



O DIREITO NA FRONTEIRA

e as Fronteiras do Direito



Danielle Cevallos Soares
Ma. Evely Bocardi de Miranda Saldanha
Me. Murilo Oliveira Souza
(Organizadores)

UNEMAT
Universidade do Estado de Mato Grosso
Unemat Editora

Editora Unemat**Editor:** Maria do Socorro de Sousa Araújo**Capa:** Rangel Gomes Sacramento**Diagramação:** Rangel Gomes Sacramento

Editora Unemat 2017

Conselho Editorial:

Ariel Lopes Torres

Guilherme Angerames Rodrigues

Gustavo Laet Rodrigues

José Ricardo M. T. de Oliveira Carvalho

Luiz Carlos Chieregatto

Maria do Socorro de Sousa Araújo (Presidente)

Mayra Aparecida Cortes

Neuza Benedita da Silva Zattar

Roberto Vasconcelos Pinheiro

Sandra Mara Alves Silva Neves

Severino de Paiva Sobrinho

Tales Nereu Bogoni

DIREITO NA FRONTEIRA E AS FRONTEIRAS DO DIREITO**Organizadores:** Danielle Cevallos Soares, Ma. Evely Bocardi de Miranda Saldanha, Me. Murilo Oliveira Souza.

D59896 Direito na fronteira e as fronteiras do direito / Danielle Cevallos Soares, Evely Bocardi de Miranda Saldanha, Murilo Oliveira Souza – Cáceres: Editora da Unemat, 2017. 208p.

Inclui Bibliografia

ISBN: 978-85-7911-169-3

1. Direito. 2. Política. 3. Fronteira. I. Autores. II. Título.

Editora Unemat
Avenida Tancredo Neves nº 1095 - Cavalhada
Fone/fax: (065) 3221-0077
Cáceres-MT - 78200-000 - Brasil
E-mail: editora@unemat.br

APRESENTAÇÃO

Não concordo com uma palavra do que dizes, mas defenderei até o ultimo instante seu direito de dizê-la.
(Voltaire)

No período de 09 a 11 de novembro de 2016, foi realizado o I Congresso O Direito na Fronteira e as Fronteiras do Direito, pela Coordenação do Curso de Direito da Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT, na cidade de Cáceres, do qual participaram professores e alunos do curso de Direito dos campi da Universidade que ofertam esse curso, bem como professores convidados de outras IES do país.

Tratando-se do primeiro evento com essa temática, decidimos pela publicação de um livro que reúne uma coletânea de trabalhos de professores e acadêmicos, com o objetivo de disseminar as pesquisas apresentadas e discutidas durante o Congresso.

O presente livro, intitulado O Direito na Fronteira e as Fronteiras do Direito, compreende dez textos que discutem questões referentes à fronteira, tendo em vista a relativa proximidade da cidade de Cáceres/MT, sede da Universidade do Estado de Mato Grosso, com a fronteira territorial Brasil-Bolívia, a exemplo do impacto ambiental transnacional, criminalidade e relações coloniais que ainda persistem na região, bem como questões teórico-filosóficas, dada a importância em superar aspectos conservadores do Direito, no intuito de que esta área do conhecimento se torne um mecanismo de transformação e, sobretudo, de emancipação.

Os textos apresentam uma pluralidade temática, teórica e metodológica própria da área das pesquisas desenvolvidas nos diversos Campi que sediam o Curso de Direito da Universidade, e muitos deles foram produzidos por alunos em coautoria com docentes, o que mostra o nível de interlocução e orientação entre o professor-pesquisador e o aluno de iniciação científica, uma experiência que vem se consolidando nas práticas de ensino e pesquisa.

Os artigos, de modo geral, contribuem para a reflexão

sobre como certas questões jurídicas que estão sendo pensadas, analisadas e interpretadas pelos autores à luz dos procedimentos teórico-metodológicos da área, mesmo quando divergem de determinados ordenamentos legais.

Agradecemos o apoio da Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT, Campus de Cáceres/MT, e da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Mato Grosso - FAPEMAT, que tornou possível a publicação desta obra.

Esperamos que esta coletânea possa dar visibilidade às pesquisas realizadas pelos Cursos de Direito, e que instigue os leitores da comunidade acadêmica da UNEMAT e de outras IES a realizar novos projetos e investigações que consolidem cada vez mais a produção científica na área do Direito.

Danielle Cevallos Soares
Ma. Evely Bocardi de Miranda Saldanha
Me. Murilo Oliveira Souza
(Organizadores)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	2
<i>Danielle Cevallos Soares</i>	
<i>Evely Bocardi de Miranda Saldanha</i>	
<i>Murilo Oliveira Souza</i>	
“WASH OUT” FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	7
<i>Ana Flávia Trevizan</i>	
A FRONTEIRA JURÍDICO-POLÍTICA ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS DA COMMON LAW E DA CIVIL LAW E SEUS IMPACTOS NO DIREITO PÁTRIO.....	27
<i>Ana Paula Soares de Souza e Danilo Pires Atala</i>	
VISIBILIZANDO A VIOLÊNCIA DE GÊNERO PSICOLÓGICA COMO LESÃO À SAÚDE DA VÍTIMA: Revisitando o artigo 129 do Código de Processo Penal brasileiro à luz da Lei Maria da Penha.....	49
<i>Artenira da Silva e Silva</i>	
<i>José Márcio Maia Alves</i>	
CIDADE SEM FRONTEIRAS, FRONTEIRAS SEM CIDADES.....	77
<i>Daniella S. Dias</i>	
IMPACTO AMBIENTAL TRANSFRONTEIRIÇO NA PERSPECTIVA DO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL.....	97
<i>Dimas Simões Franco Neto</i>	
<i>Oseias Amaral da Silva</i>	

JULGAMENTO INDÍGENA DE CONFLITOS INTERNOS RECONHECIDO PELO DIREITO ESTATAL NA PERSPECTIVA DO PLURALISMO JURÍDICO.....117

Eliel Alves Camerini Silva

Luciana Stephani Silva Iocca

A TEORIA DO PREJUÍZO NAS NULIDADES RELATIVAS: O COROLÁRIO DA DISCRICIONARIEDADE NO PROCESSO PENAL.....137

Evandro Monezi Benevides

Felipe Teles Tourounoglou

CÁCERES E O DÉFICIT DE MORADIAS: O CASO DA OCUPAÇÃO DO BAIRRO EMPA155

Evely Bocardi de Miranda Saldanha

Richard Rodrigues da Silva

PROVA NO HOMICÍDIO SEM CADÁVER.....169

Gabrielle Vidrigo de Souza Machado

Solange Teresinha Carvalho Pissolato

OS MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA COMARCA DE CÁCERES/MT.....191

Sandrely Ugulino Cardoso

Geovanna Gabriela Sandri

André Trapani Costa Possignolo

“WASH OUT” FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ana Flávia Trevizan¹

RESUMO: O presente artigo tem por escopo apresentar alguns apontamentos básicos no tocante ao “wash out” e sua incidência nos contratos agrários e observar de que maneira o direito pátrio tem se portado perante tal instituto. Ressalta-se a estima em realizar esse paralelo, por se tratar de algo que foi importado e, por estar se difundindo entre os contratos que versam sobre *commodities*, deverá atender aos princípios e normas internamente estabelecidos. Por ser inovador, o pretense assunto ocasionará grandes debates, nos quais serão imprescindíveis as construções doutrinárias e jurisprudenciais sobre a matéria, uma vez que os impactos advindos do “wash out” são de excessiva monta. Passando pela escassa jurisprudência interna ao referido assunto, serão dadas delimitações e uma roupagem ante o ordenamento jurídico nacional.

PALAVRAS-CHAVE: “Wash out”. Contrato agrário. *Commodities*. Direito brasileiro.

ABSTRACT: The purpose of this article is to present some basic notes on the “wash out” and its incidence on agrarian contracts and to observe how the country’s law has behaved before such an institute. Emphasis is placed on making this parallel, because it is something that has been imported and, because it is spreading among contracts that deal with commodities, should comply with the principles and standards internally established. Being innovative, the alleged subject will cause great debates, in which the doctrinal and jurisprudência constructions on the matter will be essential, since the impacts arising from the “wash out” are of excessive amount. Turning to the scarce internal jurisprudence on the subject, will be given delimitations and a drapery before the national legal order.

¹ Mestranda em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Professora do Departamento de Direito da UFMT, Bolsista CAPES-FAPEMAT. E-mail: af.trevizan@gmail.com.

KEYWORDS: “Wash out”. Agrarian contract. Commodities. Brazilian law.

INTRODUÇÃO

Com a abertura do mercado interno, principalmente no final da década de 80, o Brasil começou a dar maior notoriedade à exportação comercial. Algumas medidas como a diminuição das alíquotas sobre a importação e a extirpação da maioria das restrições não-tarifárias colocaram em ascensão o mercado exportador.

Nessa conjuntura globalizada, merecem papel de destaque as *tradings companies* que, em simples linhas, são empresas comerciais que promovem a exportação por meio da compra de produtos circulantes no mercado interno. Seu marco legislativo se deu em novembro de 1972, com o advento do Decreto-Lei nº. 1.248, futuramente inovado pelo Decreto nº. 4.543/2002. O primeiro tutela os tributos incidentes em relação aos produtos exportados, e o último, disciplina requisitos essenciais às *tradings*.

Em virtude da dinâmica presente no mercado internacional, torna-se comum a estipulação de cláusulas em contratos internacionais firmados entre as *tradings* e o país para o qual se exporta, que impõem multas envolvendo alta quantia monetária no caso de descumprimento. Um exemplo é a sobre-estadia, a qual se refere ao pagamento feito pela restituição atrasada do contêiner do titular, mas que, na maioria das vezes, recai sobre as *tradings*.

Todavia, as *tradings*, visando amortizar os gastos advindos de multas, importaram para o direito pátrio um instituto chamado “wash out”, que objetiva a indenização de excessivo valor monetário no caso de descumprimento da empresa ou pessoa física que vende produtos agrícolas às *tradings*.

Imperiosa é a análise do “wash out” sobre o enfoque do direito brasileiro, levando em consideração os princípios e normas tanto do direito civil como do direito constitucional. Eis a finalidade deste artigo.

Apontamentos básicos sobre as Tradings Companies

As *Tradings Companies*, em atividades no Brasil desde 1970, ganharam destaque no cenário nacional no início da década de 90. Foi em 1990, com o estabelecimento da Política Industrial e de Comércio Exterior, que o Brasil fortalece suas relações mercantis com países exteriores.

Nas palavras de Anna Carolina Euclides Santos, Bruno Henrique Felipe Gomes e Juliana Lima Credendio (2007, p. 29),

Com a abertura da economia brasileira no governo do presidente Fernando Collor de Melo, as empresas de grande porte sentiram-se motivadas a desenvolver suas atividades no mercado externo. Com a elevada demanda, essas empresas não conseguiam atender às necessidades do mercado, e iniciaram parcerias com *as tradings*, pois, perceberam as vantagens e benefícios de sua utilização, ou até mesmo, criando a sua própria *Trading Company*.

É nesse mesmo período que as *tradings* ganham destaque e, no primeiro momento, optam pela comercialização de *commodities* como, por exemplo, o café que, na atualidade, cede espaço à soja.

A Receita Federal do Brasil, na Solução de Consulta nº. 56, de 16 de junho de 2011, publicada no Diário Oficial da União, de 17 de junho de 2011, definiu o instituto *Trading Company* como uma empresa comercial exportadora constituída sob a forma de sociedade por ações, dentre outros requisitos mínimos previstos no Decreto-Lei nº. 1.248/72. (BRASIL, 2009). Ou seja, *trading company* é uma empresa comercial que realiza atividades como exportação, importação e agenciamento das operações de compra e venda de mercadorias.

O Decreto em voga veio para regulamentar alguns pontos específicos sobre a aquisição de produtos no mercado interno visando à exportação, além de estatuir requisitos mínimos para a instituição das *tradings* no Brasil.

De acordo com Pereira e Boavista (2010, p.74),

Deve-se ressaltar que antes do advento dessa legislação já existiam empresas comerciais exportadoras. Logo, a contribuição da legislação foi estabelecer uma categoria específica de comerciais exportadoras – as que se enquadrassem no disposto no art. 2º do referido Decreto-lei. Este determinava exigências quanto ao capital mínimo e à organização societária das tradings, que pretendiam: i) minimizar a probabilidade de as firmas não honrarem seus compromissos; ii) influenciar esse mercado com a visão de que a escala mínima eficiente para essas empresas deveria ser mais elevada (em linha com a experiência japonesa); e iii) facilitar a fiscalização.

Daí decorre a distinção entre *trading company* e comercial exportadora. A primeira segue os ditames prescritos no art. 2º do Decreto Lei nº. 1248 de 1979, quais sejam, compor uma sociedade de ações, ações essas nominativas e com direito a voto, possuir capital mínimo estabelecido pelo Conselho Monetário Federal e não constar punições, em decisão administrativa final, por infrações relativas ao comércio exterior.

Hodiernamente, a diferenciação entre os dois citados institutos se dá no atinente ao porte, em que as *tradings* desempenham maiores operações que as comerciais exportadoras.

Insta ressaltar que Pereira e Boavista (Idem, p. 72-73) notaram essa mudança. Conforme os autores,

[...] os termos *trading company* e comercial exportadora têm, no Brasil, uma dimensão conceitual maior do que quando foram estabelecidos. Ou seja, não cabe mais a associação do termo *trading* apenas à exportação indireta, pois essas empresas atuam tanto na compra de mercadorias para exportação quanto no auxílio a outras empresas que pretendem exportar diretamente – oferecendo uma gama de serviços de exportação que ultrapassa em muito a simples atividade de intermediação comercial, caracterizando-as como facilitadoras, ou mesmo consultoras, de

exportação. Os serviços oferecidos atualmente pelas *tradings* são:

- Intermediação comercial;
- Prospecção comercial: estudos de mercado, identificação de clientes, canais de comercialização etc.;
- Ações de promoção comercial: feiras, material promocional, propaganda, encontros de negócios etc.;
- Suporte logístico: preparação de documentação, contratação de transporte doméstico e internacional, armazenagem, serviços alfandegários etc.;
- Apoio à organização da produção e à adaptação de produtos (regulamentos e normas técnicas, design, etiquetagem, embalagem etc.);
- Serviços financeiros: gerenciamento de risco e seguros, estruturação de operação de financiamento, pagamento a fornecedores etc.

Notam-se as grandes estruturas envolvendo as *tradings*, até mesmo pelo fato de a maior parte dessas manter relações diretas com países de ilibada conduta no tocante ao mercado externo para o êxito de suas atividades.

Não se deve olvidar que, ao se relacionar com os outros países, os contratos firmados com as *tradings* devem ser estipulados conforme a legislação do país cliente. País cliente entende-se o Estado destinatário da exportação, o qual fixará o contrato respeitando as regras de seu ordenamento jurídico. A título de exemplificação, se uma *trading* nacional firmar contrato de exportação com a China, as cláusulas constantes nesse instrumento seguirão as normativas do direito chinês. Logo, a depender do Estado cliente, as regras serão modificadas.

Além de se relacionar com outros Estados, as *tradings* negociam com os fornecedores internos de *commodities*, que podem ser empresas ou pessoas físicas, por meio de contratos que deverão obedecer ao ordenamento pátrio.

É justamente frente aos fornecedores que as *tradings* vêm importando a cláusula, objeto de estudo, e aplicando-as sobre os contratos firmados em domínio nacional.

APLICAÇÃO DO “WASH OUT” NO BRASIL

Internamente, as *tradings* e os fornecedores de produtos agrícolas estabelecem contratos, em sua maioria, de compra e venda, nos quais os fornecedores entregam, na data aprazada, a quantidade acordada do produto. E, para tanto, em algum grande porto do Brasil já existe um navio para exportar tais produtos.

Por se tratar de relações comerciais de vultosas quantias, os referidos instrumentos preveem cláusulas penalizadoras graves nos casos de inadimplemento contratual. É visando ao cumprimento total do acordado que se firma um ajuste entre as *tradings* e os países-clientes, no qual se estipula uma multa de elevado valor para cada dia que o mesmo navio ficar à espera da mercadoria. É o chamado *demurrage* ou sobre-estadia que, segundo Gabardo (2011, p. 2),

Nos contratos de transporte marítimo de cargas, o transportador se compromete, mediante contraprestação do frete, a transportar a mercadoria consignada pelo embarcador ao destino acordado. Para que esta transação possa ser efetuada normalmente, o transportador concede ao usuário um determinado prazo de dias livres (estadia) para a realização das operações de carga e descarga das mercadorias. Contudo, havendo excesso ao período estipulado, tanto na utilização do navio quanto das unidades de cargas (contêiner), o embarcador estará incorrendo em sobre-estadia, sobredemora ou *demurrage*, como é internacionalmente conhecida.

Batista (2011, p. 2) ressalta que “por dia extra, cada navio gera entre US\$ 15 mil e US\$ 30 mil de penalidade ao embarcador, ou seja, às *tradings* exportadoras de *commodities*.” Logo, a cada dia de atraso no embarque das *commodities*, as *tradings* têm que arcar com essa excessiva penalidade.

Nota-se a importância dada ao princípio do *pacta sunt servanda*. Por se tratar de comércio internacional, este princípio deve ser respeitado para que a credibilidade e confiabilidade do país,

bem como das *tradings*, não sejam questionadas.

Entretanto, visando minimizar as perdas eventualmente tidas com a sobre-estadia, as *tradings* estabelecem uma disposição contratual aos produtores nacionais e, por meio dela, comercializam, no caso de inadimplemento. É a figura conhecida como “wash out”, termo derivado da língua inglesa que significa “desgastar”.

Salienta-se sua novidade no ordenamento jurídico interno, fato que impossibilita maiores pesquisas e embasamento teóricos a seu respeito. Primeiramente, analisou-se o ordenamento da Austrália, país que possui o GTA (About Grain Trade Australia, 2014), que significa Comércio de Grãos da Austrália, o qual, além de outras funções, desempenha a arbitragem como forma de lidar com os conflitos derivados dos contratos agrícolas.

O regramento estabelecido pelo GTA não define o “wash out”, que usualmente é utilizado pelas indústrias nos casos de execução contratual, em que uma das partes não consegue adimplir suas obrigações. Em não havendo um acordo entre as partes no tocante ao valor do “wash out”, as indústrias podem socorrer do Serviço de Resolução de Disputas. (Idem).

O “wash out”, em sua grande maioria, implica o pagamento de uma parte para outra, havendo manifestação de vontade de ambas. Desse modo, qualquer das partes, entrevendo que não conseguirá executar sua obrigação, pode utilizar-se do instituto em comento, até mesmo como forma de se resguardar quanto às oscilações de mercado. (GTA, 2011).

Nos casos de quebra de safra ou eminente quebra de safra, os vendedores podem escolher pelo “wash out” ou buscar grãos, em substituição, no mercado. Dessa forma, o “wash out” será calculado pela diferença entre o preço fixado no contrato e o seu valor no comércio no momento em que for estipulado, podendo a ele agregar alguns outros encargos administrativos. (Idem).

No Brasil, o tema em comento ganhou outra roupagem. Via de regra, vem embutida nos contratos de compra e venda. Pode também ser objeto de um contrato autônomo, habitualmente chamado de “acordo de *wash out*”. Ambos são constituídos de ma-

neira unilateral pelas *tradings*.

Assim como na Austrália, o “wash out brasileiro” tem por escopo a indenização sobre a valorização das *commodities* no mercado, ou seja, a diferença entre o preço no momento da celebração do contrato e no instante em que o mesmo for descumprido e aquele comprador tiver que procurar no mercado do dia o produto que deseja.

Isso se dá quando os contratos agrícolas de compra e venda desses produtos são ratificados meses antes da sua execução. A título de exemplo, se o negócio jurídico tiver por objeto a safra de soja, é celebrado no dia em que o custo da saca de soja é de R\$ 60,00 (sessenta reais), o contrato terá por base esse valor, porém a execução do contrato se dará alguns meses após. Se na data aprazada o contrato não for cumprido e o valor da soja, à época, for de R\$ 70,00 (setenta reais), o “wash out” consistirá em R\$ 10,00 (dez reais) de diferença por cada saca de soja.

Porém, no ordenamento jurídico brasileiro, o “wash out” possui diferentes características. Conforme anteriormente dito, em território nacional, ele não é estipulado conforme a vontade dos contratantes e sim de acordo com a conveniência das *tradings*. Outro atributo se dá ao fato de, nos contratos originários envolvendo aquisição de *commodities*, ter presente alguma cláusula estipulando indenizações no caso de descumprimento da obrigação, até mesmo porque no sistema pátrio vigente há mecanismo para tais casos. Desse modo, estabelecer o “wash out” seria aplicar duplamente a penalização em virtude do inadimplemento.

A propriedade que atinge diretamente o agricultor é o valor fixado a título de “wash out”. Ao invés de seguir os parâmetros convencionais do referido instituto estrangeiro e de o *quantum* ser aferido em razão da diferença existente entre o preço da *commodity*, no momento da contratação e no instante da inadimplência, no Brasil esse valor já vem previamente ajustado de forma unilateral pelas *tradings*.

Na grande maioria das vezes, o custo do “wash out” é tão excessivo que pode atingir a integralidade do valor objeto do

contrato. Evidentemente, não se é averiguada a diferença a qual o “wash out” propõe.

Conceitualmente, “wash out” é uma cláusula existente nos contratos agrários que estipulam uma indenização excessivamente onerosa para o contraente que não cumprir suas obrigações, indenização essa que, teoricamente, consiste na diferença valorativa das *commodities* existentes entre o dia da ratificação do contrato e o da inadimplência, por conta de oscilações do mercado. É justamente nesse contexto que, além de ferir uma série de normativas pátrias, fere frontalmente os princípios aqui em vigor, dentre os quais, alguns serão adiante ponderados.

Princípios aplicáveis ao “wash out”

Ao adentrar o ordenamento pátrio, o “wash out” deverá obedecer aos princípios aqui vigentes, dentre eles os infratranscritos. Como marca inicial, tem-se a boa-fé como sendo o princípio fundamental das relações entre os seres humanos, inclusive nas mediações contratuais.

Para Vilaça (1995, p. 98),

O princípio da boa-fé deve ser, antes de tudo, mencionado, pois ele assegura o acolhimento do que é lícito e a repulsa ao ilícito.

A contratação de boa-fé é a essência do próprio entendimento entre os homens e a presença da ética nos contratos. Sim, porque a aplicação do princípio da boa-fé traz para a ordem jurídica um elemento de Direito Natural, que passa a integrar a norma de direito.

Tal vetor permeia o ordenamento jurídico por inteiro. É interessante destacar o que o Código Civil Português assevera sobre o assunto:

Artigo 227.
(Culpa na formação dos contratos)
Quem negocia com outrem para conclusão de um

contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte. (Portugal. Lei 82/2014).

Nota-se que, ao estipular o “wash out” nos contratos, há uma afronta direta ao princípio em voga, pois o contratante, ao estipular a tal cláusula, ao menos pode aferir se de fato haverá um efetivo dano na data aprazada.

Por atuar como uma espécie de indenização aos danos futuros e constituir uma cláusula com valor excessivo, o “wash out” evidentemente viola o princípio da boa fé. O princípio de liberdade contratual se presta a defender aquela parte que, nas relações contratuais, não possui livre-arbítrio para dispor sobre seus interesses, ficando atrelada à vontade da parte adversa.

Isso ocorre por haver na relação contratual uma parte mais vulnerável que a outra, a qual acaba por aceitar as imposições para não perder o negócio. No caso em voga, pelo fato de os produtores de *commodities* serem a parte mais fraca, pois dependem diretamente das atividades das *tradings* para exportação, surge um quase dever em aceitar os termos contratualmente ordenados. Com isso, lesões são ocasionadas.

Nesta senda, Vilaça (1995, ano, p. 99-100) preceitua:

Realizado o pacto, sob essa pressão, a lesão ocorre, sendo difícil e custosa a reparação, para repor certos valores destruídos.

Se dermos força demais à liberdade contratual, ficando o homem livre na sociedade, sem condições de discutir razoavelmente sobre suas convenções, será ele o mesmo que um pássaro libertado de um gaiola, ao fácil alcance de um gavião, pronto para atacá-lo. Pouco duraria a liberdade daquele.

Deste modo, embora haja liberdade nos contratos, certas limitações devem ser imanentes ao princípio em comento, em respeito à sistemática do direito.

Outro ponto que merece destaque é o princípio da função

social dos contratos, bem esclarecido por Vilaça (2011, p. 100):

Por esse princípio os contratos desempenham um relevante papel na sociedade, nacional e internacionalmente, considerada.

Pelos contratos, os homens devem compreender-se e se respeitar, para que encontrem um meio de entendimento e de negociação sadia de seus interesses e não um meio de opressão.

Assim sendo, a real função desempenhada pelo contrato de compra e venda entre produtores e *tradings* consiste no justo preço da aquisição das *commodities* e a entrega da mercadoria conforme o convencionado, pautando-se pela boa-fé. Menções contratuais que contrariem esse postulado, certamente causarão danos a algumas das partes.

Pela comutatividade, princípio imanente ao direito, tem-se que as prestações e contraprestações devem ser equilibradas, sendo impostas aos contratantes para terem ciência, desde o início do negócio jurídico, de seus lucros e perdas.

Um dos principais postulados está estampado no princípio *Rebus sic stantibus*, que pode ser traduzido pela expressão “as coisas estão assim”. No direito moderno é conhecido como teoria da imprevisão, tendo por escopo relativizar o princípio do *pacta sunt servanda* em relação aos fatos que se alterarem, notadamente, no transcorrer do contrato.

Para tanto, nos moldes de Vilaça (2011, p. 101-102),

Todavia, essa cláusula, considerada pela Doutrina e pela Jurisprudência brasileiras, como existente em todos os contratos, ainda que não expressamente contratada, apresenta-se com três pressupostos fundamentais, autorizadores de sua aplicação.

Deve ocorrer, primeiramente, uma alteração radical do contrato, em razão de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis (álea extraordinária). [...]

Por outro lado, é preciso que exista enriquecimento, prejuízo, inesperado e injusto por um dos contratantes.

O terceiro pressuposto é a onerosidade excessiva que sofre um dos contratantes, tornando-se, para ele, insuportável a execução contratual.

Com o visto, torna-se impossível a aplicação da cláusula “*rebus sic stantibus*”, ante a não-ocorrência de um desses três pressupostos.

Diante do “*wash out*”, é evidente que, por se tratar de produto agrícola, depende diretamente de vários fatores naturais, os quais o ser humano não pode influir; os riscos da atividade são maiores, podendo ocorrer uma modificação ao longo da vigência contratual que impossibilita o cumprimento do mesmo. Entra em cena o princípio supracitado por nortear o operador do direito.

Por fim, destaca-se o princípio da onerosidade excessiva, no qual, um dos contratantes estipula uma obrigação exagerada ao outro.

Aplicando-se ao “*wash out*”, os produtores, ao negociarem com as *tradings* ou até mesmo com outras empresas, ficam responsabilizados por, no caso de inadimplência ainda que parcial, a indenizar uma grandiosa quantia monetária. Tal fato causa sérias lesões aos produtores que não possuem condições de arcar com esta cláusula abusiva.

Vilaça (2011, p.103) sabiamente leciona:

Ao Direito repugna a atuação ilícita e mesmo o enriquecimento indevido, pois a lesão está presente neles.

O fenômeno da lesão, no direito contratual moderno, deve ser encarado objetivamente. Causado o prejuízo, ocorrendo o desequilíbrio nas prestações, deve ser o reestabelecimento da igualdade entre os contratantes. Isto porque, o agravamento unilateral da prestação de uma das partes contratantes torna excessivamente onerosa sua obrigação e, via de consequência, insuportável o cumprimento desta.

Desse modo, sendo o “*wash out*” onerosamente excessivo, acaba por violar não só o princípio em voga, como todos os ante-

riormente aduzidos.

Implicações do “wash out” no direito pátrio

Por ter adentrado o direito brasileiro, o “wash out” deve ser guiado pelos preceitos estatuídos na Magna Carta e legislações infraconstitucionais.

E, ainda que a Secretaria de Comércio Exterior tenha publicado a Portaria nº. 15, de 17 de novembro de 2004, disciplinando alguns pontos no tocante ao “wash out”, não houve eficácia e aproveitamento algum para o ordenamento jurídico brasileiro, embora pudesse ser útil, uma vez que preleciona o seguinte:

O SECRETÁRIO DE COMÉRCIO EXTERIOR DO MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR, no exercício de suas atribuições, com fundamento no art. 15 do Anexo I ao Decreto nº. 4.632, de 21 de março de 2003, visando consolidar as disposições regulamentares das operações de exportação, resolve:

§ 8º Poderão ser acolhidos pedidos de operações de recompra (*wash out*), desde que atendam aos seguintes requisitos preliminares:

I - ganho cambial (preço/prêmio da recompra obrigatoriamente inferior ao da venda) em cada RV, a ser definido de acordo com as condições de mercado na época do pedido de recompra;

II - ser submetido a exame na data de sua negociação, acompanhado de documentação pertinente;

III - a empresa deverá comprovar o efetivo ingresso das divisas no prazo de dez dias úteis contados a partir da data da negociação, mediante apresentação do contrato de câmbio relativo à operação de recompra, devidamente liquidado. (BRASIL, 2004).

Depreende-se da assertiva acima que foram estabelecidos alguns critérios mínimos para aplicação do “wash out”, elementos esses que poderiam servir de parâmetros para delinear os contratos, uma vez que traz preceitos importantes, inclusive de acordo com o inciso I, ao prever o pagamento do valor à época da recompra.

Há também o informe da Associação de Produtores de Soja e Milho de Mato Grosso (APROSOJA), que conceitua o tema em voga:

2.2 Cláusula de indenização (wash-out): Essa cláusula normalmente prevê a obrigação de que aquele que der causa à rescisão do contrato deve pagar à outra o valor do produto adquirido no dia da liquidação do contrato (no dia da entrega do produto) e, normalmente, possui a seguinte descrição, a ser verificada contrato por contrato: “[...] sobre o produto não entregue, o produtor deverá arcar com perdas e danos que fica estipulada em 100% do preço do produto comercializado, ao preço do produto na data de entrega [...]”. (2016, p. 3).

Contudo, não se mostra suficiente a conceituação acima, além de deixar em completo desequilíbrio as partes contratantes, ao previamente fixar multa de 100% sobre o descumprimento contratual.

O ordenamento jurídico brasileiro possui todas as ferramentas necessárias para que a parte que descumprir o contrato arque com os prejuízos causados. Sendo assim, o “wash out”, tal qual está sendo aplicado no Brasil, não possui embasamento legal por desprezar, além dos princípios supramencionados, as regras do Código Civil. Estando previsto em uma cláusula, resta configurada sua abusividade, sustentada pela onerosidade excessiva de que se reveste, correspondendo a uma considerável porcentagem do valor da obrigação originária.

Considerando um negócio jurídico, o “wash out” pode ser analisado sob a tricotomia deste. No plano da existência, de fato os requisitos estão preenchidos. Na validade, a manifestação da vontade deve ser livre e, como discorrido anteriormente, pode ocorrer de o “wash out” ser uma cláusula praticamente imposta para celebração do acordo. Nesse caso viciado, estaria conduzindo à nulidade da cláusula.

Atinente à eficácia, certamente o “wash out” poderá surtir efeitos jurídicos. Neste contexto se insere o papel acadêmico, vi-

sando auxiliar a jurisprudência na dinâmica do tema, por ser um assunto novo e complexo. Como exemplo, cito o Acórdão 1268606-7 do estado do Paraná, no qual a douta Relatora entendeu pela legalidade da cláusula “wash out” por não julgá-la abusiva. (BRASIL, Acórdão na Apelação 1268606-7).

Nesta senda, papel de destaque possuem os trabalhos acadêmicos por fomentar o assunto e auxiliar os operadores do direito na compreensão do tema em comento e, por mais intrincado que seja, necessária é essa construção pela real tendência do “wash out” ser mais utilizado, acarretando disputas judiciais sobre sua incidência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por ser algo novo no cenário brasileiro, a escassez de material foi um grande obstáculo na elaboração do presente trabalho, que se fundou basicamente em publicações dos primeiros advogados a terem contato com o tema em análise.

Enfatizaram-se os papéis das *tradings* nesse contexto, ressaltando-se as forças de tais empresas nas relações comerciais e a influência que as mesmas possuem ao estipular os termos contratuais, nos quais os produtores acabam ratificando para não perder o negócio.

É justamente nesse contrato que se insere o “wash out”, uma cláusula que originariamente visa restituir a valorização da *commodity*, entre o período em que foi estabelecido o contrato e o momento em que o mesmo foi inadimplido. Meses se passam entre esses fatos e, havendo aumento de preço das commodities, é o “wash out” que irá restaurá-lo.

No Brasil foram dados à referida cláusula contornos diversos dos originalmente estabelecidos nos países estrangeiros, conforme o acima exposto. Aqui o “wash out” é uma cláusula, por vezes abusiva, que visa à reparação de possível dano, na maioria das vezes, alcançando valores exorbitantes.

Reiterada está se tornando tal prática que é questão de

tempo até chegar ao judiciário, órgão que deverá ter embasamento teórico para realizar um julgamento de forma equânime, visando compreender um instituto que não é de fácil assimilação, além de afrontar princípios e normas do direito interno.

Postulados como boa-fé, liberdade contratual, função social do contrato, comutatividade, *rebus sic stantibus* e onerosidade excessiva devem ser considerados quando o assunto é “wash out”. A depender do contexto em que é inserido e da sua quantificação monetária, poderá afrontar diretamente os princípios supracitados.

Aparentemente, o “wash out”, como vem sendo posto, possui linhas de ilegalidade justamente por ferir regras e princípios vigentes no ordenamento jurídico nacional. Visto sobre o plano tricotômico dos negócios jurídicos, também será necessário um estudo casuístico no tocante à validade e eficácia.

Nos moldes como foi introduzido no Brasil, o “wash out” é uma penalidade em repetição, por já existirem, no ordenamento pátrio, mecanismos aptos a penalizar quem descumprir o contrato. O “wash out” teve sua forma originária totalmente desviada e, por assim ser, não foi adaptado e inserido como uma ferramenta eficaz.

É importante dizer que, por ser uma novidade estrangeira, o “wash out” pode ser adaptado ao direito pátrio, obedecendo ao ordenamento aqui instituído, ponderação essa que será realizada pelo poder judiciário, o qual recorrerá dos estudos acadêmicos e doutrinários para o julgamento das lides.

Destarte, registra-se que o assunto em voga merece fomento e destaque por ser atual e de grande importância para o sistema jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABOUT GRAIN TRADE AUSTRALIA. Fact Sheet. 2014. Disponível em: <http://www.graintrade.org.au/sites/default/files/Publications/001%20About%20Grain%20Trade%20Australia.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2015.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

AVERBUG, André. Abertura e integração comercial brasileira na década de 90. p. 43-82. Disponível em:

http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/livro/eco90_02.pdf. Acesso em: 23 jul. 2015.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Princípios gerais de direito contratual aplicáveis à dívida externa dos países em desenvolvimento. *Revista USP*. São Paulo. 1995, p. 95-108. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67357/69967>. Acesso em: 23 jul. 2015.

BATISTA, Fabiana. Chuva já interrompe embarque de açúcar nos portos. Valor on Line, São Paulo, 14 jul. 2010. Disponível em:

<http://www.valoronline.com.br/impreso/agronegocios/105/123677/chuva-ja-interrompeembarque-de-acucar-nos-portos>. Acesso em: 23 jul. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Acórdão na Apelação 1268606-7*. Relatora: ROCHA, Elizabeth M. F.. Publicado no DJ 1512 de 24/02/2015. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11837217/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1268606-7>. Acesso em: 24 jul. 2015.

_____. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal. *Solução de Consulta nº. 56*. Disponível em: [http://decisoes.fazenda.gov.br/netacgi/nphbrs?s10=@DTPE+%3E+%20110612+%3C+%20110620&s9=NAO+DRJ/\\$.SIGL.&n=DTPE&d=DECW&p=2&u=/net/html/decisoes/decw/pesquisaSOL.htm&r=30&f=G&l=20&s1=&s6=&s3=&s4=&s5=&s8=&s7=](http://decisoes.fazenda.gov.br/netacgi/nphbrs?s10=@DTPE+%3E+%20110612+%3C+%20110620&s9=NAO+DRJ/$.SIGL.&n=DTPE&d=DECW&p=2&u=/net/html/decisoes/decw/pesquisaSOL.htm&r=30&f=G&l=20&s1=&s6=&s3=&s4=&s5=&s8=&s7=). Acesso em: 24 jul. 2015.

_____. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Secretaria de Comércio Exterior. *Portaria nº. 15, de 17 de novembro de 2004*. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/tributario/portariasce15.htm>. Acesso em: 03 ago. 2015.

DEGANI, Priscila Marques. O plano da existência, validade e eficácia do negócio jurídico; os defeitos do negócio jurídico; prescrição e decadência. 2014. *Revista Jus Navigandi*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/32132/o-plano-da-existencia-validade-e-eficacia-do-negocio-juridico-os-defeitos-do-negocio-juridico-prescricao-e-decadencia>. Acesso em: 23 jul. 2015.

DOMINGUES, Luís Alberto; SILVA, Frederico Azevedo e. Procedimentos para renegociação de contratos devido a problemas com clima. Informe Técnico Aprosoja 122/2016. Disponível em: <http://www.aprosoja.com.br/download/informe-tecnico/2016-07-01-17-15-06informe-tecnico-122-problemas-climaticos-na-safra-de-milho.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2017.

GABARDO, Camila Schiffler Nobell; TOMEDI, Guilherme Dorigo. Natureza jurídica da sobreestadia no direito brasileiro. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f4f1f13c8289ac1b>. Acesso em: 23 jul. 2015.

GRAIN TRADE AUSTRALIA LTD. A guide to taking out grain contracts. 2011, p. 01-34. Disponível em: <http://www.australiangrainexport.com.au/docs/Grain%20Contracts%20Guide.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2015.

PEREIRA, Lia Valls; BOAVISTA, Marcelo. *Trading companies* no Brasil. ed. 103, RBCE, 2010.

PORTUGAL. Procuradoria Geral-Distrital de Lisboa. *Lei nº. 82/2014 de 30/12*. Código civil. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=775&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em: 23 jul. 2015.

SANTOS, Anna Carolina Euclides; GOMES, Bruno Henrique Felipe; CREDENDIO, Juliana Lima. *A importância das trading companies para o comércio exterior brasileiro*. Trabalho de Curso em Administração de Empresas. Centro Universitário Eurípides de Marília. Marília: SP, 2007.

THOME, Karim Marini; MEDEIROS, Janann Joslin e CALEGARIO, Cristina Lélis Leal. *Estratégia em negócios internacionais: evidência*

em uma trading company que atua entre economias emergentes. *REAd. Rev. eletrôn. adm.* (Porto Alegre) [online]. 2013, vol.19, n.1, pp. 219-246. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-23112013000100009>. Acesso em: 24 jul. 2015.

A FRONTEIRA JURÍDICO-POLÍTICA ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS DA *COMMON LAW* E DA *CIVIL LAW* E SEUS IMPACTOS NO DIREITO PÁTRIO

Ana Paula Soares de Souza¹

Danilo Pires Atala²

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo apresentar as peculiaridades existentes entre os sistemas jurídicos da *Common Law* e da *Civil Law*, com enfoque respectivamente nos ordenamentos jurídicos norte-americano e francês, na perspectiva de Garapon e de outros estudiosos do direito. E visa, principalmente, realçar as influências que tais sistemas jurídicos realizaram no direito pátrio por meio de comparações, mostrando que o direito brasileiro atual possui um sistema misto. Para esse fim, estruturou-se o trabalho em três momentos distintos: primeiramente, fez-se uma abordagem geral, apontando características que o Brasil positivou do *Common Law* para seu ordenamento jurídico. Após, demonstrou-se como o contexto histórico influenciou sobremaneira a adoção deste ou daquele sistema jurídico. E, por fim, explanou-se que a globalização e a tecnologia foram transformando o sistema jurídico brasileiro, outrora extremamente arraigado na cultura *Civil Law*, em um sistema jurídico misto que ora utiliza-se apenas da lei, ora utiliza-se de um precedente para analisar um caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: Civil Law. *Common Law*. Sistema jurídico brasileiro.

ABSTRACT: This paper aims to present the peculiarities existing between the legal system of Common Law and Civil Law, with a focus respectively on the North American and French legal systems from the perspective of Garapon and other scholars of

1 Acadêmica do 8º período do Curso de Direito da UNEMAT. Cáceres/MT.

2 Professor Doutor do Departamento de Direito da UNEMAT. Cáceres/MT.

law. And purpose, to highlight the influence of such legal systems on Brazilian through comparisons, showing that current Brazilian legal system has a mixed system. To this end, the present work was structured in three distinct moments: first, a general approach was made pointing out characteristics that Brazil posited from Common Law to its legal order. Afterwards, it was demonstrated how the historical context greatly influenced the adoption of this or that legal system. And, finally, it was explained that globalization and technology were transforming the Brazilian legal system once deeply rooted in a Civil Law culture to a mixed legal system that now uses only the law, or a precedent is used to analyze a concrete case.

KEYWORDS: Civil Law. Common Law. Brazilian legal system.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto caracterizar a diferença entre os sistemas jurídicos *Common Law* e *Civil Law*, tendo como fronteira jurídico-política a Europa Continental, a Inglaterra e os Estados Unidos da América. Emprega-se o método jurídico descritivo que permite a decomposição do problema em diferentes níveis/elementos, e estabelece as interligações entre os mesmos, para analisar e responder ao problema proposto.

O sistema jurídico nacional, embora seja tradicionalmente legislado, aos poucos vai incorporando teorias e institutos do sistema da *Common Law* como, por exemplo, a súmula vinculante, introduzida pela Emenda Constitucional 045/2004, que acresceu o art. 103-A. Ainda, tem-se os exemplos do que se convencionou chamar de direito jurisprudencial nos artigos 489, V-VI e 947 e 976 do Código de Processo Civil de 2015, principalmente no art. 926, que estabelece o dever dos tribunais de manter a jurisprudência *integra, estável e coerente*, em evidente agasalhamento da Teoria do Direito com Integridade, de Ronald Dworkin (1999). Ainda, neste sentido, destaca-se que, no Brasil, o reconhecimento da união homoafetiva decorreu da construção ou criação jurisprudencial no julgado do STF na ADI nº. 4277 e ADPF nº. 132. Assim, entender as

distinções e as características destes dois sistemas, proporcionará uma melhor compreensão do próprio direito nacional.

