



PONTO DE VISTA JURÍDICO

REVISTA CIENTÍFICA DO NÚCLEO DE PESQUISA EM DIREITO DA UNIARP

PONTO DE VISTA JURÍDICO:

Revista Científica do Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe.

V. 7 – Nº 1 – 2018

Editor:
Prof. Msc. Levi Hulse

Catálogo na fonte elaborada pela Biblioteca Universitária
Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – Caçador -SC

R454r

Revista eletrônica Ponto de Vista Jurídico
da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP /
Universidade Alto Vale do Rio do Peixe. V.7, nº 1, 2018.
Caçador (SC): UNIARP, 2012.

Semestral (online)
ISSN: 2316-4042

1. Direito - Periódico. I. Título.

CDD 340.05

EDITOR:

Prof. Msc. Levi Hulse, Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe - Uniarp, Caçador, SC, Brasil

CONSELHO EDITORIAL:

Profa. Dra. Laura Garbini Both, Centro Universitário UniBrasil -UNIBRASIL - Curitiba - Pr - Brasil, Brasil
Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes, Faculdade Meridional-IMED , Passo Fundo, RS, Brasil
Prof. Dr. Douglas Cesar Lucas, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - Unijui, Santa Rosa, RS, Brasil
Profa. Dra. Sandra Krieger Gonçalves, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil
Profa. Dra. Danielle Regina Ullrich, Instituto Federal de Santa Catarina - IFSC, Caçador, SC, Brasil
Prof. Dr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR e Universidade Federal do Paraná - IFPR, Curitiba, PR, Brasil
Prof. Dr. Francisco Oliveira Neto, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, SC
Profa. Dra. Helena de Azeredo Orselli, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil
Profa. Dra. Monize Sâmara Visentini, Universidade Federal da Fronteira Sul - IFFS, Cerro Largo, RS, Brasil
Prof. Dr. Adelcio Machado dos Santos, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil
Prof. Dr. Joel Haroldo Baade, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil

COMISSÃO CIENTÍFICA AD HOC:

Prof. Msc Henrique da Rosa Ziesemer, Ministério Público de Santa Catarina - MPSC, Brasil
Profa. Msc. Jaqueline Moretti Quintero, Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, SC, Brasil
Profa. Msc. Juliana Zamignan, Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC, Chapeco, SC, Brasil
Prof. Msc. Ricardo Emilio Zart, Univesidade do Oeste de Santa Cartarina - UNOESC, Videira, SC
Prof. Msc. Rodrigo Fernando Novelli, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC
Profa. Msc. Dheimy Quelem Waltrich, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, Ijuí, RS
Profa. Dra. Sandra Krieger Gonçalves, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil
Profa. Dra. Danielle Regina Ullrich, Instituto Federal de Santa Catarina - IFSC, Caçador, SC, Brasil
Prof. Msc. Leonardo Beduschi, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau-SC, Brasil
Profa. Dra. Helena de Azeredo Orselli, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil
Prof. Msc. Levi Hulse, Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe - Uniarp, Caçador, SC, Brasil
Prof. Dr. Adelcio Machado dos Santos, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil
Profa. Ms. Jociane Machiavelli Oufella, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe, Uniarp, Caçador, SC, Brasil

CAPA

Denise Bolzan Barpp, Uniarp, Caçador, SC, Brasil

EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA

Prof. Dr. Joel Haroldo Baade, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil

BIBLIOTECÁRIA

Célia De Marco, UNIARP, Caçador, SC, Brasil

Ponto de Vista Jurídico é um periódico anual do Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) publicado em formato eletrônico (ISSN: 2316-4042).

Missão: O periódico científico “Ponto de Vista Jurídico” se dispõe a consistir em veículo de registro e comunicação, operado pelo Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (Uniarp), em função de duas áreas de concentração: I – Direito e Efetividade; e II – Direito e Interdisciplinaridade..

Indexadores e bases de dados: Este periódico está indexado no Portal do Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas (SEER/IBICT), no Latindex (Sistema Regional de Informação em Linha para Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal), no Sumários.org emagrecer rapidamente e no Catálogo da Biblioteca da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe-UNIARP. Cadastrado no Diadorim, diretório de políticas das revistas científicas brasileiras sobre o acesso aberto aos artigos por meio de repositórios institucionais.

SUMÁRIO

EDITORIAL	6
Levi Hulse	
AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E SEUS REFLEXOS PARA A SOCIEDADE	7
Jonathan Cardoso Régis, Alessandro Briedis	
DESAFIOS À INSTITUIÇÃO DO PARADIGMA CULTURAL ECOLÓGICO EM TEMPOS DE SOCIEDADE GLOBAL: UM OLHAR ANTE A (DES) NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO ANTROPOCENTRISMO MODERNO	17
Bruno Mello Correa de Barros, Géssica Adriana Ehle	
ÉTICA E DISCURSO JURÍDICO: A ÉTICA DO ORADOR COMO CONDIÇÃO ESSENCIAL DA RETÓRICA	31
Daniela Rezende de Oliveira	
RECONHECIMENTO DO NAMORO COMO UNIÃO ESTÁVEL	46
Rafaela Borgo Koch Schlickmann, Geovana da Conceição, Flávio Schlickmann	
A DOCTRINA DO TERCEIRO CÚMPLICE – CONTRAPONTO À RELATIVIDADE DOS CONTRATOS	65
Luís Gustavo dos Santos, Luciana de Carvalho Paulo Coelho	
O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL	73
Cláudio Barbosa Fontes Filho, Ester Dorcas Ferreira dos Anjos	
O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO PELO VEREADOR COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO ERÁRIO	92
Gianne Giselle Reiter, Marjo Jucimara Andreato, Giovana Mara Reiter	
UMA NOVA PERSPECTIVA DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO SETOR FLORESTAL POR MEIO DO PAGAMENTO DE SERVIÇOS AMBIENTAIS	101
Ana Carolina Couto Matheus	
A (IN)EFICÁCIA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS	115
Jociane Oufella Machiavelli, Gislaine Da Silva, Adelcio Machado dos Santos	
AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL: UMA APRESENTAÇÃO DESTE INSTITUTO OBSERVANDO-SE OS PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL E AS PRISÕES PENAS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	129
Rubens Luís Freiburger, Juarez Diego Siqueira	
A PRODUÇÃO DE PROVAS NA ARBITRAGEM BRASILEIRA	139
Feliciano Alcides Dias, Natacha Juli Georg	

EDITORIAL

Prezados Leitores e Colaboradores! É com imensa satisfação que apresentamos mais um periódico da Revista “Ponto de Vista Jurídico”, sendo nossa 9ª. edição da revista e a segunda do ano de 2017. A revista vem buscando sua consolidação e recebendo artigos de grande qualidade.

A revista Ponto de Vista Jurídico da UNIARP- Universidade Alto Vale do Rio do Peixe é um periódico que é publicado semestralmente, que recebe textos de todas as áreas do Direito. Todos os textos passam por double blind review, onde são analisados por operados do Direito.

Lembramos que nossa missão é: O periódico científico “Ponto de Vista Jurídico” se dispõe a consistir em veículo de registro e comunicação, operado pelo Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (Uniarp), em função de duas áreas de concentração: I – Direito e Efetividade; e II – Direito e Interdisciplinaridade. Já a nossa visão é: A partir do paradigma aplicado do Direito, consistente nas disciplinas dogmáticas, à guisa de exemplo o Direito Civil; avançar para novas abordagens, acolhendo saberes emanados de outras áreas epistemológicas, permitindo compreensão integral do fenômeno jurídico, a par da fusão entre justiça e normatividade.

Agradecemos aos autores desta Universidade e bem como das demais Universidades, que confiaram seus artigos a esta revista. Desejamos a todos uma ótima leitura.

Prof. Msc. Levi Hulse
Editor

AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E SEUS REFLEXOS PARA A SOCIEDADE

Jonathan Cardoso Régis¹
Alexsandro Briedis²

Recebido em: 07 ago. 2017
Aceito em: 19 dez. 2017

Resumo: Depois de passadas mais de duas décadas da ratificação pelo Brasil da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos as Audiências de Custódia são oportunamente implementadas pelo Conselho Nacional de Justiça com o intuito de apurar possíveis arbitrariedades e ilegalidades perpetradas pelos agentes policiais na realização de prisões e consistem na apresentação imediata do preso em até vinte e quatro horas do momento da prisão à presença de um juiz de direito para que esse possa analisar os requisitos de autoria e materialidade bem como a necessidade da manutenção da prisão e uma vez declarado qualquer excesso pelos agentes da lei tem a competência de relaxar a prisão aplicando medida cautelar colocando em liberdade o preso e remetendo cópia dos autos para apuração das transgressões supostamente cometidas pelos policiais junto à repartição competente. As Audiência de Custódia ainda figuram sutilmente como mecanismo de controle do Poder Judiciário incumbido de apreciar a prisão em flagrante a fim de evitar injustiças legitimando assim suas decisões quanto ao cerceamento da liberdade do indivíduo submetido às sanções penais impostas pelo Estado Democrático de Direito. Ainda contribuem para desafogar o sistema carcerário brasileiro atualmente em situação de colapso ocasionado principalmente pelo grande número de presos provisórios que ainda aguardam por julgamento, uma vez que a prisão preventiva passa a ser decretada em casos excepcionais e de extrema necessidade.

Palavras-chave: Audiência de Custódia. Prisão preventiva. Ordem Pública.

THE AUDITS OF CUSTODY AND ITS REFLECTIONS FOR SOCIETY

Abstract: After more than two decades of Brazil's ratification of the American Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights, the Custody Hearings are timely implemented by the National Justice Council in order to investigate possible arbitrariness and illegalities perpetrated by police officers in the execution of prisons and consists of the immediate presentation of the prisoner within twenty-four hours of the moment of the arrest to the presence of a judge of law so that it can analyze the requirements of authorship and materiality as well as the necessity of the maintenance of the prison and once declared any excess by law enforcement officers has the power to relax the prison by applying a precautionary measure by releasing the prisoner and submitting a copy of the records to determine the transgressions allegedly committed by the police at the competent office. The Hearing of Custody still figure subtly as a mechanism of control of the Judiciary Power charged with assessing the arrest in flagrante in order to avoid injustices thus legitimizing their decisions regarding the restriction of the freedom of the individual subject to criminal sanctions imposed

¹ Jonathan Cardoso Régis. Doutor em Ciência Jurídica – Univali. Doctor en Derecho – Univ. Alicante/Espanha. Mestre em Gestão de Políticas Públicas – Univali. Especialista em Administração de Segurança Pública – Unisul/PMSC. Bacharel em Direito – Univali. Prof^o no Curso de Graduação de Direito – Univali. Membro do IASC. E-mail: joniregis@univali.br.

² Alexsandro Briedis. Acadêmico do 10º período do Curso de Direito. Bacharel em Administração Pública – UDESC. Especialista em Segurança Pública e Cidadania pela Aupex/Itajaí. E-mail: alexsandrobriedis@gmail.com.

by the Democratic State of Law. They still contribute to unburdening the Brazilian prison system currently in a state of collapse caused mainly by the large number of temporary prisoners still awaiting trial, since pre-trial detention is decreed in exceptional cases and in extreme need.

Keywords: Custody Hearing. Pre-trial detention. Public order.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo fazer uma análise crítica da implementação da audiência de custódia no ordenamento jurídico penal brasileiro e as consequências para toda uma sociedade de indivíduos afetados pelos reflexos resultantes dela. Embora a prisão seja criticada mundo a fora, ainda é a melhor e mais aplicada sanção dentro do Processo Penal.

A liberdade, direito individual amplamente protegido por incontáveis institutos de direitos do homem, encontra seu cerceamento na tentativa de fazer “reestabelecer” a sociabilidade nunca antes apresentada ao seu titular, o indivíduo preso. O Estado, como agente de aplicação das sanções penais deve se cercar dos cuidados necessários para não incorrer em arbitrariedades e injustiças no tocante ao cerceamento da liberdade das pessoas, já que a linha que separa a legalidade da ilegalidade muitas vezes é muito tênue.

Dessa forma, surgem muitos outros institutos, aliados àqueles, para controlar o Poder de punir do Estado, além dos princípios que já são invocados para a garantia dos direitos individuais. Como exemplo destes, o princípio do *in dubio pro reo*, ou seja, havendo alguma dúvida quanto à autoria ou materialidade decide-se em favor do acusado. E daqueles, tem-se as audiências de custódia que, além de coibir excessos das forças policiais e desafogar o sistema carcerário é, para o Poder Judiciário, um importante atributo para legitimar suas decisões acerca do cerceamento da liberdade das pessoas.

Como sempre acontece quando alguma coisa ou sistema está em colapso, quando “se amarra um lado o outro se solta”, e assim, se a prisão já não era capaz de conter a criminalidade no país, abrindo-se as portas das prisões é que os índices se elevam.

O presente trabalho invade o campo do pioneirismo ao criticar as Audiências de Custódia, que surgem para desacreditar as atividades da polícia e colocar à solta transgressores da lei.

É também elaborado com o intento secundário de pressuposto para novas críticas, buscando assim possibilitar uma dialética, entendida indispensável para a construção do conhecimento.

Por meio de pesquisa eletrônica com análise de artigos científicos, buscou-se compilar esse estudo dialético. No entanto, dada à atualidade do assunto, escassos são os insumos para a pesquisa, impossibilitando uma discussão mais aprofundada do tema.

O que se encontra são apenas alguns artigos de autores que acabam “puxando a brasa para sua sardinha” e corroborando com o que se promove. Estão alheios à uma visão sistêmica e extremamente necessária para tratar conteúdo tão delicado que acaba causando reflexos não só no Direito ou no direito individual de determinados indivíduos, mas de uma sociedade inteira.

2 AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

Uma nova ideologia vem sendo estabelecida no âmbito do sistema jurídico penal no Brasil. As Audiências de Custódia, que começaram a ser realizadas pioneiramente no Estado de São Paulo em fevereiro de 2015, e alastraram-se por todo o país patrocinadas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

De acordo com Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Júnior³, “a audiência de custódia é uma etapa do alinhamento do Processo Penal brasileiro com as Declarações de Direitos Humanos”.

Ainda nas palavras de Alexandre Morais da Rosa⁴:

Qualquer pessoa que for presa em flagrante ou por mandado de prisão deve ser apresentada obrigatoriamente à autoridade judicial competente (para conhecer da pretensão acusatória) no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sem interrupção por feriados, finais de semana ou recesso, com as exceções regulamentadas[...].

Portanto, surgindo para garantir a integridade do preso, encontra pressupostos legais das mais diversas hierarquias, com a finalidade de apurar a legalidade e a legitimidade das prisões efetuadas pelos órgãos policiais, combatendo possíveis excessos e arbitrariedades decorrentes dessas diligências.

Nas palavras de Aury Lopes Júnior e Caio Paiva⁵,

A denominada audiência de custódia consiste, basicamente, no direito de (todo) cidadão preso ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que, nesta ocasião, (i) se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, (ii) para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão.

Não obstante, efeito reflexo da realização dessas audiências atinge diretamente o sistema carcerário, uma vez que o relaxamento da prisão em flagrante ou a sua substituição por medida cautelar competente se aplicadas, põem a salvo o indivíduo, ou seja, sua liberdade, fazendo valer a máxima regra institucionalizada no ordenamento pátrio, cuja exceção seria a sua privação.

O sistema prisional no Brasil está em crise, enfrentando um caos evidente e transmitido pelas mídias nacionais e internacionais. As barbáries como as que se sucederam no Estado do Amazonas trazem à tona a necessidade urgente de medidas.

As Audiências de Custódia são implementadas nesse cenário caótico como a solução do

³ ROSA, Alexandre Morais da; LOPES JR, Aury. **"Não sei, não conheço, mas não gosto da audiência de custódia"**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-10/limite-penal-nao-sei-nao-conheco-nao-gosto-audiencia-custodia>>. Acesso em: abril de 2017.

⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **O que você precisa saber sobre Audiência de Custódia**. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/o-que-voce-precisa-saber-sobre-audiencia-de-custodia-por-alexandre-morais-da-rosa/>>. Acesso em: abril de 2017.

⁵ LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal**. Disponível em: <http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2014/11/Revista_da_Defensoria_P_blica_Ano_V_N_9_mai_ago_2014_v4.pdf#page=161>. Acesso em: 10 abr. 2017.

problema, muito embora seu objetivo específico esteja sedimentado no cumprimento de Tratados assinados pelo Brasil desde 1992, mas oportunamente implementadas apenas recentemente.

3 DA FISCALIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

A audiência de custódia é adotada no Brasil para suprir uma demanda legal firmada ainda na década de 1990 quando o País adere à Convenção Americana de Direitos Humanos e ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Além de cumprir objetivos específicos, como a garantia de direitos individualizados na pessoa detida, outros reflexos são sutilmente observados, como por exemplo, uma fiscalização das atividades do judiciário nos primeiros instantes de um processo penal, garantindo a legalidade e legitimando as atividades dos magistrados.

O episódio ocorrido em 2007 em que uma adolescente de 15 anos foi mantida presa em uma cela de delegacia juntamente com 30 homens por 26 dias evidencia uma falha inaceitável protagonizada pela juíza do Pará Clarice Maria de Andrade.

De acordo com matéria publicada, “a jovem foi vítima de agressões e violência sexual no período e o caso se tornou uma referência de violação aos direitos humanos em presídios no país”.⁶ Outra revista de circulação nacional publicou que:

[...] de acordo com o processo, em 7 de novembro de 2007, a juíza recebeu documento oficial da autoridade policial de Abaetetuba solicitando, “em caráter de urgência”, a transferência da adolescente, uma vez que corria “risco de sofrer todo e qualquer tipo de violência por parte dos demais”.⁷

No entanto, conforme foi apurado, somente no dia 20 daquele mês a magistrada encaminhou ofício à Corregedoria de Justiça daquele estado determinando a transferência para um estabelecimento prisional adequado.⁸

Coincidentemente, a criação das audiências de custódia pelo CNJ, em todo seu cronograma de implementação, dá-se concomitantemente ao tramite do processo supra, convergindo ambas as situações à mesma época.

O procedimento regulamentar instituído pelas audiências de custódia assegura que o magistrado avalie pessoalmente a condição do preso, analisando as circunstâncias de sua prisão, bem como a

⁶ UOL. **CNJ pune juíza que prendeu garota de 15 anos em cela com 30 homens no PA**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2016/10/12/cnj-pune-juiza-que-prendeu-garota-de-15-anos-em-cela-com-30-homens-no-pa.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

⁷ VEJA. **CNJ pune com suspensão juíza que manteve menor em cela com homens**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/brasil/cnj-pune-com-suspensao-juiza-que-manteve-menor-em-cela-com-homens/>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

⁸ VEJA. **CNJ pune com suspensão juíza que manteve menor em cela com homens**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/brasil/cnj-pune-com-suspensao-juiza-que-manteve-menor-em-cela-com-homens/>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

necessidade de sua manutenção ou substituição por medida cautelar ou mesmo relaxamento, evitando assim que fatos como os narrados anteriormente voltem a se repetir, levando à mídia e desacreditando as atividades do judiciário.

4 DO CONTROLE DAS ATIVIDADES DE POLÍCIA

No tocante às atividades de polícia, a audiência de custódia se apresenta de certa forma em contraste, ou seja, uma força contrária, que solta.

Dentre todos os institutos envolvidos no combate ao aumento da criminalidade, as polícias ostensivas, as que prendem, são as que efetivamente apresentam alguma resposta, o número de prisões. Se a criminalidade está aumentando, as ações dessas corporações apresentam-se diretamente proporcionais, comprovando sua eficiência no sistema.

O modelo brasileiro – não é de agora – tem se mostrado fracassado em reabilitar os indivíduos que desviam do comportamento esperado, visto o índice elevado de reincidência.

Nesse contexto, o que se observa é um cenário desarmônico entre os atores envolvidos no processo, cada qual apenas preocupado em cumprir seu papel exclusivo, obstados em tratar a problemática de forma sistêmica, seja em virtude de causas ideológicas ou por interesses específicos de determinados grupos de expressiva representação.

Embora combatida com elevada gama de argumentos jurídico-normativos, o instituto da prisão é só o que se tem em resposta à criminalidade atual desenfreada.

Michel Foucault⁹, ensina que “conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E entretanto não ‘vemos’ o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão”. Contrário a esse ensinamento, as audiências de custódia, da maneira como vem sendo enfatizado, mostram-se contrárias a esse “mal necessário” subentendido pelo autor supra, afetando diretamente a atividade policial de manutenção da ordem pública, da forma como que se em toda prisão ou ao menos na maioria delas houvesse excessos por parte desses agentes da lei. Dependendo da crítica atribuída, a audiência de custódia é analisada como a apresentação do autor de uma contravenção que aos olhos dos mais diversos atores do processo pode ser visto como única vítima, que então será “salva” graças a apresentação perante um juiz que irá livrá-lo dos abusos e maus tratos da polícia.

Ávila¹⁰ cita que,

[...] a Nota Técnica nº 06, que analisa o PLS no 554/2011, destaca que a audiência de custódia é uma reivindicação antiga de movimentos de direitos humanos que buscam combater a tortura e truculência policial, sendo as primeiras horas após a prisão o momento mais sensível

⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 39 ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 218.

¹⁰ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Audiência de custódia Avanços e desafios**. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p301.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2017.

para o interrogatório mediante tortura.

A ideia que se passa é de que as prisões arbitrárias sejam a regra, mas não. Os abusos e maus tratos cometidos por policiais são casos isolados, são exceções que se apresentam e encontram outros meios eficientes que culminam com sanções aos transgressores.

Ante ao exposto, passa-se a analisar o enunciado atribuído pelo Ministério Público do Estado de São Paulo¹¹ ao estabelecer que:

[...] uma vez realizada uma prisão em flagrante, a pessoa detida deverá ser apresentada ao Juiz de Direito, em “audiência de custódia”, no prazo máximo de 24 horas, oportunidade em que a autoridade judicial decidirá, após ouvido o representante do Ministério Público, sobre a legalidade da prisão e deverá converter a custódia por força do flagrante em prisão preventiva ou conceder ao preso a liberdade provisória com ou sem imposição de medidas cautelares ou, ainda, determinar a prisão domiciliar.

A autoridade judicial ao decidir sobre a legalidade da prisão estará pondo à prova a legalidade da atividade policial e a legitimidade da prisão.

Ora, um indivíduo é flagrado subtraindo objetos de uma residência e, reunidos todos os elementos que o façam incorrer na prática do crime de furto qualificado com rompimento de obstáculo, de acordo com o art. 155, §4º, I do Código Penal Brasileiro, cuja pena máxima cominada ultrapassa os quatro anos de reclusão, ao menor indício de suposto excesso praticado pelos autores da prisão, leia-se os policiais, esse indivíduo é beneficiado com medidas cautelares a fim de que se faça processar em liberdade.

Essa situação hipotética, porém atual, ilustra a submissão incondicionada do direito da coletividade em favor do direito do indivíduo – e no caso em análise, de um indivíduo transgressor – patrocinada por grupos de interesses que estão tentando resolver o problema da superpopulação carcerária, mas que não veem que com isso estão cultivando o aumento da criminalidade e a sensação de impunidade, essa cultura sim, já intrínseca à sociedade brasileira.

