requisição da alienação, da compra, serviço ou obra, elaborada pelo agente ou setor competente; 3. A autoridade competente justificar a necessidade do objeto da contratação direta; 4. Justificar a caracterização da situação de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, com os elementos necessários à sua configuração; 5. Emitir parecer técnico apto a justificar e/ou configurar a hipótese legal de contratação direta aplicável ao caso concreto; 6. No caso de aquisição de bens, deve constar documento contendo as especificações e a quantidade estimada do objeto, observadas as demais diretrizes do art. 15 da Lei 8.666/93; 7. Existir declaração de exclusividade expedida pela entidade competente, no caso de inexigibilidade de licitação do art. 25, I, Lei 8.666/93; 8. A administração deve averiguar a veracidade do atestado de exclusividade apresentado nos termos do art. 25, I, da

Lei nº 8.666/93; 9. Em se tratando de contratação de obra ou serviço, deve haver Projeto Básico (art. 6º, IX, 7º, § 2º, I, e § 9º, Lei 8.666/93); 10. No caso do item anterior, deve constar a aprovação motivada do Projeto Básico pela autoridade competente (art. 7º, § 2º, I da Lei nº 8.666/93); 11. Para contratação de obras ou serviços, elaborar, se for o caso, o projeto executivo (art. 6º, X e 7º II e § 9º, Lei nº 8.666/93), ou autorizado que seja realizado concomitantemente com a sua execução (art. 7º, §§ 1º e 9º, Lei 8.666/93); 12. Em sendo objeto da contratação direta, obra ou serviço, existe orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários baseado em pesquisa de preços praticados no mercado do ramo do objeto da contratação (art. 7º, § 2º, II e art. 15, XII, “a”, IN/SLTI 02/2008), assim como a respectiva pesquisa de preços realizada (art. 43, IV da Lei nº 8.666/93 e art. 15, XII, “b”, IN/SLTI 02/2008); 13. No caso de compras, constar a pesquisa de preços praticados pelo mercado do ramo do objeto da contratação (art. 15, III, Lei nº 8.666/93); 14. Existe justificativa quanto à aceitação do preço ofertado pela futura contratada (parágrafo único, III, art. 26, Lei nº 8.666/93); 15. Indicar as razões de escolha do adquirente do bem, do executante da obra, do prestador do serviço ou do fornecedor do bem (parágrafo único, II, art. 26, Lei 8.666/93); 16. Observar se há previsão de recursos orçamentários, com indicação das respectivas rubricas (art. 7º, § 2º, III, 14 e 38, caput, da Lei nº 8.666/93); 17. Se for o caso, constar a estimativa do impacto orçamentário financeiro da despesa prevista no art. 16, inc. I da LC 101/2000 e a declaração prevista no art. 16, II do mesmo diploma na hipótese de despesa incidir no caput do art. 16; 18. Constar as comprovações referentes à regularidade fiscal federal (art. 193, Lei 5.172/66), com a Seguridade Social (INSS - art. 195, §3º, CF 1988) e com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS - art. 2º, Lei 9.012/95), regularidade trabalhista (Lei 12.440/11), declaração da Lei 9.854/99 e verificação de eventual proibição para contratar com a Administração. São sistemas de consulta de registro de penalidades: (a) Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS (<http://www.portaltransparencia.gov.br>); (b) Lista de Inidôneos do Tribunal de Contas da União (<http://portal2.tcu.gov.br>); (c) Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores – SICAF; e (d) Conselho Nacional de Justiça - CNJ (<http://www.cnj.jus.br>). 15. A contratação direta foi autorizada motivadamente pela autoridade

competente (art. 50, IV, Lei nº 9.784/99); 19. Verificar se foi juntada a minuta de termo de contrato, se for o caso; 20. Utilizar modelo de contrato disponibilizado pela AGU; 21. Verificar se eventuais alterações foram destacadas no texto, e se necessário, explicadas; 22. Análise pela assessoria jurídica (art. 38, inciso VI e parágrafo único, da Lei nº 8.666/93); e 23. Comunicação à autoridade superior, no prazo de três dias, do ato que autoriza a dispensa ou reconhece a situação de inexigibilidade, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias (art. 26 da Lei nº 8.666/93).

Assim sendo, nota-se que tanto TCU quanto AGU aos instruírem os procedimentos para contratação direta estabelecem fluxogramas que embora auxiliem os órgãos públicos na adoção dos trâmites e procedimentos, não distinguem, com especificidade, os procedimentos exigidos nos diferentes tipos de contratação direta, em especial, a emergencial, o que demonstra a imprescindibilidade de normatização.

Contratação emergencial no âmbito do PJRO: Padronização, checklist e fluxograma

O Poder Judiciário do Estado de Rondônia, assim como demais órgãos do poder público, já recorreu por vezes à contratação direta emergencial no intuito de sanar situações esporádicas que requereram tomada de medidas urgentes. Contudo, tal matéria demonstrou-se robusta quando em 2017 o Edifício-sede do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia necessitou de obra de intervenção imediata para a contenção das pedras de mármore da fachada do prédio que começaram a se desprender e cair no entorno da edificação, cuja contratação foi realizada em caráter de urgência tendo em vista risco de danos patrimoniais e à incolumidade física de transeuntes.

O sinal de alerta ocorreu quando três placas de mármore caíram em locais diferentes ao redor do prédio, sendo que tinha havido acidente grave na sede administrativa do Governo do Estado de Rondônia, Centro Político Administrativo- CPA, quando o vidro de uma das janelas daquele edifício despencou e atingiu um transeunte.

No intuito de acautelar-se para que situação semelhante não ocorresse no Edifício-sede do TJRO, decidiu-se por contratar emergencialmente uma empresa para instalar contenção ao redor do prédio a fim de evitar que a queda das pedras ferisse pedestres, servidores e magistrados que circulam pelo local diariamente. Entretanto, como não se tinha fluxo específico desse tipo de contratação, o processo inteiro, mesmo com a agilização das fases, durou aproximadamente vinte dias, percorrendo aproximadamente o prazo de uma contratação não emergencial.

Apesar das medidas visando dirimir o problema terem sido tomadas de forma razoável, a situação despertou uma série de observações acerca da necessidade de padronização para estabelecer contratos emergenciais dentro do âmbito administrativo do judiciário de Rondônia.

A partir dessa condição, visando estabelecer a regulamentação de procedimentos vindouros, esta pesquisa, buscou, através da análise dos elementos que envolvem a contratação emergencial pelo Judiciário de Rondônia, apontar a necessidade de adoção de medidas seguras nos seus procedimentos de contratação, mas não somente, como também fomentar o debate acerca de um tema demasiadamente importante para a administração pública, que é a contratação direta emergencial, e que tem sido negligenciado pelos órgãos legisladores.

Assim sendo, no âmbito do PJRO, sugere-se a elaboração de parecer normativo elaborado pela Assessoria Jurídica e homologado pelo ordenador de despesa, discriminando os requisitos de um checklist, evitando assim, a exemplo do que foi implementado nas contratações por dispensa em razão do valor, a elaboração de parecer jurídico específico quando do enquadramento da situação de risco, consequentemente deixando o processo mais célere.

Após identificada a situação em que enseja a contratação emergencial, a unidade competente, ou seja, aquela que possui responsabilidade por sanar a situação de risco, deverá comprovar as situações observando o seguinte checklist:

- Caracterizar a situação de emergência;
- Comprovar a urgência;

- Informar se o fato era imprevisível;
- Apurar responsabilidade caso identifique-se que o fato pudesse ser previsto;
- Informar se a contratação é adequada e suficiente para sanar o risco;
- Demonstrar que a contratação tem por objeto somente o necessário para sanar o risco, caso não seja possível, justificar o motivo da contratação;
- Informar se consegue contratar e executar o objeto dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias;
- Anexar orçamento do serviço.

Deverá a administração pública apresentar, dentre outros documentos que achar necessário, no bojo do processo administrativo próprio um rol de documentos conforme previsto: Requisição do órgão com a descrição do objeto, a motivação expressa que levaram a contratação emergencial, autorização do ordenador da despesa, justificativa das razões da escolha do fornecedor, justificativa de preços com a apresentação de 03 (três) propostas válidas, documentos que comprovam a regularidade fiscal e trabalhista da empresa, ato constitutivo da empresa, reserva orçamentária, termo de Referência ou Projeto Básico, parecer da Comissão de Licitação, minuta de contrato e parecer jurídico.

A unidade responsável pelo processamento de compras demonstrará a compatibilidade de preço e encaminhará o processo para parecer jurídico. Em ato contínuo, o processo será enviado para autorização do Ordenador de Despesa, após, a unidade competente elaborará o Contrato e disponibilizará para as devidas assinaturas. Ocorrendo a assinatura do Ordenador de Despesa e do Contratado, publica-se o extrato e inicia-se a execução do objeto e a gestão contratual.

O Anexo 1 deste artigo apresenta sugestão de Fluxograma Mínimo para a Máxima Efetividade da contratação emergencial no âmbito do PJRO contendo todas as fases procedimentais dos processos

emergenciais.

Em que pese não se extinga a necessidade de parametrização da contratação emergencial por meio de instrumentos legais e normativos que amparem o processo de contratação emergencial de modo amplo e efetivo.

Estabelecer uma rotina padrão e um fluxograma próprios para cada órgão é uma medida efetiva, uma vez que ao menos se imprime, dentro daquele ente público, celeridade aos procedimentos de contratação direta emergencial. Ademais, adotar uma postura de previsibilidade diante de tais situações coloca o gestor público numa situação mais segura, em razão de que as forças serão concentradas na busca por soluções e não mais na concepção dos trâmites procedimentais.

Considerações Finais

O tema que fomentou a pesquisa apresentada neste trabalho compareceu quando nos debates ocorridos ao longo do curso de pós-graduação em licitações e contratos pusemos em análise a fim de partilhar as experiências sobre o assunto a dificuldade encontrada quando as pedras de mármore do revestimento do Edifício-sede do Tribunal de Justiça de Rondônia começaram a se desprender e cair no entorno do prédio. Tal condição demonstrou a imprescindibilidade da abertura de um processo para contratação direta emergencial. Apesar do TJRO já ter efetuado contratações emergenciais anteriormente, nada se pareceu tão premente de solução quanto a situação que se apresentou àquele órgão uma vez que não sanar a situação revelava expor pessoas ao risco de vida.

Como não se tinha experiência nesse tipo de contratação, o processo inteiro, mesmo com a agilização das fases, durou aproximadamente 20 (vinte) dias, percorrendo os mesmos caminhos e prazos que determinam uma contratação direta não emergencial.

Assim, perscrutar esse tema com maior profundidade e estabelecer um fluxograma para os processos de contratações emergenciais que

resulte em celeridade processual, com o mínimo de procedimentos e máxima efetividade exigidos pela legislação vigente no âmbito do TJRO, demonstrou-se um objeto de pesquisa valioso.

Para se aportar na proposta de fluxo mínimo, foi realizada busca bibliográfica sobre o assunto, percorrendo questões sobre os requisitos que circundam e caracterizam a contratação emergencial. E assim, uma série de observações pautou o resultado deste estudo.

A princípio, notou-se que a contratação direta por emergência só pode ser validamente realizada quando se fazem presentes alguns pressupostos legais tais como: situação anormal, urgência de atendimento, potencialidade de prejuízo e nexo de causalidade.

Ademais, identificou-se que a discricionariedade administrativa existente na estática da norma não se apresenta em sua versão dinâmica, pois as condicionantes do caso concreto, necessariamente consideradas pelo aplicador da norma, conduzirão a uma alternativa que impõe o dever de dispensar a licitação e efetuar a contratação direta como forma de atender ao interesse público. A dispensa de licitação não dependerá da ocorrência de uma situação imprevisível, mas da existência de uma demanda que deva ser atendida com máxima brevidade para impedir que prejuízos ocorram ou que cessem as ocorrências já iniciadas. Assim, a discussão sobre o planejamento, embora importante, não deve condicionar a validade da contratação direta. Bem como a desídia administrativa deve render ensejo à responsabilização dos agentes públicos, mas nunca obstar a celebração do contrato emergencial. A formalização da contratação direta deve seguir o procedimento estabelecido em lei e, para tanto, a motivação que demonstre os motivos de fato que levam à dispensa do prélio licitatório é imprescindível e condiciona a validade do processo.

Dentre os requisitos procedimentais talvez o mais complexo seja fazer a justificativa dos preços contratados, a partir da consideração de que o curto prazo de validade do contrato, somada à extrema urgência de início importam possivelmente em majoração dos custos do prestador o que torna peculiar a comparação com o denominado preço de mercado.

Cuidamos dessa noção de preço de mercado para afirmar que

há um mercado próprio das compras públicas, ditado pelas regras de supremacia postas à disposição da Administração para que cumpra a sua finalidade – atender ao interesse público. Cumpridas as formalidades legais e celebrado o contrato emergencial, ele deverá ter o prazo de duração estritamente necessário para atender ao interesse público objetivado, dentro do limite de 180 (cento e oitenta) dias grafado pelo art. 24, IV, da Lei n. 8.666/93.

A ausência de normativas nos compeliu a observar como os demais órgãos da administração pública, Tribunal de Contas da União e Advocacia Geral da União, tratam essas ocorrências, porém percebemos que os procedimentos não são objetivos e há pouco aprofundamento. Talvez se deva ao fato de ser uma contratação excepcional.

Contudo, durante o trabalho observamos que tais ocorrências são numerosas e que em muitos casos a caracterização de contratação emergencial é equivocada, não contendo os requisitos que a enquadre adequadamente. Assim, por vezes utilizam o mesmo fluxo de uma contratação direta não emergencial.

Entretanto, mesmo sendo de ocorrência escassa, o fato que enseja a contratação emergencial, quando ocorre, necessita de ser atendido de imediato a fim de conter o risco de consequências graves.

Referências

BRASIL. LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993. Licitações e contratos. Brasília, DF, set 2018. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 09 set. 2018.

BRASIL. INSTRUÇÃO NORMATIVA N.2, DE 20 DE DEZEMBRO DE 2016. Ministério da Integração Nacional. Brasília, DF, set 2018. Disponível em <http://www.integracao.gov.br/documents/3958478/0/Instru%C3%A7%C3%A3o+Normativa+N+02+-+VERSAO+PARA+PUBLICA%C3%87%C3%83O-21.12.16.pdf/dfee339a-4aa9-4d39-8220-a9a9c3434779>. Acesso em: 14 set. 2018.

BRASIL. MANUAL DE COMPRAS DIRETA DO TCU. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/licitacoes-e-contratos-do-tcu/licitacoes/manuais-e-orientacoes/>; Acesso em 20 out. 2018.

ESCOBAR, João Carlos Mariense. Licitação, Teoria e Prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

FERNANDES, Jacoby. Contratação Direta Sem Licitação, 9.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MENDES, Renato Geraldo. Lei de Licitações e Contratos Anotada. 9.ed. Curitiba: 2013.

_____. O Processo de Contratação Pública: fase. Etapas e atos. Curitiba: Zênite, 2012.

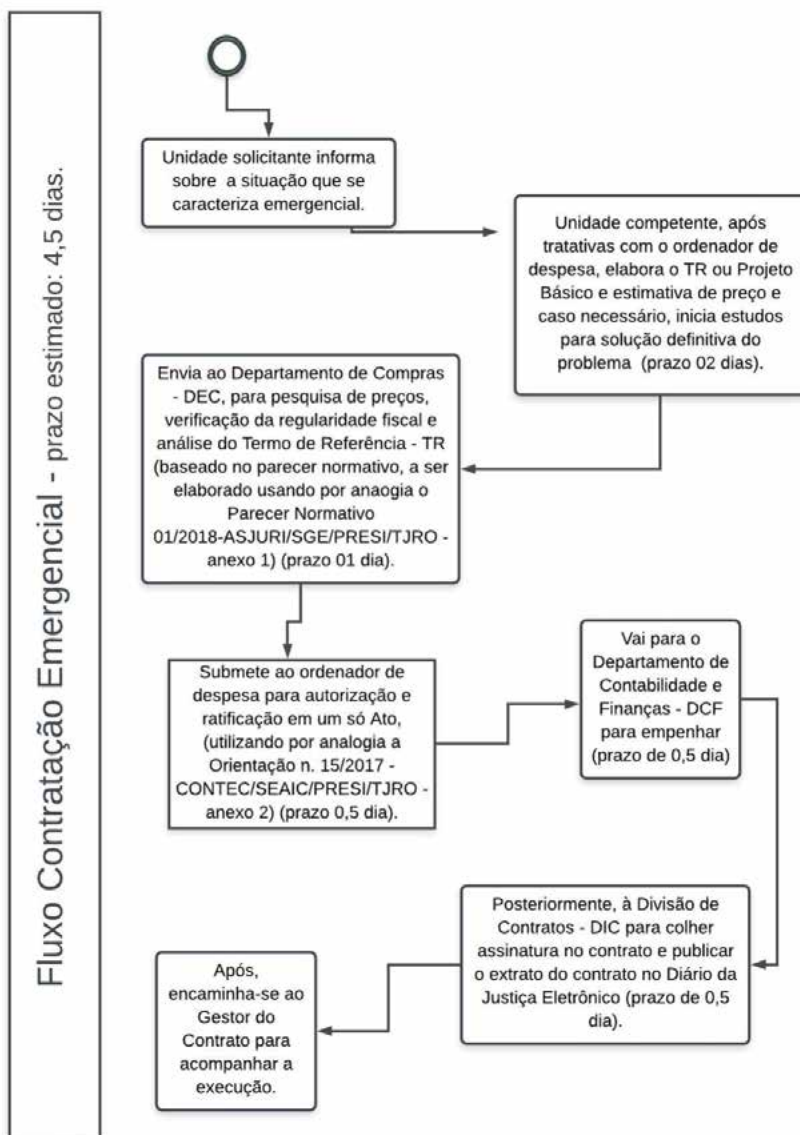
MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 24.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Coleção JML Consultoria: Contratos. 3.ed. Curitiba: Editora JML, 2014.

_____. Coleção JML Consultoria: Contratação Direta. 3.ed. Curitiba: Editora JML, 2014.

_____. Coleção JML Consultoria: Licitações Públicas. 3.ed. Curitiba: Editora JML, 2014.

ANEXO 1 - Fluxograma Mínimo para a Máxima Efetividade da contratação emergencial no âmbito do PJRO



Edilene da Silva Lopes

Bacharel em Direito, especialista em Direito Público e MBA em Licitações e Contratos Administrativos. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

CONTRATAÇÃO DIRETA DO *BUILT TO SUIT* PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Edilene da Silva Lopes

RESUMO

Este artigo escreve sobre a possibilidade de contratação, pela Administração Pública, de *Built to Suit* – BTS, ou Locação Sob Demanda, com fundamento no art. 24, X, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Partindo-se do fato de que o *Built to Suit* é uma modalidade de locação cujas regras são predominantemente de direito privado, deu-se especial ênfase quanto à sua recepção nas contratações da Administração Pública, destacando as peculiaridades e formalidades que devem ser observadas para resguardar o interesse público e a segurança jurídica. A pesquisa bibliográfica ateve-se ao estudo de doutrina, jurisprudência, artigos e legislação com adoção do método indutivo, do qual se constata a inexistência de material que trate de forma simplificada a instrução processual adequada desse tipo de contratação. Além disso, percebe-se que essa contratação ainda é uma modalidade incipiente e vem sendo tratada como uma exceção pela Corte de Contas, bem como requer um planejamento que contemple desde a necessidade que se visa atender, os recursos existentes, o pós-contrato e a disponibilidade orçamentária e financeira do órgão.

Palavras chave: BTS. Administração. Dispensa. Legalidade.

Introdução

A Administração Pública comumente enfrenta dificuldades de encontrar imóvel adequado para o funcionamento de suas instalações. A partir desse fato, o estudo proposto analisou a adoção pela Administração Pública do *Built to Suit*, ou locação sob demanda,

inclusive, mediante contratação por dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, X, da Lei n. 8.666/1993. Isso porque o *Built to Suit* surge para a Administração como uma opção de atendimento dessa necessidade de forma rápida, sem dispêndio imediato de grandes vultos de dinheiro.

Contudo, em razão de ser uma contratação nova no âmbito da Administração Pública, com características diferenciadas (empreitada com locação), cujas regras predominantes são de direito privado, há certa resistência na sua adoção por parte de alguns órgãos e cidadãos.

Após o estudo realizado, verificou-se que não há impedimento legal na sua adoção, tendo em vista que há previsão tanto na Lei n. 8.666/1993 como no Regime Diferenciado de Contratação. Além disso, sua contratação pode ocorrer por meio de dispensa de licitação, observados os requisitos legais e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

A pesquisa bibliográfica que resultou neste artigo contempla a área de direito administrativo e normas do direito civil que regulamentam a matéria, e foi desenvolvida por meio do método indutivo com exposição explicativa das informações obtidas a partir da análise da doutrina, pareceres, artigos publicados na internet, legislação e jurisprudências.

O artigo apresenta três segmentações, assim delimitadas:

A primeira, “Locação na modalidade *Built to Suit*”, trata do histórico, conceito, previsão, características e vantagens referentes a este tipo de contratação.

A segunda, “Contratação direta do *Built to Suit* pela Administração Pública e instrução processual adequada”, aventa a hipótese que autoriza sua contratação por dispensa de licitação, seus requisitos e demais questões que devem ser observadas para a adequada instrução dos autos.

A terceira e última parte, “Das questões que devem ser dirimidas na fase de planejamento do *Built to Suit* e cautelas necessárias”, alerta sobre hipóteses que devem ser ponderadas pela Administração na tomada de decisão quanto à utilização do *Built to Suit*.

Locação na modalidade *built to suit*

Este título trata da locação *Built to Suit*, partindo-se do seu contexto geral para o contexto da Administração Pública Brasileira, conforme apontamentos a seguir.

Histórico, conceito e previsão legal

É comum escutar dos analistas políticos que a Administração Pública necessita modernizar suas práticas de gestão, buscando inspiração na iniciativa privada para alguns modelos gerenciais que proporcionem melhores resultados na vida pública (JACOBY, 2017). Inclusive, a Emenda Constitucional n. 19/98 incluiu o princípio da eficiência no rol de princípios que devem nortear a Administração Pública, o que ratifica o interesse estatal em medidas cada vez mais eficientes para o atingimento do interesse público (JACOBY, 2017).

Nesse cenário, o *Built to Suit* - BTS ou Locação Sob Demanda vem ganhando espaço na Administração Pública Brasileira (JACOBY, 2017). Apesar de relativamente novo no Brasil, o *Built to Suit* foi largamente difundido no exterior a partir da década de 1950, principalmente nos Estados Unidos e, posteriormente, na Europa e Ásia (BENEMOND, p. 14 *APUD* CILLI, 2004, pp.2-3). No Brasil, sua utilização foi noticiada pela imprensa ao menos desde a primeira metade da década passada, ocasião em que se fez referência à adoção do modelo para viabilizar a construção de um prédio do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais, o IBMEC, na cidade de São Paulo. (BENEMOND, p. 16 *APUD* ZANETTI, 2011, p.103)

O *Built to Suit* é uma espécie de locação de bens imóveis no qual o locatário se compromete a alugar, por um longo e determinado prazo, um imóvel produzido ou reformado por terceiros, de acordo com suas necessidades e atendendo a especificações por ele preestabelecidas (HUPSEL, 2016).

No ordenamento jurídico brasileiro, essa modalidade é regulada pelo art. 54-A da Lei n. 8.245 de 18 de outubro de 1991 (BRASIL, 1991),

incluído pela Lei n. 12.744/2012 (BRASIL, 2012) *in verbis*:

Art. 54-A. Na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta Lei. (Grifo Nosso)

§ 1º Poderá ser convencionada a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato de locação.

§ 2º Em caso de denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, compromete-se este a cumprir a multa convencionada, que não excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação.

§ 3º (VETADO).

A partir da análise do referido dispositivo legal é possível concluir que o *Built to Suit* é admitido apenas para locação não residencial de imóvel urbano.

No âmbito da Administração Pública Brasileira, na categoria de contratos da Administração, mas não especificamente em contratos administrativos, a locação sob encomenda inicialmente encontrou referência na Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, especificamente no seu art. 62, § 3º, inciso. I. Já a sua contratação direta, encontrou referência no Acórdão n. 1.301/2013 – Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU, 2013, *on-line*), em resposta à consulta formulada pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) sobre a utilização pelo Poder Público desse tipo de locação.

Enfrentando a questão da contratação direta, sem licitação, de locação sob medida de imóvel a ser construído de acordo com parâmetros fixados por órgãos ou entidades da Administração Pública, o Tribunal de Contas da União concluiu pela legalidade da

contratação direta de locação sob medida (operação *Built to Suit*), por meio de licitação dispensável, fundada no art. 24, inc. X, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, desde que, além da observância das demais disposições legais aplicáveis ao caso, o terreno onde será construído o imóvel seja de propriedade do particular que será o futuro locador.

Posteriormente, o *Built to Suit* foi regulamentado pelo Regime Diferenciado de Contratações instituído pela Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011 (BRASIL, 2011), com a inclusão do artigo 47-A pela Lei n. 13.190, de 19 de novembro de 2015 (BRASIL, 2015), *in verbis*:

Art. 47-A. A administração pública poderá firmar contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração. [\(Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015\)](#)

§ 1º A contratação referida no caput sujeita-se à mesma **disciplina de dispensa e inexigibilidade de licitação aplicável às locações comuns. [\(Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015\)](#)**

§ 2º A contratação referida no caput poderá prever a reversão dos bens à administração pública ao final da locação, desde que estabelecida no contrato. [\(Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015\)](#)

§ 3º O valor da locação a que se refere o caput não poderá exceder, ao mês, 1% (um por cento) do valor do bem locado. [\(Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015\)](#) (Grifo Nosso)

Da análise do referido dispositivo legal, é possível observar que o *built to suit* pode envolver não apenas a locação do imóvel, mas também seu aparelhamento.

Importante destacar que, apesar do Regime Diferenciado de Contratações ter sido instituído inicialmente para atender às necessidades de contratações da Copa do Mundo e das Olimpíadas de 2014, posteriormente, teve o seu âmbito de incidência expandido com as alterações legislativas do seu art. 1º, *in verbis*:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

[...]

IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A. (Grifo Nosso)

Ressalta-se que essa alteração legislativa foi objeto de questionamento no Mandado de Segurança 33.889 Distrito Federal (STF, 2018, *on-line*). Nessa ação discutia-se a anulação da tramitação do Projeto de Lei de Conversão n. 17/2015, ou ao menos a parte referente às 72 (setenta e duas) emendas legislativas. Na ocasião, ano 2015, o Relator suspendeu o trâmite do Projeto de Lei de Conversão n. 17/2015, exceto quanto ao acréscimo dos incisos VI e VII ao art. 1º da Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011, e determinou, caso sancionado o projeto em pontos diversos dos excepcionados, que a eficácia de tais dispositivos ficaria suspensa até posterior deliberação. Contudo, ocorreu a sanção parcial do Projeto de Lei de Conversão n. 2015/17, que resultou na Lei n. 2015/13.190. Desse modo, o Relator do Mandado de Segurança no ano de 2018 entendeu inviável o prosseguimento da ação mandamental, motivo pelo qual julgou prejudicado o mandado de segurança e determinou que eventual questionamento sobre vícios formais do processo legislativo deveria ser deduzido em ação direta de inconstitucionalidade, a qual não se tem notícia até a presente data.

Logo, verifica-se que antes da inclusão do art. 47-A na Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011, a adoção do *Built to Suit* era fundamentada pela Administração Pública no art. 54-A da Lei n. 8.245 de 18 de outubro de 1991 c/c art. 62, §3º, I da Lei n. 8.666/1993 e no Acórdão n. 1.301/2013 – Plenário do Tribunal de Contas da União.

Contudo, com a inclusão do artigo 47-A na Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011, a autorização de adoção do *Built to Suit* pela Administração Pública passou a ser expressa. Além disso, o referido dispositivo legal não restringiu a sua abrangência a determinados órgãos, mas estabelece que as regras Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011, são adotadas nas contratações do *Built to Suit*.

Desse modo, não há óbice da Administração Pública Direta adotar o *Built to Suit*, tendo em vista que possui fundamento genérico no art. 54-A da Lei n. 8.245 de 18 de outubro de 1991, c/c art. 62, §3º, I, da Lei

n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e fundamento específico no art. 47-A da Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Características e vantagens

Conforme mencionado, o *Built to Suit* consiste na locação não residencial de imóvel urbano construído ou reformado substancialmente conforme especificação do futuro locatário e com prazo de duração determinado.

Apesar de abarcar o aluguel do imóvel em uma de suas cláusulas, o *Built to Suit* possui relação contratual muito mais complexa que a mera locação de imóvel, uma vez que envolve uma série de outras obrigações, tais como a busca adequada do terreno, contratação de construtora, elaboração de projeto, entre outros (OLIVEIRA, 2016).

Neste tipo de contratação, o locatário paga ao locador, mensalmente, um valor que se destina a remunerar tanto o uso do imóvel como também a amortização do investimento realizado.

Além disso, apesar do legislador optar por inserir tal modalidade contratual no texto da Lei de Locações, o fez com ressalvas, tratando-a como locação atípica, não sujeita à proteção que a própria lei confere ao locatário, de modo que suas cláusulas contratuais se sobreponham no momento da interpretação e aplicação do direito (OLIVEIRA, 2016), de forma a prevalecer a autonomia privada e a renúncia de direitos materiais da Lei do Inquilinato (GOMIDE, 2018).

O *Built to Suit* representa para a Administração o acesso ao bem com as especificações necessárias para a prestação das atividades administrativas, sem a necessidade de dispêndio imediato de somas vultosas que seriam necessárias à aquisição e transformação do imóvel, bem como evita a imobilização de ativos e permite a concentração de esforços na prestação das atividades finalísticas do Estado, sem contar as eventuais vantagens tributárias. (OLIVEIRA, 2016).

Visando melhor compreensão das obrigações das partes no *Built to Suit*, destaca-se parte do Relatório do Acórdão 1.301/2013 – Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU, 2013, *on-line*), quanto

às obrigações do locador:

20. Eis que, além da locação, a operação envolve, para o locador (empreendedor ou investidor contratado), a aquisição do terreno, a elaboração de projetos, a construção e entrega do imóvel pronto, o recebimento de remuneração pelo uso do imóvel e pelo retorno dos investimentos alocados, com a possibilidade de securitização do contrato, cujos títulos terão como lastro o valor dos aluguéis acordados.

Da análise dessa afirmação é possível constatar que, no *Built to Suit*, toda a responsabilidade pela construção ou reforma da edificação é do locador, inclusive pode acontecer de a manutenção do imóvel também ficar sob sua responsabilidade, dependendo da convenção feita entre as partes.

Por sua vez, em relação ao locatário, o Relatório do Acórdão 1.301/2013 – Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU, 2013, *on-line*) consignou o seguinte:

21. Já para o locatário, a operação abrange, em síntese, a definição da localização ideal, as especificações detalhadas das instalações necessárias, a análise e aprovação dos projetos, a fiscalização da execução da obra, o recebimento do imóvel pronto e o pagamento das parcelas locatícias, que são valoradas com base na remuneração pelo uso e fruição do imóvel e pelos valores investidos na customização, durante o prazo acordado, que varia, em média, de 8 a 15 anos.

Nesse caso, a única obrigação do locatário é o pagamento da remuneração pelo uso do imóvel, que é diferente da relação de locações convencionais, tendo em vista que há investimento do locador em construir ou adaptar o imóvel conforme exigência do locatário, cujas características, a princípio, somente atendem a este último, de modo que tal intervenção também deve ser remunerada.

Logo, verifica-se que as características *do Built to Suit* demonstram que é negócio jurídico complexo em relação às locações tradicionais, principalmente quanto às obrigações das partes, forma de remuneração e prazo de duração.

Contratação direta do *built to suit* pela Administração Pública e instrução processual adequada

Em regra, as locações da Administração Pública devem ser precedidas de licitação. Contudo, a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, prevê possibilidade de dispensa de procedimento licitatório, observadas as condições exigidas no seu art. 24, inciso X.

O Tribunal de Contas da União, no Acórdão n. 1.301/2013 - Plenário, em resposta à consulta formulada pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), concluiu pela legalidade da contratação direta de locação sob medida (operação *Built to Suit*), por meio de licitação dispensável fundada no art. 24, inc. X, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, observados os seguintes requisitos:

a) terreno em que será construído o imóvel deve ser de propriedade do particular futuro locador;

b) observância das demais disposições legais aplicáveis ao caso;

c) necessidades de instalação e de localização que condicionam a escolha de determinado imóvel;

d) preço da locação compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

e) junção do serviço de locação com eventual execução indireta de obra apresenta economia de escala e não ofende o princípio do parcelamento do objeto, previsto no art. 23, § 1º, e no art. 15, IV, da Lei nº 8.666/1993;

f) demonstração de que o imóvel até então porventura em uso não atende mais ao interesse público e de que não comporta readequação;

g) comprovação da inexistência de imóveis disponíveis no âmbito da administração; e

h) fundamentação da decisão pela locação sob medida baseada em estudos técnicos, pareceres e documentos comprobatórios que justifiquem tal opção contratual, com demonstração que a necessidade não pode ser suprida por outras formas, motivo pelo qual a utilização da locação sob encomenda é inequivocamente mais favorável economicamente do que a realização de reforma ou adequação em imóvel alugado sob a forma tradicional.

É importante consignar que, muito embora o Acórdão do Tribunal de Contas da União seja anterior à Lei n. 2015/13.190, que incluiu o artigo -47A na Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011, as condicionantes nele mencionadas ainda são exigidas, pelos órgãos de controle, tendo em vista que é o parâmetro existente, já que não há norma regulamentadora a respeito.