Breves apontamentos acerca dos Sistemas Jurídicos *Common Law* e *Civil Law*

O Sistema *Civil Law*, também usualmente apelidado de “romano-germânico”, diz respeito aos países que cunharam a ciência do direito, tendo como base o direito romano, cujo nascedouro se deu na Europa. Nos dizeres de David (2002), os primórdios do sistema *Civil Law* remontam aos séculos XII e XIII. Historicamente, esse período corresponde à fase em que as cidades e o comércio começaram a se expandir, fato que intensificou na sociedade da época o ideal de que *somente o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso*. (DAVID, idem, p. 39). Com este viés, Medeiros (2009) diz que o ideal de uma sociedade cristã, fundada na caridade, é abandonado, o que produz uma ruptura entre o direito e a religião, tornando-se o direito autônomo.

Aponta Cretella (1986), como já foi dito na Roma Antiga, que o direito passou a se constituir, extraindo o preceito jurídico dos casos concretos cotidianos, identificando sua classificação e, em seguida, aplicando-se a novos casos. Por isso, muitos doutrinadores apontam que o Estado Romano foi fundamental para a história do direito, constituindo-se em um divisor de águas nos processos de formação dos sistemas de *Civil Law* e *Common Law*.

A partir do momento em que a academia passou a se utilizar de textos romanos, acabou por incorporar o conteúdo terminológico e conceitual, bem como a técnica própria de raciocínio jurídico para o desenvolvimento das regras jurídicas. Tal entendimento jurídico se caracteriza, mormente, pelo fato de suas regras de direito serem concebidas como regras de conduta.

Segundo Bobbio (1995, p. 64-65), em seu livro *O Positivismo Jurídico*,

[...] a exigência da codificação nasceu de uma concepção francamente iluminista, como demonstra

o mote *sapere aude* citado por Thibaut, também na França (e, na verdade, com maior razão, visto ser este país a pátria maior do iluminismo) a idéia de codificação é fruto da cultura racionalista, e se aí pôde se tornar realidade, é precisamente porque as idéias iluministas se encarnaram em forças histórico-políticas, dando lugar à Revolução Francesa". É, de fato, propriamente durante o desenrolar da Revolução Francesa (entre 1790 e 1800) que a idéia de codificar o direito adquire consistência política.

Diversos acontecimentos na França no século XIX, como a união do monarca e da nobreza, abusos excessivos de privilégios dos nobres, do clero e também dos magistrados, conforme Sampaio (2001), resultaram na Revolução Francesa, que foi o grande marco histórico responsável pela consolidação de um novo modelo jurídico rígido, pois os revolucionários desse momento enxergaram a necessidade de conter a atuação judicial que, nos dizeres de Marinoni (2009, p. 46),

[...] para a Revolução francesa, a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis. A certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou, melhor dizendo, na própria lei. Lembre-se que, com a revolução francesa, o poder foi transferido ao parlamento, que não podia confiar no judiciário.

Do mesmo modo, para Wambier (2010), a lei, nesse período, passou a ter o papel fundamental de representar um ideal de igualdade, impossibilitando qualquer forma de interpretação, devendo, nesse contexto histórico, ao magistrado restringir sua decisão ao texto legal. A concepção de igualdade no *Civil Law* era associada à rigorosa aplicação da lei, o que deu origem a um intenso processo de codificação do direito, cabendo ao juiz a função

de apenas aplicar as leis positivadas, garantindo deste modo uma igualdade meramente formal.

Assim, além de restringir a aplicação do direito pelo magistrado, fez com que o direito se transfigurasse na mera aplicação do positivismo legislativo, sem nenhuma análise das peculiaridades do caso concreto. Conforme Grossi (2006), todo o direito da época, iniciando-se com o direito civil, foi aprisionado em milhares de artigos organicamente sistematizados e contidos em alguns livros chamados “códigos”.

Marinoni (2010), de forma brilhante, aponta que não é o fato de se ter códigos ou não que determina o modelo jurídico adotado, a distinção é feita, sobretudo, a partir da concepção de código que cada indivíduo possui. Na sua concepção, no *Common Law*, os códigos não pretendem coibir a interpretação da lei, razão pela qual, se houver um conflito entre uma lei codificada e uma empregada pela *Common Law*, ficará ao encargo do juiz interpretar qual das duas deverá ser aplicada.

Dentre os vários países que adotaram tal sistema, cita-se o Brasil que, por ter sido colônia de Portugal e nele predominar o sistema romano-germânico, teve no nascedouro da ciência do direito uma geração de legisladores e juristas que procuravam codificar para, deste modo, reformular comportamentos. Vejamos:

[...] em face de sua tradição romanista, o Direito Brasileiro também é marcado pela sistematização e pela codificação, bem como por fazer uso de institutos originados no Direito Romano e revistados pelos doutrinadores da Europa Continental, pós Idade Média. [...] O ensino do Direito no Brasil somente se iniciou em 1827, entretanto, por conta da presença dos jesuítas e com a ida de jovens a Portugal para se tornarem bacharéis, os estudos da Universidade de Coimbra acabaram cruzando o Atlântico ainda na época colonial. (SANTOS, 2010, p. 25).

A título de exemplo, o Código Civil de 1916 se encontra abarrotado de institutos oriundos do Direito Português que, por sua vez, tem suas raízes jurídicas provenientes do Direito Romano.

Em contraponto, tem-se o sistema *Common Law* que tem suas raízes nas estruturas judiciárias da Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte e Escócia e que, embora tenham particularidades em razão de vicissitudes históricas, todas elas são baseadas no direito casuístico, ou *case law*, segundo Oliveira (apud TUCCI, 2010).

Diferentemente do sistema *Civil Law*, que se deu, precipuamente, mediante fases históricas, o sistema *Common Law* se deu de maneira ininterrupta, baseado no cotidiano da sociedade inglesa, ou seja, ele foi se transformando no decorrer das relações estabelecidas.

Nas palavras de Wambier (2009, p. 54),

O *common law* não foi sempre como é hoje, mas a sua principal característica sempre esteve presente: casos concretos são considerados fonte do direito. O direito inglês, berço de todos os sistemas de *common law*, nasceu e se desenvolveu de um modo que pode ser qualificado como “natural”: os casos iam surgindo, iam sendo decididos. Quando surgiam casos iguais ou semelhantes, a decisão tomada antes era repetida para o novo caso. Mais ou menos como se dava no direito romano.

Denota-se pelas palavras da autora que esse sistema jurídico, por ter dado mais autonomia aos juízes, permitiu-lhes que compusessem um sistema de precedentes para julgamento de casos futuros e, é dessa concepção de empregar julgamento de casos passados para vincular soluções futuras, que se extrai a concepção de precedente judicial.

Já o sistema do *stare decisis* se refere ao modo de operacionalizar o sistema da *Common Law*, cominando certeza a essa prática. É o denominado sistema de precedentes, que nasceu tão-somente no século XVI. Deste modo, a teoria do *stare decisis et non quieta movere*, que significa literalmente “mantenha-se a decisão e não mexa no que está quieto” (SABINO, 2010, p. 61), está relacionada à ideia de que os juízes estão vinculados às decisões do passado, ou seja, aos precedentes.

Entretanto, Marinoni (2010), sabiamente, explica que não se deve confundir a doutrina de *stare decisis* com o próprio sistema *Common Law*, pois o *Common Law* foi desenvolvido pelos costumes gerais e, como já dito, se desenvolveu no decorrer dos séculos antes de surgir o *stare decisis* ou precedente vinculante. Assim, o *stare decisis* é tão-somente um componente presente que se encontra incluso dentro do modelo jurídico baseado na *Common Law*.

O realce da distinção entre *stare decisis* e *Common Law*, não obstante necessário para afastar uma banal confusão, centra-se na preocupação deste trabalho em amparar o sistema de precedentes que pode constituir parte do sistema brasileiro. Com efeito, o *stare decisis* constitui apenas um elemento do moderno *Common Law*, que também não se confunde com o *Common Law* de tempos remotos, ou com os costumes gerais, de natureza secular. (MARINONI, 2009).

Conforme Marinoni (Idem), o magistrado inglês teve função crucial na efetivação do sistema jurídico *Common Law*, pois, nesse contexto histórico, o poder do juiz era o de afirmar o *Common Law*, o qual se sobrepunha ao Legislativo que, por isso, deveria atuar de modo a complementá-lo. Desta maneira, na Inglaterra, o juiz permaneceu ao lado do parlamento no combate às arbitrariedades empreendidas pelo monarca, preocupando-se com a tutela dos direitos e das liberdades do cidadão. Por isso mesmo, diferentemente do que ocorreu na Revolução Francesa, não houve justificativa para desconfiar do Judiciário ou para desconfiar de que os juízes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo.

Nesta senda, ao se referir que o juiz do *Common Law* cria o direito, não se está fundamentalmente assegurando que a sua decisão tem a mesma força e qualidade do produto elaborado pelo Legislativo, isto é, da lei. A decisão neste contexto não se equipara à lei pelo fato de ter força obrigatória para os demais juízes. Porém, seria possível argumentar que a decisão, por ter força obrigatória, constitui direito.

Para Marinoni (2009, p. 190),

O *Common Law* considera o precedente como fonte de direito. Note-se, contudo, que quando um precedente interpreta a lei ou a Constituição, como acontece especialmente nos Estados Unidos, há, evidentemente, direito preexistente com força normativa, de modo que seria absurdo pensar que o juiz, neste caso, cria um direito novo.

Assim, como bem exposto por Marinoni (2009), o que permite assegurar que o juiz do *Common Law* cria o direito é a comparação do seu papel com a do juiz da tradição do *Civil Law*, cuja função se atinha à mecânica aplicação da lei. No *Civil Law*, quando se dizia que ao juiz cabia apenas expressar as palavras ditadas pelo legislador, o direito era concebido exclusivamente como lei. A tarefa do Judiciário se resumia à aplicação das normas gerais. O juiz inglês não apenas teve espaço para densificar o *Common Law*, como também oportunidade de, a partir dele, controlar a legitimidade dos atos estatais.

Para Villey (2009), em seu livro *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*, na formação do Estado Moderno (fim da idade medieval e início do iluminismo) existiu a luta pelo poder ou da legitimação do poder. Os “Direitos” existentes eram: a) usos e costumes locais; b) direito canônico (Igreja Católica); c) usos e costumes dos bárbaros/germânicos; e) direito romana através das compilações e gozadores da jurisprudência romana.

Nesse contexto, o rei queria impor o seu poder através de sua lei escrita, baseado na teoria desenvolvida por Hobbes (2003), em *Leviatã*. Os ingleses, embora aceitassem o sistema monarca, recusavam a lei do rei de impor seus usos e costumes, com base na teoria criada por Locke (2002), em *Segundo Tratado de Governo*.

Assim para Hobbes (Idem), naturalmente os homens não são justos, piedosos, bondosos, mas ao contrário, os homens são tendentes à parcialidade, orgulho e vingança. Na realidade, nessa condição, o homem está em situação de *guerra de todos contra todos*, como dito em sua marcante frase: *o homem é lobo do homem*. Com esta célebre frase, o filósofo quer advertir que o Estado é um mal necessário, ou seja, o Estado, sendo soberano, faz com que os

súditos se submetam em absoluto ao soberano, o detentor do poder, a fim de garantir segurança e uma vida mais tranquila, saltando da condição de intranquilidade, instabilidade e da constante e iminente medo da morte violenta, que urge a todo o momento no estado de natureza.

Assim, para evitar que a sociedade se torne um caos e tenha um fim trágico de todos contra todos, faz-se necessário outorgar o poder ao Estado, de preferência a um só homem, o soberano. Para Hobbes (2003), não se deve pensar que a liberdade limitada seria uma condição ruim, pois, nessa perspectiva seria muito melhor ter a liberdade diminuída pelo Estado do que regressar ao estado inicial, o de guerra, como já dito, de todos contra todos.

Nos dizeres de Lopes (2012), o Estado, enquanto titular de todos os poderes, age buscando garantir a paz e todos os direitos básicos dos cidadãos, sem levar em consideração qualquer base ética e moral. Hobbes, nesse contexto, observa que o contrato social é a solução para a superação tanto da violência como da insegurança coletiva existentes no estado de natureza e, assim, o Estado é a solução à sobrevivência do homem em sociedade.

Desse modo, o Estado obriga, por seu poder soberano, o cumprimento das leis civis, que servem para dirigir as ações dos homens, com o escopo de garantir a paz e a segurança. Assim, para evitar que os homens voltem ao estado natural, é imperioso um Estado civil com poder soberano capaz de obrigar os homens a cumprirem seus pactos, mesmo que para tal se utilize da espada, coerção, do castigo, ou da força.

Para Locke (2002), o “estado de natureza” não é caracterizado necessariamente por um “estado de guerra” hobbesiano. E embora concorde com a possibilidade de existência de um “estado de guerra”, para o filósofo, o estado de guerra se dá quando se usa a força contra a pessoa de outrem e não existe um superior comum a quem apelar.

De acordo com o fundamento epistêmico lockeano, as ideias complexas de direito e dever pressupõem uma relação consensual de caráter empírico-psicológico pela qual os indivíduos

criam normas ou regras que atribuem ao sujeito a faculdade cognitiva de fazer ou deixar de fazer determinadas coisas, cabendo ao Estado garantir esse direito, limitando-o através do dever.

Losurdo (apud SILVA, 2011, p. 126) vai dizer que

Os dois tratados sobre o governo podem ser considerados momentos essenciais da preparação e consagração ideológica desse acontecimento que marca o nascimento da Inglaterra liberal. Estamos na presença de textos perpassados pelo pathos da liberdade, pela condenação do poder absoluto, pelo apelo a se insurgir contra aqueles infelizes que quisessem privar o homem da sua liberdade e reduzi-lo à escravidão. Mas, de vez em quando, no âmbito dessa celebração da liberdade, se abrem fendas assustadoras, pelas quais passa na realidade a legitimação da escravidão nas colônias.

Para melhor compreender tais sistemas, faz-se necessário mergulhar na história de cada país e verificar como as experiências cotidianas contribuíram para um determinado país adotar, de forma predominante, este ou aquele sistema jurídico. Mais do que isso é observar os rituais que são utilizados e contrapô-los a outros utilizados.

Nesse contexto, é apropriado citar Garapon (1997) que, em seu livro *Bem Julgar*, de forma brilhante compara, estrutura e expõe como se organizam os sistemas judiciários dos Estados Unidos e França. Vislumbra-se que Garapon busca demonstrar de que modo a sociedade e sua cultura afetam o *modus operandi* do Direito e, por consequência, a adoção do sistema *Civil Law* ou do *Common Law*. Em uma das passagens de seu livro, o autor cita que, nos Estados Unidos, o juiz se comporta como árbitro, enquanto na França como um padre, ou seja, aquele garante as regras do jogo enquanto este é o ator da cerimônia.

A principal característica deste sistema jurídico é a codificação. Segundo as precisas observações de Garapon e Papapoulos (2008, p. 33),

Nos sistemas de direito romano-germânico, a lei é a fonte primária do direito. A codificação aumenta consideravelmente a força da lei, hierarquizando as suas disposições e as reagrupando em um conjunto exaustivo e coerente: em suma, racional. A codificação é certamente a técnica mais característica dos direitos da família romanista. Longe de ser uma simples coletânea de regras, o código é um edifício legislativo que pretende ser o espelho de uma polis harmoniosa. Ele deve fornecer ao cidadão um material legível, ao qual seja sempre possível referir-se, e ser, para o juiz, um guia precioso para perceber, através da disposição dos princípios e da classificação das regras, a intenção legisladora. Aliás, somente a lei constitui o direito, do qual os juizes são apenas os porta-vozes.

Já a formação da *Common Law* deriva dos antigos costumes locais, e nem as fases porvindouras, que lhe afeiçoaram o estilo que hoje ela possui, foram capazes de modificar sua característica essencial. Como na *Common Law*, os *statutory laws* têm papel secundário, a basilar fonte do direito é o direito como posto pelo magistrado no caso concreto. O direito inglês foi intensamente caracterizado pela carência, durante o seu período de formação, de poder legislativo real no seio do Parlamento e pelo poder das Cortes Reais de Justiça. A *Common Law* designa a totalidade dessas regras, suscetíveis de serem subsumidas a partir de decisões particulares. No fundamento da *Common Law* se encontra, portanto, a regra do precedente.

Garapon (1997), ainda em seu livro *Bem Julgar*, quis demonstrar que nos Estados Unidos, em que se prepondera o *Common Law*, o comportamento empregado pelo juiz é o comparado ao de um árbitro, visto que apenas intermedia o conflito existente entre as partes. Diferentemente da França, onde o magistrado comporta-se como um padre, ele seria a peça principal do julgamento, ditando a forma como deveriam se comportar as partes. Essa comparação metafórica feita por Garapon (Idem) busca mostrar que os rituais utilizados no Judiciário nada mais são do que a externalização dos valores da república e da democracia de cada país, e os

representa na cena, no espaço, no tempo, nas vestimentas, na linguagem, nos papéis assumidos pelos atores, de modo a tornar eficiente a sua comunicação não racional. A ênfase, portanto, é dada aos papéis assumidos por quem dirige o ritual e pelos seus participantes, buscando conhecer as relações estabelecidas entre eles.

O que o direito brasileiro tem de legislado e o que tem da *Common Law*?

Como já explanado, nos primórdios de criação do Direito brasileiro prevaleceu o sistema *Civil Law*, todavia, por ser o Direito uma ciência dinâmica e, considerando a globalização, hoje é plausível asseverar que o Brasil possui um sistema misto com traços característicos dos dois sistemas jurídicos.

Vislumbra-se, sobretudo que, com o advento do Código de Processo Civil de 2016, positivou-se de forma muito mais enfática o emprego dos precedentes judiciais que o anterior. Observa-se por este paradoxo que por meio do *Civil Law* positivou-se a importância do precedente judicial, que é característica marcante do *Common Law* de caráter vinculante no ordenamento jurídico brasileiro. Vejamos:

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do [art. 986](#).

§ 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

Denota-se pelo artigo supracitado que a tese jurídica delineada vinculará os demais órgãos do Poder Judiciário sob

pena de ajuizamento de reclamação que nada mais é do que um remédio constitucional empregado nos casos de julgamento em dissonância com a tese já firmada. Denota-se, ainda, nitidamente uma valorização maior para a interpretação judicial das normas positivas, visando dar maior agilidade, bem como impedir insegurança jurídica existente no Código Processual Civil de 1973.

Ademais, o advento da EC nº. 45/2004 trouxe ao ordenamento jurídico a ideia de o juiz ser um agente integrador entre o ordenamento jurídico e a justiça. Todavia, a ideia de uma interpretação verticalizada do ordenamento jurídico não pode ser absoluta, sob pena de atividade judicante ficar condenada a uma vinculação prévia.

De fato, havendo similaridade no caso concreto e precedente de caráter vinculante, deverá o juiz acompanhá-lo sob pena de desrespeitar o princípio da igualdade, todavia, essa atividade judicante monocrática deve ser dotada de autonomia, incumbindo o juiz, ao analisar o caso concreto, deixar de aplicá-lo, levando em conta fatores regionais, situacionais que se tornarão, desse modo, o caso singular e, portanto, tornando incabível a utilização do precedente vinculante.

Na concepção de Schauer (2009), uma decisão que siga os precedentes é melhor do que uma decisão correta e que, repetidamente, é mais importante uma dada decisão seguir os precedentes do que ter as melhores consequências.

Em contraponto, para Dworkin (1999), o direito seria um conceito interpretativo como a cortesia no exemplo imaginário citado em seu livro *O Império do Direito*. Para ele, caberia aos juízes reconhecer o dever de continuar o desempenho da profissão à qual aderiram, em vez de rejeitá-la. E os próprios magistrados desenvolveriam, em resposta as suas próprias convicções e tendências, teorias operacionais sobre a melhor interpretação de suas responsabilidades nesse desempenho. Nesta concepção, a atividade interpretativa em grande parte seria a busca sobre a melhor interpretação de algum aspecto pertinente ao exercício da jurisdição do caso concreto.

Dworkin (Idem, p. 110) exemplifica em que consiste a atividade interpretativa do magistrado:

Assim, o destino de *Élmer* vai depender das convicções interpretativas do corpo de juízes que julgarão o caso. Se um juiz acha que para alcançar a melhor interpretação daquilo que os juízes geralmente fazem a propósito da aplicação de uma lei, ele nunca deve levar em conta as intenções dos legisladores, poderá então tomar uma decisão favorável a *Élmer*. Mas se, ao contrário, acha que a melhor interpretação exige que ele examine essas intenções, é provável que sua decisão favoreça Goneril e Regan. Se o caso *Élmer* for apresentado a um juiz que ainda não refletiu sobre a questão da interpretação, ele deverá então fazê-lo, e de ambos os lados encontrará advogados dispostos a ajudá-lo. As interpretações lutam lado a lado com os litigantes diante do tribunal.

Nesse conceito interpretativo, o exercício do precedente, na concepção de Dworkin, não poderia ser ignorado pelo juiz em sua interpretação, pois a atividade judicante incorpora aspectos de outras interpretações correntes na época.

Além disso, para Dworkin (1999), os juízes conjecturam sobre o direito no âmbito da sociedade e não fora dela; o meio intelectual de modo geral, assim como a linguagem comum que reflete e protege esse meio, exerce restrições práticas sobre a idiosincrasia e restrições conceituais sobre a imaginação.

Todavia, o próprio autor critica o inevitável conservadorismo do ensino jurídico formal ainda presente na academia, e do processo de selecionar juristas para as tarefas judiciárias e administrativas, considerando a cultura jurídica existente. O fato é que certas soluções interpretativas, incluindo pontos de vista sobre a natureza e a força da legislação e do precedente, são muito populares em determinada época, e sua popularidade, ajudada pela inércia intelectual normal, estimula os juízes a considerá-las estabelecidas para todos os propósitos práticos. Elas são os paradigmas e quase-paradigmas de sua época. Mas, ao mesmo tempo, outras

questões talvez igualmente fundamentais são objeto de debates e controvérsias.

Assim, na concepção de Dworkin (Idem), o precedente deve ser adotado como um princípio e as teorias gerais do direito devem ser abstratas, pois seu desígnio é interpretar o ponto essencial e a estrutura da jurisdição, não uma parte ou seção específica desta última. Para ele, os filósofos do direito discutem sobre o fundamento interpretativo que qualquer argumento jurídico deve ter. Desse modo, o voto de qualquer juiz é, em si, uma peça de filosofia do direito, mesmo quando a filosofia está oculta e o argumento manifesto é dominado por citações e listas de fatos. A doutrina é a parte geral da jurisdição, o prólogo silencioso de qualquer veredito.

Percebe-se, deste modo, que se faz necessário partir do pressuposto de que nenhum caso é rigorosamente igual ao outro e, por conta dessas peculiaridades, faz-se necessário identificar as razões que fazem privilegiar as diferenças ou semelhanças de um caso. Assim, é necessário verificar a viabilidade da técnica da distinção que, nada mais é do que observar a possibilidade da não aplicação de um precedente ao argumento racional e convincente, pois o novo caso a ser julgado apresenta características especiais que exigem um tratamento diferenciado.

Nesse contexto, entra em ação o *distinguishing* positivado por meio do art. 489 e seguintes do Código de Processo Civil (CPC). Esse termo técnico, para Didier Jr. (apud LOURENÇO, 2011), significa que o magistrado, por meio de sua atividade judicante e de métodos interpretativos do precedente invocado, constata uma distinção entre o caso concreto em julgamento e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais debatidos e aqueles, que serviram de base a *ratio decidendi* (tese jurídica) constante do precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, determinada particularidade, no caso em julgamento, afasta a aplicação do precedente. E assim, por haver dissonância, o magistrado restringe a aplicação do precedente invocado.

No entanto, caso o precedente encontre-se superado conforme se denota pelo contido no art. 297, §3º, do CPC, estar-se-á diante de umas das técnicas de superar um precedente denominado *overruling* que, nos dizeres de Araújo, é uma superação total do precedente, tornando possível a revisão de um precedente sempre que houver novos argumentos, criando-se um novo precedente, fazendo uma comparação para aclarar o entendimento. Tal instituto se assemelha a uma revogação total de uma lei pela outra. Ocorre que não se pode mudar, do dia para noite, um precedente sob pena de quebra de confiança, sendo, deste modo, necessária uma fundamentação abrangente para ocorrer o *overruling*, com argumentos até então não enfrentados, bem como a necessidade de se superar o precedente.

De igual maneira, ainda demonstra aproximação ao sistema da *Common Law*: a utilização do instituto da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário estabelecido pelo art. 102, § 3º, da Constituição Federal de 88 (CF), introduzido também pela EC 45/2004 e art. 543-A do CPC/73 (com alterações inseridas pela Lei nº. 11.418/2006). Também foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro a súmula impeditiva de recurso (artigo 518, § 1º, CPC/73 introduzido pela Lei nº. 11.276/2006), a improcedência liminar de demandas repetitivas (art. 285-A, CPC/73 introduzida também pela Lei nº. 11.277/2006) e o julgamento de recursos por amostragem (art. 543-B, CPC/73 introduzido através da Lei nº. 11.418/2006), dentre tantos outros exemplos.

Já o Código de Processo Civil de 2016 trouxe ao ordenamento jurídico a possibilidade de as partes, de forma consensual, estabelecer um calendário processual para um determinado processo que, se aprovado de comum acordo, vincula as partes, inclusive o juiz, conforme se denota pelo art. 191, CPC. Percebe-se, desse modo, que as partes de comum acordo poderão dilatar ou restringir prazos, data em que será realizada a produção de provas bem como a data em que será a sentença exarada, já tipicamente utilizada no direito processual estadunidense, francês e recentemente no italiano.

Outro ponto interessante trazido pelo Código de Processo Civil de 2015 é o art. 357, §§ 2º e 3º, CPC, que possibilita às partes, de forma consensual, apresentarem decisão saneadora ao juiz, que poderá, quando a causa for complexa, designar audiência para proferir decisão de saneamento e organização do processo, tendo, deste modo, de forma límpida, desraigado com a antiga concepção eminentemente influenciada pelo direito português, em que a tal função era exclusiva do magistrado.

Nos dizeres de Porto (apud TRIGUEIRO, 2014), é possível perceber que os institutos jurídicos da *Common Law* e da *Civil Law* estão se sintonizando cada vez mais e criando um novo instituto jurídico chamado *commonlawlização*, em face das já destacadas facilidades de comunicação e pesquisa postas, na atualidade, e a disposição da comunidade jurídica. Realmente, na chamada *commonlawlização* do direito nacional se pode perceber que, a partir da constatação da importância da jurisprudência, as decisões jurisdicionais vêm adquirindo no sistema pátrio por meio de normas positivadas, mormente por uma crescente função interpretativa das normas pelo juiz.

Ainda sobre a criatividade judicial, Cappelletti (1993), em sua obra *Juízes Legisladores?*, após discorrer sobre as alterações entre os sistemas supracitados, conclui que é evidente o aumento da criatividade jurídica nos países de *Civil Law*, da mesma forma que ocorre no *Common Law*, sendo as contendas cada vez mais abrangidas entre ambos, derivando do que o autor denomina “convergência evolutiva”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vislumbra-se, por tudo que foi exposto no decorrer deste trabalho, que não restam dúvidas de que o direito brasileiro sofreu influência direta e inicial do sistema jurídico romano-germânico, sobretudo, no nosso ordenamento jurídico que se encontra abarrotado de leis, regulamentos, decretos, resoluções; enfim, a lei em sentido amplo é considerada no país fonte primária, sendo, deste

modo, o instrumento básico que regula as relações sociais.

A título ilustrativo, nota-se que se encontram positivados direitos e deveres ainda quando nascituros, e que tais garantias e deveres persistem para depois da morte. Nada obstante à prevalência do direito legislado, observa-se no que foi discutido que a lei não tem a capacidade de esgotar todas as possibilidades, pois jamais o constituinte de 1988 imaginaria os avanços tecnológicos na área da informática que viriam a ocorrer ao proteger, por exemplo, o sigilo da correspondência, que hoje abrange as correspondências encaminhadas por correio eletrônico que é fruto de interpretação judicial. O fato é que, de lá para cá, ocorreram inúmeras mudanças e, portanto, não pode uma pessoa ter seus direitos negados em razão da ausência de norma legal que a ampare.

É pensamento arcaico apontar a lei como única soberana fonte primária e, é aí que entra em campo a jurisprudência que tem por escopo adequar a lei às mudanças que ocorrem na sociedade. Como já demonstrado, faz-se necessário uniformizar a jurisprudência das normas dos nossos Tribunais sob pena de rechaçar o princípio da igualdade material e ter aplicado aquele velho brocardo “dois pesos e duas medidas”. Todavia, longe de ser extremista e encobertando-se sob o princípio da igualdade formal e da celeridade processual, é deixar de analisar as peculiaridades e estagnar, no tempo e no espaço, as interpretações judiciais que, retrógradas, não teriam relação com as mudanças da sociedade.

Desse modo, faz-se necessário repensar que o sistema jurídico brasileiro já não mais é exclusivamente aderente ao sistema jurídico da *Civil Law*, pois o Código de Processo Civil de 2015 veio corroborar, de forma positivada, as ideias há tempos utilizadas nos tribunais e discutidas pelos doutrinadores de que o uso de precedente vinculante, além de proporcionar uma nova concepção de que o Direito, não é só aquilo que está posto, instiga na mesma ocasião uma reflexão sobre a conduta postada pelo Estado, quando se ocupa de atribuir um aumento de poder aos Tribunais Pátrios e como estes utilizarão os precedentes para fazer justiça.

Pelo exposto, é de clareza solar que as novas relações pro-

cessuais deverão observar não apenas a letra da lei, e tampouco observar de forma absoluta os precedentes fixados, mas sim resguardar e efetivar os Direitos previstos na Carta Magna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Valter Shuenquener. *O princípio da proteção da confiança*. Uma nova forma de tutela do cidadão diante do estado. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 out. 2016.

_____. *Lei n. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 14 out. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 1993.

CRETELLA JUNIOR, José. *Direito romano moderno*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronaldo. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar*: Ensaio sobre o ritual judiciário. Instituto Piaget: Lisboa, 1997.

_____ e PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França* – cultura jurídica francesa e common law e uma perspectiva comparada. Trad. Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen

Juris, 2008.

GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre o direito*. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LOCKE, John. *Segundo tratado de governo*. São Paulo: Martins Claret, 2002.

LOPES, Jecson Girão. Thomas Hobbes: A necessidade da criação do estado. Griot - *Revista de Filosofia*, Amargosa, Bahia, Brasil, v. 6, n. 2, dezembro/2012. Disponível em: http://www2.ufrb.edu.br/griot/images/vol6-n2/12-THOMAS_HOBBS_-_A_NECCESSIDAD_E_DA_CRIACAO_DO_ESTADO-Jecson_Girao_Lopes.pdf. Acesso em: 01 dez. 2016.

LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: Algumas considerações sob a ótica do novo CPC. *Revista Temas Atuais de Processo Civil*, v. 01, n. 6, dez. 2011. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>. Acesso em: 14 out. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito*. UFPR, Curitiba, n.49, 2009, p.11-59.

_____. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010.

MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira de. *Manual de história dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SABINO, Marco Antônio da Costa. O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil. *Revista Dialética de Direito Processual*

Civil, n. 85, 2010, p. 51-72.

SANTOS, Raquel do Amaral de Oliveira. *Trust: Das origens à aceitação pelos países de direito romano-germânico*. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica - PUC, São Paulo, 2009.

SCHAUER, Frederick. A prática e a problemática do precedente. In: *Thinking like a lawyer*. HUP, 2009. Tradução Fábio Shecaira, Noel Struchiner e Diego Werneck. Disponível em: <https://fabioshecaira.wikispaces.com/file/view/Schauer+-Capitulo+3.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2016.

SILVA, MARCELO LIRA. Os fundamentos do liberalismo clássico. A relação entre estado, direito e democracia. *Revista AURORA*, ano V, n. 9, dezembro de 2011. Disponível em: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/aurora/>. Acesso em: 14 out. 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz. *Direito processual civil europeu contemporâneo*. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Lex, 2010.

TRIGUEIRO, Victor Guedes. *Eficácia vinculante dos precedentes e técnicas de julgamento de demandas repetitivas no processo civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de Brasília - UNB, Brasília: DF, 2014.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - civil law e common law. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 384, 2009, p. 53-62.

VISIBILIZANDO A VIOLÊNCIA DE GÊNERO PSICOLÓGICA COMO LESÃO À SAÚDE DA VÍTIMA: REVISITANDO O ARTIGO 129 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO À LUZ DA LEI MARIA DA PENHA

Artenira da Silva e Silva ¹
José Márcio Maia Alves²

RESUMO: Este estudo tem o objetivo de demonstrar a possibilidade de criminalização da violência psicológica pura como crime de lesão corporal à saúde da vítima de violência doméstica com base no caput e § 9º, do art. 129, do Código Penal brasileiro, combinados com o art. 7º, II, da Lei 11.340/2006. O texto aborda apontamentos teóricos sobre a adequação típica da lesão à saúde psicológica a partir de reflexões acerca da concepção de elemento normativo do tipo, apresentando ainda uma proposta de anamnese para aferir a violência psicológica e seus efeitos danosos ainda na fase de investigação criminal, na delegacia de polícia.

PALAVRAS-CHAVE: Violência psicológica. Adequação típica. Anamnese.

ABSTRACT: This study aims to demonstrate the possibility to criminalize psychological violence as a crime of bodily injury which offends the health of the victim, specially considering domestic violence victims, based on the caput and on the §9 of the article 129, of the Brazilian Penal Law, combined with the article 7, II, of the 11.340/2006 Law. The text presents theoretical notes about psychological health damage as well as reflections about the concept of the normative element type. It also presents a general

1 Pós-doutora em Psicologia e Educação e Doutora em Saúde Coletiva. Docente e pesquisadora do Departamento de Saúde Pública e do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão. Coordenadora de linha de pesquisa do Observatório Ibero Americano de Saúde e Cidadania e Coordenadora do Observatorium de Segurança Pública (PPGDIR/UFMA/CECGP). Email: artenerassilva@hotmail.com

2 Mestrando do PPGDIR/UFMA (Direito e Instituições do Sistema de Justiça). E-mail: josemarcio@mpma.mp.br

anamnesis proposal to assess psychological violence harmful effects since it's criminal investigation phase in the police station.

KEYWORDS: Psychological violence. Typical adequacy. Anamnesis.

INTRODUÇÃO

Nos países em que o direito tem tradição romano-germânica e que sofreram a influência do incremento do ideal positivista pós-revolução francesa, há uma resistência endêmica em se atribuir alcance e significado à lei além do que seria a genuína “intenção do legislador”. As leis caducam com mais facilidade porque não acompanham as mudanças dos fatos sociais: o contexto que elas pretenderam um dia prever, passa a não existir mais e, em consequência, inauguram-se outras leis. A pretexto da segurança jurídica, há uma necessidade de a “regra legal” (a lei) continuamente esgotar a prodigiosidade da sua pretensão de regulação.

Trata-se de uma postura equivocada que culmina por engessar a prestação jurisdicional para que o Juiz cada vez mais “diga o direito” como o legislador supostamente quis que ele fosse dito. Porém, muito diferente de oferecer segurança jurídica, essa medida pode fomentar *deficit* de efetividade de direitos porque, em razão dela, não se desenvolve o hábito de usar-se da interpretação para aplicar as normas aos casos concretos.

Vê-se, então, uma sensível dicotomia quanto ao que “é o direito” em países originários da *civil law* e da *common law*, de origem inglesa. Nos primeiros, há um império da norma em que a lei se esforça em prever qual desfecho jurídico se entende por apropriado às situações; nos últimos, tem-se uma concentração sobre a resolução do litígio no caso concreto e a lei é mero coadjuvante para se buscar uma solução que corresponda ao melhor direito possível, mediante decisões racionalmente fundamentadas.

Esta premissa se faz importante por permitir dizer que no Brasil, cujo direito tem origem romano-germânica, a liberdade, para extrair sentidos racionalmente construídos acerca da norma

ou para transitar por significados e conceitos extrajurídicos, que tenham força para incidir diretamente nas decisões, pode soar perigosa e por isso sofre resistências que por vezes não se justificam. Exemplo disso é a escasso exercício de atribuição de juízos de valor ao elemento normativo “saúde” que se encontra no *caput*, do art. 129, do Código Penal brasileiro, mesmo depois de a Lei 11.340/2006 ter traçado uma série de possibilidades de comprometimento à saúde psíquica da vítima, aviltada por toda sorte de violência doméstica, sobretudo a psicológica.

Este trabalho visa demonstrar que o paradigma da deslegitimação da violência doméstica, que dá suporte à defesa do gênero feminino com toda a extensão hermenêutica que a teoria de gênero possa alcançar (direito à diversidade de identidade de gênero à homoafetividade, à orientação sexual e a um conceito de família baseado na afetividade), exige uma nova abordagem jurídica do elemento normativo *saúde* que convirja para a agenda internacional que prima por **coibir** a violência no âmbito das relações familiares.

A partir desse pano de fundo, far-se-ão considerações acerca da teoria do tipo penal e das elementares normativas para se admitir a possibilidade de se configurarem os sintomas psíquicos resultantes da violência doméstica como *ofensa à saúde* da vítima.

Em seguida, demonstrar-se-ão argumentos para fundamentar a existência do crime de “lesão à saúde psicológica” como consequência da violência de gênero, para então se investigar como os profissionais do sistema de justiça, sobretudo Delegados de Polícia, Promotores de Justiça e Juízes estão enfrentando essa temática na prática, e como poderiam direcionar suas atividades de forma a assumir uma postura profissional próxima de um posicionamento mais eficaz e com vista ao compromisso assumido pelo Estado brasileiro perante a comunidade internacional, de coibir a violência familiar.

Por fim, o trabalho sugerirá uma anamnese a ser aplicada às vítimas de violência doméstica, ainda nas delegacias de polícia, de forma a fornecerem indícios para a formulação de denúncia

pelo Ministério Público por “lesão à saúde psicológica” com ofensa à saúde psíquica da vítima, sobretudo em razão dos quadros clínicos de *Transtorno de Estresse Pós-traumático* e da *Síndrome da Mulher Espancada*.

Um Paradigma para o Conceito de Violência Psicológica

É no contexto mundial de luta pela deslegitimação da *violência contra a mulher* que emergiu esse conceito sustentado pela Organização das Nações Unidas (ONU), que considera como tal “qualquer ato de violência baseado no *gênero*, que resulta ou que seja suscetível de resultar em dano físico, sexual, psicológico ou em sofrimentos às mulheres, incluindo ameaças de tais atos, coação ou privação de liberdade, ocorrendo tanto na vida pública quanto na privada”. (ONU, 1993). No Brasil, a Lei Maria da Penha (LMP) ainda especifica: a agressão pode resultar de qualquer relação íntima de afeto e as relações pessoais independem de orientação sexual. (BRASIL, 2006).

O que se percebe na LMP é que o legislador brasileiro, na contramão da sua tradição romano-germânica, apresentou à sociedade uma lei em que não há palavras inúteis ou com efeitos de sentido rasos. Ao contrário, trata-se de um texto que está apto a sofrer conformações jurisprudenciais na medida em que sejam introjetadas, na comunidade, percepções feministas acerca das vicissitudes e da diversidade do direito de/ao gênero e à orientação sexual.

A Lei 11.340/2006 diz bem mais do que o seu próprio texto, assim como colima por objetivos não explicitamente revelados que reclamam abordagens menos simplistas e/ou reducionistas à luz de casos concretos.

A reafirmação da doutrina feminista, o direito à diversidade da identidade de gênero e a ressignificação do conceito de família são premissas sobre as quais estão fundadas as bases da LMP. A partir dessa concepção é que se sustentam os instrumentos legais de defesa dos direitos daquelas que ostentam o gênero feminino. E isso remete ao esforço necessário de se atribuir uma máxima efeti-

vidade à extensão desses *remédios*, sob pena de se transformar a lei e sua mudança de paradigma em mera carta de intenções.

Induvidoso que a garantia dessa máxima efetividade passa pela dotação dos operadores do direito – sobretudo dos que estejam à frente das instituições do sistema de justiça – de conhecimentos transdisciplinares que revelem a verdadeira *mens legis* da LMP como ferramenta insuflada pela rede feminista global acerca da violência doméstica.

Não excluir os operadores do direito do acesso a esse debate, em forma de qualificação formal e continuada, significa garantir uma mudança de paradigma para o de deslegitimação da violência doméstica, através do recrudescimento do discurso sociológico feminista no meio jurídico, para que ele migre do abstrato à prática das relações sociais geridas pelo Poder Judiciário.

Dáí dizer-se que cada signo presente na LMP deve ser submetido a um crivo de enfrentamento à luz da teoria feminista, da proteção à vulnerabilidade do gênero feminino, da reafirmação da dignidade humana e do desejo de construção de uma sociedade mais justa, solidária e livre de qualquer forma de discriminação.

No que toca à violência psicológica, é forte o entendimento de que a sua configuração e reconhecimento no caso concreto serve apenas como vetor que projeta o tratamento da persecução criminal por um injusto-tipo já previsto na legislação, de sorte a submetê-lo às regras da Lei Maria da Penha. Isso implicaria, p. ex., subtrair-lo da competência dos Juizados Especiais Criminais, limitar a renúncia à representação e até mesmo atribuir aos crimes de lesão corporal leve, a natureza de ação penal pública incondicionada (ADI nº. 4.424/2012-STF), além de autorizar o deferimento de medidas protetivas específicas e genéricas em favor da vítima.

Teoria do Tipo: O Elemento Normativo “Saúde”

A legislação brasileira adotou a *teoria finalista da ação* para considerar uma conduta criminalmente típica. Equivale dizer que o resultado produzido por uma conduta pode ser exigido, dispen-

sável, indiferente ou até impossível de ocorrer (crimes materiais, formais e de mera conduta), mas o intérprete não pode se furtrar à análise do impacto do *elemento subjetivo do injusto* que permeou a **conduta** do agente. Isso porque há crimes que só podem se configurar se o agente quis se comportar de forma afrontosa a um sentimento de justiça entronizado pela sociedade (dolo); outros há em que, sob o influxo de uma indiferença tocada pela assunção de um risco, esse comportamento quebrou uma representação mental de previsão de um mal maior (dolo eventual); assim como há os que se revestiram de uma previsibilidade do mal maior, mas que não tangenciaram a assunção do risco, produzindo-se o resultado por uma quebra de um dever objetivo de cuidado (culpa). Fora dessas hipóteses, a teoria finalista considera as condutas criminalmente atípicas.

Na composição do injusto-tipo, amalgamam-se ou não três espécies de elementares: objetiva, subjetiva e normativa. A primeira delas trata de signos ou expressões com significados escorreitos, descritivos, sobre os quais não paira qualquer dúvida. A segunda corresponde às vontades específicas previstas no tipo, geralmente sucedidas da expressão “com o fim de” ou algo que a ela equivalha. São vontades anunciadas.

Já quanto à terceira espécie de elementar – que interessa ao presente estudo – tem-se o *elemento normativo do tipo*. Tratam-se de signos ou expressões que para colmatarem a adequação típica e a aperfeiçoarem, requerem um esforço de interpretação valorativa, jurídica ou técnico-transdisciplinar extrajurídica.