Outros pontos a serem observados são o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Enquanto que para o preso são garantidos todos os direitos processuais, aos autores da prisão é-lhes restringido, uma vez que são impedidos pela regulamentação de participarem da audiência de custódia. O que for relatado pelo acusado, muitas vezes devidamente orientado por seu defensor, torna-se artifício para desvencilhar-se da prisão, nem que seja para relaxar o flagrante e ganhar tempo, colocando à prova as atividades de polícia, ou seja, a legalidade e legitimidade da prisão, cominando com acusações infundadas e processos administrativos ilegítimos.

¹¹ SÃO PAULO. **Ministério Público e Audiência de Custódia.** Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/corregedoria_geral/Publicacoes/Minist%C3%A9rio%20P%C3%BAblico%20e%20Audi%C3%Aancia%20de%20Cust%C3%B3dia.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2017.

5 COMBATE À CULTURA DO ENCARCERAMENTO

É bastante estranho falar em combate à cultura do encarceramento quando se está inserido em um sistema que não contempla outra maneira efetiva de se ver aplicada a sanção penal pelo Estado senão por meio de pena privativa de liberdade.

Nas palavras de Aury Lopes Júnior e Caio Paiva¹², “no teatro penal brasileiro, a prisão desponta, indiscutivelmente, como a protagonista, a atriz principal, que estreia um monólogo sem fim”. Além de uma pena imposta ao criminoso, o cárcere põe a salvo os demais indivíduos das práticas delituosas daquele transgressor enquanto no cárcere estiver, uma vez que já se difundiu no seio da sociedade, dado ao elevadíssimo índice de reincidência, que “a prisão não recupera ninguém”.

Há um evidente conflito nas concepções de Direito quando que, de um lado busca-se proteger os direitos e garantias fundamentais de um indivíduo que transgrediu à Lei, e por outro, deixando uma sociedade toda à mercê de novas transgressões praticadas por ele mesmo tão logo obtenha sua liberdade novamente.

A ideia da audiência de custódia é positiva no tocante à preservação da integridade física do preso, mas vai ao extremo ao atacar o instituto da prisão preventiva, que cumpre fielmente seu papel como garantidora da ordem pública.

Pires e Mendes¹³, em seu estudo sobre audiência de custódia, trazem que,

[...] no Brasil as perspectivas diante as unidades prisionais não são as mais animadoras, a cada dia mais e mais prisões são realizadas, o sistema penitenciário não funciona e já não suporta tal quantidade, em consequência aumentam as rebeliões e consequentemente as violações dos direitos humanos. Neste contexto surge a Audiência de Custódia como uma tentativa de reduzir o encarceramento.

Observa-se que o problema não é o encarceramento, mas as condições em que os transgressores são encarcerados. É evidente a deficiência encontrada no sistema carcerário, mas o instituto da prisão preventiva ainda é e por ora não existe nada mais eficiente a se garantir a ordem pública, pelo menos impede que determinado transgressor continue praticando atentados contra a sociedade.

É o que institui o art. 312 do Código de Processo Penal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.¹⁴

¹² LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal.**

¹³ PIRES, Diovane Menezes; MENDES, Raíssa Pacheco Siqueira. **Audiência de Custódia.** Disponível em: <http://nipromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/b81a0f8e58059c14f3bc9ce95556fa92.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2017.

¹⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 13 abr. 2017.

O Princípio da presunção de inocência encontra ressalva no instituto da prisão preventiva, que inclusive foi instituída para a garantia da ordem pública, ou seja, para proteger a sociedade de futuros atentados, já que a regra é restringir a liberdade apenas depois da condenação transitada em julgado.

De forma como esse princípio vem sendo concebido e aplicado, para invocar a não manutenção das prisões por meio das audiências de custódia, acaba colocando a sociedade inteira em risco, podendo ser a próxima vítima pessoa qualquer que a integra.

Uma vez presentes os requisitos de autoria e materialidade é legítima a aplicabilidade da exceção ao princípio da presunção de inocência, e outras garantias ainda assistiriam o indivíduo, sendo o devido processo legal o caminho que cominará com a condenação do delinquente.

Além do mais, o tempo de prisão cumprido preventivamente será deduzido do tempo da condenação, impedindo que o preso permaneça encarcerado mais que de fato deveria.

Diferente seria se ausentes fossem as provas e/ou falsos os testemunhos, mas aí estar-se-ia falando em um complô, impossível de ser admitido.

Por todos os meios tem-se buscado justificar a soltura de indivíduos que transgrediram à Lei, que praticaram atos prejudiciais à sociedade, que quebraram o “pacto social” contratado por todos, no entanto, devem sim ser submetidos às sanções do Estado.

São indivíduos transgressores que se posicionam à margem da sociedade, e não compete discutir aqui os motivos que os levaram a optar pelo desvio, certo é que havendo crime uma sanção deva ser imposta e embora a privação da liberdade seja medida extrema, não se verificou alternativa mais efetiva, principalmente para a proteção da sociedade, ou seja, a para a garantia da ordem pública, já que o sistema não contempla outra forma e a ressocialização e recuperação são tratadas como utopias nos moldes atuais.

O mesmo princípio da presunção de inocência, que permeia a justificativa de não se manter alguém no cárcere, não é aplicado quando, supostamente, reunidos os demais elementos, um preso é acusado por crime violento.

Quando um juiz põe em liberdade um ladrão que cometeu crime de furto em detrimento de outro que cometeu roubo à mão armada, quer dizer que alguém não possa ser roubado, mas tudo bem se algum cidadão tiver sua residência violada e seus bens subtraídos desde que seja crime de furto?

O perigo para a sociedade é o mesmo e nos dois casos haverá a prática de conduta criminosa, exigindo-se a intervenção da “mão forte do Estado”. Para ambos os casos, a legislação vigente prevê como pena a privação da liberdade, que antes de uma forma coercitiva de ressocialização do indivíduo, é uma maneira de colocar a sociedade a salvo de sua delinquência.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a implantação das audiências de custódia seja assunto recente no ordenamento jurídico brasileiro, as polêmicas que circundam o tema se espalham, assim como as críticas e elogios advindos de ambos os polos de atuação.

Sabedores de que o presente ensaio, da forma como fora abordado, encontrará muitas críticas, contudo, é importante frisar que não se busca criticar o instituto da audiência de custódia na sua essência, mas chamar a atenção para possíveis distúrbios que se instalam com ela.

É vivenciado o tempo em que a delinquência transgressora das regras institucionalizadas tem encontrado maior espaço na agenda política e jurídica do país a fim de que sejam defendidos e patrocinados com maior ênfase os “direitos e garantias” desses indivíduos que os dos outros enquanto coletividade.

Destarte, fundamental estar atento para que a elevada preocupação e patrocínio dos direitos e garantias individuais não acabem comprometendo a vida das pessoas enquanto seres integrantes dessa sociedade.

7 REFERÊNCIAS

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Audiência de custódia Avanços e desafios**. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p301.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 13 abr. 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 39 ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal**. Disponível em: <http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2014/11/Revista_da_Defensoria_P_blica_Ano_V_N_9_mai_ago_2014_v4.pdf#page=161>. Acesso em: 10 abr. 2017.

SÃO PAULO. **Ministério Público e Audiência de Custódia**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/corregedoria_geral/Publicacoes/Minist%C3%A9rio%20P%C3%BAblico%20e%20Audi%C3%Aancia%20de%20Cust%C3%B3dia.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2017.

PIRES, Diovaner Menezes; MENDES, Raíssa Pacheco Siqueira. **Audiência de Custódia**. Disponível em: <http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/b81a0fbe58059c14f3bc9ce95556fa92.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2017.

UOL. **CNJ pune juíza que prendeu garota de 15 anos em cela com 30 homens no PA**.

Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2016/10/12/cnj-pune-juiza-que-prende-garota-de-15-anos-em-cela-com-30-homens-no-pa.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

VEJA. CNJ pune com suspensão juíza que manteve menor em cela com homens. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/brasil/cnj-pune-com-suspensao-juiza-que-manteve-menor-em-cela-com-homens/>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

DESAFIOS À INSTITUIÇÃO DO PARADIGMA CULTURAL ECOLÓGICO EM TEMPOS DE SOCIEDADE GLOBAL: UM OLHAR ANTE A (DES) NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO ANTROPOCENTRISMO MODERNO

Bruno Mello Correa de Barros¹
Géssica Adriana Ehle²

Recebido em: 13 ago. 2017
Aceito em: 19 dez. 2017

Resumo: A emergência de uma sociedade global trouxe consigo uma pluralidade de conflitos nunca antes enfrentados pelo Direito. Ao passo da dissolução das fronteiras interestatais, as demandas insurgentes tornam-se, diuturnamente, questões que aspiram um enfrentamento a nível global. Diante dos preceitos basilares construídos a partir da promoção da sociobiodiversidade, busca-se analisar a importância de que um novo paradigma cultural seja instituído. Para tanto, a fim de viabilizar a incorporação do paradigma ecológico à sociedade contemporânea, o estudo visa verificar a pertinência de se superar o antropocentrismo moderno, não vilipendiando o princípio antrópico em si mesmo, mas construindo um novo caminho à antropologia, centrado na proteção à biodiversidade. Para tanto, como Teoria de Base e Abordagem optou-se pela perspectiva sistêmico-complexa, utilizando-se autores com visão multidisciplinar e conectando ares do saber como ecologia política e o direito, bem como método de procedimento será por meio de pesquisa bibliográfica aliada a técnica de pesquisa por meio de resumos.

Palavras-chave: Antropocentrismo moderno. Paradigma cultural ecológico. Sociedade global.

¹ Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação - PPGD da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM, na área de Concentração: Direitos Emergentes na Sociedade Global e linha de Pesquisa: Direitos na Sociedade em Rede. Docente do Curso de Direito da Faculdade Metodista de Santa Maria - FAMES. Aluno do Programa de Pós-Graduação, modalidade Especialização em Mídias na Educação pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior - CAPES pelo período de Fevereiro de 2016 a Março de 2017. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano - UNIFRA. Pesquisador do Centro de Estudos e Pesquisas em Direito & Internet - CEPEDI, da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM, cadastrado na plataforma de pesquisas CNPq, atuação na linha de pesquisa Riscos e (des)controles do ciberespaço. Integrante do projeto de pesquisa Ativismo digital e as novas mídias: desafios e oportunidades da cidadania global, projeto registrado no Gabinete de Estudos e Apoio Institucional (GEAIC) do Centro de Ciências Sociais e Humanas - CCSH da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM, sob o nº 030039. De 2014 a 2015 participou como pesquisador do Núcleo de Direito Informacional - NUDI da UFSM, também cadastrado no CNPq. Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI e membro associado da Academia Nacional de Estudos Transnacionais - ANET. Parecerista da Revista Brasileira de Políticas Públicas. Autor de artigos científicos, trabalhos acadêmicos e pesquisas nas áreas de Direito Digital, Direito e Internet, Direito da Criança e do Adolescente, bem como temas relacionados à utilização das Tecnologias da Informação e da Comunicação - TIC, Democratização da Mídia e Lei de Acesso à Informação. E-mail: brunomellocorbarros@gmail.com.

² Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Especialista em Direito Constitucional e cursando pós-graduação lato sensu em Direito do Consumidor pela Instituição de Ensino Complexo Educacional Damásio de Jesus; Pesquisadora do Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet (CEPEDI), cadastrada na plataforma de pesquisas do CNPq, com atuação na linha de pesquisa Riscos e (des) controles do ciberespaço; integrante do projeto de pesquisa Ativismo digital e as novas mídias: desafios e oportunidades da cidadania global - projeto registrado no Gabinete de Estudos e Apoio Institucional (GEAIC) do Centro de Ciências Sociais ? CCSH ? da Universidade Federal de Santa Maria sob o número 030039; Integrante do Núcleo de Direito Constitucional (NDC) da Universidade Federal de Santa Maria, cadastrada na plataforma do CNPq; Advogada inscrita sob o n. 93.779 OAB/RS. E-mail: gessica.ehle@gmail.com.

CHALLENGES TO THE INSTITUTION OF THE ECOLOGICAL CULTURAL PARADIGM IN TIMES OF GLOBAL SOCIETY: A LOOK AT THE (DES) NEED TO OVERCOMING MODERN ANTHROPOCENTRISM

Abstract: The emergence of a global society brought with it a plurality of conflicts never before faced by Law. In the wake of the break-up of inter-state boundaries, insurgent demands are often issues that aspire to global confrontation. Faced with the basic precepts built from the promotion of socio-biodiversity, we seek to analyze the importance of a new cultural paradigm being instituted. Therefore, in order to make possible the incorporation of the ecological paradigm into contemporary society, the study aims at verifying the pertinence of overcoming modern anthropocentrism, not vilifying the anthropic principle in itself, but constructing a new path to anthropology, centered on the protection of Biodiversity. For this purpose, as a Theory and Approach, we opted for a systemic-complex perspective, using authors with a multidisciplinary vision and connecting knowledge as political ecology and law, as well as method of procedure will be through bibliographic research allied to Research technique through abstracts.

Keywords: Ecological cultural paradigm. Global Society. Modern anthropocentrism.

1 INTRODUÇÃO

A insurgência de novas demandas originárias da gênese de uma sociedade global se torna realidade aos tempos hodiernos. Uma vez atingido o auge do capitalismo pós-revolucionário, a globalização se faz presente como um fenômeno concreto e de largas margens de disseminação. Tal realidade acaba por refletir de forma direta em várias as cearas da sociedade, inclusive no que diz respeito às questões que envolvem o meio ambiente.

Diante da porosidade transfronteiriça, o remanejar entre os limites entre OS Estados e suas questões de ordem, as demandas insurgentes dessa nova sociedade acabam por atingir proporções de igual globalidade. Dessa forma, o que em tempos pretéritos era discutido em espaços nacionais ou em blocos de Estados, cabe, por ora, que se analise dentro de um contexto de projeções que gerarão respostas ao mundo todo – seja direta, ou indiretamente.

Destarte o aludido, ao passo em que se delineia a sociedade global emergente, oportunamente indaga-se quanto às problemáticas que se originam consigo. Pode-se aperceber, diante de tal observar, que a propagação e majoração de processos de degradação ambiental promovidas pelo ser humano se mostra em escala de crescimento e, apesar de haverem inovações jurídicas e legislativas no intuito de barrar tal alavancar, o trato a partir de um modificar técnico acaba por não produzir os efeitos desejados.

Por assim dizer, o presente estudo busca refletir acerca da posição ocupada pelo homem no tocante à proteção efetiva do meio ambiente, partindo de um olhar por de sobre a conduta humana com relação à natureza. Aspira-se, declinar a despeito da necessidade de que se institua um novo

paradigma ecológico, partindo-se de um ideal de uma ecologia profunda, ou seja, de uma visão de ecologia que interligue todos os sujeitos de modo que se percebam interdependentes entre si, reavaliando o patamar conferido ao ser humano pela modernidade – a visão de um ser superior a toda a criação.

Com o firmar de um cenário em que o ser humano reste pertencente ao meio em que vive, como parte e não como o ser que lhe rege, vê-se a quebra de paradigma em face de uma ecologia que preserve a biodiversidade como patrimônio de todo o mundo. Ademais, por essa trajetória, o presente estudo visa indagar quanto à visão antropológica que seja condizente ao paradigma ecológico que se almeja instituir.

Nesse ínterim, quanto ao paradigma antropocêntrico, há que se estudar a importância de sua superação, no momento em que se aspira construir um conceito antropológico que seja condizente a ideia de um paradigma ecológico. Ainda, objetiva-se focar na importância de que políticas públicas sejam instrumentos de ação para que esse tecer teórico não resulte em escritos obsoletos e ineficazes.

Sendo assim, diante do desenvolvimento de uma sociedade global, de demandas que ultrapassam as antigas concepções de espaço-tempo, faz-se contundente o refletir acerca da efetiva construção de um paradigma a partir das premissas de uma saudável sociobiodiversidade, o paradigma ecológico que descortina o antropocentrismo sobrevivente dos tempos da modernidade e o supera. Indaga-se, pois, quando às efetivas políticas públicas aplicáveis, que superem a reprodução de normas de cunho técnico, passando a versar sobre a nascente relação entre homem e natureza – o homem que a constitui e não mais a domina.

2 O NASCER DA SOCIEDADE GLOBAL E OS DESAFIOS PARA A INSITUIÇÃO DO PARADIGMA CULTURAL ECOLÓGICO

Antes mesmo de se explanar acerca da instituição de um paradigma que afira consigo a cultura ecológica, faz-se oportuno que se delinee sobre qual pano de fundo tais indagações ganham força e carecem desencadear seus resultados. Por assim dizer, trazem-se à luz breves considerações em face da insurgência de um novo modelo de sociedade, não mais atravessada pelos canteiros excludentes das fronteiras nacionais – a sociedade global.

Ao lume de uma sociedade que delinea seus entornos em face dos efeitos da globalização e do capitalismo pós-revolucionário³, as barreiras entre os espaços local e global foram efetivamente rompidas. De tal modo, é com um olhar circunspecto que se almeja discorrer o presente estudo, em face da globalização, dos novos rumos traçados com o chegar do capitalismo massivo e onipresente

³ De acordo com Bell (1973, p. 25), “as expressões sociedade industrial, pré-industrial e pós-industrial são sequências conceituais ao longo do eixo da produção e dos tipos de conhecimento utilizados” que surgiram ao tempo do término da Terceira Revolução, servem a esse estudo como mero marcador temporal, visando delinear a sociedade sob qual as pretensões, por ora galgadas, serão tecidas.

na sociedade então instituída.

Inerente a tal cenário de reconstrução do espaço, de transformações entre o local e o global, insurge, propulsionando tal interação, o fenômeno da globalização. Trata-se, nas palavras de Santos (2013, p. 45 e 46), do ápice da internacionalização, a amplificação de todos os lugares e de todos os indivíduos, embora em graus diversos; uma nova fase da história humana, na qual a globalização constitui um paradigma para a compreensão dos diferentes aspectos da realidade contemporânea. Cita também a insurgência da instantaneidade da informação globalizada, de modo que essa acaba por aproximar lugares distantes – geográfica e socialmente – viabilizando a troca de conhecimento de modo instantâneo e simultâneo, dando origem a uma relação unitária na escala mundo.

Por assim dizer, a globalização trouxe consigo inúmeras transformações de cunho social, e não meramente econômico, de modo que Bauman (1999, p. 68) assegura que a “globalização não diz respeito ao que todos nós, ou pelo menos os mais talentosos e empreendedores, desejamos ou esperamos fazer, mas diz respeito ao que está acontecendo a todos nós”. Dessa forma, a globalização⁴. abarca uma teia espessa de discussões acerca de suas benéficas e quanto aos efeitos negativos que pode acarretar.

Uma vez inseridos em um contexto global, os indivíduos se veem imersos em um ambiente cada vez mais unificado, presenciando sua cultura de espaço local ser modificada, de modo que lhes é permitido vislumbrar as consequências de todo o processo de rompimento entre as fronteiras locais até então estabelecidas. Nesse linear, fez-se notória a configuração da mundialização do espaço geográfico, sobrevivendo o gênesis de um paradigma social baseado na ciência, tecnologia e informação, espaço em que as tensões entre localidade e globalidade só fazem aumentar, paralelamente ao processo de globalização (SANTOS, 2013, p. 47).

Por esse caminhar, diante do progresso da globalização, verifica-se o avançar de fluxos que se instituem de modo a transcenderem os espaços territoriais dos Estados, demonstrando a necessidade de se refundar a concepção de conhecimentos locais como expressão cultural pertencente a cada povo, a fim de que os efeitos nocivos da globalização não acabem por desencadear o soterramento das diversidades culturais locais.

A esse despeito, ao passo que há uma modificação social no que tange também a transmissão das particularidades locais, enfatiza-se a relação do ser humano para com o seu meio, evidenciando aspectos de uma convivência em grupo que identifica os povos. Reiterando a integração dos espaços local/global, as palavras de Morin (1990, p.44) quando aduz a particularidade de cada indivíduo

⁴ No que tange à globalização, faz-se oportuna breve conceituação e distinção com relação à termos similares. De modo que por globalização, compreende-se “o próprio conjunto de processos, em cujo andamento os Estados nacionais se encontram”, [...] ao passo que “globalismo significa a concepção de que o mercado substitui ou acaba com a própria ação política, incorporando a ideologia do neoliberalismo, restringindo-se ao aspecto econômico” [...] e ainda, “a globalidade pode ser entendida como um complexo de fatores que enlaça a economia, a cultura, a política e tudo aquilo que estiver relacionado com essas áreas” (NASCIMENTO, 2011, p. 112-113).

usando a metáfora de um ponto em um holograma, na medida em que esse acaba por conter o todo planetário que o contém.

Ao lume de tais considerações, diante da sociedade global e dos ideais capitalistas socialmente incutidos, volta-se a atual discussão sobre a “insustentabilidade estrutural do modelo de desenvolvimento urbano-industrial-capitalista, mesmo quando ‘ambientalmente adequado’ a essa sociedade” (ZHOURI; LASCHEFSKI, 2010, p. 16). Origina-se, nesse ínterim, a postura de inquietude em face da prevalência de um olhar calcado na preservação do meio ambiente a partir da ótica de proteção equiparada do capitalismo.

Nesse linear, diante da evolução tecnológica advinda da sociedade contemporânea, bem como, tendo sido talhado um cenário de porosidade transfronteiriça, configura-se momento de reflexão quanto à garantia de um cenário ecológico de preocupação efetiva com a natureza, que ultrapassa as modificações técnicas e invasivas para a garantia do equilíbrio do ecossistema.

A ideia de um ecossistema equilibrado parte de uma pré-compreensão de que se está vivenciando um novo tempo, há que se considerar a superveniência de um mundo superpovoado e globalmente interligado, sendo necessária uma mudança de percepção e de pensamento para que se possa garantir, também, a sobrevivência da espécie humana (CAPRA, 2005, p. 14-15).

Para além do objetivo de se preservar a existência das gerações humanas futuras, quando se objetiva reestabelecer um novo paradigma ecológico, a partir de um reconfigurar antropológico, há que se ter em mente a ligação intrínseca entre o homem e a natureza que o circunda. A partir de tal conexão, verberar quanto à busca pela preservação da biodiversidade – enquanto variedade de organismos vivos das mais variadas origens – em conformidade ao desenvolvimento da vida humana em sociedade.

Exatamente essa relação entre a sociedade e a natureza origina a chamada sociobiodiversidade, compreendida também como

a relação entre o ser humano e a natureza na qual as práticas sociais de produção ou de vivência comunitária revelam modelos próprios e específicos no trato com a biodiversidade, ou seja, comunidades cuja cultura é fruto da convivência harmônica e sustentável com o seu entorno ambiental. (ARAÚJO, 2013, p. 279).

Desde o talhar de tal relação entre o ser humano e o meio do qual é parte, observa-se a pertinência da discussão em torno da ratificação por meio de políticas públicas que visem inferir ao meio social uma nova visão em face do comportamento do ser humano para com o meio com que se relaciona de modo tão genuíno. Galga-se, portanto, a superação dos ideais da modernidade, racionalistas e cartesianos, que modelaram a sociedade por longos anos.

Aos dias de hoje, as calamidades sociais como se apresentam, como as situações de pobreza, injustiça social, fome e crise ecológica, apontam para a superação de tal paradigma moderno de interação do homem com a natureza, uma vez que a própria crise ambiental vivenciada só encontrará

caminho certo à sua dissolução em face do acesso igualitário aos bens necessários à sobrevivência (JUNGES, 2010, p. 74).