Além desses requisitos, entende-se recomendável que a contratação direta do *Built to Suit* seja precedida de chamamento público. Isso porque o chamamento público é percebido como uma boa prática de gestão, visto que mesmo podendo utilizar a contratação direta por dispensa, o gestor divulga previamente ao setor privado a sua pretensão contratual, dando mais publicidade à escolha do imóvel a ser contratado, o que pode gerar importantes benefícios na busca pela melhor opção contratual. (TORRES, 2017, p. 295).

Nesse sentido, o entendimento do Tribunal de Contas da União, Acórdão n. 1.273/2018-Plenário (TCU, 2018, *on-line*), no qual consignou que, muito embora não exista previsão legal para realizá-lo, o chamamento público é recomendável à Administração Pública, pois permite ao Administrador conhecer os potenciais fornecedores de forma que a sua decisão não será pautada exclusivamente nos imóveis por ele conhecidos, o que oportunizará a seleção da melhor proposta, orientará o gestor da tomada de decisão e concederá transparência às contratações diretas.

Contudo, deve-se ter cautela a fim de conferir maior disputa possível no chamamento público, evitando-se cláusulas restritivas, para obter-se a melhor proposta. (CNJ, 2018, *on-line*).

Outra questão a ser observada na instrução processual é que, no *Built to Suit*, não há necessidade de elaboração de projeto básico e planilha de quantitativos estimados, tendo em vista que neste caso, a Administração não contrata a realização de uma obra ou um serviço de engenharia, com remuneração do particular pela sua realização, mas contrata uma locação, remunerando o particular por meio do pagamento mensal de aluguel (ZÊNITE, 2014).

Apesar disso, persiste a obrigação da Administração, futura locatária, em especificar com critério e perfeição o empreendimento

que pretende contratar, instruindo os autos com memorial descritivo que informe de modo claro e objetivo os padrões do imóvel que se busca locar, tais como, os padrões de metragem, habitabilidade, divisão espacial de recintos, entre outros elementos fundamentais para possibilitar que os interessados conheçam, com propriedade, o empreendimento que terão que realizar (ZÊNITE, 2014).

Além disso, deve-se exigir que o pretenso contratado tenha habilidade para prestar o objeto do contrato. Isso não significa a obrigatoriedade de realizar fase formal de habilitação, mas cercar-se de cuidados e demandar ao futuro contratado comprovação das condições consideradas adequadas para o cumprimento das obrigações contratuais. (NIEBUHR, 2015, p. 168).

Outra questão a ser observada é que a Administração deverá incluir as despesas com a futura locação nos instrumentos de orçamento (PPA e LOA), conforme artigo 167, §1º, da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000.

Com relação ao prazo de vigência de um contrato de *Built to Suit*, apesar de não se amoldar ao limite temporal previsto no art. 57 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, visto que tais avenças devem observar, prioritariamente, a Lei de Locações, conforme art. 62, §3º, inciso I, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, este não pode ter prazo indeterminado, tendo em vista a vedação do §3º do art. 57 da referida norma, conforme Acórdãos 170/2005, 1.127/2009 e 1.301/2013 do Plenário do TCU.

Desse modo, nos contratos sob medida, o prazo é determinado e, em regra, longo, entre 10, 15 ou 20 anos, a fim de permitir amortização do investimento inicial realizado pelo locador.

Quanto ao valor da locação não poderá exceder, ao mês, 1% (um por cento) do valor do bem locado, conforme art. 47-A, §3º, da Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Por fim, destaca-se que poderá ocorrer a reversão dos bens à administração pública ao final da locação, desde que estabelecida no contrato, conforme art. 47-A, §2º, da Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Questões que devem ser dirimidas na fase de planejamento do *built to suit* e cautelas necessárias

Segundo Fernanda Henneber Benemon¹, na fase de planejamento da contratação, a Administração deve dirimir, dentre outras, as seguintes questões:

- a) definição sobre qual imóvel o empreendimento será desenvolvido, e se compete ao futuro locador a aquisição do terreno;
- b) hipóteses em que se considera o imóvel regular sob o ponto de vista técnico/comercial e jurídico e definição de eventuais responsabilidades das partes em relação ao término do contrato em virtude da constatação irregular do imóvel;
- c) responsabilidade entre as partes quanto à obra, tais como, elaboração dos projetos, obtenções de licenças e autorizações dos órgãos, danos a terceiros e etc.;
- d) início do uso e fruição do imóvel por parte do locatário e a partir de quando as parcelas da remuneração serão devidas;
- e) condições quanto à renúncia por parte do contratante ao direito de revisão do valor da remuneração da locação;
- f) denúncia imotivada do contratante mediante pagamento de multa;
- g) garantia do contrato; e
- h) direito de preferência em caso de alienação.

Tais definições, além de outras necessárias constatadas no decorrer do planejamento, são indispensáveis e devem constar no edital de chamamento público já que são as regras da contratação e devem ser previamente conhecidas pelas partes, de modo a garantir uma contratação pautada nos princípios da isonomia, seleção da proposta mais vantajosa e vinculação ao instrumento convocatório.

Além dessas questões, durante o planejamento da contratação, a Administração deverá levar em consideração as providências a serem adotadas ao final da vigência da locação, tendo em vista que o *Built to Suit* é temporário, apesar do período longo de sua vigência.

Nesse sentido, a Administração deve planejar o futuro

¹ BENEMOND, Fernanda Fenneberg. Contratos Built To Suit. 2. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2015, p. 38 a 41.

considerando as possibilidades vindouras que são decorrentes desta modalidade contratual, se programando, desse modo, caso a intenção seja adquirir o imóvel finda a locação, se celebrará novo contrato de locação, se reformará ou construirá imóvel próprio, além disso, deverá dar destinação ao eventual imóvel desocupado, caso seja de sua propriedade, em consonância com o art. 45 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000.

Tais preocupações também se justificam em razão da particularidade da locação de imóvel com base no art. 24, inc. X, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, pois, nessa hipótese, devido o imóvel locado ser o único capaz de atender ao interesse da Administração, o que denota a inviabilidade de competição, pode surgir necessidade de sucessivas prorrogações ou renovações contratuais da locação do mesmo imóvel (FERNANDES, p. 388 *APUD* NEGREIROS, 2017).

Neste caso, é importante observar que ao renovar-se o contrato de locação *Built To Suit* apenas persistirá o pagamento de uma importância em troca da posse do bem imobiliário, ou seja, a relação jurídica passa a ser qualificada apenas como uma locação não residencial e não mais locação *built to suit* (NEGREIROS, 2017).

Além disso, deve-se ter cuidado com a rescisão antecipada tendo em vista que é uma medida extremamente desvantajosa para o locatário e deve ser de toda forma evitada tendo em vista que ocasiona, em regra, a responsabilidade do locatário pelo pagamento do saldo total da remuneração das parcelas restantes, o que causará prejuízos de grande monta ao erário e configura ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 10 da Lei 8.429/92 (NAKAMURA, 2016).

Considerações Finais

A Administração Pública Direta pode adotar o *Built To Suit*, tendo em vista que há previsão legal no 54-A da Lei n. 8.245 de 18 de outubro de 1991, c/c art. 62, §3º, I, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 c/c. 47-A da Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Essa espécie de locação de bens imóveis vem se constituindo como um contrato imobiliário no qual o locatário se compromete a alugar, por um longo e determinado prazo, um imóvel produzido ou reformado por terceiros, de acordo com suas necessidades e atendendo a especificações preestabelecidas.

Para o serviço público, ela é uma modalidade de contrato que permite contornar a indisponibilidade imediata de recursos para a aquisição, construção ou adaptação de imóveis para a instalação de órgãos ou entidades. Nesse contrato, o gestor público consegue realizar investimento com recursos das despesas correntes.

A contratação, em regra, deve ser precedida de licitação, mas a Lei do RDC prevê que também pode ser formalizada por meio de dispensa e inexigibilidade de licitação.

O Tribunal de Contas da União, antes da previsão expressa do *Built to Suit* na Lei do RDC, entendeu legal sua adoção pela Administração Pública, inclusive sua contratação direta com fundamento no art. 24, X, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, observadas as condições estabelecidas no seu Acórdão n. 1.301/2013 – Plenário. Contudo, ressaltou que sua adoção mediante dispensa de licitação é medida excepcional que deve ser devidamente justificada nos autos, demonstrando-se que não existe outra opção mais satisfatória para a Administração.

A partir das pesquisas, constatou-se que é recomendável que a Administração não realize a contratação diretamente com determinada pessoa/empresa, mas que publique edital de chamamento público para dar ampla publicidade do interesse do órgão, estabelecendo regras de seleção e apresentação de proposta, objetivando assegurar a observância dos princípios da isonomia e impessoalidade, bem como a busca da proposta mais vantajosa.

Portanto, o *Built to Suit* é opção vantajosa para obtenção de imóvel conforme necessidade do órgão, com menor tempo possível, sem dispêndio de altas somas para construção ou reforma substancial de imóvel.

Contudo, a decisão de adotar essa modalidade deverá ser devidamente embasada em estudos, pareceres e demais informações

que demonstrem no caso concreto ser a melhor medida para a Administração.

Referências

BENEMOND, Fernanda Fenneberg. Contratos Built To Suit. 2. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Auto Circunstanciado de Inspeção n. 2535-96.2018.2.00.0000 realizado no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/inspecoes-correicoes/relatorios/category/559-2018?download=2786:auto-circunstanciado-de-inspecao-unidades-administrativas-tjro-2018>> HYPERLINK “<http://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/inspecoes-correicoes/relatorios/category/559-2018?download=2786:auto-circunstanciado-de-inspecao-unidades-administrativas-tjro-2018&start=40>”> Acesso em: 4 mar. 2019.

BRASIL. Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 maio 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em 4 mar. 2019.

BRASIL. Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 ago.2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 4 mar. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.245 de 18 de outubro de 1991. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 out.1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8245.htm>. Acesso em: 7 fev. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun.1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 7 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito constitucional e processual civil. Mandado de segurança. Conversão em lei do projeto impugnado. Perda superveniente do objeto. Mandado de Segurança 33.889 Distrito Federal. Relator Min. Roberto Barroso. 9 de abril de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314092052>[HYPERLINK"http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314092052&ext=.pdf"](http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314092052&ext=.pdf)[HYPERLINK"http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314092052&ext=.pdf"](http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314092052&ext=.pdf)>. Acesso em: 3 mar. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 530/2008 – Primeira Câmara. Relator: Augusto Nardes. Sessão de 4/3/2008. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/>> Acesso em: 4 mar. 2019 .

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.301/2013 – Plenário. Relator: Ministro Luciano Brandão Alves de Souza. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20130605/AC_1301_19_13_P.doc>. Acesso em: 7 fevereiro 2019.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Locação sob demanda – Construção de um instituto com o auxílio dos tribunais de contas. Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 276, p. 137-140, fev. 2017.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. Contratos Built To Suit. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI273125,11049-Built+to+suit+esperanca+para+o+mercado+imobiliario+em+2018>>. Acesso em: 7 fev. 2019.

HUPSEL, Edite. Locação sob encomenda na Administração Pública. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 266, p. 359-363, abr. 2016.

NAKAMURA, Andre Luiz dos Santos. o Built to Suit e a administração pública. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 16, n. 2, p. 349-374, maio/ago. 2016 - ISSN 1677-6402. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/6388/4434>>. Acesso em: 7 fev. 2019.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O contrato built to suit na Administração Pública. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/o-contrato-built-to-suit-na-administracao-publica>> . Acesso em: 7 fev. 2019.

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Parecer Jurídico 453 / 2017 – ASJURI/SGE/PRESI/TJRO, datado de 28 de julho de 2017. Assessora: Maria Edgleide Bessa Holanda de Negreiros. Processo n. 0011810-49.2017.8.22.8000.

ZÊNITE INFORMAÇÃO E CONSULTORIA S/A. Desnecessidade de elaborar projeto básico e planilha de quantitativos estimados nas locações built to suit. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 244, p. 615-617, jun. 2014, seção Orientação Prática.

ZÊNITE INFORMAÇÃO E CONSULTORIA S/A. Locação - Built To Suit – conceito e aplicabilidade – Entendimento do TCU. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 260, p. 980, out. 2015, seção Perguntas e Respostas.



Histórias do Tempo
Autora: Bruna Maressa Freire dos Santos von Rindow

Péricles José Queiroz

Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público de Brasília/DF; Especialista em Ciências Penais pela UNISUL/SC; Especialista em Direito Eleitoral e Processo Eleitoral pela FARO/RO; Graduado em Direito pela UNIR, Campus Porto Velho/RO; Analista Judiciário - Especialidade Oficial de Justiça no TJ-RO; Professor do Magistério Superior na Faculdade FARO, nas disciplinas de Direito Penal e Oratória.

LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JURISDICIONAL *versus* SEGREDO DE JUSTIÇA E DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DIGITAL

Péricles José Queiroz

RESUMO

O presente artigo visa analisar a liberdade de informação jurisdicional no ambiente virtual, quando em colisão com o segredo de justiça e o direito ao esquecimento do cidadão. Nesse aspecto, há de se pontuar que, na sociedade de informação tecnológica que hoje subsiste, os contornos da liberdade de informação são mais amplos, colocando, assim, em risco, direitos fundamentais do indivíduo, a exemplo do direito à privacidade. Trazendo essa análise para o âmbito jurisdicional, o confronto da liberdade de informação se evidencia com as causas que envolvem o segredo de justiça e o direito de ser esquecido da parte. Isso porque, a internet, como verdadeira concentradora de dados, carece de um efetivo controle de acesso e, mais, ela não esquece, perpetuando fatos da vida da pessoa. Desse modo, a depender desses fatos, quando extemporaneamente postos à lembrança, podem influenciar negativamente a vida pessoal, profissional, social e até psicológica do cidadão. Para o estudo dessa problemática, adotou-se o método hipotético-dedutivo, com base em fontes doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais. Como resultado da pesquisa, concluiu-se que a interação dos direitos ora referidos exige, em cada caso concreto, uma ponderação de princípios, tendo por critério balizador o princípio da dignidade da pessoa humana, através de argumentos que resguardem a personalidade da pessoa ou, então, conforme seja, façam prevalecer o interesse público à informação.

Palavras-chave: Liberdade. Informação. Segredo. Esquecimento. Dignidade.

Introdução

O direito à liberdade de informação, como direito fundamental do indivíduo, está expresso no texto constitucional, especificamente no art. 5º, XIV, da CRFB/88, segundo o qual “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Inerente a esse direito fundamental, há o dever constitucional de publicidade pelo Estado, pautado, principalmente, na sua transparência pública, a fim de que a sociedade possa conhecer os atos do governo e, assim, se entender necessário, intervir.

Ocorre, no entanto, que, quando se fala em liberdade de informação e publicidade na seara tecnológica, os contornos ganham nova e maior dimensão, na medida em que a mídia digital parece não ter limite nem fim. Ou seja, na internet, a memória é eterna, ela não esquece!

Nesse contexto, é que se desenvolveu a problemática do presente artigo, a saber: em que medida a publicidade dos atos jurisdicionais, no meio eletrônico, afeta a regra processual do segredo de justiça e o direito ao esquecimento do particular-destinatário?

A partir de uma ampla pesquisa doutrinária, jurisprudencial e legislativa, pautou-se o presente trabalho em abordar três assuntos: liberdade de informação, com enfoque no âmbito jurisdiccional, segredo de justiça e direito ao esquecimento, todos no contexto da era digital.

Assim, para responder à pergunta-problema, verificou-se necessário pontuar os aspectos teóricos que envolvem cada assunto, seguindo uma sequência lógica. Iniciou-se pela liberdade de informação, consubstanciada no direito de acesso à informação pelo cidadão e no princípio da publicidade dos atos pelo Estado. Em seguida, abordou-se o segredo de justiça, indicando seu caráter

e regulamentação processuais. E, finalmente, analisou-se o direito ao esquecimento, também chamado de direito de ser esquecido ou direito de ser deixado em paz. Em conclusão, pontuou-se a colisão de direitos que o caso envolve, destacando, como critério balizador, a dignidade da pessoa humana, em especial para a proteção do direito à privacidade da pessoa humana.

Espera-se, com este trabalho, trazer à luz o cuidado e o zelo que se deve ter com a informação jurisdiccional no meio eletrônico. Afinal, para além da era digital, há uma vida humana envolvida, com particularidades, sentimentos e perspectivas e que, por ser detentora de dignidade, merece ser tratada com respeito e consideração.

Do direito fundamental à liberdade

O direito à liberdade está expresso na Constituição Federal brasileira como direito fundamental do indivíduo, tendo por previsão genérica o art. 5º, *caput*, da CRFB/88, que consagra o direito geral de liberdade.¹ No decorrer do texto constitucional, predominantemente no referido art. 5º, tal direito desdobra-se em hipóteses específicas, como o direito à liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, liberdade de consciência e de crença, liberdade de profissão e de associação, liberdade de locomoção e, ainda, liberdade de informação ou livre acesso à informação.

No estudo histórico-cronológico dos direitos fundamentais, o direito à liberdade situa-se como direito de primeira dimensão ou geração, na acepção desenvolvida por Karel Vasak.² Por outro lado, quando se aborda sobre a função desempenhada pelos direitos fundamentais na sociedade e na ordem jurídica, aponta-se o direito à liberdade com *status* negativo, de acordo com a teoria dos quatro *status* de Jellinek.³

1 SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana – conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 161.

2 FONTELES, Samuel Sales. Direitos Fundamentais. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 25.

3 MENDES, Gilmar Mendes. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. pp. 157-158.

Em ambas as hipóteses - direito de primeira dimensão ou de *status* negativo -, o exercício do direito à liberdade pelos indivíduos, como expressão da personalidade, impõe ao Estado um dever de abstenção, isto é, o Estado tem o dever principal de não agir ou de não interferir na esfera de liberdade da pessoa humana, em todas as suas formas de expressão.

Assim, a exemplo, no espectro da liberdade de informação, não pode o ente estatal, indiscriminadamente, praticar atos que impeçam o cidadão de ser informado, cercear a liberdade de imprensa, limitar o acesso a buscas pela internet, restringir o direito de petição junto aos órgãos públicos, entre outros.

Isso porque, à semelhança dos demais direitos à liberdade, o livre acesso à informação está relacionado ao exercício da autonomia do indivíduo, isto é, a de buscar, conforme seu interesse, dados e informações que lhe aprouver e para a finalidade que almeja. No dizer de SARMENTO⁴, “a autonomia do indivíduo é um dos valores mais encarecidos pela cultura moderna e um dos pilares centrais sobre os quais estão erigidos os ordenamentos jurídicos das democracias.”.

Nesse contexto, distingue, ainda, SARMENTO⁵ entre autonomia privada, inerente à faculdade da pessoa de fazer suas próprias escolhas e de autodeterminar-se, e autonomia pública, vinculada à noção de democracia, como forma de participação do cidadão na tomada de decisões políticas no meio de sua comunidade.

Assevere-se, no entanto, que, como todo direito fundamental, o direito de liberdade não é absoluto, podendo ser flexibilizado, no caso concreto, a partir da ponderação de princípios.⁶ Permeando essa ponderação, está o princípio da dignidade da pessoa humana, “não pela natureza da liberdade individual restringida, mas pelos fundamentos que lastreiam a restrição.”⁷

Isso porque a restrição de um direito fundamental não pode ser de tal monta desproporcional e/ou afetar seu núcleo essencial, na

4 SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 137.

5 Ibidem. p. 139.

6 FONTELES, Samuel Sales. Direitos Fundamentais. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 20.

7 SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 162.

medida em que, salienta SARLET⁸, “ao menos para alguns, o conteúdo da dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais”. Assim, destaca SARLET⁹ que o não reconhecimento à pessoa humana dos direitos fundamentais que lhe são próprios, importa negação da sua própria dignidade.

No tocante à liberdade de informação, conforme se verificará neste artigo, a análise da dignidade da pessoa humana, enquanto critério balizador para restrição de direitos, perpassa, atualmente, pela mídia digital, onde o acesso à informação parece irrestrito e sem controle. Não à toa, trata-se de um assunto de vasta discussão jurídica, tendo por foco, em principal, a proteção do ser humano.

Do direito à liberdade de informação

O direito fundamental à liberdade de informação funciona como um instrumento essencial para a democracia.¹⁰ Consectário disso, vige que o direito de livre acesso à informação se firma como um direito de participação política do cidadão num Estado Democrático de Direito que tem como um de seus fundamentos a cidadania.¹¹

Nesse aspecto, constitui-se também como ferramenta de controle democrático do Poder Público, principalmente no tocante ao exercício de direitos subjetivos. Para tanto, a transparência do Poder Público é primordial, mediante a publicidade das informações necessárias acerca do funcionamento das instituições e dos agentes públicos envolvidos. E, nesse sentido, tal transparência se torna indispensável para a estruturação de um Estado que transmita segurança, credibilidade e que promova um ambiente propício a um melhor

8 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3ª edição, rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 119.

9 Ibidem. p. 84.

10 MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 105.

11 VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 145.

controle de atuação dos órgãos públicos, a uma participação nos assuntos públicos pelos cidadãos e a uma facilitação no exercício de direitos pelos seus titulares – o povo.¹²

Da previsão constitucional do direito à liberdade de informação

O direito à liberdade de informação, como direito fundamental do indivíduo, está expresso no texto constitucional, especificamente no art. 5º, XIV, da CRFB/88¹³, segundo o qual “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Doutrinariamente, o direito à informação distingue-se entre o direito de se informar e o direito de ser informado.¹⁴

O direito de se informar é inerente ao direito de acesso às informações, de interesse público ou particular, mediante pesquisas e buscas, sem interferência estatal. Já o direito de ser informado consiste na possibilidade do cidadão de receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, coletivo ou geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível a segurança da sociedade e do Estado (inciso XXXIII, art. 5º, da CRFB/88). Neste último caso, refere-se ao dever de publicidade que incumbe ao Estado.

O direito de ser informado pode também se configurar mediante a obtenção de certidões públicas pelo particular, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal, consoante previsto no art. 5º, XXXIVb, da CRBF/88¹⁵.

12 PERLINGEIRO, Ricardo. O livre acesso à informação, as inovações tecnológicas e a publicidade processual. Revista de Processo. São Paulo, n. 203. 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/3707083/O_livre_acesso_%C3%A0_informa%C3%A7%C3%A3o_as_inova%C3%A7%C3%B5es_tecnol%C3%B3gicas_e_a_publicidade_processual. Acesso em set. 2019.

13 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em set. 2019.

14 FONTELES, Samuel Sales. Direitos Fundamentais. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 101.

15 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em set. 2019.

Além desses dispositivos, há, ainda, o art. 37, § 3º, II, da CRFB/88¹⁶, para o qual “a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII.”.

No mesmo sentido, o art. 216, § 2º, da CRFB/88¹⁷, o qual determina que “cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.”.

Tais dispositivos constitucionais (art. 37, § 3º, II, e art. 216, § 2º), regulamentados através da Lei n. 12.527/2011¹⁸, retratam a necessidade de transparência da atuação do Poder Público na gestão do interesse público, o que é inerente à própria realidade de um Estado Democrático de Direito de cunho constitucional.

Em análise dessa previsão legislativa do direito à liberdade de informação, de se verificar sua abrangente regulamentação, denotando se tratar, pois, de um direito cuja incidência prática é essencial à sociedade.

Da lei de acesso à informação (lei n. 12.527, de 18/11/2011)

No intuito de disciplinar o direito à informação do cidadão e os seus limites, o Congresso Nacional editou a Lei n. 12.527/2011¹⁹, nominada como Lei de Acesso à Informação.

Nos termos dos seus arts. 1º, parágrafo único, e 2º, referida Lei n. 12.527/2011²⁰ se destina aos **órgãos públicos integrantes da administração direta** dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo os Tribunais de Contas, Judiciário e Ministério Público, bem como aos **órgãos da administração indireta** e às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos diretamente do

16 Ibidem.

17 BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em set. 2019.

18 Ibidem.

19 Ibid.

20 Ibid.

orçamento ou mediante subvenções sociais (nesse caso, o dever de publicidade refere-se à parcela dos recursos públicos e a sua destinação).

Por sua vez, no art. 4º, a Lei n. 12.527/2011²¹ traz conceitos relevantes para a compreensão desse direito à informação, entre os quais, atinentes ao presente estudo, destacam-se:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - informação: dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato;

II - documento: unidade de registro de informações, qualquer que seja o suporte ou formato;

III - informação sigilosa: aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado;

IV - informação pessoal: aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável;

V - tratamento da informação: conjunto de ações referentes à produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transporte, transmissão, distribuição, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação, destinação ou controle da informação;

VI - disponibilidade: qualidade da informação que pode ser conhecida e utilizada por indivíduos, equipamentos ou sistemas autorizados; [...].

Observa-se, daí, o cuidado do legislador em traduzir, conceitualmente, expressões relevantes no contexto do direito à liberdade de informação. Até porque, conforme previsto nos arts. 5º e 6º, dessa Lei n. 12.527/2011²², é dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão, assegurando uma gestão transparência e com proteção da informação, inclusive as de caráter sigiloso e pessoal.

²¹ Ibid.

²² BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em set. 2019.

Nos termos do art. 3º da referida Lei n. 12.527/2011²³, os critérios a serem seguidos pelos órgãos mencionados alhures, para o cumprimento do dever de publicidade (dever de informar), abrangem a observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção, utilizando-se dos meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação e propiciando a cultura de transparência e de desenvolvimento do controle social da administração pública.

Já o art. 7º da Lei n. 12.527/2011²⁴ discrimina quais direitos abrangem o acesso à informação, podendo-se destacar, de acordo com a temática abordada neste trabalho, o inciso II, segundo o qual é direito do cidadão o acesso à “informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos;”.

No §2º do mesmo art. 7º da Lei n. 12.527/2011²⁵, estipula-se que “Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo.”

Com conteúdo abrangente, a Lei n. 12.527/2011 se revela criteriosa na configuração e garantia do direito à liberdade de informação.

Do direito à liberdade de informação na era digital e sua regulamentação jurídica

Contextualizando o direito à liberdade de informação, após o surgimento da internet, MARMELSTEIN²⁶ressalta que referido direito cresceu substancialmente de importância e ganhou nova conotação com as mídias digitais.

De fato. Atualmente, com a internet, a informação não tem limite nem espaço. E sua acessibilidade é simples, prática e rápida. Numa tentativa de controlar essa disseminação digital de informações,

23 Ibidem.

24 Ibid.

25 Ibid.

26 MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 113.

a Lei de Acesso à Informação também regula o direito e o dever de informação na era digital. No seu art. 3º, II, ao dispor sobre o direito fundamental de acesso à informação, estabelece, entre outros, a utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação.²⁷

No art. 8º, §§2º e 3º, a Lei n. 12.527/2011²⁸ estabelece os parâmetros de acesso e pesquisa na rede mundial de computadores (internet). Entre outros, cita-se a exigência de ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão, bem como a garantia de autenticidade e a integridade das informações disponíveis para acesso.

Além do disposto na Lei de Acesso à Informação, há também o Marco Civil da Internet, regulado pela Lei n. 12.965/2014²⁹, que visa conjugar a liberdade de expressão e de manifestação do pensamento com a proteção da privacidade e o resguardo dos direitos da personalidade do cidadão, inclusive com previsão das responsabilidades civis e penais em caso de violações.

O art. 3º da citada Lei n. 12.965/2014³⁰ destaca, entre outros, como princípios que disciplinam o uso da internet no Brasil, a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal, a proteção da privacidade e a proteção dos dados pessoais, na forma da lei. Acerca dessa lei para regulação da proteção de dados, foi publicada, no DOU de 15/08/2018, a Lei n. 13.709, de 14/08/2018³¹, com o propósito de conferir maior proteção aos usuários da internet no tocante ao uso, armazenamento e divulgação de dados pessoais pelas pessoas naturais, empresas e órgãos públicos. Nos termos do referido normativo, a sua vigência somente se dará decorridos 18 (dezoito) meses de sua publicação.

27 BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em set. 2019.

28 Ibidem.

29 BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em set. 2019.

30 Ibidem.

31 BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em set. 2019.

Ainda no tocante à Lei n. 12.965/2014³², o seu art. 7º, em consonância com o referido art. 3º, assegura aos usuários da internet, entre outros, os direitos à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação e a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial. Por sua vez, no art. 8º, pontua que “A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.”

De se ver, assim, a precisa regulamentação jurídica acerca dos limites do direito à liberdade informação na internet, em vista da proteção da privacidade da pessoa humana.

Fake News e a desordem informacional na era digital

O direito à liberdade de manifestação de pensamento é intrínseco ao direito à liberdade de informação ora estudado. Nos termos da CRFB/88³³, está previsto no art. 5º, IV, segundo o qual, “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

Por sua vez, na Convenção Americana de Direitos Humanos³⁴, está disposto no art. 13, segundo o qual o direito à liberdade de pensamento e de expressão “inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.”

Ainda nesse art. 13³⁵, dispõe-se que não é admitida a censura prévia ao exercício do direito à liberdade de pensamento e de expressão, mas os excessos estarão sujeitos, na forma da lei, às responsabilidades

32 BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em set. 2019.

33 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em set. 2019.

34 ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em set. 2019.

35 Ibidem.

ulteriores, tendo em vista a necessária proteção dos direitos e da reputação dos demais indivíduos e da própria segurança nacional, da ordem pública, da saúde ou da moral públicas.

Diante disso, cabe aqui também destacar o quão vulnerável e delicada é a manifestação de pensamento na era digital, principalmente quando o indivíduo dispõe de acesso a informações importantes e, por vezes, sigilosas, sem, no entanto, tratar dessa informação com a devida responsabilidade.

Em artigo jornalístico abordando sobre *fake news*, os professores ALMEIDA, DONEDA e LEMOS³⁶ discorrem sobre o que hoje se chama de desordem informacional na internet.

Como fatores para o surgimento da *fake news*, apontam a negligência no trato com a informação, a busca de vantagens econômicas ou financeiras ou o mero intento de prejudicar a reputação de outrem.³⁷

Com base nesses fatores, e tendo por base o Conselho da Europa, apresentou-se uma classificação da *fake news* em três categorias³⁸, a saber:

Uma delas é a desinformação (“disinformation”), que consiste em notícias falsas deliberadamente criadas e espalhadas para prejudicar uma pessoa, um grupo social, uma organização ou um país. Outra é a notícia falsa propriamente dita (“misinformation”), compartilhada por uma pessoa desavisada que a princípio não tinha a intenção de prejudicar alguém. [...] E, por fim, o que chamou de “mal-information” (malinformação), notícias que, embora tenham bases reais, são editadas e disseminadas com a finalidade de causar danos —por exemplo, revelando publicamente temas da esfera privada.

Essa classificação denota o descuido que pode haver com a informação hodiernamente. E o perigo de tais informações manipuladas é a celeridade com que se propagam e o seu alcance,

36 ALMEIDA, Virgílio. DONEDA, Danilo. LEMOS, Ronaldo. Com avanço tecnológico, fake news vão entrar em fase nova e preocupante. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/04/com-avanco-tecnologico-fake-news-vao-entrar-em-fase-nova-e-preocupante.shtml>. Acesso em set. 2019.

37 Ibidem.

38 Ibid.

podendo trazer sérios danos (pessoais, sociais, profissionais) àquele que é objeto de tais conteúdos digitais. As diversas ferramentas que hoje existem na internet, a exemplo das mídias sociais, facilitam sobremaneira a propagação dessas notícias e fomentam o próprio interesse das pessoas em ter acesso a tais informações.

Segundo GOMES³⁹, com base em pesquisa feita pela revista científica *Science*, as *fake news* se propagam mais rapidamente e atingem mais pessoas nas redes sociais do que as notícias verdadeiras, principalmente as de teor político. E, conforme também demonstrou essa pesquisa, a culpa por essa propagação não é de robôs nem de grupos que criam deliberadamente milhares de contas em redes sociais para difusão de opiniões variadas, mas, sim, do próprio cidadão-usuário da rede, através de compartilhamento em grupos de família e amigos. Muitas vezes, tal compartilhamento é feito sem nem conhecer o teor da notícia.⁴⁰

E a dificuldade agora é reverter ou minimizar os efeitos maléficos dessa desordem, pois qualquer proposta de solução pode conflitar “diretamente com direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e de informação ou o devido processo legal.”⁴¹

Trata-se, pois, de uma problemática a ser tratada e resolvida entre os diversos setores da sociedade que manuseiam conteúdo digital, inclusive a própria população de usuários da internet.

Da publicidade dos atos judiciais e a tecnologia da informação

Como ramificação do direito à liberdade de informação, há o dever de informar, consubstanciado no princípio da publicidade, vinculativo a todas as esferas de Poder, isto é, Executivo, Legislativo e Judiciário. Por questão de objetividade e inerente ao tema aqui

39 GOMES, Marcus Vinicius. Fake News: a mentira dissimulada. Revista Bonijuris. Curitiba, ed. 652, jun/jul, 2018.

40 GOMES, Marcus Vinicius. Fake News: a mentira dissimulada. Revista Bonijuris. Curitiba, ed. 652, jun/jul, 2018.

41 ALMEIDA, Virgílio. DONEDA, Danilo. LEMOS, Ronaldo. Com avanço tecnológico, fake news vão entrar em fase nova e preocupante. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/04/com-avanco-tecnologico-fake-news-va-entrar-em-fase-nova-e-preocupante.shtml>. Acesso em set. 2019.

proposto, esse dever informar será analisado no âmbito específico do Poder Judiciário.

O dever do Judiciário de garantir o acesso à informação ou, em outras palavras, de dar publicidade dos atos judiciais, situa-se no contexto de um necessário processo judicial justo, transparente e coerente com o Estado Democrático de Direito. É uma garantia fundamental do indivíduo e condizente ao exercício da jurisdição.