A presença dessa espécie de elementar dá azo aos chamados *tipos abertos*, que dependem da interpretação de quem conhece os seus significados (técnicos) ou de quem os atribui de forma racionalmente fundamentada (advogados, membros do Ministério Público e da Magistratura). Falam-se mesmo de *tipos anormais*, que exigem uma aquilatação de significados que não permitem fechar de antemão a adequação típica e que interessarão de forma crucial à conduta, “quer por conduzirem a um julgamento de valor, quer por levarem à interpretação de termos jurídicos ou extrajurídicos,

quer por exigirem aferição do ânimo ou no intuito do agente quando pratica a ação". (MIRABETE, 2014, p. 100).

A parte final do tipo encontrado no *caput*, do art. 129, do Código Penal brasileiro, é emblemática quanto à importância da aferição do elemento normativo para se alcançar uma adequação típica coerente e para até mesmo se visibilizar uma acepção de tipicidade que possa não se apresentar recorrente na prática.

O tipo considera lesão corporal *ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem*. À guisa de uma decodificação que não se pretende exaustiva, dir-se-ia que se está a tratar de uma ação finalística que exige resultado naturalístico e que admite condutas dolosas e culposas. Daí extrair-se que *ofender a integridade corporal* corresponderia a causar dano, na medida em que frustra a incolumidade de algum componente fisiológico da vítima que se fazia íntegro. Já na lesão à saúde, a extensão dos efeitos da ofensa ultrapassa o dano fisiológico. Aqui, o elemento normativo *saúde* remete a uma infinidade de interpretações atribuíveis tecnicamente ou pela via da fundamentação racional. Está a reclamar colmatações que eclodem a partir de juízos de valor que podem sofrer mutações. Afinal, o que pode ser considerado *saúde*?

Para Bitencourt (2001, p. 176),

Ofensa à saúde compreende a alteração de funções fisiológicas do organismo ou perturbação psíquica. A simples perturbação de ânimo ou aflição não é suficiente para caracterizar o crime de lesão corporal por ofensa à saúde. Mas configurará o crime qualquer alteração ao normal funcionamento do psiquismo, mesmo que seja de duração passageira. Podem caracterizar essa ofensa à saúde os distúrbios de memória, e não apenas os distúrbios de ordem intelectual ou volitiva.

Quer-se dizer que o signo *saúde* pode permitir significados e extensões múltiplos, mas, uma vez considerados, deve-se observar se esta *saúde* restou maculada para que tenha ocorrido o crime de "lesão à saúde psicológica". Daí a importância de se aferirem as

perturbações do psiquismo para se considerar a adequação típica oriunda de uma lesão levada a efeito pela violência psicológica. Com efeito, Aníbal Bruno (976, p.184-185) considera que

Perturbações mórbidas do psiquismo produzidas por obra do agente também entram na categoria de lesões corporais como dano à saúde da vítima, aí incluindo-se do mesmo modo estados de inconsciência ou insensibilidade determinados pelo uso de anes-tésicos ou inebriantes, ou ainda casos de depressão física ou mental, desmaios, estados confusionais e outras manifestações de perturbação nervosa ou psí- quica. Se ocorre a alteração da integridade do corpo ou da saúde, é indiferente que haja ou não produção de dor.

Desse raciocínio, extrai-se uma conclusão preliminar: é preciso introjetar nos profissionais do sistema de justiça a atitude de modular a elementar normativa *saúde* diante das condutas criminosas, sob pena de se gerar um enorme *deficit* de efetividade na criminalização dessas práticas, que acabará por invisibilizar o reconhecimento da violência psicológica e de sua importância.

A “Lesão à Saúde Psicológica” na Violência de Gênero

Para atingir a justificação da possibilidade do tipo de *lesão à saúde psicológica*, tomam-se por referência neste trabalho algumas considerações da pesquisa conduzida pela pesquisadora Isadora Vier Machado acerca de como vem sendo conduzido o manejo da violência psicológica – prevista na Lei nº. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) – na persecução criminal preliminar perante as Delegacias de Polícia e o Ministério Público. Algumas constatações da pesquisa conduzirão à necessidade de uma mudança técnico-jurídica e estrutural na atuação destas Instituições do Sistema de Justiça no enfrentamento da violência psicológica. Pretende-se demonstrar que esse novo olhar pode conduzir mesmo a uma maior efetividade do art. 7º, inciso II, da LMP.

Duas problematizações trabalhadas por MACHADO con-

duzirão às impressões críticas que se propõe: primeiramente, tem-se a suposta barreira do princípio da legalidade, do qual a violência psicológica se encontraria esvaziada no direito ordinário atual, o que faria com que essa espécie de violência de gênero necessitasse de outras figuras normativas tipificadas criminalmente para que pudesse aparecer no cenário jurídico, ainda que eclipsada; depois, aponta-se a nota de imprescindibilidade de conhecimentos transdisciplinares dos operadores do direito para que compreendam a extensão do conceito de violência psicológica, com o objetivo de o acomodar nos injustos-tipos de que se serve no ordenamento jurídico.

Quanto ao primeiro ponto, Machado (2013) se ocupa da análise do efeito de sentido das elementares *integridade corporal* e *saúde* encontradas no tipo do *caput* do art. 129, do Código Penal, para sugerir que o bem jurídico tutelado nesse dispositivo transcenderia a mera integridade física para alcançar também a integridade moral e psicológica da vítima.

O efeito de sentido atribuído ao *caput* do art. 129, que visa acomodar a criminalização da violência psicológica por si mesma, exsurgiria a partir da pretensão de dissociação do *corpus delicti* em um binômio fisiológico-psíquico que revelasse um caráter pluriofensivo do crime de lesão corporal.

Embora a construção do argumento seja coerente, Machado (Idem) não o acolhe como pressuposto para as suas conclusões acerca das razões para o *deficit* de efetividade do reconhecimento da violência psicológica no âmbito das instituições do Sistema de Justiça.

Admitindo esses argumentos, a pesquisadora faz coro à visão de esvaziamento da violência psicológica como tipo penal, para alocá-la apenas como “parâmetro interpretativo” para outros tipos penais existentes na lei, tais como ameaça, calúnia, denúncia caluniosa, constrangimento ilegal e injúria, muito embora admita que esses injustos-tipos se afigurem apenas como “meios pelos quais se possa produzir um resultado final de prejuízo à integridade psicológica”.

Entretanto, não parece coerente tão somente acoplar as formas de violência de gênero previstas no art. 7º da lei a tipos penais preexistentes com singelas cominações legais. Fazer isso seria reduzir ou mesmo dissolver os discursos de luta pela dignidade das mulheres em vez de os inserir em um contexto que represente uma regulamentação eficaz à norma programática do art. 226, §8º, da Constituição, cuja finalidade é criar mecanismos para **coibir** a violência no âmbito das relações da família.

Da mesma forma, também não é aceitável que o efeito de sentido que a norma constitucional tenha pretendido atribuir ao signo “coibir” implique, como resposta em forma de prestação jurisdicional, apenas tirar da competência dos Juizados Especiais os crimes que envolvam violência doméstica e possibilitar que a mulher tenha a garantia de medidas de proteção em escala assecuratória crescente em gravidade à medida que se acentue o perigo à sua incolumidade física.

A questão é que nem sempre o princípio da reserva legal se serve de tipos com condutas criminosas escorreitas. Ao contrário, frequentemente os tipos se revelam plurais como resultado mesmo do esforço interpretativo sobre normas de extensão da figura típica e elementos normativos do tipo que permitem uma elasticidade tolerável para que o texto da lei alcance adequações que não foram sugeridas pela letra estrita da norma penal incriminadora.

Quando o texto do *caput* do art. 129, do Código Penal, criminaliza a ofensa à “integridade corporal” ou à “saúde de outrem”, oferece sucessivamente ao intérprete uma *elementar objetiva* e outra *normativa*. A primeira diz respeito à agressão ao corpo da vítima enquanto matéria, sob o aspecto exclusivamente fisiológico. Trata-se de desfigurar o que se fazia íntegro, que sugere que qualquer alteração fisiológica que o agressor produza na vítima, por menor que seja e que sequer lhe abale o seu cotidiano, deve merecer a censura da lei. Está-se a tratar de resultados naturalísticos claros derivados de um ato comissivo ou omissivo sem se exigir que sejam aferidas outras repercussões que se tenham dado na vida da vítima. Aqui o foco é a alteração da integridade física em si.

Já o signo “saúde” revela-se como uma elementar normativa que desafia um juízo de valor ou técnico que o intérprete lhe deverá atribuir para chegar à adequação típica em cada caso concreto. E é nesse momento que eclode a indagação própria das elementares normativas, que no caso do crime do art. 129, pode remeter a uma possibilidade plural de adequação típica: o que se entende por saúde? A partir de seu conceito, o que pode ser considerado como conduta que a ofenda?

A Organização Mundial de Saúde (OMS) conceitua *saúde* como a ausência de doença, aliada a uma situação de bem-estar físico, mental e social. Sem pretender enveredar por uma extensa miríade técnica a que o vocábulo *saúde* possa remeter, ou incursionar pelas subjetividades que o termo *bem-estar* possa sugerir (FERRAZ; SEGRE, 1997), o homem médio de que se serve o Direito Penal responderia que se entende por saúde tão somente um estado de boa disposição física e psíquica que proporcione bem-estar ao ser humano. Eis o ponto de estrangulamento da discussão que se propõe.

Falar em comprometimento à saúde de alguém não significa simplesmente comprometer as suas aptidões físicas, mas também, de alguma forma ou em algum grau, desestabilizar seu equilíbrio psíquico, entendendo-o aqui também como equilíbrio psicológico. Pensar o contrário seria, como a própria Machado (2013) lembra, incursionar equivocadamente pela tendência cultural ocidental de ver o corpo como um ente essencialmente biológico.

Com efeito, ver a violência doméstica sob a perspectiva da mera violência física e lhe exigir um resultado naturalístico de mero dano fisiológico, apequena a sua importância e desvirtua o propósito institucional de a coibir, porque, assim, de fato, a violência psicológica na Lei Maria Penha não passaria de um viés informativo, útil apenas e unicamente para atribuir um rito diferente à instrução de um processo por um “tipo penal guarda-chuva”³ que, por sua natureza e pela pena que lhe é cominada, seria de menor

3 Expressão usada por Isadora Vier Machado em sua tese de doutoramento.

potencial ofensivo.

Talvez esse olhar, que definitivamente não converge com a *mens legis* da Lei n. 11.340/2006, ocorra em razão de um outro equívoco afeito à interpretação acerca da técnica legislativa aplicada à espécie.

É que, a rigor, o legislador não precisaria criar um tipo penal novo para criminalizar a violência psicológica com todas as vicissitudes que a compõem. Na verdade, o caráter de uma *novatio legis in pejus* que denota a coerência do ordenamento jurídico em coibir eficazmente a violência de gênero, fez-se sentir apenas – e foi suficiente nesse sentido – com a inserção do §9º do art. 129, do Código Penal, que criou uma qualificadora do crime de lesão corporal para a hipótese de a agressão se dar em um contexto em que o agente “se prevaleça das relações domésticas”.

Mas atente-se, o legislador majorou a pena do crime de lesão corporal por razões circunstanciais acerca de como ele se puder dar, notadamente em contextos que a lei achou por bem considerar mais gravosos. O que não quer dizer que se esqueceu de especificar que essa mesma majoração se daria em caso de violência psicológica, até porque esta é uma das formas de ofensa à saúde, cuja caracterização se extrairá, na verdade, do exercício interpretativo a ser deflagrado sobre o elemento normativo “saúde”, compreendido aqui sob o viés de equilíbrio psicológico emocional alheio a perturbações psicopatológicas às quais a vítima não tenha dado causa.

O que parece estar havendo é que o titular da ação penal está interpretando o *caput* do artigo 129 sob o paradigma da lesão corporal enquanto violência física, sem atentar que já há o reconhecimento pelo ordenamento jurídico (e não precisaria haver!) de uma nova figura que modula o elemento normativo do tipo (saúde), qual seja o conceito de violência psicológica inserto no art. 7º, inciso II, da Lei Maria da Penha. A bem do coerente, a violência psicológica é que se encaixa no tipo do art. 129 quando modula o seu elemento normativo.

A outra problematização sugerida pela pesquisadora trata

da deficiência dos operadores do Direito em conhecimentos transdisciplinares, notadamente dos membros do Ministério Público. A seu sentir, essa capacitação é necessária para que a violência psicológica não seja refém de leituras subjetivas e passe a ser melhor reconhecida nos fatos criminosos, a fim de servir de justificativa para que os tipos penais a que se agrega possam merecer uma persecução penal, segundo o que prega a Lei Maria da Penha.

Quanto aos crimes mais graves, para a consecução dos quais a violência doméstica – não necessariamente psicológica – tenha sido apenas um meio ou conduta concomitante menos gravosa, o reconhecimento dessa violência será importante apenas para habilitar o julgador a deferir as medidas de proteção previstas em lei, inclusive a prisão cautelar para os casos de crimes que, em razão da sua pena, não admitam a prisão preventiva. Deverão ser demonstrados, para isso, que há uma relação de poder baseada no gênero; que ocorreram os resultados previstos na lei em qualquer um dos planos de violência, seja física, psicológica, patrimonial, moral ou sexual; que o fato se deu na unidade doméstica, da família ou em razão de qualquer relação de afeto; e que a violência é considerada independente da orientação sexual da vítima.

Não há dúvidas de que a preocupação com o conhecimento transdisciplinar se justifica com toda força para a caracterização do que poderíamos chamar de violência psicológica pura. É que independentemente de haver violência física, como afirma Machado (2013, p. 174) em outro contexto, “a identificação de uma situação de violência psicológica requer que o problema apresentado seja minuciosamente sondado”. Isso porque os seus danos se apresentam como resultado de posturas sutis praticadas pelo agressor no dia a dia. A mulher pode perfeitamente não ter sofrido violência física, mas, ainda assim, ter sido aviltada na sua integridade psíquica em níveis significativos.

Frise-se que o comportamento insidioso do agressor pode desencadear uma série de assédios psicológicos importantes que podem significar ofensas à saúde psíquica da vítima. Forte em estudos de Marie-France Hirigoyen, Machado (2013) pontua os com-

portamentos que mais comumente eclodem na relação conjugal: controle, isolamento, ciúme patológico, assédio, aviltamento (minar a autoestima), humilhações, intimidação, indiferença a demandas afetivas e ameaças. Eles podem causar diagnósticos de comprometimentos psicológicos importantes, inclusive os de ordem psicossomática, que requerem realmente conhecimentos técnicos de clínica médica, psicologia e ou psiquiatria para ser apontados em processos judiciais, como prováveis conteúdos do que a Lei Maria da Penha considera como resultados alcançáveis pela violência psicológica: prejuízo à autodeterminação, dano emocional, diminuição da autoestima, prejuízo ao pleno desenvolvimento, degradação e controle, que podem definir prejuízo intenso da saúde psicológica.

Contudo, é importante observar que pelo menos para a propositura da ação penal em razão de uma lesão à saúde com base no art. 129, do Código Penal, não é imprescindível que o promotor de justiça labore em cognição exauriente para demonstrar o juízo de mera probabilidade criminoso exigido para a formulação da denúncia, que se traduz no texto da lei como “indícios suficientes de materialidade e autoria”, além da demonstração do elemento subjetivo da conduta exigido: dolo ou culpa. Já para a prolação da sentença, é de bom alvitre que a vítima seja submetida ao atendimento interdisciplinar a título de perícia, para que sejam aferidos tecnicamente os resultados que a violência psicológica provocou, para daí restarem comprovados ou não os elementos necessários à adequação típica na fase de sentença.

A falta de percepção prévia da violência psicológica nas delegacias de polícia, aliada à postura conservadora dos promotores de justiça de não a considerar como espécie autônoma de lesão corporal, que comprometa a saúde da vítima, de fato, faz com que essa espécie de violência, embora relatada, não apareça nas estatísticas do combate à violência doméstica. Menos aparecem ainda porque os crimes aos quais geralmente se acoplam para conduzir a persecução criminal à luz da Lei Maria da Penha (ameaça, injúria, calúnia, denúncia caluniosa e ou constrangimento ilegal),

têm pena cominada diminuta e, na sua maioria, têm natureza de ação penal privada ou pública condicionada à representação, cuja disponibilidade que provoca na persecução criminal é demasiadamente promovida por mulheres vítimas também do assédio do poder econômico dos agressores e de questões emocionais afetas aos filhos e ao casal, que não permitem o rompimento dos laços conjugais e que geram na ofendida uma tolerância ciclicamente aprisionante às agressões.

Assim, do enfrentamento crítico das problemáticas apontadas, extraem-se quatro conclusões que se consideram importantes:

1) quanto à primeira problemática sugerida, o ordenamento jurídico admite a formulação de ação penal em razão de violência psicológica autônoma como conteúdo da modulação do elemento normativo “saúde”, do tipo do *caput* do art. 129 do Código Penal, não se servindo essa espécie de violência de gênero apenas para acoplar-se a outros tipos penais como parâmetro interpretativo, para tão somente conduzir a persecução penal destes ao âmbito do rito penal ordinário e para garantir a aplicação de medidas protetivas de urgência;

2) quanto à segunda, embora não se ignore que seja necessário haver um incremento na formação dos profissionais do Direito, notadamente dos Defensores, Delegados, Promotores de Justiça e Magistrados quanto às questões de gênero e conhecimentos transdisciplinares correlatos, esse diferencial intelectual não indica que servirá apenas para identificar a violência psicológica no suporte fático que subjaz na adequação a “tipos penais guarda-chuvas” para que, a partir daí, as vítimas auferam os benefícios da Lei Maria da Penha. Mais do que isso, com base na premissa da existência de reserva legal para o crime de *lesão à saúde psicológica* em razão da modulação do elemento normativo “saúde” encontrado do injusto-tipo do *caput* do art. 129, esses conhecimentos transdisciplinares – e até mesmo o apoio de equipe interdisciplinar – seriam mais importantes para identificar a violência psicológica nas sutilezas de que se reveste no dia a dia, para, de logo e antes

de se associar a outras formas de violência, merecer uma postura das instituições do Sistema de Justiça que convirja realmente com a norma programática constitucional de “coibir a violência no âmbito das relações da família”.

3) Dessas duas primeiras conclusões, extrai-se mais uma quanto à necessidade de duas mudanças de postura institucional no âmbito do Ministério Público: uma técnico-jurídica no sentido de repensar a interpretação do tipo do *caput* do art. 129 do Código Penal, a partir do poder modulador que o conceito de violência psicológica exerce sobre o elemento normativo “saúde”; e outra, quanto ao incremento intelectual e na estrutura de pessoal das promotorias de justiça, no sentido de qualificar formalmente os promotores em questões de gênero e dotar as promotorias do serviço interdisciplinar psicossocial para avaliar a incidência de eventos de violência psicológica nos casos que chegam para deliberação acerca do que foi produzido nas investigações policiais.

4) Por fim, a necessidade de se desenvolverem fluxos nas delegacias de polícia através dos quais, com a utilização de anamneses na forma de entrevistas às ofendidas, ficariam evidenciados, desde o início, os indícios da presença da violência psicológica e dos seus efeitos danosos à saúde das vítimas.

Da Necessidade de Enfrentamento da Violência Psicológica a partir do Mapa da Violência

Observa-se que algumas anomalias no funcionamento das instituições do Sistema de Justiça levam à invisibilidade da resposta da Justiça a violência psicológica sofrida pelo gênero feminino, mesmo após a vigência da Lei Maria da Penha. Mais ainda, essas anomalias levam mesmo até à exclusão da consideração desse tipo de violência como evento provocador de uma persecução penal independente.

A obviedade da influência dessas anomalias, que se materializam nessa invisibilidade, aparece nos números do mapa da violência contra a mulher. Pesquisa mostra que em 2014, das no-

tificações de violência contra a mulher lançadas no *Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN)*, a partir de informações originárias do atendimento do *Sistema Único de Saúde (SUS)*, depois da violência física, o tipo de violência sofrida pelas mulheres mais relatado foi a psicológica. Tomando-se como referência o público feminino de jovens e adultas, em que é maior a incidência de violência praticada por cônjuges e ex-cônjuges (WAISELFISZ, 2015, p. 49), vê-se que 58,9% das jovens e 57,1% das adultas atendidas pelo serviço de saúde pública relataram ter sofrido violência física. A partir do mesmo número absoluto do qual se aferiu essa porcentagem, verifica-se que 24,5% das jovens e 26,6% das adultas relataram ter sofrido violência psicológica além da violência física, ou independente dela. (WAISELFISZ, 2015). Esse percentual cai sensivelmente quando se falam de outras formas de violência:

Tipo de violência	Número						%					
	Criança	Adolescente	Jovem	Adulta	Idosa	Total	Criança	Adolescente	Jovem	Adulta	Idosa	Total
Física	6,02	15.611	30.461	40.653	3.684	96.429	22	40,9	58,9	57,1	38,2	48,7
Psicológica	4.242	7.190	12.701	13.968	2.384	45.485	15,5	18,9	24,5	26,6	24,7	23
Tortura	402	779	1.177	1.704	202	4.264	1,5	2	2,3	2,4	2,1	2,2
Sexual	7.920	9.256	3.183	3.044	277	23.630	29	24,3	6,2	4,3	2,4	11,9
Tráfico de seres	20	16	28	30	3	97	0,1	0	0,1	0	0	0
Econômica	115	122	477	1.118	601	2.433	0,4	0,3	0,9	1,6	6,2	1,2
Neglig./abandono	7.732	2.577	436	593	1.837	13.175	26,3	6,8	0,8	0,8	19	6,7
Trabalho Infantil	140	133				273	0,5	0,3	0	0	0	0,1
Interv. Legal	75	64	64	90	29	352	0,3	0,2	0,1	0,1	0,3	0,2
Outras	649	2.369	3.228	4.978	684	11.898	2,4	6,2	6,2	7	7,1	6
Total	27.315	38.137	51.755	71.178	9.651	198.036	100	100	100	100	100	100

Pesquisa acerca do ano de 2014 da Central de Atendimento à Mulher (Ligue 180) não destoa da verificação de alta incidência de informações acerca da violência psicológica sofrida e relatada pelas ofendidas. Naquele ano, 31,81% das mulheres atendidas relataram a violência psicológica como uma das ou a espécie exclusiva de violência sofrida, atrás apenas da violência física, que representou 51,68% dos relatos. (BRASIL, 2015).

Percebe-se, pois, que os eventos de violência psicológica

existem e são vultosos. Além disso, a pesquisa mostra que, dos casos em que houve relatos de violência contra a mulher no atendimento do SUS, 46,2% dos que foram relatados por mulheres jovens foram encaminhados a instituições do Sistema de Justiça, assim como 46,1% dos casos relatados por adultas. Somando-se os encaminhamentos às delegacias especializadas em defesa da mulher e às delegacias gerais, tem-se 37,2% entre os 46,2% encaminhados às Instituições do sistema de defesa da mulher, em se tratando de relatos de violência feitos por mulheres jovens (80,5% dos casos); e 36% entre os 46,1% encaminhados às mesmas Instituições, em se tratando de relatos feitos por mulheres adultas (78% dos casos). (WASELFISSZ, 2015).

O que se pode concluir é que, ou por *deficit* de remessa dos casos de violência psicológica às delegacias, ou por falta de investigações concentradas também nessa espécie de violência, ou por um *deficit* de formulação de denúncias que a tenham considerado como circunstância moduladora do elemento normativo do *caput* do art. 129, do Código Penal, o que é sintomático é que a violência psicológica não aparece nos números de condenações da Justiça como delito autônomo. Exemplo disso é o levantamento estatístico da única *Vara Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*, de São Luís, capital do Estado do Maranhão. O lapso temporal da pesquisa refere-se aos meses de junho e de julho dos anos de 2012 e 2013.

Os números referidos na pesquisa mostram que, dos processos que tramitaram naquela Vara, naquele período, e que se referiram a Medidas Protetivas de Urgência, 36% relataram violência psicológica em 2012 e 35% em 2013. Mais até do que os relatos de violência física, que ocuparam 26% em 2012 e 29% em 2013. (MARANHÃO, 2014).

Quanto aos números referentes às sentenças, vê-se que 91% delas foram “sentenças inibitórias” em 2012 e 92% em 2013. A pesquisa relata que essas sentenças têm o “objetivo de coibir o ato violento praticado pelo requerido”, contudo não se tratam necessariamente de sentenças de mérito em que se vejam condenações

por violência doméstica, e muito menos em que se possam aferir números acerca das condenações por lesões corporais com ofensa à saúde psíquica das vítimas.

Com pequena variação nos números, a tendência se repete na pesquisa publicada em 2015, realizada pela mesma Vara especializada, e que teve os meses de janeiro a abril de 2014 como objeto de análise. (MARANHÃO, 2015).

Esse cenário emerge em que pese o reconhecimento de que a violência psicológica pura pode gerar um estado patológico em diversos níveis, tende a ser cronicada e extremamente destruidora porque geralmente é praticada por um agressor com quem a vítima manteve uma relação de afeto e de quem espera algum nível de respeito. A vinculação afetiva pretérita ou presente entre agressor e vítima comumente gera um sentimento de culpa da vítima em relação à violência sofrida, podendo contribuir para que ela questione inclusive sua sanidade mental. Fecha-se, assim, um ciclo torturante e doloroso de comprometimento da saúde da vítima de violência doméstica.

Induvidoso que essa premissa conceitual faz emergirem discrepâncias entre as adequações típicas dos crimes contra a honra e até dos de ameaça – que são aferíveis por evento e são pontuados no tempo e no espaço – e os de *lesão à saúde* em razão de violência psicológica. É que nestes se tratam de resultados naturalísticos aferíveis no âmbito do psiquismo, mediante juízos de valor ou técnicos. Falam-se, como relata a Psicóloga Jurídica Sonia Rovinski, de sintomas como choque, negação, recolhimento, confusão, entorpecimento, medo, depressão, desesperança, baixa autoestima e negação, sendo o *transtorno de estresse pós-traumático* um dos quadros clínico-patológicos mais comuns. (MACHADO, 2013).

Portanto, chega-se à conclusão de que a mudança institucional para um enfrentamento mais eficaz desse estado de coisas só poderá ocorrer com o desenvolvimento de fluxos, ainda na delegacia de polícia, que ofereçam elementos indiciários básicos para que o órgão do Ministério Público, dotado de conhecimentos transdisciplinares afetos à teoria de gênero, possa formular ações

penais com adequações típicas que tratem de lesões corporais à saúde psíquica da vítima de violência doméstica.

A Anamnese acerca da Violência Psicológica na Persecução Criminal Preliminar

Diante da dificuldade de se inaugurarem persecuções penais em razão da violência psicológica que caracterize a *ofensa à saúde* da vítima do gênero feminino, é importante que se estabeleçam fluxos básicos para investigar indícios dessas lesões ainda nas delegacias de polícia, de forma a proporcionar que o órgão do Ministério Público, munido de conhecimentos transdisciplinares, possa posteriormente identificar a probabilidade de ocorrência de algum transtorno ou sintoma psíquico em razão da violência, para então formular ação penal adequada e requerer a condenação específica por *lesão à saúde psíquica* da ofendida.

Para esse fim, é importante que se construa uma anamnese com alguns questionamentos à ofendida e que comporiam o caderno policial. Essa entrevista colimaria por evidenciar as posturas do agressor e consequências delas referentes às violências psicológicas que são previstas na LMP e, em seguida, visaria perquirir características que levassem aos sintomas das patologias mais comuns em razão de violência psicológica: o *Transtorno de Estresse Pós-Traumático* (TEPT) (CID 10 F 43.1) e *Síndrome da Mulher Espancada* (SME).

Quanto à primeira patologia, trata-se de um distúrbio de ansiedade que faz com que pessoas que tenham presenciado ou sido vítimas de atos percebidos como intensamente violentos, passíveis de comprometerem sua segurança ou de outrem, revivam o episódio pela representação mental, mas como se ele estivesse ocorrendo novamente, revivendo-se as mesmas sensações, dores e sofrimentos experimentados outrora, mesmo diante de fatos novos potencialmente menos danosos. Já quando à segunda, a síndrome se desenvolve em três fases: primeira, o agressor assume posturas que criam tensões no relacionamento; depois o estado de tensão migra para as agressões efetivas de qualquer espécie; por fim,

ocorre a fase da reconciliação em que a mulher perdoa o agressor, mas o ciclo de violência recomeça e a vítima passa a atribuir a si a culpa dos atos do seu algoz, assumindo a responsabilidade por eles ocorrerem. Este estado mental continuado pode desencadear sintomas psicológicos e psicossomáticos diversos, alterando inclusive a percepção de realidade da vítima.

A anamnese poderia ser composta de três blocos de perguntas semiestruturadas, em cujas respostas a ofendida entrevistada poderia desenvolver os detalhes acerca dos sintomas, sem que percebesse que estaria falando deles:

1ª Fase: Características gerais da violência psicológica, previstas na LMP:

1) Você acha que, por algum motivo, o comportamento ou a atitude do seu namorado/companheiro/marido (NCM) comprometeu ou compromete o sentimento de valor e segurança que você tem de você mesma? Relate os episódios, quando eles ocorrem e o que você sente quando eles acontecem. (Esse quesito investiga a diminuição de autoestima e segurança da vítima).

2) Você acha que, em razão de algum comportamento ou atitude do seu NCM, você se sentiu ou se sente controlada ou menosprezada com relação ao que você acredita e quer para si no que se refere a comportamentos, crenças e decisões de vida? Relate os episódios e se eles ocorrem mediante algum desses elementos: ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição frequente, insulto, chantagem, ridicularização, exploração, limitação do seu desejo de se deslocar para onde queira, ou outro não especificado.

2ª Fase: Características acerca do Transtorno de Estresse Pós-traumático

3) Relate que tipo de violência você sofreu do seu NCM, quando e com que frequência ela(s) ocorreu(ram) ou ocorre(m):

física (lesão ao corpo), psicológica (que a deixou desestabilizada emocionalmente por um período de médio a longo prazo), sexual (prática de ato sexual não consentido), tortura (sofreu lesões mediante práticas que você considerou abomináveis ou especialmente ultrajantes), patrimonial (teve seus objetos pessoais e bens danificados ou destruídos), moral (sentiu-se atacada na sua honra, ou quanto ao conceito que você tem de você mesma, ou ainda quanto ao conceito que acredita que os outros têm de você).

4) Você tem lembranças espontâneas recorrentes (não sugeridas por outrem) desse(s) episódio(s) de violência(s)? Tem pesadelos com ele(s)? Explique em que situações essas lembranças (*flashbacks*) acontecem.

5) Há objetos, lugares, pessoas, comportamentos, músicas, contatos, atividades ou qualquer outra coisa que a remeta à lembrança da(s) violência(s)? Você costuma usar da estratégia de fuga ou desvio de quaisquer dessas coisas/pessoas/circunstâncias que a possam rememorar a lembrança da agressão sofrida? Explique como você lida com essas lembranças.

6) Como você avalia o seu grau de interesse afetivo pelas pessoas que fazem parte de seu ciclo de vida (NCM, pais, filhos, irmãos, amigos, colegas de escola/faculdade ou trabalho)? Sente que essas relações já foram mais prazerosas, que mantêm uma estabilidade quanto à sua satisfação pessoal, ou esse grau de satisfação diminuiu? Relate situações que possam respaldar os sentimentos relatados.

7) Quando ocorrem fatos que lhe causam tensão e que você considera anormais à sua rotina (fatos que causam excitação emocional), você considera que tem um bom grau de autocontrole em relação a eles ou se acha muito sensível a essas situações? Você tem reações a esses fatos que considere repentinas e/ou instantâneas, que causam aceleração de batimentos cardíacos, transpiração, calor, ou medo de morrer? Após essas situações, é comum você apresentar dificuldades para começar a dormir ou atingir sono profundo, dificuldade de concentração, facilidade de irritação, estado de alerta (hipervigilância) ou alteração de seu ciclo de fome, deixando

de sentir fome ou comendo demais por ansiedade?

8) Você se sente impotente em algum aspecto da sua vida? Acha-se incapaz de se proteger de perigos? De alguma forma ou em algum grau, não tem esperanças em relação ao futuro ou tem sensação de vazio? A que você atribui essas sensações?

3ª Fase: Características acerca da Síndrome da Mulher Espancada:

9) Você considera que tem dependência econômica em relação ao seu NCM? Dê detalhes da sua vida financeira e, se souber, do orçamento familiar (receitas e despesas).

10) Antes das agressões sofridas, seu NCM criava situações que a deixavam embaraçada, incomodada e que a faziam pensar que talvez ele não fosse a melhor pessoa para você? Relate os episódios que lembre.

11) Seu NCM costumava ou costuma pedir perdão e/ou demonstrar arrependimento profundo após os episódios de violência cometidos? Você perdoou seu NCM das agressões que sofreu dele? O que você levou em consideração para perdoo-lo?

12) Depois do perdão às agressões, o relacionamento costuma ficar bem por certo tempo (em clima de lua de mel)? Com que frequência estes episódios de arrependimento aconteciam ou acontecem? Quanto tempo costuma transcorrer até o próximo episódio de agressão?

13) Mesmo depois da(s) agressão(ões) sofrida(s), você considera que conseguirá manter um clima de paz no relacionamento e que convencerá o seu NCM a fazer o mesmo? Quais as estratégias que costuma usar? Explique o que você acha que levará a esse estado de paz.

14) Por que você acha que essas agressões acontecem? (A intenção da pergunta é avaliar se a vítima se sente culpada pelas agressões sofridas, indicando seu grau de vulnerabilidade).

15) Você teme ser agredida de uma forma mais grave pelo seu NCM? Houve ameaça dele nesse sentido? Em caso afirmativo, relate o que a leva a ter esse medo.

16) Seu NCM fez ou faz ameaças de agredir a você ou a alguém que você ame, caso de separe/separasse dele? Relate episódios.

17) Você se sente impotente para tomar alguma atitude contra o seu NCM que possa resultar em punição dele em razão da(s) agressão(ões) sofrida(s) por você? Por quê? Explique.

18) Você acredita ou acreditava que o contato com autoridades para tratar da violência sofrida fará(ia) com que você sofra(fesse) agressões mais graves por seu NCM? Em caso positivo, explique o que a leva a pensar assim.

19) Você costuma ingerir bebidas alcoólicas, usar drogas ou fazer uso de algum medicamento? Considera que depois das agressões sofridas esses hábitos ficaram mais recorrentes no seu dia a dia?

Importante destacar que essa anamnese tem a finalidade de o Delegado de Polícia poder proceder a um relatório mais completo, em que aflorem características da *lesão à saúde* da ofendida em razão da violência psicológica e para que, a par dessa constatação, o Ministério Público possa denunciar o agressor com fulcro no *caput* do art. 129, do Código Penal, combinado com o seu §9º, de sorte a atribuir à violência psicológica uma razão autônoma para a condenação criminal por *lesão à saúde psicológica*, ou, havendo concomitância com outras formas de violência, para que seja considerada como motivação para majoração da dosimetria da pena em razão do elevado *grau de culpabilidade* (intensidade de dolo) imputado ao agressor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que se observou, os fins colimados pela Lei Maria da Penha, na sua melhor extensão, dependem do desapego da prática jurídica – sobretudo na fase de persecução criminal preliminar – a uma postura culturalmente positivista e ou reducionista, de se esperar que a lei ofereça soluções ostensivamente previstas para as demandas criminais que envolvam a violência doméstica.

No que interessa à figura da violência psicológica, urge observar que a sua consideração nos casos concretos se serve para bem mais do que funcionar como vetor de política criminal que permita remeter os processos de violência doméstica para a competência das(dos) Varas/Juizados de *Violência Doméstica e familiar contra a mulher*, imprimindo a esses casos a possibilidade de medidas protetivas de urgência em favor da ofendida e medidas restritivas mais duras contra o agressor que convirjam com a política de coibição da violência contra a mulher.

Mais do que isso, a legislação oferece alternativas para que os agressores se vejam condenados pela própria violência psicológica, como resultado de uma tipificação da *ofensa à saúde* (*caput* do art. 129, do Código Penal), ou como elemento que incremente a dosimetria penal em razão da sua incidência sobre o *grau de culpabilidade* enquanto intensidade do dolo na prática do delito.

É preciso, entretanto, que os operadores do direito do sistema de justiça se deem à atribuição de juízo de valor ao elemento normativo *saúde* encontrado no tipo do art. 129, para que a resposta judicial quanto à violência psicológica apareça nos números do Judiciário. Para isso, fazem-se necessários incentivar a aquisição de conhecimentos transdisciplinares pelos profissionais do Sistema de Justiça e a criação de fluxos desde as delegacias de polícia, com formulação de questionários às ofendidas à guisa de anamnese, para que haja indícios fortes que possam fundar ações penais públicas que sejam aptas a provocar condenações por “lesão à saúde psicológica”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte especial*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. *Balanço 2014. Ligue 180. Central de Atendimento à Mulher*. 2015. Disponível em: http://www.spm.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/publicacoes/2015/balanco180_2014-versaoweb.pdf

_____. *Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm

BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

FERRAZ, Flávio Carvalho. SEGRE, Marco. O conceito de saúde. *Revista de Saúde Pública*. Vol. 31, n. 5. São Paulo. 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101997000600016

MACHADO, Isadora Vier. *Da dor no corpo à dor na alma: uma leitura do conceito de violência psicológica da Lei Maria da Penha*. Tese (Doutorado em Ciências Humanas). Programa de Pós-graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas (PPGICH), Programa de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 2013, 282 p. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/107617/319119.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. *Apelação Criminal nº. 016782/2008 - São José de Ribamar, 2009*. Disponível em: <http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3638115/apelacao-criminal-acr-167822008-ma/inteiro-teor-101505768>

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. *Violência Doméstica contra a Mulher*. Dados Estatísticos da Vara Especializada da Comarca de São Luís. 2014. Disponível em: http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/407035/dados_estatisticos_da_vara_especializada_da_comarca_de_soo_luos_-ano_2014_23102015_0846.pdf

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. *Violência Doméstica contra a Mulher*. Dados Estatísticos da Vara Especializada da Comarca de São Luís. 2015. Disponível em: http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/407035/dados_estatisticos_da_vara_especializada_da_comarca_de_soo_luos_-ano_2015_23102015_0848.pdf

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. Vol. 1, 30. ed. São Paulo: Atlas: 2014.

UNITED NATIONS. Declaration on the elimination of violence against women, 1993. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r104.htm>

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília. 2015. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2015_mulheres.php

CIDADE SEM FRONTEIRAS, FRONTEIRAS SEM CIDADES

Daniella S. Dias¹

RESUMO: O presente artigo é um estudo bibliográfico e aponta processo de urbanização global, a desigualdade planetária, a periferização e a favelização mundiais como efeitos da globalização. Apresenta reflexões sobre os efeitos da produção capitalista do espaço sobre nossas cidades e sobre nossas vidas, e como o atual modelo capitalista tem corroborado para que nossas cidades se tornem espaços primordiais para o desenvolvimento de atividades capitalistas produtivas. Aponta a responsabilidade do Estado para o controle sobre o território face à transformação que o modelo capitalista produz nos espaços urbanos e rurais e para a implementação de políticas habitacionais para o enfrentamento da segregação e da desigualdade social e analisa como as atuais políticas habitacionais implementadas pelo Estado brasileiro tem propiciado a segregação socioespacial e a financeirização da moradia.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização. Direito à moradia. Direito à cidade.

ABSTRACT: The present article is a bibliographic study that addresses the process of global urbanization, the planet social inequality, the peripheraization, and the world phenomenon of shanty towns as effects of globalization. It provides reflections on the effects of the capitalist space production in our cities and our lives, as well as on how the current capitalist model has supported the fact that our cities have become essential spaces for the development of capitalist production activities. It addresses the responsibilities of the State with the control over territorial space vis-a-vis the transformation that the capitalist model has caused in the urban and rural spaces as well as with the implementation of housing development policies for coping with the social segregation

¹ Doutora em Direito Público - UFPE, Professora da Graduação e Pós-graduação UFPA/ UNIFESSPA e Promotora de Justiça.

and inequality. Furthermore, it analyzes how the current housing development policies, as implemented by the Brazilian State, has led to the socio-spatial segregation and the financialization of housing development.

KEYWORDS: Globalization. Right to the city. The right to housing.

INTRODUÇÃO

Neste artigo, pretendemos abordar alguns dos temas mais delicados a serem enfrentados pelos países desenvolvidos e sub-desenvolvidos, como o processo de urbanização global de periferização e de favelização mundiais, a desigualdade planetária e o desafio de concretização do direito à cidade. Contudo, nenhuma reflexão pode ser realizada de forma descontextualizada, pois o processo de urbanização global tem intrínseca relação com o desenvolvimento do modelo capitalista transnacional e seus deletérios efeitos sobre a qualidade de vida nos espaços urbanos e rurais.

É necessário refletir sobre os processos de diferenciação espacial que seguem apartando camadas hipossuficientes das possibilidades de desenvolvimento humano e de exercício da cidadania, culminando em segregação histórica, cultural, econômica, tecnológica e digital. Nesse sentido, a mundialização do capital tem intrínseca relação com a existência e com a inexistência de políticas públicas habitacionais, o que tem tornado nossas cidades espaços para a reprodução do capital.

Uma das funções do Estado, para o controle sobre o território face à transformação que o modelo capitalista produz nos espaços urbanos e rurais, é a de implementar políticas habitacionais como forma de enfrentamento da segregação e da desigualdade social. Refletir sobre o direito à moradia como bem social é tarefa imprescindível, tarefa que não se realiza sem análise crítica sobre as atuais políticas habitacionais implementadas pelo Estado brasileiro.

A Globalização, o Processo de Urbanização Global e a Desigualdade Planetária

A globalização é uma nova ordem paradigmática (CUNHA, 1998) que, por meio das revoluções técnico-científicas e das inovações tecnológicas, levou à compressão das categorias tempo e espaço. (BECK, 2000). Trata-se de uma nova forma de interconexão entre Estado e sociedade, interconexão que se estabelece por meio de um novo marco econômico, que gerou e tem provocado profundas modificações nos âmbitos econômico, político, jurídico, ambiental, cultural e, sobretudo, territorial. (DIAS, 2010).

Para Julio-Campuzano (2003, p. 19-20),

La globalización representa, como sostiene Octavio Ianni, un nuevo ciclo de expansión del capitalismo, como modo de producción y proceso civilizatorio de alcance mundial; un ciclo caracterizado por la integración de los mercados de forma avasalladora y por la intensificación de la circulación de bienes, servicios, tecnologías, capitales e informaciones a nivel planetario. De este modo, la globalización aparece concebida como la 'integración sistémica de la economía a nivel supranacional, deflagrada por la creciente diferenciación estructural y funcional de los sistemas productivos y por la subsiguiente ampliación de las redes empresariales, comerciales y financieras a escala mundial, actuando de modo cada vez más independiente de los controles políticos y jurídicos a nivel nacional'. Es lo que Wallerstein ha denominado 'economía mundial capitalista': un nuevo marco económico mundial regido por el sistema capitalista cuya dinámica expansiva alcanza así su culminación. De un extremo a otro del planeta, el capitalismo se extiende y se ramifica en múltiples derivaciones locales, un único sistema cuyos desdoblamientos crean una imagen de particularidad.