Uma vez que ainda impere tal paradigma de dominação do homem em face da natureza, cenário em que o ambiente é meio para o qual o ser humano possa reger suas vontades, a reprodução das circunstâncias calamitosas parece ser um destino certo. Nas verberações de Ost (1995, P. 10), “este ambiente cedo perderá toda consciência ontológica, sendo desde logo reduzido a um simples reservatório de recursos, antes de se tornar um depósito de resíduos”.

Diante de tais considerações demonstra-se a fundamentalidade da tratativa com relação a um novo paradigma para instituir as relações da sociobiodiversidade. Dessa forma, tal crise ecológica vivenciada atualmente não exclusividade dos tempos atuais, o que é inédito é a maneira que se deve enxergar a natureza, diante da mutação cultural que alcança um enfoque mais global, de forma que há a interpretação das inter-relações presentes no ambiente por meio de uma cultura sistêmica de ambiente (JUNGES, 2010, p. 69).

Assim, para que a natureza não acabe por restar como um cemitério de resíduos e degradação há que se solidificar a ideia de que o paradigma moderno e antropocêntrico de dominação do homem deve ser desconsiderado. Tornar visível o mal que tal aceite acaba por desencadear à biodiversidade, é também objetivo do presente estudo. Daí a compreensão de uma visão sistêmica da sociobiodiversidade, superando a racionalidade de outrora, faz-se imprescindível.

Entrementes, ao passo em que se fala sobre o constituir de um novo paradigma cultural ecológico, trata-se de uma ecologia denominada ecologia profunda, reconhecedora da interdependência entre os indivíduos e sociedades. Há, porém, uma dicotomia no que se refere ao estudo da ecologia em seu nível de abrangência/profundidade, sendo que

a ecologia rasa é antropocêntrica, ou centralizada no ser humano. Ela vê os seres humanos como situados acima ou fora da natureza, como a fonte de todos os valores, e atribui apenas um valor instrumental, ou de "uso", à natureza. A ecologia profunda não separa seres humanos — ou qualquer outra coisa — do meio ambiente natural. mundo não como uma coleção de objetos isolados, mas como uma rede de fenômenos que estão fundamentalmente interconectados e são interdependentes. A ecologia profunda reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos e concebe os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida. (CAPRA, 2005, p. 17)

É preciso ir além, e o caminho que se mostra vantajoso à coletividade – sobretudo à biodiversidade⁵ – é o de uma quebra paradigmática em face da promoção de um pensamento cultural ecológico. Ou seja, conforme aduzido, o ser humano integra a teia da vida, reconhecido seu valor como tal sem, sobremaneira nenhuma, avolumar-se a sua espécie hierarquia superior para com os demais organismos vivos.

⁵ Em tempo, compreende-se biodiversidade para além de seu significado original de apenas condizer a uma diversidade biológica, passou a compreender uma diversidade genética, ecológica e de espécies, ao ano de 1986 (BENSUSAN, 2008, p. 22-23).

Nesse tocante, ao passo em que se assegura a pertinência de um paradigma que supere os princípios norteadores da modernidade, há uma “mudança de paradigma na ciência, em seu nível mais profundo, implica uma mudança da física para as ciências da vida” (CAPRA, 2005, p. 21).

Nesse sentido, com a transferência de polos para o enfrentamento da quebra paradigmática por ora verberada, há que se fomentar mais do que mecanismos técnicos para que tal prerrogativa passe a ser realidade no meio social. Ao que pese se tratar acerca de uma superação paradigmática há muito caminho a se trilhar, haja vista a devassidão de políticas públicas que estejam dispostas de encontro às bases do sistema capitalista global que domina.

Para que se determine a relação de fato existente entre o homem e a natureza, a fim de consolidar o saber e o paradigma ecológico profundo, a elaboração de um saber ecológico calcado na interdisciplinaridade é de fundamental importância, de modo que reste definida não uma ciência de saber específico sobre a natureza ou sobre o homem, mas sim, uma ciência de suas relações (OST, 1995, p. 16).

Diante de tal explanar, no que tange às relações referentes à sociobiodiversidade, no intento de alcançar um novo paradigma para a sociedade global emergente, defende-se a implementação real de um pensar a partir de uma ecologia profunda. Assim sendo, conforme aduz Junges (2001, p. 46),

o paradigma ecológico significa uma crítica radical à autonomia solipsista da modernidade e uma proposta de percepção da realidade em suas inter-relações e não como pura soma de entidades individuais. Amplia a pura perspectiva intersubjetiva dos humanos e tenta incluir também a consideração das interdependências e interligações com os seres vivos e com os ecossistemas e a biosfera.

O homem ao se ver como o rei superior da criação divina, indivíduo dominante em face de todas as espécies vivas, ser dotado do direito de utilizar o meio ambiente em favor de suas aspirações pessoais e em detrimento da manutenção da natureza como sujeito de direitos, age de modo solipsista, decidindo sozinho sobre o rumo que dará à biodiversidade. Porquanto tal desiderato restar prevalecendo, não há que se falar em superação dos problemas ambientais atuais.

Conforme anteriormente aludido, a crise ecológica aponta para a decadência do atual paradigma de intervenção no meio ambiente e de convivência entre os seres humanos e destes com a natureza, sendo que a situação de fome, pobreza e injustiça de multidões de seres humanos é a face social da crise ecológica. Sendo assim, o paradigma ecológico surgiu para lutar contra tal crise, o que acaba por exigir o surgimento de uma nova compreensão do próprio ser humano, e então a superação do pensar a partir de um patamar superior frente à natureza.

Basta que se reitere a importância da efetividade do paradigma cultural ecológico em meio à sociedade atual, sobretudo a partir do instante em que se concebe a ideia de que tal eixo paradigmático insurgiu-se com a finalidade de superar o paradigma moderno da autonomia humana solipsista, paradigma esse que ensejava a “conquista e domínio da natureza pela ciência e a técnica, do uso desmedido e do desfrute imprudente dos recursos naturais, da passagem do regime da natureza para

o regime da sociedade, da ética procedimental e utilitarista” (JUNGES, 2001, p. 48).

A luta pela definitiva superação de tal paradigma moderno parece guardar árduas batalhas pela frente, especialmente por não demonstrar atrativo ao sistema capitalista presente na sociedade global. A contraprestação a ser despendida parece não interessar aos detentores de capital, fomentadores da economia, chefes do capital global, por não culminarem em benefícios econômicos em curto prazo.

Então, verifica-se claramente a salutar importância de que se dissemine outra visão paradigmática com relação ao ambiente. De modo que, segundo Araújo (2013, p. 286), “uma perspectiva que foge da racionalidade economicista hoje dominante aproxima desenvolvimento e biodiversidade, [...] projetando-se para um novo modelo socioambiental e uma mudança paradigmática” que ocasionam um grande ganho em prol de toda biodiversidade global.

3 REFLEXÕES ANTE A (NÃO) SUPERAÇÃO DO ANTROPOCENTRISMO MODERNO EM MEIO AO CONSOLIDAR DO PARADIGMA ECOLÓGICO

À luz da emergência de uma sociedade global e tecnológica, perpassam-se “tempos de impasses e certo esgotamento quando se tratam dos recursos naturais, de forma que se eles forem compartilhados por toda a coletividade, tal modelo técnico e contemporâneo é insustentável” (HERMITTE, 2006, p.14). Diante de tal assertiva, contempla-se a circumspecta caracterização de um embate sociológico entre o paradigma antropocêntrico ainda imperativo ante a necessária e urgente transformação de tal realidade – uma vez sendo reavivada a indispensável apropriação do paradigma cultural ecológico pela grande massa da sociedade.

Não se busca ao presente capítulo, a desconstrução da ideia de um respeito ao antropocentrismo *lato sensu*, contudo se deseja instituir um novo olhar por de sobre a postura humana e o meio ambiente. Ademais, busca-se reverberar quanto da importância de uma aplicabilidade prática de tais reflexões teóricas, ao passo que devam ser pensadas políticas públicas que enfatizem a condição humana de parte do meio em que vive.

Diante da premissa de que não se pretende superar o paradigma antrópico existente ao passo da discussão ora travada a esse estudo, objetiva-se afirmar que o ser humano continua sendo o objeto central ao qual se voltara o presente discurso a partir de um novo paradigma cultural. Com isso, desde tal princípio fulcral se pode estabelecer que o “equacionamento do desafio ambiental depende de uma mudança de atitude do ser humano, [...] se trata de chegar a uma concepção antropológica condizente com o paradigma ecológico” (JUNGES, 2010, p. 80).

Do ponto em que se visualiza o paradigma afirmado aos tempos da modernidade, pode ser observada o desenvolver de uma antropologia clássica, marcada pela inter-relação do campo da religião e política, que assume a importância de se compreender a relação do homem com o meio em que vive, uma relação cultural. Entretanto, a esse tempo defendia-se o pensamento de que “a cultura

é da ordem do presente e do futuro; a natureza do passado; e do passado nós temos o direito de fazer tábula rasa, seja dos homens ou da natureza” (MOSCOVICI, 2007, p. 21).

Tal assertiva quanto ao manejar da natureza como objeto a ser dominados e explorados, ratifica o entender de um paradigma antropocêntrico calcado em diferenciar de modo edificante a vida humana das demais. De modo que é preciso percorrer um caminho de busca de uma visão antropológica que respeite os ideais culturais de uma ecologia política e profunda.

No tocante às discussões antropológicas de tempos pretéritos em confronto com uma quebra paradigmática e a construção de uma nova visão da relação do homem com a natureza, insere-se em um contexto de dicotomia entre os que defendem a preservação, em certa medida, do viés antropocêntrico das relações, ante aos que corroboram a tese de que o deslocar completo do eixo paradigmático surtiria efeitos mais benéficos ao meio ambiente, ou seja, os antiantropocentros.

Entretantes, muito embora se configure tal embate de posicionamentos, ambos centrados em polos distintos de um mesmo mundo global, há que se manter em mente que entre as

posições antropocêntricas e antiantropocêntricas levantam uma contra a outra, está subjacente uma certa concepção de ser humano. O ponto de partida da argumentação e o objetivo da crítica é antropológico. As duas tendências confrontam-se criticamente com a visão moderna do ser humano. O ponto de referência é o ser humano autônomo e empreendedor vencedor das determinações e autossuficiente, dominador da natureza caótica e conquistador do mundo. O contexto cultural do debate crítico é a modernidade. (JUNGES, 2001, p. 49).

Com tais considerações, nota-se a presença de uma postura humana de autonomia e dominação da natureza, sem considerar sua condição intrínseca de parte de um mesmo sistema de biodiversidade, sua inter-relação necessária com o meio ambiente. Outro polo da discussão destina-se justamente à defesa de argumento contrário ao passo que busca a consideração de um paradigma ecológico integralmente inserido no ecocentrismo – meio do qual se tem como centro a comunidade biótica.

Aderir ao ecocentrismo como veículo ensejador à construção de um novo paradigma ecológico é, de acordo com Junges (2010, p. 79), tomar partido de uma posição totalmente inversa daquela que é vivenciada pelo antropocentrismo moderno, sendo o ser humano inserido em um meio, de modo a configurar um elo a mais no encadeamento vital dos ecossistemas. Corroborando ainda, o autor, que diante de tal verberar pode-se visualizar certa fragilidade, especialmente porque o homem nutre a qualidade exclusiva – não presente aos demais seres vivos – de se confrontar culturalmente com seu meio ambiente.

Sendo assim, o aspirar de uma construção antropológica condizente com o paradigma da ecologia profunda não requer a desconsideração do fato de que o ser humano apresenta uma posição diversa dos demais organismos vivos. Definitivamente, o problema maior da questão está não no ser humano em si mesmo, mas na postura que passou a adotar a partir de um olhar moderno, racionalista, de dominação da natureza.

Com o insurgir da modernidade o ser humano passou a receber autonomia para deliberar sobre os recursos naturais, assumindo uma postura de determinismos diante da biodiversidade. De forma que a própria modernidade fora a responsável por desenvolver na espécie humana a preocupação com o atingir dos ideais capitalistas de desenvolvimento, a partir do trabalho e das tecnologias, de modo a aferir à natureza as transformações originárias de tal *modos operandi*. “Pelo trabalho o ser humano entra em confronto cultural com a natureza, tentando moldar o ambiente às condições humanas” (JUNGES, 2001, p. 55).

Com tais aspirações pretende-se firmar entendimento de que não se deve buscar a desconstrução do viés antropocêntrico de modo a rechaçar sua fundamentalidade em face das transformações que são necessárias para enfrentar a crise ecológica alargada em tempos de sociedade global. O simples refletir acerca das dissonâncias de compreensão entre o olhar do antropocentrismo *versus* o entender antiantropocêntrico faz com que se possa compreender o porquê da permanência do ser humano como objeto central para a transformação do meio, deve prevalecer.

Portanto, o objetivo primordial ao se almejar a construção de um novo paradigma e uma inédita visão antropológica reside na quebra dos ideais modernos, sobretudo no que diz respeito ao ser humano e ao seu meio ambiente vital, quando há a redução da natureza a um mero objeto de apropriação humana; faz-se necessária a compreensão da espécie humana interligada a uma rede biótica, parte do ecossistema, fruto da natureza que o criou e o mantém vivo em corpo e em espírito (JUNGES, 2010, p. 80).

Mesmo com o evoluir do pensamento ambientalista, ao passo que se desenvolveram inúmeras políticas de preservação ambiental ao decorrer das últimas décadas – e, portanto, concomitantemente ao nascer da sociedade global – poucas dessas ações visam efetivamente proteger o meio ambiente sem que o capitalismo seja beneficiado.

A partir do reconhecimento da natureza enquanto sujeito de direitos, versa-se sobre a presença de deveres diretos e não apenas indiretos para com o meio ambiente, posição fortemente defendida pelos críticos das posições antropocêntricas, postulando um valor intrínseco para a natureza e rejeitando uma diferença de tratamento entre seres humanos e não humanos (JUNGES, 2001, p. 37).

No que concerne à discussão específica quanto a equiparação entre os sujeitos humanos e não humanos, oportunamente apropria-se de tais debates sobre serem sujeitos de direitos para exemplificar a necessidade de uma quebra paradigmática. Porquanto haja a previsão desde a Conferência de Estocolmo em 1972, inaugurando-se um novo cenário de reflexões sobre a temática ambientalista, bem como haja previsão na Magna Carta versando sobre o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e ressalva a o dever de não maltratar os animais, o enfrentamento antropocêntrico prevalece massivamente⁶.

⁶ 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

Desde o primeiro olhar despendido ao texto normativo, faz-se notória a intenção do legislador em proteger os ideais humanos, ou seja, o artigo de lei que, por si só, apresenta um viés antropocêntrico, voltado à defesa dos direitos do homem, e não à proteção da vida animal digna em sua integralidade (MEDEIROS, 2013, p. 51).

Em tempos remotos, Kant já verberava sobre o tema, defendendo que a outorga da dignidade dá-se apenas para o humano racional e os animais ele cita que são meios para um fim, sendo assim, a humanidade não tem, para com eles, deveres diretos, apenas só indiretos. (KANT, 1988, p. 25).

Vê-se, a partir de tais entendimentos, que os estudiosos não refletiam a partir de um prisma que colocasse como sujeito de direitos qualquer animal que não fosse o ser humano. De modo que toda comunidade animal passa a ser tratada como meio para satisfação pessoal dos seres humanos, independentemente de seus princípios e vontades próprios.

Dessa forma, quando se evidencia a intenção legal de proteção dos interesses do homem e não a salvaguarda dos direitos dos não humanos enquanto seres sencientes e, portanto, portadores de direitos. A despeito da condição de senciência de alguns animais, tem-se pela

capacidade de sentir dor e de sofrer tem sido, para filósofos ingleses utilitaristas, desde o final do século XVIII, a linha divisória que distingue moralmente os seres vivos em espécies que devem ser incluídas no âmbito da consideração moral. [...] A sensibilidade à dor determina que os humanos considerem membros da comunidade moral, com interesses a serem respeitados, todos os seres capazes de ter a qualidade de vida ameaçada pela carência e pela violência. (FELIPE, 2007, p. 277).

Toda essa nova e emblemática discussão é trazida ao texto do presente estudo no intuito de corroborar a pertinência de se lançar um olhar não mais envolto pelo antigo paradigma antropocêntrico moderno, uma vez que a crise ecológica hodierna, bem como as novas demandas insurgentes – como as que versam sobre os direitos dos animais não humanos – carecem de um enfrentar por meio de um pensar antropológico em que o homem se veja como parte da natureza.

Diante disso, a ecologia profunda almeja a mudança de *gestalt* do ser humano por meio de uma ética que não desconsidera os preceitos normativos, mas que os transforme através de atitudes inovadoras, tornando-as mais do que simples normas destinadas à proteção da natureza, delineando um meio ambiente em que o paradigma cultural ecológico desloque o comportamento antropocêntrico para uma lógica antropológica de pertencimento ao meio (JUNGES, 2001, p. 58-59).

As consequências do não observar ante a necessária quebra paradigmática que aqui se busca corroborar, pode ser notada ao passo que a insurgente sociedade atual, apropriando-se das ciências e das técnicas, não leva a sério os riscos que tal ação desencadeia, ou seja, no que se refere ao âmbito jurídico, há que se inserir as ciências, as técnicas e todos os riscos que possam originar, no corpo

presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (BRASIL, 1988).

hierárquico das normas, conferindo uma base fulcral concisa e maciça, em detrimento de leis casuísticas dispersas (HERMITTE, 2006, p. 16).

A juridicidade, ao passo da incorporação normativa de um preceito a ser defendido em larga escala, almeja o consolidar da quebra paradigmática advinda com a modernidade. É preciso enquadrar o Direito às respostas esperadas em tempos de demandas porosas e transfronteiriças, de modo que seja meio ensejador a preservação do meio ambiente, a promoção da biodiversidade e da sustentabilidade, mas que, acima de tudo, sirva como ferramenta de consulta ao novo pensar humano em face da natureza.

Dito de outro modo, não significa que normas contidas em códigos específicos que tratem sobre a proteção e preservação do meio ambiente não sejam necessárias, mas é preciso que estejam engajadas em modificar a percepção humana diante do meio ambiente, uma reformulação do comportamento, do agir ético ecológico.

Assim, nas palavras de Junges (2001, p. 60-65), a crise ecológica necessita de ética porque se trata de uma mudança paradigmática no modo de encarar a natureza, de modo que a pura resposta jurídica não resolverá os problemas ambientais, mas sim se agir em consonância a uma ética ecológica biocentrada e que esteja em contínuo diálogo com a ciência da ecologia. Assevera ainda, que a existência de um respaldo jurídico por meio de um direito ecológico determina os limites da intervenção no meio ambiente natural, e acaba por coibir abusos e aplicar as necessárias sanções.

Por todo o exposto, ao passo da instituição da sociedade contemporânea e as novas demandas que trouxe consigo, questões de interesse mundial, sobretudo no tocante à proteção da biodiversidade, há que se fomentar a instituição jurídica e social de um novo paradigma cultural ecológico. Ainda, que esse paradigma faça corroborar os preceitos de uma postura antropológica inédita, que se veja comprometida com a compreensão do meio ambiente, do desfrutar da biodiversidade, como um direito de todos, mas para, além disso, como um sinal de que o ser humano passou a aperceber-se como parte, e agente responsável, pelo equilíbrio da sociobiodiversidade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do emergir de uma sociedade global, carregada pelos ideais capitalistas de crescimento econômico, enraizada pelos ditames preconizados pela globalização, há que se dispender um novo olhar as demandas que versem sobre o meio ambiente, especialmente por serem problemáticas que não encontram canteiros ao seu dissipar.

Nesse sentido, ao momento em que se preteriu aferir a importância de um novo paradigma cultural ecológico como mola propulsora a uma maior proteção à natureza, buscou-se ratificar a importância de se colocar em primeiro plano a biodiversidade e sua relação com a sociedade em si, ou seja, um versar que encontre respaldo na saudável construção da sociobiodiversidade.

Porquanto tentou-se elucidar a pertinência de um paradigma ecológico que seja profundo, ou seja, calcado em si mesmo, tendo o ecossistema como meio gestor para seu desenvolvimento. De modo que, para que tal atingir consolide-se é preciso que se reveja a postura antropológica adotada pelo ser humano diante do meio do qual é parte.

Justamente no que tange a última assertiva reside a grande problemática em questão, o homem não se vê parte de um todo, imerso no ecossistema ao qual pertence, fruto da mãe natureza. Ainda em tempos hodiernos vislumbra-se a sobrevivência dos ditames enraizados na modernidade, racionalistas e de objetificação do meio ambiente.

Para que haja uma efetiva proteção à biodiversidade, há que se promover a quebra paradigmática e a construção de um novo enfrentamento à crise ecológica vivenciada. No momento em que o ser humano conseguir se empoderar de sua condição de parte em detrimento de sua governança majestosa em face dos recursos naturais, ver-se-á emergindo ao horizonte a solução para o combate à crise referida.

O papel da ciência jurídica, e de todas as demais, é imprescindível para a consagração de um novo paradigma social. Ao passo do firmar realista da existência de riscos a serem enfrentados, bem como diante do englobar pela ciência das novas agruras advindas do pensar antropológico de um paradigma ecológico, restará iniciada o embate à crise ecológica que insiste em alastrar-se pelas fronteiras globais.

5 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Enani Bonesso de. O Direito da Sociobiodiversidade. In: TYBUSCHU, Jerônimo Siqueira; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de; SILVA, Rosane Leal da (Orgs). **Direitos Emergentes na Sociedade Global**: Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito. Ijuí: Unijuí, 2013.

_____. O direito da sociobiodiversidade. In: REDIN, Giuliana; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da. **Direitos emergentes na sociedade global**: Programa de pós-graduação em Direito da UFSM, Editora UFSM, 2016, p. 270-318.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BELL, Daniel. **O advento da Sociedade Pós-Industrial**: uma tentativa de previsão social. Trad. Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Editora Cultrix, 1973.

BENSUSAN, Nurit. A impossibilidade de ganhar a aposta e a destruição da natureza. In: BENSUSAN, Nurit (Org.). **Seria melhor mandar ladrihar?** Biodiversidade: como, para que e por quê? Brasília, UNB, 2008.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 ago. 2015.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo:

Cultrix, 2005.

FELIPE, Sônia T. **Ética e experimentação animal: fundamentos abolicionistas**. Florianópolis: Ed. Da UFSC, 2007.

HERMITTE, M. A. Os fundamentos jurídicos da sociedade de risco :uma análise de U. Beck. In: VARELLA, Marcelo Dias (org.). **Governo de Riscos/Rede Latino-Americana – Europeia sobre Governo de Riscos**. Brasília, 2005.

JUNGES, José Roque. **Ética ecológica: Antropocentrismo ou biocentrismo? Perspectiva Teológica**. Ed. 33, 2001, 33-66. Disponível em: <<http://faje.edu.br/periodicos/index.php/perspectiva/article/view/801>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

_____. **(Bio) Ética ambiental**. São Leopoldo, UNISINOS, 2010.

KANT, Immanuel. **Lecciones de ética**. Barcelona: Crítica, 1988.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Direito dos animais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MORIM, Edgar. **L’Homme Domine-t-il as Palanète?** La pensée: Aujourd’hui, 1990.