Nesse sentido, já sufragou o Supremo Tribunal Federal⁴²:

[...]. O novo estatuto político brasileiro – que rejeita o poder que oculta e que não tolera o poder que se oculta – consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como expressivo valor constitucional, incluindo-o, tal a magnitude desse postulado, no rol dos direitos, das garantias e das liberdades fundamentais

Em consonância com esse entendimento, HERRARTE⁴³ salienta que a divulgação de informações da prestação jurisdicional “serve à segurança jurídica, permitindo que os cidadãos conheçam os precedentes judiciais, bem como serve a instrumentos de investigação científica, o qual contribui, por vezes, à busca de soluções ao aperfeiçoamento do sistema judiciário.”.

Compreenda-se ainda que, no âmbito processual, o princípio da publicidade, constituindo critério de eficácia ao processo, presta-se como fator de transparência e lisura dos atos judiciais, seja perante as partes quanto à própria sociedade.

Atualmente, no entanto, a relevância do princípio da publicidade se destaca quando inserida na seara digital. Em análise sobre o tema, e conjecturando o princípio da publicidade dentro da nova realidade

42 STF. RTJ 139/712-713 apud MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 114.

43 HERRARTE apud PERLINGEIRO, Ricardo. O livre acesso à informação, as inovações tecnológicas e a publicidade processual. Revista de Processo. São Paulo, n. 203. 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/3707083/O_livre_acesso_%C3%A0_informa%C3%A7%C3%A3o_as_inova%C3%A7%C3%B5es_tecnol%C3%B3gicas_e_a_publicidade_processual. Acesso em set. 2019.

sócio-tecnológica em que vivemos, AZEVÊDO⁴⁴ assim pontuou:

Enfim, o novo quadro social que se apresenta reclama uma reconstrução do princípio da publicidade, quer para inibir a informação perniciosa aos direitos fundamentais (direito à imagem, à honra, etc.), quer para potencializar a informação relevante às garantias fundamentais (o contraditório, a ampla defesa, etc.). [...]

Essa reconstrução, por certo, é adequada ao mundo contemporâneo, em que a lógica da informação digital é a sua velocidade de propagação, assumindo o cidadão a posição de consumidor (dessa informação).⁴⁵

Corroborando tal entendimento, o Ministro BARROSO⁴⁶ pontua que o princípio da publicidade foi idealizado “em ambiente diverso do ambiente virtual, sendo, pois, necessário adaptar a sua incidência às novas realidades da era tecnológica, inclusive porque o princípio da publicidade não impõe a divulgação por todos os meios disponíveis nem de forma irrestrita.”⁴⁷

Nesse aspecto, a problemática que norteia tal posicionamento por esses juristas se insere no contexto em que informações jurisdicionais de conteúdo restrito, a que se deveria dar o respectivo sigilo, ganham, no mundo digital da velocidade, proporções de divulgação, por vezes, irreversíveis⁴⁸. Daí que, destaca AZEVÊDO⁴⁹, “o princípio da publicidade deve ser interpretado e aplicado em consonância com os valores constitucionais fundamentais, entre eles, a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade.”. Nesse ponto, remete-se à leitura

44 AZEVÊDO, Bernardo AZEVÊDO Varjão de. O princípio da publicidade no processo penal, liberdade de imprensa e a televisão: uma análise interdisciplinar. Revista da Defensoria Pública da União. Brasília/DF, n. 36, nov-dez. 2010. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1837/1020>. Acesso em set. 2019.

45 Ibidem.

46 PERLINGEIRO, Ricardo. O livre acesso à informação, as inovações tecnológicas e a publicidade processual. Revista de Processo. São Paulo, n. 203. 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/3707083/O_livre_acesso_%C3%A0_informa%C3%A7%C3%A3o_as_inova%C3%A7%C3%B5es_tecnol%C3%B3gicas_e_a_publicidade_processual. Acesso em set. 2019.

47 Decisão proferida nos autos do processo n. processo n. 0001776-16.2010.2.00.000.

48 Restringiu-se essa problemática no âmbito da publicidade dos atos judiciais, sem desconsiderar a sua ocorrência em outros aspectos da vida social e tecnológica.

49 AZEVÊDO, Bernardo AZEVÊDO Varjão de. op. cit.

do tópico 5 deste artigo, onde se realiza tal abordagem.

Da regulamentação jurídica do princípio da publicidade dos atos judiciais

Na Carta Magna de 1988, o princípio da publicidade dos atos judiciais está disposto no art. 5º, LX, e no art. 93, IX⁵⁰, segundo os quais:

Art. 5º. [...].

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Art. 93. [...].

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Comentando o referido art. 93, IX, da CRFB/88, ALMEIDA FILHO⁵¹ ressalta que o dispositivo se traduz em preocupação universal, ao preservar o direito à intimidade. E, no contexto da era digital, referida publicidade apresenta um gravame: os processos judiciais, quase sempre, tratam de particularidades da pessoa humana e dispor tais informações num ambiente virtual, onde não há um efetivo controle de dados nem responsabilidade quanto ao uso das informações, importa num grande conflito, principalmente de ordem jurídica, entre a publicidade e a privacidade. E ainda se acrescenta, nesse conflito, o direito ao esquecimento, afinal, a tecnologia de informação não esquece.

50 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em set. 2019.

51 ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. O princípio da publicidade no processo frente a emenda constitucional 45/2004 e o processo eletrônico. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/o-principio-da-publicidade-no-proceso-frente-a-emenda-constitucional-45-2004-e-o-processo-eletronico.pdf>. Acesso em set. 2019.

No âmbito do processo civil, o princípio da publicidade está disposto no art. 11 do Novo Código de Processo Civil⁵², para o qual “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.” Também no art. 189, *caput*, o qual estabelece que os “atos processuais são públicos [...]”.

Em complementariedade, ASSIS⁵³ apresenta o princípio da publicidade como direito fundamental processual, salientando que:

O conteúdo essencial da indigitada garantia não se confina à letra expressa nos dispositivos pertinentes da CF/1988 e do art. 11, *caput*, do NCPC. O direito à publicidade divide-se em três aspectos complementares: (a) proibição dos julgamentos secretos (o que é explícito no art. 93, IX, da CF/1988); (b) acesso aos atos processuais (*v.g.*, às sessões de julgamento nos tribunais) e à documentação desses atos pelos advogados das partes; (c) a informação imediata de todo ato processual capaz de afetar as partes.

Note-se que a proibição dos julgamentos secretos não importa necessária presença de pessoas na sessão de julgamento, mas constitui apenas a exigência de publicidade do ato e consequente possibilidade de qualquer interessado poder acompanhar a sua realização, independente de haver ou não interesse na lide.⁵⁴

Nesse contexto, o NCPC⁵⁵ ainda dispõe, no art. 152, V, que incumbe ao escrivão ou chefe de secretaria “fornecer certidão de qualquer ato ou termo do processo, independentemente de despacho, observadas as disposições referentes ao segredo de justiça”. Da mesma forma, é direito do Advogado examinar, em Cartório ou Secretaria do Tribunal,

52 BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em set. 2019.

53 ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro – Volume I – Parte Geral: Fundamentos e Distribuição de Conflitos. 1ª ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Não paginado.

54 ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro – Volume I – Parte Geral: Fundamentos e Distribuição de Conflitos. 1ª ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Não paginado.

55 BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em set. 2019.

autos de qualquer processo, mesmo sem procuração e independente da fase de tramitação do processo, pessoalmente ou através de estagiários, ressalvados os casos de segredo de justiça, nos termos do art. 107, I do NCPC⁵⁶

Em termos de processo eletrônico, o NCPC⁵⁷ traz regulação específica, estipulando que os sistemas de automação processual também deverão respeitar a publicidade dos atos, inclusive nas audiências e sessões de julgamento, mediante divulgação das informações em página própria na internet (arts. 194 e 197, NCPC).

Por sua vez, o Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução n. 121/2010⁵⁸, em atenção ao disposto no art. 196 do NCPC, regulamenta a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico, prezando, entre outros, pela uniformidade de tratamento da divulgação dos atos processuais judiciais em âmbito nacional e, via de consequência, assegurando a sua transparência sem descuidar do respeito e preservação do direito à privacidade, à honra e à imagem das pessoas.

Já através da Resolução n. 215/2015⁵⁹, o Conselho Nacional de Justiça regula, no âmbito do Judiciário nacional, o acesso à informação e a aplicação da Lei de acesso à informação, pontuando, por exemplo, no art. 33, que, o “tratamento das informações pessoais deve ser realizado de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.”.

De se ver, portanto, ser bastante ampla a regulamentação nacional sobre o princípio da publicidade no âmbito judicial, inclusive na seara tecnológica, com critérios normativos bem esclarecidos e rígidos.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 121, de 05 de outubro de 2010. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2585>. Acesso em set. 2019.

⁵⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 215, de 16 de dezembro de 2015. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3062>. Acesso em set. 2019.

Do segredo de justiça

Em que pese a Carta Magna de 1988 ter expresso a publicidade dos atos processuais como regra geral, também dispõe sobre um parâmetro de limitação, que, no âmbito judicial, é identificado como segredo de justiça, em vista da preservação da privacidade humana e da segurança da sociedade e do Estado.

No âmbito do processo civil, o segredo de justiça é uma restrição imposta pela própria legislação processual quanto à publicidade de determinados atos. Em consequência do segredo de justiça, o acesso aos autos e dados do processo ficam restritos apenas às partes, aos advogados, procuradores, defensores e ao Ministério Público - quando agir como interventor legal. E, uma vez reconhecido pelo Juízo, o segredo de justiça pode abranger desde a íntegra do processo como apenas alguns atos processuais.

Das previsões constitucional e processual do segredo de justiça

Na Constituição Federal de 1988⁶⁰, o segredo de justiça é regulado no contexto da inviolabilidade do direito à privacidade (art. 5º, X), bem assim como limitador do princípio da publicidade (art. 5º, LX, art. 93, IX).

Por sua vez, no NCPC⁶¹, o segredo de justiça está expressamente previsto, em rol taxativo, no art. 189, como exceção à norma constitucional da publicidade dos atos processuais. No inciso I do referido art. 189 do NCPC⁶², prevê-se que haverá segredo de justiça nos processos em que o exija o interesse público ou social.

Também deve ser guardado o segredo judicial para ações que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação,

60 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em set. 2019.

61 BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em set. 2019.

62 Ibidem.

união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes, bem assim para os processos em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade, a exemplo de dados bancários, marcas, entre outros, e os que tratam sobre arbitragem, inclusive cumprimento de carta arbitral (incisos II a IV, do referido art. 189).

Nos termos do § 2º, art. 189, do NCPC⁶³, “O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação.”. Note-se que o acesso de terceiro a autos sigilosos depende de prévio deferimento pelo Juízo, cuja decisão balizará os interesses envolvidos e tendo por norte o conflito entre publicidade e privacidade.

Do segredo de justiça e o processo judicial eletrônico

No âmbito do processo judicial eletrônico, a exigência do segredo de justiça, nas hipóteses legais, está expressa no art. 195 do NCPC⁶⁴, o qual pontua que, nos processos que tramitem em segredo de justiça, deverá ser resguardada a confidencialidade, observada a infraestrutura de chaves públicas unificada nacionalmente, nos termos da lei.

Interessante ainda destacar a Resolução n. 427/2010 do Supremo Tribunal Federal, que regula o processo eletrônico no âmbito da respectiva Corte Constitucional. No seu art. 18, discrimina sobre os processos que tramitam sobre segredo de justiça e a restrição de publicidade dos atos.

Em artigo jornalístico, o jurista KAMINSKI⁶⁵ analisa o segredo de justiça na era do processo eletrônico, ressaltando haver uma relação estremecida entre ambos. Destaca, por exemplo, que, nos processos físicos, em que o controle de acesso é realizado pelo Cartório, a restrição à publicidade dos atos processuais sigilosos é mais fácil de

63 Ibid.

64 Ibid.

65 KAMINSKI, Omar. Segredo de justiça e processo eletrônico, uma relação estremecida. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-13/omar-kaminski-segredo-justica-processo-eletronico>. Acesso em set. 2019.

ser exercida. No entanto, na era virtual, em que o segredo de justiça se efetiva pelas regras de computação e pela segurança da informação, o controle de acesso aos dados processuais sigilosos, por vezes, não se efetiva.⁶⁶

De fato, assiste razão ao jurista. Em simples pesquisa em sítios eletrônicos de órgãos judiciais é possível ter acesso a quaisquer dados, ainda que sigilosos, dos processos, das partes e dos conteúdos das decisões, em especial nos casos de processos já arquivados. Ou, ainda, conforme acentua KAMINSKI⁶⁷, por vezes, “o próprio juízo concede o acesso aos autos do processo, ou, então, os dados são divulgados por negligência, imprudência ou imperícia.”.

Diante dessa situação, KAMINSKI⁶⁸ salienta que o instituto do segredo de justiça, na sociedade virtual, está desvirtuado e recebendo tratamento inadequado, principalmente, em virtude da falta de unidade quanto aos sistemas utilizados pelos tribunais de diferentes Estados.

Na busca por soluções, conclui KAMINSKI⁶⁹ que o caso requer mais soluções técnicas, em grau de padronização, do que jurídicas, do que se concorda. Consoante aqui registrado, a regulamentação do acesso à informação, da publicidade e do segredo de justiça é bastante farta e esclarecedora no ordenamento jurídico pátrio, pendendo apenas sua efetivação prática.

Do direito ao esquecimento na sociedade de informação tecnológica

Realizada a análise do direito à liberdade de informação, nas suas vertentes “ser informado e dever de informar”, bem como do segredo de justiça, resta-nos compreender o direito ao esquecimento na sociedade de informação tecnológica.

66 KAMINSKI, Omar. Segredo de justiça e processo eletrônico, uma relação estremecida. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-13/omar-kaminski-segredo-justica-processo-eletronico>. Acesso em set. 2019.

67 Ibidem.

68 Ibid.

69 Ibid.

O direito ao esquecimento é o direito de ser esquecido. Como direito fundamental do cidadão, compreende, para EHRHARDT JÚNIOR, NUNES e PORTO⁷⁰, “que os atos praticados no passado não podem ecoar para sempre: as pessoas têm o direito de serem esquecidas pela opinião pública e pela imprensa.”.

Em reflexão sobre o assunto, PAZZINATTO e FREITAS⁷¹ salientam que, em virtude das mudanças que podem ocorrer com o tempo na vida das pessoas, “não é justo que algo que as incomoda, [...], permaneça ‘ativo’, pois a pessoa não pode sofrer punição da coletividade, principalmente a repressão moral, sobre algo que lhe ocorreu há muitos anos ou que simplesmente, não deveria ter sido exposto ao público.”.

Bem é verdade que o direito ao esquecimento não é algo recente, mas ganhou maior expressividade com a expansão da internet e, por conseguinte, com as facilidades tecnológicas de acesso a qualquer informação acerca da vida das pessoas. Nesse sentido, não parece viável permitir, em especial no veículo digital, a eternização da informação, principalmente para se resguardar direitos fundamentais do indivíduo, como a honra, a imagem, o nome e o direito de ser deixado em paz.⁷²

Necessário salientar, no entanto, que também o direito ao esquecimento não é absoluto. Assim, em determinados casos, por razões de relevante interesse público e pelo mero exercício da liberdade de informação, a história de vida da pessoa pode ser alvo de exposição ou pesquisa, sem que isso importe em ofensa.

Disso se conclui, na verdade, que a relação entre liberdade de

70 EHRHARDT JUNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. NUNES, Danyelle Rodrigues de Melo. PORTO, Uly de Carvalho Rocha. Direito ao esquecimento segundo o STJ e sua incompatibilidade com o sistema constitucional brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília/DF, a. 54 n. 213, jan./mar. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p63.pdf. Acesso em set. 2019.

71 PAZZINATTO, Carlos Henrique. FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. O direito ao esquecimento frente aos mecanismos de memória eterna. Revista Opinião Jurídica. Fortaleza/CE, v. 13 n. 17, jan. 2017. Disponível em: <http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/316/184>. Acesso em set. 2019.

72 EHRHARDT JUNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. NUNES, Danyelle Rodrigues de Melo. PORTO, Uly de Carvalho Rocha. Direito ao esquecimento segundo o STJ e sua incompatibilidade com o sistema constitucional brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília/DF, a. 54 n. 213, jan./mar. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p63.pdf. Acesso em set. 2019.

informação e direito ao esquecimento possui um limite, um ponto de equilíbrio, uma ponderação de valores, que deve ser considerada para fins de se resguardar direitos fundamentais ao indivíduo, em especial a própria dignidade da pessoa humana.

RULLI JUNIOR e RULLI NETO⁷³, em artigo sobre o tema, ponderam que “O contexto atual sobre a informação, [...], caminha ao lado de questionamentos elementares como de que maneira tornar o ambiente informacional digno e de acordo com os princípios e direitos fundamentais.”

Nesse sentido, RULLI JUNIOR e RULLI NETO⁷⁴ pontuam, por exemplo: “Até que ponto pode ser divulgada, invadida, destruída ou desnudada a personalidade de cada um de nós? Quanto tempo uma pessoa pode pagar por um crime, mais que aquele em que permanece numa prisão?”

Tais questionamentos fazem sentido na medida em que hoje se vive uma sociedade do superinformacionismo, em que há um excesso de informações disseminadas em velocidade alarmante, em especial no meio digital. Informações essas que não desaparecem, mas ficam arquivadas na internet e livremente disponíveis para consultas pelos seus usuários.

É nesse contexto que o direito ao esquecimento se apresenta para a proteção da pessoa humana, que não pode ter sua vida exposta eternamente, muitas vezes, de forma precipitada, com informações incompletas ou inverídicas. E mesmo se a pessoa tiver errado em algum ato da vida, tal informação não está descoberta pelo direito ao esquecimento. Até porque, disseminações de informações pessoais, quando mal empregadas, podem repercutir negativamente na vida pessoal, social, familiar ou profissional do indivíduo, trazendo danos, por vezes, irreparáveis.

73 RULLI JUNIOR, Antonio. RULLI NETO, Antonio. Direito ao esquecimento e o superinformacionismo: apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto da sociedade de informação. Revista Esmat. Tocantins/PA, v. 5 n. 6. 2013 Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/57. Acesso em set. 2019.

74 RULLI JUNIOR, Antonio. RULLI NETO, Antonio. Direito ao esquecimento e o superinformacionismo: apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto da sociedade de informação. Revista Esmat. Tocantins/PA, v. 5 n. 6. 2013 Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/57. Acesso em set. 2019.

Da regulamentação jurídica do direito ao esquecimento

De forma expressa e específica, temos regulamentado o direito ao esquecimento no Brasil através do Enunciado 531 do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.” Na justificativa do referido enunciado, tendo por base o art. 11 do Código Civil, abordou-se que os danos provocados pela internet têm se acumulado nos dias atuais e, nesse esteio, fatos passados de uma pessoa, a exemplo de condenados criminalmente, podem afetar sobremaneira sua ressocialização. Disso, pois, decorre a necessidade se discutir a viabilidade dessas divulgações, perquirindo o modo e a finalidade dessas lembranças

No mesmo sentido, há ainda o Enunciado 576 do Conselho da Justiça Federal, para o qual o “direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória.”. Na justificativa desse enunciado, buscou-se reafirmar a existência do direito ao esquecimento, a partir do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da inexigibilidade do consentimento da pessoa biografada relativamente às obras biográficas literárias ou audiovisuais.

Afora essas previsões, pode-se identificar o direito ao esquecimento no âmbito do direito constitucional à privacidade, nos termos do art. 5º, X, da CRFB/88 e art. 11 do Código Civil, enquanto um direito da personalidade.

Casos concretos e a dignidade da pessoa humana

Para ilustrar o presente estudo, tomaremos como exemplo dois casos concretos, já decididos pelo judiciário nacional: o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 49.920 - SP e o Recurso Especial n. 1.334.097 - RJ, ambos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no ROMS n.

49.920 - SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca⁷⁵, diz a ementa:

[...]. Muito embora o delito de divulgação de pornografia infantil possa causar repulsa à sociedade, não constitui violação ao direito de intimidade do réu a indicação, no sítio eletrônico da Justiça Federal, do nome de acusado maior de idade e da tipificação do delito pelo qual responde em ação penal, ainda que o processo tramite sob segredo de justiça. 2. A CF, em seu art. 5º, XXXIII e LX, erigiu como regra a publicidade dos atos processuais, sendo o sigilo a exceção, visto que o interesse individual não pode se sobrepor ao interesse público. Tal norma é secundada pelo disposto no art. 792, caput, do CPP. A restrição da publicidade somente é admitida quando presentes razões autorizadoras, consistentes na violação da intimidade ou se o interesse público o determinar. [...]. 4. Os dispositivos constantes nos arts. 1º e 2º da Resolução n. 121/2010 do CNJ, que definem os dados básicos dos processos judiciais passíveis de disponibilização na internet, assim como a possibilidade de restrição de divulgação de dados processuais em caso de sigilo ou segredo de justiça, não têm o condão de se sobrepor ao princípio constitucional da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LV, da CF), nem tampouco podem prescindir da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF). 5. Assim sendo, *eventual decretação de uma exceção que justificaria a imposição de sigilo absoluto aos dados básicos de um processo judicial não constitui direito subjetivo da parte envolvida em processo que tramita sob segredo de justiça*, demandando, ao contrário, uma avaliação particular que delimite o grau de sigilo aconselhável em cada caso concreto, avaliação essa devidamente fundamentada em decisão judicial. [...]. 8. Recurso ordinário a que se nega provimento. (BRASIL. STJ. 2016) (*grifo nosso*)

No caso narrado, o réu impetrou mandado de segurança para que a divulgação de seus dados pessoais na internet fosse bloqueada, tendo em vista se tratar de processo em segredo de justiça. No entanto, conforme se verifica, o STJ negou provimento, compreendendo que o

75 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 49.920/SP. 5ª Turma. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca Brasília/DF. DJe 10 ago. 2016. Acesso em set. 2019.

sigilo é exceção e sua imposição demanda análise judicial, mediante o balizamento dos direitos de publicidade e de privacidade.

Por sua vez, no julgamento do Recurso Especial n. 1.334.097 – RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão⁷⁶, o resumo da ementa assim dispõe:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO. [...]. (BRASIL. STJ.2013)

No caso concreto acima, o interessado pretendia a aplicação do direito ao esquecimento em seu favor, diante da divulgação, pelo programa Linha Direta, da TV Globo, de uma reportagem sobre a chacina da candelária, num processo em que foi posteriormente absolvido. A argumentação defensiva pautou-se na ideia de que essa divulgação, por sua vez, diante da falta de contemporaneidade, iria reabrir feridas antigas já superadas e reacender a desconfiança da sociedade quanto à personalidade do cidadão.

Em análise recursal, o STJ, numa ponderação entre a liberdade de imprensa e o interesse público à informação e o direito ao esquecimento do particular-interessado, concluiu que cabia, naquele caso em análise, a aplicabilidade do direito ao esquecimento, em razão dos princípios decorrentes dos direitos fundamentais e da

76 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial n. 1.334.097/RJ. 4ª Turma. Relator Min. Luís Felipe Salomão. Brasília/DF. DJe 10 set. 2013. Acesso em set. 2019.

dignidade da pessoa humana, bem como dos direitos positivos infraconstitucionais.

A análise dos casos concretos supracitados indica que a solução do conflito exige uma ponderação de princípios. Na verdade, na sociedade de informação tecnológica em que se vive, é patente a colisão entre o direito de acesso à informação (do qual decorrer o dever de publicidade de atos judiciais) e o direito ao sigilo e o direito ao esquecimento.

Isso porque, conforme já exposto neste artigo, é difícil conter a propagação de informações na internet. A velocidade e a disseminação são muito rápidas e, por isso, vários são os riscos decorrentes de informações processuais livremente disponíveis na internet, de cunho trabalhista, tributário, penal, família, na medida em que, de algum modo, podem comprometer a vida pessoal, social e profissional da pessoa. Casos de depressão, desfazimento de laços conjugais, demissões em empregos, enfim, são exemplos de situações que podem decorrer da exposição pública de fatos da vida de uma pessoa.

Afora isso, a internet tem um ônus: ela não esquece. Assim, passa o tempo, e a informação ainda continua disponível. Se cogitarmos dos processos judiciais em segredo de justiça, tal segredo fica vulnerável com essa perpetuidade das informações na internet, ofendendo o chamado direito ao esquecimento do cidadão.

Em todo esse contexto, exsurge a dignidade da pessoa humana como critério balizador e princípio fundamental para proteção da pessoa interessada e que está sendo exposta, em especial no que concerne à proteção da privacidade, da imagem e da honra envolvidos.

Ao abordar sobre a dignidade da pessoa humana, SARMENTO⁷⁷ ressalta que a dignidade não é propriamente um direito fundamental, mas a fonte e o fundamento dos direitos materialmente fundamentais. No entanto, salienta o autor⁷⁸ que, em casos de colisão de direitos fundamentais divergentes, a solução do caso pode se dar pela aplicação da norma conflitante que tenha caráter específico – se houver, hipótese em que a dignidade apenas atuará como critério

77 SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana – conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 305.

78 Ibidem. p. 306.

hermenêutico, influenciando na interpretação e aplicação do direito fundamental.

Em esclarecimento, SARMENTO⁷⁹ discorre que, por vezes, a colisão entre os direitos fundamentais pode violar diretamente a dignidade da pessoa humana, no valor intrínseco da pessoa. Nesse caso, a própria dignidade equacionaria o problema. Todavia, em hipótese na qual a violação a essa dignidade seja apenas indireta, porque a ofensa se dirige a um direito fundamental específico que a concretiza, a dignidade apenas seria utilizada como critério hermenêutico, na medida em que constitui a fonte de todos os direitos fundamentais.

No presente estudo, é de se concluir, assim, que caberá ao Judiciário, na análise de caso concreto, tendo por base o valor fundamental da dignidade da pessoa humana, averiguar se a publicidade dos atos judiciais viola, ou não, a norma específica do segredo de justiça e o direito ao esquecimento, com argumentos coerentes que resguardecam a personalidade da pessoa ou, em sentido contrário, façam prevalecer o interesse público à informação.

Para além dessa importante atuação dos órgãos judiciários, é primordial também se considerar a própria conduta preventiva de cada cidadão usuário da internet. Porque, na verdade, o problema, em si, não é o acesso à informação, mas o mau uso que a pessoa que a detém pode fazer dela. Daí se falar em educação digital, que, no dizer de BRANT⁸⁰, é “um passo fundamental e inerente à formação dos jovens para o preparo de cidadãos capazes de conviver nesse mundo e compreender seus riscos, desafios e oportunidades, fazendo o uso adequado de cada um deles.”

Ainda para BRANT⁸¹, nesse ambiente tecnológico de excessiva informação, é necessário estimular e desenvolver pensamentos críticos, que ajam com cuidado no trato das informações e que consigam filtrar e absorver os dados ali inseridos de forma responsável.

79 Ibid. p. 307.

80 BRANT, Carolina. Educação digital: o passo necessário na formação da cidadania (digital). Disponível em: <http://info.geekie.com.br/educacao-digital-2/>. Acesso em set. 2019.

81 Ibidem.

Considerações Finais

Na sociedade de informação em que vivemos, a tecnologia só tende a somar e a trazer vantagens e benefícios à sociedade. No entanto, o limite deve também existir, porque, por detrás de uma realidade virtual, há seres humanos reais, com direitos fundamentais esculpido no texto constitucional.

Nesse sentido, no âmbito do Poder Judiciário, há necessidade de se preservar a informação jurisdiccional contra a publicidade prejudicial, negligente e irresponsável. A internet não esquece e uma informação mal lançada nela pode comprometer o tempo de vida restante de qualquer indivíduo.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pautada nos direitos da personalidade, é, assim, intrínseco a qualquer um e, por isso, em litígio envolvendo o conflito entre a publicidade e a privacidade, a decisão judicial deve se resguardar numa análise criteriosa e pautada no respeito aos princípios constitucionais.

Demais disso, necessário pontuar também que, na era digital, a dificuldade não parece ser de regulamentação jurídica, pois há, hoje, diversos instrumentos normativos tratando sobre o assunto. E, como demonstrado neste trabalho, nossa legislação pátria pontua critérios objetivos para garantir a harmonia desses direitos (liberdade de informação, segredo judicial e direito ao esquecimento). No entanto, a carência que se verifica é de reparos tecnológicos, para fazer cumprir tais normativos.

Por todo o exposto, vislumbrou-se a importância do presente tema para a sistemática judiciária brasileira, tão rica em normativos para a seara digital, mas ainda carente de maiores esforços para conter a propagação maciça e veloz da informação.

Referências

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. O princípio da publicidade no processo frente a emenda constitucional 45/2004 e o processo eletrônico. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/o-principio-da-publicidade-no-processo-frente-a-emenda-constitucional-45-2004-e-o-processo-eletronico.pdf>.

ALMEIDA, Virgílio. DONEDA, Danilo. LEMOS, Ronaldo. Com avanço tecnológico, fake news vão entrar em fase nova e preocupante. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/04/com-avanco-tecnologico-fake-news-vao-entrar-em-fase-nova-e-preocupante.shtml>.

ALVIM, Teresa Arruda, WAMBIER...(et al) (Coordenadores). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil (livro eletrônico). – 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Não paginado.

ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro – Volume I – Parte Geral: Fundamentos e Distribuição de Conflitos. 1ª ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Não paginado.

AZEVEDO, Bernardo AZEVEDO Varjão de. O princípio da publicidade no processo penal, liberdade de imprensa e a televisão: uma análise interdisciplinar. Revista da Defensoria Pública da União. Brasília/DF, n. 36, nov-dez. 2010. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1837/1020>.

BRANT, Carolina. Educação digital: o passo necessário na formação da cidadania (digital). Disponível em: <http://info.geekie.com.br/educacao-digital-2/>.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 121, de 05 de outubro de 2010. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2585>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 215, de 16 de dezembro de 2015. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3062>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial n. 1.334.097/RJ. 4ª Turma. Relator Min. Luís Felipe Salomão. Brasília/DF. DJe 10 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 49.920/SP. 5ª Turma. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca Brasília/DF. DJe 10 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Resolução n. 427, de 20 de abril de 2010. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO-C-427.PDF>.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. NUNES, Danyelle Rodrigues de Melo. PORTO, Uly de Carvalho Rocha. Direito ao esquecimento segundo o STJ e sua incompatibilidade com o sistema

constitucional brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília/DF, a. 54 n. 213, jan./mar. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p63.pdf.

FONTELES, Samuel Sales. Direitos Fundamentais. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

GOMES, Marcus Vinicius. Fake News: a mentira dissimulada. Revista Bonijuris. Curitiba, ed. 652, jun/jul, 2018.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. FERREIRA, Jussara Juzi Assis Borges Nasser. CHUEIRI, Miriam Fecchio. Segredo de justiça – aspectos processuais controvertidos e liberdade de imprensa. Revista de Processo. São Paulo, n. 156/2008, Editora Revista dos Tribunais. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010170941.pdf>.

KAMINSKI, Omar. Segredo de justiça e processo eletrônico, uma relação estremecida. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-13/omar-kaminski-segredo-justica-processo-eletronico>.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MENDES, Gilmar Mendes. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

PAZZINATTO, Carlos Henrique. FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. O direito ao esquecimento frente aos mecanismos de memória eterna. Revista Opinião Jurídica. Fortaleza/CE, v. 13 n. 17, jan. 2017. Disponível em: <http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/316/184>.

PERLINGEIRO, Ricardo. O livre acesso à informação, as inovações tecnológicas e a publicidade processual. Revista de Processo.

São Paulo, n. 203. 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/3707083/O_livre_acesso_%C3%A0_informa%C3%A7%C3%A3o_as_inova%C3%A7%C3%B5es_tecnol%C3%B3gicas_e_a_publicidade_processual.

RULLI JUNIOR, Antonio. RULLI NETO, Antonio. Direito ao esquecimento e o superinformacionismo: apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto da sociedade de informação. Revista Esmat. Tocantins/PA, v. 5 n. 6. 2013 Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/57.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3ª edição, rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana – conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

Vanessa Cristina Santiago Rivero

Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Interamericana de Porto Velho UNIRON, graduanda, crisvanessa03@gmail.com.

Pedro Henrique Moreira Simões

Professor Especialista Pedro Henrique Moreira Simões, pedro.simoese@uniron.edu.br.

O MODELO TRADICIONAL DE LICITAÇÃO E O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS¹

Vanessa Cristina Santiago Rivero
Pedro Henrique Moreira Simões

RESUMO

A licitação é, em regra, a forma utilizada para a realização de contratações com a Administração Pública. Esta forma destina-se à contratação de terceiros para suprir as necessidades da Administração, visando atender à coletividade, especificando parâmetros de qualidade, técnicas e escolhendo por meio do critério objetivo a opção mais vantajosa para o corpo social. Esta pesquisa teve por escopo dissertar acerca das inovações nas contratações públicas, oriundas da Lei nº 12.462/2011, que estabeleceu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas- RDC, corroborando com suas peculiaridades que pretendem dar maior celeridade e eficiência nas pretendidas contratações onde será utilizada o RDC, e demonstrando as inovações frente à Lei nº 8.666/1993. A abordagem foi por meio de uma pesquisa qualitativa, com objetivo de agregar conhecimentos e será utilizada para a elaboração do trabalho de conclusão de curso; será utilizada a metodologia de pesquisa básica, que tem por objetivo gerar conhecimentos novos e úteis para o avanço da ciência sem aplicação prática prevista.

Palavras-chaves: Licitação. Administração Pública. Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Inovações.

Introdução

O Regime Diferenciado de Contratação (RDC), instituído pela Lei nº 12.462/2011, é um tema muito discutido e comentado atualmente.

¹ Artigo apresentado ao Diretor da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia – Emerson, Porto Velho, 2019.

Preliminarmente utilizado para dar celeridade às obras da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016 no Brasil, o regime pode ser empregado, hoje, em todos os empreendimentos da segunda fase do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC 2), do Sistema Único de Saúde - SUS, em ampliação, reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo, nas ações no âmbito da segurança pública, das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana e ampliação de infraestrutura, dentre outras hipóteses elencadas.