O modelo capitalista global ou, como apontam alguns autores, o modelo capitalista transnacional, tecnologicamente avançado, tem como consequências o aumento do trabalho informal,

a precarização das relações trabalhistas, a crise ecológica (BECK, 2000), o aumento da desigualdade planetária, cabendo destacar o processo de urbanização planetária que ocorre concomitantemente ao aumento da pobreza, da periferização de enormes camadas populacionais e da inexistência de condições de moradia digna. (HARVEY, 2014).

A desigualdade planetária se revela no crescimento exponencial das favelas, no processo de expansão urbana “sem cidades”, na falta de planejamento urbano e da prestação de serviços essenciais, como saneamento básico, iluminação, segurança pública, entre outros serviços. Como bem ressalta Davis (2006), a expansão urbana não é a expressão do desenvolvimento humano, mas sim da reprodução da pobreza.

Pobreza e favelização são temas intrinsecamente relacionados. Para Davis (2006), o crescimento populacional urbano, no Terceiro Mundo, nas próximas décadas, dar-se-á nos espaços destinados às comunidades informais.

Os dados sugerem que os assentamentos precários serão formas dominantes de ocupação territorial. Segundo pesquisa realizada pela ONU, 32% da população mundial vivem em favelas (COSTA e PORTO-GONÇALVES, 2006) e os assentamentos precários trazem consigo problemas de distintas ordens. Contudo, vale destacar, de acordo com Castel (2008), dentre os efeitos nefastos do processo de periferização mundial, a segregação social, cultural, política, tecnológica, ambiental e territorial.

As periferias não se caracterizam apenas por ser espaços de vida que se produziram de forma espontânea, por meio da autoconstrução, desprovidos de serviços essenciais, do planejamento e da intervenção do estado. Os espaços periféricos são, para Castel (2008, p. 24-25), “espaços de desterro”, de falta de futuro, espaços frágeis que revelam a total ruptura do tecido social.

O espaço, como bem pontua Santos (2008), é relacional. O espaço é dinâmico, resultado da intrínseca relação entre configuração territorial, paisagem e sociedade, é “o resultado da geografição da sociedade sobre a configuração territorial”. (Idem, p. 85).

Para o autor, são as relações socioespaciais, as estruturas sociais, que sofrem profundas modificações com o capital. Portanto, é necessário refletir sobre os processos de diferenciação espacial que seguem apartando camadas hipossuficientes das possibilidades de desenvolvimento humano e de exercício da cidadania.

No Brasil, não podemos deixar de destacar que o processo de segregação socioespacial é histórico, e não se trata tão somente de uma segregação territorial. A segregação territorial traz a reboque uma segregação histórica, cultural e econômica, tecnológica e digital. (DIAS, 2014).

Davis (2006, p. 27), ao tratar sobre o crescimento das favelas no Brasil, afirma que

As favelas de São Paulo – meros 1,2% da população em 1973, mais 19,8% em 1993 – cresceram na década de 1990 no ritmo explosivo de 16,4% ao ano. Na Amazônia, uma das fronteiras urbanas que crescem com mais velocidade em todo mundo, 80% do crescimento das cidades têm-se dado nas favelas, privadas, em sua maior parte, de serviços públicos e transporte municipal, tornando assim sinônimos ‘urbanização’ e ‘favelização’.

Vale salientar, como bem sintetiza Herardi (2017), a mundialização do capital trouxe, como efeitos, o déficit de políticas públicas habitacionais, déficit que propiciou “a produção ilegal do espaço urbano” (p. 6). Para a autora, “o quadro atual representa a continuidade do processo histórico iniciado com a industrialização e desenvolvimento econômico do Estado brasileiro, sempre marcado pela exclusão e desigualdade social”. (Idem).

Precisamos, portanto, refletir sobre os efeitos da produção capitalista do espaço sobre nossas cidades e sobre nossas vidas, pois o modelo capitalista, por meio de sua “destruição criativa”, transforma paulatinamente nossas cidades em puro espaço de trocas, isto é, espaços primordiais para o desenvolvimento de atividades capitalistas produtivas.

O Mercado Existe para as Cidades? Ou as Cidades Existem para o Mercado?

Essas perguntas não podem ser respondidas sem que nos debrucemos sobre a análise teórica realizada por David Harvey.

Para Harvey (2014, p. 30),

Desde que passaram a existir, as cidades surgiram da concentração geográfica e social de um excedente de produção. A urbanização sempre foi, portanto, algum tipo de fenômeno de classe, uma vez que os excedentes são extraídos de algum lugar ou de alguém, enquanto o controle sobre o uso desse lucro acumulado costuma permanecer nas mãos de poucos.

Essa situação geral persiste sob o capitalismo, sem dúvida, mas nesse caso há uma dinâmica bem diferente em atuação. O capitalismo fundamenta-se, como nos diz Marx, na eterna busca de mais valia (lucro). **Contudo, para produzir mais valia, os capitalistas têm de produzir excedentes de produção. Isso significa que o capitalismo está eternamente produzindo os excedentes de produção exigidos pela urbanização.** A relação inversa também se aplica. **O capitalismo precisa da urbanização para absorver o excedente de produção que nunca deixa de produzir.** Dessa maneira, surge uma ligação íntima entre o desenvolvimento do capitalismo e a urbanização. (HARVEY, 2014, p. 30, grifo nosso).

[...] A urbanização desempenha um papel particularmente ativo (ao lado de outros fenômenos, como os gastos militares), ao absorver as mercadorias excedentes que os capitalistas não param de produzir em sua busca de mais-valia. (Idem).

Se, como leciona Harvey, existe uma intrínseca relação entre produção capitalista e urbanização, atualmente, o processo de urbanização se tornou global e a possibilidade de absorção do capital excedente tem provocado profundas modificações nos processos de expansão urbana.

É importante refletir sobre os efeitos da produção capitalista sobre o espaço para que possamos perceber que a apropriação dos espaços urbanos e rurais tem se dado de forma a beneficiar os interesses capitalistas, viabilizando acumulação e expansão do próprio sistema. (DIAS, 2014). Harvey chama a atenção para o fato de que as transformações espaciais provocadas pelo modelo capitalista modificam não somente os espaços físicos, mas, sobretudo, as relações sociais, pois “em razão da eterna necessidade de encontrar esferas rentáveis para produção e absorção do excedente do capital” (Idem, p. 31), o capitalismo se apropria de novos recursos naturais, produz novas tecnologias, cria novos meios de produção, utiliza-se da oferta de infraestrutura e da mão de obra, organizando a sua própria expansão geográfica. (Ibidem, p. 45). Essa reestruturação do capitalismo ocorre concomitantemente a uma transformação do modelo de urbanização, pois os espaços urbanos passam a ser espaços primordiais para o desenvolvimento de atividades capitalistas lucrativas. Por isso, Harvey afirma que

A cidade tradicional foi morta pelo desenvolvimento capitalista descontrolado, vitimada por sua interminável necessidade de dispor da acumulação desenfreada de capital capaz de financiar a expansão interminável e desordenada do crescimento urbano, sejam quais forem suas consequências sociais, ambientais ou políticas”. (HARVEY, 2014, p. 20, grifo nosso).

A necessidade interminável de expansão urbana para absorção dos excedentes do capital tem intrínseca relação com a expansão do mercado imobiliário, tornando quase tudo mercadoria. Aliás, para Bensaïd (2013, p. 8) ,

Na realidade do mundo atual, o capitalismo se aproxima de seu conceito teórico. **Faz tudo virar mercadoria: as coisas, os serviços, o saber e a vida. Generaliza a privatização dos bens comuns da humanidade.** Desencadeia a concorrência de todos contra todos. (Grifo nosso).

Se o dinheiro é “o verdadeiro poder e finalidade única”; e como afirma Marx (apud BENSÄID, 2013, p. 33), “é a verdadeira capacidade”, nossas cidades podem ser “pura” mercadoria? O mercado existe para as cidades? Ou as cidades existem para o mercado?

Sandel (2012) chama a atenção para o fato de que os valores de mercado estão dominando quase todos os aspectos da vida, por consequência, quanto mais o dinheiro pode comprar, maior desigualdade teremos na sociedade. O dinheiro está controlando nossas cidades e nossas fronteiras. Está “implodindo”, por meio da “destruição criativa” (HARVEY, 2014, p. 49), nossas fronteiras e, por consequência, nossas cidades.

Quando o mercado passa a governar nossas cidades, os efeitos da desigualdade social se agudizam e não podemos descartar – de nossa análise sobre os desafios para o enfrentamento da exclusão socioespacial, do processo de favelização global e da periferação de nossas cidades – o fato de que a expansão econômica capitalista está transformando nossas cidades em mercadorias, subjacente a esses problemas está a grande polarização social, fruto da desigual distribuição da riqueza. (MENDES, 2013).

O efeito nefasto da “mercantilização” de nossos espaços territoriais é a desumanização das nossas cidades, registrada nas formas espaciais, verdadeiro mosaico de desigualdades e de privações.

Os dados alarmantes revelam que o Estado, por meio da inexistência de políticas públicas e de planejamento, assistiu impassível ao aumento das habitações informais e ao crescimento das favelas. E, segundo Davis, “as favelas, apesar de serem funestas e inseguras, **têm um esplêndido futuro**” (DAVIS, 2006, p. 155, grifo nosso).

Para Harvey (2014, p. 59),

A urbanização desempenhou um papel crucial na absorção de excedentes de capital, e o que tem feito em escala geográfica cada vez maior, mas ao preço de processos florescentes de destruição criativa que

implicam a desapropriação das massas urbanas de todo e qualquer direito à cidade. (HARVEY, 2014, p. 59).

Nossas cidades estão cada dia mais desiguais, mais violentas, mais poluídas e insustentáveis e muito pouco tem sido feito para transformar essa realidade. Nossas cidades são caras e insustentáveis do ponto de vista social, cultural, político e ambiental.

A pobreza urbana, as precárias condições de vida nas favelas, a inexistência de políticas públicas habitacionais consistentes, a marginalidade econômica, territorial, política e social a que são submetidos milhares de cidadãos brasileiros, a inexistência de higiene e de condições sanitárias, a falta de acesso à água potável, a insegurança jurídica da posse tornam esses habitantes e seus territórios invisíveis.

A desigualdade social, política, territorial, digital é o grande desafio para a sociedade e para o Estado. De nada adianta teorizarmos sobre a necessidade de efetivação dos Direitos Humanos sem considerarmos o cenário mundial, marcado pela desigualdade planetária, pelo desemprego estrutural, pelas catástrofes ambientais e pelo crescimento do crime organizado.

Será que o direito, como instrumento de controle social, poderá agregar conjunto valorativo transformador à implementação de políticas públicas? Será que o direito pode ser ferramenta para a transformação do quadro atual de desigualdade no que diz respeito ao acesso a políticas públicas habitacionais? Ou a moradia virou “pura mercadoria”? Essas indagações se fazem pertinentes porque o planejamento e ordenamento territorial são ferramentas importantes para definição de atividades e de funções bem como para prover necessidades concretas dos que habitam os espaços territoriais. Nesse sentido, indaga-se: em que medida é possível que o Estado realize o controle sobre o território face à transformação que o capital propulsiona nos espaços urbanos e rurais?

Essas indagações estão relacionadas à análise sobre a implementação de políticas habitacionais no Brasil para que possamos refletir, criticamente, sobre o processo de implementação de

políticas habitacionais e sobre a “continuidade do processo histórico” de produção espaços urbanos marcados pela segregação e desigualdade social.

Moradia: Bem Social ou Mercadoria?

No Brasil, a Emenda Constitucional nº. 26 inseriu o direito à moradia como direito social na Constituição Federal de 1988, no Capítulo II, artigo 6º., em 14 de abril de 2000.

Apesar de o texto constitucional determinar aos entes federativos, mesmo antes do reconhecimento do direito à moradia como direito social, a responsabilidade de “promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento” (Art. 23, IX, CF); apesar de o Estatuto da Cidade determinar, em seu artigo 2º., inciso I, que o município tem por competência realizar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade bem como garantir o direito à cidade sustentável, sendo esse o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações (artigo 2º, inciso I, Lei nº. 10.257/2001); apesar de referidas determinações serem normas cogentes, determinando aos entes federados a realização de programas, de políticas para que todos possam viver e ter acesso à moradia digna, as políticas para garantir o direito à cidade e o direito à moradia são frágeis, incipientes e passíveis de críticas.

Saule Jr. (1999, p. 96), ao tratar do direito à moradia como um direito cuja aplicação é imediata, dotado de eficácia plena, alerta:

Isto é de imediato o Estado Brasileiro tem a obrigação de adotar as políticas, ações e demais medidas compreendidas e extraídas do texto constitucional para assegurar e tornar efetivo esse direito, em especial aos que se encontram em estado de pobreza e miséria.

Apesar de ser prioridade e obrigatório para o Estado criar políticas de desenvolvimento urbano que propiciem o direito à cidade sustentável e viabilizem o acesso à moradia digna, segura, adequada, em um local livre de desastres e que o meio ambiente esteja protegido (SALDANHA, 2016); apesar de diversas normas brasileiras tratarem da necessidade de estabelecimento de políticas públicas, que propiciem o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, para garantir a qualidade de vida das presentes e futuras gerações, o que se constata é que grande parte dessas políticas não priorizam a concretização da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, a falta de planejamento é a tônica, o que potencializa a ocorrência de conflitos relacionados à apropriação dos espaços territoriais.

Apesar de ser responsabilidade dos entes da Federação criar políticas públicas para o enfrentamento das desigualdades abissais de acesso à cultura, à saúde, à segurança pública, à qualidade de vida, ao meio ambiente sadio, à moradia, a ocupação do território brasileiro continua a ser feita sem o planejamento democrático e sem enfrentamento da exclusão socioespacial. Os efeitos deletérios da falta de planejamento e da falta de intervenção do Estado na organização e no controle do processo de expansão urbana estão intrinsecamente relacionados à expansão do mercado, à manipulação do espaço urbano, caracterizando diferenças sociais, econômicas e políticas (SANTOS, 2007), assim como o aumento da violação dos direitos humanos.

O planejamento para o ordenamento territorial é a única possibilidade para o enfrentamento da polarização social, pois a pobreza, a desigualdade, a exclusão territorial, política e econômica são decorrentes das distintas formas de apropriação do espaço. Contudo, os modelos de planejamento e os processos de decidibilidade devem buscar a reestruturação do próprio processo decisório por meio da gestão democrática. É preciso que os cidadãos sejam ouvidos acerca das suas necessidades específicas como saúde, moradia, saneamento, educação, trabalho. É preciso que haja um re-

desenho do modelo de planejamento, um redesenho a partir do processo decisório que deve possibilitar a ampla discussão com a sociedade. (SILVEIRA, 1999).

Em suma, o processo de planejamento urbano deve ter por finalidade o cumprimento das funções sociais da cidade. Há valores intangíveis para garantir o direito à cidade e esses valores estão intrinsecamente relacionados à possibilidade de que todos possam, em igualdade de condições, ter uma vida digna e acesso a uma moradia digna.

E não se trata de mera liberalidade do gestor público. O Estatuto da Cidade e o Texto constitucional propõem uma nova forma de compreensão do exercício do direito de propriedade e do cumprimento da função social da propriedade, mudança paradigmática que vincula a atuação de legisladores, administradores e operadores do direito.

No que tange à obrigatoriedade de implementação de políticas habitacionais, no Brasil, constata-se que os assentamentos humanos informais são locais onde é impossível se ter uma vida decente, e também iremos constatar, a partir da leitura de textos de Rolnik (2015), que a atual política habitacional para prover o direito à moradia sequer considera os requisitos para uma habitação digna. E vale aduzir que habitação digna é uma das prioridades que a União definiu para a realização de programas e políticas para o desenvolvimento urbano. Vale frisar que o Texto constitucional define como competência de todos os entes da Federação a promoção de programas de construção de moradia e de programas para melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico da população brasileira (artigo 23, inciso IX, CF).

Para Agenda Habitat, habitação digna ou adequada é aquela que apresente condições de vida sadia, com segurança, apresentando infraestrutura básica como suprimento de água e saneamento básico, energia, bem como a existência da prestação eficiente de serviços públicos urbanos como saúde, educação, transporte coletivo, coleta de lixo. Pressupõe-se a segurança da habitação, entendida como habitação em que se faz possível ir e vir

em segurança, bem como habitar locais que não sejam suscetíveis a desastres naturais. Quanto à acessibilidade, é preciso que a infraestrutura viária permita o acesso decente e seguro à habitação²

Infelizmente, o processo de financeirização da moradia e do solo urbano tem gerado sistemáticas remoções violentas de populações hipossuficientes para o estabelecimento de projetos, por meio de investimentos públicos, que pouco ou quase nada refletem os interesses da população e a necessidade de garantir o direito à moradia digna. (MENDES, 2013).

Rolnik (2015) aponta com riqueza de detalhes os efeitos deletérios dos avanços do complexo imobiliário-financeiro sobre os territórios populares, avanços que são o reflexo da financeirização da moradia e do solo urbano, sob o novo marco do pensamento e práticas neoliberais.

Como alerta Rolnik (2016, p.01), no Brasil,

Tivemos uma mudança de paradigma, da habitação como um bem social, para a moradia como uma mercadoria a ser produzida pelo setor privado e desempenhando um papel importante como ativo financeiro, ou seja, como uma das esferas onde um capital excedente financeiro global poderia aterrissar para multiplicar renda através dos juros.

Rolnik (2015) faz profunda análise sobre a criação e implementação do Programa Minha Casa Minha Vida, apontando claramente que o programa teve por objetivo principal o salvamento de incorporadoras financeirizadas, e tornou-se a política habitacional que estabeleceu um único modelo de acesso à casa própria, por meio do mercado e do crédito hipotecário. Vale ressaltar que essa política habitacional mantém o padrão de segregação socioespacial, pois os grandes conjuntos habitacionais são construídos, via de regra, em áreas periféricas onde a terra é mais barata. Como o Programa dá o poder de decisão aos agentes privados sobre a loca-

² In: Declaración de Estambul sobre los Asentamientos Humanos. Disponível em: [URL=/un/habitat/agenda/espanol/ist-decs.html](http://unhabitat/agenda/espanol/ist-decs.html) Acesso em: 11 mai. 2000.

lização e o desenho do projeto, os empreendimentos do Programa Minha Casa Minha Vida localizam-se nas franjas urbanas, recuando a divisão territorial entre ricos e pobres. (Idem, 2015).

Segundo Rolnik (2015, p. 314),

Apesar dos muitos bilhões de reais em subsídios públicos, o programa MCMV não impacta a segregação urbana existente. Pelo contrário, apenas a reforça, produzindo novas manchas urbanas monofuncionais ou aumentando a densidade populacional de zonas guetificadas já existentes. A intensa produção de moradia sem cidade ao longo das décadas de urbanização intensa acabou por gerar ampla segregação e uma série de problemas sociais que trouxeram ônus significativos para o poder público nas décadas seguintes, fenômeno que está se repetindo novamente. (ROLNIK, 2015, p. 314).

No Brasil, nos últimos anos, sob o discurso da efetivação do direito à moradia, está ocorrendo a gentrificação de nossas cidades e a exclusão socioterritorial dos mais pobres. (FERREIRA, 2011). Esses processos de destruição criativa (HARVEY, 2014, p. 49) “acabam por atingir as camadas mais hipossuficientes da população brasileira”.

Nesse sentido, Rolnik (2016, p. 02) aborda a falta de efetividade do direito à moradia:

A ideia de implantar programas habitacionais massivos de construção de moradias, em nome da ideia de fazer moradias de interesse social, foi implantada mundialmente nas últimas décadas, com resultados muito parecidos. Se você for ao México hoje, na região metropolitana do Distrito Federal, encontrará milhões de casas vazias. Se você for a China, encontrará milhões de casas e apartamentos vazios. Ao mesmo tempo, encontrará muita gente sem um lugar para morar ou vivendo em assentamentos informais construídos pelas próprias pessoas, o que está aumentando cada vez mais. Esse é um fenômeno mundial, especialmente nos países do Sul global, na

América Latina, na África e na Ásia. **Nestas regiões encontramos essa contradição, uma espécie de descolamento entre o processo de produção do espaço construído e as necessidades das pessoas. Essas duas dimensões tornaram-se coisas completamente independentes, como se fazer cidades não tivesse como objetivo principal satisfazer as necessidades das pessoas.** (Grifo nosso).

(...)

Nosso problema no Brasil não é déficit de moradia. Isso é uma falácia. Nós temos um problema de déficit de cidade. Não temos produção de cidade suficiente para acolher a totalidade das pessoas. Quando você faz um programa de produção em massa de casas sem ter a produção de cidade embaixo dela, você acaba gerando os problemas que foram gerados no Chile e no México, por exemplo, e que estão começando a ser gerados aqui no Brasil com a produção massiva do Minha Casa, Minha Vida faixa um, na extrema periferia.

(...)

Há muitos territórios populares autoconstruídos que têm plenas condições de permanecer onde estão e melhorar infinitamente a condição urbanística das pessoas que vivem ali. Precisamos de um programa para urbanizar esses assentamentos. Estou falando de uma gama de programas. **Nenhum modelo único vai atender a quantidade diversificada de demandas que nós temos. A solução não é uma solução, mas são muitas.** (Grifo nosso).

A configuração de nossas cidades reflete um padrão de produção do espaço urbano excludente e o Estado brasileiro tem grande responsabilidade pela forma de regulamentação do uso e do acesso ao solo urbano. Quanto menos democrático o acesso ao solo urbano, menor parcela da sociedade tem acesso ao direito à cidade.

O que constatamos é que o Programa Minha Casa Minha Vida é um exemplo marcante dos efeitos do modelo de produção capitalista, em que a supervalorização da terra acaba por restringir o acesso à moradia digna para todos. Com o crescimento

econômico, temos a reprodução da desigualdade social em nossas cidades e a manutenção da pobreza, tendo o Estado um papel imprescindível e condescendente para a manutenção da segregação socioespacial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de o Texto constitucional ter incorporado o princípio da função social da propriedade e o princípio da função social da cidade, apesar do reconhecimento do direito à moradia como um bem social, a crise urbana brasileira revela o modelo predatório de implementação de políticas habitacionais e, por consequência, de produção de cidades. Trata-se de um modelo excludente, um modelo de expansão urbana perverso que potencializa e consolida, ainda mais, a desigualdade em nosso país.

Apesar de termos um conjunto normativo que viabiliza a implementação de políticas habitacionais e de regularização fundiária para que sejam asseguradas a posse e o direito à moradia, infelizmente, nem o direito à moradia nem o direito à cidade são direitos que, de fato, estão refletidos nas atuais políticas habitacionais.

Acreditamos que as análises de Marx, Harvey, Bensaïd, Sandel e Rolnik são fundamentais para o debate. Decerto, o capitalismo faz tudo virar mercadoria.

O dinheiro está controlando nossas cidades e nossas fronteiras. Por meio da destruição criativa, o modelo capitalista econômico transnacional está implodindo nossas fronteiras e, por consequência, nossas cidades. Estamos assistindo a remoções sistemáticas de assentamentos informais para dar lugar ao capital, para dar lugar a grandes projetos, a grandes empreendimentos imobiliários.

Estamos assistindo ao processo global de financeirização da moradia por meio de uma política pública estatal. A moradia deixa de ser um direito, esculpido na Carta constitucional e torna-se “mercadoria” acessível apenas àqueles que possuem renda.

O Estado brasileiro, de mãos dadas com o capital, sob o discurso da efetivação do direito à moradia, tem impulsionado a gentrificação de nossas cidades e a exclusão socioterritorial dos mais pobres.

Os efeitos nefastos dessa política que amputam o sentido de cidadania e o verdadeiro valor do princípio da igualdade são diversos, contudo, apontamos a exclusão do debate público de questões que não têm preço, vez que estamos assistindo à “precificação” de valores intangíveis, como centralidade, habitações seguras e dignas, mobilidade e acessibilidade em nossas cidades.

O planejamento para o ordenamento territorial é a única possibilidade para o enfrentamento da polarização social, pois a pobreza, a desigualdade, a exclusão territorial, política e econômica são decorrentes das distintas formas de apropriação do espaço. Precisamos nos apoderar dos instrumentos jurídicos e do planejamento urbano como ferramentas para pensar cidades mais sustentáveis e conduzir, crítica e urgentemente, o planejamento urbano. Precisamos nos apropriar dos instrumentos jurídicos para a transformação qualitativa de nossos espaços de vida.

Precisamos urgente e criticamente conduzir o processo social de ocupação do território por meio do planejamento democrático como forma de enfrentamento da exclusão social. E para isso, o Estado precisa de transformação, de profunda mudança nas práticas políticas que fortaleçam o modelo de produção e expansão urbana desigual, intolerante e violento de nossas cidades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, Ulrich. *La democracia y sus enemigos*. Barcelona: Paidós, 2000.

_____. *Un nuevo mundo feliz: la precariedad del trabajo en la era de la globalización*. Barcelona: Paidós, 2000.

BENSAÏD, Daniel. *Marx, manual de instruções*. São Paulo: Boitempo, 2013.

BRASIL. Constituição. *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: 01 out. 2015.

_____. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 24 jan. 2017.

CASTEL, Robert. *A discriminação negativa: cidadãos ou autóctones?* Petrópolis: Vozes, 2008.

COSTA, Rogério H. da; PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. *A nova desordem mundial*. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

CUNHA, D Jason. *Globalização e ordem jurídica: o dilema da cidadania nos Estados periféricos*. ESMAPE, Recife, v.3, n.7, p. 151-188, jan./jun. 1998.

DAVIS, Mike. *Planeta favela*. São Paulo: Boitempo, 2006

Declaración de Estambul sobre los Asentamientos Humanos. [URL=/un/habitat/agenda/espanol/ist-decs.html](http://un/habitat/agenda/espanol/ist-decs.html), Acesso em: 11 mai. 2000.

DIAS, Daniella Maria dos Santos. *O espaço na pós-modernidade: a necessária releitura do planejamento e do ordenamento territorial nos espaços urbanos e rurais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. O direito à moradia digna e a eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Eletrônica do CEAF*. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n.1, out. 2011/jan. 2012.

_____. *Democracia urbana: é possível coadunar desenvolvimento sustentável e práticas democráticas nos espaços urbanos no Brasil?* Curitiba: Juruá, 2010.

ENGELS, Friedrich. *Sobre a questão da moradia*. São Paulo: Boitempo, 2015.

FERREIRA, José Sette Whitaker. São Paulo: cidade da intolerância,

ou o urbanismo à brasileira. *Revista de Estudos Avançados*, 2011, v. 25, n. 71, p. 73-88.

HARVEY, David. *A produção capitalista do espaço*. São Paulo: Annablume, 2005.

_____. *Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HERARDI, Tatiana Marcellini. A contribuição do ministério público ao processo de regularização dos assentamentos informais urbanos. Disponível em: https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/326/contribui%C3%A7ao%20mp%20processo%20regulariza%C3%A7ao_Herardi.pdf?sequence=1. Acesso em: 24 jan. 2017.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *La globalización ilustrada. Ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*. Madrid: Dykinson, 2003.

MENDES, Luis. Cidade pós-moderna, gentrificação e a produção social do espaço fragmentado. *Cadernos Metrópole*, V. 13, nº. 26, p. 473-495, Abr. 2013. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/metropole/article/view/14765>. Acesso em: 24 jan. 2017.

ROLNIK, Raquel. *Guerra dos lugares: a colonização da terra e da moradia na era das finanças*. São Paulo: Boitempo, 2015.

_____. Nosso grande problema não é o déficit de moradia, mas sim o déficit de cidade. Disponível em: <http://www.sul21.com.br/jornal/nosso-grande-problema-nao-e-o-deficit-de-moradia-mas-sim-o-deficit-de-cidade/> Acesso em: 19 jul. 2016.

SALDANHA, Evely, Bocardí de Miranda. A atuação do ministério público diante do conflito entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente, nas áreas de preservação permanentes urbanas em Cáceres-MT. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Mestrado Interinstitucional UFPA/UFMT/UNEMAT, 2016.

SANDEL. Michael J. *O que o dinheiro não compra*. Os limites morais do mercado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Milton. *Metamorfoses do espaço habitado*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2008.

_____. *Pensando o espaço do homem*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2007.

SAULEJÚNIOR, Nelson. O direito à moradia como responsabilidade do Estado brasileiro. In: (Coord.). *Direito à cidade: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis*. São Paulo: Max Limonad. 1999, p. 77-78.

SILVEIRA, Denise Prudente de F. Gestão territorial do Distrito Federal: trajetórias e tendências. In: PAVIANI, Aldo (Org.). *Gestão urbana: conflitos e cidadania*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

IMPACTO AMBIENTAL TRANSFRONTEIRIÇO NA PERSPECTIVA DO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL

Dimas Simões Franco Neto¹
Oseias Amaral da Silva²

RESUMO: A poluição é um tema que dadas as suas características deve ser tratada pelo direito internacional público. O fato é que a poluição, como evento ambiental, não respeita os limites das soberanias nacionais, avançando para além das fronteiras da nação de sua origem. Neste sentido, uma regulamentação jurídica que trate da poluição deve necessariamente calcar-se nos instrumentos do direito internacional, tornando o tema da poluição fronteiriça uma questão central do direito internacional ambiental. Os sistemas jurídicos nacionais preveem a obrigação do Estudo Prévio de Impacto Ambiental quando em face do licenciamento ambiental de atividade potencialmente causadora de significativo impacto ambiental. Porém, essas normas nacionais nem sempre são suficientes para solucionar a questão da poluição transfronteiriça, ou do impacto ambiental transfronteiriço que se dá quando os efeitos de um empreendimento estendem-se para outros Estados. Uma solução seria interpretar as normas nacionais à luz dos princípios de direito internacional do meio ambiente. Dessa forma, no presente trabalho vamos analisar os princípios do direito internacional e, ao final, avaliar se existe uma eventual obrigação jurídica de se efetuar um Estudo Prévio de Impacto Ambiental quando, em face do potencial impacto ambiental, vai além das fronteiras do país em que o empreendimento se localiza. Para tanto utilizaremos principalmente os precedentes internacionais do Caso Fundação Trail e o Caso das Papeleiras.

PALAVRAS-CHAVE: Poluição transfronteiriça. Direito internacional do meio ambiente. Estudo prévio de impacto ambiental.

1 Professor Mestre do Departamento de Direito da UNEMAT, Campus de Barra do Bugres.

2 Professor Mestre do Departamento de Direito da UNEMAT, Campus de Barra do Bugres.

ABSTRACT: Pollution is a subject which, given its characteristics, must be dealt with by public international law. The fact is that pollution as an environmental event does not respect the limits of national sovereignties, advancing beyond the borders of the nation of its origin. In this sense, legal regulation dealing with pollution must necessarily be based on the instruments of international law, making the issue of border pollution a central issue in the international environmental law. The national legal systems foresee the obligation of the Prior Environmental Impact Assessment when in face of the environmental licensing of activity potentially causing significant environmental impact. However, these national rules are not always sufficient to solve the issue of transboundary pollution or the transboundary environmental impact that occurs when the effects of an undertaking extend to other States. One solution would be to interpret national rules in the light of the principles of international environmental law. Thus, in the present work we will analyze the principles of international law and at the end evaluate if there is a possible legal obligation to carry out a Prior Environmental Impact Assessment when faced of the potential environmental impact. goes beyond the borders of the country in which the Locates. To do so, we will mainly use the international precedents of the Trail Smelter Case and the Pulp Mills on the River Uruguay.

KEYWORDS: Transboundary pollution. International environmental law. Prior environmental impact assessment.

INTRODUÇÃO

O tema da poluição, em geral, é um tema que, dadas as suas características bastante peculiares, deve ser tratado incontavelmente pelo direito internacional público. O fato é que a poluição, como evento ambiental, não respeita os limites das soberanias nacionais, avançando para além das fronteiras da nação de sua origem. Neste sentido, uma regulamentação jurídica que trate da poluição, para que seja efetiva, deve necessariamente calcar-se nos instrumentos do Direito internacional, tornando o tema da poluição fronteiriça uma questão central do Direito Internacio-

nal Ambiental.

É justamente com a poluição transfronteiriça que o direito internacional do meio ambiente é inaugurado com suas linhas estruturais integralmente presentes. Se até o caso da Fundação Trail (*trail smelter*), haviam algumas manifestações de proteção internacional jurídica de questões ambientais, foi somente após a arbitragem do referido caso, que o Direito Internacional Ambiental teve seu ponto de partida.

O caso da Fundação Trail tratou de uma situação de poluição transfronteiriça que acabou por gerar um conflito entre dois países. Basicamente o que se apresentou no caso da Fundação Trail foi uma situação de poluição transfronteiriça, em que um agente privado canadense causava danos à saúde e ao patrimônio de pessoas localizadas para além das fronteiras do Canadá, pois os efeitos dessa poluição chegavam ainda bastante nocivos em território norte-americano.

O tratado que constituiu a arbitragem estabeleceu algumas questões a serem respondidas pela corte arbitral, sendo que a principal delas tratava da existência ou não da obrigação de a Fundação Trail alterar a sua atuação para evitar danos no lado norte-americano da fronteira e, em caso positivo, quais seriam as normas que regeriam a conduta canadense, bem como a conduta da Fundação Trail. Importante dizer que o tratado determinava a decisão da arbitragem tendo como lei aplicável o Direito internacional público e também as leis norte-americanas.

Esse tratado foi aceito pelo Canadá, pois as suas leis eram mais prejudiciais aos empreendedores da Fundação do que às leis norte-americanas e às do Direito internacional³. Sobre a decisão do Tribunal Arbitral, Stephens (2012, p. 131) faz uma síntese nos seguintes termos:

Como questão preliminar o tribunal decidiu que fosse a questão regida pelo direito doméstico ou pelo direito internacional, os mesmos princípios deveriam ser aplicados na medida em que ambos os

3 Ibidem.

sistemas de direito adotavam a mesma forma de abordagem. O tribunal reconheceu as frequentes afirmações dos publicistas da existência de um dever geral de respeitar os outros Estados e os seus territórios. Todavia, a dificuldade aqui fora definir 'qual *pro subject materiae* é considerada constituinte de um ato nocivo'. Neste ponto específico, o tribunal notou que, apesar de não existir nenhuma decisão prévia de um tribunal internacional referente à poluição do ar, haviam decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos referentes à questão da poluição entre fronteiras federais.

Tendo feito essas considerações sobre os fundamentos jurídicos da decisão, o Tribunal Arbitral resume as obrigações dos Estados para com a integridade de outro Estado limítrofe da seguinte maneira:

[...] dentro dos princípios do estado de direito internacional, bem como do direito dos estados unidos, nenhum [estado] possui o direito de usar ou permitir que se use o seu território de tal maneira que cause prejuízo por meio de fumaça no território de outro Estado ou na propriedade ou pessoas que lá se encontrem, quando houverem sérias consequências e o dano seja estabelecido por uma evidência clara e convincente⁴.

Esse trecho da decisão arbitral se tornou bastante importante, tendo sido considerado um marco essencial do Direito Internacional Ambiental (SOARES, 2003), criando um dever ao Estado para não causar danos ao meio ambiente de outro Estado e que, como veremos, tratou de repercutir até mesmo nos tratados internacionais ambientais contemporâneos.

No caso específico da arbitragem da Fundação Trail, o Tribunal Arbitral julgou o Canadá responsável internacionalmente pela conduta da Fundação Trail e determinou que a Fundação parasse de causar danos ao Estado de Washington por meio da

⁴ TRAIL SMELTER ARBITRAL TRIBUNAL. *Decisioin reported on april, 16. Washington, 1938, p. 1965.* Tradução nossa.

fumaça exalada.

O legado principal deste laudo arbitral é que pela primeira vez ficou expresso, em um julgamento internacional, a obrigação de o Estado não atuar em seu território de maneira a causar dano a outro. É certo que o caso tratou somente de poluição atmosférica, mas o princípio que se cristalizou ali serviu como guia para futuras normas internacionais.

Para o tema do EIA internacional, esta decisão possui relevância na medida em que o EIA internacional busca justamente prevenir a ocorrência de eventual dano ecológico ao meio ambiente do Estado limítrofe ou próximo ao Estado de origem do empreendimento.

Assim, podemos dizer que uma eventual obrigação de promover o EIA internacional, deriva-se, ao menos, da parte do dever de os Estados não prejudicarem o meio ambiente dos países vizinhos, que é exatamente o tópico sobre o qual inova o caso da Fundação Trail.

A influência desta decisão, como dissemos acima, pôde ser sentida décadas depois da Declaração de Estocolmo de 1972, que faz uma ponderação entre os limites da soberania em face à obrigação de não causar danos a outros Estados, de maneira claramente inspirada na decisão do Tribunal Arbitral. Vejamos o texto da Declaração em seu princípio 21:

Em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos em aplicação de sua própria política ambiental e a obrigação de assegurar-se de que as atividades que se levem a cabo, dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda jurisdição nacional.

Além disso, esta mesma influência pôde ser sentida duas décadas após Estocolmo, conforme o artigo 2º da Declaração do Rio em 1992, que também vem no sentido de determinar aos Es-

tados, que atuam sobre o meio ambiente de suas jurisdições de maneira tal, não prejudiquem o meio ambiente de outros países. Ainda hoje é difícil encontrar uma solução para o conflito natural que existe entre a soberania nacional para a utilização de recursos naturais e o dever de não causar danos ao meio ambiente de outros países (SCHRIJVER, 2008), problema para o qual o EIA internacional se apresenta como uma das formas de solução possíveis. O precedente do caso Fundação Trail representa uma primeira forma de tratamento e enfrentamento da questão.

A decisão e, principalmente, o seu núcleo transcrito acima se referem especificamente à poluição atmosférica, todavia a forma abrangente dos termos adotados pelo tribunal serviu para que o fundamento se prestasse a orientar o entendimento para outras formas de poluição e impacto transfronteiriço. (STEPHENS, 2009).

Como uma primeira linha de regulamentação de impactos transfronteiriços, podemos perceber que o tribunal não coibiu qualquer forma de impactos externos, mas sim os impactos que possuíssem “sérias consequências”.

Esta determinação nos importa para a compreensão do EIA internacional, pois traz uma questão importante sobre se o Estado está proibido de causar ou permitir que se cause qualquer espécie de dano ambiental internacional ou somente um dano significativo, ou seja, de uma magnitude maior ao meio ambiente de outro Estado, trataremos disso mais adiante.

O recente caso das papeleiras (*Case concerning pulp Mills on the river uruguay*) trouxe novamente essa discussão. A situação fática, que deu início ao conflito entre a Argentina e o Uruguai, iniciou-se com a construção de uma usina de celulose na margem uruguaia do rio Uruguai. Tal construção seria feita pela empresa Botnia S.A.

Em resumo, sustentou a demandante (Argentina) que o Uruguai havia violado os termos do Estatuto do Rio Uruguai, tratado firmado entre as partes no ano de 1975. A violação seria procedimental devido à falta de notificação hábil, nos termos do art. 7º do tratado, à Comissão Administradora do Rio Uruguai, bem como à Argentina (parágrafos 71 a 158 da sentença de 20 de abril

da CIJ).

Além disso, haveria, ainda, uma violação substancial, por parte do Uruguai, concernente à efetiva manutenção de um nível adequado da qualidade da água do Rio Uruguai (parágrafos 159 a 266 da sentença).

Por fim, a demandante também questionava a eventual agressão do demandado à qualidade ambiental do Rio Uruguai (artigo 41 do Tratado do Rio Uruguai de 1975), em face da construção da fábrica (parágrafos 190 a 202 da sentença).

A sentença, bem como os memoriais e as manifestações das partes, no caso, podem ser analisados das mais diversas maneiras, demonstrando as suas implicações nos variados institutos do Direito Internacional do Meio Ambiente (dever de informação, dever de prevenção, dever de cooperação, responsabilidade por violação de obrigação internacional, direito dos tratados, dentre outros).

Inicialmente, a Argentina requereu uma medida provisional no sentido de suspender a construção da fábrica, sustentando que

a construção e o funcionamento da usina de papel certamente causariam e seriam suscetíveis de causar danos ao meio ambiente natural de maneira irreversível por causa do impacto potencial sobre todo ecossistema do rio Uruguai e a qualidade de suas águas. (CIJ, 2006).

Em que pesem as argumentações expendidas, a CIJ entendeu que nada indicava que a construção da fábrica implicaria um risco iminente de dano irreparável. (CIJ, 2006). Nesta decisão referente à medida provisional, o Juiz Vinuesa, em dissonância com a maioria, demonstrou em seu voto-dissidente que, à medida que a Argentina tivesse provado que a autorização de funcionamento da fábrica teria gerado um risco razoável de dano ao meio ambiente, era necessário a aplicação do princípio da precaução, o qual, na sua opinião, “não se trata de uma abstração acadêmica ou um

desejável elemento de *soft law*, mas uma regra de direito dentro do direito internacional geral, na maneira como ele é entendido atualmente.” (CIJ, 2006).

Em seguida, houve a apresentação dos memoriais, oportunidade na qual, novamente, a Argentina evoca o princípio da precaução, pelo qual se deve “levar em conta os riscos incertos na concepção, elaboração e execução de qualquer projeto ou qualquer uso relativo às águas do rio Uruguai e a sua zona de influência”. (CIJ, 2007). Nos contra-memoriais, o Uruguai indica que a Argentina não teria comprovado a presença de riscos ao meio ambiente a ponto de se aplicar o princípio da precaução. (Idem).

O princípio é novamente invocado em nova manifestação da demandante, indicando a obrigação de o Uruguai tê-la informado, antecipadamente, sobre os riscos, mesmo que em potencial, da construção da usina. Ademais, sustentou-se ainda que à Corte caberia a leitura do Tratado do Rio Uruguai de 1975 à luz do direito internacional atual, ou seja, incorporando-se ao princípio da precaução. (CIJ, 2008). Na sua resposta, o Uruguai, novamente, indica que não se apresentou nenhuma evidência concreta de riscos ao meio ambiente que justificasse a aplicação do princípio da precaução. (CIJ, 2008).

Destarte, tendo as duas partes apresentados seus argumentos, a CIJ finalmente proferiu uma sentença em 20 de abril de 2010. Em suma, a Corte entendeu que houve sim uma violação ao Tratado do Rio Uruguai de 1975, mas, tão somente, no seu aspecto processual, ou seja, no dever de o Uruguai informar e atuar conjuntamente com a Argentina na liberação do projeto da usina de papel.

A Corte indicou, porém, que não houve uma violação substancial do tratado, ou seja, o Uruguai não teria, efetivamente, atuado no sentido de prejudicar o uso das águas do Rio Uruguai, isto é, em nenhum momento teria prejudicado substancialmente as águas, ou a possível utilização do Rio Uruguai para outros fins. Finalizando, a Corte considerou legítima a atuação do Uruguai no que tange à questão ambiental, sustentando não ter havido, por

parte do Uruguai, nenhuma agressão efetiva ao ecossistema, nem sequer ameaça.