MOSCOVICI, Serge. **Natureza: para pensar a ecologia**. Rio de Janeiro: Instituto Gaia, 2007.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita**. São Paulo: Ltr, 2011.

OST, François. **A natureza à margem da lei: Ecologia a prova do Direito**. Lisboa: Piaget, 1995.

SANTOS, Milton. **Técnica, Espaço e Tempo: Globalização e Meio Técnico-científico-informacional**. São Paulo: Ed. da USP, 2013.

ZHOURI, Andréia; LASCHEFSKI, Klemens. **Desenvolvimento e conflitos ambientais: um novo campo de investigação**. In ZHOURI, Andréiae LASCHEFSKI, Klemens (orgs.) Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010.

ÉTICA E DISCURSO JURÍDICO: A ÉTICA DO ORADOR COMO CONDIÇÃO ESSENCIAL DA RETÓRICA

Daniela Rezende de Oliveira¹

Recebido em: 31 ago. 2017

Aceito em: 19 dez. 2017

Resumo: O presente trabalho demonstra que a ética do orador representa uma das condições essenciais, e a mais importante, para o êxito de um processo argumentativo, inclusive, da argumentação jurídica. É o orador que determina a qualidade e a finalidade da argumentação: se voltada para o bem comum, ou se realizada para atender aos interesses de particulares. A ética do orador será analisada sob a perspectiva da *retórica clássica*, demonstrando-se que a argumentação virtuosa é aquela praticada por um orador que conduz o discurso pautado em atitudes éticas, cujas ações refletem a *prudência, a virtude e a benevolência*.

Palavras-chave: Argumentação. Argumentação virtuosa. Linguagem jurídica.

ETHICS AND LEGAL DISCOURSE: THE ETHICS OF THE ORATOR AS THE ESSENTIAL CONDITION OF RHETORIC

Abstract: The present work shows that the ethics of the orator represents one of the essential conditions, and most importantly, for the success of an argumentative process, including legal argumentation. It is the orator who determines the quality and purpose of the argumentation: whether it is aimed at the common good or whether it is performed to serve the interests of individuals. The ethics of the orator will be analyzed from the perspective of classical rhetoric, demonstrating that the virtuous argumentation is that practiced by a orator who conducts the speech based on ethical attitudes, whose actions reflect prudence, virtue and benevolence.

Keywords: Argumentation. Virtuous argumentation. Legal language.

1 INTRODUÇÃO

Em um sentido amplo, *retórica* deve ser entendida como técnica, ou ainda, arte de persuadir por meio da linguagem. Em sentido estrito, designa o emprego de uma linguagem eloquente e entusiástica durante a manifestação de um discurso argumentativo, se aplicando muito mais à oratória, do que à elaboração de discursos escritos.

O termo *retórica* vem do grego “*rethor*”, que significa “orador de assembléia”, e foi cunhado para designar as pessoas que faziam seus discursos em ambientes públicos, no intuito de persuadir o seu auditório por meio de uma linguagem eloquente e agradável. Assim, o objetivo de toda argumentação é persuadir e angariar a adesão do auditório por meio da utilização de um

¹ Doutora em Direito e Justiça (UFMG); mestra em Filosofia do Direito (UFMG) e bacharela em Direito (UFMG). Professora do Curso de Direito da Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC). Advogada. E-mail: danifilodir@yahoo.com.br.

encadeamento de raciocínios bem distribuídos ao longo do discurso. Portanto, a persuasão é inerente ao discurso retórico.

Etimologicamente, *persuadir* vem do grego *persuadere* – é termo formado pelo prefixo “*per*” (significa: de modo completo) e “*suadere*” (significa: aconselhar sem imposição). De forma que, o termo significa aconselhar alguém a fazer algo, sem que ocorra a imposição de uma conduta. Persuadir é, pois, utilizar todos os argumentos possíveis (argumentos racionais, lógicos e/ou afetivos) para conquistar a adesão de alguém a determinado ponto de vista, fazendo com que o ouvinte modifique sua conduta ou o seu modo de pensar.

Na Filosofia Clássica, a retórica é cuidadosamente analisada por Aristóteles, que se refere a ela como discurso acerca do conhecimento do provável ou verossímil, acrescentando-o aos demais tipos de conhecimento até então admitidos, quais sejam: conhecimento verdadeiro (*episteme*) e conhecimento falso (*doxa*). Para Aristóteles, a retórica é um instrumento para a obtenção e comprovação do conhecimento acerca do provável (verossímil), uma vez que há determinados conhecimentos que não podem ser comprovados por meio de evidências, e sim, por meio da linguagem persuasiva (ARISTÓTELES, 2005, p. 275-277).

Em seu tratado *Arte retórica*, Aristóteles realiza um estudo sistemático acerca da estrutura triádica da argumentação – orador, discurso e auditório, sob a perspectiva do *ethos*, *logos* e *pathos*. No tratado, Aristóteles classifica a retórica como sendo uma ciência teórica – poiética, eis que diz respeito à ação fabricadora do homem. Assim, a retórica é vista como arte – como *téchne*, e também, como *dynamis* – tendo em vista que o bom discurso é aquele que possui bom conteúdo e boa apresentação. Portanto, em Aristóteles, o bom orador é aquele que sabe “o que” e “como” falar (ARISTÓTELES, 2005, p. 113-122).

Diante do exposto, a retórica deve ser entendida como uma arte, ou ainda, uma *téchne*, que para obter êxito e conquistar a adesão do auditório deve estar atenta à pessoa do orador. Assim, embora o auditório seja componente essencial da retórica, uma vez que é a razão de ser de todo processo argumentativo, deve-se ter em mente que toda a argumentação depende da credibilidade que o orador é capaz de transmitir e transparecer ao seu ouvinte.

2 RETÓRICA E ARGUMENTAÇÃO

Ao afirmar-se que a retórica se dá por meio do discurso, deve-se entender por discurso toda e qualquer “produção verbal, escrita ou oral, constituída por uma proposição ou uma sequência de proposições, que tenha começo e fim e apresente certa unidade de sentido” (REBOUL, 2004, p. XIV). Assim, nem todo discurso é retórico, mas, tão-somente, aqueles discursos que têm a persuasão como objetivo. Desse modo, pronunciamentos e manifestações que não visam a persuasão não são discursos retóricos, a exemplo dos discursos de cunho meramente técnico-científico.

No que tange às características e aplicabilidades da retórica deve-se ter em mente que, a princípio, a *demonstração* se aplica aos discursos técnico-científicos, e a argumentação aos discursos retóricos, de modo que, nesse momento, é imperioso fazer a distinção entre *demonstração* e *argumentação*.

Por demonstração deve-se entender todo raciocínio que, partindo de premissas verdadeiras, fornece conclusões igualmente verdadeiras, tendo em vista que as conclusões obtidas estão embutidas (implícitas) nas próprias premissas utilizadas na elaboração do raciocínio. Portanto, em toda demonstração há uma dedução “destinada a provar a verdade de sua conclusão, apoiando-se sobre premissas reconhecidas ou tidas como verdadeiras” (LALANDE, 1980, p. 215).

A demonstração possui, pois, uma estrutura silogística – evidenciando a sua relação com a lógica formal dedutiva – em que o raciocínio e as conclusões obtidas pelo intérprete se dão por meio de inferências. Vale frisar que, a demonstração se aplica às ciências e conhecimentos exatos, e tendo em vista a sua natureza apodítica, é avessa a qualquer tipo de controvérsia, e portanto, oposta à dialética. Assim é que, o objetivo da demonstração é convencer o auditório pela evidência, excluindo a possibilidade de haver a esfera do provável e do verossímil, sendo oposta ao diálogo (HENRIQUES, 2008, p. 54).

Lado outro, a argumentação é oposta à demonstração, uma vez que a primeira trata do que é verossímil, ao contrário da segunda que diz respeito ao que se pode evidenciar e comprovar de maneira aparentemente irrefutável. A argumentação propõe um conceito mais amplo para o que é considerado racional e lógico, tendo em vista que permite que a emoção e a paixão convivam com a razão, admitindo ser o homem não apenas um animal racional, mas, também, emotivo.

Na argumentação é permitido que se compartilhe das impressões particulares de cada um, e é admitido que as conclusões obtidas por meio de determinadas informações sejam aceitas ou rejeitadas por meio de escolhas razoáveis. Assim, a argumentação é aberta ao diálogo e à comunicação, sendo aplicável, mormente, às ciências de verossimilhança – como o Direito – pois, não sendo o raciocínio argumentativo impositivo, ele admite a possibilidade de refutação e controvérsias, eis que não traz conclusões obrigatórias. Portanto, o auditório, ao ouvir os argumentos do orador, é livre para aderir ou não ao seu raciocínio, pois, não há aqui evidências, e sim probabilidades (HENRIQUES, 2008, p. 56-57).

A argumentação é algo que ocorre em virtude da existência da possibilidade de variados e diferentes pontos de vista, valores, concepções e interpretações dos diversos fenômenos que envolvem o cotidiano humano. Assim é que, a argumentação tem sua vez em momentos em que os homens, numa tentativa de dirimir conflitos e tensões trazidos pela vivência social, tentam fazer com que o comportamento alheio seja modificado por meio da linguagem, ou seja, por meio da apresentação de uma proposta na qual o falante espera a adesão de seu ouvinte.

O discurso argumentativo não é ato unilateral, tendo em vista que se processa na dependência

não apenas de quem fala, mas, também, de quem ouve o discurso. É necessário enfatizar que a argumentação possui uma natureza dialogal, pois, seu desenvolvimento e conclusão se dão por meio de técnicas de avanços e recuos discursivos, bem como, do acordo e participação (ativa ou não) das partes envolvidas – falante e ouvinte.

Importa, ainda, esclarecer que toda argumentação tem como objetivo obter a adesão do ouvinte por meio da linguagem – que deve ser eficiente – e, por isso, todo discurso é dotado de intencionalidade, uma vez que sempre se dirige a um fim específico.

Num primeiro momento, pode-se afirmar que *argumentar* é a arte de convencer e persuadir alguém por meio da linguagem. E, aqui, deve-se esclarecer que os meios utilizados pelo orador para obter a adesão de seu auditório/ouvinte podem ser de ordem racional (lógicos) e/ ou de ordem afetiva e emocional (não-lógicos). Por isso, há quem distinga os termos “*convencimento*” e “*persuasão*”, alegando que o primeiro se refere à utilização de meios racionais, e o segundo à aplicação de meios afetivos e emocionais para a obtenção da adesão do auditório.

Entretanto, em se tratando de retórica e argumentação, a razão e a emoção são inseparáveis, podendo os argumentos ser de dois tipos – entimemáticos/racionais e afetivo/emocionais – ambos objetivando, por meio da linguagem, obter uma comunicação eficiente em seus resultados.

De qualquer forma, é preciso esclarecer que muitos teóricos fazem uma distinção entre *persuadir* (numa acepção estrita do termo) e *convencer*. Assim, ao se persuadir alguém, há um apelo da vontade e da emoção do ouvinte, que é, em geral, mais forte do que a razão, que é o meio pelo qual o convencimento do ouvinte é obtido.²

A persuasão comporta dois aspectos distintos: o aspecto argumentativo e o aspecto oratório. O aspecto argumentativo diz respeito ao modo como os argumentos serão dispostos e expressos no

² Sobre a diferença entre convencer e persuadir, CARNEIRO, SEVERO & ÉLER, assinalam que tal diferenciação é importante na medida em que “num discurso argumentativo, for analisada a intenção do argumentador: se relacionada aos fins, às ações praticadas pelo auditório a partir do discurso, trata-se de um discurso persuasivo; porém, se a intenção estiver centrada na razão, com o objetivo de fazer com que o interlocutor concorde com o argumento, trata-se de um discurso convincente.” E continuam, afirmando que: “o ato de persuadir consiste na ‘adesão dos espíritos’. Tal ato só é possível num ‘auditório particular’, uma vez que envolve a subjetividade, os sentimentos e a temporalidade de um determinado grupo de pessoas.” (CARNEIRO, Maria Francisca, SEVERO, Fabiana Galera, ÉLER, Karen. *Teoria e prática da argumentação jurídica*. Lógica e retórica. Curitiba: Juruá, 2006, p. 146-147.). Do mesmo modo, a *Nova Retórica* proposta por Perelman faz a distinção entre persuasão e convicção, situando a persuasão no terreno da dialética, e advertindo que para ele, persuadir é mais importante do que convencer, uma vez que a convicção constitui apenas a primeira fase que leva à ação – objetivo de todo discurso retórico. (Vide: PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS-TYTECA, L.. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 32 e ss.). Vale destacar, também, a observação feita por Ide, em sua obra *A arte de pensar*, onde o autor afirma que a Lógica é composta por duas partes, “uma é a arte de demonstrar, a outra, a arte de persuadir. A primeira dirige-se unicamente à inteligência, a segunda dirige-se à inteligência por meio da afetividade e da vontade.” (IDE, P. *A arte de pensar*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 99). Por outro lado, Reboul não faz qualquer distinção entre os termos *convencer* e *persuadir*, mas adverte que é possível fazer a distinção no que se refere aos discursos em que o ouvinte é levado a fazer algo, sem crer ou compreender a sua ação, dos discursos em que o ouvinte é levado a fazer algo porque crê naquilo que faz. A esse respeito, o filósofo assevera que “a persuasão retórica consiste em levar a crer, sem redundar necessariamente no levar a fazer. Se, ao contrário, ela leva a fazer sem levar a crer, não é retórica.” (Vide: REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, XV.).

discurso, de modo a torná-lo mais contundente. E, o aspecto oratório nos remete os gestos e postura corporal e vocal do orador, bem como ao tom e as inflexões de sua voz, necessários para dar vida ao discurso quando este for apresentado de forma oral (REBOUL, 2004, p. XVIII).

Portanto, um bom discurso argumentativo se faz não apenas por meio de uma argumentação racional (ou, quase-lógica), como também, por meio de artifícios emocionais, de modo que o discurso apresente tanto raciocínios e argumentos lógicos, quanto elementos de cunho afetivo.

Além disso, a retórica só existe porque vislumbra a possibilidade da ocorrência de um discurso oposto ao seu, e, assim, “só pode ser exercida quando se interpreta o discurso de outrem” (REBOUL, 2004, p. XIX). Quando utilizamos a retórica não temos em mente apenas obter certo poder ou dar a “palavra final” em determinado assunto. Ao utilizarmos da retórica tentamos encontrar uma solução – ou seja, uma resposta ou caminho para um determinado problema. Desse modo, a retórica possui uma função heurística, pois, tem uma função de descoberta, pois, em um mundo cheio de adversidades – sociais, econômicas, e até tecno-científicas – quando não há meios de se obter soluções evidentes e precisas, é através da retórica, ao defender um ou outro ponto de vista, que a solução mais adequada poderá ser alcançada. Além disso, a retórica abre amplo espaço para o debate, sendo avessa à violência como recurso para a dissolução de conflitos.

Argumentar não é tentar ter razão o tempo todo, custe o que custar, impondo a nossa vontade e o nosso modo de “ver o mundo” frente a determinada situação. Ao contrário, argumentar é convencer o outro – é vencer com o outro – e fazer com que o outro, por meio do nosso discurso, seja capaz de por si só e, espontaneamente, aderir ao nosso ponto de vista. Assim, convencer é utilizar a linguagem e a ética para remover os obstáculos que impedem o consenso. Nesse sentido, podemos afirmar que argumentar é motivar o outro a fazer o que queremos, mas deixando que ele faça isso com autonomia, sabendo que suas ações são produtos de sua própria escolha.

Não há, pois, como negar que o espaço democrático é o lugar da retórica, uma vez que é neste território que é permitido – ao menos, numa concepção ideal – a existência de um debate aberto, franco e igualitário, em que os obstáculos que impedem o consenso sejam quase ou totalmente inexistentes.

Ademais, acreditamos ser oportuno destacar os componentes básicos da persuasão, citados por Henriques em sua obra *Argumentação e discurso jurídico* (HENRIQUES, 2008, p. 38-41). Assim, o autor destaca como principais componentes da persuasão: a coerência (“a argumentação deve ser coerente com o modo de ser e de agir de quem busca persuadir, traduzindo compatibilidade e transparência ao indivíduo e à situação em que atua” [HENRIQUES, 2008, p. 38-39]); o repertório (que compreende os elementos e características que compõem a personalidade do orador, e o modo como este se apresenta perante o seu auditório), o carisma (soma de elementos que o persuasor se utiliza na sua tarefa de persuadir) e, a dialética³ (trata do cuidado que o orador deve ter com a

³ O termo “dialética” não se confunde com “retórica”. A dialética é a parte argumentativa da retórica. A dialética é

apresentação do discurso argumentativo, que deve lançar mão tanto de artifícios do raciocínio lógico – indução e dedução – como de recursos dialógicos).

Necessário, também, mencionar as principais finalidades da retórica, descritas por Cícero como os três princípios da retórica (*tria officia*): *docere*, *delectare* e *movere* (REBOUL, 2004, p. XVII-XVIII). *Docere* – instruir, ensinar, fazer aprender – denota o aspecto argumentativo do discurso; *delectare* – encantar, agradar, seduzir – diz respeito ao lado agradável e sedutor do discurso e, *movere* – co-mover – se refere ao lado emotivo do discurso, apontando para os elementos e componentes capazes de provocar a “co-moção” do auditório.

Desse modo, verificamos que a retórica, entendida como discurso argumentativo/ persuasivo, possui uma estrutura triádica, pois, o processo retórico se realiza com base em três segmentos distintos e interligados, quais sejam: orador (*quem fala*, é o emissor do discurso), o discurso (se refere ao que se fala, trata-se do conteúdo que será exposto com o intuito de conquistar a adesão do ouvinte) e, ouvinte – auditório (diz respeito a com quem se fala, ou, para quem o discurso é dirigido com o objetivo de obter a adesão, ou ainda, de quem se quer modificar o comportamento por meio da linguagem). Tal estrutura pode, também, ser classificada de acordo com Aristóteles como *o ethos*, *o pathos* e *o logos* – respectivamente, o orador, o auditório/ ouvinte e o discurso – elementos que geram, de sua vez, e ainda conforme Aristóteles, aos três tipos de gêneros discursivos, quais sejam: o jurídico, o deliberativo (político) e o epidítico (estético).

3 CONDIÇÕES DA RETÓRICA

Conforme já mencionado em momento anterior deste trabalho, a retórica possui uma estrutura triádica, sendo composta por orador (*ethos*), discurso (*logos*) e auditório (*pathos*).

A finalidade de todo discurso retórico, além de informar (e ensinar), é persuadir o auditório, isto é, conquistar a sua adesão para um ponto de vista que está sendo defendido por meio de uma argumentação coerente e contundente.

Para que uma argumentação seja válida e eficaz, é necessária a presença de quatro condições, sem as quais um discurso argumentativo não pode se realizar, quais sejam: uma tese central bem

especulativa, já a retórica se utiliza de métodos lógicos – indutivos e dedutivos – constituindo-se em um discurso argumentativo disposto de forma contínua e elaborado para dirigir-se e apresentar-se perante um auditório. Segundo Aristóteles, a dialética é a parte argumentativa da retórica (*Retórica*, I, 1354a), e ambas tratam daquilo que é verossímil. Ainda, segundo Aristóteles, a Retórica é “uma parte da Dialética e com ela tem parecenças, como deixamos dito logo no princípio. Com efeito, nem uma nem outra é ciência com seu objeto definido, cujos caracteres se dê ao trabalho de investigar. São apenas faculdades de fornecer argumentos”. (ARISTÓTELES. *Arte retórica e arte poética*. São Paulo: Ediouro, 2000, p. 34.). Shimote nos esclarece que, tanto a retórica quanto a dialética se baseiam em “raciocínios dialéticos” e geram uma área de conhecimentos prováveis, o mundo da opinião. Diferem elas no plano formal, pois a retórica se realiza por meio de um texto contínuo, ininterrupto (um discurso se contrapõe a outro discurso), enquanto a dialética opera pela conversação e pelo diálogo, desenrolando por falas alternadas, com relativa brevidade.” (SHIMOTE, Carlos Alberto. *A Retórica de Aristóteles*. In: CORRÊA, Leda. (Org.). *Direito e argumentação*. Barueri/SP: Manole, 2008, p. 17-18).

definida; uma linguagem comum com o auditório; contato positivo com o auditório (entendendo-se como postura positiva do orador) e, por último, agir de forma ética.

Passaremos, nos próximos parágrafos, a tratar de cada uma dessas condições, mas, é primordial deixar claro que a *ética do orador* constitui a condição mais importante para a validade de um discurso retórico.

3.1. A TESE CENTRAL

É imperioso que todo discurso argumentativo apresente uma tese central, que deve ser bem definida e constituir uma resposta para um problema previamente levantado. Isto porque, toda argumentação tem sua origem em um problema – e, problemas demandam soluções (ABREU, 2006, p. 37).

Por problema devemos entender toda situação – fática (real) ou hipotética – passível de duas ou mais soluções diversas (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 324). Assim sendo, todo problema possui como solução duas ou mais possibilidades, e a solução mais eficaz será aquela que trazer a resposta mais adequada ao caso em análise.

Entretanto, ao iniciarmos um processo argumentativo não é recomendado que a tese central seja proposta de maneira imediata, tendo em vista que o discurso deve ser transmitido de uma maneira que o auditório se sinta como participante do processo de elaboração do discurso. Desse modo, é aconselhável que a propositura da tese central seja preparada pelo orador por meio da apresentação de uma tese de adesão inicial. Tal tese inicial deve ser entendida como uma tese preparatória, que caso obtenha a adesão inicial do auditório provoca, como consequência de sua utilização, a estabilidade da argumentação. É o que Perelman chamará, em sua Nova Retórica, de *objetos de acordo*, que constituem os pontos de partida da argumentação (PERELMAN, 1998, p. 158 e ss.).

A conexão entre a tese de adesão inicial e a tese central (principal) é feita por meio das técnicas argumentativas, que compreendem dois grandes grupos: os argumentos quase-lógicos e os argumentos baseados na estrutura do real. Entendendo-se por argumentos quase-lógicos aqueles que “têm como pretensão a convicção, se comparados aos raciocínios formais, lógicos ou matemáticos, porém sua natureza pouco lógica leva-os a designação de quase-lógicos” (CASAGRANDE, 2008, p. 59-60). De outro modo, os argumentos baseados na estrutura do real se baseiam em uma solidariedade entre juízos admitidos e juízos que queremos promover, em outras palavras, esses argumentos “não estão ligados a uma descrição objetiva dos fatos, mas a opiniões relativas a eles” (CASAGRANDE, 2008, p. 61).

3.2 LINGUAGEM COMUM COM O AUDITÓRIO

A linguagem é o instrumento pelo qual o homem é capaz de expressar “*seu pensamento, seus sentimentos, suas emoções, seus esforços, sua vontade e seus atos, o instrumento graças ao qual ele*

influencia e é influenciado, a base mais profunda da sociedade humana” (CHAUÍ, 1996, p. 90). O homem se revela ao mundo por meio da linguagem e ela é o instrumento através do qual todo discurso argumentativo se realiza. O argumento é a expressão verbal do raciocínio, e o raciocínio só se materializa por meio da linguagem (NASCIMENTO, 1991, p. 96).