A relevância e importância desta pesquisa se dá na esfera acadêmica por trazer novos olhares à Lei de Licitações, às inovações nas contratações da Administração Pública, trazidas pela Lei nº 2011/12.462, que cria o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, constatando suas características que prometem celeridade e eficiência e inovam no aspecto da flexibilização, quando comparados com as modalidades convencionais da Lei nº 8.666/93, com a finalidade de contratar os serviços, obras e bens necessários, com qualidade e em tempo suficiente para os grandes eventos esportivos programados para o Brasil, prioritariamente referente a Copa das Confederações Fifa 2013, Copa do Mundo de Futebol Fifa 2014, Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, bem como para as ações do Programa de Aceleração do Crescimento, obras e serviços de engenharia para o Sistema Público de Ensino e Sistema Único de Saúde.

À vista disso, pode-se indagar quais as principais inovações que o regime diferenciado de contratação (RDC) apresenta em face da lei nº 8.666/93.

A resposta não é tão simples, pois há diversos fatores que devem ser observados para se chegar a uma resolução precisa. Muitos alegam que a excessiva burocratização da Lei nº 8.666/1993 vem tornando-a inadequada para a realização das contratações da Administração Pública. Assim, discute-se se o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) seria a ideal modalidade que de fato supriria as lacunas da Lei de Licitação para efetiva realização das contratações públicas.

Destarte, com a utilização do Regime Diferenciado de

Contratação (RDC), pensa-se existir uma relativização dos princípios da Administração Pública, gerando uma submissão do Estado aos interesses de organizações privadas nacionais e internacionais.

Outro viés de discussão é o fato de o projeto básico ser confeccionado pelos possíveis fornecedores ao passo que a Administração não revela o valor estimativo inicial da contratação, duas características que em tese, abririam uma possível margem à corrupção.

O tema é atual e comporta inúmeros debates doutrinários. Diversos juristas criticam esse novo regime de licitação. Tem-se por objetivo retratar as principais distinções da Lei nº 8.666/93 e o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), levantar textos jurídicos a respeito da contratação pública, verificar se os princípios basilares da Administração Pública estão sendo respeitados e explicitar os pontos de conflitos de acordo com a atual jurisprudência.

O delineamento desta pesquisa científica será de abordagem qualitativa, com objetivo de agregar conhecimentos e será utilizada para a elaboração do trabalho de conclusão de curso; será utilizada a metodologia de pesquisa básica, que tem por objetivo gerar conhecimentos novos e úteis para o avanço da ciência sem aplicação prática prevista. Tem classificação exploratória, buscando uma maior familiaridade com o problema visando torná-lo explícito ao construir hipóteses. Serão utilizados os procedimentos técnicos, coletando dados através de pesquisa bibliográficos, por artigos, livros e materiais disponíveis na internet por meio do método dedutivo e dialógico.

A licitação como regra para as contratações da administração pública

Dever de licitar

A Administração Pública, para concretização de suas funções que lhe são constitucionalmente impostas, seja para a realização de obras, serviços, compras, alienação de bens e locação, sempre destinados à

satisfação do interesse público, deve pautar-se no exposto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal de 1988²:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Igualmente, do artigo 175 da CRFB/88, vem a necessidade de licitar quando utilizado diretamente ou sob regime de concessão ou permissão.

Logo, a Lei Maior estabelece como regra a realização do procedimento licitatório nas contratações públicas. A obrigatoriedade de licitar é uma regra que advém da Constituição Federal de 1988, conforme exposto acima no seu artigo 37, havendo exceções previstas em lei. O dever de licitar abrange os órgãos da Administração Direta, os Fundos Especiais, as Autarquias, as Empresas Públicas, as Sociedades de Economia Mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, como define o parágrafo único do artigo 1º da Lei Federal nº 8.666/93.

A competência para legislar sobre licitação está prevista no art. 22, XXVII da CRFB/88³, *in verbis*:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

2 BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 out 2018.

3 Ibidem.

Desta feita, cabe privativamente à União legislar sobre a normas gerais de licitação e contratação com a Administração Pública.

A licitação e os contratos administrativos são regidos pela Lei nº 8.666/1993, que dispõe sobre a regulamentação do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, onde institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá as devidas providências.

A licitação é um procedimento administrativo governamental utilizado pela Administração Pública quando ela pretende realizar compras, alienações, concessões, permissões e locações. Para Bandeira de Mello⁴, a licitação traduz-se no:

[...] procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função dos parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

No mesmo sentido, os autores Alexandre e João de Deus⁵ conceituam a licitação como o procedimento administrativo utilizado antes da celebração contratual, conforme descrito abaixo:

A licitação é um procedimento administrativo mediante o qual a Administração, antes de celebrar um contrato administrativo, abre todos os interessados que com ela pretendam contratar e que atendam às condições previstas no instrumento convocatório a possibilidade de apresentar suas propostas, com o objetivo de que seja escolhida aquela que melhor atenda ao interesse público.

Já Guimarães⁶ explana que a licitação é o " ato promovido pela Administração Pública direta ou indireta entre aqueles que se habilitam

4 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 534.

5 ALEXANDRE, Ricardo e DEUS, de João. Direito administrativo. 3ª.ed.rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 275.

6 GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. Dicionário universitário jurídico. 21ª. Ed. – São Paulo: Rideel, 2017, p. 199.

na compra ou alienação de bens ou na concessão de serviços ou obra pública”.

Assim, a licitação é disciplinada por lei específica e gerida por um órgão ou entidade provida de competência intrínseca, por intermédio do qual a Administração Pública, através do ato administrativo prévio, estabelece critérios objetivos para a seleção da proposta mais vantajosa para atender o interesse do Poder Público, assegurando, assim, aos interessados a isonomia necessária para efetiva concretização da pretensa contratação pública.

Inúmeros são os alvos da Lei nº 8.666/1993. Preliminarmente, submetem-se a suas normas a administração direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), participantes da Federação, conforme explanado por Carvalho Filho⁷:

A disciplina abrange todos os órgãos administrativos dos Poderes Legislativos, Judiciário, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público, de todas as aludidas pessoas federativas, conforme dispõe expressamente o art. 117 do Estatuto. Os Ministérios Públicos federal e estaduais, embora não integrem formal, orgânica e materialmente os Poderes clássicos da República, também se subordinam às normas do Estatuto, visto que nessas instituições a estrutura funcional é composta por vários órgãos administrativos, da mesma natureza, portanto, da que é atribuída aos órgãos dos referidos poderes.

Igualmente, são alcançadas no dever de licitar, as entidades da administração indireta, sendo elas, as autarquias, as fundações públicas, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, que elencam as pessoas descentralizadas.

Princípios licitatórios

A licitação é norteadada por diferentes princípios, dos quais alguns são discriminados em lei, onde delimitam o caminho que o

7 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27ª. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013.- São Paulo: Atlas, 2014, p. 290.

procedimento deve se situar.

O artigo 3º da Lei nº 8.666/93⁸ relata os princípios licitatórios fundamentais do processo de licitação, *in verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Logo, não excepcionalmente, ocorre a validação ou invalidação dos atos de processo licitatório baseando-se nesses princípios. Assim, a Administração Pública ao realizar suas contratações, deve se pautar nos princípios basilares discriminados no mencionado artigo acima, sempre em busca da proposta mais vantajosa, da igualdade de chances entres os concorrentes e do desenvolvimento nacional sustentável.

O Princípio da Legalidade aduz que a Administração Pública deve se pautar aos limites expostos por lei, não sendo utilizado como base apenas a vontade do administrador público. Ao que se refere a legalidade da licitação, Carvalho Filho⁹ expõe que:

No campo das licitações, o princípio da legalidade impõe, principalmente, que o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento. É a aplicação do devido processo legal, segundo o qual se exige que a Administração escolha a modalidade certa; que seja bem clara quanto aos critérios seletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos na lei; que verifique, com cuidado, os requisitos de habilitação dos candidatos, e, enfim, que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais.

8 Lei n. 8.666, de 22 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 14 out 2018.

9 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27ª. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013.- São Paulo: Atlas, 2014, p. 245.

Logo, o administrador público deverá sempre observar a legalidade para realização de contratações com recursos oriundos dos cofres públicos, devendo o gestor utilizar os recursos públicos para a devida finalidade pública e com integridade.

Além disso, tem-se o Princípio da Moralidade que submete o administrador a pautar-se aos conceitos éticos, da moral e dos bons costumes. O Princípio da Impessoalidade, por sua vez, requer que os administradores que estejam em igual situação jurídica devem receber o mesmo tratamento.

Bandeira de Mello¹⁰ dispõe referente ao Princípio da Moralidade, que:

O princípio da moralidade significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos presáveis, o que impõe, para a Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte.

Assim, no decorrer do procedimento licitatório, o Princípio da Moralidade deve ser inserido dentre os objetivos deste procedimento, os quais estão determinados por critérios e regras para realização do certame, de modo a evitar que o administrador público se aproprie de forma indevida de bens da Administração para favorecer a si ou a terceiros. O Ato administrativo que não for pautado pela moralidade será tido como ilegítimo. Meirelles¹¹ conceitua o Princípio da Impessoalidade conforme exposto a seguir:

O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art., 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal. [...] Esse princípio também deve ser entendido para excluir a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos sobre suas realizações administrativas (CF, art. 37, § 1º).

10 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 28ª edição – São Paulo: Malheiros, 2011, p.541.

11 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 91-92

Desta maneira, o administrador deve se pautar ao fim legal do pretendido ato, excluindo a promoção pessoal sobre as contratações públicas realizadas com recursos oriundos dos cofres públicos.

Também, deve ser respeitado o Princípio da Igualdade que visa garantir que seja escolhida a melhor proposta para a Administração Pública, assegurando, aos possíveis fornecedores, a igualdade de direitos, vedando quaisquer privilégios ou preferências.

Desta feita, expõe Di Pietro¹² o trecho a seguir:

O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que está visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Esse princípio que hoje está expresso no artigo 37, XXI, da Constituição, veda o estabelecimento de condições que implique preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais.

Destarte, para que seja garantida a igualdade formal e material no processo licitatório, devem ser observadas a razoabilidade e a proporcionalidade, para a efetiva participação dos interessados no certame, garantindo-se, assim, não apenas a melhor proposta na contratação, mas, também, assegurar a justiça e a efetiva isonomia, com os parâmetros da igualdade formal.

Ademais, o Princípio da Publicidade determina que os atos da Administração Pública devem ser públicos, ou seja, devem estarem disponíveis a todos os interessados, com ressalva aos casos que envolvem privacidade e segurança estatal, corroborando com esse entendimento Bandeira de Melo¹³ afirma:

O princípio da publicidade impõe que os atos e termos da licitação – no que se inclui a motivação das decisões – sejam efetivamente expostos ao conhecimento de quaisquer interessados. É um dever de transparência, em prol não apenas dos disputantes, mas de qualquer cidadão.

12 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24ª edição – São Paulo: Atlas, 2011, p. 361.

13 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 28ª edição – São Paulo: Malheiros, 2011 p. 541.

Desse modo, durante o procedimento licitatório, todos os atos praticados devem ser publicados na imprensa oficial, garantindo assim, a legalidade e eficácia dos atos praticados.

Ainda, o Princípio da Probidade Administrativa é corolário do Princípio da Moralidade. Todavia, a probidade tem limites mais estabelecidos que a moralidade.

Em consonância a esse entendimento Bandeira de Mello¹⁴ nos ensina que:

Especificamente para a Administração, tal princípio está reiterado na referência ao princípio da probidade administrativa. Sublinha-se aí que o certame haverá de ser por ela conduzido em estrita obediência a pautas de moralidade, no que se inclui, evidentemente, não só a correção defensiva dos interesses de quem a promove, mas também as exigências de lealdade e boa-fé no trato com os licitantes.

Portanto, o Gestor ao realizar as pretendidas contratações, deve valer-se da lealdade e da boa-fé nas tratativas com os licitantes, tentando trazer mecanismo de boa conduta para a relação jurídica pública e privada.

Além disto, o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório estabelece que a Administração Pública deve seguir de forma rigorosa todas as regras que tenham sido antecipadamente determinadas para a adequada condução e disciplina do certame licitatório.

Este princípio está descrito de forma expressa no artigo 3º da lei 8666/93¹⁵, *in verbis*: “A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.”

Assim, o edital é o instrumento que faz lei entre as partes envolvidas, devendo conter todas as especificações necessárias para obter a proposta mais vantajosa para Administração Pública, sem obscuridade ou qualquer outro vício formal ou material.

14 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 28ª edição – São Paulo: Malheiros, 2011, p. 541-542.

15 Lei n. 8.666, de 22 de junho de 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/cciv-il_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 14 out 2018

Do mesmo modo, o Princípio do Julgamento Objetivo disciplina que se deve seguir o que foi determinado no edital.

Posto isto, Meirelles¹⁶ aduz a definição a seguir do respectivo princípio:

Julgamento objetivo é o que se baseia no critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas. É princípio de toda licitação que seu julgamento se apoie em fatores concretos pedidos pela Administração, em confronto com o ofertado pelos proponentes dentro do permitido no edital ou convite. Visa afastar o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se ao critério prefixado pela Administração, com o quê se reduz e se delimita a margem de valoração subjetiva, sempre presente em qualquer julgamento.

Assim, o Princípio do Julgamento Objetivo visa impedir que a licitação seja fundada em atos subjetivos, parciais ou de cunho pessoal dos membros da comissão julgadora.

Modalidades de licitação

As modalidades de licitação são as formas por meio das quais o procedimento de escolha se exhibe. Com o intuito de obter o melhor resultado, com uma escolha justa e para demonstrar como será escolhido o licitante vencedor, definindo o tipo de licitação, menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta.

O tipo menor preço pondera que a Administração Pública deverá optar pela opção mais vantajosa, devendo discriminar os requisitos mínimos de qualidade ao objeto pretendido na contratação.

No tipo melhor técnica, a Administração Pública optará por ela quando a pretendida contratação versar sobre serviços de caráter predominantemente intelectual.

O tipo técnica e preço será escolhido quando houver uma análise

16 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 275.

entre os dois tipos, sem que haja supremacia de um sobre outro. A lei possibilitou a adoção do critério de técnica e preço para contratação de serviços e bens de informática.

Por derradeiro, em relação aos tipos de licitação, temos o tipo maior lance ou oferta aplicável nas hipóteses de contratação de bens ou concessão de direito real de uso.

Em relação às modalidades de licitação, Carvalho Filho¹⁷ (2014, p.276-277) dispõe que:

São cinco as modalidades de licitação. Entretanto, são apenas três os fins a que se destinam, e isso porque, como se verá adiante, as três primeiras modalidades – a concorrência, a tomada de preços e o convite – têm o mesmo objetivo: a contratação de obras, serviços e fornecimento, enquanto [...], o concurso e o leilão têm objetivos próprios e diferenciados. Essas modalidades são expressas na lei. Nenhuma outra, além delas, pode ser criada pela Administração. Nem também podem sofrer combinações entre si. Nesse sentido, dispõe o art. 22, § 8º, do Estatuto. Ressalve-se apenas – como já foi visto – a modalidade de pregão, regulada por lei especial (Lei nº 10.520, de 17.7.2002).

O artigo 22, da Lei nº 8.666/1993¹⁸ expressa as cinco modalidades de licitação, *in verbis*:

Art. 22. São modalidades de licitação:

I - concorrência;

II - tomada de preços;

III - convite;

IV - concurso;

V - leilão.

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

17 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27ª. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013.- São Paulo: Atlas, 2014.

18 Lei n. 8.666, de 22 de junho de 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 14 out 2018.

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 6º Na hipótese do § 3o deste artigo, existindo na praça mais de 3 (três) possíveis interessados, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 7º Quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no § 3o deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite.

§ 8º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a cominação das referidas neste artigo.

§ 9º Na hipótese do parágrafo 2o deste artigo, a administração somente poderá exigir do licitante não cadastrado os documentos

previstos nos arts. 27 a 31, que comprovem habilitação compatível com o objeto da licitação, nos termos do edital.

Cada modalidade aponta práticas específicas, constituídas em consonância com as peculiaridades do objeto a ser adquirido.

Noutro giro, temos discriminada, na Lei nº 10.520/2002, a modalidade de pregão, que é destinada para contratação de bens e serviços de natureza comum, onde os padrões de desempenho e qualidade possam ser expressamente apresentados no certame licitatório, por meio de parâmetros usuais de mercado.

O artigo 4º, da Lei nº 10.520/02¹⁹, nos diz que:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

A modalidade de pregão pode ser utilizada para a aquisição de bens e serviços de natureza comum, não sendo observados os limites de valores, podendo ser por meio convencional, qual seja, o pregão presencial com o comparecimento dos interessados ou por meio eletrônico, por intermédio da *internet*.

Uma significativa inovação trazida pela legislação que implementou o pregão constitui na intitulada inversão das fases. O doutrinador Oliveira²⁰ esclarece, de forma sucinta as principais peculiaridades e novidades da modalidade pregão, conforme disposto:

As principais peculiaridades e novidades do pregão podem ser assim resumidas:

a) Objeto: aquisição de bens e serviços comuns, independentemente dos respectivos valores;

19 Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>. Acesso em 28 nov 2018.

20 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 6ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 483.

- b) Pregoeiro: a comissão de licitação é substituída pelo pregoeiro, que deve ser agente público, e sua equipe de apoio (art. 3.º, IV, da Lei 10.520/2002);
- c) Declaração de habilitação: na sessão pública, os interessados, ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação, e entregarão os envelopes de proposta e de habilitação (art. 4.º, VII, da Lei 10.520/2002);
- d) Tipo de licitação: a seleção da melhor proposta será realizada por meio do critério menor preço, “observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital” (art. 4.º, X, da Lei 10.520/2002); e) Inversão das fases de habilitação e julgamento: no pregão, ao contrário do que ocorre na concorrência, a fase de julgamento antecede a fase de habilitação, o que garante maior racionalidade e velocidade ao procedimento, pois, após julgar e classificar as propostas, somente verificará a habilitação do primeiro colocado;
- f) Propostas escritas e verbais: o pregoeiro julgará as propostas escritas, mediante o critério menor preço, e estabelecerá a ordem de classificação, admitindo-se, em seguida, a apresentação de lances verbais;
- g) Negociações: o pregoeiro pode negociar diretamente com o licitante classificado em primeiro lugar para que seja obtido preço melhor (art. 4.º, XVII, da Lei 10.520/2002);
- h) Recursos: após a declaração do vencedor, os licitantes interessados deverão apresentar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, mas a apresentação das razões escritas do recurso pode ocorrer no prazo de três dias, “ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente” (art. 4.º, XVII, da Lei 10.520/2002);
- i) Inversão das fases de homologação e adjudicação: ao contrário das demais modalidades, no pregão a adjudicação do objeto da licitação ao vencedor é anterior à homologação do procedimento (art. 4.º, XXI e XXII, da Lei 10.520/2002).

Ademais, se aplicam subsidiariamente, para a modalidade de

pregão, as normas dispostas na Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993.

E, por fim, tem-se a modalidade de consulta, que é instituída pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997²¹, que dispõe em seus artigos 54 a 55, *in verbis*:

Art. 54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública.

Parágrafo único. Para os casos não previstos no caput, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão.

Art. 55. A consulta e o pregão serão disciplinados pela Agência, observadas as disposições desta Lei e, especialmente:

I - a finalidade do procedimento licitatório é, por meio de disputa justa entre interessados, obter um contrato econômico, satisfatório e seguro para a Agência;

II - o instrumento convocatório identificará o objeto do certame, circunscreverá o universo de proponentes, estabelecerá critérios para aceitação e julgamento de propostas, regulará o procedimento, indicará as sanções aplicáveis e fixará as cláusulas do contrato;

III - o objeto será determinado de forma precisa, suficiente e clara, sem especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

IV - a qualificação, exigida indistintamente dos proponentes, deverá ser compatível e proporcional ao objeto, visando à garantia do cumprimento das futuras obrigações;

V - como condição de aceitação da proposta, o interessado declarará estar em situação regular perante as Fazendas Públicas e a Seguridade Social, fornecendo seus códigos de inscrição, exigida a comprovação como condição indispensável à assinatura do contrato;

VI - o julgamento observará os princípios de vinculação ao instrumento convocatório, comparação objetiva e justo preço, sendo o empate resolvido por sorteio;

VII - as regras procedimentais assegurarão adequada divulgação do instrumento convocatório, prazos razoáveis para o preparo de

21 BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm >. Acesso em 28 nov 2018.

propostas, os direitos ao contraditório e ao recurso, bem como a transparência e fiscalização;

VIII - a habilitação e o julgamento das propostas poderão ser decididos em uma única fase, podendo a habilitação, no caso de pregão, ser verificada apenas em relação ao licitante vencedor;

IX - quando o vencedor não celebrar o contrato, serão chamados os demais participantes na ordem de classificação;

X - somente serão aceitos certificados de registro cadastral expedidos pela Agência, que terão validade por dois anos, devendo o cadastro estar sempre aberto à inscrição dos interessados.

Necessariamente, o procedimento de licitação deverá seguir os requisitos dos artigos supramencionados, nas hipóteses em que houver a impossibilidade da utilização da modalidade pregão.

Procedimento licitatório com base na lei nº 8.666/1993

O procedimento licitatório compõe-se de duas etapas distintas: a interna e a externa. A fase interna trata-se dos atos iniciais e preparatórios praticados pela Administração Pública para efetivar a licitação. Já a fase externa consiste na exteriorização do instrumento licitatório, por meio da publicação, o que possibilita a participação dos interessados.

Fase Interna

A fase interna é aquela que antecipa a publicação do instrumento convocatório aos possíveis interessados. Nessa fase, deverão ser expostas as justificativas que irão demonstrar a obediência aos pressupostos da licitação, como por exemplo, a necessidade e a conveniência da pretendida contratação.

Segundo o autor OLIVEIRA²², a fase interna deverá praticar os seguintes atos:

22 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 6ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 484-485.

- a) Requisição do objeto: é o ato que inicia o processo de licitação, com a indicação por parte do agente competente da necessidade de contratação do bem ou do serviço;
- b) Estimativa do valor: a Administração deve verificar o preço de mercado do objeto da futura contratação (cotação de preços);
- c) Autorização de despesa: o ordenador de despesa verifica a existência de recursos orçamentários suficientes para contratação do objeto (arts. 7.º, § 2.º, III, e 14 da Lei 8.666/1993), devendo ser observado o art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal;
- d) Designação da comissão de licitação: em regra, a comissão de licitação, composta por, no mínimo, três membros, sendo pelo menos dois servidores, tem a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações (arts. 6.º, XVI, e 51 da Lei 8.666/1993);
- e) Elaboração das minutas do instrumento convocatório e do contrato: o instrumento convocatório (edital ou convite) contém as regras que deverão ser observadas pela Administração e pelos licitantes;
- f) Análise jurídica das minutas do instrumento convocatório e do contrato: a assessoria jurídica da Administração deve examinar e aprovar as minutas dos instrumentos convocatórios e dos contratos (art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993);
- g) Outras exigências na fase interna: em determinadas hipóteses, a legislação exige a adoção de outros atos na fase interna da licitação, por exemplo: (i) audiência pública: quando o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea “c”, da Lei de Licitações (art. 39 da Lei 8.666/1993); (ii) autorização legislativa: alienação de bens imóveis da Administração (art. 17, I, da Lei 8.666/1993); (iii) projeto básico e executivo: necessários para contratação de obras e serviços (art. 7.º, I e II, da Lei 8.666/1993).

A fase interna é regulamentada pelo artigo 38 da Lei nº 8.666/1993. Após o término dessas etapas, o processo licitatório deverá ser encaminhado para o órgão ou setor responsável para dar andamento ao processo de licitação, e, assim, dar início aos procedimentos da fase externa.

Fase externa

A fase externa do procedimento licitatório começa com a publicação e prossegue com o recebimento da documentação e das propostas, os documentos de habilitação dos interessados, o recebimento e as classificações das propostas recebidas. Em relação ao pregão, ocorre a chamada inversão das fases, onde a análise das propostas antecipa a habilitação. Por derradeiro, ocorre a adjudicação do objeto da contratação ao licitante com a opção mais vantajosa para Administração Pública e a homologação do instrumento licitatório.

A publicação consiste na divulgação da licitação e disponibilização do instrumento convocatório, que pode ser feita por meio de edital ou do convite. É nessa fase que os interessados são informados das condições de participação no certame. Na publicação, é exteriorizado o princípio da publicidade, onde há ampla divulgação da licitação por intermédio da imprensa oficial e em publicação de jornais de grande circulação do Estado.

A habilitação está regulamentada pelos artigos 27 a 31 da Lei nº 93/8.666, momento em que os interessados demonstrarão, a Administração Pública, que possuem os requisitos e as condições formais contidas no instrumento convocatório.

Na fase de julgamento das propostas, serão analisadas as propostas recebidas dos licitantes e serão classificadas de acordo com os critérios estabelecidos no instrumento convocatório, identificando a opção mais vantajosa para Administração Pública, elegendo-se assim, o vencedor do certame.

Por fim, temos a fase de adjudicação, onde ocorre a confirmação do vencedor da licitação, atribuindo-lhe o objeto e a fase de homologação do procedimento, neste momento em que a autoridade competente confirma a veracidade dos atos até então praticados.

Regime diferenciado de contratações públicas

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) foi instaurado pela Lei nº 12.462/2011, regulamentada pelo Decreto nº

7.581/2011 estabeleceu um balizar marco para a regulamentação das licitações e dos contratos administrativos.

A lei foi confeccionada sob a égide dos procedimentos licitatórios dos Estados Unidos e, também dos regimes vigentes na União Europeia, estando adequada à realidade e às diretrizes que o Brasil possuía mediante a criação desse regulamento.

Preliminarmente, foi utilizado para contratação das obras dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 no Brasil, e da Copa do Mundo FIFA de 2014, além de obras de infraestrutura aeroportuária em capitais distantes até 350 quilômetros daqueles eventos esportivos.

Após, houve a extensão da utilização do RDC, conforme discriminação contida no artigo 1º da Lei nº 12.462/11²³, *in verbis*:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

23 Lei n. 12.462, de 04 de agosto de 2011. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm >. Acesso em 14 abr 2019.

VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo;

VII - das ações no âmbito da segurança pública;

VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e

IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A.

X - das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação,

Assim, houve uma abrangência maior para a utilização do respectivo regime, com a finalidade de ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; garantir o tratamento isonômico e a seleção da proposta mais vantajosa; incentivar a inovação tecnológica e promover trocas de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público.

Cabe salientar que a escolha pelo RDC deverá ser informada expressamente no procedimento licitatório. Ademais, a opção pelo RDC resultará no afastamento das normas da lei 8.666/93, exceto aquelas que a lei manteve.

Por conseguinte, reproduzo o entendimento dos doutrinadores Benjamin Zymler e Laureano Canabarro Dios²⁴ sobre o RDC:

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), concebido para a licitação de objetos vinculados à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016, vai, aos poucos, alargando seus limites de aplicação em razão da necessidade simplificar e conferir maior rapidez na conclusão dos processos licitatórios.

Falta ainda ao RDC maior experimentação para que possa ser avaliado no teste prático que qualquer lei é submetida. Entretanto, os primeiros resultados são animadores, principalmente no que se refere à diminuição do lapso temporal das licitações. A Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO), principal usuária do RDC até o presente momento, vem conseguindo redução de quase dois terços no tempo de processamento das licitações.

24 ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. Regime Diferenciado de Contratação – RDC. 2. Ed. Ver. Atual. 1. Reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

O Regime Diferenciado, ao mesmo tempo em que sedimenta práticas aplicadas sob a égide da Lei nº 8.666/1993, apresenta novos institutos que permitem a elaboração de um prognóstico positivo. Afinal, não é um regime simplista, criado apenas para lidar com as necessidades relacionadas aos grandes eventos esportivos que o Brasil brevemente sediará.

Os objetivos do RDC vieram discriminados no § 1º do art. 1º da Lei nº 12.462/2011²⁵, quais sejam:

Art. 1º, § 1º. O RDC tem por objetivos: I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; III - incentivar a inovação tecnológica; e IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública

Desta maneira, os objetivos do RDC estão em conformidade com o Princípio da Eficiência, em busca de maior celeridade e na simplificação dos procedimentos, e no *upgrade* do tempo, dos atos e dos recursos.

Registra-se que o RDC traz menção expressa sobre os princípios administrativos que deverão ser utilizados na sua pretensa contratação, conforme elencado no art. 3º da Lei do RDC²⁶, *in verbis*:

Art. 3º As licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Portanto, é possível notar que, em relação aos princípios, há maior abrangência para garantir o desenvolvimento nacional sustentável e de maneira igualitária.

25 Lei n. 12.462, de 04 de agosto de 2011. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm >. Acesso em 14 abr 2019.

26 Lei n. 12.462, de 04 de agosto de 2011. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm >. Acesso em 14 abr 2019.

Por fim, cabe enfatizar as diretrizes dispostas no RDC, que privilegiam a padronização dos objetos e instrumentos convocatórios e contratuais, discriminados no artigo 4º da Lei 12.462/11²⁷, abaixo descritas:

Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

I - padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas;

II - padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente;

III - busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

IV - condições de aquisição, de seguros, de garantias e de pagamento compatíveis com as condições do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10;

V - utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação; e

VI - parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala.

VII - ampla publicidade, em sítio eletrônico, de todas as fases e procedimentos do processo de licitação, assim como dos contratos, respeitado o art. 6º desta Lei.

Assim, é nítido que o regime do RDC busca garantir a melhor vantagem para a Administração Pública, utilizando os padrões do

²⁷ Ibid.

objeto e dos instrumentos convocatórios e a minuta do contrato, garantindo as devidas formas de aquisição, seguros, garantias e os pagamentos com igualdades de condições com o setor privado, por fim observar a ampla publicidade do certame licitatório.

Aspectos conflitantes

O artigo 12 da Lei nº 12.462/11²⁸, aduz que o procedimento licitatório no RDC deverá observar na seguinte ordem a fase preparatória, publicidade do instrumento convocatório, apresentação das propostas ou lances, julgamento, habilitação, recursos e encerramento, *in verbis*:

Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem:

- I - preparatória;
- II - publicação do instrumento convocatório;
- III - apresentação de propostas ou lances;
- IV - julgamento;
- V - habilitação;
- VI - recursal; e
- VII - encerramento.

Pelo exposto no dispositivo acima, é possível notar que do mesmo modo que o pregão, o RDC estabelece o procedimento de licitação utilizando a inversão de fases, onde os documentos de habitação só serão analisados após o julgamento da proposta mais vantajosa, garantindo assim, maior celeridade no procedimento licitatório.

O regramento que compõe o RDC contou com modificações substanciais em comparação com a Lei Geral de Licitações, acrescentando avanços na doutrina e na jurisprudência.

A Lei nº 12.462/11 em seu artigo 6º, prevê o sigilo do orçamento no regime do RDC. Logo, de acordo com a norma legal, o orçamento previamente estimado para contratação será público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo

28 Lei n. 12.462, de 04 de agosto de 2011. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm >. Acesso em 14 abr 2019.

da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas²⁹.

Existem exceções do sigilo como, por exemplo, quando o critério de julgamento for maior desconto, melhor técnica ou conteúdo artístico e maior oferta de preço. O orçamento sigiloso ficará à disposição dos órgãos de controle.

O RDC permite, desde que devidamente justificada a indicação de marcas ou modelos, a justificativa técnica deve ser assinada por responsável técnico, onde será permitida, nos casos de padronização do objeto, seja único com capacidade de atender as necessidades do contratante e marcas de referências, devendo a indicação ser precedida da expressão "ou simular ou de melhor qualidade"³⁰.

Poderá ser solicitada, pela Administração Pública, a Carta de Solidariedade emitida pelo fabricante do bem, em ato conforme motivação, com vista a assegurar a execução do contrato, quando o licitante for revendedor ou distribuidor do objeto pretendido.³¹

Essa opção é adequada para aquisições de vultuosas quantias e objetos com alta complexibilidade que envolvem tecnologia de ponta.

A forma de contratação integrada está disposta no artigo 9º da Lei n. 12.462/11, e regulamentada pelos artigos 73 a 76 do Decreto n. 7.581/12, consistindo em um regime de execução contratual para contratação de obras e serviços de engenharia, conforme descrito abaixo: "[...] a contratada é responsável tanto pela elaboração do projeto básico, quanto do executivo, bem como pela execução e entrega da obra acabada, pronta para funcionar."³²

Desta feita, o contratado será responsável pela confecção do projeto básico e do projeto de execução da obra ou do serviço da pretendida contratação.

29 Lei n. 12.462, de 04 de agosto de 2011. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm >. Acesso em 14 abr 2019.

30 RONDÔNIA. Tribunal de Contas. Manual do Gestor público: um guia de orientação ao gestor público para a sustentabilidade da administração pública/ Omar Pires Dias (Org.). – Porto Velho: TCE – RO, 2017, p.140.

31 RONDÔNIA. Tribunal de Contas. Manual do Gestor público: um guia de orientação ao gestor público para a sustentabilidade da administração pública/ Omar Pires Dias (Org.). – Porto Velho: TCE – RO, 2017, p.140.

32 CHARLES, Ronny; MARRY, Michele. RDC: Regime Diferenciado de Contratações. Salvador: Jus Podvim, 2014, p. 100.

Deverá conter no processo administrativo realizado pela Administração Pública a justificativa técnica ou econômica que demonstre ser a solução mais eficiente a utilização deste regime.

O anteprojeto de engenharia deverá conter todos os elementos indispensáveis para devida gestão e controle da execução contratual tendo em vista o grau de autonomia concedido ao contratado na utilização dos meios, passando a Administração Pública manter o foco na sua finalidade e resultado.³³

Ademais, o doutrinador HEINEN³⁴ afirmar que:

A contratação integrada é uma espécie de empreitada integral, com a diferença de que, na primeira, o Poder Público não se incumbem de fazer o projeto básico. Na empreitada integral, este documento compete ao ente estatal ou será objeto de licitação específica, sendo imprescindível sua confecção.