Cumprir dizer que a CIJ não aplicou ao caso, a despeito de ter sido objeto de farta e robusta argumentação, o princípio da precaução. A linguagem e os fundamentos utilizados na sentença denotam um total afastamento do princípio da precaução e dos seus efeitos sobre o caso concreto. Todavia, a CIJ tratou do dever de prevenir danos ambientais para além das fronteiras, bem como tratou do EIA como instrumento para concretizar esse dever.

Nota-se que quando a Corte, *in casu*, analisou os eventuais danos ambientais da construção da fábrica, analisou questões como o impacto da descarga de diversas substâncias tóxicas (fósforo, substâncias felônicas, nonifenols e dióxidos) na oxigenação da água e sua conseqüente poluição, bem como todos os efeitos sobre a diversidade biológica. Não obstante, a demandante ter argumentado no sentido do risco de tais eventos ao meio ambiente do Rio Uruguai, a CIJ (2010 p.91) decidiu que:

265. Se apreende do acima exposto que não existe evidências conclusivas nos autos que demonstrem que o Uruguai não tenha agido com o grau de diligência adequada ou que as descargas de efluentes da Orion (Botnia) usina possuam efeitos deletérios ou causaram danos aos recursos vivos ou à qualidade da água ou ao equilíbrio ecológico do rio desde o início das operações em novembro de 2007.

A Corte entende que a falta de “evidências conclusivas” de um dano ambiental não permite que a mesma determine a paralisação das atividades da fábrica. Ocorre que uma interpretação, à luz do princípio da precaução, não exige a evidência conclusiva, mas sim um indício de risco.

Criticando a decisão, temos o voto do Juiz Cançado Trindade (CIJ, 2010. p. 166), para quem,

113. Não apenas a CIJ não tomou conhecimento, não afirmou, a existência dos dois princípios [prevenção

e precaução], não os elaborou, deixando passar então uma ocasião única nesta seara do Direito Internacional contemporâneo. O fato de que a Corte silenciou sobre eles não significa que estes princípios, da prevenção e da precaução, não existam. Eles existem sim, e se aplicam, e são, em minha opinião, da maior importância, como parte do *jus necessarium*. Difícilmente nos podemos falar sobre o Direito Internacional do Meio Ambiente atualmente sem estes dois princípios. A Corte teve uma oportunidade única, nas circunstâncias do caso da *Pulp Mills* [papeleiras] para reclamar a aplicação da prevenção bem como da precaução; ela, infelizmente, preferiu não fazê-lo, por motivos que vão além, e escapam da minha compreensão.

Em outro ponto da decisão, a CIJ resolve a questão referente à inversão do ônus da prova, requerida pela Argentina, em função da aplicação do princípio da precaução (parágrafos 160 à 168 da sentença). A Corte, novamente, afasta a aplicação do princípio da precaução, e não promove a inversão do ônus de provar, aplicando, portanto, a consagrada regra processual do *onus probandi incumbit actori*, ou seja, de que ao autor cabe a prova do alegado.

A CIJ, não versando sobre o tema, deixou à margem a questão de definir se o princípio da precaução possuiria o *status* de costume internacional, ou de princípio geral de direito, não promovendo avanços nesta discussão. (ANTON, 2010).

Essa ideia compreendida no seio do julgamento da questão arbitral, qual seja, a de que um Estado não poderá atuar em seu território de maneira a causar dano no meio ambiente de outro Estado, influenciou decisivamente para o surgimento dos princípios do Direito Internacional do Meio Ambiente, os quais veremos abaixo. Porém, antes deles, veremos um pouco sobre o estudo prévio de impacto ambiental no Direito doméstico.

O EIA no direito doméstico

As legislações dos países preveem mecanismos de contro-

le prévio do impacto de atividades potencialmente causadoras de dano ambiental. No Brasil, por exemplo, o EIA é conceituado por Taldem Farias (FARIAS, 2013. p. 68) como:

A avaliação de impacto ambiental é um instrumento de defesa do meio ambiente, constituído por um conjunto de procedimentos técnicos e administrativos que visam à realização da análise sistemática dos impactos ambientais da instalação ou operação de uma atividade e suas diversas alternativas, com a finalidade de embasar as decisões quanto ao seu licenciamento.

Nesse sentido, a norma que trata do assunto prevê que o EIA é, então, uma espécie de licenciamento ambiental. Em outras palavras, não é todo o licenciamento ambiental que será sujeito à obrigatoriedade do EIA. Vejamos o texto constitucional sobre o assunto:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

A principal norma infraconstitucional que versa o tema é a Resolução nº. 01/86 do Conama, que trata da competência para o licenciamento, bem como traz alguns requisitos para o mesmo. Pela clareza da norma, vale a transcrição de alguns dos seus dispositivos. O artigo 6º, por exemplo, trata dos requisitos mínimos para o estudo:

Artigo 6º - O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:

I - Diagnóstico ambiental da área de influência do

projeto, completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando:

a) o meio físico - o subsolo, as águas, o ar e o clima, destacando os recursos minerais, a topografia, os tipos e aptidões do solo, os corpos d'água, o regime hidrológico, as correntes marinhas, as correntes atmosféricas;

b) o meio biológico e os ecossistemas naturais - a fauna e a flora, destacando as espécies indicadoras da qualidade ambiental, de valor científico e econômico, raras e ameaçadas de extinção e as áreas de preservação permanente;

c) o meio sócio-econômico - o uso e ocupação do solo, os usos da água e a sócio-economia, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos.

II - Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais.

III - Definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas.

IV - Elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento (os impactos positivos e negativos, indicando os fatores e parâmetros a serem considerados).

Parágrafo Único - Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental ao órgão estadual competente; ou o IBAMA, ou quando couber, o Município fornecerá as instruções adicionais que se fizerem necessárias, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área.

Também o Direito francês exige dos empreendimentos que façam o estudo prévio antes da sua operação. Explicando o sistema francês, Yamaguchi e Souza (2011, p. 17) pontuam que

Para Bessa (2008), a legislação francesa adota o princípio de que toda obra deve ser, previamente submetida a um estudo de impacto. A Administração, em respeito ao princípio, estabelece uma lista negativa (observe-se que o sistema francês de avaliação de impactos ambientais funciona com uma lista positiva - necessidade do EIA - e uma lista negativa - desnecessidade do EIA), isto é, classifica algumas obras que não precisarão passar pelo prévio estudo de impacto.

Também o Direito norte-americano possui previsão semelhante. A norma norte-americana possui semelhança com a nacional, em verdade, a norma brasileira, em certa medida, se inspira nas regras do Estados Unidos. Tratando do assunto, vejamos a lição de Amoy (2006, p. 607):

O Estudo de Impacto Ambiental - EIA - teve início nos estudos do Prof. Lynton Caldwell, nos EUA, onde foram expressos no National Environmental Police Act (NEPA), de 1969, que estabeleceu os objetivos e princípios da política ambiental americana. Aquela lei determinou ainda que todas as propostas de legislação, ações e projetos federais que afetassem significativamente a qualidade do meio ambiente incluíssem uma detalhada avaliação ambiental. 44A NEPA é uma lei fundamental para o Direito Ambiental dos diversos Estados norte-americanos,

dos quais 18 já adotam “miniNEPAs”, e de diversos países, pois tem servido de inspiração para muitas legislações nacionais, inclusive a brasileira.

Vimos por meio dos exemplos acima que os estados nacionais possuem normas mais ou menos rigorosas quanto à necessidade de EIA. Ocorre que não tratam da eventualidade de o impacto ambiental avançar para além das fronteiras nacionais.

No próximo tópico vamos analisar brevemente algumas interpretações das normas nacionais brasileiras à luz dos princípios do Direito Internacional do Meio Ambiente, tendo em conta uma possível obrigação de produzir-se EIA quando do impacto transfronteiriço.

A poluição transfronteiriça e o dever de prevenir os impactos em âmbito externo à luz dos princípios do direito internacional do meio ambiente

A decisão no Caso das Papeleiras tratou de maneira inconclusiva o dever de efetivar o EIA nos casos de poluição transfronteiriça. Vamos ao trecho da decisão (CIJ, 2010, p. 83):

Nesse sentido, a obrigação de proteger e preservar, nos termos do artigo 41 (a) Do Estatuto, deve ser interpretado de acordo com uma prática que nos últimos anos ganhou tanta aceitação entre os Estados, que pode ser considerado um requisito⁵ do direito internacional geral de uma avaliação de impacto ambiental sempre que exista o risco de a atividade industrial proposta ter um impacto adverso significativo em um contexto transfronteiriço, em particular, sobre um recurso partilhado. Além disso, a devida diligência e o dever de vigilância e prevenção que implica, não seriam considerados como tendo sido

⁵ No original, a expressão é a seguinte: “has to be interpreted in accordance with a practice, which in recent years has gained so much acceptance among States that it may now be considered a requirement under general international law to undertake an environmental impact assessment where there is a risk that the proposed industrial activity may have a significant adverse impact in a transboundary context, in particular, on a shared resource.” O termo “requisite”, no original “requirement”, pode ser traduzido também por “exigência”.

exercido, se uma parte que as obras susceptíveis de afectar o regime do rio ou a qualidade das suas águas não procedeu a uma avaliação do impacto ambiental do potencial efeito de tais obras.

205. A Corte observa que nem o Estatuto de 1975 nem o Estatuto Direito internacional especificam o âmbito e o conteúdo de um estudo prévio de impacto ambiental. Cumpre salientar, além disso, que a Argentina e o Uruguai não são partes na Convenção de Espoo. Por último, o Tribunal observa que o outro instrumento a que a Argentina se refere em apoio dos seus argumentos, nomeadamente os Objetivos e Princípios do PNUA, não vinculam as Partes, mas, como diretrizes emitidas por um órgão técnico internacional, devem ser tomadas em consideração pelas partes em conformidade com o artigo 41.º, *alínea a*), na adopção de medidas no âmbito do seu quadro regulamentar nacional. Além disso, este instrumento apenas prevê que os “efeitos ambientais em um EIA devem ser avaliados com um grau de detalhe proporcional ao seu provável impacto ambiental” (Princípio 5), sem dar qualquer indicação dos componentes mínimos dessa avaliação. Consequentemente, é a opinião da Corte de que compete a cada Estado determinar, na sua legislação nacional ou no processo de autorização do projeto, o conteúdo da avaliação de impacto ambiental exigida em cada caso, tendo em conta a natureza e a magnitude do projeto proposto bem como o possível impacto adverso no ambiente, bem como a necessidade de efetuar nessa avaliação toda a diligência possível. O tribunal considera também que uma avaliação do impacto ambiental deve ser conduzida antes da implementação de um projeto. Além disso, uma vez iniciada e, sempre que necessário, durante toda a vida útil do Projeto, deve ser empreendido o contínuo monitoramento dos seus efeitos no ambiente.

Sabemos que as fontes do Direito internacional são aquelas discriminadas no artigo 38 do estatuto da CIJ, quais sejam, simplificadaamente, as convenções, os princípios gerais de direito e o costume internacional.

A decisão da CIJ não deixa claro se essa obrigação seria

oriunda de um princípio (talvez princípio da prevenção) ou de um costume. Não é possível avaliar, pelo texto da decisão, o caráter jurídico da obrigação de promover o EIA no direito internacional.

No Direito brasileiro também não temos nenhuma norma que trate do assunto. Porém, poderíamos buscar fundamento normativo para essa obrigação, por exemplo, no artigo 4, inciso X, da Constituição Federal de 88, que prevê o princípio das relações internacionais: a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”.

Porém, se por um lado, é possível falarmos de uma obrigação de evitar danos à nação estrangeira, por causa ambiental em território doméstico, como sendo um princípio de Direito Internacional do Meio Ambiente, qual seja, o princípio da prevenção (SANDS, 2003), não podemos avançar, para concluirmos, que derivaria desse dever a obrigação de efetuar o EIA.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caso das papeleiras demonstra que a questão da poluição transfronteiriça e o dever de preveni-la continuam no centro dos conflitos ambientais internacionais. Ainda que não seja possível falarmos em uma obrigação jurídica de promover o EIA em face da poluição transfronteiriça, também já não se pode falar em uma total ausência de responsabilidade do Estado quanto a danos para além de suas fronteiras.

A questão somente ficará mais delineada em seus aspectos jurídicos com os avanços dos casos e da doutrina especializada, devendo o jurista ficar atento, em especial, aos desdobramentos relacionados às consequências da decisão da CIJ no caso *Pulp Mills* (papeleiras).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS CONSULTADAS E CITADAS

AMOY, Rodrigo de Aleida. Princípio da precaução e estudo de impacto ambiental no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano VII, n. 8, Jun., 2006.

AYALA, Patryck de Araújo. *Processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.

BEGON, Michael. HARPER, John L. e TOWNSEND, Colin R. *Fundamentos em ecologia*. 2. ed. Artmed: Porto Alegre, 2006.

BESSA, Paulo Antunes. *Direito ambiental*. 11. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

BIRNIE, Patricia. BOYLE, Alan. REDGWELL, Catharine. *International law and the environment*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

BODANSKY, Daniel. Customary (and not so customary) international environmental law. *Indiana journal of global legal studies*. V. 3. Iss. 1. Indiana University: Indiana, 1995.

BOTELHO, Tiago Resende. Uma análise da convenção da Basiléia sobre os movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Org.). *Novo direito internacional do meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2011.

BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CARTER, Barry. E, TRIMBLE, Phillip. R. e WEINER, Allen S. *International law*. New York: Aspen Publishers, 2007.

CAUBER, Christian G. *A água doce nas relações internacionais*. Barueri: Manole, 2006.

CIJ. Case concerning the Gabickovo-Nagymarus Project. (Hungary vs. Slovakia). *Sentença de 25 de Setembro de 1997*.

CIJ. Case concerning pulp Mills on the river Urugay (Argentina vs Uruguay). *Decisão de 20 de abril de 2010*.

CIJ. Case concerning pulp Mills on the river Urugay (Argentina vs Uruguay). *Decisão de 20 de abril de 2010*. Voto dissidente Cançado Trindade.

CIJ. Caso dos Testes Nucleares. Australia v. França. *Opinião Dissidente Juiz de Castro*. 1974, p. 389.

CRAIK, Neil. *The international law of environmental impact assessment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

FARIAS, Taldem. *Licenciamento ambiental*. 4. ed. Belo Horizonte, Juspodium. 2013.

GALVÃO, Silvano Macedo. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *A proteção internacional do meio ambiente no tratado de cooperação amazônica*. V. 909. São Paulo: RT, 2011.

GRIFFITHS, Martin. O'CALLAGHAN, Terry. *International relations: key concepts*. New York: Routledge, 2002.

HALL, Noah D. Transboundary pollution: harmonizing international and domestic law. *Michigan Journal University of Michigan Journal of Law Reform*. V. 40, 2007.

HOLDER, Jane. *Environmental assessment*. Oxford Press: Oxford, 2004.

HUBIN, Clayton. *Justice to future generations*. Philosophy & public affairs. V. 6. N. 1 (Autumn, 1976).

HUNTER, David; SALZMAN, James; ZAELKE, Durwood. *International environmental law and policy*. New York: Foundation Press, 2007.

KNOX, John H. Assessing the candidates for a global treaty on transboundary environmental impact assessment. *N.Y. Environmental law journal*. V. 12, 2004.

_____ . Myth and reality of transboundary environmental

impact assessment. *AJIL*. V. 96. N. 2 (Apr. 2002).

KOIVURA, Timo. Transboundary environmental impact assessment in international law. In: KOIVURA, Timo; MARDEN, Simon (Ed.). *Transboundary environmental impact assessment in the European union*. Earthscan: London, 2011.

LOUKA, Elli. *International environmental law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 18. ed. Malheiros: São Paulo, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direito dos tratados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MILLER, G. Tyler. *Ciência ambiental*. 11. ed. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

O'NEALL, Kate. *The environment and international relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

ONU. Yearbook of the International Law Commission (2001). Vol II. Part. II. *Draft articles on prevention of transboundary harm from hazardous activities with commentaries*.

SAND, Peter H. International environmental law after Rio. In: *European Journal of International Law*, 1993, p. 377-389.

SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

_____. *International courts and the application of the concept of 'sustainable development'*. Max Planck. UNYB. 3. 1999.

SCHRIJVER, Nico. *Sovereignty over natural resources*. Cambridge:

Cambridge University Press, 2008.

SHAW, Malcon N. *International law*. 5. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SHELTON, Dinah e KISS, Alexandre. *Guide to international environmental law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

SILVA, Solange Teles da. *O direito ambiental internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SIMÕES, Dimas. Direito internacional do meio ambiente: surgimento, emergência e amadurecimento. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Org.). *O novo direito internacional do meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2011.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

STEPHENS, Tim. *International courts and environmental protection*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

YAMAGUCHI, Taylla Evellyn. SOUZA, Mauro Cesar Martins. França: a construção do direito ambiental em um país desenvolvido. *Revista Topos*. V. 5, n. 2, 2011.

JULGAMENTO INDÍGENA DE CONFLITOS INTERNOS RECONHECIDO PELO DIREITO ESTATAL NA PERSPECTIVA DO PLURALISMO JURÍDICO

Eliel Alves Camerini Silva¹
Luciana Stephani Silva Iocca²

RESUMO: O presente artigo explora a garantia legal constitucional do processo jurídico criminal indígena, concebida pela Constituição Federal Brasileira e pela Organização Internacional do Trabalho e legislações afins e de seu reconhecimento pelo Estado por meio da Sentença proferida pela Comarca de Bonfim/RO, nos autos de nº 0090.10.000302-0, e mantida pela turma recursal. Ao seguir os moldes do neoconstitucionalismo latino-americano, aponta o direito indígena como um direito autônomo, dotado de alteridade e com *jus puniendi* próprio sem grau de hierarquia com o *jus puniendi* do Estado-juiz. Tal reconhecimento insurge também na valorização de um Estado multicultural, com diferentes sistemas jurídicos próprios e válidos no respectivo âmbito jurisdicional, dentro do território brasileiro, tido como pluralismo jurídico, capaz de influenciar o Direito Estatal, seja na sua criação, interpretação e aplicação. Compreender a existência de pluralismo é conhecer o direito indígena enquanto direito comparado, surgindo a possibilidade de aprofundar o conhecimento dos sistemas jurídicos, aprimorando o direito nacional, e aproximando os povos através do respeito de suas identidades culturais, tema este pouco abordado pela doutrina jurídica brasileira e nas academias jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Indígena. Reconhecimento Estatal. Multiculturalismo.

1 Acadêmico do Curso de Direito da UNEMAT. Cáceres/MT. elielcamerini@gmail.com.

2 Professora Mestre do Departamento de Direito da UNEMAT. Cáceres/MT. lucianaiocca@gmail.com.

ABSTRACT: This article explores a Constitutional legal warranty of the indigenous criminal legal process, conceived by the Brazilian Federal Constitution and by the International Labour Organization and related legislation and its recognition by the State by means of the judgment pronounced by the district of Bonfim, Rondônia, Brazil, records number 0090.10.000302-0, and maintained by the recursal class. By following the molds of Latin American Neoconstitutionalism points to indigenous law as an autonomous right, full of alterity and with own *jus puniendi* without degree of hierarchy with State-judge's *jus puniendi*. Such recognition also insists on the appreciation of a multicultural State, composed by different legal systems of their own and valid in the judicial sphere, within the Brazilian territory, understood as legal pluralism, able to influencing State Law, whether in its creation, interpretation and application. To understand the existence of pluralism is to know the Indigenous Law as protected right, arising the possibility of deepening the knowledge of legal systems, improving national law and approaching people through the respect of their cultural identities, which is not usually addressed by Brazilian legal doctrine and in legal academies.

KEYWORDS: Indigenous Laws. State recognition. Multiculturalism.

INTRODUÇÃO

A partir da Convenção 169 da OIT - Organização Internacional do Trabalho -, da qual o Brasil é signatário, e da própria Constituição Federal de 1988, mudanças políticas e principalmente jurídicas surgiram, no que diz respeito às relações do Estado e da sociedade brasileira com os povos indígenas, tendo em vista o reconhecimento aos povos indígenas de sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e autodeclaração.

Acerca do assunto, o professor Rogério Geraldo Rocco (2015, *online*) tece o seguinte comentário:

Sem dúvida, referida Convenção tem sido utilizada para a proteção de culturas tradicionais, especialmente de indígenas e quilombolas na Amazônia. Mas é um instrumento de consulta que se aplica

quando eventuais projetos ou programas atingirem as suas terras e culturas. **Quanto a seus sistemas jurídicos, o reconhecimento e respeito por parte da cultura hegemônica depende da formalização de um pluralismo jurídico.** (Grifo nosso).

Tais mudanças se caracterizam pela positivação de direitos pluralistas no âmbito da etnicidade, política e cultura dos povos, pautadas na concepção do neocostitucionalismo latino-americano.

Nesse contexto, tão certo de que o direito de um país faz parte do patrimônio nacional, o Tribunal de Justiça de Roraima decidiu, em 18 de dezembro de 2015, a Apelação Criminal nº. 0090.10.000302-0, reconhecendo a jurisdição indígena criminal e, portanto, a materialização do estado pluriétnico.

Tratou-se do caso do crime de homicídio praticado por Denilson Trindade Douglas que, após ingerir bebida alcoólica, desferiu facadas na vítima Alanderson Trindade Douglas, ambos irmãos e membros da mesma tribo, na comunidade indígena do Manoá, terra indígena Manoá-Pium, na Reserva Raposa Serra da Lua, município de Bonfim, Estado de Roraima. O Ministério Público de Roraima ofereceu denúncia com base no art. 121, § 2º, II, do Código Penal Brasileiro. Na defesa, a Procuradoria Federal, responsável pela Seção de Indígenas, alegou a impossibilidade de punir o mesmo fato duas vezes, *bis in idem*, conforme o art. 57 do Estatuto do Índio, haja vista que o crime foi punido conforme os usos e costumes da comunidade indígena, através de decisão das lideranças das comunidades Anauá, Manoá e WaiWai. O Tribunal de Justiça de Roraima deixou de apreciar o mérito, declarando a ausência de in casu do direito de punir estatal.

Entendimento do neoconstitucionalismo latino-americano

As profundas transformações ocorridas no cenário mundial na década de 90, no que diz respeito às relações econômicas, políticas, jurídicas e sociais entre os povos, influenciaram (e influenciam) na construção do neoconstitucionalismo latino-ameri-

cano. (DALMAU, 2009).

Tais mudanças jurídicas se dão na esfera das relações internacionais, concebidas através de um sistema jurídico em forma de redes devido às *múltiplas cadeias normativas*³, como também no âmbito interno de cada Estado, através do implemento de mecanismos que visam efetivar o sistema político adotado.

O neoconstitucionalismo latino-americano surge como uma nova forma de organização jurídico-política, voltada para a construção de um “Estado Democrático de Direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático”, ao institucionalizar, no texto constitucional, a dignidade da pessoa humana e normas de direitos fundamentais, garantias de cunho social sob a proteção jurídica. (BARROSO, 2007).

A autora peruana Raquel Z. Yrigoyen Fajardo (2008, p. 16) identifica que o neoconstitucionalismo, em linha temporal, desenvolveu-se em três ciclos:

I - constitucionalismo multicultural (1982-1988), com a introdução do conceito de diversidade cultural e o reconhecimento de direitos indígenas específicos; II - constitucionalismo pluricultural (1988-2005), com a adoção do conceito de “nação multiétnica” e o desenvolvimento do pluralismo jurídico interno, sendo incorporados vários direitos indígenas ao catálogo de direitos fundamentais; III - constitucionalismo plurinacional (2006-2009), demanda pela criação de um Estado plurinacional e de um pluralismo jurídico igualitário.

Mais recentemente se vê a implantação de um novo modelo, fruto de reivindicações sociais de parcelas historicamente excluídas do processo decisório, notadamente a população indígena – como a promulgação das Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), com práticas de pluralismo igualitário jurisdicional, em que há “convivência de instâncias legais diversas em igual hierarquia: jurisdição ordinária estatal e jurisdição indígena/campo-

3 FARIA, José Eduardo. *Reforma constitucional em período de globalização econômica*. 1997, p. 5.

nesa". (WOLKMER, 2010, p. 11).

Em essência, um novo processo constitucional voltado para o reconhecimento de um Estado plural - plurinacional - que, segundo Dantas (2012), é "baseado no pluralismo jurídico, em que segue um novo regime político pautado na democracia intercultural, participação popular, resguardo a individualidades particulares ou coletivas."

Nesse viés, a Constituição Brasileira de 1988, investida da corrente neoconstitucionalista latino-americana, com o caráter de Constituição Cidadã, passa a reconhecer a identidade pluriétnica do Brasil. Aos indígenas são reconhecidos direitos específicos, bem como a garantia de direitos fundamentais enquanto cidadãos de direito presente no art. 5º da Carta Magna. Como resultado, rompe-se a visão integracionista - assimilacionista -, à época, que entendia os indígenas como categoria social transitória a ser incorporada à comunhão nacional. E passa-se à perspectiva de sujeitos de direitos comuns e específicos, como institucionaliza o Cap. VIII, intitulado "Dos Índios":

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 a 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, 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 à 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. 174, § 3º 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 processo.

Acordantes no Cap. III, Seção II, título “Da Cultura”, os artigos 215 e 216 normatizam o reconhecimento e fortalecimento da identidade dos povos indígenas assegurando o efetivo exercício dos direitos culturais e liberdade de manifestações culturais, bem como a valorização das matrizes históricas. Tem-se, então, o direito indigenista, um conjunto das normas positivas que tratam das

questões indígenas, sejam leis, princípios, ou demais atos normativos, que regem as relações entre índios e não índios.

Por outro lado, o direito indígena ou direito consuetudinário indígena, embora tenha garantia legal para sua manifestação, é tido como “regras postas aos índios nas aldeias, vistas a reger as relações entre indivíduos, famílias, grupos e povos”, e integra a forma de organização e da cultura da comunidade indígena, através das relações ancestrais, com carga moral e cultural. (SILVA, 2005, *online*).

Como bem explana Francisco das Chagas Lima Filho (2007), ao acrescentar que

[...] nas relações de família, casamento, propriedade sucessão e mesmo na questão criminal, existe uma plenitude do direito indígena que se revela através de um sistema jurídico completo com direitos e deveres, normas e sanções, criadas de modo coletivo por toda a comunidade, de acordo com as necessidades do grupo.

A presença de outras fontes de produção jurídica dentro de um Estado, muitas vezes intituladas de direito não-oficial, direito marginal, ou alternativo, é a concepção do pluralismo jurídico. O direito não-oficial tem suas próprias regras que são seguidas e respeitadas por um número considerável de habitantes que o reconhecem como tal, aplicando-o na solução de conflitos. E por vezes, acarretam modificações no direito oficial por via das decisões judiciais. (TAVARES, 2014).

Direito indígena enquanto direito comparado

A presença de variados sistemas jurídicos leva, por vezes, à necessidade de conhecê-los para, eventualmente, aperfeiçoar ou unificar o direito. Certo é que os modelos jurídicos mudam, ininterruptamente por lenta evolução ou por sobreposição global, ocorrendo mutações – originais ou imitações. (SACCO, 2001).

Eis que se faz necessário o uso do direito comparado, qual

seja, a contribuição que ele oferece ao possibilitar a verificação das várias maneiras de se organizar institutos jurídicos e de regular relações jurídicas semelhantes, instrumentalizando o funcionamento do ordenamento.

O direito comparado, por vezes, é apresentado como a constatação dos pontos comuns e das divergências existentes em dois ou vários direitos. Contudo, não deve ser visto apenas como o apontamento das diferenças e semelhanças. E sim na perspectiva de conhecer a natureza e evolução histórica das instituições do direito, relacionando as notícias e tradições do passado com o presente. Assim como sua importância na descoberta e formulação dos princípios comuns que regem as relações sociais, bem como a possibilidade de enriquecimento recíproco entre normas jurídicas e, por fim, o fornecimento de bases jurídicas e conclusões científicas, a partir da experiência, com o objetivo de aperfeiçoar o sistema jurídico nacional. (JIMENEZ SERRANO, 2006).

Para explicar essas “multiplicidades” no direito comparado, Ana Lucia de Lyra Tavares, professora de Direito Constitucional Comparado da PUC-Rio, traz as seguintes considerações:

Diversamente do que ocorreu por muito tempo, em que os campos para a comparação jurídica eram selecionados segundo afinidades geopolíticas e ideológicas dos Estados envolvidos, ou de acordo como a similitude de graus de desenvolvimento econômico, ou ainda, em função de raízes culturais comuns, em suma, a comparação do comparável, em nossos dias a prefixação desses campos passou a traduzir um interesse acadêmico e teórico. Isso porque a realidade da globalização impôs relações entre sistemas jurídicos profundamente heterogêneos além de extrapolarem as bases internacionais de relacionamento, chegando-se a patamares supranacionais e até mesmo universais. Assim, se a urgência da compreensão entre os oriundos desses sistemas é ditada, a curto prazo, por interesses de natureza econômica, a longo prazo são exigências mais profundas de compreensão intercultural que devem ser consideradas para que se alcance um entendimento mais vasto. (TAVARES, 2014, *online*).

Em concordância, nota-se que “a ideia de comparação aumenta a compreensão entre os povos e contribui para a coexistência das nações”, uma vez que gera aproximação dos povos pelo respeito de suas identidades culturais. (SACCO, 2001, p. 27).

Na visão do professor Rogério Geraldo Rocco (2005, *online*),

Entretanto, essa definição de grandes sistemas jurídicos caracteriza uma visão hegemônica sobre grupos sociais que, por certo, são diversos, distintos e plurais num mesmo território. É algo próximo do monismo jurídico referido por Lins Mesquita (2012, p. 157), segundo o qual os direitos dos povos tradicionais não seriam senão especificações históricas. É certo que as comunidades indígenas possuem seus sistemas jurídicos e que não guardam muitas semelhanças com os sistemas hegemônicos na proporção de seu distanciamento da cultura dominante. E que o grande dilema contemporâneo reside no desafio de harmonizar os distintos sistemas jurídicos, eis que coincide sua incidência no tempo e no espaço.

De fato, o direito comparado pode gerar efeitos, influenciar na mudança de institutos, como na criação da norma jurídica, ou no campo da hermenêutica através da interpretação das normas jurídicas.

A conjuntura do direito comparado pode produzir mudanças no âmbito jurídico, no entanto, atentam ao direito criado mediante um procedimento artificial, o direito estatal. Em contraposto, o direito tradicional, como o direito indígena, por vezes é ignorado. (SACCO, 2001).

Jurisdição equiparada

Na prática, o direito estatal vem imperando sobre o direito indígena, ao aplicar o direito positivo aos indígenas, negando o direito consuetudinário que advém das práticas sociais e da tradição dos povos indígenas, pondo-o como fonte secundária do direito.

Exigindo que seja compatível com o sistema jurídico nacional.

Paralelo à concepção dogmática no sistema jurídico estatal, o Tribunal de Justiça de Roraima, em decisão inédita no sistema jurídico brasileiro, determinou que o Estado não pode aplicar pena prevista, no Código Penal, a indígena que já foi punido pela própria comunidade.

Ao declarar a ausência de *jus puniendi*, o juiz de primeiro grau suscitou a titularidade dos dois entes – Estado e comunidade indígena – do direito de punir, denominando de *duplo jus puniendi*, garantindo autonomia ao Conselho Indígena à luz do art. 57 do Estatuto do Índio: “Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.” (1973, n.p.).

Em entrelinhas, através dessa interpretação, reconhece que o Estado não é único detentor do poder de julgar e aplicar punição, colocando ambas as jurisdições em igual *status* hierárquico, como acontece em outras Repúblicas latinas, como Bolívia (2009) e Equador (2008).

Conforme documentos acostado às f. 185-187 dos autos do processo em análise, o Conselho Indígena, através de seus usos e costumes, impôs ao indígena as seguintes penalidades:

“1) O índio Denilson deverá sair da Comunidade do Manoá e cumprir pena na Região WaiWai por mais 5 (cinco) anos, com possibilidade de redução conforme seu comportamento;

2) Cumprir o Regimento Interno do Povo WaiWai, respeitando a convivência, o costume, a tradição e moradia junto ao povo WaiWai;

3) Participar de trabalho comunitário;

4) Participar de reuniões e demais eventos desenvolvido pela comunidade;

5) Não comercializar nenhum tipo de produto, peixe ou coisas existentes na comunidade sem permissão da comunidade juntamente com tuxaua;

6) Não desautorizar o tuxaua, cometendo coisas às escondidas sem conhecimento do tuxaua;

7) Ter terra para trabalhar, sempre com conhecimento e na companhia do tuxaua;

8) Aprender a cultura e a língua WaiWai;

9) Se não cumprir o regimento será feita outra reunião e tomar outra decisão.” (2013, p. 224).

Importante destacar alguns trechos da Sentença dos autos nº. 0090.10.000302-0, TJ/RR, proferida pelo Juiz de Direito Aluizio Ferreira Vieira, em 03 de setembro de 2013:

[...] Cabe acentuar que todo o procedimento supramencionado foi realizado sem mencionar em momento algum a legislação estatal, tendo apenas como norte a autoridade que seus usos e costumes lhes confere.

[...] Vê-se, portanto, a potencial condenação e execução de pena por mais de 2 (dois) entes, em tese, titulares do direito de punir o mesmo fato. Insta observar que não se trata de bis in idem, pois os entes detentores do direito de punir são distintos e não apenas o Estado, mas de instituto novo, que poderíamos denominar de “Duplo Jus Puniendi”.

Em razão da situação supramencionada, a Defesa alçou a existência do no bis in idem, ou seja, a impossibilidade do acusado ser sancionado duas vezes pelo mesmo fato, logo este Juízo deveria declarar-se incompetente em razão da matéria haja vista o anterior julgamento do fato pela comunidade indígena a que pertence o acusado.

Pois bem, rechaço em parte o argumento da ilustre Defesa. A uma, pois tenho que o imbróglho não se trata de bis in idem, mas de “Duplo jus Puniendi”, em face do que dispõe o art. 57, da Lei 6.001/73. (Estatuto do Índio).

[...] Ora, não se está aqui alçando qualquer alegação de incompetência do Tribunal do Júri, pois se trata de algo acima disso, que a ausência in casu do direito de punir do Estado-Juiz. Logo, seria uma discussão estéril em face da inaplicabilidade dos institutos do processo estatal. Ademais, ainda que se considerasse o nível constitucional do prescrito no art. 5º, inciso

XXXVIII, da Constituição da República, como direito fundamental a ser observado, o contraponto estaria no art. 231, da mesma Constituição, que também é direito fundamental, logo, com a necessária observância aos costumes e tradições dos povos indígenas.

Convém advertir, que a esmagadora maioria da doutrina entende que a previsão art. 57, do Estatuto do Índio, seria uma exceção ao direito de punir estatal. Com base nisso, poderia se concluir que o Estado não poderia atuar de forma alguma nos casos de crimes ocorridos nas comunidades indígenas, o que não traduz a finalidade da legislação e tão pouco o que acontece na realidade.

Vejo, pois, que essa não é a melhor conclusão, uma vez que o Estado terá ampla autonomia para investigar, processar e julgar o indígena nos casos em que a comunidade indígena não julgá-lo, logo, o Estado, em casos tais, atuará de forma subsidiária.

[...] Em outras palavras, o Estado deve apenas pronunciar a sua ausência de poder de punir, uma vez que o acusado já foi julgado e condenado por quem detém o direito.

Muito maior que o reconhecimento do direito de punir seus pares, as comunidades indígenas sentirão muito mais fortalecidas em seus usos e costumes, fator de integração e preservação de sua cultura, haja vista que o Estado estará sinalizando o respeito ao seu modo de viver e lhe dar com as tensões da vida dentro da comunidade.

Há quem pense e diga que haja o temor da repercussão social da fragilização do Estado ou o potencial recrudescimento da violência dentro das comunidades indígenas.

Digo o inverso, o Estado não estará fragilizado, pois caso as comunidades indígenas não julguem seus pares, mantém-se o Direito de Punir Estatal, de forma subsidiária.

Enfim, não se enfraquece de forma alguma o Poder Estatal, mas ao inverso, fortalece-se a atividade jurisdicional ao se reconhecer uma excepcionalidade que deve ser tratada de forma distinta, afinal o Estado não é absolutista.

[...] Ante ao exposto, deixo de apreciar o mérito da denúncia do Órgão Ministerial, representante do Es-

tado, para DECLARAR A AUSÊNCIA IN CASU DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL, em face do julgamento do fato por comunidade indígena, relativo ao acusado DENILSON TRINDADE DOUGLAS, brasileiro, solteiro, agricultor, nascido aos 13/03/89, filho de Alan Douglas e Demilza da Silva Trindade, com fundamento no art. 57, da Lei nº. 6.001/73 e art. 231, da Constituição da República. (VIEIRA, 2013).

Ainda, como fundamentação, o juízo levantou uma decisão do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri Popular da Justiça Federal em Roraima, presidido pelo juiz federal Helder Girão Barreto, que entendeu pela absolvição do indígena Basílio Alves Salomão por falta de culpabilidade, tendo em vista que o réu cumpriu sua pena imposta pela comunidade indígena. Vejamos o trecho proferido pelo titular:

Pois bem; após cometer o crime, o acusado foi preso e julgado pela própria Comunidade Indígena à qual pertencia, recebendo as seguintes penas: cavar a cova e enterrar o corpo da vítima; e, ficar em degredo de sua comunidade e de sua família pelo tempo que a comunidade achasse conveniente. No dia do julgamento o acusado estava há quase catorze anos sem poder retornar ao convívio da Comunidade Indígena do Maturuca. Ao ser interrogado em plenário o acusado declarou: quando um índio comete um crime é costume ele ser julgado pelos próprios companheiros Tuxauas; e que isso é um costume que vem antes do tempo dos seus avós. As testemunhas confirmaram os fatos. Em plenário, foi ouvida a antropóloga Alesandra Albert, que assegurou que na tradição da etnia Macuxi um índio que mata outro é submetido a um Conselho, escolhido pela própria comunidade e reconhecido como detentor de autoridade; que a maior pena aplicada pelo Conselho é o banimento; que tanto o julgamento quanto a pena são modos como eles encaram a Justiça; e, conclui, para a pessoa que sofreu banimento o julgamento e a pena têm o sentido da perda da convivência e da diminuição do conceito perante a Comunidade, coisas que são muito importantes. (BARRETO, 2000).

Muito embora o juiz Aluizio Ferreira Vieira tenha discordado quanto à “absolvição”, pois absolvição entende-se pelo julgamento da matéria e para aquele, o Estado *in casu*, que não detinha o direito de punir em virtude do que se concluiria pela competência do *jus puniendi* indígena.

Dessa maneira, entendeu-se pela inaplicabilidade dos institutos do processo estatal, uma vez que o Estado seria incompetente em razão da matéria, diante da pena já aplicada pelo Conselho Indígena, dando início ao reconhecimento do Estado Plurinacional, com visibilidade às experiências indígenas, com novas e criativas possibilidades de se pensar o direito.

Em suma, na prática será aplicado da seguinte maneira:

a) Nos casos em que autor e vítima são índios; fato ocorre em terra indígena, e **não há julgamento** do fato pela comunidade indígena, **o Estado deterá o direito de punir e atuará apenas de forma subsidiária**. Logo, serão aplicáveis todas as regras penais e processuais penais;

b) nos casos em que autor e vítima são índios; o fato ocorre em terra indígena, e **há julgamento do fato pela comunidade indígena, o Estado não terá o direito de punir**. Assim, torna-se evidente a impossibilidade de se aplicar regras estatais procedimentais a fatos tais que não podem ser julgados pelo Estado. É o que aconteceu neste caso. (Grifo nosso).

Em apelação, a turma recursal, através do Relator Des. Mauro Campello, em 18 de dezembro de 2015, manteve a sentença, como se nota:

[...] Firme na Convenção 169 da OIT, bem assim no conhecido art. 231 da Constituição Federal, e tomando por base a experiência comparada (conforme o permite o art. 4º da LINDB), entendo como correta a decisão em 1ª instância, ressalvadas as considerações sobre parte da justificativa nela adotada, como anotei, o que, em todo caso, nos leva à mesma conclusão. Ante ao exposto, considerando afastada a jurisdição

estatal com o julgamento do fato pela comunidade indígena concernida, sob pena de se acarretar bis in idem, voto pelo desprovemento do recurso de apelação ministerial, mantendo inalterada a sentença. (CAMPELLO, 2015).

Por outro lado, o Relator fez algumas reflexões, colocando o caso em questão como violação ao princípio *non bis in idem*, discordando do termo duplo *jus puniendi* utilizado pelo juiz sentenciante:

[...] Se o que denomina o Juiz sentenciante de “Duplo Jus Puniendi” significa que há dois entes juridicamente legitimados a punir uma infração penal, e julgando um deles um certo crime, não poderá se imiscuir o outro no mesmo fato, arrogando para si o direito de examinar a culpabilidade do agente e eventualmente responsabilizá-lo também, por isto seria se outro modo, justamente aquilo que veda o brocardo “Nemo debet bis vexari pro uma et eadem causa” (Ninguém deve ser sancionado mais de uma vez por um e mesmo fato), cuja contração corresponde ao *non bis in idem*. Este princípio não implica (apenas) que um mesmo ente não pode punir duas vezes o mesmo fato, e sim, como garantia processual penal ampla do indivíduo, que este não pode ser punido duas vezes por um/pelo mesmo fato, qualquer se seja o ente que o pune.

Tenho que a compreensão para o caso deve ser a que percebe violado o princípio *non bis in idem* no presente caso, não porque seja refratário a novos institutos que possam ser reconhecidos na casuística judicial, mas apenas porque me parece que o “Duplo Jus Puniendi” poderia acender um debate paralelo acerca do conflito de jurisdições, e que esse novel instituto não suplantaria adequadamente o argumento da acusação de que haveria violado na espécie princípio da inafastabilidade da jurisdição. (CAMPELLO, 2015).

Em suma, a decisão corresponde à realidade latino-americana, reconhecendo a jurisdição indígena, quebrando o monopólio

estatal, ao conceber a utilização de métodos tradicionais dos povos indígenas para solução de conflitos, mesmo em matéria penal. Decisão essa que é reflexo do neoconstitucionalismo latino-americano, uma vez que efetiva os direitos fundamentais dos povos indígenas, valida e reforça o pluralismo existente no país. Capaz de influenciar numa nova concepção de valores ou ideologias no que concerne a outras fontes de jurisdição.

Segundo dados do IBGE de 2010, a população indígena brasileira é representada por 305 diferentes etnias conhecidas, cada qual com costumes e regras próprias, com 274 línguas indígenas, sendo que 17,5% da população indígena não falam a língua portuguesa. Mostra-se claramente um Estado composto por uma sociedade multicultural e multilíngue que possui seu reconhecimento sob respaldo constitucional.