Entretanto, a linguagem não é a mesma para todos os grupos sociais, e nem mesmo para os membros de um mesmo grupo social. A linguagem é heterogênea a varia de acordo com os segmentos sociais, condições psico-sociais e intelectuais de cada ser humano. Assim é que, uma mesma palavra – um determinado termo – pode possuir sentidos e significados variados dentro do espaço e do tempo (ABREU, 2006, p. 38). Do mesmo modo, um determinado modo de falar que é comum a um determinado grupo de pessoas pode ser ininteligível por outras, uma vez que o sistema de referência é diferente para cada um dos segmentos sociais que compõem uma determinada sociedade (VOESE, 2006, p. 19-28).

Assim, levando-se em consideração a heterogeneidade linguística, necessário esclarecer que é o orador que deve adaptar o seu discurso às condições intelectuais e sociais de seu auditório, devendo tomar o cuidado de não utilizar uma linguagem técnica ou excessivamente rebuscada perante um auditório universal. Em outras palavras, é o orador que deve se adaptar ao seu auditório, e não o contrário. Uma argumentação que não atinge o seu auditório não será eficaz. Por isso, o auditório é o ponto central de todo discurso persuasivo, uma vez que é o auditório a razão de ser de todo o processo argumentativo. Nesse mesmo sentido, Henriques assinala que sem o auditório “não será possível nenhuma forma de interação, pois cabe a ele endossar, sancionar as teses propostas pelo orador/falante” (HENRIQUES, 2008, p. 33).

A retórica se refere ao “poder da linguagem, do poder do uso da palavra e do discurso” (SHIMOTE, 2008, p. 21). A compreensão de linguagem e discurso devem ser vista não apenas como elemento inerente à natureza humana, mas como elemento dotados de um caráter político, pois, o discurso – por meio da linguagem – revela toda a existência da racionalidade humana. Aristóteles destaca que “não basta possuir a matéria do discurso; urge necessariamente exprimir-se na forma conveniente, o que é de suma importância para dar ao discurso uma aparência satisfatória” (ARISTÓTELES, 2000, p. 173).

Existem diversos tipos de barreiras à compreensão e adesão do discurso. Dentre elas, se destaca aquela que diz respeito à complexidade da linguagem empregada em determinado processo discursivo, em que linguagem utilizada se dirige a um auditório que não está apto a compreendê-la, o que revela que o defeito não reside no conteúdo da matéria disposta, e sim, na forma como é apresentada (CARNEIRO; SEVERO; ÉLER, 2006, p. 143-144). Outra barreira à compreensão do discurso se refere à tecnicidade da linguagem empregada, pois, a linguagem técnica somente deve ser utilizada perante um auditório tecnicamente preparado (CARNEIRO; SEVERO; ÉLER, 2006, p. 144).

3.3 POSTURA POSITIVA DO ORADOR

A postura positiva do orador e o contato positivo com o auditório é elemento que muito influencia quando da tomada de decisão do auditório em relação a aceitar ou não às questões propostas pelo orador.

Por contato positivo com o auditório deve-se entender como a habilidade do orador de gerenciar relações durante o processo argumentativo. É apresentar-se perante o outro sempre de bom humor, dispensando ao outro uma atenção especial, e saber ouvir e atender às necessidades do auditório (ABREU, 2006, p. 39).

Esse comportamento e postura positiva por parte do orador têm a ver com a empatia que ele é capaz de provocar em seu ouvinte – é o *pathos*, que se refere ao modo como o orador deve direcionar o seu discurso de forma que seja capaz de “co-mover” o seu auditório.

Polito, ao tratar dos atributos da boa oratória, nos leciona que o bom orador, além de falar com naturalidade e ter conhecimento sobre o assunto a ser discursado, deve também apresentar emoção e envolvimento durante a exposição do discurso. Para o autor, além da naturalidade, um orador deve falar “com disposição, com energia, com envolvimento, com emoção” (POLITO, 2008, p. 33). E, completa afirmando que o orador, ao agir “de maneira natural e com envolvimento, fará com que os ouvintes participem efetivamente da sua causa” (POLITO, 2008, p. 34). É nesse sentido que Reboul (2004, p. 64) afirma que um discurso não deve apenas ser entendido, mas também, saboreado.

3.4 A ÉTICA DO ORADOR

A retórica é, essencialmente, uma teoria da argumentação, cujas finalidades, como já anteriormente mencionado, é *decere* (ensinar), *movere* (co-mover, causar comoção) e, *delectare* (encantar).

É inegável que, o objetivo de todo discurso argumentativo é persuadir – persuadir por meio da linguagem. Assim é que, a retórica é oposta à demonstração por meio de evidências, pois, aquilo que pode ser comprovado ou demonstrado de maneira irrefutável, não necessita de ser discutido. A retórica não trata de conhecimentos absolutos, e sim, de questões relativas – tudo aquilo em que possa haver controvérsias e é passível de mais de um ponto de vista.

A retórica, pois, trata do discurso persuasivo, ou ainda, da parte persuasiva de um discurso e, sua finalidade é conquistar a adesão dos espíritos para um ponto de vista apresentado e defendido por meio de argumentos – sejam eles lógicos ou afetivos/ emocionais. Por isso, a retórica admite que a adesão dos espíritos a uma determinada proposta ocorra em razão da utilização de meios e provas, tanto racionais quanto afetivas. De modo que, a retórica não é apenas uma *techné*, mas também uma *dynamis*⁴ – ou seja, não constitui apenas uma técnica, mas uma habilidade específica de tornar a

⁴ O termo grego *dynamis* se refere a aquilo que (ou quem) tem poder e/ou capacidade para fazer algo ou desempenhar

potência em ato, ou seja, não se trata apenas de discursar, mas da habilidade de discursar bem, sabendo dispor adequadamente o conteúdo e a forma.

Ao analisarmos a retórica – em especial, a Retórica de Aristóteles – devemos estar dispostos a fazer uma reflexão não apenas em relação ao discurso (*logos*), mas, também, sobre os efeitos e finalidades de um discurso persuasivo, pois, a *téchne* (as técnicas e estratégias discursivas) pode ser utilizada tanto para o bem, como para o mal, salientando-se que uma argumentação virtuosa deve ser, antes de tudo, uma reflexão acerca do *útil* e do *prejudicial*, do *justo* e do *injusto* e do *eticamente adequado*.

Aristóteles, em *Retórica*, bem como nas obras *A Política* e *Ética a Nicômaco*, se preocupou não só com a análise do discurso (linguagem e seus efeitos), como também, com o estudo sobre os sujeitos envolvidos no discurso – quais sejam: orador (*ethos*) e auditório (*pathos*). Assim é que o filósofo se preocupa em analisar não apenas a estrutura lógico-racional do discurso, mas, igualmente, analisa quais os efeitos e alterações o discurso é capaz de provocar na *psique* humana – uma vez que todo discurso tem como finalidade “comover” o espírito humano, modificando ou acrescentando elementos e conhecimentos ao universo do ouvinte, e fazendo com que haja a adesão ao discurso proferido.

É por esse motivo – isto é, a necessidade de o orador conquistar a adesão de seu ouvinte, seja pela razão, seja pela emoção – que Aristóteles, na *Retórica*, se preocupa tanto em apresentar uma análise acerca da argumentação elaborada pelo orador (Primeiro Livro da obra), como do mesmo modo, se dedica à análise da dimensão psicológica do ouvinte, demonstrando sua preocupação não apenas com a apresentação formal do discurso, mas com a ética do orador e com as formas e meios de o orador “co-mover” o seu auditório (Segundo Livro da obra).

Aristóteles dá, ao longo de todas as suas obras, uma atenção especial à ética, tema que é tratado ao longo de todos os seus textos e objeto de grandes reflexões. Assim é que, na *Retórica*, ao tratar da natureza, características e finalidades das provas afetivas ligadas ao orador, o filósofo nos adverte para o fato de que a persuasão obtida por meio dessas provas só se realiza com a presença de certos requisitos e pressupostos de natureza ética, quais sejam: os efeitos decorrentes do caráter moral do orador, que são a credibilidade e a confiança que o orador é capaz de inspirar e transmitir ao auditório (ARISTÓTELES, 2000, p. 33). Conforme leciona Aristóteles:

Obtém-se a persuasão por efeito do caráter moral, quando o discurso procede de maneira que deixa a impressão de o orador ser digno de confiança. As pessoas de bem inspiram confiança mais eficazmente e mais rapidamente em todos os assuntos, de um modo geral. (ARISTÓTELES, 2000, p. 33)

determinada função. Assim, a *dynamis* é atributo de quem tem força ou habilidade para a realização de certas ações. Em retórica, o termo se remete à habilidade e/ou qualidade de quem utiliza a linguagem a seu favor, sendo capaz de dar vida ao discurso. A *dynamis*, na retórica, se identifica com o *héxis* e se refere à capacidade que é necessariamente exercida por quem conhece o *eidos* da virtude. (Vide: DINUCCI, Aldo. Sócrates versus Górgias: As noções de *téchne* e *dynamis* aplicadas à retórica. In: *Anais de Filosofia Clássica*, v. 2, nº 4, 2008, p. 29-39).

De todas as provas do discurso – retóricas ou afetivas – as provas imediatamente ligadas ao orador são as que mais se destacam em todos os discursos de persuasão – em especial, nos discursos deliberativos e nos discursos judiciários, eis que estes discursos tratam do útil e do prejudicial, do justo e do injusto, a aqui, a credibilidade do orador torna-se condição essencial para que o discurso conquiste a adesão do auditório⁵.

Isso quer dizer que, em se tratando de argumentação, é recomendável que o orador aja de maneira honesta e transparente, pois, ao agir de maneira transparente e sincera, o orador adquire por meio de sua conduta, a credibilidade perante o seu auditório, algo que é essencial para que a argumentação obtenha êxito e alcance a sua finalidade – *persuadir o auditório e conquistar a sua adesão à proposta apresentada no discurso*.

Ao tratar das provas afetivas ligadas ao orador e exigir uma postura ética do orador perante o auditório, Aristóteles demonstra que a retórica, além de ser uma técnica útil, é uma técnica necessária ao homem, eis que, no terreno das verossimilhanças, a razão somente poderá ser provada por meio de uma argumentação adequada.

Para Aristóteles, é incorreta a afirmação de que a conduta do orador em nada influi ou contribui para a persuasão pelo discurso, pois, “o caráter moral deste constitui, por assim dizer, a prova determinante por excelência” (ARISTÓTELES, 2000, p. 33).

Desse modo, ao analisando as reflexões aristotélicas acerca da *ética do orador*, fica claro que o que existe no discurso argumentativo não é uma boa ou uma má retórica, pois, o problema não está na técnica utilizada, e sim, no técnico que a utiliza. Isto porque, a ética é elemento que se aplica ao orador e não ao discurso. É o orador que deve ser ético, não a retórica, enquanto ramo de conhecimento (HENRIQUES, 2008, p. 9).

Segundo Aristóteles, além da boa elaboração do discurso (que diz respeito à boa disposição do conteúdo do discurso, e as provas e argumentos obtidos por meio das qualidades intelectuais do orador), a credibilidade e confiança que o orador inspira em seu auditório é decorrência de três causas, são elas: prudência (*phronesis*), virtude (*areté*) e a benevolência (*eunoia*). Aristóteles acentua que:

Os oradores, quando falam ou aconselham, atraíam a verdade por falta destas três qualidades ou de uma delas. Com efeito, por falta de prudência, suas opiniões são desprovidas de justiça; ou então, com opiniões justas, a maldade os impede de exprimir o que se lhes afigura bom; ou então, sendo prudentes e honestos, falta-lhes a benevolência. Neste último caso, o orador, apesar de conhecer a melhor determinação, não a exprime. Não existe outra causa além destas. (ARISTÓTELES, 2000, p. 97)

A ética do orador como condição essencial da argumentação eficaz é, também, enfatizada por

⁵ Aristóteles, em *Retórica*, faz um estudo acerca das provas fornecidas pelo discurso, dividindo-as em duas espécies: provas retóricas e provas afetivas. Sendo que, as provas retóricas dizem respeito aos aspectos racionais característicos do intelecto humano, e por isso, se remetem imediatamente ao *logos*. De outro modo, as provas afetivas se relacionam diretamente às paixões e às emoções humanas, e por isso, se remetem ao *ethos* e ao *pathos*. (Conf. ARISTÓTELES. *Arte retórica e arte poética*, p. 33 e ss.).

Reboul, que acredita que a ética é o “caráter que o orador deve assumir para inspirar confiança no auditório, pois, sejam quais forem seus argumentos lógicos, eles nada obtêm sem essa confiança” (REBOUL, 2004, p. 48).

Em Aristóteles, a *prudência* (*phrónesis*) diz respeito à habilidade do ser humano em saber discernir e alcançar os meios necessários para atingir determinados fins, julgando o que é ou não conveniente para que obtenha uma vida boa – o bem. Assim, a pessoa prudente é capaz de discernir entre o bem e o mal, e possui a habilidade de desenvolver meios que lhe garantam a obtenção de um bem. O orador prudente delibera acerca de questões que trarão o bem para ele e para a sociedade e, do mesmo modo, não delibera acerca de coisas e/ou assuntos impossíveis ou que não possam ser de outro modo.

Nesse entendimento, a *prudência* se refere à capacidade que o ser humano tem – e, aqui, inclui-se o orador do discurso – de decidir acerca do bem (tanto em questões de natureza universal, quanto em questões de natureza particular), como também, de saber refletir sobre as atitudes a serem tomadas na vida em sociedade. Portanto, *prudência* diz respeito à habilidade de o orador transmitir caracteres de uma pessoa ponderada, que não comete excesso em suas ações (ARISTÓTELES, 1987, VI, 5, 1140a28). Por isso, a *prudência* corresponde ao *bom senso* com o qual o orador deve guiar as suas ações.

A segunda causa, a virtude (*arete*), diz respeito à virtude por excelência, ou seja, a habilidade de o homem se posicionar entre dois extremos – o da escassez e o do excesso (ARISTÓTELES, 1987, 1115b, 10-20). E, assim sendo, se remete à capacidade de autocontrole do orador, à capacidade de falar a verdade com honestidade e sem rodeios. O orador virtuoso possui a capacidade de dosar a quantidade certa de emoção num discurso.

O orador virtuoso é capaz de escolher livremente e racionalmente os meios de provas retóricas e afetivas a serem utilizadas para que os fins de um discurso sejam alcançados – isto é, a ação virtuosa do orador depende de uma escolha racional e consciente – de modo que o fim perseguido pelo discurso seja sempre um bem. Por isso, a *arete* se refere à capacidade que tem o orador de agir conforme à razão e com o fim de alcançar o bem. A respeito da conduta virtuosa do orador, Shibata revela que

Aqui, é o “justo meio”, o termo de referência que dá o tom para harmonizar e atar todas as virtudes, pois assim como o covarde e o temerário (em relação ao corajoso), o gastador e o avaro (em relação ao magnífico), erram por se localizar em extremos, da mesma forma quem argumenta, tendo em vista seu próprio interesse particular e não o bem comum, topa pela frente com a mediania da virtude política, vale dizer, uma instância que é superior a todos “animais políticos” tomados um a um. (SHIBATA, 2003, p. 91)

A terceira e última causa apontada por Aristóteles é a benevolência (*eunoia*). Esta causa diz respeito à bondade – ou ainda, à boa vontade – que acompanha todas as atitudes e o comportamento respeitoso com que o orador se apresenta perante os seus ouvintes. E, mais, diz respeito à imagem

agradável e de discernimento (ou seja, entre o justo e o injusto, ou ainda, o necessário e o desnecessário) do orador em face ao seu auditório.

De toda forma, importa, ainda, esclarecer que, de todos os gêneros discursivos identificados por Aristóteles, é no gênero jurídico que tais requisitos do orador (quais sejam: prudência, virtude e benevolência) se fazem mais marcantes e necessários e, não é à toa que o filósofo associa o *ethos* a esse gênero discursivo (SHIMOTE, 2008, p. 33-37).

Portanto, sendo o gênero jurídico a espécie discursiva que trata do *justo* e do *injusto*, não há outro gênero retórico que mais se aproxima da ética do que esse, pois, a justiça é a maior das virtudes éticas.

4 CONCLUSÕES

A ética do orador é condição essencial e determinante para o sucesso e eficácia da argumentação, tendo em vista que, para que a retórica alcance o seu objetivo – qual seja: a adesão do auditório – é imperioso que o processo argumentativo seja conduzido por um orador que, ao menos, inspire credibilidade e confiança do auditório.

Sendo a retórica uma arte que trata do que é verossímil, é inegável que a ética do orador e a confiança que este inspira sejam elementos essenciais da argumentação, tendo em vista que o auditório não tem outra ferramenta senão acreditar nas informações passadas e expostas pelo orador, já que suas alegações nem sempre podem ser demonstradas de maneira irrefutável.

De outro modo, a questão da *ética do orador* soluciona a aporia que Aristóteles herda de Platão, pois, resolve-se a questão da “boa e da má retórica” pela verificação da conduta do orador, e não somente com vistas à técnica empregada no discurso. Ora, é perceptível que a falha de qualquer argumentação – em termos do modo como a técnica é aplicada, se para fins virtuosos ou não – sempre residirá no técnico, e não na técnica.

O orador ético (virtuoso) é aquele que busca com seu discurso, defender o que é bom – o que garante o bem comum. Ao contrário, o mau orador sempre advogará em causas que buscam valores individuais e a defesa de interesses particulares. Nesse sentido, a argumentação virtuosa é a argumentação voltada para a realização do bem – do bem comum. E, orador virtuoso é aquele que age com ética, cujas ações refletem a *prudência, a virtude e a benevolência*.

O orador virtuoso não comete excessos durante a argumentação, como também, sempre busca o equilíbrio entre “o justo, o útil e o belo” de seu discurso, atentando-se para apresentar um discurso que não tenha apenas uma boa disposição e concisão de argumentos, mas, também, um bom conteúdo – um conteúdo que tem como fim a busca pelo bem comum.

No que se refere ao Direito, o orador do discurso jurídico não está apenas lidando com valores cotidianos, mas com valores que refletem todas as expectativas e anseios da sociedade e com a

imagem que seus cidadãos têm do que seja uma vida social ideal. Portanto, o discurso jurídico trata do tema mais precioso de uma sociedade, pois, se remete à justeza e à justiça das decisões judiciais.

Desse modo, é inevitável que o gênero jurídico seja a espécie discursiva que mais necessidade tem de abrir espaço para o terreno do diálogo e da controvérsia, eis que, os valores do justo e do injusto são extremamente relativos, e necessitam de contraprovas a todo momento. Nesse gênero discursivo, o contraditório e a ampla defesa são pré-requisitos para que a argumentação seja virtuosa e alcance os fins a que serve – ou seja, à justiça.

A prudência do orador, no gênero jurídico, se revela por meio da equidade, que é a forma mais eficiente de se aplicar a justiça ao caso concreto. Diante do caso concreto, o juiz é mais que um orador, ele é julgador, e por isso, sua decisão não representa apenas uma solução final para um conflito jurídico, sendo ela, também, um discurso acerca do entendimento de bem e mal no caso concreto. E, dessa forma, as provas do discurso jurídico – sobretudo quando tais discursos são apresentados sob a forma de decisões judiciais – devem vir devidamente justificadas. Entenda-se, numa decisão judicial, não basta que o juiz apresente um discurso encerrando a sua decisão, mas é necessário que a mesma seja justificada mediante a apresentação do raciocínio jurídico utilizado para se obter tal solução legal.

5 REFERÊNCIAS

ABREU, Antônio Suárez. **A arte de argumentar: gerenciando razão e emoção**. 9. ed. Cotia: Ateliê Editorial, 2006.

ARISTÓTELES. **Arte retórica e arte poética**. São Paulo: Ediouro, 2000.

_____. **Retórica**. Trad. Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2005.

_____. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Ética a Nicômaco**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultura, 1987.

CARNEIRO, Maria Francisca, SEVERO, Fabiana Galera, ÉLER, Karen. **Teoria e prática da argumentação jurídica: lógica e retórica**. Curitiba: Juruá, 2006.

CASAGRANDE, Nancy dos Santos. A nova retórica: um novo olhar sobre a retórica clássica por Chaïm Perelman. In: CORRÊA, Leda. (Org.). **Direito e argumentação**. Barueri/SP: Manole, 2008.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 7. ed. São Paulo: Ática, 1996.

DINUCCI, Aldo. Sócrates versus Górgias: As noções de *téchne* e *dynamis* aplicadas à retórica. **Anais de Filosofia Clássica**, v. 2, nº 4, 2008, pp. 29-39. Disponível em: <<http://www.ifcs.ufrj.br/~afc/2008/ALDO.pdf>>. Acesso em 05 agosto 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão,**

dominação. São Paulo: Atlas, 2003.

HENRIQUES, Antonio. **Argumentação e discurso jurídico**. São Paulo: Atlas, 2008.

IDE, Pascal. **A arte de pensar**. Trad. Paulo Neves. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LALANDE, A. **Vocabulaire technique et critique de la philosophie**. Paris: PUF, 1980.

NASCIMENTO, Edmundo Dantés. **Lógica aplicada à advocacia: técnicas de persuasão**. São Paulo: Saraiva, 1991.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS-TYTECA, L.. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Trad. Maria Ermantina G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

POLITO, Reinaldo. **Oratória para advogados e estudantes de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2008.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SHIBATA, Ricardo Hiroyuki. Nihil enim lacrima citius arescit: a oratória romana e o pensamento retórico aristotélico. **Revista Philologos**, ano 9, n. 27, Rio de Janeiro, CIFEFIL, set. – dez. 2003, p. 78-95. Disponível em: <[http://www.filologia.org.br/revista/artigo/9\(27\)07.htm](http://www.filologia.org.br/revista/artigo/9(27)07.htm)>. Acesso em 10 agosto 2017.

SHIMOTE, Carlos Alberto. A Retórica de Aristóteles. CORRÊA, Leda. (Org.). **Direito e argumentação**. Barueri/SP: Manole, 2008.

VOESE, Ingo. **Argumentação jurídica: teoria, técnicas, estratégias**. Curitiba: Juruá, 2006

RECONHECIMENTO DO NAMORO COMO UNIÃO ESTÁVEL

Rafaela Borgo Koch Schlickmann¹
Geovana da Conceição²
Flávio Schlickmann³

Recebido em: 22 nov. 2017

Aceito em: 27 fev. 2018

Resumo: O presente artigo tem como objetivo a análise dos institutos Namoro e União Estável, observando-se suas características e diferenças e a possibilidade da conversão do Namoro em União Estável. E, para proceder com referida análise, realizou-se um breve histórico da Família e do casamento no Brasil, com seus respectivos conceitos, seguido da análise da origem e evolução da União Estável até os dias de hoje, seus requisitos e as modificações trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, observaram-se as características do Namoro e suas semelhanças com a União Estável, a existência do contrato de namoro e a possibilidade do Namoro vir a ser considerado ou transformado em União Estável. Para o desenvolvimento do presente artigo a Metodologia empregada foi a base lógica indutiva por meio da pesquisa bibliográfica, sendo utilizada ainda as técnicas do referente, categoria e conceito operacional.

Palavras-chave: Família. Casamento. União Estável. Namoro.