Assim, a incumbência de realizar o projeto e sua execução recai diretamente sobre a Contratada, garantindo maior celeridade no processo administrativo.

A remuneração variável é vinculada ao desempenho do contratado aplicável às obras e serviços, devendo ser motivada e respeitar o limite de orçamento fixado pela Administração Pública para a Contratação. A motivação deverá conter: os parâmetros escolhidos para aferir o desempenho do contratado, o valor a ser pago, o benefício gerado pela Administração Pública e definidas as metas, padrões de qualidade, os critérios de sustentabilidade ambiental e o prazo de entrega.³⁵

Na tentativa de melhor proposta para Administração Pública, sob forma de reduzir despesas correntes, os interessados apresentarão a proposta de trabalho e de preço, devendo a Contratação ser conforme a remuneração fixada no percentual da economia gerada.

33 RONDÔNIA. Tribunal de Contas. Manual do Gestor público: um guia de orientação ao gestor público para a sustentabilidade da administração pública/ Omar Pires Dias (Org.). – Porto Velho: TCE – RO, 2017, p.140

34 HEINEN, Juliano. Regime diferenciado de contratações: lei nº 12.462/2011. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 58.

35 RONDÔNIA. Tribunal de Contas. Manual do Gestor público: um guia de orientação ao gestor público para a sustentabilidade da administração pública/ Omar Pires Dias (Org.). – Porto Velho: TCE – RO, 2017, p. 141.

No RDC, assim como acontece na modalidade Pregão, a fase de julgamento das propostas antecede a fase de habilitação, dessa forma, só serão analisados os documentos de habilitação da empresa que efetuar a melhor proposta para Administração Pública, adotando esta sistemática o processo licitatório torna-se mais célere.

O RDC estipula que o gestor, após encerrar o procedimento de licitação, poderá realizar o devido retorno dos autos para saneamento de possíveis irregularidades sanáveis. A norma prevê que a comissão de licitação poderá adotar medidas de saneamento objetivando esclarecer informações, corrigir impropriedades na documentação de habilitação ou complementar a instrução do processo, desde que não seja alterada a especificação da proposta, devendo ser analisada a concretude dos fatos para a aplicação da regra

O RDC envolve todos os mecanismos de negociação e procedimentos, logo que quando se tratar de disputa aberta ou de disputa fechada está a se falar de processos de negociação coletiva.

Em função da inversão das fases de julgamentos e de habilitação no RDC, o processo licitatório tem uma fase recursal única que se segue a habilitação do vencedor, e onde são analisados os recursos interpostos. Os licitantes, sob pena de preclusão, têm de manifestarem, na sessão, a intenção de recorrer das decisões relativas à pré-qualificação, habilitação e julgamento das propostas. A adoção desta sistemática destina-se a agilizar o procedimento licitatório.³⁶

Na Lei nº 8.666/93, quando o vencedor da licitação não assinar o termo de contratual, poderão ser convocados os licitantes remanescentes para fazê-lo nas condições da lograda vencedora da licitação.

Já em relação ao RDC, há possibilidade de que os licitantes remanescentes sejam contratados conforme suas respectivas propostas, até o limite estimado inicialmente pelo órgão público Contratante.

Foram inseridas no RDC, regras antinepotismos que estabelecem vedações objetivas, como a contratação direta, sem licitação, de

36 RONDÔNIA. Tribunal de Contas. Manual do Gestor público: um guia de orientação ao gestor público para a sustentabilidade da administração pública/ Omar Pires Dias (Org.). – Porto Velho: TCE – RO, 2017, p. 141.

pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção que mantenha relação de parentesco, inclusive por afinidade, até o terceiro grau civil com detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou contratação, ou com autoridade hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão ou entidade da Administração Pública.³⁷

Essas regras geram maior confiança e garantia de imparcialidade nas contratações da Administração Pública, que deve sempre se pautar pela proposta mais vantajosa e isonomia entre os licitantes.

Considerações Finais

O presente artigo teve como objetivo trazer ao conhecimento informações sobre a Lei nº 8.666/93, juntamente com a Lei nº 12.462/11, podendo concluir que o Regime Diferenciado de Contratações é um novo regime de licitação com a finalidade de promover a celeridade, a eficiência e novidades no aspecto da flexibilização (quando comparados com as modalidades convencionais da Lei nº 8.666/93), no intuito de contratar os serviços, obras e bens necessários, com qualidade e em tempo hábil.

Apesar do RDC ter sido inicialmente criado para ser aplicado às obras que sediaram grandes eventos esportivos no Brasil, houve uma extensão para outras áreas, conforme evidenciado no art. 1º da Lei nº 12.462/11, deixando evidente que o RDC é uma tendência que veio para ficar no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Entre as inovações que o RDC trouxe, estão: o orçamento sigiloso, indicação de marcas ou modelo, previsão de carta de solidariedade, contratação integrada, remuneração variável, inversão de fases, correções de vícios sanáveis, mecanismo de negociação, fase recursal única, contratação de remanescentes e regras de antinepotismo.

Assim, é possível notar que a nova modalidade de licitação permite a redução de riscos gerados por conseguinte de um planejamento

37 RONDÔNIA. Tribunal de Contas. Manual do Gestor público: um guia de orientação ao gestor público para a sustentabilidade da administração pública/ Omar Pires Dias (Org.). – Porto Velho: TCE – RO, 2017, p. 141.

deficiente da Administração Pública, contudo não deixando de responsabilizar o Gestor se este elaborar um anteprojeto de engenharia que não permita definir de forma precisa e clara o objeto a ser licitado, bem como o julgamento das propostas e dos documentos de habilitação.

É imperioso, ainda, definir os perigos e a estimativa de custos de maneira precisa para evitar a imprevisibilidade de riscos assumidos pelo licitante e, assim, aferir nos valores das propostas que serão apresentadas.

Por fim, é importante que o RDC seja bem recebido pelos Gestores Públicos, pois as inovações trazidas por ele geram maior benefício para auferir a proposta mais vantajosa para a Administração Pública e, conseqüentemente, maior celeridade, garantindo melhorias de resultado nos procedimentos licitatórios em nosso país.

Referências

ALEXANDRE, Ricardo e DEUS, de João. Direito administrativo. 3ª.ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 28ª edição – São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < [http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 out 2018.

_____. Lei n. 8.666, de 22 de junho de 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 14 out 2018.

_____. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>. Acesso em 28 nov 2018.

_____. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm>. Acesso em 28 nov 2018.

_____. Lei n. 12.462, de 04 de agosto de 2011. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em 14 abr 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013.- São Paulo: Atlas, 2014.

CHARLES, Ronny; MARRY, Michele. RDC: Regime Diferenciado de Contratações. Salvador: Jus Podvim, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24ª edição – São Paulo: Atlas, 2011.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. Dicionário universitário jurídico. 21ª. Ed. – São Paulo: Rideel, 2017.

HEINEN, Juliano. Regime diferenciado de contratações: lei nº 12.462/2011. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 6ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

RONDÔNIA. Tribunal de Contas. Manual do Gestor público: um guia de orientação ao gestor público para a sustentabilidade da administração pública/ Omar Pires Dias (Org.). – Porto Velho: TCE – RO, 2017.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. Regime Diferenciado de Contratação – RDC. 2. Ed. Ver. Atual. 1. Reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FELIPE AUGUSTO ALMEIDA DO NASCIMENTO

Pós-Graduando da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON. Porto Velho/RO, Brasil. E-mail: felipealmeida131294@gmail.com

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: Instrumento de Efetividade do Princípio Constitucional da Presunção da Inocência. Um Estudo na Comarca de Porto Velho-RO

Felipe Augusto Almeida do Nascimento

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo discorrer sobre a Audiência de Custódia no Brasil, por ser signatário de Tratados Internacionais que trazem sua previsão legal. Serão abordados os princípios constitucionais da Presunção de Inocência e Dignidade da Pessoa Humana. Em especial à Audiência de Custódia na Comarca de Porto Velho/RO, verificando se sua realização apresentou resultado positivo ou significativo, averiguando o perfil das decisões proferidas, sobretudo as concessões de liberdade provisórias e conversão em preventiva. Por fim, trazendo em números as medidas cautelares aplicadas na concessão de liberdade do acusado, assim como das audiências realizadas em Porto Velho. Portanto, é indiscutível a eficácia do instituto para buscar ao preso a sua dignidade e integridade física. Trata-se de pesquisa bibliográfica, com abordagem dedutiva e qualitativa de cunho descritivo. Baseou-se em documentos como doutrinas, artigos, relatórios estatísticos coletados junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia para o desenvolvimento do artigo.

Palavras-chave: Audiência de Custódia. Direitos Fundamentais. Prisão preventiva. Sistema Carcerário. Pactos Internacionais de Direitos Humanos.

Introdução

O Estado brasileiro vive um momento de crise carcerária sem precedentes. A escalada da criminalidade amparada em facções

criminosas que se apossaram do poder aliado à inércia estatal no trato com o sistema prisional, gerou um estado de constante violação de direitos humanos em todos os rincões da nação, crise chamada pelo STF de “estado de coisas inconstitucional”. Atento a esta crescente preocupação do sistema judiciário, o CNJ implementou em todos os Tribunais do país, a chamada “Audiência de Custódia” destinada a analisar em tempo reduzido a regularidade das prisões cautelares de toda natureza, oportunizando à pessoa presa, o contato direto com uma autoridade judicial, a quem poderá relatar a ocorrência de alguma violação de suas garantias constitucionais.

Este instituto é, no enfoque deste trabalho, uma garantia de efetivação do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, pois até que seja formada a culpa, toda e qualquer pessoa deve ser tratada como inocente e não deve, dependendo da gravidade e circunstâncias do crime que lhe é atribuído, ser colocada, preventivamente, nas prisões precárias brasileiras.

O texto traz, inicialmente, uma abordagem principiológica do tema para adiante passar a elencar e comentar os principais fundamentos normativos da audiência de custódia, como convenções internacionais, normas internas e resoluções do CNJ, bem como suas finalidades e características.

Nas últimas seções, tratou-se da interação da audiência de custódia com o processo penal e demonstrou-se ainda por meio de gráficos o funcionamento deste procedimento na Comarca de Porto Velho.

Ao final, compreende-se que a audiência de custódia está em pleno funcionamento na Comarca objeto de pesquisa e tem servido como valoroso filtro das prisões cautelares, destinando ao cárcere apenas aqueles que, realmente, preenchem os requisitos legais, bem como os já condenados por sentença transitada em julgado.

Princípios

Presunção de Inocência

O princípio da presunção de inocência foi incluído, expressamente, em nosso ordenamento jurídico através da Constituição Federal de 1988, mais precisamente no artigo 5º, inciso LVII que dispõe que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*. Nesse contexto, todos os indivíduos são, presumivelmente, inocentes (até que se prove o contrário), ou que seja formada sua culpa, incumbindo à acusação o ônus probatório da materialidade e autoria delitivas, só podendo ocorrer o cerceamento da liberdade em situações excepcionais e de estrita necessidade.

Ademais, o princípio da presunção inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas/fundamentais em relação ao acusado. A primeira refere-se ao **tratamento** do indivíduo, pois ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade. Isto é, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode o indivíduo sofrer restrições pessoais, exclusivamente, na possibilidade de condenação. Já a regra **probatória**, visa estabelecer que todo o ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria deve recair, exclusivamente, sobre a acusação, ou seja, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado e não este provar sua inocência.

Cito adiante conceito doutrinário de Aury Lopes¹ sobre este princípio:

É um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Essa opção ideológica (pois eleição de valor), em se tratando de prisões cautelares, é da maior relevância, visto que decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro.

1 Lopes Jr., Aury. Prisões cautelares / Aury Lopes Jr. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo, Saraiva, 2017. 1. Direito penal 2. Prisão (Direito penal) – Brasil 3. Prisão preventiva – Brasil 4. Medidas cautelares – Brasil I. Título. 16-1498 CDU 343.126

Este princípio tem sido objeto de grande polêmica nos últimos anos pois no julgamento do HC 126.292, o Supremo Tribunal Federal (STF), modificou o seu posicionamento quanto ao princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência, considerando compatível com a Constituição a execução provisória da condenação logo após o exaurimento da matéria de mérito em segunda instância, o que permitiu a recorribilidade em liberdade apenas até o julgamento dos embargos de declaração em apelação. A decisão polêmica desconsidera de forma **corriqueira** a exigência do trânsito em julgado, sendo diverso daquele interpretado por parte da doutrina que estaria, literalmente, previsto na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, inciso LVII, que trata da questão como decisão da qual não caiba mais nenhum recurso.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, conforme voto do Excelentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso no mesmo HC 126.292/SP, admitiu a possibilidade do que chamou de “mutação constitucional”.

Dignidade Humana

Voltando os olhares novamente para a Constituição Federal de 1988, encontramos o princípio da dignidade humana, decorrente de forte construção ideológica mundial no período pós-guerra, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

Este princípio foi apontado logo no artigo 1º, inciso III, ou seja, é um direito fundamental carregado de valores inestimáveis, e norteia toda atividade do Estado a interpretação de todas as demais normas. Segundo André de Carvalho Ramos² (2017, p. 75), a dignidade da pessoa humana é assim definida:

Assim, a dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que **o protege contra todo**

2 Ramos, André de Carvalho. Curso de direitos humanos / André de Carvalho Ramos. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. (Grifo nosso).

Devemos tratar que o presente princípio é distinto dos direitos referentes à liberdade, igualdade, entre outros elencados na Lei Maior, implícita ou explicitamente, pois a dignidade humana não trata apenas de um aspecto particular de existência, mas sim de uma “qualidade” ligada a todo o ser humano.

Deve-se ressaltar que a doutrina de André de Carvalho Ramos (Op. cit) traz elementos que caracterizam a dignidade da pessoa humana, tanto quanto elemento positivo e negativo.

O elemento **negativo** consiste na proibição de se impor tratamento ofensivo, degradante ou ainda discriminação odiosa a um ser humano. Por isso, a própria Constituição dispõe que **“ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”** (art. 5º, III) e ainda determina que **“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”** (art. 5º, XLI). (Grifo nosso).

[...] Já o elemento **positivo** do conceito de dignidade humana consiste na **defesa da existência de condições materiais mínimas de sobrevivência a cada ser humano**. Nesse sentido, a Constituição estabelece que a nossa ordem econômica tem “por fim assegurar a toda existência digna” (art. 70, caput). (Grifo nosso).

O atual Ministro do STF Alexandre de Moraes³ também leciona que o princípio da dignidade humana:

Concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual.

Nesse diapasão, a interpretação das lições doutrinárias nos permite concluir que cada indivíduo é merecedor de igualdade em

3 Moraes, Alexandre de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

consideração e respeito pelo Estado e pela comunidade. A dignidade é um bem irrenunciável e inalienável, devendo ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida.

É diante destes princípios e em respeito a eles que a audiência de custódia constrói duas bases, conforme será explanado adiante.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Conceito

Em linhas gerais, a audiência de custódia, ou audiência de apresentação/audiência de garantia, é o instituto processual que assegura a toda e qualquer pessoa presa que ela seja encaminhada sem demora à presença de uma autoridade judicial, que após um breve contraditório entre Ministério Público e defesa, exercerá o controle da legalidade e necessidade da prisão, sobretudo quanto à existência de maus tratos e tortura.

Previsão Normativa

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, foi assinada em São José, capital da Costa Rica, em 1969, entrando em vigor em 1978, onde apenas os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos têm o direito de aderir-lá, a qual o Brasil é signatário e ratificou em 1992 pela presente convenção. No que se diz respeito à temática deste trabalho, citamos o seu Artigo 7º, item 5:

Toda **pessoa detida ou retida** deve ser conduzida, sem demora, à presença de um **juiz** ou outra autoridade autorizada pela **lei** a exercer **funções judiciais** e tem **direito** a ser julgada dentro de

um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.⁴ (Grifo nosso).

Esta convenção é um dos principais marcos no instrumento normativo do sistema regional interamericano no que se refere à proteção aos direitos humanos. Segundo Piovesan⁵, *"ela reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos"*.

A mesma autora afirma que dentre esse universo de direitos tutelados por esta norma internacional de direitos humanos, destacam-se:

[...] o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial.

Ainda da lavra de Piovesan, colhe-se que os Estados-partes dessa Convenção têm a obrigação de respeitar e assegurar todos os direitos garantidos pelo texto normativo, tanto de forma positiva como negativa, pois tem a obrigação de não violar direitos individuais, bem como de assegurar meios para o pleno exercício da Convenção. Nesse contexto, somente com a implantação da audiência de custódia o Brasil passou a cumprir seu dever enquanto signatário, pois agora não apenas se propõe a não torturar e garantir direitos dos presos, mas garante-lhes também a oportunidade de relatar diretamente à

4 VADE MECUM JUSPODVM: 2017 / Organizadora Carmem Becker – Salvador: JusPodivm, 2017, 2.408 P. Art. 7º item 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos (ou Pacto de San José da Costa Rica), 1969.

5 Piovesan, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional – 14. ed., rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013.

autoridade judicial alguma violação.

Para promover a observância e a proteção dos direitos humanos nos países das Américas, foi criada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que fiscaliza a atuação dos Estados-partes através de relatórios anuais, e prevê ou indica medidas para a efetiva aplicação da Convenção. Todos os anos são encaminhados um relatório anual das atividades desta Comissão à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos que então poderá adotar algumas medidas de advertência.

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

A Audiência de Custódia fundamentou-se, além do Pacto San José da Costa Rica, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, estabelece em seu art. 9º item 3, *in verbis*:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, **sem demora**, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência e a todos os atos do processo, se necessário for, para a execução da sentença.⁶ (Grifo nosso).

Convenções sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas

A convenção, interamericana sobre este tema foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 8.766/2016⁷, que estabeleceu em seu artigo 46, XI:

6 Art. 9º item 3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 1966. Disponível: <[http://www.oas.org/dil/port/1966 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Pol%C3%ADticos.pdf](http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf)>.

7 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8766.htm

Toda pessoa privada de liberdade deve ser mantida em lugares de detenção oficialmente reconhecidos e apresentada, **sem demora** e de acordo com a legislação interna respectiva, à autoridade judiciária competente. (Grifo nosso).

Citamos ainda a “Convenção Internacional para a Proteção de todas as pessoas contra o Desaparecimento Forçado” (Decreto 8.767/2016), a qual estabelece o direito a não ser submetido a desaparecimento forçado e ainda a reparação em direito da vítima à justiça e à reparação. A mesma norma acrescenta que a vítima tem o direito de conhecer a verdade sobre as circunstâncias do desaparecimento forçado e os familiares da pessoa desaparecida também possuem o direito de saber o destino das pessoas desaparecidas, assegurando-se assim a liberdade para que vítimas e parentes possam buscar, receber e difundir tais informações. Não por acaso, em passado recente foi criada a comissão nacional da verdade, para averiguar as circunstâncias de desaparecimento de pessoas durante o período nebuloso da ditadura militar.

Resolução 213 do CNJ

Diante da inexistência de regulamentação da audiência de custódia, mesmo diante de todos os tratados e convenções já citados, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sob a presidência do Ministro Ricardo Lewandowski decidiu implementar a audiência de custódia em todo território nacional por meio da Resolução 213⁸. Este instituto está inserido em um projeto complexo, com estruturação multidisciplinar nos Tribunais de Justiça para levar toda pessoa presa à presença de um juiz no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, almejando a redução drástica dos presos provisórios em todas as Comarcas do país. Embora questionada a validade desta resolução pela ADI 5240, promovida pela Associação dos Delegados de Polícia

8 http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf

do Brasil, o STF julgou válida a resolução, sugerindo nos termos do voto do Min. Luiz Fux, a modificação da nomenclatura para “audiência de apresentação”.

Em outras palavras, o Brasil se atentou para a deficiência do sistema penitenciário, inicialmente pelo Judiciário Paulista que é o pioneiro da aplicação da audiência de custódia no país, para evitar prisões cautelares e, diminuir sua população carcerária, tendo em vista que se encontram em diversas unidades prisionais, indivíduos que aguardam presos pelo julgamento dos crimes que lhes são imputados.

Finalidade

A audiência de custódia tem por finalidade verificar a preservação das garantias constitucionais do indivíduo preso e está prevista em pactos e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, tais como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Outra finalidade apontada por Caio Paiva é que a audiência de apresentação/custódia intenta adequar o processo penal brasileiro, que remonta ao início da década de 40, aos tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos. Destaca-se ainda que a realização da audiência de custódia pode contribuir para a prevenção e combate à violência e tortura policial, fazendo com que todos os atores do sistema de justiça trabalhem dentro dos padrões de legalidade e eficiência.

Características

Este procedimento compreende a apresentação da pessoa presa à presença da autoridade judicial, que verificará o cumprimento das garantias constitucionais pelo Estado, como medida de prevenção à generalização de maus tratos, torturas e aprisionamento cautelar ilegal e desarrazoado, fatos que poderiam ser evitados com um

simples esclarecimento pessoal perante um juiz, pelo qual será em uma audiência em que serão proferidas também manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso.⁹ Importante destacar a relevância da Audiência de Custódia quanto às garantias da Carta Magna de 1988, pois no art. 5º, III dispõe que é vedada a tortura e que ninguém será submetido a ela. Percebe-se, portanto que esta garantia resguarda o acusado e sua integridade física, o que é corroborado pelo inciso XLIX do referido artigo supracitado.

Ademais, o inciso LXVI destaca que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, ou seja, interpretando-se a Constituição à luz dos tratados internacionais que o Brasil é signatário, o infrator deverá, obrigatoriamente, ser levado à presença de uma autoridade competente para ser realizada a audiência de custódia, interpretação que pode ser dada, de igual forma, ao inciso LXI que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Outra garantia constitucional preservada pela implantação da audiência de custódia é a prevista no inciso LVII, pois “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, o que assegura o respeito ao princípio da presunção de inocência.

Os pactos dos quais o Brasil é signatário, juntamente com o Projeto de Lei do Senado Federal de nº 554/2011 e com a ADPF nº 347, foram passos importantes na criação da audiência de apresentação. Consta que o segundo foi responsável por promover a alteração do artigo 306 do Código de Processo Penal, em especial seu parágrafo primeiro que expõe sobre a apresentação do preso em flagrante dentro de vinte e quatro horas perante o juiz. Porém, o projeto ainda não foi aprovado pelo Congresso Nacional, fazendo com que alguns estados, como São Paulo, adotem as medidas da audiência de custódia, entendendo ser uma garantia emanada pelo Pacto de San José da Costa Rica,

9 <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>

adotando-se o mesmo com equivalência suprallegal.

Caos Carcerário

O caos carcerário é alarmante em nosso sistema prisional brasileiro, pois vivenciamos uma superlotação a que se deve a grande quantidade de detentos que não foram julgados, destacando-se neste trabalho a Comarca de Porto Velho, os quais poderiam com a audiência de custódia realizada a época de sua prisão, serem colocados em “liberdade” cumprindo uma das medidas cautelares diversas da prisão, para aguardar o seu julgamento.

Devemos ressaltar que o Brasil é o 3º (terceiro) país com maior número de pessoas presas, ficando atrás apenas de países como EUA e China, totalizando 726.712, sendo 40% dos presos provisórios, correspondendo a 290.685 mil que ainda aguardam julgamento.¹⁰

O objetivo da audiência de custódia é enfrentar esse problema, garantindo a rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisão em flagrante. A ideia é que o acusado seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público e da Defensoria Pública ou do advogado do preso.

Estado de Coisas Inconstitucional

Apesar de enfrentar cenário de exaustão do sistema prisional há décadas, o Estado brasileiro não adotou as medidas suficientes para a preservação dos direitos humanos das pessoas presas, chegando ao cúmulo do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 347¹¹, decidir que vivemos um “estado de coisas inconstitucional”,

10 Dados do 1º Semestre de 2016 - <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/apresentacao-coletiva-08-12-2017.pdf> - PAIVA, Caio: Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro. 3ª edição. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018. Página 30.

11 ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016

uma decisão de grande relevância para a preservação dos direitos humanos da pessoa presa no Brasil,

Neste julgamento o Supremo assentou esta tese, pois o país vive um estado de coisas inconstitucional em suas unidades prisionais, com a constante violação de direitos e garantias dos presos, o que, novamente, corrobora para a necessidade de implantação da audiência de custódia, como medida de se evitar que todo preso experimente, desnecessariamente, um cárcere violador.

Audiência de Custódia e sua Interação com o Processo Penal

Prisão Temporária

Aqui será abordado a respeito do instituto da prisão temporária, tendo por finalidade conceituá-lo, apresentar os requisitos necessários para a sua aplicação, bem como os prazos a que deve ser atendido pelo juízo e as medidas cautelares a serem aplicadas neste procedimento.

Trata-se de hipótese de prisão cautelar que visa auxiliar nas investigações policiais, com prazo de duração determinado e com previsão na Lei 7.960/89. A prisão temporária somente pode ser decretada na fase pré-processual (atendendo a representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público), isto é, no âmbito do inquérito policial, e no caso de prática de um dos delitos previstos no rol taxativo na Lei supracitada.

Importante frisar que conforme o art. 300 do CPP alterado pela Lei 12.403/11, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal.

Os requisitos para a prisão temporária estão elencados no artigo 1º da Lei 7.960/89 que dispõe:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes(...)

Os requisitos acima citados podem ser cumulativos, por mais que exista divergência doutrinária, a corrente majoritária entende que para a decretação da prisão temporária é necessário sempre a presença do inciso III (*fumus comissi delicti*), combinado com o inciso I ou o inciso II (*periculum libertatis*).

Ademais, só pode ser decretada na fase de investigação policial, sendo inadmissível após a instauração da ação penal, não podendo, ainda, ser decretada de ofício pelo Magistrado.

Deverá sempre ser fundamentada a decisão, como determinam os artigos 93, IX, da Constituição e 2º, § 2º, da Lei n. 7.960/89, demonstrando a necessidade da prisão temporária e a presença do requisito e fundamentos que a legitimam.

Os prazos de duração da prisão temporária são: até 5 dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade; sendo crime hediondo, o prazo poderá ser de 30 dias, prorrogáveis por igual período, fazendo com que a prisão temporária possa durar até 60 dias. Essa possibilidade está prevista no art. 2º, § 4º, da Lei n. 8.072/90.

Ressalta-se que a contagem do prazo é feita no modelo penal, incluindo-se no cômputo o dia de início, independentemente da hora capturada e findo o prazo a liberação não dependerá da expedição de alvará de soltura.

Prisão Preventiva

Outra modalidade de prisão diversa da definitiva é a prisão preventiva, normalmente, decorrente da conversão da prisão em flagrante, que tem por objetivo a garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e para garantia de aplicação da Lei penal. Pode ainda ser decretada no decorrer da instrução ou mesmo na fase de inquérito, pelos fundamentos já

elencados e não possui prazo determinado, embora guarde relação direta com os prazos para conclusão das fases processuais.

Medidas Cautelares

As medidas cautelares estão previstas no Artigo 319 e seguintes do Código de Processo Penal brasileiro, tendo por objetivo assegurar o bom andamento da investigação criminal e reduzir a prática de infrações penais, para garantir a ordem pública e evitar a reiteração criminosa. Importante frisar que as cautelares do rol contido no artigo 282 do CPP, podem ser aplicadas isoladas ou cumulativas, de ofício pelo juízo ou a requerimento das partes.

a) Comparecimento Periódico em Juízo: Incumbe ao indivíduo quando necessário informar e justificar as atividades ao juízo, devendo manter todas as informações atualizadas (endereço, local de trabalho e afins);

b) Proibição de Acesso a Determinados Lugares: É muito utilizada a imputados que fazem parte de torcidas organizadas e que praticam atos violentos, ou, que habitualmente se envolvem em delitos em bares e boates e no crime de violência doméstica;

c) Proibição de Manter Contato com a Pessoa Determinada/Vítima: Busca a proteção à determinada pessoa, no caso a vítima, testemunha ou coautor do crime, tendo como sua função cautelar de tutela da prova, e, devendo a pessoa protegida denunciar eventual descumprimento da ordem;

d) Proibição de ausentar-se da Comarca: refere-se à proibição do acusado se ausentar da Comarca e do país, devendo ser comunicada pelo juízo às autoridades competentes de fiscalizar a saída do território nacional, intimando o acusado para entregar o passaporte no prazo de 24h;

e) Recolhimento domiciliar no período noturno: Objetiva diversos fins, isto é, minorar o risco de fuga ou a tutela da prova. Ademais pode ser imposta com a utilização do monitoramento

eletrônico, prevista no inciso IX e se diferencia da prevista dos artigos 317 e 318 (prisão domiciliar);

f) Suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica ou financeira: é a mais gravosa, devendo o magistrado utilizá-la com certa prudência, apenas para tutelar o risco de reiteração;

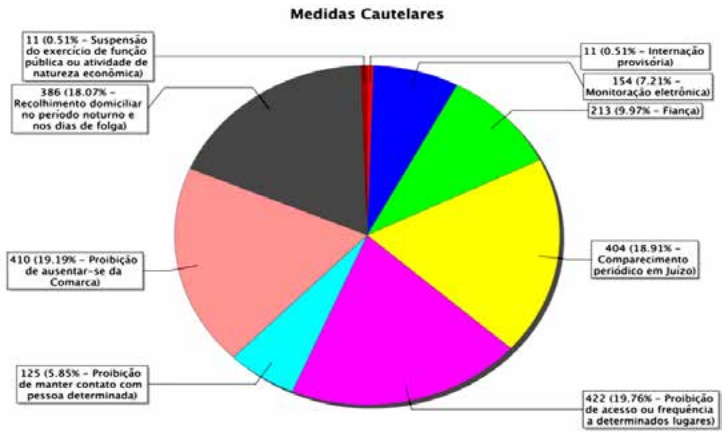
g) Internação provisória do acusado nos crimes praticados com violência ou grave ameaça: esta hipótese busca apresentar uma medida de segurança cautelar, nos casos praticados com violência ou grave ameaça; à pessoa por agente inimputável ou semi-imputável; e risco de reiteração criminosa (cumulativos);

h) Fiança: Pode ser aplicada enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória (art. 334/CPP). Pode ser aplicada de forma isolada ou cumulada com as demais medidas cautelares, tendo como função assegurar o comparecimento do indivíduo a atos do processo, a fim de evitar obstrução de seu andamento ou de contrariar (resistir) à ordem judicial;

i) Monitoração eletrônica: Trata-se de pulseira ou tornozeleira que tem por finalidade o controle do indivíduo, via GPS, de monitorar a rotina ininterrupta para não ter risco de fuga ou prática de novas infrações.

Dados relacionados às Medidas Cautelares aplicadas na Comarca de Porto Velho

Adiante apresentamos gráficos representativos das cautelares aplicadas em substituição à prisão preventiva pelo Juízo da custódia:



Dados Estatísticos das Audiências cadastradas no período de 01/01/2017 a 31/12/2017.

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia - Porto Velho- SISTAC – 2017.

No gráfico acima, podemos demonstrar as medidas cautelares aplicadas pelo juízo ao indivíduo após a realização da audiência de custódia, notando-se que as cautelares proibitivas preponderam.

Dados relacionados a Audiências de Custódia realizadas em Porto Velho

No gráfico abaixo temos as decisões proferidas pelo juízo:

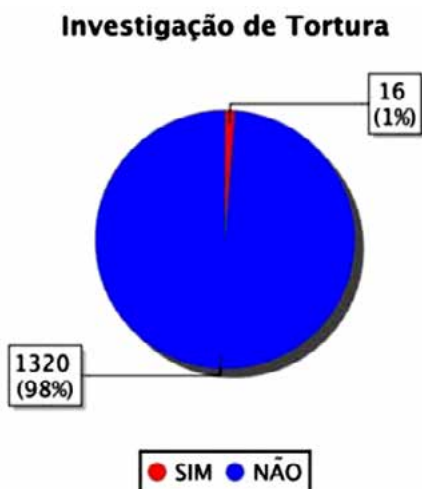


Dados Estatísticos das Audiências cadastradas no período de 01/01/2017 a 31/12/2017.

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia - Porto Velho- SISTAC – 2017.

Dados relacionados a Casos de Tortura

Na imagem abaixo, está demonstrado o gráfico para a narrativa de condutas de tortura em tese praticadas pelos agentes públicos que efetuaram a prisão, antes de ser levado a presença de um juiz em 24 horas.



Dados Estatísticos das Audiências cadastradas no período de 01/01/2017 a 31/12/2017.

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia - Porto Velho- SISTAC – 2017.

Dados relacionados a Audiências de Custódia

Abaixo temos um demonstrativo relacionado às audiências de custódia realizadas na comarca de Porto Velho/RO, com a pesquisa realizada junto às varas criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, onde demonstra de forma satisfatória a implantação do presente instituto, tendo em vista que o aprisionamento ilegal e irrazoável agora pode ser discutido, aonde a banalização das prisões veio para ser retificado com a audiência de custódia.

Dados da Audiência de Custódia realizadas na Comarca de Porto Velho Demonstrativo 2017 (SISTAC)				
	Audiências	Prisões	Liberdades	Investigação de Tortura
1ª Vara Criminal	810	425	385	9
Vara de Tóxicos	136	114	22	3
1º Juizado de Violência Doméstica	130	22	108	0
Porto Velho	98	44	54	0
2ª Vara Criminal	65	26	39	2
3ª Vara Criminal	59	28	31	1
Vara de Execuções Penais	21	12	9	0
2ª Vara do Júri	8	6	2	0
Vara de Auditoria Militar	4	0	4	0
1ª Vara do Júri	4	2	2	1
1º Juizado da Infância e Juventude	1	0	1	0
Total:	1336	679	657	16

Considerações Finais

A partir dos estudos e dados obtidos, o presente artigo abordou a eficácia dos Tratados Internacionais de Pacto San José da Costa Rica e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos no ordenamento jurídico pátrio, que após o Brasil ratificar por ser signatário dos mesmos, passarão a ter fundamento Constitucional, devendo ser imposta a sua utilização.