Neste cenário, reconhecer o *jus puniendi* indígena em grau de paridade com o *jus puniendi* do Estado-juiz não torna incompetente a atuação do Estado, mas sim descentraliza a efetividade do poder, vez que restringe a sua atuação ao caráter subsidiário, se o indígena assim o quiser, nem mesmo se terá uma sanção desfavorável, isso porque se viabiliza a aplicabilidade de outras fontes do direito nacional condizente com a realidade social indígena.

Atuação semelhante acontece com as Constituições Boliviana e Equatoriana, países em que a população é composta, significativamente, por povos originários que, através de ampla participação da população durante a elaboração dos respectivos textos constitucionais, traçaram o objetivo de humanização dos povos e comunidades tradicionais, sobretudo quanto ao tratamento dado às tradições e práticas indígenas, e assim, legitimaram a atuação das autoridades indígenas, no exercício da administração da justiça em seus espaços territoriais, com seu próprio direito e procedimentos.

O Artigo 1º da Constituição boliviana preconiza:

Bolívia se constituye em um Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, Independiente, soberano, democrático, intercultural,

descentralizado y com autonomias. Bolívia se funda em lapluralidad y el pluralismo político, econômico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro Del processo integrador del país.

De fato, a Constituição brasileira já reconhece os direitos dos povos indígenas e comunidades tradicionais, entretanto, as dificuldades que encontram estão na efetivação de tais direitos, vez que versam, principalmente, sobre direitos de caráter coletivo. Na Constituição boliviana, por exemplo, para materializar a perspectiva de um Estado Plurinacional, houve uma transformação institucional. Sobretudo, com a composição do Tribunal Constitucional Plurinacional Boliviano que, em sua composição, além da presença de representantes da jurisdição estatal, conta com a presença obrigatória de indígenas eleitos pelo povo, para um melhor diálogo intercultural, através da participação popular e da percepção indígena.

Com perspectiva semelhante, a Constituição do Equador traz a criação da Corte Constitucional Equatoriana, composta com paridade entre homens e mulheres, através de um pluralismo jurídico igualitário. Traz, ainda, na essência do Texto constitucional, o rompimento do antropocentrismo, através da percepção indígena da integração do homem com o meio em que vive, com a vida de modo geral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na concepção indígena, devido ao princípio da solidariedade, os interesses da comunidade são mais importantes e se sobrepõem aos interesses ou direitos individuais, de tal maneira que o direito indígena se origina da própria comunidade, por isso a legitimidade das normas e da punição não são questionadas.

Essa visão é diversa da empregada pelo direito comum (que se utiliza de outros meios para criação e aplicação), mas possui garantias no âmbito constitucional e internacional.

Embora presentes alguns dispositivos legais, a Constitui-

ção Federal vigente não positiva expressamente a jurisdição indígena com grau de paridade com a jurisdição estatal, limitando-se à aplicação dos usos e costumes nas relações entre indígenas, salvo quando contrariar o sistema jurídico nacional ou direitos humanos internacionais.

A Constituição da Bolívia, por sua vez, elenca um rol significativo de artigos com direitos indígenas. Desse modo, determina equivalência entre a justiça indígena e a justiça comum, além de abrir espaço para a participação política. Assim, reafirma a coexistência de “nações” dentro do território boliviano.

Compreender a existência de pluralismo é conhecer o direito indígena enquanto direito comparado, surgindo a possibilidade de aprofundar o conhecimento dos sistemas jurídicos, aprimorando o direito nacional e aproximando os povos através do respeito de suas identidades culturais.

Graças à sentença em análise, o Brasil inova e abre frente para novas interpretações e aplicações do direito, convalidando diretrizes da ONU, OIT e da própria Constituição Federal.

Na concepção indígena, o reconhecimento da aplicação de seus usos e costumes traz a integração de povos que coexistem num mesmo espaço físico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. 2007. Disponível em: <http://www.luishobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº. 1/1992 a 68/2011, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais da Revisão nº 1 a 6/1994. 35. ed. Brasília:

Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

BRASIL. *Estatuto do Índio: Lei Federal nº. 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Brasília/DF: Diário Oficial da União, 1973.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. *Acórdão na apelação criminal nº. 0090.10.000302-0/RR*. Relator. CAMPELLO, Mauro. Publicado no DJE em 18/12-2015. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/destaques/docs_destaque/acr-0090-10-000302-0/acr-0090-10-000302-0>. Acesso em: 19 jun. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. *Sentença declaratória criminal nº. 0090.10.000302-0/RR*. Juiz. VIEIRA, Aluizio Ferreira. Publicado no DJE em 03/09/2013. Disponível em: <http://diario.tjrr.jus.br/dpj/dpj-20151216.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

DALMAU, Rubén Martínez. Lá Paz, Quito e Caracas recriam constitucionalismo latino. *Folha de São Paulo*, São Paulo, domingo, 1 de março de 2009. Entrevista concedida a Fabiano Maisonnave.

DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. Aula ministrada em 13 abr. 2012 na disciplina Teoria Geral do Direito Público, a convite da Profa. Marinella Machado de Araujo. Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito Público da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2012. In: VITÓRIO ALVES, Marina. *Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: características e distinções*. Ver. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 19, nº. 34, p. 133-145, ago. 2012.

FARIA, José Eduardo. Reforma constitucional em período de globalização econômica. 1997. Disponível em: http://lms.ead1.com.br/upload/biblioteca/modulo_1597/CK1QWAEM2N.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2016.

FILHO, Francisco das C. Lima. A questão do direito indígena. *Universo Jurídico*, Juiz de Fora, ano XI, 2007. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/4325/a_questao_do_direito_indigena>. Acesso em: 14 jun. 2016.

JIMENEZ SERRANO, Pablo. *Como utilizar o direito comparado para a*

elaboração de tese científica. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROCCO, Rogério Geraldo. O sistema jurídico dos índios WaiWai e a imprescritibilidade da jusdiversidade no Brasil. 39º ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS. 2015. Disponível em: <http://anpocs.org/index.php/papers-39-encontro/gt/gt31/9737-o-sistema-juridico-dos-indios-wai-wai-e-a-imprescindibilidade-da-jusdiversidade-no-brasil/file>>. Acesso em: 21dez. 2016.

SACCO, Rodolfo. Introdução ao direito comparado. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2001.

SILVA, Wilson Matos da. Organização social dos índios. Dourados Agora. 01 set. 2005.

Disponível em: <http://www.douradosagora.com.br/noticias/entretenimento/direito-indigena-organizacao-social-dos-indios-wilson-matos-da-silva>. Acesso em: 09 jun. 2016.

TAVARES, Ana Lucia de Lyra. O ensino do direito comparado no Brasil contemporâneo. 2014. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n.º. 29, p. 69 a 86, jul/dez 2006. Disponível em: <file:///C:/Users/CLIENTE/Downloads/288-1071-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2016.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. O pluralismo jurídico no constitucionalismo em latinoamerica: Da sujeição à descolonização. 2008. Disponível em: http://4ccr.pgr.mpf.mp.br/atuacao/encontros-e-eventos/cursos/curso-patrimonio-cultural/O_Pluralismo_Juridico_no_Constitucionalismo_em_Latinoamerica.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2016.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. 2010, p. 11. IX SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf> . Acesso em: 19 jun. 2016.

A TEORIA DO PREJUÍZO NAS NULIDADES RELATIVAS: O COROLÁRIO DA DISCRICIONARIEDADE NO PROCESSO PENAL

Evandro Monezi Benevides¹
Felipe Teles Tourounoglou²

RESUMO: Com a superação do Estado Liberal, desenvolveu-se que se compreende hoje por Estado Constitucional de Direito, expressão do Constitucionalismo Contemporâneo, à luz do pós-positivismo. No Brasil, com a Constituição Cidadã e a experiência da ditadura militar, inaugurou-se uma nova ordem jurídico-constitucional, ensejando terreno fértil na efetivação de direitos e garantias constitucionais. Em contrapartida, os paradigmas jurídicos erigidos com a democracia, mormente, têm sido alvo de levantes, vez que o sistema normativo pátrio ainda continua vinculado às leis que não mais expressam os valores constitucionais. Somado a isso, o Judiciário, diante de sua progressiva autonomização, vivencia uma era regada pela discricionariedade hermenêutica, colocando em risco, inclusive, a supremacia da Constituição. Assim, o presente trabalho tem por objetivo analisar como tem se dado a atuação do Judiciário na aplicação da *teoria do prejuízo* nas nulidades processuais penais e a sua imbricação com a discricionariedade, tão bem recepcionada atualmente por juízes e tribunais, bem como apontar possíveis saídas. Para tanto, lançaremos mão da teoria crítica do direito, como forma de análise da temática proposta, apresentando posicionamentos que coadunam com o tema a partir de pesquisas bibliográficas. Tal estudo demonstra-se fundamental, viabilizando discussões acadêmicas sobre a necessidade de se combater comportamentos antidemocráticos, que resvalam as necessidades do atual constitucionalismo.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo Contemporâneo. Pós-positivismo. Interpretação.

1 Graduando do curso de Direito da Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT. Cáceres/MT. E-mail: evandromonezzi@hotmail.com

2 Professor do Curso de Direito da Universidade do Estado do Mato Grosso – UNEMAT. Cáceres/MT. E-mail: felipeteles.adv@gmail.com

ABSTRACT: With an overcoming of the Liberal State, what has now been understood by the Constitutional State of Law, the expression of Contemporary Constitutionalism, has been developed in the light of post-positivism. In Brazil, with the Citizen Constitution and an experience of the military dictatorship, a new juridical-constitutional order was inaugurated, providing fertile ground for the realization of constitutional rights and guarantees. On the other hand, legal paradigms erected with democracy have usually been the target of uprisings, which the country's normative system remains bound by laws that no longer express constitutional values. Added to this, the Judiciary, faced with its progressive autonomization, experienced an era ruled by hermeneutical arbitrariness, even putting at risk the supremacy of the Constitution. The purpose of this study has to analyze how the activity of the Judiciary has been applied in the application of the theory of injury in criminal proceedings and its connection with arbitrariness, currently received by judges and courts, pointing out possible exits. Finally, we will use the critical theory of law, as a way of analyzing the proposed theme, presenting positions that fit the theme using bibliographical research. This study proves to be fundamental, since it makes it possible to vocalize academic discussions about the need to combat undemocratic behaviors that go against the needs of the current constitutionalism.

KEYWORDS: Contemporary Constitutionalism. Post-positivism. Interpretation.

INTRODUÇÃO

Com o agravamento das tensões políticas, provocadas, em parte, pela desmoralização dos gestores públicos, legitimamente constituídos pelo voto, em função de escândalos de corrupção, bem como do descompasso de suas ações face às necessidades sociais, o Direito tem alcançado um grau de autonomia cada vez mais elevado. Isso se deve ao fato de que o Direito passa a ter um caráter cada vez mais progressista, no sentido de ser *transformador*, potencializando as esperanças sociais de verem concretizados os

direitos fundamentais assumidos nos textos constitucionais. Nesse novo cenário paradigmático, a política (leia-se: Executivo e Legislativo), em todas as suas conjecturas, acaba ficando em déficit com os direitos fundamentais. Tais circunstâncias possibilitaram a construção de um novo modelo de Direito e de Estado, uma vez que a Constituição passa a ser uma verdadeira forma de concretização de direitos.

Por outro lado, aquilo que poderia ser benéfico, tem demonstrado, progressivamente, seu lado funesto. A autonomia do Direito, construída pela afirmação e materialização de direitos e garantias constitucionais, tem produzido um indesejável “efeito colateral”: a *discricionariedade jurisdicional*. Tal discricionariedade encontra-se fundamentada no fato de que, dentro da dogmática jurídica (tradicional), seria (e tem sido) impossível ao intérprete (juiz) se desvencilhar da sua subjetividade, bem como da objetividade do texto, e lançar mão de uma interpretação do fato social a partir de uma concepção histórico-ontológica do direito. Isso significa dizer que a discricionariedade esvazia-se de quaisquer influências concreto-reais e mergulha na abstratidade do Direito. Se a liberdade, portanto, do legislador foi restringida em função da jurisdição constitucional, deve-se buscar caminhos que impeçam a discricionariedade do intérprete em detrimento dos direitos e garantias fundamentais, mormente solapados pelo decisionismo jurisdicional.

Diante disso e como prova dos efeitos nocivos da discricionariedade/arbitrariedade do intérprete, o ponto fulcral o qual o presente trabalho pretende abordar trata-se da *teoria do prejuízo*, amplamente debatida pela doutrina processual penal, a qual se situa no instituto das nulidades relativas, porém, muito mal aplicada em decisões judiciais, as quais, em vez de concretizarem o respeito aos direitos fundamentais, acabam se tornando a expressão máxima dessa discricionariedade, violando direitos e garantias fundamentais e anulando e pondo à prova o que se compreende hoje por Estado Constitucional de Direito. Pior que isso, colocando em risco a autonomia do Direito e, inevitavelmente, a supremacia da Constituição.

O Estado Constitucional de Direito e a Autonomia do Direito

Três foram as referências inaugurais do constitucionalismo moderno: a norte-americana, a francesa e a inglesa, as quais impulsionaram a construção do cenário jurídico-constitucional e político do final do século XVIII, bem como os contornos do Estado Constitucional de Direito, expressão clara da limitação do poder estatal.

Sarlet (2013, p. 52) aponta que “o processo de afirmação e reconstrução do Estado (Constitucional) de Direito, que nasceu como um Estado Liberal de Direito, revela que se trata de uma trajetória gradual”, pois, outras experiências constitucionais foram sendo delineadas ao longo da história³. Assim, alerta o autor que, sob o manto de Estados Constitucionais, modelos distintos de constitucionalismos podem ser identificados como o Estado Constitucional Liberal, o Estado Constitucional Social e o Estado Constitucional de Direito, os quais se manifestam a partir de perspectivas ideológicas distintas, mas que contribuíram para a edificação do Constitucionalismo Contemporâneo.

Leciona Barroso (2010) que o marco do constitucionalismo, que hoje se conhece como “garantista” e “programático”, teve como marco histórico o pós Segunda Guerra, na Europa, especialmente na Alemanha e Itália⁴ com suas Constituições escritas. No Brasil, o marco foi a redemocratização, pós Ditadura Militar, em 1988, com a Constituição Cidadã, que possibilitou a travessia de um regime autoritário para o democrático, solidificado até então. Todos esses “marcos”, a partir de suas contribuições histórias, de

3 Muito comum encontrar juristas que buscam estabelecer distinções entre Estado Liberal e Estado Social, apontado um ou outro como possivelmente mais adequado. Logo, necessário e oportuno é o esclarecimento de Streck (2014, p. 138), ao afirmar que “não parece adequada, portanto, a tese da contraposição do modelo de direito do Estado Social ao modelo de direito do Estado Liberal. Isso seria ignorar os dois pilares sobre os quais está assentado o terceiro modelo, o Estado Democrático de Direito: a proteção dos direitos social-fundamentais e o respeito à democracia”.

4 Duas são as referências de constitucionalismo, a Constituição alemã, denominada “Lei fundamental de Bonn”, promulgada em 1949, erigindo uma sustentável tradição constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica; e a Constituição italiana, de 1947. Ambas auxiliaram para a aproximação de ideais de democracia e constitucionalismo, produzindo uma nova configuração política. (BARROSO, 2010).

fato, possibilitaram uma transformação na compreensão do Direito e, mais que isso, na compreensão de validade das normas infraconstitucionais e das instituições pertencentes ao Estado.

A redemocratização no Brasil, após mais de duas décadas do regime militar, e a superação do Positivismo Jurídico⁵ tiveram papel decisivo na estruturação de um direito constitucional para além da compreensão de uma Constituição meramente política e vinculada aos interesses legislativos e administrativos. A Constituição, além de exigir uma efetiva compatibilidade das leis, estabelece limites ao legislador, ao administrador e também ao intérprete da lei, impondo-lhes deveres e limites inexoráveis de atuação.

O marco do pós-positivismo⁶ reintroduziu as ideias (e os ideais) de justiça e legitimidade nos diversos níveis do poder estatal. Isso significa dizer que o Direito, antes compreendido como uma ciência “pura” e isolada de outros conhecimentos, passa a comungar com a realidade histórico-social, propiciando um sentimento constitucional. Mais que isso, passa a proporcionar instrumentos que possibilitam as mudanças reivindicadas pela sociedade e de direitos expressamente garantidos no texto constitucional. Quer dizer, no Estado Constitucional de Direito, a lei passa a ser um instrumento de realização do Estado, oportunizando mecanismos de promoção/concretização das reivindicações sociais perante a inércia do Executivo e/ou do Legislativo como, por exemplo, o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo, a ação civil pública, para citar alguns.

Ao passo dessas transformações, e como forma clara de efetivação do Constitucionalismo Contemporâneo, consolidou-se a compreensão de *Supremacia da Constituição*, a dizer: a “segurança” de que os poderes *constituídos* não poderão dispor (tão facilmente)

5 A doutrina sofreu muitas influências de pensadores que buscavam professar um direito não mais refém dos pensamentos ultrapassados, ou seja, de um direito com perspectivas individualista-dogmática, técnico-burocrática e assim por diante; mas buscava agora compatibilizar-se com perspectivas democráticas em direção a um constitucionalismo garantista e programático.

6 Importante ressaltar que o conceito de “pós-positivismo” deve ser compreendido aqui como a superação da dogmática jurídica regado por concepções solipsistas de um direito autônomo e individualista, trata-se, de forma clara, da superação do positivismo normativista pós-kelseniano, ou simplesmente positivismo primitivo.

das previsões constitucionais estabelecidas pelo *Poder Constituinte*, muito menos, contrariar tais disposições, sob pena de serem rejeitados do ordenamento jurídico. Essa “segurança”, por outro lado, acaba sendo *abalada* sempre que uma (nova) ordem constitucional não seja capaz de se desvencilhar de leis ordinárias visivelmente conflitantes com essa (nova) ordem. Isso, porque, ao contrário do que pensam alguns juristas, a Constituição não se funda “do nada”, seja com a primeira Constituição de um Estado ou mesmo com a elaboração de uma nova, a qual substituirá outra. Não se pode tentar “purificar” um Poder Constituinte (como tentou fazer Kelsen). Nenhuma Constituição é livre de influências sociais, políticas, culturais e religiosas. Ainda mais se, diante da fragilidade do monismo estatal, reconhece-se a existência de um direito não estatal, paralelo ao direito oficial, o que, certamente, nos levará à conclusão de que nenhum constituinte é totalmente imune às influências de um direito pré-existente, quicá das efervescências sociais.

Ao lado dessa insegurança provocada por um sistema normativo que, em muitos casos, vai de encontro aos preceitos constitucionais, o ponto fulcral da discussão que envolve o Estado Democrático de Direito diz respeito à *autonomia* que o Direito alcançou e tem alcançado. É preciso ter em mente que hoje, no Estado Democrático de Direito, o foco de toda a atenção se volta ao Judiciário, e isso se dá, aponta Streck (2014, p. 138), em função da perda da “liberdade da conformação do legislador em favor do controle contramajoritário feito pela jurisdição constitucional”, ou seja, há uma nítida diminuição do “poder” da vontade geral (Legislativo) e um aumento do espaço da jurisdição, e o principal motivo dessa diminuição de poder recai sobre a inércia do Legislativo e do Executivo diante das garantias constitucionais que, por eles são negligenciadas, permitindo que o Judiciário assumira uma postura mais ativa⁷ com o propósito de concretizar os reclames da sociedade.

⁷ Aqui, a palavra “ativa” (que remete ao termo “ativismo jurídico”) deve ser compreendida, nas palavras de Barroso (2012, p. 1-50), como “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios”.

Diante dessa autonomização do direito, do fortalecimento da atividade jurisdicional e da conseqüente diminuição da influência dos demais poderes, bem como diante da incompletude da lei que, por vezes, não consegue abranger todas as situações possíveis, evidencia-se, como defende Streck (2010), a necessidade de se encontrar mecanismos de controle do epicentro da tensão entre jurisdição e legislação: *as decisões judiciais*. Isto é, com essa autonomização do Direito, adquirida no Estado Constitucional, juízes e tribunais (e mais do que nunca, os Tribunais Constitucionais) têm encontrado dificuldade em impedir que as suas decisões sejam solapadas pela discricionariedade/arbitrariedade. Quer dizer, o que, até então, representa(ria) um avanço para o Direito, agora tem sido seu principal entrave, vez que não tem sido usada de forma a exprimir o “espírito” do Constitucionalismo Contemporâneo, mas passa a exprimir interesses outros que não se consubstanciam com a nova ordem vigente.

Partindo dessa reflexão, pergunta-se: como será possível lidar com a dicotomia “autonomia” versus “discricionariedade” que hoje paira sobre o Direito, muitas vezes chancelado pelos intérpretes da lei? E é justamente no Processo Penal, locus em que se deveria materializar o respeito aos direitos fundamentais que, illogicamente, se tem encontrado a expressão máxima dessa discricionariedade. Não raro, chegam-se ao conhecimento público decisões teratológicas que, à luz da consciência do julgador, passam por cima da Constituição, violam direitos e garantias fundamentais e anulam a base do que, às duras penas, se compreende hoje por Estado Constitucional de Direito, isto é, colocando em risco a autonomia do Direito, e o pior, a supremacia da Constituição. Como bem analisa Lopes Jr. (2014, p. 1176),

o sistema de garantias da Constituição é o núcleo imantador e legitimador de todas as atividades desenvolvidas, naquilo que concebemos como instrumentalidade do processo penal; é dizer: um instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias da Constituição.

Para tanto, é preciso que se compreenda o Processo Penal à luz do sistema de garantias constitucionais, a fim de efetivar a finalidade pela qual existem tais garantias: *limitação do poder estatal face aos direitos fundamentais do réu*. Posto isso, é impossível negar que, com a queda do regime totalitário e a promulgação da Constituição de 1988, surgiu uma nova era constitucional, advinda de um regime democrático e que resvala da compreensão dogmático-normativa do direito. Todavia, além do ordenamento jurídico vigente continuar, ainda em sua grande maioria, umbilicado com leis fascistas de outrora, criando uma verdadeira instabilidade legal constitucional, os intérpretes do direito também continuam os mesmos.

A partir dessa problemática, pode-se identificar dois possíveis comportamentos, igualmente nocivos a essa nova legalidade constitucional: ou os intérpretes continuam aplicando o direito com o pressuposto da lógica positivista (primitiva), criando situações absurdas e desconexas com a nova ordem constitucional, ou, ao contrário disso, não aceitando aplicar um Direito que não mais coaduna com a nova ordem, passam de meros “bocas da lei” a “críticos da lei”, proferindo decisões discricionárias contrárias à Constituição que, em nome de um *neoconstitucionalismo*, não abrem mão das raízes solipsistas. Como se verá a partir de agora, o segundo comportamento tem se intensificado na seara processual penal.

Teoria do “Vale-tudo”?

O instituto das nulidades em Processo Penal é um dos terrenos mais arenosos no Direito atualmente. Seja na jurisprudência ou na doutrina, raramente encontram-se opiniões convergentes sobre o assunto. Todavia, além das inúmeras discussões possíveis que o instituto proporciona, o que chama atenção é a denominada *teoria do prejuízo* que, atrelada às nulidades relativas, transformou-se em mais um tumor do Processo Penal que, volta e meia, fere o sistema de garantias constitucionais.

Extraída da dicção do artigo 563 do Código de Processo

Penal⁸, a teoria do prejuízo tem finalidade última de servir à aplicação da nulidade relativa (que é uma classificação doutrinária das nulidades no sistema processual penal). O dispositivo explicita o famoso princípio *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo), isto é, para que determinado ato seja declarado nulo, será necessária a comprovação do prejuízo pela parte que alega, salvo se o ato não viole norma cogente, situação em que o juiz poderá reconhecê-la de ofício. Entretanto, nas palavras de Lopes Jr. (2014), o “prejuízo”, como distinção entre nulidades relativas e absolutas⁹, possibilita espaços de manipulação interpretativa e a aplicação inadequada das nulidades processuais penais nos casos concretos.

O primeiro ponto a ser analisado, então, é a inapropriada influência do processo civil exercida sobre o processo penal quanto ao tema das nulidades processuais. Pois, o “prejuízo”, até então, só era aplicado nos casos de *nulidade relativa* e desde que devidamente comprovada a lesão que o ato causou àquele que alegou. Todavia, há muito, nos tribunais, tem-se aceitado o fenômeno da *relativização das nulidades absolutas* do processo civil em processo penal, exigindo, da parte que alega a nulidade absoluta, a comprovação efetiva do prejuízo, o que implica em consequências danosas ao suporte fático dos direitos e garantias do imputado. Nota-se, portanto, uma tendência em evitar a decretação de nulidade processual (seja ela relativa ou absoluta) sob o argumento de que a nulificação não condiz com os objetivos de celeridade e de precaução contra dilações processuais indevidas. Daí se justificaria, por exemplo, a violação do devido processo legal (?).

8 Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. (BRASIL, 2016).

9 Considera-se como nulidade relativa o vício que, embora grave, decorre de violação de normas de interesse privado (ou normas infraconstitucionais) sem qualquer repercussão constitucional. Seu reconhecimento depende de provocação do interessado, com a demonstração do efetivo “prejuízo”, sujeito a prazo preclusivo, podendo se convalidar. A nulidade absoluta, por sua vez, é o vício de gravidade manifesta, pois decorre de violação de norma cogente, ou seja, que viola norma de interesse público (e de ordem constitucional) e, por isso, o juiz deve alegá-la de ofício, decretando sua invalidade. A doutrina majoritária aponta que o prejuízo, nesse caso, é presumido, mas o STF e STJ têm relativizado as nulidades absolutas, as quais, nesse entendimento, precisam gerar prejuízo às partes a fim de que sejam declaradas ineficazes. Nesse sentido ver: STF – Segunda Turma – HC 406648 – Rel. Min. Teori Zavascki – Dje 26.11.2013; e STJ – Quinta Turma – RMS 35180 – Rel. Min. Laurita Vaz – Dje 05.11.2013.

Trata-se, portanto, de verdadeira metástase, vez que a recepção de categorias do processo civil para o processo penal (no caso, a relativização das nulidades absolutas) como explica Lopes Jr. (2014), tem produzido verdadeiro atropelamento de direitos e garantias fundamentais, embasado em uma postura utilitarista e sob o manto da manipulação discursivo-interpretativa. Reiterando esse posicionamento, Fernandes e Fernandes (2002, p. 41) afirmam, por outro lado, que mais grave que os inconvenientes da declaração de nulidade processual “será a condenação de um acusado com proscricção das garantias fundamentais do contraditório, da ampla defesa, da liberdade plena de produção de prova”.

Como consequência dessa lesão inicial (leia-se: da inadequada influência do processo civil em processo penal), as células cancerígenas da discricionariedade do intérprete acabaram se disseminando por todo o sistema de garantias constitucionais do réu, conquistado às duras penas, frisa-se. De mais a mais, a pergunta que se faz é: afinal, a serviço de quem está o sistema de garantias constitucionais quanto às nulidades processuais penais? Nas palavras de Binder (2000, p. 58),

En los siglos XVIII y XIX, a la par del desarrollo del pensamiento liberal (Beccaria, Montesquieu, Filangieri, Pagano, luego Carrara, etc.) con los materiales del formalismo propio del sistema inquisitivo comienza a gestarse una nueva ingeniería institucional del proceso penal, orientada a la contención de la violencia y la arbitrariedad del poder penal, de la cual deriva lo que hoy, desde Ferrajoli, llamamos *sistema de garantios*.

Não se pode perder de vista o que já fora discutido anteriormente, isto é, que as normas, bem como todas as instituições sujeitas ao Estado Constitucional de Direito, estão vinculadas a uma *nova dogmática jurídico-constitucional* que apresenta características dotadas de especial importância na realização normativa dos direitos e garantias da Constituição. Logo, não é (e não será) possível compreender a teoria do prejuízo e as nulidades em processo

penal como um todo, desvinculadas da compreensão de Constitucionalismo Contemporâneo. Nessa linha, arremata Binder. (2000, p. 59),

Formas procesales, verdad, proceso cognitivo, principios del proceso, sistema de garantías y límites al poder penal son un conjunto de conceptos ligados entre sí en un nivel de fundamento. Quien no se sitúa en el universo conformado por esos conceptos y su relación mutua difícilmente pueda comprender el régimen de las nulidades en el proceso penal.

Nesta senda, *forma*, no Estado Constitucional de Direito e, mais do que nunca, dentro da seara processual penal, é sinônimo de *garantia*. Adequada é a afirmação de Lopes Jr. (2014, p. 1175), de que o “processo penal é um instrumento de limitação do poder punitivo do Estado, impondo severos limites desse poder e também regras formais para o seu exercício. É a forma um limite ao poder estatal”; e mais, “a forma é uma garantia *para o imputado*, em situação similar ao princípio da legalidade do direito penal”. Comungando com essa visão, Streck (2010, p. 170) pontua que “saltamos de um legalismo rasteiro, que reduzia o elemento central do direito ora a um conceito estrito de lei [...], para uma concepção de legalidade que só se constitui sob o manto da constitucionalidade”. Deduz-se, portanto, que todo o sistema de garantias e, por consequência, de limitação do *puniendi* estatal, deve estar voltado para o réu. No entanto, essa não é a realidade.

Nessa perspectiva e, ao contrário do que se imaginava, a *forma* tem evitado que garantias constitucionais sejam colocadas em prática, e o pior, tudo engendrado justamente por aqueles que deveriam garanti-la: o *intérprete*. Diante disso, introduz-se aqui o segundo ponto a ser analisado: a *discricionariedade*, travestida de legalidade constitucional, mas que, na verdade, tangencia qualquer noção de constitucionalidade. Exemplo claro disso é o julgamento do *habeas corpus* nº. 148.723/SC, em que o Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2010, p. 9) denegou a ordem de *habeas corpus* ao paciente que alegava nulidade absoluta em função de o processo tramitar

em segredo de justiça sem motivação, violando o princípio constitucional da publicidade, sob o seguinte fundamento:

O simples fato de o feito ter tramitado em sigilo, com a implícita concordância da Defesa, não gera qualquer nulidade. Poderia se cogitar eventual vício em situação oposta, ou seja, se não tivesse sido observado o sigilo determinado pela lei. No caso, contudo, não há qualquer mácula processual. [...] não se demonstrou qualquer prejuízo (?) em decorrência da providência adotada. A magistrada esclareceu que a Defesa teve o devido acesso aos autos e o impetrante não alega o contrário. (Grifo nosso).

Percebe-se que, sob o fundamento da *preclusão* (?), a indevida tramitação em segredo de justiça da Ação Penal *in casu*, violando frontalmente ditame constitucional estampado no art. 93, IX, da CF/88, não constitui “qualquer mácula processual”. Ora, é sabido que, no caso de nulidade absoluta, não há falar em convalidação, tão pouco em preclusão do ato, eis que a invalidade processual pode ser arguida a qualquer tempo enquanto perdurar o processo penal, além disso, para que seja reconhecida a nulidade absoluta não é necessária a provocação da parte interessada, podendo ser declarada de ofício pelo juiz e, inclusive, ser alegada em sede de revisão criminal ou *habeas corpus*, ainda que formada a coisa julgada.

Outra questão, que toca o objeto do presente trabalho, é que não há falar em demonstração de prejuízo em nulidades absolutas, vez que *o prejuízo é presumido!* E mais, se se entende que “forma” é garantia, uma vez violada, a “forma” é obvio que tal atipicidade produza dano. Apesar disso, verifica-se que, no exemplo, operou-se a relativização da nulidade absoluta e, consequentemente, a aplicação do princípio *pas nillité sans grife*, mesmo sendo caso de nulidade insanável (absoluta).

Não precisa ser especialista para notar a influência ainda muito presente nos tribunais, do *animus* inquisitivo. Nas palavras de Lopes Jr. (2014, p. 1), “para reconhecer uma nulidade o juiz

precisa ser ‘invocado’, mas para ir atrás da prova, decretar prisão, busca e apreensão etc., pode e deve atuar de ofício. Olhem o absurdo”. E vai além o autor, ao afirmar que determinado ato só será declarado nulo “quando o tribunal quiser, para quem ele quiser e com o alcance que ele quiser. Essa é a verdadeira ditadura judicial vivenciada hoje”. (Idem). À vista disto, lança-se mais uma pergunta: haveria, então, solução para o problema da discricionariedade quanto à aplicação da teoria do prejuízo em processo penal?

Lopes Jr. (Ibidem), em sua obra *Direito Processual Penal*, apresenta uma possível saída. O autor propõe o que ele denomina de “inversão de sinais”, ou seja, não será a parte que alega o prejuízo que deverá demonstrá-lo, mas o próprio juiz que, para manter a eficácia do ato, deverá fundamentá-lo, demonstrando que o ato alcançou sua finalidade ou foi regularmente sanado. Este também é o posicionamento de Badaró (2007), para o qual deverá ocorrer uma liberação da carga probatória por parte da defesa, restando ao juiz tal incumbência. Isso se justifica uma vez que a defesa dificilmente conseguiria demonstrar o prejuízo, por exemplo, em casos de violação do princípio da publicidade, como no caso em análise. Quer dizer, qual foi o prejuízo nesse caso, se o paciente teve oportunidade de alegar o defeito, mas não o fez oportunamente? Qual foi o prejuízo, se o paciente sequer apontou um? Ora, o prejuízo é nada mais que a violação de uma norma constitucional! Ou, em outros casos, a inobservância de direitos fundamentais.

Frisa-se, entretanto, que, por mais que a medida adotada por Lopes Jr. seja um grande passo para evitar a violação de direitos e garantias constitucionais, só ela não satisfaz. Afinal, nada impediria que o juiz ou o tribunal continuassem tendo atitudes discricionárias e violadoras, bastasse apresentar razões que, para sua consciência, legitimariam a inobservância da Constituição ou de determinada formalidade prevista no processo penal. Mais que isso, é imperioso um *conjunto de ações*, o que inclui, fundamentalmente, que juízes e tribunais tenham a correta compreensão do processo penal, não mais como um sistema inquisitório, mas como um sistema inexoravelmente inserido em uma nova ordem jurídi-

co-constitucional, na qual a *forma* é a máxima expressão de *garantia*.

Dentro desse conjunto de ações, por sua vez, deve perpassar também uma maior importância à hermenêutica jurídica, não como “mais um método” ou como “um saber operacional”, mas como um instrumento a fim de se alcançar interpretações fundidas com a Constituição. Não se pode mais permitir, como aponta Streck (2010, p. 162), que “‘o processo/procedimento interpretativo’ possibilit[e] que o sujeito [...] alcance o sentido que mais lhe convém, ‘o real sentido da regra jurídica’, etc.” Não restam dúvidas de que no âmbito da hermenêutica jurídica há uma verdadeira banalização do processo interpretativo, pois não se sabe mais o que se deve seguir, se “a vontade da lei” ou “a vontade do legislador”¹⁰. Quando nenhuma delas “resolve”, aplica-se a “vontade do intérprete” e assim, em termos de nulidades em processo penal, está montada a torre de Babel. Como explica Streck (Idem),

o resultado disso é que aquilo que começa com (um) a subjetividade “criadora” de sentidos (afinal, quem pode controlar a “vontade do intérprete”?, perguntariam os juristas), acaba em decisionismos e arbitrariedades interpretativas, isto é, em um “mundo jurídico” em que cada um interpreta como (melhor) lhe convém...! Enfim, o triunfo do sujeito solipsista, o *Selbstsüchtiger*.

Este, portanto, é justamente o resultado que não se pode esperar, quer dizer, a subjetividade, a discricionariedade/arbitrariedade, o decisionismo. Nenhum desses comportamentos harmoniza-se com o Estado Constitucional de Direito e deve ser duramente combatido por aqueles que acreditam na supremacia da Constituição. Não se pode mais admitir que garantias fundamentais sejam violadas a fim de se satisfazer a consciência do intérprete-

10 Streck (2010, p. 162) ensina que “alguns autores colocam na consciência do sujeito-juiz o *locus* da atribuição de sentido (solipsista). Nesse contexto, ‘filosofia da consciência’ e ‘discricionariedade judicial’ são faces da mesma moeda. Há ainda juristas filiados às antigas teses formalistas, propalando que a interpretação deve buscar a vontade da lei, desconsiderando de quem a fez – sic – e que a lei ‘terminada’ independe de seu passado, importando apenas o que está contido em seus preceitos (o texto teria um sentido ‘em si’)”.

te e, pior que isso, que tais ilegalidades sejam chanceladas pelos tribunais.

Atualmente, o decisionismo no âmbito do processo penal, em especial, no que diz respeito às nulidades processuais, está rigorosamente arraigado, sendo legitimado pela doutrina, diga-se de passagem. É preciso, como já dito, um conjunto de ações, dentre as quais, a primordial é a compreensão do sistema jurídico inevitavelmente inseparável da Constituição e da ordem jurídica por ela estabelecida. Compreendido isso, chegar-se-á à conclusão de que a formalidade, de fato, não pode ser utilizada como um fim em si mesma, assim como não pode ser utilizada ao bel prazer de seus intérpretes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim e ao cabo, com a construção do Constitucionalismo Contemporâneo, o Direito deve se apresentar justaposto à nova dogmática jurídica implantada pelo Estado Constitucional de Direito, mas não só ele. Tal exigência deve-se estender peremptoriamente aos seus “operadores”, quer dizer, juízes e tribunais precisam ter uma compreensão cada vez mais consubstanciada com a nova ordem jurídica, tendo em vista a progressiva autonomização do Direito que, somada à incompreensão dos intérpretes da lei na aplicação do saber, tem provocado avalanches de críticas, as quais reprovam toda e qualquer atividade discricionária das autoridades judiciárias.

A tendência do Judiciário, impulsionada por uma maior liberdade de conformação do sistema contramajoritário dos direitos fundamentais e, em muitos casos, lastreada por um falacioso discurso neoconstitucional, por violar garantias constitucionais, tem sido totalmente questionável, especialmente quando tais violações ocorrem no âmbito do Direito Penal e Processual Penal, considerando seu caráter subsidiário (*ultima ratio*). Como analisado anteriormente, evidencia-se que o grande desafio, então, é construir condições que evitem que a atividade jurisdicional (ou a atividade

dos juízes) se sobreponha ao próprio Direito, à própria Constituição, afinal, não é em todos os casos que o Direito será o que os tribunais dizem que ele é (e como, de fato, não tem sido).

Esse descompasso entre a atuação do judiciário e os ideais constitucionais tem se tornado nocivo para o processual penal, vez que muito facilmente se tem subtraído direitos do réu em prol da consciência do julgador. Isso fica muito claro, como já visto, quando o judiciário passa a relativizar todas as nulidades no âmbito do processo penal. Sem sombra de dúvidas, tal entendimento, que tem sido amplamente recepcionado por juízes e tribunais, nasceu em função de uma equivocada recepção de categorias do processo civil, a qual diferencia as nulidades absolutas das relativas a partir na natureza da norma – norma de interesse público ou de interesse privado. Essa equivocada recepção, insiste-se, tem provocado a violação dos direitos do réu. Primeiro, porque no processo penal a forma deve ser vislumbrada como garantia, isto é, garantia contra a arbitrariedade do poder estatal. Não é por acaso que, no processo inquisitivo, a informalidade é tão apreciada, vez que ali o poder é melhor distribuído, não existindo limites definidos para a sua atuação. Essa realidade, repete-se à exaustão, é altamente nociva quando aplicada no processo penal, levando-se em conta que a proteção do réu é pública, da mesma forma que públicos são os direitos constitucionais que o tutelam.

Diante da necessidade de proteção e defesa dos direitos e garantias fundamentais, fazem-se essenciais algumas readequações procedimentais quanto à aplicação das nulidades no processo penal. Nesse passo, a denominada “inversão de sinais”, proposta pelo doutrinador Aury Lopes Jr. (2014), apresenta-se uma possibilidade, vez que defende que o ônus na demonstração do prejuízo não ficará mais com a parte que a alega (e que em muitos casos recai sobre o próprio réu). Tal encargo, entretanto, será direcionado ao próprio juiz que, para manter a eficácia do ato, deverá fundamentá-lo, demonstrando que o ato alcançou sua finalidade ou foi regularmente sanado. Por outro lado, como apontado, por mais que a medida adotada por Lopes Jr. seja de grade valia para

o sistema de garantias constitucionais, ela, por si só, não é suficiente. Em conjunto com essa proposta, torna-se fundamental uma tomada de consciência por parte do intérprete quanto à relação entre o sistema de nulidade processual penal e as garantias previstas na Constituição. É preciso compreender que tais garantias (no caso, as nulidades processuais) foram elaboradas a favor daquele sobre o qual recai o poder do Estado, o imputado. Seguindo esse raciocínio, o intérprete não pode sacrificar regras e princípios estabelecidos constitucionalmente a fim de dar lugar as suas próprias convicções, aos seus próprios interesses.

Nota-se, enfim, a importância da hermenêutica jurídica no processo de compreensão do Direito como um todo, o qual produzirá reflexos quando da sua aplicação. A superação da crise de efetividade da Constituição no âmbito do Judiciário (e que há muito assola o Poder Legislativo e Executivo), em especial quanto ao tema das nulidades no processo penal, está inteiramente imbricada na retomada de uma legalidade que só se fundamenta por meio da constitucionalidade, do respeito à Constituição. Legalidade esta que não se confunde com o retorno a pensamentos positivistas, mas de uma legalidade através da qual obedecer à Constituição simboliza um progresso considerável na defesa de direitos fundamentais conferidos ao cidadão, em especial ao réu.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito - UERJ*, vol. 2, n.º. 21, p. 1-50, jan./jun. 2012.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINDER, Alberto B. *El incumplimiento de las formas procesales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

BRASIL. *Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus nº. 148.723/SC*, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 07 dez. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901879702&dt_publicacao=17/12/2010>. Acesso em: nov. 2016.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; FERNANDES, Geórgia Bajer. *Nulidades no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Sistema de nulidades ‘a la carte’ precisa ser superado no processo penal. *Conjur Jurídico*. (São Paulo. *Online*), v. 1, p. 1, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2013.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a ‘letra da lei’ é uma atitude positivista? *Revista Estudos Jurídicos*, vol. 15, n. 1, p. 158-173, jan-abr. 2010.

_____. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CÁCERES E O DÉFICIT DE MORADIAS: O CASO DA OCUPAÇÃO DO BAIRRO EMPA

Evelly Bocardi de Miranda Saldanha¹
Richard Rodrigues da Silva²

RESUMO: O presente trabalho analisa a ocupação irregular ocorrida no bairro Jardim das Oliveiras, conhecido popularmente como EMPA, em Cáceres/MT, bem como verifica a situação do acesso à moradia dos habitantes, no que diz respeito à referida área. Cabe destacar que, em razão do déficit habitacional existente no município, a população de baixa renda se viu obrigada a ocupar irregularmente o local, onde vive e sobrevive sem mínimas condições de saneamento, infraestrutura básica e qualquer planejamento urbano por parte do Poder Público. O município de Cáceres atualmente tem uma população de 87.942 habitantes, segundo Censo do IBGE-2010, o qual estimou que em 2016 estaria com uma população de 90.881 habitantes, sendo que 87,07% da população de Cáceres vivem na área urbana, com incidência de pobreza de 39,02% (IBGE, 2016). O Programa Minha Casa Minha Vida que atende ao município foi criado, pelo governo federal, para fomentar a produção habitacional para população de baixa renda, concentrando seus recursos nas ações de urbanização e desenvolvimento de assentamentos precários, como mecanismo de redução das desigualdades socioespaciais, contudo, não consegue suprir a necessidade habitacional do município.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à moradia. Déficit habitacional. Cáceres. EMPA.