RECOGNITION OF DATING AS A COMMON-LAW MARRIAGE

Abstract: This article aims to analyze the institutes of dating and common-law marriage, noting their characteristics and differences and the possibility of conversion of dating to common-law marriage. And, to proceed with this analysis, the study was carried out a brief history of the family and marriage in Brazil, with their respective concepts, followed by analysis of the origin and evolution of common-law marriage until the present day, its requirements and modifications which led to the Brazilian legal system. Finally, the characteristics of dating and its similarities with the common-law marriage was observed, the existence of the contract and the possibility of dating come to be considered or processed as a common-law dating. For the development of the present article the Methodology used was the logical inductive basis through the bibliographical research, being still used the techniques of the referent, category and operational concept.

Keywords: Family. Marriage. Common-law Marriage. Dating.

¹ Doutoranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ – UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e Especialista em Direito Processual Civil pela mesma instituição. Professora da Graduação nos cursos de Direito e de Gastronomia na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogada. Bolsista do Programa UNIEDU Pós-Graduação 2017. E-mail: rafaelabkoch@univali.br.

² Professora no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí de Itajaí nas disciplinas de Direito Civil e Direito Processual Civil e no Curso de Pós-Graduação em Direito Civil Avançado. Mestre em Gestão de Políticas Públicas da UNIVALI e advogada militante na Comarca de Itajaí na área do Direito de Família. E-mail: geovanadireitodefamilia@gmail.com.

³ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Ciência Penais pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professor da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI nas cadeiras de Direito Penal (Parte Geral), Direito Processual Penal, Núcleo de Prática Jurídica (Direito Penal), Estágios Especializantes (Penal). Advogado. E-mail: schlickmann@univali.br.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo os institutos do Namoro e da União Estável e como objetivo analisar as circunstâncias em que o relacionamento de Namoro pode passar a ser caracterizado como União Estável.

Questão que faz parte do cotidiano de muitas pessoas nos dias atuais, referido tema é objeto de discussões e ainda suscita pontos de divergência.

Para o desenvolvimento da presente pesquisa, foi formulado o seguinte problema: É possível reconhecer o Namoro como União Estável?

Visando o desenvolvimento lógico da pesquisa, apresentar-se-á, de início, um breve histórico sobre a Família, estudando-se a origem e conceituação do referido instituto.

Por conseguinte, essa pesquisa enfocará o histórico do casamento no Brasil, apresentando conceituação do mesmo, bem como suas características, finalidades e natureza jurídica.

Ao discorrer-se sobre a União Estável, far-se-á uma análise da evolução histórica do referido instituto até os dias atuais, conceituando-o e atentando-se aos requisitos para caracterização do mesmo, além das modificações no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando-se o reconhecimento da União Estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal.

Derradeiramente, passa-se a analisar o instituto do Namoro, elucidando-se conceituação, características e as diferenças entre Namoro e União Estável, no intuito de esclarecer em que situações aquela condição pode ser configurada como esta. Apresentar-se-á, outrossim, a figura do contrato de namoro e sua aceitação ou não pelo meio jurídico, procedendo-se, por fim, com a aplicação do tema na vida prática através de julgados recentes de nossos tribunais.

Para o desenvolvimento do presente artigo a Metodologia empregada foi a base lógica indutiva por meio da pesquisa bibliográfica, sendo utilizada ainda as técnicas do referente, categoria e conceito operacional.

2 DA FAMÍLIA

2.1 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

A Família, primitivamente caracterizada por instintos de perpetuação da espécie, passou por uma série de modificações e, ao longo dos anos, as relações, outrora poligâmicas, adquiriram caráter de exclusividade, atingindo o instituto da monogamia.

A partir de então, a monogamia ensejou o exercício do poder paterno, fazendo da Família

monogâmica, segundo Venosa⁴, “um fator econômico de produção, pois esta se restringe quase exclusivamente ao interior dos lares, nos quais existem pequenas oficinas”.

Após o advento da Revolução Industrial a Família perdeu sua característica de unidade de produção e, por conseguinte, seu viés econômico, transformando-se em uma instituição de valores morais, afetivos, espirituais e de assistência recíproca, constituindo o modelo atual de Família:

Entre os vários organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão e a extensão de Família são os que mais se alteraram no curso dos tempos. Nesse alvorecer de mais de um século, a sociedade de mentalidade urbanizada, embora não necessariamente urbana, cada vez mais globalizada pelos meios de comunicação, pressupõe e define uma modalidade conceitual de Família bastante distante das civilizações do passado. Como uma entidade orgânica, a Família deve ser examinada, primordialmente, sob o ponto de vista exclusivamente sociológico, antes de o ser como fenômeno jurídico. No curso das primeiras civilizações de importância, tais como a assíria, hindu, egípcia, grega e romana, o conceito de Família foi de uma entidade ampla e hierarquizada, retraindo-se hoje, fundamentalmente, para o âmbito quase exclusivo de pais e filhos menores, que vivem no mesmo lar.⁵

Conforme discorrem Farias e Rosenvald⁶, a sociedade moderna modificou os padrões tradicionais de Família, impondo “um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado”, consubstanciando as necessidades do ser humano pautadas no afeto.

Assim, a evolução natural do ser humano e de seus valores fez com que o conceito de Família sofresse alterações sem, contudo, perder seu caráter de núcleo social primário.

1.2 CONCEITO DE FAMÍLIA

A Família, reconhecida como originária do Casamento, é instituto que abrange uma série de conceitos. No ordenamento jurídico sua aceção se dá de três formas: amplíssima, lata e restrita. A concepção amplíssima compreende indivíduos vinculados pelo sangue e pela afinidade e também aqueles que se associam ao seio familiar através do serviço doméstico, como exemplo.⁷

A concepção estrita é elucidada por Rizzardo⁸ da seguinte forma:

No sentido atual, a Família tem um significado estrito, constituindo-se pelos pais e filhos, apresentando certa unidade de relações jurídicas, com idêntico nome e o mesmo domicílio e residência, preponderando identidade de interesses materiais e morais, sem expressar, evidentemente, uma pessoa jurídica.

Em sentido amplo, a Família engloba cônjuges, prole, parentes colaterais até determinado grau e os parentes por afinidade. Dias⁹ esclarece que o conceito de Família se pluralizou, abarcando

⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de Família**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p.3.

⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de Família**. 16. ed. p. 3.

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. p. 36.

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 5º volume: direito de Família – 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 10.

⁸ RIZZARDO, Arnaldo, **Direito de Família**. Rev. Atual. e Ampl. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 11.

⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das Famílias** – nova ortografia. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos

relações afetivas outrora olvidadas pelo ordenamento jurídico:

Hoje, todos já estão acostumados com Famílias que se distanciam do perfil tradicional. A convivência com Famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas permite reconhecer que ela se pluralizou, daí a necessidade de flexionar igualmente o termo que a identifica, de modo a albergar todas as suas conformações. Expressões como Famílias marginais, informais, extramatrimoniais não mais servem, pois trazem um ranço discriminatório. Segundo Michele Perrot, despontam novos modelos de Família, mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em sua temporalidade e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo. A vastidão de mudanças das estruturas políticas, econômicas e sociais produziu reflexos nas relações jurídico-familiares. Os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo voltaram-se à proteção da pessoa humana.

Assim, se antes a Família era compreendida tão-somente de modo tradicional e restrito, não se admitindo outras formas de união que não as constituídas por um homem, uma mulher e sua prole, hoje o conceito de Família se ampliou, em virtude da transformação da sociedade e da necessidade de proteção jurídica às diferentes uniões, outrora olvidadas pelo ordenamento jurídico.

3 DO CASAMENTO NO BRASIL

3.1 HISTÓRICO E CONCEITUAÇÃO

O Casamento, instituição inerente à Família, caracterizou-se, no período do Brasil Colonial, pelas influências lusitanas, as quais atribuíam ao mesmo as formalidades romano cristãs e apresentavam cerimônias eminentemente religiosas. No Brasil Imperial, conforme dispõe Pedroni¹⁰, houve a tentativa de se secularizar o casamento, de forma a “tirá-lo da seara da igreja e transportá-lo ao âmbito civil”. Todavia, foi somente após o advento da República que se estabeleceu a obrigatoriedade do casamento civil, sendo que o Casamento religioso se tornou apenas interesse individual.

O Casamento atual, portanto, nos ditames de Rizzardo¹¹, apresenta-se como “um contrato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para constituir uma Família e viver em plena comunhão de vida”.

Dias¹² esclarece que o Casamento não só representa uma união de corpos, mas também engloba direitos e deveres para ambas as partes, acrescentando que:

Casamento tanto significa o ato de celebração do matrimônio como a relação jurídica que dele se origina: a relação matrimonial. O sentido da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de comunhão de vidas, ou comunhão de afetos. O ato do Casamento cria um vínculo entre os noivos, que passam a desfrutar do estado de casados. A plena comunhão de

Tribunais, 2015. p. 40.

¹⁰ PEDRONI, Ana Lúcia. **Dissolução do Vínculo Matrimonial** – (des)necessidade da separação judicial ou de fato como requisito prévio para obtenção do divórcio no direito brasileiro – Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005. p. 32.

¹¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rev. Atual. e Ampl. 9. ed., p. 17.

¹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das Famílias** – nova ortografia. 10 ed. p. 40.

vida é o efeito por excelência do Casamento.

Desta feita, embora o ordenamento jurídico venha sofrendo modificações em virtude do espaço que a Família homoafetiva tem conquistado, o conceito tradicional do Casamento permanece o mesmo: pessoas de sexo distinto unidas pela lei para fins de constituir Família.

3.2 NATUREZA JURÍDICA, CARACTERÍSTICAS E FINALIDADE DO CASAMENTO

A natureza jurídica do Casamento apresenta divergências na doutrina. A principal delas é pertinente à sua qualificação como instituto de direito público ou privado.

A corrente individualista ou contratualista, no ensinamento de Pereira¹³, determina ser o Casamento um contrato, “tendo em vista a indispensável declaração convergente de vontades livremente manifestadas e tendentes à obtenção de finalidades jurídicas”, ainda que o mesmo se caracterize como um contrato de Direito de Família, tendo por objeto a união de um homem e uma mulher.

A corrente institucional declara surgir uma situação jurídica por meio da vontade dos contraentes regulamentada através de lei, de forma que, embora as partes tenham a liberdade de escolher seu cônjuge e optar pelo matrimônio, uma vez casados, estarão subordinados aos direitos e deveres inerentes à instituição do Casamento.¹⁴

A corrente eclética ou mista toma corpo, por conseguinte, com o objetivo de unir as correntes individualista e institucional. Conforme elucida Venosa¹⁵, sintetizando tais correntes, “pode-se afirmar que o casamento-ato é um negócio jurídico; o casamento-estado é uma instituição”. Tal doutrina busca, portanto, pacificar e unificar os entendimentos diversos acerca da natureza jurídica do Casamento.

As características do Casamento revelam-se na liberdade na escolha do nubente, a solenidade do ato nupcial, o fato de ser a legislação matrimonial de ordem pública, a união permanente e a união exclusiva.¹⁶

A liberdade na escolha do nubente é primordial, tendo em vista o caráter pessoal do matrimônio e a interferência familiar restringe-se “tão somente à orientação, mediante conselhos, salvo nos casos em que a legislação exige o consentimento dos pais”.¹⁷ A solenidade do ato nupcial, por sua vez, intenta que o Casamento seja promovido com a observância de uma série de requisitos e inscrito no registro civil, garantindo sua validade.

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. volume v – direito de família. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 57.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. volume v – direito de família. 22. ed. p. 57.

¹⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de Família**. 16. ed. p. 26.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 5º volume: direito de Família – 30ª ed. p. 41

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 5º volume: direito de Família – 30ª ed. p. 40.

A legislação matrimonial de ordem pública objetiva que o Casamento seja uma organização social moral adequada às aspirações do Estado e de acordo com a legislação existente, de forma que as convenções particulares subordinar-se-ão à instituição do Casamento.¹⁸

No que tange à união permanente, Diniz¹⁹ assevera que esta característica abriga a ideia de comunhão de vida e que, uma vez contraído o matrimônio, “mesmo que venham a separar-se ou divorciar-se e tornem a se casar novamente existe sempre, em regra, um desejo íntimo de perpetuidade, ou seja, de permanência da ordem conjugal e familiar”.

Por fim, a união exclusiva diz respeito à fidelidade conjugal que, no entendimento de Rizzardo²⁰, se dá “precipualemente em razão da natureza do próprio ser humano, que não comporta uma tolerância de compartilhamento nessa ordem”.

No que diz respeito às finalidades do Casamento, Leciona Pedroni²¹ que, nos primórdios do Direito Romano, resumia-se aos interesses da Família antes dos interesses particulares dos cônjuges: “com a evolução dos costumes, a finalidade passou a ter ligação mais direta com os próprios cônjuges, considerando ser o Matrimônio uma união, visando o benefício comum”.

Afirma Venosa²² a este respeito que:

Quanto às múltiplas finalidades do matrimônio, situam-se mais no plano sociológico do que no jurídico. Conforme estabelecido tradicionalmente pelo Direito Canônico, o Casamento tem por finalidade a procriação e educação da prole, bem como a mútua assistência e satisfação sexual, tudo se resumindo na comunhão da vida e de interesses.

Claramente se verifica que as finalidades do Casamento dizem respeito, basicamente, aos anseios dos cônjuges, os quais buscam, através da instituição do Casamento, partilhar suas experiências e interesses com o cônjuge.

4 DA UNIÃO ESTÁVEL

4.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA UNIÃO ESTÁVEL

A União Estável, em sua essência, representa o estilo familiar que originou o Casamento antes do mesmo ser positivado.

Venosa²³ afirma que a Família é um fenômeno social preexistente ao Casamento, isto é, um fato natural, destacando-se que: “A sociedade, em determinado momento histórico, institui o

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 5º volume: direito de Família – 30ª ed. p. 41

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 5º volume: direito de Família – 30ª ed. p. 42.

²⁰ RIZZARDO, Arnaldo, **Direito de Família**. Rev. Atual. e Ampl. 9. ed.. p. 24.

²¹ PEDRONI, Ana Lúcia. **Dissolução do Vínculo Matrimonial** –(Des)necessidade da separação judicial ou de fato como requisito prévio para obtenção do divórcio no direito brasileiro. p. 36.

²² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de Família**. 16. ed. p. 28.

²³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de Família**. 16. ed. p. 36.

Casamento como regra de conduta. A partir daí surge a problemática da união conjugal sem Casamento”:

De qualquer forma, durante muito tempo nosso legislador viu no Casamento a única forma de constituição da Família, negando efeitos jurídicos à união livre, mais ou menos estável, traduzindo essa posição em nosso Código Civil do século passado. Essa posição dogmática, em um país no qual largo percentual da população é historicamente formado de uniões sem Casamento, persistiu por tantas décadas em razão de inescandível posição e influência da Igreja católica. Coube por isso à doutrina, a partir da metade do século XX, tecer posições em favor dos direitos aos concubinos na esfera obrigacional. Advirta-se, de início, que, contemplada a terminologia União Estável e companheiros na legislação mais recente, a nova legislação colocou os termos concubinato e concubinos na posição de uniões de segunda classe, ou aquelas para as quais há impedimentos para o Casamento. Isso fica muito claro no vigente Código civil quando, no art. 1.727 descreve: ‘As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato’.

A assimilação legal da União Estável pelo ordenamento jurídico custou a acontecer. Com o passar dos anos e em razão dos inúmeros casos que necessitavam de provimento jurisdicional, a jurisprudência foi gradualmente concedendo direitos, especialmente à concubina ou companheira, designação esta que passou a ser adotada para remeter-se à mulher que vive em União Estável.²⁴

Foi com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁵ que a União Estável ganhou espaço e passou a ser considerada Família, preceituando o artigo 226, § 3º, da Carta Magna que “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a União Estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em Casamento”.

A partir de então a União Estável recebeu regulamentação própria, sendo inserida, por conseguinte, no Código Civil Brasileiro de 2002²⁶, conforme elucida Rizzardo²⁷:

O Código Civil (...) disciplina o assunto em cinco artigos, com previsões um tanto diferentes do que vem nas Leis nºs 8.971 e 9.278. Nos dispositivos pertinentes, e que se consolidam depois de sucessivas emendas, firma-se que é reconhecida como entidade familiar a União Estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de Família. Na redação inicial, era imposto prazo de cinco anos de união, que se reduzia para três anos quando houvesse filho comum. A União Estável não se constituirá caso ocorrerem os impedimentos do art. 1.521, que são os que não permitem o Casamento.

Ressalte-se que a União Estável difere-se da união livre. A primeira revela a convivência do homem e da mulher – sob o mesmo teto ou não –, como se fossem marido e esposa, constituindo-se de um fato social que gera efeitos jurídicos. Na união livre, por outro lado, a relação se apresenta de forma fugaz e passageira, de modo que não se pode, portanto, confundir com a primeira.²⁸

²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de Família**. 16. ed. p. 36.

²⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, promulgada em 05 de outubro de 1988, doravante denominada Constituição Federal de 1988.

²⁶ BRASIL. **Código Civil Brasileiro**, Lei nº 10.406/2002. promulgada em 10 de janeiro de 2002, doravante denominado Código Civil.

²⁷ RIZZARDO, Arnaldo, **Direito de Família**. Rev. Atual. e Ampl. 9. ed.. p. 900.

²⁸ RIZZARDO, Arnaldo, **Direito de Família**. Rev. Atual. e Ampl. 9. ed.. p. 900.

Assim, tendo a União Estável conquistado seu espaço depois de tantos anos, há que se reportar aos conceitos e aos requisitos ensejadores desse instituto.

4.2 CONCEITOS DE UNIÃO ESTÁVEL

Uma vez compreendidas as raízes e o quadro evolutivo da União Estável, há que se conceituá-la. Para tanto, colaciona-se o elucidado por Rizzardo²⁹:

É uma união sem maiores solenidades ou oficialização pelo Estado, não se submetendo a um compromisso ritual e nem se registrando em órgão próprio. Está-se diante do que se convencionou denominar União Estável, ou união livre, ou estado de casado, ou concubinato, expressões que envolvem a convivência, a participação de esforços, a vida em comum, a recíproca entrega de um para o outro, ou seja, a exclusividade não oficializada nas relações entre o homem e a mulher.

Diniz³⁰, por sua vez, assevera que a União Estável “distingue-se das simples união carnal transitória e da moralmente reprovável, como incestuosa e a adúlterina”, sendo o concubinato gênero do qual a união estável é a espécie.

Assim, imprescindível atentar-se para o fato de que o Direito, em constante transformação e adaptação à evolução humana, deve passar por fortes e marcantes transições, no intuito de tornar as prestações jurisdicionais condizentes ao que a sociedade hodierna necessita. Seguindo tal premissa, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em julgamento ocorrido em 05 de maio de 2011, equiparar as uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais.³¹

Por este motivo, tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido as uniões estáveis homoafetivas e em razão de referido assunto não estar sumulado nem positivado em nossos códigos, há que se utilizar de bom senso e adaptar a concepção do ordenamento jurídico no que tange à União Estável homoafetiva e equipará-la aos conceitos elencados.

4.3 REQUISITOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

A União Estável, nos dizeres de Venosa³², é um fato do homem que, ao gerar efeitos jurídicos, se torna um fato jurídico. Dentre os elementos caracterizadores do instituto, o requisito da estabilidade na união entre o homem e a mulher decorre do texto constitucional:

Não é qualquer relacionamento fugaz e transitório que constitui a união protegida; não podem ser definidas como concubinato simples relações sexuais, ainda que reiteradas. O legislador deseja proteger as uniões que se apresentam com os elementos norteadores do Casamento, tanto que a dicção constitucional determina que o legislador ordinário facilite sua conversão em Casamento. Consequência dessa estabilidade é a característica de ser **duradoura**, como menciona o legislador ordinário. Não há como conceituar uma relação concubinária como

²⁹ RIZZARDO, Arnaldo, **Direito de Família**. Rev. Atual. e Ampl. 9. ed.. p. 885.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 5º volume: direito de Família – 30ª ed. p. 324.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**. Relator: Min. AYRES BRITTO. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 05/05/2011. Publicado em: 14/10/2011.

³² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de Família**. 16. ed. p. 41-42.

estável, se não tiver se protraído no tempo. O decurso de um período mais ou menos longo é o retrato dessa estabilidade na relação do casal. A questão do lapso temporal não é absoluta, pois a Constituição Federal não estabeleceu um tempo determinado e sim que deveria haver o animus de constituir Família. Sendo assim, apesar da importância do fator tempo para a constatação da União Estável, esse fator não é absoluto, pois existem casos em que, independentemente do tempo da união, a entidade familiar fica caracterizada como, por exemplo, nos casos em que há o nascimento de prole.

Outro elemento importante citado pela lei como caracterizador da União Estável aliado aos demais é a continuidade da relação. Referido requisito pressupõe que a relação de fato seja contínua, sem interrupções; no entanto tal elemento dependerá da prova a ser apresentada no caso concreto, haja vista que “nem sempre uma interrupção no relacionamento afastará o conceito de concubinato”.

33

A Constituição Federal e o Código Civil, ao tratarem da União Estável, referem-se expressamente à diversidade de sexos, de forma que se entendia que tal união só seria considerada se constituída por homem e mulher.

Entretanto, conforme já se disse, o Supremo Tribunal Federal atribuiu às uniões estáveis homoafetivas os mesmos direitos e deveres inerentes às uniões estáveis heterossexuais, equiparando-as, de modo que o requisito diversidade de sexos torna-se, hoje, desarrazoado.

A publicidade da União Estável revela-se como um requisito importante para sua constituição. Dispõe Venosa³⁴ que a união que gozará de proteção “é aquela na qual o casal se apresenta como se marido e mulher fossem perante a sociedade, situação que se avizinha da posse do estado de casado”. Assim, a relação clandestina, desconhecida perante terceiros, não receberá a proteção

Por fim, salienta-se que a constituição da União Estável deve ter como pressuposto o objetivo de constituir Família, que se apresenta na comunhão de vida e de interesses, distinguindo a União Estável de outros institutos semelhantes.³⁵

Venosa³⁶ pondera, entretanto, que embora tais requisitos estejam expressos na legislação vigente, no caso concreto a situação pode prescindir dos mesmos, conforme descreve:

(...) no caso concreto, fortes razões de ordem moral e social fazem com que, mesmo perante traços tênues ou ausência de algum dos requisitos, juízes têm admitido o concubinato ou União Estável. Não bastasse isso, além dos elementos descritos na lei, há outros requisitos normalmente apontados pela doutrina, que, inexoravelmente, são considerados em uma avaliação conjunta no caso concreto. É o que ocorre, por exemplo, com o dever de fidelidade. A quebra desse dever pode, dependendo de sua amplitude, fazer cair por terra a comunhão de vida, de interesses e de sentimentos.

Assim, os requisitos para a constituição de União Estável têm a finalidade de estabelecer

³³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de Família**. 16. ed. p. 42.

³⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de Família**. 16. ed. p. 44.

³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. p. 479.

³⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de Família**. 16. ed. p. 45.

determinados padrões que identifiquem a existência deste tipo de união, não sendo, no entanto, imprescindíveis em determinados casos.