É possível constatar que a Audiência de Custódia é um instrumento

que tem potencialidade de reduzir o encarceramento de prisões ‘desnecessárias’, apresentando o indivíduo preso ao juízo para que este possa de maneira suscita e clara esclarecer os fatos que levaram a sua prisão, ao passo que, anteriormente, este primeiro contato com o magistrado ocorria em uma audiência de instrução e julgamento e o acusado já se encontrava em uma unidade prisional.

Ressaltando ainda um dos problemas que levaram o país à aplicabilidade da audiência de custódia, o caos carcerário que o país vem sofrendo, a exemplo de motins ocasionados nos últimos 03 (três) anos. Esta situação carcerária torna-se temerária quando observado que boa parte dos presos provisórios poderiam aguardar o julgamento em liberdade, atendendo os requisitos da concessão de liberdade provisória com ou sem fiança.

Apresentando dados relacionados à Comarca de Porto Velho com pesquisa de campo realizado no Tribunal de Justiça de Rondônia, demonstra a efetiva aplicação do instituto da audiência de custódia na capital Rondoniense, tendo por maioria das vezes que o acusado tendo sua liberdade concedida com aplicação de uma medida cautelar diversa da prisão.

Os resultados do estudo apontam que a audiência de custódia serve não apenas para averiguar a prática de alguma violência contra o custodiado, mas também como filtro de prisão preventiva, assegurando que apenas aqueles que realmente preenchem seus requisitos legais aguardarão o julgamento na prisão, garantindo-se aos demais o direito de aguardar o julgamento de eventual ação penal em liberdade, evitando-se o encarceramento desnecessário de indivíduos e a sobrecarga do sistema carcerário.

Portanto, o presente artigo pretende desacreditar a sociedade sobre a utilidade da Audiência de Custódia e sobre o seu papel na garantia da inocência do indivíduo, pois são avanços necessários não só para o Poder Judiciário, mas também para ressocialização do ser humano.

Referências

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro Processo penal / Norberto Avena. – 9.^a ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BRASIL. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 1966. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Audiência de Custódia. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>

LIMA, Renato Brasileiro de Manual de Processo Penal: 6^a ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2018.

LOPES JR, Aury. Prisões cautelares / Aury Lopes Jr. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017. 1. Direito penal 2. Prisão (Direito penal) - Brasil 3. Prisão preventiva - Brasil 4. Medidas cautelares - Brasil I. Título. 16-1498 CDU 343.126.

MORAES, Alexandre de Direito Constitucional / Alexandre de Moraes. – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Editora Forense, 2018.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PAIVA, Caio: Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro. 3^a edição. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018. Página 44/45.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos / André de Carvalho Ramos. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. 1. Direitos humanos 2. Direitos humanos - Brasil 3. Direitos humanos (Direito internacional) I. Título. 16-1356 CDU 341:347.121.1.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal: 13ª ed. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

VADE MECUM JUSPODIVM: 2017 / Organizadora Carmem Becker – Salvador: JusPodivm, 2017, 2.408 P. Art. 7º item 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969.



Ainda somos os mesmos
Autor: Selielvis dos Santos Martins

Jucileide do Carmo Rodrigues Moura

Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Católica de Rondônia, bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia (2018), atualmente Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça de Rondônia. Porto Velho/RO, Brasil. E-mail: jucileide_moura@yahoo.com.br

Anderson Pereira Charão

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2018). Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pelo IMED/CETRA (2009). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2006) E-mail: anderson.charao@fcr.edu.br

A OBRIGATORIEDADE DA AUDIÊNCIA INICIAL DE CONCILIAÇÃO E SUA EFICÁCIA FRENTE AO PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL

Jucileide do Carmo Rodrigues Moura
Anderson Pereira Charão

RESUMO

A conciliação é um instrumento utilizado para que de forma rápida e consensual resolvam-se os conflitos e um meio de não sobrecarregar ainda mais o Judiciário. O Código de Processo Civil de 2015, trouxe esta prerrogativa, de forma obrigatória, para que antes de se iniciar a fase processual propriamente dita, as partes disponham de um ambiente onde elas construam de forma consensual a solução de seu imbróglio. Partindo desse enunciado, o presente trabalho vem apontar alguns aspectos desse meio alternativo, iniciando-se com um breve relato de seu surgimento no ordenamento jurídico brasileiro, passando à sua conceituação e discorrendo sobre seu procedimento, abordando a função do conciliador bem como do mediador e apresentando alguns princípios norteadores da conciliação. Por fim, tratando-se de meio alternativo que visa dar celeridade ao processo, apresenta-se o princípio da celeridade processual. Sendo a Audiência de Conciliação uma estratégia de se dirimir as lides, demonstrar-se-á a partir da pesquisa bibliográfica, se o instituto está sendo eficaz na sua finalidade, solucionar o litígio no início do processo, ambientado nos dados coletados junto ao Centro Judicial de Solução de Conflitos das Varas Cíveis da Comarca de Porto Velho – Rondônia.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Audiência de Conciliação. Princípio da celeridade processual.

Introdução

Com o estabelecimento do Novo Código de Processo Civil, instaura-se um procedimento que busca dar maior celeridade ao processo, sendo uma de suas bases a resolução consensual do conflito, que visa a pacificação social através de mecanismos em que as partes construirão a própria solução de seus problemas.

Nesse novo modelo, destaca-se a audiência inicial de conciliação ou mediação, que traz uma obrigatoriedade tanto da parte do juízo, em designá-la, quanto das partes querelantes, ao ser estabelecida sanção pecuniária àquele que injustificadamente não comparecer à audiência.

Nesta senda, perquire-se se tais medidas importarão na tão esperada celeridade processual. Com o aprofundamento no assunto verificar-se-á que até se chegar à audiência inicial de conciliação, transcorrerá um prazo, o qual dependerá da agenda da pauta de audiência e da intimação/citação do requerido. Este poderá esperar até a realização da audiência e não propor nenhuma forma de acordo. Neste íterim, o processo ficará parado. Por outro lado, podemos dizer que se houver acordo, o processo será extinto imediatamente, celebrando por esse meio, o princípio da celeridade processual.

Para discutir se a obrigatoriedade de audiência de conciliação ou mediação está sendo eficaz em seu objetivo de agilizar a conclusão do processo, far-se-á um breve relato da história de desse instituto no regramento ordinário brasileiro, a conceituação do procedimento e ainda, um relato das atividades dos conciliadores e mediadores, passando por uma análise dos princípios norteadores da conciliação e do princípio da celeridade processual, por fim, será comentado e avaliado alguns dados estatísticos das audiências desse tipo, marcadas no âmbito das Varas Cíveis da Comarca de Porto Velho/RO, abrangendo a quantidade e o percentual de êxitos, para então, verificar se a bibliografia a respeito do tema se confirma na amostra delimitada. O estudo se dará através de pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa, do tipo exploratória, também servirá para nortear a análise qualitativa das possíveis causas dos fracassos e o

impacto das soluções na celeridade processual, escopo central deste artigo.

Breve evolução do instituto da conciliação no Brasil

A conciliação está presente no ordenamento jurídico brasileiro desde o século XIX, ainda na época do primeiro império. Remonta a Constituição Imperial de 1824, à inclusão da audiência de conciliação, como fase obrigatória anterior ao início do processo, pois assim rezava o artigo 161: *“Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum”*. Essa imposição, de haver uma tentativa de conciliação preliminar, também estava prevista no artigo 23 do Código de Processo Comercial, Decreto nº 737, de 1850.

Em 1890, foi publicado o Decreto de nº 359, no qual se revogavam as leis que exigiam uma tentativa de conciliação preliminar ou mesmo posterior. Tal norma justificou que a conciliação deveria vir de forma voluntária e não impositiva. Vejamos parte de sua fundamentação:

Que, entretanto, as despesas resultantes dessa tentativa forçada, as dificuldades e pro rastinação que della emergem para a propositura da acção, e mais ainda as nullidades procedentes da falta, defeito ou irregularidade de um acto essencialmente voluntario e amigavel, acarretadas até ao gráo de revista dos processos contenciosos, além da coacção moral em que são postos os cidadãos pela autoridade publica encarregada de induzil-os a transigir sobre os seus direitos para evitar que soffram mais com a demora e incerteza da justiça constituida, que tem obrigação legal de dar promptamente a cada um o que é seu; são outros tantos objectos de clamor publico e confirmam a impugnação de muitos jurisconsultos, quaes Meyer, Benthon, Bellot, Boncene, Boitard, Corrêa Telles, a essa obrigatoriedade, nunca admittida ou ja abolida em muitos paizes e notavelmente reduzida, modificada em seus effeitos, para não dizer annullada, pela carta de lei de 16 de junho de 1855 e novo Codigo de Processo Civil promulgado em 8 de novembro de 1876, no proprio reino de Portugal, donde o Imperio a adoptou com supplementos

da legislação francesa¹; (*sic*)

O Código de Processo Civil de 1939 foi silente quanto ao uso do respectivo instituto na fase processual, voltando a ter destaque no ano de 1943, com a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, que determinou a sua realização como fase preliminar nos processos que correm na Justiça do Trabalho.

Em nova tentativa de desonerar os tribunais sobrecarregados, dar maior acesso à justiça, tornar os processos menos dispendiosos, entre outras justificativas, o Código de Processo Civil de 1973, com suas alterações, trouxe novamente o instituto para a área cível, mas não de maneira impositiva, e sim, como uma faculdade na primeira etapa processual, ou ainda, entendendo o juiz, a possibilidade de conciliação, promovê-la-á em qualquer momento do processo.

Em 1984, a promulgação da Lei 7.244 deu origem ao Juizado de Pequenas Causas Cíveis, prevendo expressamente como um de seus princípios, a conciliação. Essa lei visou principalmente (e novamente) facilitar o ingresso à Justiça, reduzindo os custos do processo.

A atual Constituição Federal trouxe em seu artigo 98, I, a previsão de criação dos Juizados Especiais, que foram instituídos pela Lei 9.099, de 1995, e pautam-se sempre pela busca da conciliação, sendo esta, ato inicial das solenidades daqueles órgãos.

No ano de 2006, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, diante de um Judiciário congestionado de processos, beirando o caos judicial, definiu a data de 8 de dezembro como o *Dia Nacional da Conciliação*, promovendo assim, um mutirão nacional de conciliação. A iniciativa visou esclarecer a população que causas menos complexas não precisam ser dirimidas perante um juiz. Com o *slogan* “Conciliar é legal” foram realizadas: 83.987 audiências, sendo obtidos 46.493 acordos, que representaram 55.36% de sucesso². Com o êxito deste mutirão, instituiu-se a Semana Nacional de Conciliação, promovida anualmente pelo CNJ.

1 BRASIL. Decreto nº 359, de 26 de abril de 1890. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d359.htm. Acesso em 30mai2018.

2 Dados obtidos no site do CNJ: http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-per-la-conciliacao/2006-semana_conciliacao_2006.pdf. Acesso em 01mai2018.

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça, editou a Resolução Nº 125, que apresentou uma política nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, encarregando aos órgãos judiciais, a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, os quais, por conseguinte, foram incumbidos de criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos – CEJUSCs, que terão por funcionalidade, atuar na fase inicial do processo, levando as partes da lide a dialogarem para que construam a solução definitiva da querela que as levou ao judiciário. Nas palavras da Ministra Ellen Gracie, ditas durante a Semana Nacional de Conciliação do ano de 2007³, *“É indispensável divulgar a existência de uma maneira nova de resolver as querelas. Sentar para conversar, antes ou depois de proposta uma ação judicial, pode fazer toda a diferença”*.

Avançando em busca da pacificação das relações, o Novo Código de Processo Civil – CPC/2015, trouxe uma nova abordagem da audiência de conciliação, tratando de estimular uma nova cultura e a adoção de outras práticas para os cidadãos que recorrem à justiça.

O CPC/2015 adotou uma política de que os querelantes não são adversários na disputa judicial⁴, e sim, parceiros, ainda que diante de uma lide, pois se usarmos como exemplo uma disputa entre vizinhos, o processo pode até extinguir o conflito. Mas houve uma solução definitiva, ou apenas um paliativo que futuramente pode voltar como um novo processo, cuja raiz do problema é a mesma da primeira causa solucionada? Diante dessa situação é que o Código pretende instigar, através da mediação ou da conciliação, conforme o caso, que as próprias partes dialogando cheguem a um acordo, que foi construído e pactuado por elas próprias. Pode-se assegurar que um acordo celebrado nesses moldes dificilmente será descumprido por ambas as partes.

A fim de desarraigar da cultura de guerra, é que o Código de Processo Civil de 2015, asseverou quase que obrigatoriamente, que

3 GRACIE, Ellen. Conversa faz diferença. Correio Braziliense. Brasília, 03/12/07. Disponível em: <https://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/Eventos/Texto---Conversar-faz-diferenca---Ministra-Ellen-Gracie.pdf>. Acesso em 01 mai 2018.

4 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Manual de Mediação Judicial. 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddb-fec54.pdf>. Acesso em 04 mai 2018.

o contato com o Poder Judiciário se dê inicialmente por meio de um conciliador ou mediador, dando às partes a oportunidade de chegar a um entendimento. Por consequência, diminui-se a alta carga de processos que estão atualmente acumulados nos órgãos daquele Poder.

Da audiência preliminar de conciliação

Como já referido, o Código de Processo Civil/2015 trouxe como uma de suas novidades, a previsão de uma audiência de conciliação ou mediação, antes da apresentação da contestação pelo requerido. Esse procedimento visa incentivar a solução consensual dos conflitos, nos moldes do artigo 334⁵.

O juiz, logo após à verificação dos requisitos de admissibilidade da petição inicial, designará junto à CEJUSC – Centro Judiciário de Solução de Conflitos, a audiência de conciliação ou mediação, a qual não poderá ter um interstício menor que trinta dias, dado que o requerido deverá ser citado/intimado com antecedência mínima de vinte dias. A não observância dos prazos assinalados na norma poderá incidir na violação do princípio do contraditório, vez que a parte contrária, tem o prazo de até dez dias antes da data da audiência para se manifestar, informando sua vontade ou a falta dela para compor um acordo amigável, e em se tratando de ação do procedimento comum, essa petição deverá ser protocolada através de advogado.

Na petição inicial, a parte autora deverá se pronunciar a respeito da opção pela realização ou não da audiência, não se manifestando, o juiz determinará a sua emenda. Já o requerido, se manifestará por petição, no prazo anteriormente mencionado. Portanto, conforme reza o parágrafo 4º, só não haverá a audiência inaugural, se ambas as partes demonstrarem desinteresse ou se a demanda não comportar uma composição amigável, ou seja, mesmo o autor externando o desejo da não realização da audiência, ela será designada, só sendo

5 Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

dispensada com o requerimento da outra parte no mesmo sentido. Em caso de litisconsórcio, o desinteresse na composição consensual deverá ser manifestado por todos.

De acordo com o texto legal é ato atentatório à dignidade da justiça, o não comparecimento injustificado, sendo aplicada ao faltoso multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa. Caso a parte não queira comparecer à audiência poderá constituir representante outorgando-lhe procuração com poderes específicos para transigir em seu lugar. Este representante pode ser tanto uma terceira pessoa, como seu próprio advogado. Acerca deste último, o Código estabelece que as partes devem ser acompanhadas por eles ou por defensor público, pois tendo uma assistência jurídica, as partes não poderão ser guiadas à um acordo injusto. Chegando as partes a uma solução consensual, este será encaminhado ao juiz para homologação por sentença, tornando-se assim, um título executivo judicial.

Sobre a aplicação da multa contida no parágrafo 8º, Daniel Amorim Neves critica veemente tal dispositivo. Vejamos em suas palavras:

O § 8.º do art. 334 do Novo CPC é um dos mais lamentáveis de todo o Novo Código de Processo Civil. Prevê que a ausência injustificada do autor ou réu na audiência é ato atentatório à dignidade da justiça, passível de sanção processual, representada por multa de até 2% do valor da causa ou da vantagem econômica pretendida, tendo como credor a União ou o Estado. A norma é mais um fruto do fanatismo que se instaurou entre alguns operadores do Direito em favor da conciliação e mediação como forma preferencial de solução de conflitos. Poder-se-á questionar: que sentido tem obrigar a presença das partes para uma audiência em que exclusivamente se tentará a conciliação ou a mediação? Seria uma sanção apenas porque a parte não pretende conciliar ou mediar? Não atenta contra o constitucional direito de ir e vir criar um dever de comparecimento a essa audiência, mesmo que seu objetivo não seja pretendido pela parte, que inclusive expressamente se manifesta nesse sentido? Por outro lado, o legislador não parece ter atentado para o fato de que a realização obrigatória dessa audiência, mesmo com parte que manifestamente não pretende a solução consensual, congestionará

a pauta de audiências de maneira considerável, atrasando ainda mais o já lento procedimento⁶.

Este novo paradigma traz ao processo civil brasileiro, o sistema denominado “modelo multiportas” que não se remete a uma única maneira de solucionar conflitos, mas diversifica as opções, ambicionando que a solução seja tomada de modo que haja uma pacificação social. O CPC/2015 elencou não somente a conciliação como meio alternativo à solução imposta judicialmente, mas também, a mediação e a arbitragem.

Dessa sistemática trazida pelo artigo 334 do CPC/2015, podemos compreender que o legislador quis instituir obrigatoriamente, a conciliação ou mediação para a solução dos conflitos, uma vez que, o juiz deve designar a audiência, e mesmo uma das partes informando que não tem interesse no acordo, a audiência se realizará, a com a obrigatoriedade do comparecimento, pois não justificando sua falta, ser-lhe-á aplicado uma multa, sanção criticada por alguns doutrinadores. Diante dessa realidade, a norma quer infundir nos usuários do poder judiciário uma nova cultura, a da não existência somente da via judicial para se resolver suas peripécias, mas que está à disposição de todos, outras formas de se chegar a um consenso acerca de uma lide. Tal orientação já vem desde a publicação da Resolução Nº 125/2010 do CNJ, que em seu artigo 1º, parágrafo único, outrora indicava que este era o caminho a ser seguido⁷.

Do Conciliador ou Mediador

O conciliador atuará naquelas circunstâncias onde não há vínculo prévio entre as partes e poderá propor sugestões para a resolução do

6 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume único– 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 575

7 Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

conflito, no caso dos litigantes não chegarem por si só ao acordo, não usar quaisquer formas de intimidação ou constrangimento. Vejamos nas palavras de Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

Se as próprias partes não conseguirem encontrar uma solução, o conciliador fará sugestões e verificará pela reação e pela manifestação dos envolvidos, se vai ou não se aproximando uma possível autocomposição. Se perceber que determinada via encontra frontal resistência de um dos litigantes, pode formular sugestão que caminhe por outra via. Se as pretensões estão muito distantes, pode apresentar uma formulação intermediária, em que cada lado cede um pouco, até se chegar à conciliação. Mas jamais poderá valer-se de intimidação ou de constrangimento. Ainda que as partes não encontrem, por si, a solução do litígio, a iniciativa poderá vir do conciliador, que poderá apresentar proposta que se mostre conveniente e à qual os litigantes venham a aderir⁸.

Já o mediador, de acordo com o art. 165, § 3º, do CPC, vai intermediar as situações em que já existe um vínculo anterior, tanto afetivo, quanto emocional. A relação entre as partes não acaba com o fim do litígio, portanto, o mediador não irá propor soluções, o papel dele é de restabelecer a comunicação para que as partes consigam chegar a uma pacificação não apenas daquele conflito, mas que perdure no dia a dia delas. Dessa forma prescreve Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

O papel do mediador não é formular sugestões ou propostas, que possam ser acatadas pelos envolvidos, porque se parte do princípio de que isso talvez possa solucionar um embaraço pontual, mas não o conflito. Mais do que uma solução consensual, o mediador deverá buscar, dentro do possível, uma reconciliação, ou uma pacificação ou apaziguamento, para que a relação, que tem caráter permanente ou prolongado, possa ser retomada sem obstáculos ou embaraços. É por meio da compreensão dos interesses em conflito e do restabelecimento da comunicação entre os envolvidos que o

8 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado – 8. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 408

mediador poderá tentar fazer prevalecer e permanecer o vínculo⁹.

À vista disso, pode-se afirmar que o mediador atua mais no aspecto emocional das partes, por essa razão, tem-se que a mediação seria mais adequada às lides pertinentes ao direito de família, pois nos conflitos ali postos, as partes já possuem um vínculo anterior. O magistrado perante o caso concreto deverá analisar qual procedimento surtirá mais efeito, mediação ou conciliação, agindo assim, evitará a ineficiência e o prolongamento desnecessário do processo.

Ao conciliador e mediador é vedado pelo tempo de um ano, patrocinar, assessorar ou representar quaisquer das partes. Essa restrição tem o intuito de impedir a atuação tendenciosa, prevenindo para que em momento futuro, nem conciliador ou mediador possam vir a ter quaisquer vínculo profissional com algum dos querelantes. O prazo dessa limitação começa a correr do término da última audiência onde atuaram, em concordância com o artigo 172 do CPC/2015¹⁰.

Dos princípios informadores da conciliação

Tanto os conciliadores, quanto os mediadores devem seguir os princípios que norteiam a conciliação e a mediação, os quais estão elencados no artigo 166 do CPC/2015. São eles: o princípio da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. Tais disposições visam passar aos jurisdicionados, a confiança e liberdade acerca do tratamento ético dado ao conteúdo discutido em audiência, garantido que o mesmo não será divulgado e nem que as partes sofrerão qualquer juízo de valor advindo dos serventuários da justiça. Passa-se a analisar cada um deles:

O Princípio da Independência está relacionado com a atuação durante a audiência. É permitido aos conciliadores e mediadores

9 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado – 8. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 408

10 Art. 172 “O conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes”.

atuar com liberdade, não podendo sofrer nenhum tipo de pressão, seja interna ou externa. Ocorrendo qualquer condição contrária ao desenvolvimento da sessão é outorgado o poder de recusar, suspender ou interrompê-la. Também é legítimo se recusar a lavrar acordos ilegais ou impraticáveis¹¹.

O Princípio da Imparcialidade, versa sobre aquele que está presidindo a audiência, este tem o dever de agir de forma imparcial, sem favorecer a nenhum dos lados, não deixando que concepções pessoais interfiram no desfecho da sessão. Também é recomendado entender e aceitar a realidade dos presentes, e em tempo algum receber mimos ou favores.

O Princípio da Autonomia da Vontade, corresponde a intenção de se designar uma audiência precedente ao processo e que as partes cheguem a uma decisão consensual. Este princípio deve atender a autonomia da vontade dos envolvidos, ou seja, o acordo deve ser celebrado com o livre arbítrio dos litigantes, não sofrendo pressões ou coações de terceiros. Para o Professor José Miguel Garcia Medina¹², deve-se respeitar as opiniões de cada um, permitindo que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva.

O Princípio da Confidencialidade alude ao compromisso de manter sigiloso tudo o que ocorreu na audiência. O professor Luiz Guilherme Marinoni¹³ elenca que o conciliador ou mediador, não pode em momento posterior vir a atuar como testemunha ou advogado de qualquer das partes, acerca dos fatos presenciados ao longo da sessão. Exceção ao dever de guardar sigilo das informações adquiridas, se dará somente quando, violar a ordem pública e/ou as normas ou ainda, com autorização expressa das partes.

O Princípio da Oralidade determina que os atos praticados na audiência serão orais, sendo redigidos apenas o que se convencionou

11 MEDINA, José Miguel Garcia. Direito processual civil moderno. 3ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 292

12 MEDINA, José Miguel Garcia. Direito processual civil moderno. 3ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 293

13 MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 3ª ed. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2017. p. 115

entre as partes.

O Princípio da Informalidade tem como pressuposto que o ambiente da audiência não tenha formalidades, sem o uso de linguagem complicada e sem regras fixas, as partes determinarão as regras da composição, sem infringir as normas vigentes.

Por último, o Princípio da Decisão Informada retrata que os auxiliares da justiça, neste caso, os conciliadores e mediadores, têm o dever de informar aos jurisdicionados sobre seus direitos, de forma clara e objetiva. Não fere o princípio da autonomia e nem da imparcialidade, pois os acordos realizados não podem ser fundados na falta de conhecimento das partes ou mesmo, sobre a ignorância dos efeitos das escolhas realizadas.

Do princípio da Celeridade Processual

Inserido na Constituição Federal através da Emenda Constitucional de nº 45, de 2004, o inciso LXXVIII, do art. 5º, prescreve: *“A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*.

A duração razoável do processo é uma garantia constitucional para que a ação seja julgada em tempo hábil. Já dizia Rui Barbosa: *“...Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade...”*¹⁴.

Eduardo R. dos Santos elenca alguns fatores que contribuem para a morosidade no judiciário, vejamos:

A morosidade do Estado em julgar os processos se deve a um conjunto bastante amplo de fatores, dos quais se destacam: i) a péssima estrutura da Administração Pública, principalmente do Poder Judiciário; ii) a insuficiência de servidores e a péssima qualificação dos que existem; iii) a resistência a tecnologia (informatização do processo, que caminha a passos de tartaruga, por exemplo) e o apego ao papel; iv) a falta de punição para os

¹⁴ Oração aos moços. Disponível em: <http://www.literaturabrasileira.ufsc.br/documentos/?action=download&id=38508>. Acesso em 12nov17.

magistrados, julgadores e servidores em geral pela desídia e falta de compromisso com seus deveres, de modo que, não é raro ver juízes que demoram mais de ano(s) para sentenciar um processo que já está com os autos conclusos, dando infinitos despachos procrastinatórios; v) o desrespeito dos juízes para com os precedentes e a jurisprudência dos Tribunais Superiores, bem como os decisionismos, pautados nas concepções pessoais dos magistrados e não nas leis democraticamente instituídas; vi) o péssimo comportamento das partes e de seus advogados, que muitas das vezes, esperando uma decisão contrária a seus interesses, agem com má-fé no sentido de procrastinar o máximo possível o processo, impetrando com petições descabidas e sem sentido, recursos inadmissíveis, tumultuando audiências, abandonando audiências etc.; vii) o demandismo que se alastrou pelo Brasil nas últimas décadas, pautado numa falsa esperança de que o Poder Judiciário poderia resolver todas as mazelas da sociedade, ou ainda, num animus beligerante ao invés de um animus de pacificação social, muitas vezes incentivado pela mídia, outras vezes incentivado por alguns péssimos advogados, sedentos por ganhar em qualquer causa, mesmo que não haja uma¹⁵.

Por outro lado, em nome da celeridade processual, não se pode deixar de lado, o contraditório, a ampla defesa e a instrução probatória, deveras, um processo rápido nem sempre quer dizer, um processo justo. Deve-se conferir às partes todo o meio possível para atingir o objetivo do processo que é: dar o direito a quem tem o direito. O CPC/2015, em consonância com os princípios constitucionais, trouxe em seu art. 4º, como norma fundamental, a celeridade: *“As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”*.

Isto posto, o princípio da celeridade processual esculpido tanto na Carta Magna, quanto na legislação infraconstitucional, dita que, o jurisdicionado não pode esperar a vida inteira por uma solução, a justiça se dá quando se satisfaz em tempo hábil a pretensão daquele que recorre ao judiciário.

15 DOS SANTOS, Eduardo R. Princípios Processuais Constitucionais. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 183

Concluída a breve conceituação da conciliação e do princípio da celeridade processual, passar-se-á à apresentação da análise de informações fornecidas pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos – CEJUSC da Comarca de Porto Velho/RO, a fim de verificar se os institutos mencionados estão convergindo na mesma direção.

Resultados e discussões

Para testar a eficácia das audiências de conciliação buscou-se fazer uso da pesquisa empírica, analisando dados da CEJUSC¹⁶, obtidos mediante requerimento via *e-mail*, e do CNJ¹⁷, obtidos na *internet*.

Como metodologia foi utilizada a pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa, do tipo exploratória. Os dados foram ordenados na forma de tabelas constando mês a mês, a quantidade de audiências realizadas e a porcentagem de acordos fechados.

Essas tabelas têm objetivo de demonstrar através da relação audiência realizada x acordos obtidos, se o modelo empregado pelo Código de Processo Civil tem justificado a obrigatoriedade da audiência inicial nos processos cíveis e se, com essa normatização está se atingindo a finalidade de tornar a marcha processual mais célere.

Tabela 1 – Audiências/acordos realizados nas varas cíveis de Porto Velho/RO, no ano de 2017/2018

MESES/ANO	AUDIÊNCIAS		% DE AUDIÊNCIAS REALIZADAS	ACORDOS EFETIVOS	% DE ACORDOS EFETIVOS
	DESIGNADAS	REALIZADAS			
JANEIRO/2017	255	164	64,31%	21	12,80%
FEVEREIRO/2017	500	340	68,00%	47	13,82%
MARÇO/2017	709	367	51,76%	65	17,71%
ABRIL/2017	436	215	49,31%	36	16,74%
MAIO/2017	507	244	48,13%	34	13,93%
JUNHO/2017	483	272	56,31%	39	14,34%
JULHO/2017	592	297	50,17%	38	12,79%
AGOSTO/2017	676	390	57,69%	79	20,26%
SETEMBRO/2017	679	322	47,42%	48	14,91%
OUTUBRO/2017	743	394	53,03%	71	18,02%

16 Centro Judiciário de Solução de Conflitos – CEJUSC da Comarca de Porto Velho/RO.

17 Conselho Nacional de Justiça – CNJ, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/02/75f0e75d75edc4b25570c6805244d370.pdf>. Acesso em 20mai2018,

NOVEMBRO/2017	607	265	43,66%	54	20,38%
DEZEMBRO/2017	323	162	50,15%	25	15,43%
JANEIRO/2018	393	175	44,53%	28	16,00%
FEVEREIRO/2018	544	287	52,76%	81	28,22%
MARÇO/2018	550	267	48,55%	31	11,61%
TOTAL	7997	4161	52,03%	697	16,75%

Fonte: Centro Judiciário de Solução de Conflitos de Porto Velho/RO.

Tabela 2 – Audiências/acordos realizados no Estado de Rondônia, na semana nacional de conciliação de 27/11 a 01/12/2017

DIAS	AUDIÊNCIAS		% DE AUDIÊNCIAS REALIZADAS	ACORDOS EFETIVOS	% DE ACORDOS EFETIVOS
	DESIGNADAS	REALIZADAS			
27/11/2017	588	370	62,93%	167	45,14%
28/11/2017	513	341	66,47%	137	40,18%
29/11/2017	477	323	67,71%	128	39,63%
30/11/2017	2.096	1.941	92,60%	1.603	82,59%
01/12/2017	426	298	69,95%	144	48,32%
TOTAL	4.100	3.273	79,83%	2.179	66,58%

Fonte: Site do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Antes de analisar os dados cabe esclarecer que os processos da tabela 1, estão na fase inicial, ou seja, são aqueles que estão de acordo com o artigo 334 do Código de Processo Civil, e os dados são das Varas Cíveis da Comarca de Porto Velho. Os processos da tabela 2, estão em etapas processuais diferentes, alguns inclusive, em fase de execução. Os dados ali elencados são do Tribunal de Justiça de Rondônia, que engloba todas as comarcas.

Observando somente o percentual de acordos efetivos da tabela 1, pode-se concluir: que nem 50% do pretendido tem sido alcançado, seja em pacificação social, seja em celeridade processual. Em relação a este último, se colocarmos os números das audiências designadas frente aos de acordos realizados, o percentual sofrerá uma piora, decaindo para aproximadamente 8,71%.

Na comparação, audiências designadas x audiências realizadas, foram percebidos os seguintes obstáculos: as partes não compareceram, nem apresentaram justificativa, o endereço fornecido pelo autor foi insuficiente, dentre outras situações.

Em relação à solução consensual, foram percebidos os seguintes aspectos: muitas vezes o procurador ou preposto não possui poderes para transigir, e ainda, as partes ou seus advogados não estão

dispostas a um acordo, etc.

Ao examinar os dados do Conselho Nacional de Justiça durante a semana nacional de conciliação (tabela 2), têm-se uma outra realidade: os processos se encontram em fases distintas, algumas vezes os querelantes já estão até cansados de esperar uma solução ou já chegaram à concepção que é melhor fazer um acordo, principalmente, aqueles que já estão ~~no~~ em fase de cumprimento de sentença. Destaca-se que a maioria dos processos escolhidos para a Semana de Conciliação foram apontados como promissores para uma solução consensual. Ainda assim, mais de 20% das audiências não chegaram a ser realizadas.

A luz da análise dos dados, chega-se ao entendimento de que em vários desses processos, ainda será necessário exaurir etapas, para que as partes se convençam que um acordo poderá ser a melhor resolução. Em outros, a ideia de uma solução consensual logo no início, pode parecer descabida, sobretudo, se tivermos o olhar daqueles que já empreenderam inúmeros esforços antes da judicialização para um desfecho amigável, ingressando no judiciário como sua *ultima ratio*.

Por fim, as análises dos dados apresentam de forma inequívoca, que é mais comum que as audiências de conciliação tenham acarretado morosidade a tramitação processual do que trago solução e celeridade ao ritmo processual.

Considerações Finais

Levando-se em conta todos os aspectos discutidos, os estudos e pesquisas realizados, conclui-se que, a aplicação da conciliação como recurso de solução de conflitos de maneira consensual não é uma novidade do Código de Processo Civil/2015, advém desde a Constituição do Império, a inovação ficou a encargo de sua obrigatoriedade na fase preliminar da instrução processual.

A legislação impôs a sua aplicação, mas analisando o quantitativo de acordos realizados no período proposto, verificou-se que na prática os envolvidos na lide são compelidos a construir por si só a resolução

da controvérsia na qual litigam. E quando não conseguem construir um consenso que satisfaça ambas as partes, resta deixar ao encargo de um juiz a decisão final, ainda que não satisfaça inteiramente a sua vontade ou interesse. É notório, que não basta apenas mudar as regras para que haja uma verdadeira mudança de paradigmas, é preciso conscientizar a sociedade acerca das vantagens da conciliação.