ABSTRACT: The present study analyzes the irregular occupation that occurs in the Jardim das Oliveiras neighborhood, popularly

1 Profª. Mestra em Direitos Humanos do Departamento de Direito da Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT. Cáceres/MT. E-mail: evelysaldanha@gmail.com

2 Acadêmico do 10º Semestre do Curso de Direito de Cáceres/MT, da Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT. E-mail: richardsilva1995@hotmail.com

known as EMPA, in Cáceres / MT, as well as verify the situation of access to the dwelling of the inhabitants, in what pertains to said area. Was forced to occupy the place irregularly, where it lives and survives without minimum sanitation conditions, basic infrastructure and any urban planning by the Public Power. The municipality of Cáceres currently has a population of 87,942 inhabitants, according to IBGE-2010 Census, which estimated that in 2016 it would have a population of 90,881 inhabitants, 87.07% of the population of Cáceres living in the urban area, with incidence of poverty of 39.02% (IBGE, 2016). The My Home My Life Program that serves the municipality was created by the federal government to foster housing production for the low-income population, concentrating its resources on urbanization and precarious settlement development, as a mechanism to reduce socio-spatial inequalities. Cannot meet the housing needs of the municipality.

KEYWORDS: Right to housing. Housing deficit. Cáceres. EMPA.

INTRODUÇÃO

A cidade de Cáceres/MT, assim como a maioria das cidades brasileiras, é marcada pela ocupação espontânea ou irregular, normalmente, pela população mais pobre, que vive em lugares mais periféricos, menos valorizados da cidade, e sobrevive sem as mínimas condições de infraestrutura e saneamento básico, nas áreas marginais da cidade, sem qualquer planejamento urbano.

A proliferação de processos informais de desenvolvimento urbano tem sido uma das principais características do processo de urbanização no Brasil. “Ao longo das décadas de crescimento urbano, mas, sobretudo, nas últimas décadas, dezenas de milhões de brasileiros não têm tido acesso ao solo urbano e à moradia senão através de processos e mecanismos informais – e ilegais”. (FERNANDES, 2002, p. 440).

As principais formas de habitação produzidas diariamente nas cidades brasileiras são loteamentos e conjunto habitacionais irregulares e/ou clandestinos, favelas, cortiços, casa dos fundos, ocupações de áreas públicas, nas beiras de rios.

O crescimento desordenado das cidades e o processo de favelização têm avivado grande atenção e discussão acerca dos instrumentos de proteção e defesa do bem-estar dos seus habitantes, uma vez que a ocupação desenfreada dá-se, normalmente, em áreas de risco, áreas de preservação ambiental, lugares menos valorizados e mais afastados da cidade, sem infraestrutura necessária, como saneamento básico, escolas, assistência à saúde, transporte e lazer, para uma vida digna.

Normalmente, as áreas ocupadas irregularmente transformaram-se em bairros nos quais predomina a falta de higiene, colocando os seus moradores sujeitos às doenças, degradação social e moradia indigna, sem infraestrutura no meio da poeira e da lama.

Cabe destacar que a Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo um marco da ordem urbanística, e prevê a política de desenvolvimento urbano que “tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” (BRASIL, *on line*), conforme dispõe o seu artigo 182.

Em 2001 foi aprovado o Estatuto da Cidade (Lei nº. 10.257/2001), que regulamenta a política urbana no Brasil (artigos 182 e 183 da Constituição Federal) e apresenta-se “como suporte jurídico para a realização do planejamento urbano e para a ação dos governos municipais, traçando as diretrizes necessárias para o planejamento e para a condução do processo de gestão das cidades” (DIAS, 2012, p. 43), garantindo qualidade de vida aos habitantes e sustentabilidade à existência da cidade.

O papel do Poder Público é de grande importância por assumir a responsabilidade de criar acesso à moradia da população de baixa renda e não permitir a criação de novos loteamentos irregulares, os quais não têm os padrões mínimos exigidos por lei, com a implantação de serviços básicos e toda infraestrutura, como ruas e sistema de drenagem, água encanada, serviços de esgoto e coleta de lixo, creches e escolas, hospitais e etc.

Desse modo, é necessário que o Poder Público elabore políticas de desenvolvimento urbano que facilitem o acesso à mo-

radia digna e adequada, num meio ambiente urbano equilibrado e preservado, para as presentes e futuras gerações, garantindo o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, o bem-estar e a sadia qualidade de vida de seus habitantes.

Contudo, em que pesem as legislações que garantem o acesso à moradia digna, em Cáceres, nos anos 90, ocorreu a ocupação irregular da área da Empresa Mato-grossense de Pesquisa, Assistência e Extensão Rural - S.A (EMPAER-MT)³, instituída como bairro Jardim das Oliveiras, e conhecido popularmente por EMPA, pela população de baixa renda cacerense, que se deu em razão do déficit de moradias existentes no município, ou seja, pela falta de acesso à moradia. Com a invasão do local houve a construção de moradias precárias pelos ocupantes da área.

Assim, o nosso objetivo neste trabalho é analisar a ocupação irregular ocorrida no bairro Jardim das Oliveiras, antigo EMPA, no município de Cáceres/MT, bem como verificar a situação do direito e acesso à moradia dos habitantes.

O direito à moradia como direitos humanos

O direito à moradia é um dos núcleos que permite o alcance da dignidade da pessoa humana, razão pela qual foi inserido no rol dos direitos humanos, desde a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, inaugurando uma nova dimensão de direitos sociais em prol de uma vida digna, essenciais ao pleno reconhecimento de sua importância como direito básico e essencial à vida humana.

Em 1966 foi aprovado o principal documento de proteção aos direitos sociais, no âmbito das Nações Unidas, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “quando, pela primeira vez, o termo *moradia* surgiu”. (SOUZA, 2013, p. 56).

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e

3 Empresa Mato-Grossense de Pesquisa, Assistência e Extensão Rural - S.A. é uma sociedade de economia mista, vinculada à Secretaria de Agricultura e Assuntos Fundiários do Estado de Mato Grosso, dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e autonomia administrativa e financeira, estabelecida em Cuiabá-MT.

Culturais, de 1966, em seu artigo 11, prevê que “os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida”. (ONU, 1966).

Já em 1976 foi realizada em Vancouver, no Canadá, a primeira Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Urbanos que adotou a Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver, na qual o olhar sobre a habitação e a moradia foi feito na perspectiva dos assentamentos humanos (*human settlements*).

As razões que motivaram a realização da Conferência estão expressas na Declaração de Vancouver sobre os Assentamentos Humanos, que apresenta os princípios gerais e propostas para ações efetivas no sentido de melhorar a qualidade de vida dos indivíduos nos assentamentos humanos e, ainda, refere-se às péssimas condições de vida e às dificuldades em satisfazer as necessidades básicas dos indivíduos como emprego, moradia, serviços de saúde, educação e recreação, e as aspirações condizentes com os princípios da dignidade humana. (GOMES, 2005).

A Declaração de Vancouver detalha os assentamentos humanos e destaca o problema para melhorar a qualidade de vida dos indivíduos e traz a moradia como elemento indispensável do programa de ação e política dos Estados para uma vida digna de seus indivíduos.

Merece destaque a Agenda 21, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992, que, em seu capítulo VII, item 6, prevê o direito de “acesso a uma habitação sadia e segura, é essencial para o bem-estar econômico, social, psicológico e físico da pessoa humana e deve ser parte fundamental das ações de âmbito nacional e internacional”. (SAULE JUNIOR, 1999, p. 82).

Em 1996, um importante instrumento internacional sobre o direito à moradia foi inaugurado e adotado na Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – Habitat II, realizada em Istambul, a Agenda Habitat, “que teve como temas

globais a Adequada Habitação para Todos e o Desenvolvimento de Assentamentos Humanos Sustentáveis em um Mundo em Urbanização". (Idem).

A Agenda Habitat estabelece que o direito à moradia compreenda a habitação adequada, sadia, acessível e disponível, segura, protegida, com a inclusão de serviços básicos como água, energia, saneamento básico, coleta de lixo e etc., baseada no bem-estar e melhor qualidade de vida para seus habitantes.

Assim, o direito à moradia foi expressamente reconhecido como um direito humano, incluído no rol dos direitos sociais e que tem por finalidade garantir um nível de vida adequado ao ser humano e sua família, assim como uma melhoria contínua das condições de vida.

O Brasil reconheceu a importância do direito de acesso à moradia quando inseriu o direito à moradia na Constituição Federal com a Emenda Constitucional nº. 26/2000, como direito social fundamental. E, ainda, o Estatuto da Cidade – Lei Federal nº. 10.257/2001 – que prevê o direito à moradia, como sendo um dos objetivos da política urbana.

Do mesmo modo, no âmbito do município de Cáceres/MT, as diretrizes e os objetivos previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade foram contemplados no Plano Diretor do Município – Lei Complementar Municipal nº. 90/2010 que, em seu art. 81, inciso VI, garante “o acesso à moradia digna, com a ampliação da oferta de habitação para as faixas de renda média e baixa” (CÁCERES, Lei complementar nº. 90, 2010).

No entanto, diante da realidade brasileira e cacerense, há um descompasso, uma vez que é assegurado o direito à moradia como sendo indispensável à vida humana, porém, a população está longe de gozá-lo e de ter acesso à moradia digna, o que veremos a seguir.

O déficit de moradias e a realidade cacerense

O Brasil enfrenta um dos seus maiores problemas sociais,

o déficit habitacional que hoje está estimado em 6 milhões de moradias (CBIC, 2014). Cáceres, assim como os demais municípios brasileiros, também enfrenta sérios problemas na área de habitação. Em 2011 havia um déficit habitacional em Cáceres, que chegava a 8 mil casas. (CÁCERES, 2014).

O município de Cáceres atualmente tem uma população de 87.942 habitantes, segundo Censo do IBGE-2010, o qual estimou que em 2016 estaria com uma população de 90.881 habitantes, sendo que 87,07% da população de Cáceres vivem na área urbana, com incidência de pobreza de 39,02% (IBGE, estimativa de população, 2016).

O Programa Minha Casa Minha Vida do governo federal, instituído há aproximadamente 7 anos, tem ofertado aos habitantes cacerenses, com renda até R\$ 1.600,00, o acesso à moradia, no entanto, essa oferta não tem sido suficiente para suprir o déficit habitacional no município, e segundo o secretário de Ação Social, Claudio Henrique Donatoni, em 2016, “Cáceres ainda possui um déficit habitacional para famílias de baixa renda de aproximadamente 7 mil moradias”. (TEIXEIRA, 2016).

A política habitacional no Brasil enfrenta sérios problemas desde a extinção do Banco Nacional de Habitação (BNH) em 1986, em razão da descontinuidade do enfrentamento do déficit de moradia, pela perda de capacidade de formulação de políticas em nível federal e do encolhimento de recursos destinados às políticas urbanas. A partir de 1988, com a redemocratização promovida pela Constituição Federal, o setor habitacional passou a depender da iniciativa municipal. (CARDOSO et al., 2011).

Segundo Cardoso et al. (Idem), “entre 1986 e 2003, a política habitacional em nível federal mostrou fragilidade institucional e descontinuidade administrativa, com reduzido grau de planejamento e baixa integração às outras políticas urbanas”.

Em Cáceres, entre os anos 1986 e 2003, não se tem notícias de programas habitacionais com ofertas de moradia à população de baixa renda, tanto que na década de 90, ocorreram a invasão e a ocupação da área da Empresa Mato-grossense de Pesquisa, Assis-

tência e Extensão Rural - S.A. - EMPAER-MT.

O bairro Jardim das Oliveiras, conhecido popularmente como EMPA, está localizado à margem esquerda do Rio Paraguai e nasceu a partir de uma ocupação irregular, em terras doadas pelo Município de Cáceres-MT à Empresa Mato-grossense de Pesquisa, Assistência e Extensão Rural - S.A. - EMPAER-MT, mediante escritura pública de doação de uma área de 130,1873 ha, sob matrícula nº. 42.654 do 1º Ofício - Serviços Notariais e Registrais da Comarca de Cáceres/MT. Todavia, após alguns anos de funcionamento, a empresa deixou de realizar suas pesquisas, abandonando o local e as instalações, o que favoreceu a invasão da área, em razão da falta de oferta de acesso à moradia no município. O bairro EMPA está localizado na periferia do município de Cáceres e a sua ocupação inicial foi realizada pela população de baixa renda, por se tratar de área abandonada por empresa do Estado situada longe da centralidade da cidade.

Cabe destacar que somente a partir de 2003, no Brasil, iniciou “um movimento mais sistemático para a construção de uma política habitacional mais estável” (CARDOSO et al., 2011). Foi criada a Secretaria Nacional de Habitação, no âmbito do Ministério das Cidades, com o objetivo de dar sequência ao projeto de moradia, com o propósito de reforçar o papel estratégico das administrações locais (municipais), articular institucional e financeiramente com outros níveis de governo, a partir do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social. (Ibidem).

Para se integrar ao novo Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, os estados e municípios deveriam “aderir à estrutura de criação de fundos, conselhos e planos locais de Habitação de Interesse Social (HIS), de forma a garantir sustentabilidade, racionalidade e, sobretudo, a participação democrática na definição e implementação dos programas e projetos”. (CARDOSO et al., 2011, p. 2). E a partir da criação do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social - FNHIS, a possibilidade de repasse de recursos aos municípios e estados para implementação e execução das políticas habitacionais.

Segundo Cardoso et al. (2011, p. 2), “entre 2006 e 2009 foram alocados no FNHIS recursos da ordem de 4,4 bilhões de reais, beneficiando mais de 4.400 projetos”, para investimento habitacional. No ano de 2007 foi lançado pelo governo federal o Plano de Aceleração do Crescimento - PAC, com o objetivo de promover o crescimento econômico e investimentos em infraestrutura, no qual houve previsão de investimentos em habitação e saneamento urbano.

No ano de 2008, mesmo com a crise mundial, o governo brasileiro sustentou os investimentos públicos, na área de infraestrutura, com destaque na área de habitação, em razão do PAC. E, em março de 2009, anunciou o Programa Minha Casa Minha Vida, com o objetivo de ampliação do mercado habitacional para atendimento familiar com renda de até 10 salários mínimos, no qual estabeleceu um patamar de subsídio direto e proporcional à renda das famílias (CARDOSO et al., 2011).

Assim, o Programa Minha Casa Minha Vida foi criado para fomentar a produção habitacional no Brasil para população de baixa renda, com auxílio e participação do setor privado, concentrando seus recursos nas ações de urbanização e desenvolvimento de assentamentos precários, por orientação do Ministério das Cidades, como mecanismo de redução das desigualdades socioespaciais.

Em Cáceres, a partir de 2009, iniciou-se uma política habitacional, com oferta de moradia à população de baixa renda, com a implementação do Programa Minha Casa Minha Vida, no entanto, a demanda por moradia está longe de ser suprida, uma vez que ainda há um déficit habitacional de 7 mil moradias. (TEIXEIRA, 2016).

Vale ressaltar que a moradia, compreendida além de mero teto, deve ser digna e abarcar a integração com a cidade em seu entorno, com disponibilidade de infraestrutura urbana e acesso aos serviços públicos como oportunidades de emprego, profissionalização/educação, segurança, transporte, acesso à justiça, a existência de áreas de lazer e outros, que se caracterizam como inclusão

ao direito à cidade e ao exercício de cidadania.

A partir do estudo realizado, observou-se que no Bairro EMPA não há integração do bairro com a cidade, os moradores são privados de diversos serviços públicos e infraestrutura básica, como coleta de lixo, água tratada; “no bairro existe apenas uma escola municipal que fornece o ensino fundamental, sendo assim, após terminar o ensino fundamental, o estudante tem que procurar outra escola, que fica distante, para terminar o ensino médio” (COSTA et al., 2014), e não houve uma preocupação do Poder Público em realizar a regularização fundiária da área.

Segundo Coy et al. (1994, p. 91), em Cáceres nos deparamos com

Um desenvolvimento completamente desordenado no contexto urbano causado pelo processo migratório e pela expulsão do homem do campo para a cidade. E assim, grandes áreas urbanizadas surgiram de invasões e de grilagem e mais de 50% dos lotes urbanos particulares em Cáceres não tem documentos, nenhum título, somente posse.

De acordo com Dan (2010, p. 94), “a urbanização reflete determinadas relações sociais, assim como as contradições da economia de mercado e também as desigualdades sociais marcadas pela estratificação e pela produção setorializada do espaço urbano”.

Verifica-se que o espaço urbano cacerense é fragmentado e explorado, com contradições entre abundância e escassez, ricos e pobres, centralidade e periferia, havendo, portanto, uma enorme desigualdade social e falta de acesso à moradia digna.

Para Santin e Mattia (2007, p. 2),

A ocupação veloz e desordenada das cidades gerou, entre outros, problemas como a deterioração do ambiente urbano; desorganização social; falta de habitação; desemprego; loteamentos clandestinos sem saneamento básico, muitos em áreas de preservação ambiental; construções em desacordo com as normas municipais; atividades comerciais invadindo

áreas residenciais sem respeito às regras de zoneamento; tráfego intenso; falta de ruas pavimentadas inviabilizando o acesso da polícia, de ambulâncias, da coleta de lixo; ausência de iluminação pública. Enfim, uma cadeia de problemas que se constituem em consequência da urbanização desordenada.

Deste modo, é necessário que o Poder Público crie políticas públicas que estabeleçam, nos dizeres de Milton Santos (2007, p. 41), “os alicerces de um espaço verdadeiramente humano, de um espaço que possa unir os homens para e por seu trabalho, mas não para em seguida dividi-los em classes, em exploradores e explorados”.

Emergem, assim, a necessidade de integração e a convergência das políticas públicas e planejamento urbano, a partir de atividades e responsabilidades sociais voltadas à moradia e à construção da qualidade de vida urbana nas periferias, como é o caso do EMPA, para a promoção da sustentabilidade do espaço urbano e na construção de uma cidade mais justa.

CONCLUSÃO

O Poder Público deve buscar a implementação das dimensões fundamentais propostas pelo Estatuto da Cidade para a consolidação da ordem constitucional de desenvolvimento urbano, na elaboração de uma política urbana que ordene e discipline a ocupação do espaço, a partir de uma gestão democrática e de acesso à moradia, contribuindo para a qualidade de vida dos habitantes da cidade.

É preciso investimento público no acesso à moradia digna, na regularização fundiária urbana, na infraestrutura entre outros, para evitar as mazelas sociais e conflitos relacionados ao planejamento, gestão, propriedade, apropriação e uso do solo nas áreas urbanas, como ocorreu no caso do bairro EMPA.

Deste modo, o desafio maior para a solução dos problemas urbanos enfrentados em Cáceres não se refere somente à legisla-

ção, mas à formulação de estratégias e elaboração de políticas públicas mais eficazes, que garantam o acesso de todos ao mercado habitacional, constituindo planos e programas habitacionais que atendam à população de baixa renda, que não tem acesso à moradia e vive em condições precárias de habitabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, República Federativa do. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 182. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 09 jan. 2016.

_____. *Lei nº. 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 nov. 2014.

CÁCERES. *Lei Complementar nº. 90/2010, de 29 de dezembro de 2010*. Institui a atualização do Plano Diretor de Desenvolvimento do Município de Cáceres, nos termos do artigo 182 da Constituição Federal de 1988, do capítulo III da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 - Estatuto da Cidade - e do Título IV, Capítulo V da Lei Orgânica do Município de Cáceres.

_____. Túlio Fontes assina adesão ao PAC 2. Habitação Cáceres poderá ter mais 2 mil casas populares. Publicada em 29/09/2011 10:24:00. Disponível em: <<http://www.caceres.mt.gov.br/Noticia/1215/tulio-fontes-assina-adesao-ao-pac-2-habitacao-e-caceres-podera-ter-mais-2-mil-casas-populares-#.VGuxBzTF808>> Acesso em: 14 out. 2016.

CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO (CBIC). CBIC. Déficit habitacional no Brasil. Disponível em: <<http://www.cbicdados.com.br/menu/deficit-habitacional/deficit-habitacional-no-brasil>> Acesso em: 17 out. 2016.

CARDOSO, Adauto Lucio; ARAGÃO, Thêmis Amorim; ARAÚJO, Flávia de Souza. Habitação de interesse social: política ou mercado?

Reflexos sobre a construção do espaço metropolitano. In: *Anais do XIV Encontro Nacional da ANPUR*, maio de 2011, Rio de Janeiro/RJ, Disponível em: < http://www.observatoriodasmetropoles.net/download/adauto_cardoso.pdf> Acesso em: 19. abr. 2016.

COSTA, Dilma Lourença da; COSTA, Alex Bruno Silva; JUSTINIANO, Laura A. de Arruda; SILVA, Tânia Paula da. Olhar geográfico sobre o espaço urbano de Cáceres-MT: experiências e vivências compartilhadas através da aula de campo. In: *Anais do VII Congresso Brasileiro de Geógrafos*, 10 a 16 de agosto de 2014, Vitória-ES. Disponível em: <http://www.cbg2014.agb.org.br/resources/anais/1/1404693213_ARQUIVO_Alex_Art_Final_CBG2014.pdf> Acesso em: 18 abr. 2016.

COY Martin; FRIEDERICH, Martin; ROPER, Monika.; SSCHIER, Michada; DE AGUIAR, Maria Virginia A. *Questão urbana na bacia do Alto Paraguai*. UFMT. Centro de Estudos da América Latina, 1994.

DAN, Vivian Lara Cáceres. *O acesso à cidade: questões socioeconômicas da cidade de Cáceres com enfoque na praça da feira*. Dissertação (Mestrado em História, Poder e Práticas Sociais). Universidade Estadual do Oeste do Paraná - Unioeste, Marechal Cândido Rondon/PR, 2010.

DIAS, Daniella Maria dos Santos. *Planejamento e desenvolvimento urbano no sistema jurídico brasileiro: óbices e desafios*. Curitiba/PR: Juruá, 2012.

FERNANDES, Edésio. Regularização de assentamentos informais: o grande desafio dos municípios, da sociedade e dos juristas brasileiros. In: FÓRUM DE DIREITO URBANO E AMBIENTAL, ano 1, n. 5, p. 440-446, setembro/outubro, 2002.

GOMES, Francisco Donizete. *Direito fundamental social à moradia: legislação internacional, estrutura constitucional e plano infraconstitucional*. Porto Alegre: UFRGS. Faculdade de Direito, 2005.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE) IBGE. Mato Grosso - Cáceres. *Cidades@*, 2010. Disponível em: <<http://www.cidades.ibge.gov.br/>>

xtras/perfil.php?lang=&codmun=510250&search=mato-grosso|caceres|infograficos:-informacoes-completas> Acesso em: 18 nov. 2014.

_____. Estimativa de população 2016. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2016/estimativa_dou.shtm> Acesso em: 14 out. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). ONU. Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. 1966. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%20C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2015.

RIZEK, Cibele Saliba. O programa minha casa minha vida entidades: provisão de moradia no avesso da cidade? In: *CIDADES: Revista Científica/ Grupo de Estudos Urbanos*. Vol. 11, nº. 19, p. 236-265. São Paulo: Grupo de Estudos Urbanos, 2014.

SANTIN, Janaina Rigo; MATTIA, Ricardo Quinto. Direito urbanístico e estatuto das cidades. In: *Revista de Direito Imobiliário*. Vol. 63, p.1-11, jul./2007.

SANTOS, Milton. *Pensando o espaço do homem*. 5. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007.

SAULE JÚNIOR, Nelson. O direito à moradia como responsabilidade do estado brasileiro. In:_____. (Coord.). *Direito à cidade: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade. *Revista dos Tribunais*, 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo, 2013.

TEIXEIRA, José Carlos. Mais de 3 mil já fizeram inscrições pra casas populares em Cáceres. In: *Jornal Oeste*, publicado em 08/01/2016, Disponível em: <http://www.jornaloeste.com.br/noticias/exibir.asp?id=36595¬icia=mais_de_3_mil_ja_fizeram_inscricoes_para_casas_populares_em_caceres> Acesso em: 19 abr. 2016.

PROVA NO HOMICÍDIO SEM CADÁVER

Gabrielle Vidrigo de Souza Machado¹

Solange Teresinha Carvalho Pissolato²

RESUMO: Este estudo objetiva demonstrar a possibilidade de pronunciamento e condenação do agente pela prática do crime de homicídio, sua materialidade e quais provas poderão ser utilizadas no decorrer do processo, mesmo tendo a ausência do cadáver para comprovação real do fato, e abordar a importância das provas no decorrer do processo penal, pois são elas que levarão à descoberta da verdade real. Foi realizada pesquisa bibliográfica, leitura da legislação, de doutrinas, artigos e jurisprudências. Destacou-se ainda o estudo de dois julgados de crime de homicídio sem que o cadáver fosse encontrado. O que está em questão é o modo de provar que o crime realmente aconteceu, pois quando não há o corpo da vítima que, no caso do homicídio, é a materialidade do crime impossibilitando a realização do exame de corpo de delito direto, surge então a possibilidade da utilização de outros meios de prova, ou seja, a realização do exame de corpo de delito indireto que é obtido através de testemunhas somadas aos vestígios deixados pelo crime. Conclui-se que a inexistência do cadáver não poderá deixar o réu impune, podendo ele ser denunciado, pronunciado e posteriormente condenado pela prática do crime.

PALAVRAS-CHAVE: Provas. Crime material. Exame de corpo de delito.

ABSTRACT: This study aims to demonstrate the possibility of pronouncing and condemning the perpetrator for the homicide crime, its materiality and which evidence may be used during the process, even though the absence of the corpse for actual evidence of the fact, and address the importance of evidence during the course of criminal proceedings, since they are the ones that will lead

¹ Acadêmica do Curso de Direito da UNEMAT. Campus de Diamantino-MT.

² Professora Mestranda do Curso de Direito da UNEMAT. Campus de Diamantino-MT.

to the discovery of the real truth. A bibliographical research was carried out, the reading of doctrines, articles and jurisprudence. It was also highlighted the study of two felony murder trials without the corpse being found. What is at issue is the way of proving that the crime really happened, because when there is not the body of the victim that in the case of the murder is the materiality of the crime making it impossible to carry out the examination of a direct crime body, then the possibility of The use of other means of proof, that is, the conduct of the examination of an indirect offense that is obtained through witnesses added to the traces left by the crime. It is concluded that the non-existence of the corpse cannot leave the defendant unpunished, being able to be denounced, pronounced and later condemned by the practice of the crime.

KEYWORDS: Evidence. Crime material. Examination of corps of crime.

INTRODUÇÃO

A preocupação deste trabalho centrou-se na possibilidade de deixar alguém impune de responsabilização no crime de homicídio diante da ausência do corpo da vítima para comprovar a materialidade do crime. Nesse cenário surgem as chamadas provas do crime. A prova material do homicídio se mostra relevante para que haja a condenação do agente e ainda para comprovação do delito. Quando nos referimos ao crime de homicídio há uma grande repercussão na sociedade, visto que é o delito que desperta maior interesse na população, pois se trata do bem mais precioso que o homem possui: a vida.

As discussões surgem devido à ausência do cadáver, pois o crime de homicídio se consubstancia no exame de corpo de delito direto e, por consequência, no respectivo laudo que o atesta.

O presente artigo tem por escopo analisar com breves considerações tal situação visto que, de um lado, temos os princípios do Estado Democrático de Direito que são abalados diante da incerteza de uma condenação; por outro lado, surge o receio de

deixar impune o agente que comete um crime tão grave. No caso em questão, questiona-se se é possível juridicamente processar o réu sem o cadáver, pois o delito, qual seja, o homicídio, exige dois aspectos para a denúncia: indício de autoria e a materialidade. A materialidade seria no caso o cadáver, mas eis que surge a dúvida, como condenar alguém por homicídio sem o corpo da vítima? A pergunta que se faz é: seria possível ficar um acusado impune pela inexistência de cadáver em um crime de homicídio?

Importante destacar que muitas pessoas leigas na área jurídica não concordam com o fato de um cidadão ser condenado por um crime em que não há prova concreta da sua existência. Porém, a importância do presente estudo é justamente demonstrar que se não houvesse a possibilidade de condenação em nosso ordenamento jurídico, em muito facilitaria para o agente planejar e praticar o delito de forma que o corpo não aparecesse para comprovação do crime. Contudo, a robustez das provas pode levar o culpado à condenação.

O estudo teve como aporte a realização de uma pesquisa bibliográfica, leitura de doutrinas, artigos e jurisprudências. Destacou-se ainda o estudo de dois julgados brasileiros de crime de homicídio sem que o cadáver fosse encontrado, objetivando assim descrever a importância das provas no decorrer do processo penal, pois são elas os meios de se descobrir a verdade real do crime. O que é relevante destacar é o modo de provar que o crime realmente ocorreu independentemente da existência do cadáver, oportunizando assim a condenação do agente delituoso.

DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Conceito

Processualmente falando, a prova é o meio eficaz para se chegar à verdade, sendo também a forma de o juiz formar sua convicção a respeito da existência ou inexistência de um fato para que se possa, assim, decidir e prolatar a sentença mais justa possível.

Nucci (2007, p. 335) menciona sobre o tema:

O termo prova origina-se do latim – *probatio* –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – *probare* – significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.

Assim, o termo “prova” trata de todos os elementos capazes de demonstrar a existência ou não de determinado fato. Ressalta-se, ainda, seu valor por ser o meio de formação da convicção do juiz, que irá utilizar todas as provas encontradas como base para fundamentação da sentença. Em consonância com a Constituição Federal de 1988, todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas conforme a disposição do artigo 93, inciso IX.

Objeto da prova

A finalidade da prova no direito processual, como já exposto acima, é a formação da convicção do juiz. Conceitua-se como objeto da prova todos os fatos, acontecimentos que devem ser revelados no processo, a fim de que o juiz possa utilizá-los como instrumento de autenticidade para resolver o litígio e atribuir valor a cada fato.

Ônus da prova

A regra do Código de Processo Penal (CPP) é a de que o ônus da prova incumbe a quem o alega. O Art. 156 desse Código assim dispõe: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, mas o Juiz poderá no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, determinar de ofício diligências, para dirimir dúvidas sobre o ponto relevante”.

Sujeitos da prova

No que se refere ao sujeito, a prova poderá ser real (coisa) ou pessoal. Diz que se refere ao pessoal quando a prova resultar da vontade racional do indivíduo. Nesse caso, necessitará de uma declaração da pessoa com o propósito de estampar a verdadeira realidade dos fatos. A prova real equivale à atestação que advém da própria coisa constitutiva da prova como ferimento, o projétil balístico. (LIMA, 2013).

Do valor da prova

No tocante aos efeitos e valor da prova, esta poderá ser plena (quando se tratar daquelas provas sem sombra de dúvida, que o magistrado ao deparar com tais provas terá certeza de sua veracidade), ou não plena e também chamada de indiciária (quando o juiz ao apreciá-las verifica que tem a possibilidade de ser uma prova verídica, mas não há uma certeza). Para Távora (2013, p. 348), “é o grau de certeza gerado pela apreciação da prova”.

a) Plena - Prova convincente e verossímil;

b) Indiciária ou não plena - Não há certeza sobre o fato e são tratadas como indícios.

Podemos ver que há uma ligação desses efeitos da prova com os dois princípios: o princípio do *in dubio pro reo*, e o *in dubio pro societate*.

Quando, por meio de uma prova, o juiz não conseguir obter um juízo real sobre o fato ser verídico ou não, prevalecendo a incerteza, ele deverá absolver o réu e, nesse caso, surge o princípio do *in dubio pro reo*. Todavia, se o juiz, ao averiguar as provas tiver um juízo de esperança e a hipótese dela ser verídica, ele poderá usar o princípio do *in dubio pro societate*, podendo, por exemplo, decretar a prisão preventiva de alguém para proteger os interesses da sociedade, em razão da hipótese de o fato ser verdadeiro.

Sistema de valoração das provas

A apreciação das provas foi evoluindo conforme o costume e o regime político de cada povo. Importante salientar que esse sistema se formou e se amoldou conforme os anos. (DINAMARCO, 2001).

Nucci (2015, p. 345) esclarece sobre os três sistemas:

a) livre convicção, que é o método concernente à valoração livre ou à íntima convicção do magistrado, não há necessidade de motivação para as decisões, sistema adotado no Tribunal do Júri; b) prova legal, cujo método é ligado à valoração taxada ou tarifada da prova; c) persuasão racional, que é o método misto, também chamado de convencimento racional, livre motivado, apreciação fundamentada ou prova fundamentada.

Trata-se do sistema adotado, majoritariamente pelo processo penal brasileiro, com fundamento na Constituição Federal (art. 93, inciso IX).

Princípios que norteiam a prova

Dispõe Nucci (2007, p.76), nesse sentido: “Princípio jurídico quer dizer um postulado que se irradia por todo o sistema de normas, fornecendo um padrão de interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo, estabelecendo uma meta maior a seguir”. Dentre os princípios estão: Iniciativa das Partes, Contraditório e Ampla Defesa, Juiz Natural, Verdade Real, Publicidade, Presunção de Inocência, Duplo Grau de Jurisdição.

Lima (2013) faz menção ao princípio da proporcionalidade, da comunhão da prova, da autorresponsabilidade das partes, da oralidade e liberdade probatória.

OS MEIOS DE PROVA

Os meios de prova são todas as provas que podem ser em-

pregadas dentro do processo, excetuando-se as não permitidas por lei. Logo, a prova ilícita não pode ingressar nos autos do processo. A sanção prevista na Constituição para a prova reconhecida ilícita é a sua inadmissibilidade, devendo ser desentranhada dos autos. (LIMA, 2013).

Távora (2013 p. 349) descreve que “Os meios de prova são os recursos de percepção da realidade e formação do convencimento. É tudo aquilo que pode ser utilizado, direta ou indiretamente, para demonstrar o que se alega no processo”.

As provas que evidenciam o fato arrolado no Código de Processo Penal não são taxativas e sim exemplificativas, se fossem taxativas poderiam conter o culpado de trazer ao processo concretas provas que teriam um valor relevante em seu julgamento, ademais poderia prejudicar justamente os princípios da verdade real, o princípio do contraditório, ampla defesa e o princípio da liberdade das provas.

Deste modo, esclarece Mirabete (2006, p. 252):

Como no processo penal brasileiro vige o princípio da verdade real, não há limitação dos meios de prova. A busca da verdade material ou real, que preside a atividade probatória do juiz, exige que os requisitos da prova em sentido objetivo se reduzam ao mínimo, de modo que as partes possam utilizar-se dos meios de prova com ampla liberdade. Visando o processo penal, o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei.

Costuma-se relatar que não há restrição quanto aos meios de prova quando se pretende alcançar a verdade real, visto que a investigação tem a necessidade de ser a mais vasta possível, visando, como propósito principal, conseguir a veracidade do fato, da autoria e das circunstâncias do crime. Contudo, a liberdade probatória não é absoluta, uma vez que vamos nos deparar com restrições prescritas pela lei para determinados casos.

Para que ocorra a condenação, é necessário ter a certeza quanto à materialidade do crime e sua autoria. Desta forma, o magistrado busca saber o que realmente ocorreu, de que forma ocorreu, quem incorreu para a infração e todas as suas circunstâncias. Vigora, assim, no processo penal, o princípio da verdade real.

Defende Tourinho Filho (2011, p. 62):

Melhor seria falar de “verdade processual” ou “verdade forense”, até porque, por mais que o Juiz procure fazer a reconstrução histórica do fato objeto do processo, muitas e muitas vezes o material de que ele se vale poderá conduzi-lo a uma “falsa verdade real”.

Em suma, o “princípio da verdade real significa, pois, que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente”. (NUCCI, 2008, p. 105).

Espécies de provas lícitas

Possuímos em nosso ordenamento jurídico as provas que não contrariam o que a lei estabelece e nem mesmo os bons costumes. Abaixo veremos as provas que poderão ser produzidas e posteriormente aceitas.

Da declaração do ofendido

Ofendido é o sujeito passivo do crime, o titular do direito ofendido. Somente participará e terá o direito de depor no processo penal se for pessoa física.

O artigo 201 do Código de Processo Penal preceitua: “Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações”.

Das testemunhas

A prova testemunhal tem sua previsão expressa no artigo 202 do Código de Processo Penal.

Segundo o ilustre doutrinador Norberto Avena (2011, p. 319), “[...] Pode testemunhar em juízo qualquer indivíduo que tenha condições de perceber os acontecimentos ao seu redor e narrar o resultado destas, suas percepções, independente de sua integridade mental, idade e condições físicas”.

Como regra contida no artigo 342 do CP e 206 do CPP, as pessoas têm o dever de testemunhar. Quando a testemunha for intimada e não comparecer sem motivo justificável, o artigo 218 do CPP autoriza a sua condução de forma coercitiva conforme determinação do juiz e se sujeita a um processo-crime por desobediência.

O Artigo 206 do aludido Código de Processo Penal preceitua as pessoas que estão dispensadas de depor tais como: os parentes mais próximos como ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado não são obrigados a depor, mas se não for possível solucionar o crime por outro meio de prova, eles poderão prestar depoimento, contudo serão ouvidos como meros informantes do juízo ou declarantes, sendo ainda dispensados de prestar compromisso da verdade real dos fatos.

Já o art. 207 do CPP nos remete às pessoas que são proibidas de depor, se refere às pessoas que devem guardar sigilo em razão de função, ministério, ofício ou profissão, *assim dispõe*: “São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”.

Perícia

A Prova Pericial está prevista nos artigos 158 a 184 do Código de Processo Penal. Compreende-se por perícia o exame conduzido por pessoa que possua certos entendimentos técnicos, cien-

tíficos, artísticos, ou práticos, sobre ocorrências, eventualidades ou condições pessoais ligados ao fato condenável com o propósito de prová-los.

Na hipótese do exame do corpo de delito, assim como em outras perícias, a lei prevê, no artigo 159 do Código de Processo Penal, que as regras são as mesmas e deverão ser realizadas por um perito oficial: “exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior”.

Exame de corpo de delito

No Sistema Jurídico Brasileiro, possuímos duas espécies de crimes, aqueles que deixam vestígios também chamados de fatos permanentes, e os delitos que não deixam vestígios chamados de fatos transeuntes.

Como bem preceitua Gomes (1978, p.31): “as infrações penais podem deixar vestígios (*delicta facti permanentis*), como o homicídio, a lesão corporal, e não deixar vestígios (*delicta facti transeuntes*), como as injúrias verbais, o desacato”.

Quando se fala em prova pericial, importante lembrar-se de uma prova que possui grande valor no processo penal, que é a prova conhecida como exame de corpo de delito. Esse exame está previsto no artigo 158 do Código de Processo Penal e trata-se do conjunto de vestígios deixados pelo crime.

Quando o crime deixar vestígios materialmente comprovados, deverá ser realizado o exame de corpo de delito. Essa prova é obrigatória e indispensável, e sua realização é imposta pela lei.

Távora e Alencar (2013, p.417) conceituam corpo de delito como

o conjunto de vestígios materiais deixados pela infração penal, seus elementos sensíveis, a própria materialidade, em suma, aquilo que pode ser examinado através dos sentidos. Ex.: a mancha de sangue deixado no local da infração; as lesões corporais; a janela arrombada no crime de furto, etc. Já o exame

de corpo de delito é a perícia que tem por objeto o próprio corpo de delito.

Imprescindível destacar que o exame de corpo de delito deverá ser efetuado por um perito, o mais rápido possível, para que não desapareçam os vestígios deixados pelo ato criminoso.

Nesse sentido, preceitua Gomes (1978, p. 32) que “o corpo de delito deve realizar-se o mais rapidamente possível, logo que se tenha conhecimento da existência do fato”.

Mirabete (2006, p. 265) diz que exame de corpo de delito é “o conjunto de vestígios materiais deixados pela infração penal, a materialidade do crime, aquilo que se vê, apalpa, sente, em suma, aquilo, que pode ser examinado através dos sentidos”.

Quando o crime deixar vestígios materialmente comprovados, deverá ser realizado o exame de corpo de delito. Essa prova é obrigatória e indispensável, e sua realização é imposta pela lei.

Prescreve o artigo 158 do Código Penal: “quando a infração deixar vestígios será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

A ausência do exame de corpo de delito, ao ser decretada a sentença, poderá ocasionar nulidade, não sendo nem a confissão do acusado suscetível de substituição. O Código de Processo Penal, todavia, contém uma observação em seu artigo 167, sendo a ausência do exame suprível pela prova testemunhal. O que ocorre neste caso é o exame de corpo de delito indireto. Sendo assim, podemos concluir que a confissão não poderá suprir o exame de corpo de delito.

O artigo 158 do Código de Processo Penal nos remete a duas modalidades de exame do corpo de delito, o exame direto e o indireto. É conceituado direto quando os peritos examinam os vestígios deixados materialmente pelo crime. Será indireto aquele realizado com base nas informações deixadas por testemunhas, documentos entre outros referentes ao fato.

Em relação ao artigo 167 do Código de Processo Penal, quando os vestígios sumirem, e não puder ser realizado o exame

de corpo de delito, poderá a prova testemunhal suprir-lhe a falta, isto é, o exame indireto poderá suprir o direto quando não existir mais vestígios.

O artigo 167 do Código de Processo Penal existe para impedir uma inesperada impunidade, pois, se não houvesse essa ressalva, qualquer pessoa que praticasse um crime, poderia fazer com que os vestígios desaparecessem e assim ficar impune.

Da acareação

A acareação tem sua previsão legal nos artigos 229 e 230 do Código de Processo Penal.

No processo, poderá ocorrer o caso de duas ou mais pessoas narrarem o ato criminoso de forma distinta. Em virtude disso, o artigo 229 do CPP permite a realização da acareação, que é ato de colocar frente a frente as pessoas que deram versões diferentes a fim de desvendar tal desarmonia.

Reconhecimento de pessoas e coisas

O reconhecimento de pessoas e coisas está previsto no artigo 226 e inserido no título reservado às provas do processo penal, e tem por finalidade a identificação de um suspeito ou de um objeto através da palavra da vítima ou das testemunhas.

Interrogatório do réu

O interrogatório do réu está previsto nos artigos 185 a 196 do CPP, sendo caracterizado como o ato em que o juiz procede à oitiva do réu. O julgador realiza perguntas ao réu, com base na acusação a ele dirigida.