5 NAMORO: CONCEITO E CONSIDERAÇÕES GERAIS

5.1 CONCEITUAÇÃO DE NAMORO

O Namoro, para o entendimento comum, é o período em que um casal se relaciona, a fim de que se conheçam melhor e venham (ou não) a se comprometer mais seriamente³⁷:

O namoro representa uma fase de conhecimento mútuo do casal, no qual se percebem as semelhanças e as diferenças que irão aproximar o casal ou fazer com que eles terminem a relação. O que muda, ao longo do tempo, é a forma como acontece este conhecimento. Na década de 50 do século passado, era comum que o casal só ficasse a sós depois que se casassem, o que dificultava muito o conhecimento, uma vez que o fato do casal não ficar a sós impedia-os de ficarem à vontade para trocarem idéias, carícias e se conhecerem mais a fundo (...).

Assim, o Namoro sofreu uma série de modificações através dos tempos. Outrora mais recatado e contido, sendo inclusive vigiado pelos mais velhos, com dia e hora certos para encontros, o Namoro de hoje reveste-se de um caráter mais liberal, em que o casal adquire maior intimidade através de inúmeros momentos juntos, experimentando inclusive a sexualidade³⁸:

O namoro da atualidade é mais aberto, as pessoas dormem juntas, viajam juntas, conversam muito e este convívio propicia um conhecimento mútuo muito mais profundo o que pode levar a casamentos mais estáveis.

Os namoros não têm duração prevista e tampouco se mantêm durante o mesmo tempo. O Namoro, embora usual e inerente à sociedade, não passa de um fato social. Seus reflexos são atinentes unicamente à esfera emocional e moral, não repercutindo na esfera jurídica.

5.2 DIFERENÇAS ENTRE NAMORO E UNIÃO ESTÁVEL

O Namoro, como explica Ravache³⁹, não é regulado pela lei e, por tal motivo, seus requisitos se restringem à seara moral, sendo regulados pela sociedade e seus costumes:

Assim, em regra, os costumes e a moral nos trazem a ideia de que para uma relação ser considerada um Namoro, deve estar presente a fidelidade recíproca, a constância da relação e o conhecimento do relacionamento por parte da Família e dos amigos do casal. Nada impede, no entanto, que alguns relacionamentos quebrem essas regras morais. Há Namoros em que não há fidelidade, inclusive com a concordância mútua dos namorados nesse sentido.

³⁷TESSARI, Olga Inês. **Namoro Atual**. Disponível em: <http://ajudaemocional.tripod.com/id230.html>. Acesso em 16/08/2017.

³⁸TESSARI, Olga Inês. **Namoro Atual**. Disponível em: <http://ajudaemocional.tripod.com/id230.html>. Acesso em 16/08/2017.

³⁹RAVACHE, Alex. **Diferença entre Namoro e União Estável**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2768, 29 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18383>>. Acesso em: 15.ago.2017.

É o chamado ‘relacionamento aberto’. Esse fato, por si só, não desconfigura a existência da relação, que na prática existe, e pode ser chamada de Namoro ou um mero ‘caso’. Da mesma forma, um Namoro pode ser uma relação eventual, ou uma relação da qual nenhuma pessoa tenha conhecimento, além do próprio casal.

Em assim sendo, para que haja a constituição de um Namoro basta, em suma, que duas pessoas se relacionem amorosamente, a princípio em encontros casuais até que a relação se fortaleça e se torne um relacionamento sério, o qual deverá apresentar publicidade, fidelidade e possível futura intenção de casamento ou constituição de União Estável.⁴⁰

Todavia, as diferenças entre Namoro e União Estável podem não ser tão evidentes, constituindo-se em uma linha tênue que separa os dois tipos de relacionamento, sendo, frequentemente, ponto de divergência ou dúvida quanto à sua denominação. Ravache⁴¹ esclarece, por conseguinte, que a doutrina divide o Namoro em simples e qualificado:

O Namoro simples é facilmente diferenciado da União Estável, pois não possui pelo menos algum de seus requisitos básicos. É, por exemplo, o Namoro às escondidas, o Namoro casual, o relacionamento aberto. Contudo, o Namoro pode ser qualificado pela maioria dos requisitos também presentes na União Estável. Por esse motivo é tão difícil, na prática, encontrar as diferenças entre a União Estável e esse tipo de Namoro mais sério.

A União Estável, como já analisado, impescinde de requisitos previstos em lei, nos termos do que dispõe, especificamente, o artigo 1.723 do Código Civil⁴² em vigência. Referido dispositivo preceitua que:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de Família”, como já visto anteriormente.

Não se pode olvidar, no entanto, como já mencionado, que o Supremo Tribunal Federal, acompanhando as transformações na sociedade, equiparou a União Estável homoafetiva à heterossexual⁴³, o que faz com que o requisito “diferença de sexo” entre as partes não seja imprescindível.

Ademais, há que se atentar ao fato de que uma União Estável pode ser configurada ainda que o casal não conviva sob o mesmo teto, conforme o enunciado da Súmula 382⁴⁴ do Supremo Tribunal Federal faz saber:

STF Súmula nº 382 - Vida em Comum Sob o Mesmo Teto "More Uxorío" - Caracterização do Concubinato. A vida em comum sob o mesmo teto "more uxório", não é indispensável à

⁴⁰ RAVACHE, Alex. **Diferença entre Namoro e União Estável.** *Jus Navigandi*, Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18383>>. Acesso em: 15.ago.2017.

⁴¹ RAVACHE, Alex. **Diferença entre Namoro e União Estável.** *Jus Navigandi*, Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18383>>. Acesso em: 15.ago.2017.

⁴² BRASIL. **Código Civil.** Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.** Relator: Min. AYRES BRITTO. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 05/05/2011. Publicado em: 14/10/2011.

⁴⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Súmula 382, publicada em 12/05/1964.

caracterização do concubinato.

Assim, em virtude de tantas mudanças na sociedade em que se vive, é natural que haja divergência no tocante à configuração de quando um Namoro se torna uma União Estável, adquirindo conotação jurídica. Ravache⁴⁵ explica em que ponto a confusão se instala:

Neste momento a confusão se instala. Os requisitos objetivos ora estudados para configurar uma União Estável, são comumente percebidos em alguns Namoros. Não são poucos os casais de namorados que mantêm convivência amorosa contínua, pública, duradoura e sem impedimentos matrimoniais (..) Voltemos então a definir o Namoro qualificado. Nele estão presentes todos esses requisitos objetivos da União Estável. Portanto, se entende por Namoro qualificado aquela relação amorosa em que há continuidade, publicidade, durabilidade e ausência de impedimentos matrimoniais, mas não chega a ser uma União Estável. O que diferencia, então, o Namoro qualificado da União Estável? A resposta está no requisito subjetivo: o objetivo de constituir Família. Um casal de namorados não tem intuito de constituir Família, enquanto o casal que vive em União Estável tem essa intenção. Mas é preciso estudar com muito cuidado este requisito, pois é muito comum interpretá-lo de maneira errada.

Neste sentido, o requisito subjetivo assinalado, isto é, objetivo de constituir Família, necessita ser compreendido como objetivo consumado e não futuro, de forma que o que ocorre no noivado, por exemplo, em que ambos intencionam constituir Família no futuro, não configure a União Estável. Isto porque tal requisito se refere ao casal viver como se casado fosse, consubstanciado no dever de assistência moral e material recíproca irrestrita, esforço conjunto, participação real nos problemas e anseios do outro⁴⁶.

Em assim ocorrendo, há que se atentar ao fato de que sobre um Namoro qualificado, ainda que exista objetivo futuro de constituir Família, não incidem os requisitos anteriormente mencionados, não existindo ainda comunhão de vida, como assinala Ravache⁴⁷:

No Namoro qualificado, portanto, embora possa existir um objetivo futuro de constituir Família, em que o casal planeja um Casamento ou uma convivência como se casados fossem, a verdade é que não há ainda essa comunhão de vida. Apesar de se estabelecer uma convivência amorosa pública, contínua e duradoura, um dos namorados, ou os dois, ainda preservam sua vida pessoal e sua liberdade. Os seus interesses particulares não se confundem no presente e a assistência moral e material recíproca não é totalmente irrestrita.

Depreende-se, por conseguinte, que a sutil diferença entre Namoro e União Estável reside, primordialmente, nos detalhes observados nos convívios dos casais, observando-se a existência ou não do ânimo de constituir Família.

⁴⁵ RAVACHE, Alex. **Diferença entre Namoro e União Estável.** *Jus Navigandi*, Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18383>>. Acesso em: 15.ago.2017.

⁴⁶ RAVACHE, Alex. **Diferença entre Namoro e União Estável.** *Jus Navigandi*, Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18383>>. Acesso em: 15.ago.2017.

⁴⁷ RAVACHE, Alex. **Diferença entre Namoro e União Estável.** *Jus Navigandi*, Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18383>>. Acesso em: 15.ago.2017.

5.3 CONTRATO DE NAMORO

Um relacionamento, via de regra, tem início harmonioso e leve. Em grande parte dos termos de relacionamento, contudo, a harmonia se esvai e surgem os problemas, por vezes tendo que ser solucionados através do ordenamento jurídico.

No intuito de evitar tais aborrecimentos ou com o objetivo de salvaguardar-se de eventuais problemas, surgiu a figura do contrato de Camoro. Gagliano⁴⁸ indaga a validade e eficácia de tal contrato:

Nesse contexto, o denominado “contrato de Namoro” poderia ser considerado como uma alternativa para aqueles casais que pretendessem manter a sua relação fora do âmbito de incidência das regras da União Estável? Poderiam, pois, por meio de um documento, tornar firme o reconhecimento de que aquela união é apenas um Namoro, sem compromisso de constituição de Família? Em nosso pensamento, temos a convicção de que tal contrato é **completamente desprovido de validade jurídica**. A União Estável é um **fato da vida**, uma situação fática reconhecida pelo Direito de Família que se constitui durante todo o tempo em que as partes se portam como se casados fossem, e com indícios de definitividade (...) Por isso, não se poderia reconhecer validade a um contrato que pretendesse afastar o reconhecimento da união, cuja regulação é feita por **normas cogentes, de ordem pública**, indisponíveis pela simples vontade das partes. Trata-se, pois, de contrato nulo, pela impossibilidade jurídica do objeto. (Grifou-se)

Gagliano⁴⁹ considera possível, por conseguinte, a celebração de um contrato que venha a regular aspectos patrimoniais da União Estável, tais como “o direito aos alimentos ou à partilha de bens, não sendo lícita, outrossim, a declaração que, simplesmente, descaracterize a relação concubinária, em detrimento da realidade”.

Ravache⁵⁰, por sua vez, entende ser possível a formulação de um contrato de Namoro em que se registre a vontade do casal para fins de garantia para eventual processo judicial:

Isso porque, em algumas situações, é muito difícil de saber e de provar se determinado indivíduo tem ou não o intuito de constituir Família. Sem dúvida alguma, uma declaração escrita exterioriza e comprova a intenção dessa pessoa, sendo muito importante em eventual processo judicial. Entretanto, é preciso tomar cuidado para que o casal não tente formalizar uma situação mentirosa, ao declarar que seu relacionamento constitui Namoro e não União Estável, quando na verdade suas atitudes configuram de fato a União Estável, contradizendo a declaração escrita.

Nestes casos, em restando comprovado que o casal não procedeu com a verdade no referido contrato, o mesmo será considerado nulo por simulação, nos termos do artigo 167, II do Código Civil, sendo a União Estável reconhecida. Da mesma forma, não terá validade um contrato de União Estável para um casal que estabeleça uma relação sem o objetivo de constituir Família, com intenção única

⁴⁸ STOLZE, Pablo. **Contrato de Namoro**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8319>>. Acesso em: 18.ago.2017.

⁴⁹ STOLZE, Pablo. **Contrato de Namoro**. *Jus Navigandi*, Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8319>>. Acesso em: 18.ago.2017.

⁵⁰ RAVACHE, Alex. **Diferença entre Namoro e União Estável**. *Jus Navigandi*, Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18383>>. Acesso em: 18.ago.2017.

de incluir um dos namorados como dependente no plano de saúde do outro.⁵¹

O contrato de Namoro, por consequência, pode ser eficaz em eventual comprovação da intenção dos namorados ou conviventes no que diz respeito ao objetivo de constituir Família, sem, no entanto, se afastar da norma legal, especialmente no que tange ao disposto concernente à União Estável, devendo refletir a situação fática para garantir a validade deste documento.⁵²

5.4 JULGADOS SOBRE A CARACTERIZAÇÃO DO NAMORO EM UNIÃO ESTÁVEL

Uma vez analisadas as características e particularidades dos institutos Namoro e União Estável, e observando-se os casos em que um então Namoro passa a ser configurado União Estável, extraiu-se da jurisprudência alguns julgados acerca do assunto, para fins de ilustração:

DIREITO DE FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. RELACIONAMENTO AFETIVO QUE SE CARACTERIZA COMO NAMORO. AUSÊNCIA DE OBJETIVO DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA. RECURSO NÃO PROVIDO. Não é qualquer relacionamento amoroso que se caracteriza em União Estável, sob pena de banalização e desvirtuamento de um importante instituto jurídico. Se a União Estável se difere do Casamento civil, em razão da informalidade, a União Estável vai diferir do Namoro, pelo fato de aquele relacionamento afetivo visar a constituição de Família. Assim, um relacionamento afetivo, ainda que público, contínuo e duradouro não será União Estável, caso não tenha o objetivo de constituir Família. Será apenas e tão apenas um Namoro. Este traço distintivo é fundamental dado ao fato de que as formas modernas de relacionamento afetivo envolvem convivência pública, contínua, às vezes duradoura, com os parceiros, muitas vezes, dormindo juntos, mas com projetos paralelos de vida, em que cada uma das partes não abre mão de sua individualidade e liberdade pelo outro. O que há é um EU e um OUTRO e não um NÓS. Não há nesse tipo de relacionamento qualquer objetivo de constituir Família, pois para haver Família o EU cede espaço para o NÓS. Os projetos pessoais caminham em prol do benefício da união. Os vínculos são mais sólidos, não se limitando a uma questão afetiva ou sexual ou financeira. O que há é um projeto de vida em comum, em que cada um dos parceiros age pensando no proveito da relação. Pode até não dar certo, mas não por falta de vontade. Os Namoros, a princípio, não têm isso. Podem até evoluir para uma União Estável ou Casamento civil, mas, muitas vezes, se estagnam, não passando de um mero relacionamento pessoal, fundados em outros interesses, como sexual, afetivo, pessoal e financeiro. Um supre a carência e o desejo do outro. Na linguagem dos jovens, os parceiros se curtem.⁵³

No referido julgado, fica clara a análise da existência ou não do requisito “objetivo de constituir família” para o posterior não reconhecimento da União Estável no caso exposto.

Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL NÃO CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. AUSÊNCIA DE ALGUNS REQUISITOS: PUBLICIDADE DO RELACIONAMENTO E INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. RECURSO PROVIDO. À luz do disposto no

⁵¹ RAVACHE, Alex. **Diferença entre Namoro e União Estável.** *Jus Navigandi*, Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18383>>. Acesso em: 18.ago.2017.

⁵² RAVACHE, Alex. **Diferença entre Namoro e União Estável.** *Jus Navigandi*, Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18383>>. Acesso em: 18.ago.2017.

⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0145.05.280647-1/001.** Relatora: Maria Elza. Data do Julgamento: 18/12/2008. Data da Publicação: 21/01/2009.

art. 1723 do CC , para caracterizar a união estável, do ponto de vista legal, pode-se enumerar os seguintes elementos constitutivos: estabilidade, durabilidade, continuidade da relação, diversidade de sexos, publicidade e o objetivo de constituição de família, sem prejuízo, de outros apontados pela doutrina, tais como, o dever de fidelidade, a unicidade de companheiro, entre outros. Do exame dos autos, em que pese a demonstração de coabitação entre as partes, não se infere a presença de dois requisitos imprescindíveis à configuração da união estável, quais sejam, publicidade da relação, vez que as partes não se apresentavam à sociedade como se casados fossem, e a intenção de constituir família. Deste modo, não preenchidos os requisitos necessários à caracterização da união estável, a que alude o art. 1723 do CC, há que se dar provimento ao presente apelo para julgar improcedente o pedido inaugural. APELAÇÃO CÍVEL PROVIDA.⁵⁴

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem se manifestado a respeito do assunto da seguinte forma:

UNIÃO ESTÁVEL C/C PARTILHA DE BENS. PROVA INSUFICIENTE DA SUA EXISTÊNCIA. EXEGESE DO ART. 1º DA LEI N. 9.278/96. MERO NAMORO QUE ENVOLVIA AS PARTES. DIVISÃO DOS BENS ALEGADAMENTE AMEALHADOS DURANTE A CONVIVÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. É fácil a confusão entre União Estável e Namoro, já que, por ser ela um fato social, a sua prova decorre de atos que externam convivência pública, cujos atos também são externados quando do Namoro ou mesmo do noivado, uma vez que estes, na mesma medida, são fatos da vida, sem que se tenha qualquer ato constitutivo determinante ou documentado de seu nascimento ou morte. Entretanto se inexistem provas da União Estável, descabe falar-se em divisão do patrimônio alegadamente constituído durante a convivência que nem sequer foi more uxorio. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.⁵⁵

Da mesma forma:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. ALEGAÇÃO DE CONVIVÊNCIA MÚTUA PELO PERÍODO DE 2003 A 2006. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA AUTORA. CONJUNTO PROBATÓRIO FRÁGIL E INSUFICIENTE PARA RECONHECER A UNIÃO ESTÁVEL. OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA NÃO COMPROVADO. FATOS QUE DEMONSTRAM UM SIMPLES NAMORO. INTELIGÊNCIA DO ART. 226, §3º, DA CF/88 E DO ART. 1.723, CAPUT, DO CC. ALEGAÇÃO NA PRELIMINAR DE CONTRARRAZÕES DE AUSÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE NAS RAZÕES RECURSAIS. ALEGAÇÃO NÃO ACOLHIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.⁵⁶

Ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM PEDIDO DE ALIMENTOS. ARTIGO 1723 DO CCB. O relacionamento caracterizado por namoro sem ânimo de constituir família não dá ensejo à configuração da alegada união estável. Por conseguinte, não há falar em alimentos para a suposta companheira, porque inexistente dever de mútua assistência entre as partes. NEGARAM

⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. **Apelação Cível nº 00921243820108050001**. Data do Julgamento: 10/12/2013. Data da Publicação: 13/12/2013.

⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível nº. 2009.015939-3**. Relator: Gilberto Gomes de Oliveira Origem: Porto Belo Orgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Civil Data: 13/04/2012.

⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Processo nº. 2010.036832-9**. Relator: Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Origem: Balneário Camboriú. Orgão Julgador: Sexta Câmara de Direito Civil. Data: 16/03/2012. Juiz Prolator: Sônia Maria Mazzetto Moroso.

PROVIMENTO AO RECURSO.⁵⁷

Assim, resta pacífico que o reconhecimento de União Estável se ampara nos requisitos elencados nos dispositivos legais pertinentes e a diferenciação do Namoro para tal instituto reside especialmente no requisito “objetivo de constituir família” que, nas decisões em geral, será o fiel da balança para determinar a existência ou não da União Estável.

Por fim, um exemplo de julgado que reconhece a União Estável consubstanciando-se nos requisitos anteriormente elucidados:

CIVIL. RECONHECIMENTO UNIÃO ESTÁVEL *POST MORTEM*. REQUISITOS. CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA E DURADOURA E ESTABELECIDADA COM O OBJETIVO DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA. PROVAS DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL SUFICIENTES PARA A DEMONSTRAÇÃO DO CONVÍVIO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A união estável, como entidade familiar, é conceituada pelo art. 1.723, do CC, com as seguintes palavras: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. 2. A coincidência de endereço entre a autora e o de cujus, além do fato de ser sua beneficiária e manter com ele conta bancária conjunta, somada aos depoimentos das testemunhas que viam no casal uma entidade familiar, apontam no sentido do convívio com *affectio maritalis*, sendo possível se concluir pela existência da união estável. 3. Recurso não provido. Sentença mantida.⁵⁸

Assim, tendo por base os julgados ora analisados, depreende-se que o entendimento de nossos tribunais têm se formado no sentido de se levar em conta o requisito “objetivo de constituir família” na diferenciação entre Namoro e União Estável.

Entretanto, haja vista estar se tratando de convívios e relações específicas, dotados de peculiaridades e contornos próprios de cada casal, resta evidente a necessidade do judiciário analisar caso a caso, levando-se em consideração as particularidades a que se atêm, para reconhecer ou não a existência de uma União Estável.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve por estudo os institutos do Namoro e da União Estável, restando verificadas as circunstâncias em que o Namoro passa a ser considerado União Estável.

Inicialmente, através da evolução histórica da Família foi possível observar as mudanças que referido instituto tem sofrido no decorrer dos anos, adquirindo sentido amplo e admitindo uma série de formas distintas, flexibilizando-se de a fim de satisfazer as necessidades e anseios humanos.

Posteriormente, a análise do casamento, seu histórico, natureza jurídica, características e

⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70060905841**, Oitava Câmara Cível, . Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 30/10/2014.

⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação Cível APC 20130710275533**. Data de publicação: 30/03/2015.

finalidades, propiciou esclarecimentos concernentes à sua evolução, revelada, como exemplo, através da liberdade de escolha dos nubentes, inexistente em outros tempos.

Em seguida, passou-se a analisar a União Estável e seus pormenores, evidenciando sua evolução no Direito Positivo, conquistando maior espaço em razão de sua forte aplicação na vida prática.

Embora a legislação que trata da União Estável ainda apresente lacunas, a mesma vem recebendo maior atenção e proteção jurídica, adequando-se aos tempos atuais, fator que se verificou através da recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a União Estável homoafetiva, equiparando-a à heterossexual, revelando absoluto progresso no direito brasileiro.

Por consequência, o instituto do Namoro foi elucidado, atendo-se à sua conceituação e distinção do mesmo em relação à União Estável. Através desta pesquisa, foi possível observar que as diferenças entre referidos institutos não são evidentes, necessitando fazer uso, por tal motivo, de requisitos objetivos e subjetivos da União Estável para conseguir dirimir eventuais divergências.

Por fim, analisou-se o contrato de Namoro, documento surgido no intuito de evitar aborrecimentos quando do possível término do relacionamento. A validade de referida ferramenta no mundo jurídico, no entanto, é alvo de divergência doutrinária.

Para fins de ilustração, foram colacionados julgados recentes dos seguintes tribunais: Tribunal de Justiça da Bahia, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Da análise de tais julgados, depreendeu-se que o requisito objetivo de constituir Família é o principal ponto a ser analisado para que haja ou não o reconhecimento de um Namoro em União Estável.

Ao fim do presente artigo, tomando por base a pergunta de partida, pode-se concluir que é possível um relacionamento Namoro ser reconhecido como União Estável quando observado, além dos demais requisitos inerentes à União Estável, o requisito objetivo de constituir Família.

Portanto, para que um Namoro seja convertido em União Estável ou considerado como tal, é necessário que o mesmo apresente, claramente, o objetivo de constituição de Família, a fim de que o instituto da União Estável não seja desvirtuado em sua essência.