Essa transformação de pensamento deve ocorrer principalmente no meio acadêmico, onde novos formadores de opinião são colocados diariamente no mercado de trabalho. Na prática, parece ser mais vantajoso para o advogado seguir com o processo do que conscientizar seu cliente de compor um acordo logo no início. Se quisermos uma conscientização de que a pacificação social é boa para todos, além de modificar a norma, teremos que criar mecanismos para levar a termo outra cultura de resolução de conflitos.

Por outro lado, percebe-se que a falta de capacitação dos conciliadores e mediadores ainda é uma fragilidade no judiciário, visto que não há uma especialização ou cargo definido para essa função, os profissionais são aleatoriamente selecionados entre os serventuários, sem critérios definidos que os qualifique para exercer com qualidade a função de impacto social importantíssimo. Salienta-se que não é suficiente perguntar se os querelantes têm uma proposta ou acordo, deve-se, dentro das normas, instigar o diálogo entre as partes, conduzindo ao consenso e propondo na medida do possível as possíveis soluções, a fim de que possam chegar a um denominador comum. Sabe-se que ninguém quer perder o que entende que lhe é devido por direito, em razão disso, há muita resistência na conciliação. Contudo, mesmo diante de uma sentença, pode-se não ganhar tudo o que se requereu.

Pode-se mencionar outros os fatos limitantes para o insucesso nas conciliações como, a falta de estrutura do Poder Judiciário, tanto física como de pessoal, bem como, a objeção de muitos magistrados que amparam suas alegações contra o procedimento nas estatísticas de inúmeras audiências de conciliações infrutíferas.

Ante ao exposto, conclui-se que nos moldes em que se apresenta a obrigatoriedade de se designar uma audiência inaugural do processo,

os resultados obtidos ainda são inexpressivos, acarretando maior lentidão processual, pois, como demonstrado anteriormente, faz necessário um tempo mínimo para todos os trâmites que antecedem a audiência transcorram, sem contar com a pauta para marcá-las, em alguns casos, essa espera dura meses. Além desse intercurso temporal, o requerido pode esperar até a data da audiência para informar que não tem nenhuma proposta a fazer. Mesmo nos casos em que a parte autora em sua petição inicial já descreve inúmeras tentativas de acordo extrajudicial, o juiz designa audiência, porque uma das regras é que só não será realizada se ambas as partes não o quiserem, e a parte contrária pode informar sua decisão em até dez dias antes da realização da solenidade.

Em relação ao prazo, há uma contradição, visto que o Código desprestigiou o princípio da celeridade processual ao condicionar o prazo a data da juntada do aviso de recebimento e não a data da audiência. Em algumas ocasiões, junta-se o recibo e o processo fica meses aguardando uma solenidade que já se inicia fracassada, pois um dos lados da lide sequer cogita a possibilidade de propor acordo.

Diante dessas e de outras limitações, a obrigatoriedade da solenidade inicial encontra-se em divergência de um de seus objetivos, qual seja, o de tornar o processo mais célere e implantar uma cultura de que as partes não estão ali para um confronto, mas sim, para cooperar na composição de acordo, que pacifique seus anseios de maneira satisfativa. Do modo como está estruturado o sistema judiciário, o instituto parece aos olhos dos jurisdicionados mais um meio protelatório entre o início do processo e a sua conclusão, que um caminho dinâmico para resolução definitiva da lide. No papel, a Lei é perfeita, mas em sua execução, o Estado ainda não está conseguindo aplicá-la de forma a alcançar sua finalidade essencial.

Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Manual de Mediação Judicial. 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5_ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf. Acesso em 04/05/2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: http://cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016150808.pdf. Acesso em 30abr2018.

BRASIL. Decreto nº 359, de 26 de abril de 1890. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d359.htm. Acesso em 30mai2018.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, Brasília, DF, mar 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 12nov2017.

DONIZETTI, Elpídio. Novo Código de Processo Civil comentado – 2. ed. rev., atual. e ampl.– São Paulo: Atlas, 2017.

DOS SANTOS, Eduardo R. Princípios Processuais Constitucionais. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho. Novo Código de Processo Civil anotado e comparado para concursos / coordenação Simone Diogo Carvalho Figueiredo. – São Paulo :Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado – 8. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

GRACIE, Ellen. Conversa faz diferença. Correio Braziliense. Brasília, 03/12/07. Disponível em: <https://www.tjap.jus.br/portal/images/>

stories/documentos/Eventos/Texto---Conversar-faz-diferenca---Ministra-Ellen-Gracie.pdf. Acesso em 01 mai 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 3ª ed. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. Direito processual civil moderno. 3ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume único– 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

Oração aos moços. Disponível em: <https://www.literaturabrasileira.ufsc.br/documentos/?action=download&id=38508>. Acesso em 12 nov 2017.

PASQUALI, Manuela Ribeiro. O novo CPC e os institutos da mediação e conciliação. Monografia. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. Ijuí/RS. 2016. Disponível em <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/3711>. Acesso em 15 abr 2018.

PEREIRA, Clovis Brasil. Reflexão e novas perspectivas para a audiência de conciliação no Brasil. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 87, abr 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9368. Acesso em 15 abr 2018.

SANTOS, Saulo do Nascimento e GADENZ, Danielli. A conciliação e a mediação no novo código de processo civil: incentivo do estado ou violação do princípio da autonomia das partes? Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.4, 3º quadrimestre de 2015.

Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/download/8518/4772>. Acesso em 15abr2018.

SCHMITZ FILHO, Ricardo Sérgio. A audiência de conciliação ou mediação no Novo Código de Processo Civil: uma crítica ao art.334. Revista Ideias - 2017 - [recurso eletrônico]. Recife: Universidade Federal de Pernambuco/Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife/Diretório Acadêmico Démócrito de Souza Filho – DADSF. Vol.1, n.1 (nov. 2017). – Recife: UFPE, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ideias/article/view/230462>. Acesso em 20abr2018.



Vista Simples de um Ribeirinho
Autora: Muhammad Hijazi Zaglout

Nilma Raidete Souto Dória

Pós-graduada em Direito para a carreira da Magistratura pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia – EMERON. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Rondônia – UNIR. Assessora de Juiz, na área criminal, no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia – TJRO.

A TEORIA DOS JOGOS DE NASH UTILIZADA COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Nilma Raidete Souto Dória

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a possibilidade de utilização da teoria dos jogos de John Nash, que se baseia na lógica-matemática, como método alternativo de resolução de conflitos. Neste artigo será exposto o conceito da teoria dos jogos, suas classificações, sua aplicação como método de resolução alternativa de conflitos, exemplificando de que maneira a utilização dessa teoria poderia assistir ao Poder Judiciário na diminuição de processos judiciais.

Palavras-Chave: Teoria Dos Jogos, Poder Judiciário, Equilíbrio.

Introdução

Atualmente, percebe-se no Poder Judiciário o crescimento exponencial da judicialização, o aumento exacerbado de processos judiciais transformou a busca pelo judiciário em regra e não exceção, fazendo com que a justiça brasileira fique abarrotada de processos, travando, assim, a máquina judiciária e obstaculizando o desenvolvimento de uma justiça mais célere e eficaz.

Diariamente surgem ações onde uma parte pleiteia valores ínfimos, que acabam gerando um processo que custa muito mais ao poder judiciário do que se o juiz ou o tribunal entregasse esse valor nas mãos do requerente. Demandas oriundas de desentendimentos entre as partes, onde o que mais importa para elas é causar aborrecimento, sofrimento ao outro e não a resolução da lide, são comuns na rotina dos tribunais de justiça de todo país.

Diante desse cenário, a busca pelos métodos alternativos de resolução de conflitos é vista como uma alternativa para conter o aumento expressivo de processos judiciais, sendo esses métodos amplamente difundidos no atual código de Processo Civil.

Os métodos alternativos de resolução de conflitos são vários: arbitragem, negociação, mediação, conciliação entre outros, podendo ser aplicado dentro desses métodos diversas técnicas de análise e racionalização de comportamentos, neste trabalho iremos abordar uma delas: A teoria dos jogos de Nash.

A teoria dos jogos tem sido utilizada nas mais diversas áreas do conhecimento, sempre com foco em situações de disputa e, em regra, buscando a maximização de resultados. No tocante ao estabelecimento de ações estratégicas, distingue-se por servir como ferramenta de racionalização de comportamentos, não apenas considerando a relação entre um agente e um contexto objetivo pré-existente, mas também, sob uma perspectiva mais complexa, o "*modus operandi*" das contrapartes envolvidas, cujos interesses podem assumir feições antagônicas ou convergentes, diante de situações sociais, econômicas ou políticas.

Tal teoria se apresenta como um catalisador para a compreensão das possíveis manobras empreendidas pelos envolvidos, quando as relações entre custo e benefício não denotam caráter estático, ou seja, não se tratam de decisões meramente isoladas provenientes de apenas um agente inserido em um âmbito fático, mas sim dependentes do dinamismo das ponderações e escolhas realizadas por outros indivíduos, possibilitando assim um incremento nas condições de previsibilidade voltadas à obtenção do melhor resultado possível.

Nesse contexto e emprestando densidade à citada teoria, o matemático John Forbes Nash desenvolveu em seu doutoramento na Princeton University, aquilo que se denominou o equilíbrio de Nash, que consiste não somente na adoção de manobras considerando as opções racionais dos demais envolvidos, mas considerando, primordialmente, qual das manobras retorna o maior benefício à luz da estratégia dos outros participantes do jogo.

Atualmente se têm exigido, em face de nossa dinâmica sociedade

contemporânea, a exigência de que os conflitos sejam cada vez mais breves e que, conjugando-se o comportamento estratégico das partes na condução de suas demandas, pretende-se, ainda, que o resultado das lides, ao contrário de se buscar postergar a solução da contenda, traga, ainda que para o agente perdedor, o melhor resultado possível, dentro do cenário fático-jurídico econômico que se apresentou.

Por essa razão, torna-se relevante o estudo da teoria de jogos de Nash, como método alternativo de resolução de conflitos.

Teoria dos Jogos de John Nash.

John Forbes Nash foi um matemático norte americano que desenvolveu a teoria dos jogos. Ganhador do prêmio Nobel de Ciências Econômicas em 1994, o matemático teve sua vida marcada pela sua luta contra a esquizofrenia, sendo internado diversas vezes em clínicas psiquiátricas, passando por diversos tratamentos, entre eles a eletroconvulsoterapia.

Segundo a teoria criada por Nash, um jogador baseia suas ações no pensamento que ele tem da jogada de seu adversário que, por sua vez, baseia-se nas suas ideias de possibilidades de jogo do oponente. Assim, para que cada um tome uma decisão que lhe beneficie, deve pensar na decisão que o outro irá tomar, pois uma é reflexo da outra.

Nash acreditava que a melhor maneira de alcançar resultados positivos era através da cooperação entre o grupo, pois se não houvesse essa cooperação, ambas as partes sairiam prejudicadas, uma vez que, cada atitude tomada por uma das partes influenciava diretamente o resultado da outra. Logo, para que o resultado fosse positivo para ambos, era necessário não apenas pensar na sua jogada, mas na jogada do oponente.

Assim, para que os dois jogadores se beneficiem deverá haver uma cooperação entre eles, com o intuito de maximizar os ganhos e minimizar as perdas de ambos. O exemplo mais famoso dessa teoria é o dilema dos prisioneiros, utilizado para demonstrar como a teoria dos jogos funciona na prática.

A situação envolve dois prisioneiros, ambos considerados suspeitos de cometerem um crime. Os investigadores interrogam os prisioneiros, que se encontram isolados em celas diferentes e impossibilitados de se comunicarem entre si. Os investigadores, com o objetivo de provocarem uma confissão, propõem os seguintes cenários:

a) se o suspeito A não confessar e se o suspeito B confessar, denunciando A, a pena será máxima para A: dez anos de reclusão, enquanto B sairá imune;

b) se ambos confessarem, a pena será reduzida à metade: cinco anos de reclusão para cada suspeito;

c) se nenhum deles confessar o crime, os dois ficarão presos por um ano.

Dessa maneira, a saída que melhor beneficiaria os dois seria ninguém confessar e cumprirem a pena mínima. Todavia, deve-se lembrar que nenhum dos dois poderia se comunicar com o outro, logo, não teriam a oportunidade de firmar esse contrato. Mas, e se firmassem esse contrato, como saberiam que a parte contrária iria cumpri-lo?

O caso em questão trata de um dos direitos mais essenciais do homem: A Liberdade. Assim A e B têm como impulso lógico e natural, tomar a decisão que mais favorece seus interesses pessoais, sem pensar que tal decisão, de alguma maneira, pode interferir na vida de outrem ou que a decisão do outro pode de alguma maneira, interferir na sua. O ser humano, por natureza, é egoísta, sentimento necessário, muitas vezes, para a preservação de sua sobrevivência. Assim, A e B tendem a tomar a decisão que é melhor para si e não para o coletivo.

Dessa senda surge a figura do Equilíbrio de Nash, que consiste na combinação de estratégias que geram um resultado do qual nenhum dos jogadores, individualmente, se arrependeria, em suma, o jogador não poderia melhorar a sua situação unilateralmente, modificando a estratégia escolhida. Assim, um jogador escolhe a melhor estratégia, em razão da escolha do outro, resultando em uma solução que agrada ambas as partes.

Utilizando o equilíbrio de Nash para resolver o dilema dos

prisioneiros, a opção mais adequada, de acordo com essa teoria, seria ambos confessarem e ficarem 5 anos presos. Analisando a situação, vê-se que uma decisão levou em conta a outra, o prisioneiro A tomou sua decisão baseado na escolha que B faria e de que forma tal decisão afetaria a sua situação. A decisão tomada por A e por B não prejudicariam as outras partes, pois o resultado foi igualitário para ambos.

A lógica é acreditar que o resultado mais satisfatório seria a opção A, já que oferecia a possibilidade de algum deles sair imune, todavia, tal decisão ocasionaria o encarceramento da outra parte por 10 anos, não dando benefício algum a outra parte. Mister destacar que a teoria dos jogos ressalta a satisfação de todos os envolvidos e não o benefício de só uma parte.

A opção C também não representa o equilíbrio de Nash, já que as partes se arrependeriam por não terem alcançado o resultado mais vantajoso, que se sair impune. Logo sempre haveria a possibilidade de a parte ter aumentado os seus ganhos estando insatisfeita com os resultados alcançados provenientes da sua escolha de confessar.

A literatura demonstra que a teoria dos jogos pode ser usada em inúmeras áreas de atuação:

[...] no mundo dos negócios a teoria dos jogos é usada para otimizar preços, estabelecer estratégias competitivas no tocante a ofertas e para tomar decisões no tocante a investimentos. Também tem sido usada para a escolha de jurados, medir o poder de um senador, enviar tanques para batalhas, alocar gastos em empresas de maneira equilibrada e estabelecer manobras para animais que encontram dificuldades no tocante à sua evolução. Então, o que há de tão especial em se utilizar a teoria dos jogos para solucionar problemas? Simplesmente isso: em um jogo, há outros que estão presentes, que estão tomando decisões de acordo com seus próprios desejos, e estes devem ser levados em consideração. Enquanto você busca descobrir o que eles estão fazendo, eles também buscarão entender o que você está fazendo.¹

Amaury Patrick Grenaud explica:

1 Game Theory: A Nontechnical Introduction. Dove Publications. 1997. New Jersey-USA.

A teoria dos jogos, definida como o estudo das decisões em situação interativa, não se restringe à Economia, sendo também bastante utilizada em Ciência Política, Sociologia, estratégia militar, entre outras. Dentro da Economia, ou da Microeconomia, a teoria dos jogos procura analisar o processo de tomada de decisão em situação um pouco diferente da preconizada pela concorrência perfeita. Do mesmo modo que a concorrência perfeita, parte-se do pressuposto que os agentes tomam decisões intencionalmente, ou seja, procurando atingir um objetivo, e racionalmente - as ações tomadas são consistentes com a busca do objetivo. Além disso, na Teoria dos Jogos, assim como na Microeconomia clássica, pressupõe-se comportamento maximizador, ou seja, o agente toma as decisões procurando “maximizar” seus objetivos, buscando o máximo lucro, a máxima satisfação, entre outros. O que diferencia a teoria dos jogos é o ambiente no qual essas decisões (intencionais, racionais e maximizadoras) são tomadas. Na Microeconomia tradicional, o agente decide com base em um conjunto de informações, num ambiente dito paramétrico, ou seja, ambiente em que o resultado depende apenas da sua decisão, não importando as ações dos demais agentes. Já em teoria dos jogos, trabalha-se com o chamado ambiente estratégico, no qual o resultado de determinada ação depende não apenas dela, mas também das ações dos outros tomadores de decisão.²

Fábio Zugman demonstra como a teoria dos jogos pode ser utilizada pelas empresas de aviação comercial:

O mercado da aviação é um exemplo do dilema do prisioneiro na área empresarial. Como todo serviço, o problema com a passagem aérea é que, uma vez que o avião levanta voo, cada assento não vendido é uma perda. Não é possível estocar a vaga para vendê-la depois. Além de deixar de ganhar com mais uma venda, as empresas aéreas ainda têm de arcar com o prejuízo de colocar o avião no ar, que não muda muito pela lotação. Portanto, a motivação para uma empresa baixar seus preços, principalmente em voos difíceis de vender, é muito alta. Como a maioria das pessoas não faz

2 GRENAUD, Amaury Patrick; BRAGA, Márcio Bobik. Capítulo 11: Teoria dos Jogos: Uma Introdução in PINHO, Diva Benevides e VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de (Coord). Manual de Economia. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 265

distinção de companhias aéreas, desde que chegue a seu destino, a empresa com preços mais baixos tende a voar com a maior lotação possível, enquanto as concorrentes agonizam com os prejuízos. Essa dinâmica pode chegar ao extremo de empresas competindo por clientes enquanto sabidamente têm prejuízo em alguns voos, simplesmente por ser pior para elas voarem vazias do que com um prejuízo diminuído. Assim como [...] os prisioneiros, as empresas aéreas poderiam entrar num acordo, mas os benefícios de trapacear o concorrente são muito altos. O dilema do prisioneiro sugere que se tome muito cuidado quando os concorrentes começam a baixar os preços. Sem um diferencial, corre-se o risco de ser forçado a uma guerra de preços. Pode-se observar o mesmo fenômeno em uma dinâmica inversa, como por exemplo quando dois competidores passam a oferecer cada vez mais vantagens facilmente copiáveis aos clientes.

Para usar o mercado de aviação, pode-se observar esse efeito com os programas de milhagem e serviços adicionais.³

O campo jurídico não foge à regra, podendo a teoria dos jogos de Nash ser utilizada dentro dos métodos alternativos de resolução de conflitos, tão defendidos pelo Código de Processo Civil de 2015, como será explicado a seguir.

Resolução de conflitos no Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil, com o intuito de tornar o judiciário mais célere e evitar que demandas que pudessem ser resolvidas através dos meios alternativos de resolução de conflitos, se tornassem processos judiciais que abarrotariam, ainda mais, as varas que já estão superlotadas de processos, fortaleceu os métodos alternativos de resolução de conflitos.

Nesse *codex*, os meios alternativos de resolução de conflitos são amplamente divulgados e priorizados, trazendo a responsabilidade

3 ZUGMAN, Fábio, Uma Introdução à Teoria dos Jogos. Disponível em: <http://www.scribd.com/doc/20824508/introdução-teoria-dos-jogos>. Acesso em 25/08/2019.

da resolução do litígio para as partes e não deposita, totalmente, na mão do juiz como era feito outrora. Tanto que, em seu capítulo I, já deixa explícito a promoção dessas formas alternativas:

CAPÍTULO I DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé. (grifo nosso).⁴

Com essa mudança de paradigma, o legislador intenta trazer a população para o centro da lide, para que as pessoas consigam buscar, por elas mesmas, a solução para os seus problemas e afastá-las do papel de mero expectador como era costume antes.

Propõe-se um amadurecimento dos envolvidos ao estimulá-los a resolverem os conflitos de maneira consensual, esperando que, futuramente, seja exercitado o que foi aprendido durante a primeira resolução de conflito e reproduzido tal comportamento, com o intuito de fazer com que as pessoas não necessitem recorrer ao judiciário novamente.

Porém, outro paradigma também deverá ser quebrado, para que

4 BRASIL, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

esse novo sistema funcione. As pessoas têm a ideia errada do que significa justiça. Hoje, quando se busca o judiciário para que alguma questão seja resolvida, não se busca o que é justo, legal ou correto, e sim o que mais irá lhe beneficiar. Do contrário, o indivíduo acredita que fora prejudicado e que sofreu uma injustiça.

Assim, é necessário que haja a consciência das partes de o que é justo e correto nem sempre lhe será de melhor proveito. Para que a lide seja resolvida de forma satisfatória para todas as partes envolvidas, é necessário que haja a cooperação dos implicados, mesmo que isso signifique que deverão abrir mão de algum de seus interesses. E é aí que a dificuldade se instala, pois as pessoas não estão habituadas a sair de sua zona de conforto para fazer algo que, de início, parece que não irá lhe beneficiar tanto.

O processo judicial contencioso é um jogo não-cooperativo. Se as partes não conciliaram, muito provavelmente, não colaborarão com a parte adversa no decorrer do processo. E quando se coloca a resolução de um conflito nas mãos de um terceiro, as chances de que este tome uma decisão que não seja do agrado de alguma das partes é muito maior do que se os mesmos convergissem a fim de resolver o conflito.

Por muito tempo, a estrutura judicial do Processo Civil Brasileiro, não motivava a cooperação entre as partes. Os métodos alternativos de resolução de conflitos não eram devidamente incentivados, e a figura do Estado Juiz era amplamente fortalecida, diminuindo assim, o protagonismo das partes na resolução da lide.

O financiamento do procedimento pelo Estado, também é um desestímulo para o fomento dos métodos alternativos de resolução de conflitos, uma vez que na arbitragem, o custeio é realizado pelas partes. No processo judicial, embora as partes paguem as custas processuais, apenas arcam com uma ínfima parcela do total realmente gasto e, nos casos de assistência Judiciária gratuita, a parte agraciada com esse benefício, acaba por gastar nada.

Em países como os Estados Unidos, onde o processo judicial tem um alto custo, as partes preferem adotar os métodos alternativos e evitam a judicialização da causa, uma vez que uma raríssima parcela

da população americana possui recursos financeiros para bancar um processo judicial.

Um dos métodos alternativos mais utilizados pelas grandes empresas americanas, para dirimir seus conflitos, é a arbitragem, que ganhou fama inicialmente no âmbito comercial, sendo utilizado em outros campos posteriormente.

Arbitragem

A arbitragem, sob a ótica da teoria dos jogos, compartilha algumas características com o processo judicial contencioso, embora divirja em outros aspectos. Primeiramente, a arbitragem pode ser classificada como jogo cooperativo.

A necessidade de convenção de arbitragem para instituir o procedimento arbitral representa um primeiro passo para a cooperação, uma vez que, as partes se comprometem a submeter o litígio a um terceiro, garantindo-se, assim, a participação das próprias partes na solução do conflito.

Além disso, a parte perdedora paga por todo o processo, sendo as altas quantias dispendidas no procedimento arbitral, um incentivo a mais para que as partes cooperem, pois se não o fizerem, provavelmente gastarão ainda mais recursos financeiros, judicializando a questão.

Desta forma, não existe uma relação de perde-ganha, necessária nos processos contenciosos. Na arbitragem, é possível estabelecer uma relação onde ambas as partes saiam beneficiadas, uma vez que estão participando ativamente do procedimento, podendo assim expor as possibilidades que mais lhes interessem.

Destaque-se ainda que, a arbitragem é um procedimento comum entre as partes hiperssuficientes, já que os custos de tal método de resolução de conflito são muito elevados. Portanto, se um procedimento arbitral, por exemplo, se estabelecesse entre uma parte hipossuficiente e uma hiperssuficiente, decerto, a imparcialidade do árbitro seria questionável, em face de que como os custos do processo

recaem sobre as partes, certamente o hiperssuficiente arcaria com boa parte dos custos e, em última análise, seria o responsável pela remuneração do árbitro.

Nesta hipótese, seria difícil estabelecer que a arbitragem seria imparcial, tendo em vista o poder de uma das partes para influenciar a decisão do árbitro, certamente esta parte, a hiperssuficiente, exercerá seu poder para galgar uma decisão favorável a si e, se for preciso, em prejuízo da parte adversa, configurando-se, assim, um jogo de soma zero.

Em qualquer arbitragem que parta de pressupostos supramencionados, ao menos existe o equilíbrio de Nash, significando que qualquer procedimento arbitral, que respeite as condições já mencionadas, deve ter ao menos uma situação na qual, em face das opções da outra parte, nenhuma delas se arrepende da solução dada, ou seja, o resultado será satisfatório.

A arbitragem, quanto à forma, normalmente pode ser considerada como jogo de forma extensiva, na medida em que é usada, por suas características, principalmente em conflitos que decorrem de contratos entre empresas.

Nesta perspectiva, esta modalidade de resolução de controvérsias é apenas uma das muitas maneiras pelas quais as empresas deverão negociar seus litígios, ou seja, é tão somente um dos muitos nós da estrutura extensiva.

Esta, aliás, é outra característica que torna a arbitragem mais cooperativa do que o processo judicial: a finalidade, para as empresas, não é apenas defender interesses de um em detrimento dos interesses do outro, mas sim, defender interesses dentro de uma relação comercial, isto é, levando em consideração o fato de que as empresas desejam normalmente, continuar negociando.

Mediação

A mediação é o processo segundo o qual as partes em disputa escolhem uma terceira parte, neutra ao conflito, ou um painel de pessoas sem interesse na causa, para auxiliá-las a chegar a um acordo, pondo fim à controvérsia existente.

O papel do mediador, em geral, é apenas facilitar a comunicação das partes, as quais deverão, com o auxílio do mediador, encontrar a solução para chegarem a um acordo. O mediador, diferentemente do árbitro ou do juiz, não decide nada e nem profere decisão.

Há duas modalidades básicas de mediação: a avaliadora e a facilitadora.

A mediação facilitadora, também chamada de não-diretiva, é aquela na qual o mediador exerce tão somente a função de facilitar a negociação entre as partes, focalizando seus interesses e auxiliando a formação de consenso mais célere e menos oneroso.

O mediador, na mediação facilitadora, não expõe suas opiniões sobre os pedidos das partes e nem mesmo sobre o acordo. A atuação do mediador tende a aproximar as partes, conciliando interesses convergentes. Assim, passa a existir uma parceria entre elas, compondo uma mesma relação negocial.

A mediação avaliadora, a seu turno, também chamada de avaliação diretiva, é caracterizada pela maior liberdade do mediador. Nesta modalidade de mediação, o mediador pode opinar sobre as questões de fato e de direito e, além disso, sugerir às partes a solução que considerar mais justas, bem como, os termos de um possível acordo. Também, poderá avaliar as possibilidades de resultado judicial da disputa, informando-as às partes.

A mediação, a rigor, é um jogo cooperativo. E, além disso, a própria função de mediador, seja na modalidade facilitadora como na avaliadora, que é a de fazer com que as partes se entendam, lendo seus sentimentos e interesses, promovendo uma maior possibilidade de cooperação no processo.

Por outro lado, a presença do mediador força, pelo menos, haver a possibilidade de um equilíbrio de Nash, já que, pela própria presença

de um terceiro neutro ao processo, as partes tenderão a encontrar um acordo mutuamente satisfatório, do qual ambas não deverão se arrepender no futuro.

A presença do mediador garante isso, porque as partes sentir-se-ão constrangidas em oferecer propostas irreais ou em permanecer em posições fixas de negociação, o que possibilita que a discussão focalize os interesses reais das partes.

Dessa forma, as partes não precisam, necessariamente, discutir apenas os fatos relativos ao problema que as levou a buscar a mediação: podem trazer, inclusive, outros problemas e mesmo soluções que, em princípio, não estariam diretamente ligadas às questões que as partes buscaram resolver.

No tocante à classificação dos jogos quanto à informação, ao contrário do processo judicial, a mediação é um jogo de informação imperfeita: a não ser que as partes desejem que a outra tenha conhecimento de alguma informação exclusivamente sua, essa informação poderá permanecer oculta e a parte que a detém pode ter alguma vantagem no processo em virtude desse fato.

Negociação

A negociação é a forma mais comum de resolução de controvérsia. É informal e faz parte do cotidiano, onde as partes propõem alternativas e soluções, defendendo, sem a intervenção de terceiros, seja mediador, árbitro ou juiz, os seus interesses pessoais.

Não existe consenso sobre a definição de negociação. Conforme Bernard Mayer⁵, a negociação é uma interação na qual as pessoas buscam satisfazer suas necessidades ou atingir seus objetivos por meio de acordos com outras pessoas que também busquem a satisfação de suas necessidades.

As partes, na negociação, possuem total controle sobre o resultado da transação, pois nada as obriga a aceitar qualquer acordo. Escolhem igualmente o procedimento, pelo qual se tentará o acordo,

5 Mayer, Bernard. *The dynamics of conflict resolution: A practitioner's Guide*. San Francisco, Josey – Bass. 2000

sem vínculo a qualquer legislação ou regra.

Tem várias vantagens dentre elas, ser de baixo custo operacional, já que normalmente, não se contrata nenhum terceiro ou profissional para conduzir o processo, a não ser que as partes contratem advogados para representarem seus interesses, e há a possibilidade de soluções criativas e desnecessidade de pautar as ofertas em parâmetros legais.

Afora isso, o relacionamento entre as partes após uma negociação se bem-feita, só tende a melhorar. Existe, geralmente, duas formas de negociação: a negociação posicional e a negociação baseada em interesses.

A negociação posicional, é a modalidade de negociação em que uma das partes apegar-se a uma posição, cedendo o mínimo possível. É a típica negociação em que um comprador oferece um preço abaixo daquele oferecido pelo comerciante, e este abaixa um pouco, mas não tanto quanto o comprador quer.

O comprador, então, oferece um pouco mais e, aí, o comerciante abaixa um pouco, mais e mais sucessivamente, até que eles encontrem um patamar razoável para acordo, abaixo do preço, mas acima da oferta inicial. E, caso não cheguem a um acordo, a transação não se realiza.

Já a negociação baseada em interesses, é aquela na qual as partes comunicam diretamente seus interesses, e encaram a negociação como uma oportunidade na qual podem encontrar o ponto ideal de cooperação.

Esta modalidade de negociação proporciona maior liberdade nos acordos, já que permite propostas de solução mais criativas e melhores resultados tanto para uma parte quanto para a outra.

É possível, portanto, focalizar a negociação nos interesses secundários das partes para, com isso, trazer elementos extrínsecos ao problema que ensejou a negociação e, ao mesmo tempo, ampliar as possibilidades de acordo.

A negociação posicional é um jogo essencialmente não-cooperativo. As partes não cooperam por considerarem que qualquer cooperação implicará a vitória do adversário (o qual é percebido como um oponente).

A percepção das partes, na negociação posicional, é de que só conseguirão um bom acordo se este refletir a posição defendida pela parte e, for contrário à defendida pela adversária. Assim, cada parte apegar-se à sua posição e cede, pouco a pouco, mas sempre com o objetivo de que o acordo permaneça o mais próximo possível da posição que defende.

Tal modalidade de negociação é um jogo de soma zero. As partes, ao prenderem-se a determinadas posições, não permitem a introdução de elementos extrínsecos à negociação e, portanto, inexistente a possibilidade de agregar o valor à negociação. Não existe também, como considerar as questões como interesses ou sentimentos atinentes à relação negocial: só é possível discutir os termos de cada posição.

Quanto à informação, é um jogo de informação imperfeita. Cada parte tenderá, levando em conta ser um jogo não-cooperativo e de soma zero, a não ceder informações à outra. Por exemplo, o vendedor de automóveis não divulgará o valor de custo de um determinado veículo ou mesmo o preço cobrado pelo concorrente.

De outro lado, um consumidor que saiba o preço do mesmo veículo em outros estabelecimentos comerciais poderá utilizar esta informação para conseguir melhores condições de pagamento. Desta forma, há igualmente a assimetria de informação.

Com relação à forma, trata-se de jogo essencialmente de forma normal, tendo em vista que as negociações posicionais são muito desgastantes para um relacionamento. As partes que negociam assim não têm em mente negociações futuras ou, nem mesmo, um relacionamento passado.

Destarte, não há jogadas futuras a serem consideradas, motivo pelo qual a informação é imperfeita. De outro lado, a negociação, fulcrada em interesse, tem estrutura diferenciada, pois em primeiro lugar, é jogo cooperativo. O objetivo da negociação baseada em interesses não é vencer o outro negociador, mas, antes, buscar que ambos os negociadores atinjam seus interesses mútuos.

Ao mudar o foco da negociação de posições para interesses, é possível atingir um conjunto de resultados melhores, se houver

cooperação com a parte adversária, já que muitos dos interesses podem ser compatíveis entre si, e, portanto, virem a agregar valor à negociação. Outra característica da negociação baseada em interesses é a sua configuração como um jogo de soma não-zero. Assim é possível trazer elementos exteriores ao objeto de negociação, de forma agregar valor à mesma.

Uma negociação que, inicialmente, poderia render às partes uma certa quantia, ao final do processo poderá render uma quantia maior, em função do valor agregado com os elementos que, em princípio, não seriam negociados. Uma das técnicas de negociação baseada em interesses, a invenção de opções de ganhos mútuos, por exemplo, permite a introdução de outras dimensões ao processo, aumentando o bolo, antes de reparti-lo.

No que se refere à informação, a negociação baseada em interesses pode ser classificada como um jogo de informação imperfeita como de informação perfeita. A cooperação garante a observância de interesses da outra parte apenas no tocante as informações comuns, mas não, necessariamente, o compartilhamento de informações pertencentes a só uma das partes.