Interrogatório pode ser definido como um ato personalíssimo em razão de que apenas o indiciado pode ser interrogado, ademais é ato privativo, pois só o juiz pode interrogá-lo, em concordância com o art. 187 do Código de Processo Penal. A oralidade do interrogatório aproxima o acusado do juiz.

Tornaghi (1997, p. 365) afirma que

O interrogatório é a grande oportunidade que tem o juiz para, num contato direto com o acusado, formar juízo a respeito de sua personalidade, da sinceridade de suas desculpas ou de sua confissão, do estado d'alma em que se encontra, da malícia ou da negligência com que agiu, da sua frieza e perversidade ou de sua nobreza e elevação; é ocasião propícia para estudar-lhe as reações, para ver, numa primeira observação, se ele entende o carter criminoso do fato e para verificar tudo mais que está ligado ao seu psiquismo e à sua formação moral.

Conforme o artigo 185 do CPP, *in verbis*, “O acusado que comparecer perante autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.”

Da confissão

Confissão é ato efetuado pelo suposto culpado de consentir como verídica a imputação que lhe foi feita na denúncia ou na queixa-crime. Ou seja, é dizer que foi o causador do crime relatado na exordial acusatória. A previsão desta espécie de prova e os dispositivos que os compõem estão previstos nos artigos 197 a 200, do Código de Processo Penal.

Dos documentos

A prova documental está prevista nos artigos 231 a 238 do Código de Processo Penal.

Conforme o art. 232 do CPP, “Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”.

Indícios

Os indícios estão previstos no artigo 239 do Código de Processo Penal e não são considerados essencialmente como um meio de prova e sim parte de um raciocínio.

Assim é o entendimento de Oliveira (2009, p.382):

Na verdade, o indicio mencionado no art. 239 do CPP não chega a ser propriamente um meio de prova. Trata-se, antes disso, da utilização de um raciocínio dedutivo, para, a partir da valoração da prova de um fato ou de uma circunstância, chega-se à conclusão da existência de outro ou de outra.

Os indícios não podem ser comparados com as presunções, conforme os ensinamentos de Nucci (2007, p. 468), “as presunções não são consideradas como meios de prova, pois as presunções constituem apenas mera opinião com base em algo suspeito ou até mesmo algo suposto, é um processo considerado como dedutivo”. Já através de indícios, o magistrado poderá alcançar um estado de certeza.

HOMICÍDIO

O crime de homicídio, previsto no Código Penal, tem como finalidade a salvaguarda do bem mais precioso, ou seja, a vida.

A Constituição Federal de 1988, ao revelar o perfil político constitucional do Brasil (art. 1º), instituiu o Estado Democrático de Direito que contém os Direitos e as Garantias Fundamentais, inclusive o direito à vida que é assegurado no artigo 5º caput e inciso X, no qual se diz que o direito à vida é inviolável em razão de sua importância, pois sem a vida não há o que se falar em dignidade humana e todos os direitos dela decorrentes.

O homicídio é previsto na parte Especial do Código Penal, em seu artigo 121, sob a expressão típica “matar alguém”.

Considerando a vida o bem jurídico mais valioso e o crime que desperta maior interesse da sociedade, iremos analisar as suas

peculiaridades.

Do homicídio sem cadáver

Há muito que se discute sobre a possibilidade do acusado ser processado e condenado pelo crime de homicídio, mesmo com a ausência do corpo para comprovação real do fato, por se tratar o homicídio de um crime material.

No caso em questão, é possível, juridicamente, processar o réu sem o corpo, pois o delito, qual seja, o homicídio, exige dois aspectos para a denúncia: indício de autoria e a materialidade. A materialidade seria no caso o cadáver, mas eis que surge a dúvida, como condenar alguém por homicídio sem o corpo da vítima?

De acordo com o artigo 158 do Código de Processo Penal, “Quando a infração deixar vestígios será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.” Em contrapartida, temos o artigo 167 do mesmo Código que prevê: “Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”.

Ainda nessa direção, possuímos outro inciso, contido no artigo 564 do CPP, mais especificadamente o inciso III, alínea “b” que declara: “haverá nulidade pela falta do exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios”, porém ressaltando o disposto no artigo 167 do CPP, o qual diz que a testemunha poderá suprir a falta do exame direto.

Portanto, os três artigos acima devem ser interpretados conjuntamente, para que não se faça uma interpretação errônea no procedimento de qualquer inquérito.

O corpo de delito trata-se de um mero meio de prova que poderá ser suprido por outros meios de prova, visto que não há uma hierarquia entre as provas, e o que se preza é a procura da verdade real, ou seja, deve-se recorrer aos outros meios passíveis para formar o convencimento sobre o crime.

O recebimento da denúncia leva em consideração a prova

da materialidade mesmo que essa prova seja por um exame do corpo de delito indireto e indícios de autoria, ou seja, indícios de que a pessoa que está sendo acusada e que após o recebimento da denúncia será réu, tem indícios de sua participação no desaparecimento daquela pessoa.

ESTUDO DE CASOS

Buscou-se analisar dois casos acerca da possibilidade de condenação pelo crime de homicídio ante a ausência do cadáver para comprovação do caso. O primeiro caso, ocorrido em Araguaari, em MG, no ano de 1937, ficou conhecido como o “Caso dos Irmãos Naves”, e o segundo, ocorrido no ano de 2010, com relevante repercussão midiática, ficou conhecido como o “Caso do Goleiro Bruno”.

Conforme informações do livro do autor João Alamy Filho (1990), o caso dos Irmãos Naves trata-se do maior erro judiciário, no qual houve uma condenação injusta com lastro na rainha das provas, que foi uma confissão conseguida mediante tortura dos irmãos Sebastião e Joaquim Naves, acusados do homicídio de Benedito, o qual decidiu desaparecer do país por encontrar-se em dificuldades financeiras agravadas pela crise econômica da época. Durante vários meses, os irmãos Naves foram submetidos pelo delegado da época a várias torturas e privados de condições mínimas de higiene e alimentação a fim de que confessassem o crime, destacando-se que não havia nem corpo, nem indícios, nem outros meios de prova do homicídio.

Diante dessa situação, eles se viram obrigados a assinar o termo que o delegado tanto desejava: a confissão. Ainda não contente, o delegado mandou prender os familiares dos acusados que também passaram a sofrer torturas constantes.

Os irmãos passaram por dois julgamentos, tendo sempre como acusação o temido delegado, que sempre recorreu da decisão com recursos diversos. Passados 8 anos e 3 meses após o julgamento, devido ao bom comportamento dos irmãos na prisão,

finalmente foram colocados em liberdade condicional.

Anos mais tarde, em 1952, a vítima aparece viva, pois havia decidido desaparecer à época porque estava endividado e não conseguira adimplir as dívidas. Em 1953, os irmãos foram inocentados e entraram com um pedido de indenização que só foi conseguido após 7 anos, em 1960.

Atualmente, deve ser superado o erro judiciário, que teve à época do caso dos Irmãos Naves, através da busca da materialidade indireta. O ordenamento jurídico admite provas periciais, documentais e testemunhais, desde que lícitas e legítimas.

No segundo caso, o Caso do Goleiro Bruno, as informações foram obtidas através da Denúncia-Processo 0356249-6.2010, oferecida no ano de 2010, em Contagem-MG, envolvendo o goleiro Bruno do Flamengo, um dos ídolos das maiores torcidas de futebol do país. Trata-se de um assassinato, no qual a vítima Eliza Samúdio foi executada cruelmente. Consta na Denúncia que Eliza Samúdio iniciou um envolvimento amoroso com o goleiro e, após algum tempo desse episódio, revelou estar grávida. A gravidez levada a termo contrariou as expectativas de Bruno, e a vítima, mediante constantes ameaças do então goleiro para que realizasse aborto, foi assassinada em 2010.

A materialidade formou-se com base na soma de todas as provas, um conjunto de indícios, especialmente as provas periciais, documentais e testemunhais, entre elas o depoimento/relato da prova oral, que configurou suficiente demonstração de materialidade do crime de homicídio. No inquérito há provas técnicas, obtidas através de rastreamento de carros e telefonemas, do registro do uso de celulares pelas antenas instaladas ao longo do percurso realizado pelos acusados, e também do que diz respeito às ligações telefônicas, as quais não deixaram dúvidas de uma ação coordenada. Através da triangulação do sinal dos aparelhos celulares, foi possível para os peritos estabelecerem, com precisão, endereços e horários dos lugares identificados em cada aparelho de telefone usado e, por consequência, seu portador; quanto às provas testemunhais, há seis depoimentos que indicam que Bruno

e Eliza estiveram juntos no sítio do goleiro nos dias que antecederam o crime. No que tange às provas materiais, o sangue encontrado nos vidros e no banco da picape Range Rover, de propriedade do goleiro, era da jovem Eliza, comprovado pela perícia por meio de exames de DNA.

Outra peça fundamental para a polícia foi o bebê Bruniinho, filho de Eliza, ter permanecido sem a mãe e, que sob os cuidados da mulher do goleiro, teve o seu nome trocado para Ryan Yuri, objetivando dificultar sua identificação e localização, e foi encontrado posteriormente em posse de estranhos. Ainda no que se refere às provas documentais, foi encontrada uma carta escrita pelo ex-goleiro Bruno, detalhando um Plano B, no caso de o cerco se fechar sobre ele, prescrevendo que o amigo Macarrão deveria assumir toda a culpa pelo crime.

Entre os indícios mais fortes de que o goleiro comandou uma espécie de “operação” para matar Eliza, está o sangue encontrado na Land Rover do goleiro, apreendida com um de seus amigos, além de infrações de trânsito cometidas no Rio de Janeiro e Minas Gerais, e o horário das ligações telefônicas de todos os acusados. Por meio do cruzamento das informações e das provas periciais, a polícia diz ter conseguido remontar o que aconteceu.

As evidências mais importantes, no entanto, são os depoimentos contraditórios. As duas principais testemunhas, que foram o ponto de partida para a prisão dos demais acusados, os primos de Bruno, Sérgio Rosa Sales e o adolescente apreendido J., mudaram suas versões ao longo das investigações

No caso do ex-goleiro Bruno, sabia-se que Eliza estava desaparecida, que não fez contato pessoal, telefônico, e-mail, não usou cartão de crédito, nem conta bancária; há um vídeo em que Eliza diz que sofreu violência para abortar e que, se algo lhe acontecesse, o responsável seria Bruno; comprovou-se que Eliza foi obrigada a tomar comprimidos de origem desconhecida, ou seja, foi submetida à tentativa de aborto; há prova de que esteve no sítio do suspeito com o filho; somente a criança apareceu; há sangue da vítima no carro; há um depoimento do menor Jorge, primo de

Bruno, que conta detalhes sobre a morte e o vilipêndio; a confirmação desse depoimento se deu pela análise do GPS do carro e pela comprovação de que Bruno deslocou-se de avião para Minas Gerais no período.

Quando não se localiza o corpo da vítima, o que se utiliza é a “certeza moral do crime”, e essa se dá quando todas as circunstâncias demonstram a morte, sob pena de ficarmos à mercê dos criminosos mais perigosos, que são aqueles que matam e depois consomem com o corpo, apostando na impunidade. Vale ressaltar que as provas no Caso do goleiro Bruno foram obtidas atendendo à previsão do ordenamento jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar a possibilidade de pronunciamento e condenação do agente que comete o crime de homicídio e não se encontra a prova material do crime, o cadáver.

No decorrer do trabalho, fez-se estudo dos meios probatórios permitidos em nosso ordenamento jurídico no que concerne aos crimes materiais, ou seja, aqueles que deixam vestígios.

Destacou-se ainda no presente estudo a possibilidade, no crime de homicídio, de admitir a substituição da prova direta pelo prova indireta, visto que o próprio ordenamento jurídico prevê essa possibilidade ante a ausência do cadáver: para comprovação do crime poderá utilizar-se das provas testemunhais somadas a outros indícios, visto que seria injusto deixar alguém impune.

Socorreu-se do caso do maior erro Judiciário, ou seja, o caso dos Irmãos Naves, que ficou conhecido nacionalmente e que até hoje assombra a decisão dos juízes em casos semelhantes. Porém, destaca-se se que a única prova utilizada no referido caso foi a confissão obtida mediante tortura.

Tivemos caso recente que causou grande repercussão na mídia: o Cso do ex-goleiro Bruno, no qual se constatou a existência de várias provas indiretas que possuíam o condão de conduzir a um desfecho do crime ocorrido mesmo ante a ausência do corpo

da vítima para comprovação do fato.

Certifica-se que a prova testemunhal, se somada a outras provas, poderá substituir o cadáver se for suficiente para comprovar o delito, mesmo com a ausência material do corpo.

Através dos estudos realizados, pode-se constatar que a inexistência do corpo da vítima não deixa o réu impune, podendo ele ser denunciado, pronunciado e posteriormente condenado pela prática do crime.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALAMY, João. *O caso dos irmãos Naves: o erro judiciário de Araguari*. São Paulo: Círculo do Livro, 1990.

AVENA, Norberto. *Processo penal: esquematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

BRASIL. Código de processo penal (1941). In: ANGHER, Anne Joyce. *Vade mecum universitário de direito RIDEEL*. 8. ed. São Paulo: RIDEEL, 2010, p. 351 - 395.

_____. Código Penal. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, v. 3, 2001.

GOMES, Hélio. *Medicina legal*. 19. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. rev. e atual. Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. rev., atual. e ampl. 4. Tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 393.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 12. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonini Rodrigues Cavalcanti de. *Curso de direito processual penal*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*, 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, v.1, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011.

OS MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA COMARCA DE CÁCERES/MT

Sandrelly Ugulino Cardoso¹

Geovanna Gabriela Sandri²

André Trapani Costa Possignolo³

RESUMO: Pesquisa realizada na área do Direito Processual Civil sobre os institutos da mediação e conciliação e sua eficácia na comarca de Cáceres/MT como meios alternativos na resolução de conflitos. Além de apresentar as principais características e objetivos dos institutos, o trabalho aborda também a perspectiva da mediação para a resolução de conflitos na esfera familiar, ressaltando seus benefícios em relação aos meios judiciais. A análise realizada tem como base legal a Resolução 125/10, do Conselho Nacional de Justiça, que disciplina tais institutos frente ao Poder Judiciário, bem como ordena aos tribunais a criação de Centros Judiciários de Resolução de Conflitos e Cidadania. Além da pesquisa bibliográfica de autores que disciplinam os meios consensuais de resolução de conflitos, o presente trabalho faz um levantamento de dados das audiências de conciliação e mediação realizadas no Centro Judiciário do Fórum da Comarca de Cáceres/MT, analisando, no caso concreto, se os objetivos e benefícios desses institutos consensuais têm realmente sido alcançados, bem como se têm trazido resultados satisfatórios ao Poder Judiciário e à sociedade do município de Cáceres/MT.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação. Conciliação. CEJUSC.

1 Acadêmica do Curso de Direito da UNEMAT. Campus de Barra do Bugres/MT. sandrelly.ugulino@gmail.com

2 Acadêmica do Curso de Direito da UNEMAT. Campus de Barra do Bugres/MT. geovannasandri@gmail.com

3 Professor do Curso de Direito da UNEMAT, Campus de Barra do Bugres/MT. andretpossig@gmail.com

ABSTRACT: Research carried out in Civil Procedural Law area on the institutes of mediation and conciliation and its effectiveness in the county of Cáceres/MT as alternative means in the resolution of conflicts. Besides presenting the main features and goals, this work also approaches the perspective of mediation for conflict resolution in the Family Law sphere, highlighting its benefits over judicial means. The analysis is based on Resolution 125/10 of the Conselho Nacional de Justiça, which disciplines such institutes in Judiciary, as well as order the courts to create Centros Judiciários de Resolução de Conflitos e Cidadania. In addition to the bibliographic research on consensual means of conflict resolution, this paper will also collect data from the conciliation and mediation hearings held at the Centro Judiciário of the Cáceres/MT County Forum, analyzing in concrete case if the goals and benefits of these consensual institutes have actually been achieved, as well as whether they have brought satisfactory results to the Judiciary and to the society of Cáceres/MT.

KEYWORDS: Mediation. Conciliation. CEJUSC.

INTRODUÇÃO

Um dos principais objetivos buscados pelo Direito é a paz social, de modo a tornar as relações mais estáveis, dirimindo os conflitos, bem como as desigualdades sociais, além de promover o desenvolvimento da sociedade. (SANTOS, 2004).

No entanto, é visível que o Direito ainda não conseguiu alcançar a almejada pacificação social, haja vista os numerosos processos que se encontram sob a égide do Poder Judiciário à espera de uma solução para o conflito. Sabe-se que o Poder Judiciário possui muitas falhas em seu modo de atuar, tais como tecnicismo próprio e exacerbado inerente ao processo judicial que, por exemplo, possui vernáculo específico e de difícil compreensão para as próprias partes litigantes, tornando o processo judicial ainda mais formal, além das altas custas processuais e a demora para a solução do litígio, fatores esses que afastam cada vez mais o Judiciário da sociedade. (ALVES, 2015).

Primando pelo princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, a Constituição Federal de 1988 apresenta em seu art. 5º., inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, 1988). Sendo assim, é garantido a toda pessoa o poder de buscar no Judiciário a efetividade dos seus direitos violados.

O Poder Judiciário, tendo a obrigação de abranger toda demanda da sociedade, passou a enfrentar uma crise, gerando o abarrotamento de processos. Deste modo, o Judiciário começou a não suportar tamanha procura para a solução de conflitos, haja vista que não consegue respeitar sequer alguns princípios processuais, como a celeridade processual, tornando-se moroso na resolução dos litígios. (ALVES, 2015).

Para os motivos de tal morosidade, existem diversos fatores. Alguns destes estão ora relacionados à estrutura e funcionamento do Poder Judiciário, ora às partes litigantes e seu modo de agir. Em suma, os fatores mais citados são: sucateamento dos equipamentos do Judiciário, escassez de funcionários, modo de agir das partes, complexidade e burocracia do processo brasileiro. (GESTEIRA, 2014).

Atentando-se aos princípios norteadores do Direito, visto que o Poder Judiciário encontra-se em crise, começaram a ser discutidos outros meios alternativos de solução de conflitos. Surgiu, assim, a Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), disciplinando dois meios de suma importância ao Direito brasileiro, quais sejam, mediação e conciliação.

Diante disso, a presente pesquisa busca estudar esses meios consensuais de resolução de conflitos, analisando se são úteis à sociedade como forma de dirimir litígios, ajudando na promoção da paz social prezada pelo Direito. De outro modo, aborda-se se estes meios de solução de conflitos realmente trazem benefícios, se são eficazes ao Judiciário diante da mencionada crise de abarrotamento de processos pela qual o mesmo enfrenta.

Outro viés a ser analisado trata-se da contribuição das universidades e dos acadêmicos, principalmente do curso de Direito,

na promoção da mediação e conciliação, bem como os benefícios trazidos aos estudantes diante da aplicação dos conhecimentos teóricos apreendidos nas salas de aula em casos práticos.

Tem-se ainda como objetivo, mostrar a importância do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) no Fórum da Comarca do Município de Cáceres/MT, bem como sua efetividade na resolução de conflitos por meio da mediação e conciliação. Busca-se, ainda, expor alguns aspectos negativos levantados com relação aos institutos de conciliação e mediação.

Além disso, realiza-se um levantamento de dados quantitativos de audiências de conciliação e mediação na Comarca do Fórum de Cáceres/MT, no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, para testar a aplicação prática dos resultados obtidos, analisando concretamente se essas audiências têm trazido resultados satisfatórios ao Poder Judiciário na resolução de conflitos por meio da feitura de acordos entre as partes, bem como se vêm cumprindo com seu papel de assistência à sociedade.

Para isso, utiliza-se como metodologia a pesquisa bibliográfica de autores que trabalham a mediação e conciliação como meios de resolução de conflitos. A partir da análise crítica das informações expostas, visa-se trazer argumentos próprios sobre o tema.

Meios consensuais de resolução de conflitos

A pacificação social como um dos objetivos primados pelo Direito se realiza por meio da resolução dos conflitos. Buscando se adequar a este objetivo, os institutos da mediação e conciliação também têm almejado a paz social das partes litigantes que, amigavelmente, procuram dirimir os conflitos existentes. Nesse sentido, o processualista Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 32) admite que “a pacificação social (solução da lide sociológica) pode ser mais facilmente obtida por uma solução do conflito derivada da vontade das partes do que pela imposição de uma decisão judicial”.

Essa pacificação social pode ser alcançada mais facilmente nas formas consensuais de resolução de conflitos, haja vista que o diálogo entre as partes está presente constantemente, pois, nessas, as partes apresentam propostas capazes de dirimir as desavenças com base em seus interesses pessoais, e uma vez satisfeita a vontade de ambas, o conflito existente é solucionado.

O Poder Judiciário, no uso de suas atribuições, utiliza como principal ferramenta, para a resolução de conflitos, a heterocomposição, que “consiste em meios onde a solução dos litígios é estabelecida por um terceiro, sem interferência das partes”. (MERLO, 2016, *on line*).

A partir da crise que afligiu o Judiciário, novas técnicas de dirimir os litígios foram sendo amplamente discutidas, surgindo a mediação e conciliação como técnicas de autocomposição, em que, ao contrário da heterocomposição, a solução do problema não é determinada por um terceiro distante do caso, mas pelas próprias partes litigantes, que decidem como solucionar os conflitos pelos quais estão passando. Nesses meios autocompositivos prevalece a vontade das partes. (Idem).

Assim como nos meios de heterocomposição, a mediação e a conciliação primam pela real solução das desavenças. No entanto, a heterocomposição, em razão de a solução do conflito ser dada de acordo com o entendimento de um terceiro imparcial e distante do caso, nem sempre possui força capaz de satisfazer as vontades das partes, já que, na maioria das vezes, o decidido pelo magistrado não coincide com o querer das partes. Desta forma, ao contrário dos meios consensuais, os meios heterocompositivos nem sempre solucionam o conflito em sua essência, uma vez que não atendem à real vontade das partes, fazendo com que, em muitos casos, as desavenças persistam mesmo após a suposta resolução do conflito. (ROSA apud GONÇALVES, 2015).

A mediação e a conciliação, por serem métodos de autocomposição, possuem muitas semelhanças, distinguindo-se apenas quanto ao modo de atuação do mediador e do conciliador.

O instituto da mediação é aconselhado para a resolução de

conflitos nos casos em que as partes conflitantes já se conheciam e possuíam algum vínculo. O papel do mediador é caracterizado como de um facilitador do diálogo entre as partes, que auxilia as partes a visualizarem a melhor maneira de dirimir o conflito existente, não podendo agir de forma imperativa no caso, nem propor formas de solucionar o conflito, mas tão somente encaminhar as partes, deixando a livre escolha dessas à feitura ou não de um acordo. (DIDIER JR., 2015).

Diferentemente da mediação, os casos que envolvem a resolução de conflitos pela conciliação, segundo entendimento de Didier Jr. (2015), são aqueles em que as partes não se conheciam, ou seja, não possuíam vínculos. Nesses casos, o conciliador tem maior autonomia para interferir no problema, haja vista que pode propor soluções para dirimir o conflito.

Uma das principais características destes meios de autocomposição é a maior atuação das partes na solução do conflito, que são os protagonistas da resolução do litígio, o que é interessante, uma vez que o conflito concerne somente a elas. (MERLO, 2016).

Válido ressaltar que esses mecanismos de autocomposição, ao contrário da heterocomposição, não apresentam todo o tecnicismo próprio de um processo judicial, como o seu formalismo e utilização de vernáculos específicos e robustos, cuja ausência permite que as partes possuam maior liberdade de se expressar, visto que se baseiam mais na oralidade e na informalidade, além de serem mais céleres, baratos e justos. (GONÇALVES, 2015).

Entende-se que os acordos feitos, por intermédio desses meios alternativos de solução de conflitos, possuem a mesma força de uma sentença dada pelo magistrado por meio das vias comuns, entretanto, por serem métodos que ainda podem ser considerados recentes, diversas vezes não são efetivados pela visão de que os acordos e decisões tomadas não teriam o mesmo valor que uma decisão judicial comum. (MERLO, 2016).

Além disso, outra fragilidade, que envolve os meios autocompositivos, diz respeito à atuação do mediador quanto à pos-

sibilidade de que haja pressão para que as partes cheguem a um acordo, e que, segundo o *Manual de Mediação Judicial* (2015), preocupa os advogados, por tratar-se de um receio legítimo, mas que, quando notada, deve ser comunicada à Secretária do Serviço de Mediação Forense.

Resolução n. 125/10 CNJ

O Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº. 125, de 29 de novembro de 2010, que, em suma, tem como objetivo a regulamentação da mediação e conciliação. Assim, o CNJ, por meio dessa Resolução, incentivou a solução de controvérsias por meio da autocomposição. (BRASIL, 2010).

Para a criação dessa Resolução, foram considerados vários pontos, tais como a prestação judicial de forma justa e efetiva, a pacificação social, bem como a regulamentação e uniformização da mediação e conciliação. (Idem). Assim, um dos mais importantes artigos dessa Resolução, na qual se baseia todo o presente trabalho, é o

Art. 8º Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. (BRASIL, 2010).

É com base nesse artigo que os atuais Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) existem e realizam as audiências de mediação e conciliação, sejam elas processuais (realizadas durante o trâmite de processo judicial) ou pré-processuais (que antecedem a propositura da ação judicial).

Ademais, além do caráter de solução de conflitos, estes centros possuem uma função de cidadania, uma vez que atendem ao público, orientando e auxiliando os indivíduos na busca por

seus direitos. (BRASIL, 2015).

A implantação desses centros de solução de conflitos, a partir da Resolução nº. 125/10 do CNJ que, além de seu objetivo principal de incentivar que os litígios sejam resolvidos de forma consensual, reconheceu esses institutos como meios de acesso à justiça, respeitando o princípio constitucional de acesso à justiça. Ademais, em decorrência da grande quantidade de demandas dirigidas ao Poder Judiciário, busca-se também com as audiências de mediação e conciliação a diminuição do abarrotamento de processos, uma vez que esses institutos são mais céleres na solução dos conflitos, e a feitura de um acordo evita que novos casos, resultantes de conflitos mal resolvidos, fiquem pendentes da análise do Poder Judiciário. (GONÇALVES, 2015).

Além disso, é importante compreender a atuação dos conciliadores e mediadores, bem como os princípios e obrigações que os regem, para que se quebre o paradigma de que um meio de resolução de conflitos, que envolva um terceiro que não seja o magistrado, também pode ser confiável e eficaz. Por esta razão, a resolução prevê em seu artigo 1º do Anexo III, oito princípios fundamentais que devem ser seguidos para que se respeite o Código de Ética dos Mediadores e Conciliadores. São eles: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação. (BRASIL, 2010).

Os princípios fundamentais previstos na resolução são de grande importância para a condução e o bom desenvolvimento dos procedimentos dos institutos da mediação e conciliação.

mediação na resolução de conflitos familiares

Pelo fato de a mediação ser utilizada principalmente nos conflitos em que as partes já se conheciam, ela possui grande importância na solução de conflitos familiares, mais ainda por se basear principalmente no diálogo entre as partes. Tendo em vista as peculiaridades dos problemas familiares, o instituto da mediação

tem sido cada vez mais empregado na resolução desses conflitos. É evidente que as desavenças familiares possuem aspectos mais delicados, uma vez que envolvem laços afetivos, e, por isso, necessitam de guarida de forma especial comparados com outros conflitos sociais. (GONÇALVES, 2015; GARBO, 2015).

Para que não haja desgaste emocional entre os familiares que se encontram em litígio, faz-se necessário a presença da mediação como meio consensual de resolução de conflitos, instrumento capaz de trazer a paz para as famílias em desavenças. (TOALDO; OLIVEIRA, 2011).

Em decorrência de o Poder Judiciário se encontrar abarrotado de causas para serem solucionadas, os conflitos sob a sua égide demoram muito tempo até sua resolução. Assim, sendo a mediação familiar um meio alternativo para a resolução de conflitos, as demandas serão solucionadas por este meio com mais rapidez, fato esse de suma importância nos desentendimentos familiares, uma vez que envolvem assuntos de natureza de urgência, perdurando o conflito por um período bem menor se comparado aos meios judiciais tradicionais. (PRUDENTE, 2008).

Os principais casos resolvidos por meio da mediação familiar abrangem conflitos referentes a divórcio, separação de bens, guarda, fixação e revisão de alimentos. Tais casos, por se tratarem de assuntos pertinentes tão apenas às próprias partes, são resolvidos por meio da mediação com grande aprovação, tendo em vista que a partir do diálogo entre as partes, pode surgir um acordo que satisfaça as vontades destas. (GARBO, 2015).

O meio heterocompositivo, frente a um magistrado, por não possibilitar maior diálogo entre as partes, nem sempre permite que a vontade seja plenamente satisfeita, inclusive porque a solução do conflito virá de acordo com o entendimento de um terceiro distante do caso. Assim, diante da insatisfação em relação à decisão tomada e da não solução dos conflitos ocultos, novos impasses podem surgir, resultando em novos processos judiciais, contribuindo para o abarrotamento de processos e intensificando a crise do Poder Judiciário.

A mediação familiar é sim uma alternativa viável para a superação de conflitos familiares na sociedade atual, pois através de mediadores capacitados e com conhecimentos específicos, fazendo com que as partes cheguem uma melhor solução, que possa satisfazer a ambos, sem a imposição de uma decisão, como ocorre no atual sistema jurídico brasileiro. (TOALDO; OLIVEIRA, 2011, *on line*).

Além da insatisfação em relação à decisão proferida por meio heterocompositivo, o sentimento de conflito não resolvido pode acarretar traumas emocionais aos filhos, portanto, quando se tem uma participação mútua da família para que se resolvam as questões familiares pendentes de forma amigável e respeitosa, a decisão não trará apenas benefícios processuais (custas, celeridade), como também emocionais e psicológicos, conforme menciona Parkinson (2016, p. xxi):

Devemos ter em mente que longas batalhas pela guarda dos filhos são extremamente prejudiciais à criança, além de apresentarem altos custos emocionais e financeiros, ao passo que a mediação incentiva uma melhor comunicação e cooperação entre os pais, podendo trazer benefícios duradouros para a família como um todo.

Percebe-se, assim, que os conflitos familiares dependem grandemente do diálogo para a sua solução, uma vez que, após alguns desentendimentos, os familiares se encontram receosos e abalados emocionalmente diante dos laços afetivos envolvidos, necessitando apenas que um terceiro, no caso o mediador, intervenha no conflito para facilitar o diálogo entre as partes, fazendo com que as mesmas encontrem um acordo satisfatório, fato esse que pode ser facilmente presenciado na mediação, diferentemente do que ocorre na heterocomposição, em que não há tantas oportunidades de diálogos entre as partes.

Contribuição das Universidades aos CEJUSC's

Tendo em vista que a mediação e conciliação abordam assuntos pertinentes ao curso de Direito, as universidades podem e devem contribuir na promoção desses institutos, uma vez que ainda são desconhecidos por grande parcela da sociedade. Além de as universidades contribuírem no incentivo e divulgação dos métodos consensuais de solução de conflitos, os acadêmicos também são beneficiados, uma vez que poderão colocar em prática os aprendizados teóricos das aulas, contribuindo para seu crescimento profissional futuro.

O CNJ, mesmo após ter criado a Resolução 125/10, incentiva ainda a pacificação dos litígios pela mediação e conciliação por meio do Prêmio Conciliar é Legal, de iniciativa do Comitê Gestor Nacional da Conciliação. A quinta edição desse prêmio teve como uma das práticas vencedoras a promoção de soluções pacíficas de conflitos por meio do envolvimento de alunos e docentes do curso de Direito da Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT), Campus Francisco Ferreira Mendes, em Diamantino/MT, em trabalho conjunto com o Centro Judiciário da Comarca de Diamantino/MT. (ARAÚJO, 2015).

O projeto realizou-se por intermédio da UNEMAT, no Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Mato Grosso, e do CEJUSC do TJMT, e envolveu estudantes e professores que se propuseram a averiguar os processos submetidos ao Centro Judiciário na Comarca de Diamantino/MT. (Idem).

Assim sendo, fica claro que essa atitude serviu para testificar os acadêmicos envolvidos no projeto, considerando que já saem com capacitação em conciliação, tornando-se uma verdadeira contribuição acadêmica para a sociedade, o que exemplifica claramente a proposta acessível da solução de conflitos.

Levantamento de dados realizados no CEJUSC de CÁCERES/MT

Com base no levantamento bibliográfico apresentado, foi

realizada uma pesquisa quantitativa de levantamento de dados no Fórum da Comarca de Cáceres/MT.

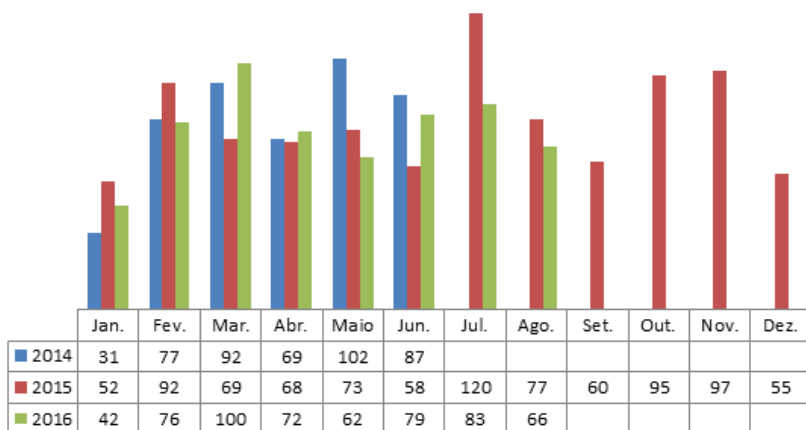
Com a entrada em vigor da Resolução 125/10 do CNJ, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso buscou adequar-se a essa norma, tendo em vista que, assim como apresentado no art. 8^a da referida Resolução, foi imposta aos Tribunais de Justiça a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

Assim sendo, foi instalado no dia 11 de julho de 2014 em Cáceres/MT um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), por meio da Portaria 006/2014-NPMCSC-PRES. (MATO GROSSO, 2014).

Os dados a seguir foram informados pela gestora do CEJUSC do Fórum da Comarca de Cáceres/MT, por meio dos relatórios que são encaminhados ao CNJ. Assim, serão apresentados os dados a respeito das conciliações e mediações realizadas tão somente neste Centro, expondo ainda os números das audiências que restaram frutíferas.

Insta esclarecer que os dados da quantidade de audiências realizadas, referem-se tanto às audiências na fase pré-processual quanto processual. Outrossim, os dados apresentados são apenas das audiências realizadas no CEJUSC. E os acordos que são formalizados no decorrer dos processos não estão contidos nestes dados, mas somente os formalizados em audiências realizadas no Centro.

Quadro 01 – Número de audiências realizadas no CEJUSC durante 2014 - 2016.

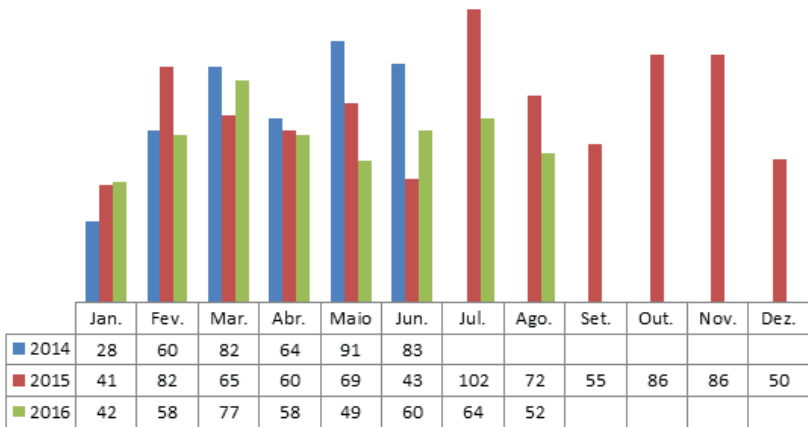


Fonte: Mato Grosso (2014).

A partir dos dados apresentados, nota-se que a população de Cáceres/MT tem buscado realizar tentativas de acordos para resolução de conflitos, mesmo sendo a heterocomposição, no Brasil, a forma mais difundida e aceita para a solução de conflitos. O gráfico reforça a tese de que os meios de autocomposição também estão aos poucos ganhando mais espaço e sendo utilizados, frente aos benefícios que estes meios proporcionam, como celeridade, menor custo econômico e resolução do conflito por meio da satisfação da vontade de ambas as partes.

A tabela a seguir apresenta o número de acordos formalizados dentre a quantidade de audiências realizadas no CEJUSC de Cáceres, segundo apresentado no quadro 01 acima.

Quadro 02 – Número de audiências com acordos



Fonte: Mato Grosso (2014).

Por meio da análise dos dados acima descritos, pode-se perceber que entre os meses em que foi realizada a pesquisa, julho de 2014 a agosto de 2016, num total de 26 meses, foram realizadas 1.954 (mil, novecentos e cinquenta e quatro) audiências de conciliação e mediação no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Comarca de Cáceres/MT. Desse total de audiências realizadas, 1.679 (mil, seiscentos e setenta e nove) restaram frutíferas, ou seja, obtiveram acordo, correspondendo a, aproximadamente, 86% de acordos do total de audiências.

Desta forma, nota-se que estes meios alternativos de solução de controvérsias estão sendo de suma importância para a sociedade da comarca de Cáceres, bem como para o Poder Judiciário local, uma vez que os resultados obtidos têm sido satisfatórios.

Tais resultados corroboram com o entendimento defendido por Alves (2015, *on line*): “Conclui-se que a conciliação é sempre a melhor opção para as partes em litígio, desde que o instituto seja aplicado corretamente, em consonância com os seus objetivos e por terceiros realmente imparciais e capacitados”.

Para Warat (apud MERLO, 2016, *on line*), estes institutos

são muito importantes para a sociedade, visto que:

As práticas sociais de mediação se configuram num instrumento ao exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados por um conflito.

[...] O acordo decorrente de uma mediação, satisfaz, em melhores condições, as necessidades e os desejos das partes, já que estas podem reclamar o que verdadeiramente precisam, e não o que a lei lhes reconheceria.

Nota-se que a conciliação e a mediação realizadas no Centro Judiciário de Cáceres/MT, diante dos resultados apresentados, têm sido realmente uma alternativa eficaz para resolução de conflitos na comarca, uma vez que, ao produzir acordos entre as partes, as desavenças são solucionadas, proporcionando a paz social. Além do mais, pelo fato de o acordo ser realizado a partir da vontade das partes sem a intervenção de um terceiro, como o magistrado, os meios autocompositivos diminuem e, por consequência, os casos a serem solucionados diretamente pelo Poder Judiciário, atenuando a crise de abarrotamento de processos judiciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das pesquisas realizadas foi possível perceber que o Poder Judiciário passa por um momento crítico, pois se encontra abarrotado de processos e sem nenhuma condição de acolher corretamente toda esta demanda, de modo que precisou implementar outras alternativas que ajudassem a alterar esse cenário.

Buscando sair deste momento de crise, alguns mecanismos foram implementados através da Resolução nº. 125/10 do CNJ, quais sejam, a mediação e conciliação. Percebe-se, então, que estes institutos foram e são de fundamental importância para o Judiciário, visto que, ao mesmo tempo que diminuem a grande pro-

cura direta ao Judiciário para a resolução de conflitos, também se baseiam em métodos autocompositivos, por meio dos quais todas as decisões tomadas partem tão somente das próprias partes litigantes, resultando em uma justiça em conformidade com as necessidades almejadas pelas partes.

Com relação aos pontos positivos e negativos desses institutos nota-se que os aspectos positivos prevalecem sobre os negativos, haja vista que estes decorrem do pouco conhecimento da sociedade de que os meios consensuais de solução de conflitos são eficazes e gozam dos mesmos efeitos de uma decisão judicial. Esse desconhecimento da sociedade deve-se ao fato de o meio judicial tradicional ser utilizado há muito mais tempo, necessitando, assim, que o Poder Judiciário incentive e divulgue a mediação e conciliação como meios eficazes, corroborando, por consequência, com a diminuição da crise judiciária. As universidades, conjuntamente com os acadêmicos do curso de Direito, têm contribuído nesse aspecto de divulgação e incentivo da sociedade para solução dos litígios por meio da autocomposição, através de projetos realizados em parceria com os Centros Judiciários.

Os meios consensuais têm apresentado resultados satisfatórios perante o ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que têm sido efetivamente utilizados para a solução de conflitos, sendo de grande valia ao Poder Judiciário e à sociedade, principalmente à Comarca de Cáceres, ora analisada.

Quanto às resoluções de conflitos por meio do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Cáceres, pode-se observar que, apesar da autocomposição, como meio de resolução de conflitos, ainda não ser amplamente difundida como acontece com os meios heterocompositivos, a Comarca de Cáceres vem obtendo resultados satisfatórios e não só pela quantidade de acordos, mas também em relação à procura deste meio.

Percebe-se, assim, que a autocomposição, por meio da mediação e conciliação, vem apresentando aos juristas aspectos positivos, como a diminuição do abarrotamento de processos, bem como esses institutos têm cumprido com seus objetivos, sendo

realmente eficazes na resolução de conflitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Gabriela Pellegrina. A conciliação como meio de efetivação do princípio do acesso à justiça. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-conciliacao-como-meio-de-efetivacao-do-principio-do-acesso-a-justica,51986.html>. Acesso em: jun. 2016.

ARAÚJO, Elizângela. Unemat recebe prêmio do CNJ por incentivar conciliação entre estudantes. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79617-unemat-recebe-premio-do-cnj-por-incentivar-conciliacao-entre-estudantes>. Acesso em: jan. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça 2015. *Guia de conciliação e mediação judicial: orientação para instalação de CEJUSC*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 125, 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do poder judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: set. 2016.

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

GARBO, Maria Carolina Silva. Mediação familiar como alternativa à solução de conflitos familiares resultantes de separação e/ou divórcio. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15704&revista_caderno=14. Acesso em: set. 2016.

GESTEIRA, Wander José Barroso. Prováveis causas da morosidade da justiça brasileira. Disponível em: <https://www.portaleducacao.com.br/direito/artigos/56733/provaveis-causas-da-morosidade-da-justica-brasileira>. Acesso em: dez. 2016.

GONÇALVES, Amanda Passos. *A mediação como meio de resolução de conflitos familiares*. Rio Grande do Sul: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, 2015.

MERLO, Ana Karina França. Mediação, conciliação e celeridade processual. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12349&revista_caderno=21>. Acesso em: mai. de 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil - Leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016.

PARKINSON, Lisa. *Mediação familiar*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

SANTOS, Marcos André Couto. O direito como meio de pacificação social em busca do equilíbrio das relações sociais. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4732/o-direito-como-meio-de-pacificacao-social>>. Acesso em: mai. 2016.

TOALDO, Adriane Medianeira; OLIVEIRA, Fernanda Rech de. Mediação familiar: novo desafio do direito de família contemporâneo. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10860&revista_caderno=21>. Acesso em: set. 2016.