Em tese, um jogador racional não compartilhará informações que poderão ser úteis em negociações futuras. Porém, em certas negociações poderá ocorrer de uma parte não desejar cooperar enquanto sentir que a outra não quer tornar pública uma informação determinada e, sendo assim, os melhores resultados poderão ser alcançados somente quando todas as informações se tornarem públicas para as partes envolvidas.

Quanto à forma, a negociação baseada em interesses é um jogo de forma extensiva. Normalmente essa modalidade de negociação garante às partes menos estresse e desgaste, já que visa, além da resolução de conflito, a manutenção do próprio relacionamento, ou seja, pressupõe a existência de um relacionamento e que as partes desejem que o mesmo seja mantido após a negociação. Desta forma, a negociação é apenas um nó na cadeia de opções de um jogo maior, o relacionamento dos jogadores.

Enfim, cada método de resolução de conflito é útil para

determinados fins. O processo judicial, por exemplo, evidentemente não pode ser descartado a priori.

Por certo, há conflitos que demandam mesmo a intervenção do Estado, via jurisdição, ao passo que existem outras situações onde a atuação do Judiciário pode apenas gerar um estado de insatisfação social, o qual, em longo prazo, pode mesmo deslegitimar o Estado frente à sociedade.

A teoria dos jogos e o equilíbrio de Nash, portanto, devem passar a habitar a mente dos atores que irão contender sob a égide deste novo procedimento, para que lhes seja possível verificar, em uma estrutura matemática de pensamento, as efetivas probabilidades de sua escolha e dentre todas as variáveis que já se tem, de início, conhecimento.

A parte deve estar ciente que a parte contrária adota movimentos estratégicos, racionalmente optando por aquela solução que, não necessariamente, lhe garanta o ganho máximo, mas o melhor proveito possível dentro do cenário que se desenhou e, ainda, devendo assim ter uma visão macro e não micro da situação.

Considerações Finais

Diante do exposto, verifica-se a possibilidade de se conceber a teoria dos jogos como uma importante ferramenta para viabilizar segurança e previsibilidade na dinâmica entre agentes racionais, objetivando a obtenção dos melhores resultados possíveis no âmbito do processo civil, diante do leque de estratégias potencialmente assumidas pelos jogadores em ambientes interativos e não parametrizados.

Utilizando a teoria dos jogos e, mais especificamente, os conceitos desenvolvidos por Nash, não raras vezes, percebe-se que a melhor estratégia para se assegurar resultados mutuamente benéficos é pela via da cooperação, garantindo assim, uma flexibilização (ou até mesmo uma negação) do corolário das concepções individualistas (cujas raízes remontam a Adam Smith), por meio do qual se presume que a maximização de resultados provém apenas da adoção de estratégias eminentemente competitivas.

Os acordos e a busca das partes na solução do litígio, antes de serem fomentados, passam a ser escolha estratégica arrimada em estrutura de pensamento matemático e, bem assim, opção lógica. O arrependimento do autor/réu que optar por não atuar de acordo com as diretrizes dessa nova ordem procedimental, utilizando-se de subterfúgios para o retardamento do fim do processo ou, litigar sem atenção aos princípios da boa-fé, lealdade, eticidade e cooperação, deve vir, inclusive pedagogicamente, através do Estado Juiz que terá papel primordial neste controle de idoneidade do litigante.

Ao judicializar a questão e colocar nas mãos do Estado a decisão sobre o caso, o indivíduo perde o controle que teria sobre o resultado da resolução da lide, uma vez que não estaria mais participando ativamente desse processo decisório e sim terceirizando.

A teoria dos jogos de Nash propicia aos litigantes um maior controle sobre as decisões e um maior nível satisfatório com o resultado alcançado, uma vez que permite às partes que cooperem mutuamente para resolverem o feito, podendo assim defender seus interesses ativamente, obtendo assim o Equilíbrio de Nash.

Dessa forma, a compreensão da teoria dos jogos se mostra não somente útil, mas essencial, no intuito de fomentar um ambiente em que a relação entre os *payoffs* e os desvios de comportamento se mostre pouco vantajosa em relação à adoção de preceitos éticos em consonância com os princípios constitucionais e diretrizes do Código de Processo Civil.

Referências

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/a-teoria-dos-jogos-uma-fundamentacao-teorica-dos-metodos-de-resolucao-de-disputa>. Acessado em 23/08/2019.

BRASIL, Lei nº. 13.105/15, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acessado em 22/07/2019

GAME THEORY: A Nontechnical Introduction. Dove Publications. 1997. New Jersey-USA.

GRENAUD, Amaury Patrick; BRAGA, Márcio Bobik. Capítulo 11: Teoria dos Jogos: Uma Introdução in PINHO, Diva Benevides e VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de (Coord). Manual de Economia. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 265

MAYER, Bernard. The dynamics of conflict resolution: A practitioner's Guide. San Francisco, Josey – Bass. 2000

WALKER, Paul, A Chronology of Game Theory. Disponível em: http://www.econ.canterbury.ac.nz/personal_pages/paul_walker/gt/hist.htm. Acesso em 25/08/2019.

ZUGMAN, Fábio, Uma Introdução à Teoria dos Jogos. Disponível em: <http://www.scribd.com/doc/20824508/introdução-teoria-dos-jogos>. Acesso em 25/08/2019.

Olhares em foco
Autora: Pablo Amâncio dos Santos

Henry Sandres de Oliveira

Pós-graduando no Curso de Especialização Lato Sensu em Direito para a Carreira da Magistratura pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON. Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado de Rondônia – MP/RO. E-mail: henrysandres@gmail.com.

TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: O ATIVISMO JUDICIAL NA GARANTIA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS, ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Henry Sandres de Oliveira

RESUMO

O Poder Judiciário tem tido destaque perante a sociedade. Nesse passo, a proatividade do mesmo causou o que se chama de Ativismo Judicial, que vem dividindo a opinião da comunidade jurídica. Nessa linha, surgem os institutos da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial, os quais servem como mitigadores do Ativismo Judicial. Diante desse quadro, destaca-se a Teoria dos Custos dos Direitos, a qual defende a existência da relação entre a eficácia dos Direitos e os Recursos Públicos. Assim, a presente obra visa discutir, com base na Teoria dos Custos dos Direitos, o Ativismo Judicial, valorando a aplicação da Reserva do Possível e o Mínimo Existencial, fazendo o uso de dados bibliográficos, com metodologia dedutiva e qualitativa.

Palavras-chaves: Direito Constitucional, Poder Judiciário, Direitos Fundamentais.

Introdução

Um dos pilares do constitucionalismo, principalmente por parte da influência americana na matéria, é a separação dos poderes e o sistema *checks and balances*, traduzido como sistema de freios e contrapesos.

Em síntese, os primeiros constitucionalistas construíram um sistema em que o Estado seria dividido em Poderes, os quais atuariam de forma harmônica, porém fiscalizariam uns aos outros. Tal sistema tem tanta influência que se encontra positivado no ordenamento

pátrio até os dias atuais.

Ocorre que o supramencionado sistema passou a não solucionar parte das demandas, especialmente em relação a garantias individuais. Muito pelo contrário, passou a dificultar o acesso dos indivíduos a elas.

Nesse ínterim, o Poder Judiciário, historicamente, sempre foi a porta de entrada da população em geral, entretanto, este se via de mãos atadas devido à impossibilidade de interferir nos outros Poderes.

Nesse passo, a fim de melhor responder às súplicas da população, o Judiciário se propôs a ultrapassar a barreira, envolvendo-se com matérias inerentes a outros Poderes, no que se chama de Ativismo Judicial.

Com efeito, os demais Poderes passaram a acusar o Judiciário de se opor ao Estado Democrático de Direito, devido ao desrespeito ao sistema já exposto. Assim, surgiram diversas teorias sobre a citada forma de atuação do Judiciário, dentre as quais se destacam a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial.

Nesse sentido, também surge a Teoria dos Custos dos Direitos visando, assim como Reserva do Possível e o Mínimo Existencial, relacionar a defesa de direitos e garantias com o orçamento público.

Destarte, a fim de entender como se relacionam os supraditos institutos jurídicos, faz-se necessário expor seus desdobramentos históricos, a sua aplicação no Brasil e conceituá-los, com o *animus* de apontar a possibilidade, através da Teoria dos Custos dos Direitos, da aplicação do Ativismo Judicial, valorando a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial.

O Ativismo judicial

Prima facie, é necessário expor que a ideia do Ativismo Judicial surge na Suprema Corte americana. Dessa forma, principalmente devido aplicação da *commom law*, o Judiciário Américo, além de grande prestígio nacional, possui uma enorme liberdade para decidir:

“As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).”¹

No mesmo sentido:

“[...] encontraremos, certamente, nos Estados Unidos a origem do ativismo judicial. Mais precisamente, na decisão *Lochner v. New York* a Suprema Corte daquele país entendeu que o princípio de liberdade contratual estava implícito na noção de devido processo legal (*due process of law*) consagrada pela seção 1 da 14ª Emenda à Constituição dos EUA. No caso em tela, a Corte declarou inconstitucional uma lei do Estado de Nova York que estabelecia 60 horas como limite para a jornada de trabalho semanal dos padeiros, alegando ser “irrazoável”, desnecessária e arbitrária” tal limitação à liberdade individual de contratar.”²

Nesse ponto, percebe-se que o Ativismo Judicial, desde sua origem, sempre esteve ligado a garantias individuais.

Assim, Arthur Schlesinger Jr, famoso historiador e crítico social,

1 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

2 TEIXEIRA, Anderson Vichinski. Ativismo judicial Nos limites entre a racionalidade jurídica e a decisão política. São Paulo, 2012.

deu origem ao termo *judicial activists* ao comparar alguns membros da Suprema Corte americana, que possuíam um papel mais voltado para o Estado Social, com outros magistrados, denominando este segundo grupo de *self-restraint*, ou autocomedidos.

Em solo pátrio, o Ativismo Judicial é novo, quase um recém-nascido se comparado com os Estados Unidos, ganhando força após a Magna Carta de 1988. Porém, há grandes exemplos de sua realização em âmbito nacional:

“No Brasil, a temática relativa ao ativismo judicial só ganhou expressão com a entrada em vigor da Constituição de 1988, pois esta atribuiu uma série de prerrogativas ao magistrado, impulsionando-o, inevitavelmente, a uma atuação mais presente na sociedade e, em consequência, com maior repercussão midiática; veja-se, por exemplo, todos os milhares de casos em que se faz necessário assegurar direitos fundamentais que não encontram previsão legal em condições de lhes dar regulamentação. Uma característica própria do nosso período constitucional pós-1988 é a ampla possibilidade de utilização do controle abstrato de constitucionalidade. Desde o surgimento em solo brasileiro dessa modalidade de controle de legitimidade constitucional das leis ou atos normativos com força de lei, por meio da Emenda Constitucional n. 16, de 1965,¹³ à Constituição de 1946, deu-se um substantivo acréscimo no rol de legitimados ativos que hoje se encontram previstos no art. 103 do texto constitucional. Tal ampliação aumenta também a responsabilidade do Supremo Tribunal Federal em relação à legitimidade de políticas públicas e medidas sociais que encontram na legislação o seu meio natural de implementação. Um debate (sobre a constitucionalidade das leis), que antes de 1965 ficava primordialmente concentrado no meio político, hoje concentra-se cada vez mais nas instâncias judiciais ordinárias, que estão em condições de exercer o controle difuso, mas também concentra-se, derradeiramente, naquilo que é decidido no juízo abstrato do Supremo Tribunal Federal.”³

Dessa forma, realizado o breve histórico do Ativismo Judicial, faz-

3 TEIXEIRA, Anderson Vichinskei. *Ativismo judicial Nos limites entre a racionalidade jurídica e a decisão política*. São Paulo, 2012. p. 04

se necessário conceituar o mencionado instituto jurídico, a fim de melhor compreender o mesmo:

“O ativismo judicial significa uma postura mais ativa do Poder Judiciário na implementação de direitos, diante do descumprimento de direitos e garantias previstas pelo poder público. Em outras palavras, o ativismo judicial é uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. O ativismo judicial é necessário quando os poderes públicos se omitem e está ligado à separação dos poderes.”⁴

Em síntese, trata-se de um movimento do Poder Judiciário que, ao se deparar com o descaso do Estado, atua fora de seu limite constitucional, interferindo nas demais esferas e prática atos fora de sua natureza típica.

Neste passo, há quem entenda ser totalmente inconstitucional e antidemocrático tal atuação; ser um mal necessário; ser totalmente compressível e legítimo a atuação do Poder Judiciário da mencionada forma. Porém, o fato é que, gostando ou não, o ativismo judicial é uma realidade, a qual, no atual momento político-econômico, tende a crescer.

A reserva do possível

Nessa linha, com o intuito de combater, ou pelo menos justificar, a atuação insuficiente do Estado, surge a Teoria da Reserva do Possível, na Suprema Corte Alemã, em 1973, no caso *numerus clausus I*. Ademais, há quem entenda que a mencionada teoria teve seu início na França, em 576 d.C, com o princípio “*ut unaquaeque civitas pauperes et egenos incolas alimentis congruentibus pascat secundum vires*”. Sobre a decisão da Corte Alemã no caso *numerus clausus I*:

“No precedente alcunhado de *numerus clausus I*, a Corte Constitucional Alemã decidiu que aquelas leis que adotavam esse

4 MASSON, Cleber. Terminologias e teorias inusitadas. São Paulo: Método, 2017. p. 209.

critério eram compatíveis com o texto constitucional, pois não seria possível garantir acesso universal ao ensino superior, diante da escassez dos recursos orçamentários. Recusou, dessa forma, a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas, para atender a todos os candidatos. Decidiu, outrossim, que o direito à liberdade de escolha da profissão, assegurado pelo texto constitucional alemão, não abrangia o direito irrestrito do cidadão de exigir vaga para o curso que escolhesse. Não seria razoável assegurar esse direito caso isso demandasse do Estado esforços tão intensos que implicassem em prejuízo para outros programas sociais ou políticas públicas.”⁵

“[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.”⁶

Por sua vez, no Brasil também é possível verificar a influência da Reserva do Possível, principalmente nas decisões sobre políticas públicas proferidas pela nossa Suprema Corte e pelo Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

“[...] É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político administrativa – criar obstáculo artificial que revele o

5 MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama. O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais. 2011. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/172065>. Acesso em: 29 jul. 2018.

6 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 265.

ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.”⁷

“[...] 6. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea. [...] 8. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância, revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional. 9. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação. 10. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.”⁸

Mister dizer que a Reserva do Possível, se trata de um tema tão

7 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº. 45 MC/DF, Relator: Ministro Celso de Mello.

8 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº. 577.836/SC, 1.^a Turma, Relator: Ministro Luiz Fux.

rico que é entendida e conceituada de formas distintas pela doutrina, possuindo uma classificação interna e outra externa:

“Pode-se analisar a reserva do possível como uma restrição aos direitos fundamentais, sob o ponto de vista da teoria interna ou da teoria externa.

De acordo com a teoria interna, a reserva do possível seria um limite imanente à norma jufundamental. Assim, para a delimitação normativa de cada direito fundamental social, seria sempre levada em consideração a escassez de recursos estatais, que é o fator determinante da invocação da reserva do possível.

Nesse contexto, se existirem recursos financeiros suficientes para dar efetividade à pretensão demandada por um jurisdicionado, pode-se concluir que este é titular do direito pleiteado. Se, por outro lado, inexistirem esses recursos, não será viável a realização prática da pretensão demandada, razão por que se poderia concluir que esta não estaria dentro do âmbito normativo do direito social, não merecendo proteção jurídica, de acordo com o entendimento preconizado pela teoria interna. [...] usando os mesmos argumentos com os quais critica a teoria interna, apresentados no Capítulo 1. Para ela, de acordo com esse ponto de vista, as situações que se consideram incluídas na esfera de proteção do direito social seriam fruto de uma escolha, que estaria fora do controle de legitimidade e constitucionalidade. Por consequência, os poderes públicos encarregados de definir a destinação dos recursos orçamentários poderiam agir com grande discricionariedade, ao fazer a delimitação normativa do direito social, definindo o que está incluído dentro desses limites. Isso enfraqueceria o sistema de proteção dos direitos fundamentais.

Conclui a autora que a limitação da reserva do possível não nasce com o direito fundamental, mas sim, é consequência das opções políticas realizadas pelos poderes públicos.”⁹

Dessa forma, em resumo, a Reserva do Possível é entendida, tanto para a teoria interna quanto para a teoria externa, com uma forma do

9 MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama. O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais. 2011. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/172065>. Acesso em: 29 jul. 2018. p. 07.

Poder Estatal limitar Direitos.

Entretanto, a diferença entre os posicionamentos está na existência da discricionariedade do Estado. Assim, para a corrente interna, tal discricionariedade não existe, enquanto que para a corrente externa, a discricionariedade justifica e fundamenta a reserva do possível.

O mínimo existencial

Doutro lado, diametralmente oposto a essência do Reserva do Possível, há o Mínimo Existencial. Todavia, mesmo possuindo ideologias distintas, ambos nascem em solo alemão.

O Mínimo Existencial tem sua criação intrinsecamente ligada ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo este utilizado como uma medida de “mínimo”.

Em apanhado, o citado instrumento argui que há uma espécie de núcleo “mínimo” ou “essencial”, não podendo o Estado mitigar tal medida, sob pena de violar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; muito pelo contrário, deve o Poder Estatal garantir e defender a existência desse núcleo:

“Entende-se como “núcleo essencial” a parcela do conteúdo da norma jusfundamental que não pode ser restringida pelo Estado. A garantia do núcleo essencial, ou do conteúdo essencial, refere-se, por decorrência, à proteção desse conteúdo mínimo.”¹⁰

“Isto é, os elementos centrais que compõem o conceito de mínimo existencial são (i) direitos fundamentais sociais mínimos e (ii) dignidade humana.

Direitos fundamentais sociais são direitos a prestação estatal positiva. Essa prestação pode ser normativa ou fática. As prestações estatais fáticas podem-se dar na forma de bens, serviço ou dinheiro. Desse modo, direitos fundamentais sociais como saúde, educação, trabalho, moradia, trabalho, segurança social podem ser prestados segundo aquelas formas, sendo do legislador a competência

10 MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama. O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais. 2011. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/172065>. Acesso em: 29 jul. 2018. p. 08.

originária de sua escolha¹¹. Dentre os direitos fundamentais sociais, poucos são os que compõem o mínimo existencial. Daí serem eles chamados de direitos fundamentais sociais mínimos. E, finalmente, apenas o núcleo essencial desses direitos forma o conteúdo do mínimo existencial.”¹¹

Tal núcleo possui classificações: (i) quanto ao seu valor, podendo ser absoluto ou relativo e (ii) quanto a proteção, podendo ser objetiva ou subjetiva:

“Versando sobre o objeto da proteção, a teoria objetiva preconiza que o objeto de proteção da garantia do núcleo essencial é a norma jurídica, e não o direito subjetivo, admitindo que este seja suprimido no caso concreto, desde que permaneça válido como regra objetiva, perante os demais indivíduos. [...] Diversamente, para a teoria subjetiva, o bem tutelado pela mencionada garantia é o direito subjetivo do indivíduo. Dessa forma, a limitação a um determinado direito fundamental deve ser analisada em relação ao seu titular, e não em relação a toda a coletividade. [...] De acordo com essa concepção, o núcleo essencial refere-se a um conteúdo delimitado de forma abstrata, o qual, se restringido, afetaria o próprio direito como um todo. Trata-se, portanto, de um valor absoluto, intangível. Nem mesmo a proteção de outro bem constitucional justificaria a restrição dessa porção mínima. [...] A teoria relativa preconiza que o conteúdo essencial de cada direito fundamental é determinado por meio de uma ponderação entre os outros direitos e princípios que estejam em conflito, no caso concreto. Não é possível, portanto, delimitar, a priori, o conteúdo essencial de determinado direito fundamental.”¹²

No Brasil, o Mínimo Existencial foi expandido e teve maior aplicabilidade, uma vez que na Alemanha este, via de regra, era utilizado nas esferas dos Direitos Sociais, causando, para alguns

11 TOLEDO, Cláudia. Mínimo Existencial – A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã. Disponível em: <<http://pidcc.com.br/artigos/012017/062017.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

12 MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama. O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais. 2011. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/172065>. Acesso em: 29 jul. 2018. p. 08-15.

estudiosos, certa banalização do instituto.

A teoria dos custos dos direitos e o ativismo judicial: entre o mínimo existencial e a reserva do possível

Inobstante as duas teorias expostas supra, há a Teoria do Custos dos Direitos, criada por Stephen Holmes e Cass Sunstein, a qual parte da premissa de que todos os direitos, mesmo aqueles que se relacionem com uma liberdade negativa ou envolvam somente particulares, direta ou indiretamente, necessitam de dinheiro público para sua efetividade.

Então, fundamentada tal premissa, a teoria se desenrola para as consequências e conclusões:

“Na segunda parte, a partir da observação de que todos os direitos são positivos, verifica-se que também a liberdade (ou os direitos da liberdade) é afetada pela ausência de recursos, e que a proteção deste direitos representa igualmente a redistribuição da riqueza social, com todas as suas consequências.

Na terceira parte, contrapondo-se a um grupo de autores que sustenta que os direitos “foram muito longe” nos Estados Unidos, suscitando a irresponsabilidade do indivíduo para com a comunidade, os autores argumentam, também a partir da verificação de que todos os direitos são positivos, que o exercício dos direitos é, ao contrário, um exercício de responsabilidade.

Na quarta parte, ainda como consectário de sua visão acerca da positividade, os autos sustentam que os direitos – todos eles – são sempre fruto de uma opção social, e, portanto, da negociação (especialmente política), em que nem todas as partes encontram-se em pé de igualdade, gerando distorções, por vezes de monta.”¹³

Em sendo assim, é possível, mesmo de forma rasa, extrair que a primeira conclusão pode ser utilizada com fundamento na Reserva do Possível, em sentido interno. Por sua vez, a segunda conclusão

13 GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 200-201.

se relacionada bem com a ideia de Mínimo Existencial. Por último, a terceira conclusão é harmônica tanto com o Mínimo Existencial quanto com a Reserva do Possível em sentido externo.

Porém, outro ensinamento feito pelos autores, o qual não se pode perder de vista na presente obra, é que administrar, gerir e governar se resume a realizar escolhas e caminhar entre elas, de modo que não se pode, via de regra, entender pela falta de recursos, uma vez que, na verdade, as prioridades e as necessidades que são mal escolhidas. Trazendo tais apontamentos para dados brasileiros, chama atenção que o erário nacional perde cerca de R\$ 200 bilhões por ano, somente com a corrupção.¹⁴

Ademais, cada deputado federal custa mais R\$ 18 mil por dia trabalhado, totalizando mais de R\$ 2 milhões de reais por ano¹⁵, assim, somente à Câmara Federal custa quase R\$ 1 bilhão de reais por ano aos cofres públicos.¹⁶

Outrossim, segunda a Folha de São Paulo, os Estados brasileiros gastaram quase R\$ 1.7 bilhões, somente com propaganda, o Estado de São Paulo, por exemplo, utilizou cerca de R\$ 311 milhões, valor superior ao aplicado em ações socais com a “Renda Família”.¹⁷

No mesmo sentido, o horário eleitoral gratuito causou a isenção de cerca 1 bilhão de reais¹⁸ e as eleições de 2016 custaram cerca de R\$ 600 milhões.¹⁹

Com efeito, tem-se que mito da ausência de recursos públicos, no

14 ISTOÉ. Brasil perde cerca de R\$ 200 bilhões por ano com corrupção, diz MPF. 2017. Disponível em: <<https://istoe.com.br/brasil-perde-cerca-de-r-200-bilhoes-por-ano-com-corrupcao-diz-mpf/>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

15 CONGRESSO EM FOCO. Cada deputado custa mais de R\$ 2 milhões por ano. 2018. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/cada-deputado-custa-r-2-milhoes-por-ano/>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

16 CONGRESSO EM FOCO. Deputados custam R\$ 1 bilhão por ano ao contribuinte. 2016. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/lista-todos-os-salarios-e-beneficios-de-um-deputado/>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

17 FOLHA DE SÃO PAULO. Estados desembolsam R\$ 1,69 bi em propaganda. 2010.

18 GAZETA DO POVO. Governo abrirá mão de R\$ 1 bilhão para veicular horário eleitoral gratuito em 2018. 2017. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/politica/república/governo-abrirá-mão-de-r-1-bilhão-para-veicular-horário-eleitoral-gratuito-em-2018-0dat8khe0o7sgc6iyxe4jel53/>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

19 R7. Justiça Eleitoral estima em R\$ 600 mi custo das Eleições 2016. 2016. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/brasil/justica-eleitoral-estima-em-r-600-mi-custo-das-eleicoes-2016-25072016>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

Brasil, é cristalino.

Nesse passo, incontroverso que as garantias individuais, e os direitos de forma geral, são custosos e necessitam de tutela estatal para sua efetivação, bem como que a discricionariedade dos governantes influencia esta matéria, de maneira que não há como arguir a ausência de recursos públicos.

Dessa forma, diante de tais conclusões, resta somente o questionamento da legitimidade do Ativismo Judicial.

Pois bem, de fato, após o advento do neoconstitucionalismo, o ideal de Estado se modificou, de modo que os Direitos Fundamentais passaram de meios de defesa do cidadão para com o Estado e se tornaram obrigações que devem ser suportadas e garantidas pelo ente estatal.

Assim, deve o Estado, efetivamente, garantir ao indivíduo o seu núcleo mínimo de garantias individuais, devendo tal núcleo ser a prioridade na ação estatal e em seu orçamento.

Dessa maneira, apesar da difícil limitação, em caso de violação ou desrespeito ao núcleo mínimo, é dever do Poder Judiciário, ao ser instado, intervir nos demais Poderes. Todavia, tal intervenção não pode ser absoluta, se atentando aos limites e atos de resolução do caso concreto, sob pena de violar o princípio democrático da separação dos poderes, podendo ainda ser reforçada pela *democracy-reinforcement* ou *teoria do reforço da democracia*:

“Passou-se a assumir, pois, nas hipóteses de direitos fundamentais – sejam eles direitos de defesa ou direitos a prestações –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. Em verdade, não se trata de definição de políticas públicas, mas de simples respeito à Constituição para alguns, não deixando de ser, ao mesmo tempo, a efetivação de políticas públicas.

Nesse embate jurídico, a doutrina moderna não leva em conta a dimensão econômica dos custos necessários à implementação dos ditos direitos negativos. [...] Na atualidade, especialmente em virtude de posicionamento preponderante da jurisprudência, a teoria da reserva do financeiramente possível tem sido afastada

como panaceia apta a afastar a obrigatoriedade de efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Estado. As decisões têm exigido não a mera alegação de inexistência de recursos, mas a comprovação de ausência de recursos, também denominada *exaustão orçamentária*.²⁰

Por certo, em casos em que nem mesmo o mínimo é garantido, não se pode entender pela falácia da ausência de recursos, como indicam a Reserva do Possível em sentido interno e o fenômeno das *escolhas trágicas*.

Entretanto, há autores que deslegitimam qualquer atuação do Poder Judiciário, visto a ausência de expertise dos magistrados:

“Os direitos que são financiados pelo esforço de terceiros não combinam com as imagens projetadas pelo Judiciário. O problema é sério. Assim os autores indagam: os juízes consideram as consequências incorporadas nas contas? E como um juiz, considerando a escassez de informações à sua disposição (informações também têm custos) e a sua imunidade política, razoavelmente e de forma responsável decide sobre a melhor alocação dos recursos públicos escassos? Um juiz pode determinar que uma rua seja mantida aberta para manter uma atividade ou uma prisão para melhorar as condições de vida dos apenados, mas pode um juiz ter certeza de que o dinheiro que ele ou ela ordena para estes fins não seria usado de forma mais eficiente para vacinar um bairro contra difteria?”²¹

Data venia, aos demais entendimentos, o Direito e, conseqüentemente, o Poder Judiciário vêm cada vez mais caminhando para a interdisciplinaridade, motivo pelo qual há maior participação de outras áreas auxiliando os magistrados, reforçando e tornando suas decisões mais próximas da realidade.

Porém, podem ocorrer violações a direitos individuais que

20 MASSON, Cleber. Terminologias e teorias inusitadas. São Paulo: Método, 2017. p. 213-215.

21 FLORES, Gisele Maria Dal Zot. Mínimo existencial – uma análise à luz da teoria dos direitos fundamentais. 2007. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/viewFile/2167/1399>>. Acesso em: 29 jul. 2018

possuem a sua parcela mínima garantida, mas, não de forma integral. Em casos assim, a complexidade e os obstáculos na atuação do Poder Judiciário são maiores, uma vez que devido ao mínimo prestado pelo Estado, a legitimidade e a possibilidade da intervenção devem ser mitigadas, porém, nunca vedada.

Dessa forma, quando não houver a garantia integral de um direito individual, a atuação do Poder Judiciário é diminuída. De outro lado, o indivíduo que busca a tutela jurisdicional necessita de uma resposta, a qual deve ser proferida pelos demais Poderes, a fim de justificar sua atuação ineficiente. Entretanto, não se admitir, com base na Teoria do Custos dos Direitos, que os demais Poderes fundamentem e argumentem que sua ineficiência ocorre somente pela ausência de recursos.

Desta monta, havendo a violação das garantias individuais, de forma parcial, com fundamento único e exclusivamente na ausência de recursos, o Poder Judiciário, a fim de suprir a resposta ineficiente dos demais Poderes, também deve agir de forma ativa.

Conclusão

Destarte, tem-se que o Ativismo Judicial, apesar de sofrer duras críticas, é uma realidade no mundo jurídico. Nessa linha, malgrado a retórica da Reserva do Possível em sentido interno busque deslegitimar o Poder Judiciário em sua atuação ativa, esta vem perdendo força na jurisprudência nacional.

Quanto ao Mínimo Existencial, mesmo com a dificuldade em fixar o entendimento do que se trata o núcleo mínimo, este é amplamente defendido pela doutrina e pela jurisprudência.

Sobre a Teoria do Custos dos Direitos, destaca-se duas de suas diretrizes, as quais devem ser ponderados no momento da atuação do Poder Judiciário. A primeira diz que todos os direitos necessitam de dinheiro público para sua efetivação, por sua vez, a segunda afirma que há um mito na insuficiência do orçamento público, de modo que não existe fundamento para entender pela ausência de recursos

públicos.

Portanto, diante de tais constatações, tem-se que é dever do Estado garantir o núcleo essencial, podendo e devendo o Judiciário, de forma ativa, intervir nos demais Poderes a fim de garantir direitos individuais, quando estes forem diminuídos além da sua parcela mínima, com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

De outro lado, em momentos em que o Estado garantir parcialmente os direitos individuais, o Judiciário também pode intervir, desde que o ente estatal fundamente sua incapacidade somente na ausência de recursos públicos, uma vez que, como se viu, o problema está nas escolhas mal avaliadas pelos gestores e na corrupção, e não na falta de verbas.

Por fim, a intervenção do Poder Judiciário apenas se legitima nos casos supra, devendo ser realizada com máxima cautela, limitando-se ao caso concreto e sua resolução, com intuito de não violar o princípio da separação dos poderes.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

CONGRESSO EM FOCO. Cada deputado custa mais de R\$ 2 milhões por ano. 2018. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/cada-deputado-custa-r-2-milhoes-por-ano/>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

_____. Deputados custam R\$ 1 bilhão por ano ao contribuinte. 2016. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/lista-todos-os-salarios-e-beneficios-de-um-deputado/>>.

Acesso em: 29 jul. 2018.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights - Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton & Company, Inc., 2000.

FERRARI, Regina Maria Macedo Neri. *Normas constitucionais programáticas. Normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: RT, 2001.

FLORES, Gisele Maria Dal Zot. *Mínimo existencial – uma análise à luz da teoria dos direitos fundamentais*. 2007. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/viewFile/2167/1399>>. Acesso em: 29 jul. 2018

FOLHA DE SÃO PAULO. *Estados desembolsam R\$ 1,69 bi em propaganda*. 2010.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARGARELLA, Roberto. *Democracia Deliberativa e o Papel do Juízes Diante dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GAZETA DO POVO. *Governo abrirá mão de R\$ 1 bilhão para veicular horário eleitoral gratuito em 2018*. 2017. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/governo-abrira-mao-de-r-1-bilhao-para-veicular-horario-eleitoral-gratuito-em-2018-0dat8khe0o7sgc6iyxe4jel53/>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

ISTOÉ. *Brasil perde cerca de R\$ 200 bilhões por ano com corrupção, diz MPF*. 2017. Disponível em: <<https://istoe.com.br/brasil-perde-cerca-de-r-200-bilhoes-por-ano-com-corrupcao-diz-mpf/>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

MASSON, Cleber. *Terminologias e teorias inusitadas*. São Paulo: Método, 2017.

MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama. *O mínimo existencial como*

limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais. 2011. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/172065>. Acesso em: 29 jul. 2018.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

R7. Justiça Eleitoral estima em R\$ 600 mi custo das Eleições 2016. 2016. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/brasil/justica-eleitoral-estima-em-r-600-mi-custo-das-eleicoes-2016-25072016>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. Curitiba: Revista de investigações constitucionais, 2016.

SGARBOSSA, Luís Fernando. Crítica à teoria dos custos dos direitos. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº. 577.836/SC, 1.^a Turma, Relator: Ministro Luiz Fux.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº. 45 MC/DF, Relator: Ministro Celso de Mello.

TEIXEIRA, Anderson Vichinski. Ativismo judicial Nos limites entre a racionalidade jurídica e a decisão política. São Paulo, 2012.

TOLEDO, Cláudia. Mínimo Existencial – A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã. Disponível em: <<http://pidcc.com.br/artigos/012017/062017.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

TONIN, Marta Marília. O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais.

Curitiba, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo, O Mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá, 2009.

VIERA, Oscar Vilhena. Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.



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