Assim, o tema escolhido para este artigo representou, com clareza, a evolução de institutos do Direito de Família que, outrora olvidados pelo ordenamento jurídico e estagnados em uma só forma, apresentam-se, hoje, absolutamente modificados e ampliados em virtude das mudanças que a sociedade vem sofrendo. Deste modo, é possível perceber, a cada nova decisão surgida no âmbito jurídico, que o Direito, de fato, está em constante e necessária evolução e busca adequar-se às novas formas de convívio humano.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, promulgada em 05/10/1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**. Relator: Min. AYRES BRITTO. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 05/05/2011. Publicado em: 14/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 382**, publicada em 12/05/1964.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. **Apelação Cível nº 00921243820108050001**. Data do Julgamento: 10/12/2013. Data da Publicação: 13/12/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível nº. 2009.015939-3**. Relator: Gilberto Gomes de Oliveira Origem: Porto Belo Orgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Civil Data: 13/04/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Processo nº. 2008.052797-1**. Relator: Henry Petry Junior. Origem: Blumenau. Orgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Civil. Data: 31/03/2009. Juiz Prolator: Roberto Ramos Alvim.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Processo nº. 2010.036832-9**. Relator: Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Origem: Balneário Camboriú. Orgão Julgador: Sexta Câmara de Direito Civil. Data: 16/03/2012. Juiz Prolator: Sônia Maria Mazzetto Moroso.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação Cível APC 20130710275533**. Data de publicação: 30/03/2015

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70060905841**, Oitava Câmara Cível. Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 30/10/2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das Famílias** – nova ortografia. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 5º volume: direito de Família – 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

PEDRONI, Ana Lúcia. **Dissolução do Vínculo Matrimonial** –(Des)necessidade da separação judicial ou de fato como requisito prévio para obtenção do divórcio no direito brasileiro – Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. volume v – direito de família. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RAVACHE, Alex. **Diferença entre Namoro e União Estável**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2768, 29 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18383>>. Acesso em:

15.ago.2017.

RIZZARDO, Arnaldo, **Direito de Família**. Rev. Atual. e Ampl. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 11.

TESSARI, Olga Inês. **Namoro Atual**. Disponível em: <http://ajudaemocional.tripod.com/id230.html>. Acesso em: 16/08/2017.

STOLZE, Pablo. **Contrato de Namoro**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8319>>. Acesso em: 18.ago.2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de Família**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

A DOCTRINA DO TERCEIRO CÚMPLICE – CONTRAPONTO À RELATIVIDADE DOS CONTRATOS

Luís Gustavo dos Santos¹
Luciana de Carvalho Paulo Coelho²

Recebido em: 22 nov. 2017

Aceito em: 27 fev. 2018

Resumo: O presente artigo tem como objeto a análise da doutrina do terceiro cúmplice como um contraponto ao princípio da relatividade dos contratos. Tal princípio indica que uma relação contratual tem seus efeitos limitados às partes contratantes, contudo, sabe-se que este princípio deve ser relativizado, basta para isso, recordar das modalidades contratuais em que há promessa de fato de terceiro ou mesmo uma disposição em favor de um terceiro. A doutrina do terceiro cúmplice demonstra que um terceiro alheio à relação contratual pode ser responsabilizado pelo seu descumprimento quando tiver agido no sentido de fomentar o descumprimento do contrato por parte de um dos contratantes aproveitando-se desta situação. Pela pesquisa, vê-se que a temática não é muito discutida no cenário acadêmico, razão pela qual houve este empenho em seu estudo. No Direito Internacional a doutrina do terceiro cúmplice vem sendo aplicada há bastante tempo. No Brasil percebe-se esta solidarização de forma bastante evidente nas relações consumeristas, onde todos aqueles que integram a cadeia produtiva são responsabilizados pelo dano. Nas relações contratuais alicerçadas pelo Código Civil há a positivação da matéria em alguns expedientes, em outras situações, contudo, dependerá da parte a astúcia de demonstrar a responsabilidade de um terceiro pelo possível aliciamento na relação contratual preteritamente estabelecida pelas partes originariamente contratantes. Conclui-se que é possível sim invocar a responsabilidade alheia por danos provocados na relação contratual original, que é o que basicamente define a doutrina do terceiro cúmplice. Para a elaboração deste artigo científico adotou-se o método indutivo, utilizando-se das técnicas do referente bibliográfico, fichamento, análise literária, prática e jurisprudencial.

Palavras-chave: Contratos. Relatividade. Terceiro cúmplice.

THE DOCTRINE OF THE THIRD ACCOMPLICE - CONTRIBUTING TO THE RELATIVITY OF CONTRACTS

Abstract: The present article has as objective to analyze the third party's agreement as counterpoint of relativity of contracts. Such a principle indicates that a contractual relationship has its effects limited to the contracting parties, however, it is known that this principle must be relativized, suffice it to remember the contractual modalities in which there is a promise of fact of third party or even a provision in favor of a third party. The doctrine of the third accomplice teaches that a third party outside the contractual relationship can be held liable for its noncompliance when it has acted to promote noncompliance with the contract by one of the contractors taking advantage of this situation. By the research, it seems that the subject is not much discussed in the academic scene, reason for which there was this commitment in its study.

¹ Mestre em Ciência Jurídica. Professor do Curso de Direito da UNIVALI (Campus Itajaí e Balneário Camboriú); Coordenador do Curso de Especialização em Direito Civil Avançado da UNIVALI; Sócio Proprietário do Morgado Concursos Ltda; luisgustavo@univali.br; (47) 99934 0349.

² Advogada inscrita na OAB/SC sob o n. 18.474. Mestre em Ciência Jurídica. Professora da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: lupaulocoelho@yahoo.com.br.

In international law the doctrine of the third accomplice has been applied for quite some time. In international law the doctrine of the third accomplice has been applied for quite some time. In Brazil, this solidarity is evident in consumer relations, where all those who are part of the productive chain are held liable for the damage. In contractual relations based on the Civil Code, there is a positive nature of the matter in some cases, in other situations, however, it will depend on the part of the cunning to demonstrate the responsibility of a third party for the possible solicitation in the contractual relationship previously established by the original contracting parties. It is concluded that it is possible to invoke the liability of others for damages caused in the original contractual relationship, which is what basically defines the doctrine of the doctrine of third accomplice. For the elaboration of this scientific article, the inductive method was adopted, using the techniques of bibliographical references, book report, literary analysis, practice and jurisprudential.

Keywords: Contracts. Relativity. Third accomplice.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico aborda a temática das relações contratuais sobre o prisma da irradiação de seus efeitos a terceiros inicialmente alheios à contratação, tendo como enfoque máximo a doutrina do terceiro cúmplice como contraponto ao princípio da relatividade dos contratos.

O objetivo geral é a elaboração de trabalho de cunho científico, especificamente objetiva-se conhecer breves noções a respeito dos princípios inerentes aos contratos, analisar com especial atenção o princípio da relatividade dos contratos e finalmente estudar a doutrina do terceiro cúmplice, identificando eventual responsabilização deste nos efeitos negativos da relação contratual preteritamente existente.

Assim sendo, o artigo foi construído com esta separação em três itens, discorrendo cada um deles sobre aquele objeto, sempre, contudo, na direção de identificar efeitos contratuais em relação a pessoas que originariamente não constavam da relação contratual.

Optou-se para a pesquisa pelo método indutivo a partir da leitura de obras a respeito do tema, fichamento destas, além da aplicação da técnica do referente bibliográfico.

O trabalho justifica-se por sua cientificidade, a relevância é muito grande, afinal de contas, as relações contratuais tomam espaço na vida cotidiana de praticamente todas as pessoas que vivam em sociedade, sendo sempre possível a intervenção alheia no sentido de dissuadir o cumprimento integral do contrato, seduzindo um dos contratantes a por fim a relação contratual existente e criar uma nova consigo, neste caso, o terceiro cúmplice.

Conclui-se pela necessidade de que na academia tenha-se um conhecimento mínimo sobre o tema, seus reflexos e aplicações de modo a contribuir pela boa aplicação dos princípios contratuais, especialmente em que pese a boa fé objetiva.

2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS ÀS RELAÇÕES CONTRATUAIS

As relações contratuais evidentemente dependem de uma dupla ou múltipla manifestação de vontades que atrelará os sujeitos a ela envolvidos, criando entre eles uma normatividade própria e de cunho eminentemente econômico.

De acordo com ROBERTO SENISE LISBOA³ contrato é “acordo de vontades que possui por finalidade a constituição, modificação ou a extinção dos direitos, dele advém um conjunto de obrigações a serem cumpridas pelas partes”.

Neste sentido, para que a relação contratual desenvolva-se de modo a satisfazer plenamente as partes, os princípios de natureza contratual devem ser devidamente aplicados e compreendidos. Oportuno salientar que neste item serão desenvolvidos apenas alguns dos muitos princípios contratuais, dando-se ênfase àqueles diretamente relacionados à temática da pesquisa, assim sendo, abordar-se-á de modo expresso os princípios da função social dos contratos, da boa fé objetiva, obrigatoriedade dos contratos e da revisão contratual.

Em que pese o contrato emanar a vontade eminentemente privada das partes, sabe-se que seu conteúdo não pode ser ilícito, tampouco prejudicial à coletividade de pessoas, numa clara limitação ao princípio da autonomia da vontade das partes. O bem estar social deve ser preservado, então, pelos particulares, que não podem deduzir pretensões que ofendam esta matriz.

Ademais, para que sua regulação se dê pelo Direito Privado, o contrato deve ser celebrado por pessoas naturais ou jurídicas de Direito Privado, pois de outra sorte, sairia da esfera do Direito Civil ou Empresarial entrando nas relações de Direito Administrativo, o que não é a intenção desta pesquisa.⁴

Quanto à função social dos contratos percebe-se que estas se devem ao caráter irradiador de um contrato, cujas consequências atingem não apenas as partes contratantes, mas possivelmente a coletividade de pessoas.

Assim se manifesta ROBERTO SENISE LISBOA:

A consagração da dignidade da pessoa como princípio fundamental inerente a todas as relações jurídicas públicas e privadas, assim como da solidariedade social como objetivo a ser alcançado, nos termos do que preceitua a constituição vigente, viabilizam o preenchimento do conteúdo da expressão função social, permitindo-se sua aplicabilidade em consonância com o direito pós-moderno⁵.

O bem comum deve ser objeto da relação contratual, ainda que seus efeitos principais acometam

³ SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil**. 4. edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3.

⁴ FIUZA, César. **Direito Civil. Curso Completo**. 14. edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. P. 292.

⁵ SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil**. p. 64.

os contratantes imediatos. Ademais, terceiros devem se abster de molestar tal relação, o que se verificará adiante, não ocorre na chamada doutrina ou teoria do terceiro cúmplice. Aliás, de modo diverso, observar-se-á de modo claro a falta de interação entre este princípio e o contrato que vier a sofrer a intervenção prejudicial do terceiro dito cúmplice. Claramente, nestas relações, haverá a desobediência ao princípio basilar da função social do contrato, impingindo neste aspecto, um prejuízo a todos que potencialmente fossem favoravelmente atingidos pelo contrato originário, não se restringindo os prejuízos ao contratante originário.

Na mesma seara pode-se mencionar a boa fé objetiva das relações contratuais. Na visão de ORLANDO GOMES⁶ em antiga e basilar obra, pela boa fé tem significado que o sentido literal da linguagem não deve prevalecer sobre a real vontade das partes, exigindo das partes transparência e clareza em seu modo de agir.

Compreende-se então, tratar-se do zelo como a relação é vivenciada por cada um dos contratantes. É a exteriorização da boa vontade, cordialidade, bom caráter, probidade das partes, que apesar de quererem se beneficiar de um contrato, não o devem fazer à custa do prejuízo alheio, respeitando a dignidade da pessoa humana com quem estabelecem tal relação.

Verificar-se-á que este princípio não é aplicado devidamente nas relações em que um terceiro intervém no sentido de aliciar um dos contratantes no sentido de romper a relação contratual originária, para firmar novo contrato com este. O tal aliciamento, esta sedução quando correspondida, afronta o caráter da boa fé objetiva, independentemente de qual seja a intenção das partes, afinal de contas, sabe-se que este caráter subjetivo da boa fé não se deve considerar nas relações contratuais.

Num contraponto a este aspecto sabe-se que o contrato vincula as partes ao seu cumprimento, alusão esta ao princípio da obrigatoriedade dos contratos.

Quanto a ela, assim se dedica ARNALDO RIZZARDO:

(...) o acordo de vontade, logo depois de declaradas, tem valor de lei entre os estipulantes, e impõe os mesmos preceitos coativos que esta contém. É certo que essa vontade não é mais aquele que se enquadrava na concepção filosófica da teoria clássica, quando igualou o contrato à lei, mas é a concepção moderna da autonomia da vontade como expressão social de tudo aquilo que vem inserido na lei, conceito certo de onde se origina a fonte criadora de todos os direitos subjetivos, pelo simples acordo das vontades humanas, quando livremente manifestadas⁷.

Ocorre que tal princípio deve ser relativizado, posto que tal força normativa pode ser reduzida em razão de determinados e certos fatores, como por exemplo em razão de uma onerosidade excessiva em que potencialmente se mostra viável a aplicação da revisão dos contratos. Nota-se que apesar do sujeito contratante estar vinculado ao seu cumprimento e à outra parte, este pode eximir-se da obrigação contratual se demonstrados determinados fatores. A dúvida é, portanto, se admissível é a

⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 10. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 43.

⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 23.

aplicação do princípio da revisão contratual quando da intervenção de um terceiro no rompimento da relação pretérita.

Parece acertado firmar que tal princípio não terá aplicação nesta hipótese, ocorrendo de modo claro um descumprimento contratual, donde surgirão todos os seus reflexos, possivelmente, inclusive, em detrimento do terceiro cúmplice, o que se demonstrará ou não mais adiante neste estudo.

3 DA RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS CONTRATOS

O princípio em apreço determina que um contrato deva ter seus efeitos irradiados exclusivamente às partes contratantes, não atingido, desta forma a terceiros.

Impossível, contudo, no estado das coisas atuais, aplicar de forma absoluta este princípio, afinal de contas, sabe-se que a irradiação dos efeitos contratuais pode em determinadas circunstâncias atingir a um número indeterminado de pessoas. Pense-se, por exemplo, num contrato de prestação de serviços de natureza ambiental. É certo afirmar que eventuais danos causados ambientais oriundos desta relação venham a prejudicar toda coletividade de pessoas.

Tal conclusão é, no entanto, aplicada num sentido macro. Ocorre que num sentido micro também é possível relativizar-se a relatividade dos contratos. A cacofonia da frase anterior não é intencional.

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR explica através de uma metáfora a possível participação de um terceiro na relação contratual:

A posição jurídica do terceiro assenta-se em um alheamento material e formal a determinada e particular relação jurídica. Essa distância, essa polarização pode ser comparada às órbitas, com uma maior ou menor proximidade dos corpos celestes à estrela solar. Tal metáfora serve para ilustrar que o terceiro encontra-se numa situação dinâmica em face do contrato, cingindo-se ou apartando-se daquele, conforme seu status, o que dá ensejo a que se altere sua qualificação em face de sua distância do vínculo⁸.

Como visto, contudo, o autor fala da possível relativização de tal princípio, o que se sabe se dá de forma positivada nos contratos em que há uma estipulação em favor de terceiro e nos contratos em que há uma promessa de fato de terceiro.

Por estipulação em favor de terceiro entende-se a relação contratual em que se origina da declaração de acordo entre estipulante e promitente, que estabelecem a obrigação deste último a prestar benefício em favor de um terceiro, estranho à relação contratual originária⁹.

⁸ RODRIGUES JUNIOR, OTAVIO LUIZ. **A doutrina do terceiro cúmplice**: autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 82.

⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. p. 137.

Já por promessa de fato de terceiro sabe-se tratar da relação negocial em que o promitente estabelece que um terceiro desempenhará ou cumprirá com a obrigação por ele assumida. Com relação ao tema, importante o entendimento do que segue:

A promessa de fato de terceiro, a seu modo, não enfraquece muito a exclusão negocial do tertius, pois implicará, de necessário, a adstrição superveniente daquele a um negócio previamente celebrado sem sua ciência. Em tal caso, o promitente obriga-se com o promissário a conseguir a atuação do terceiro, sob pena de responder por perdas e danos.

Vê-se, portanto, da impossibilidade se asseverar de modo absoluto que o contrato faça efeito apenas em relação às partes originariamente contratantes. Tanto na primeira como na segunda hipótese os terceiros têm papel protagonista na relação contratual, podendo num caso exigir o seu cumprimento e no outro vê-lo ser exigido. Além disso, quando da judicialização das temáticas em ambos os casos o terceiro terá papel determinante, quer executando o contrato para ver o seu cumprimento, quer vendo o contrato ser executado quando assume o compromisso de cumprir a prestação.

Está evidenciada desta forma que é possível sim a relativização do princípio da relatividade dos contratos, logo, terceiros podem sofrer os efeitos de um contrato. No caso da doutrina do terceiro cúmplice, o que se verificará é um pouco diferente do exposto aqui, afinal de contas este terceiro não estava originariamente vinculado à relação contratual e aparece num momento posterior à conclusão do contrato no sentido de interferir de forma maliciosa, gerando resultado danoso e prejudicial a uma das partes contratantes. É justamente neste sentido que se dará o próximo item da pesquisa.

4 A DOCTRINA DO TERCEIRO CÚMPLICE COMO RELATIVIZADORA DO PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS CONTRATOS

Como mencionado alhures o contrato cria uma obrigação entre as partes, a dita *pacta sunt servanda*. Apesar da possibilidade da relativização de tal instituto jurídico, o descumprimento da avença em geral trará certas e determinadas consequências, entre elas a possibilidade de que a vítima pelo inadimplemento exija a reparação pelas perdas e danos sofridas no evento.

Levando em consideração que pelo princípio da relatividade dos contratos, este faz efeito entre as partes, correto entender que o ajuizamento de demanda desta natureza deverá ser interposta em face do inadimplente com exclusividade.

A teoria do terceiro cúmplice explana da possibilidade de que a reparação civil recaia sobre um terceiro que eventualmente tenha aliciado o contratado, no intuito de que este descumpra a avença pretérita e firme novo acordo com o aliciador.

O artigo 608 do Código Civil¹⁰ informa que “aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos”.

Note-se que além da previa previsão legal, já há inclusive, a prefixação do *quantum* indenizatório.

Tal situação poderia ser vislumbrada quando, por exemplo, um atleta profissional de futebol com contrato vigente com uma equipe, rompe o vínculo com aquela, sem pagamento da multa rescisória, alegando motivos diversos, para posteriormente firmar acordo com uma nova agremiação. Obviamente que o descumpridor do contrato foi o atleta, contudo, há a possibilidade de atrelar também a equipe aliciadora na demanda reparatória. Caso o atleta fosse processado, poderia ele trazer à baila o referido aliciamento e denunciar à lide o aliciador. Em outra hipótese, poderia a equipe prejudicada, comprovando o assédio, postular de imediato contra a agremiação responsável pela ruptura do contrato com o jogador.

Deve-se perceber que só haverá o aliciamento se o praticante de tal ato soubesse da vinculação do prestador de serviço a outrem. Não haverá assédio se o sujeito tiver se vinculado em novo emprego (prestação de serviço) se tivesse declarado estar desempregado, ainda que não tenha apresentado qualquer documento probatório desta falta de vínculo. Assim, referida doutrina se fundamenta em paradigmas éticos, devendo a interferência maliciosa do terceiro ser motivo à reparação civil¹¹.

Levando-se em conta a forma e alcance das relações jurídicas atuais, parece certo apontar da possibilidade da busca por este terceiro que interfere nas relações contratuais alheias de modo negativo, para que seja condenado por seus atos causadores de danos àquela relação e não de forma exclusivamente restrita ao artigo 608 do Código Civil. Este pode servir de base à aplicação analógicas em outras relações em que há a interferência de um terceiro, alcunhado de terceiro cúmplice.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os contratos como se pode concluir geram efeitos a terceiros, ainda que o princípio da relatividade dos contratos informe que seus efeitos limitam-se às partes contratantes, sabe-se de sua relativização, especialmente pelas conhecidas estipulação em favor de terceiro e promessa de fato de terceiro. Ocorre que não apenas nesta seara deve-se tratar dos efeitos a terceiros. Apesar dos autores pouco discorrerem, restou demonstrado que aquele que interfere em relação jurídica alheia, fazendo com que um dos contratantes desvincule-se do pacto para assumir nova obrigação com aquele, pode ser responsabilizado civilmente.

¹⁰ BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 23/03/2017.

¹¹ RODRIGUES JUNIOR, OTAVIO LUIZ. **A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos**. p.92.

Trata-se nesta hipótese da aplicação da doutrina do terceiro cúmplice, positiva pelo ordenamento jurídico brasileiro no artigo 608 do Código Civil, mas que parece poder ter um caráter ampliativo em sua aplicação, posto que as interferências alheias podem motivar outros prejuízos que não apenas o descumprimento por parte de um dos contratantes.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

FIUZA, César. **Direito Civil. Curso Completo**. 14. edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 10. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES JUNIOR, OTAVIO LUIZ. **A doutrina do terceiro cúmplice**: autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil**. 4. edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Cláudio Barbosa Fontes Filho¹
Ester Dorcas Ferreira dos Anjos²

Recebido em: 22 nov. 2017

Aceito em: 27 fev. 2018

Resumo: Sustentabilidade na atualidade é a palavra de ordem, no cenário nacional e internacional e ocupa papel de destaque, como a única alternativa, real, verdadeira, efetiva e global, para organizar a vida de todos os seres vivos no planeta e desse modo superar os riscos de nossa própria extinção. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a partir da Declaração de Estocolmo, reuniu diversos mecanismos de proteção ao meio ambiente, buscando dar efetividade ao compromisso de defesa e preservação da vida para as presentes e futuras gerações. Desse modo, a pesquisa busca identificar de que forma o princípio da sustentabilidade está inserido como direito fundamental à vida, ao ambiente ecologicamente equilibrado, “impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, como princípio constitucional da sustentabilidade. Para tanto, utilizou-se o método indutivo, operacionalizado pelas Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica. Para alcançar os objetivos propostos, a abordagem do tema se inicia a partir da construção dos conceitos por meio das diversas conferência internacionais, seguindo-se para uma análise da legislação constitucional brasileira, que visa garantir o princípio da sustentabilidade em todas as suas dimensões.

Palavras-chave: Sustentabilidade. Desenvolvimento Sustentável. Constituição. Princípio Constitucional.

SUSTAINABILITY AS A CONSTITUTIONAL PRINCIPLE

Abstract: Sustainability is the watchword, on the national and international scene and occupies a prominent role as the only real, true, effective and global alternative to organize the life of all living beings on the planet and thus overcome the risks of our own extinction. The Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, based on the Stockholm Declaration, brought together various mechanisms to protect the environment, seeking to give effect to the commitment of defense and preservation of life for present and future generations. In this way, the research seeks to identify how the principle of sustainability is inserted as a fundamental right to life, to the ecologically balanced environment, "imposing on the Government and the community the duty to defend and preserve it for the present and future generations "as the constitutional principle of sustainability. For that, the inductive method, operationalized by the Techniques of the Referent, the Category, the Operational Concept and the Bibliographic Research was used. In order to achieve the proposed objectives, the approach to the theme begins with the construction of the concepts through the various international conferences, followed by an analysis of the Brazilian constitutional legislation, which aims to guarantee the principle of sustainability in all its dimensions.

Keywords: Sustainability. Sustainable Development. Constitution. Constitutional Principle.

¹ Mestre em Ciência Jurídica PPCJ – UNIVALI, Juiz de Direito e Professor. E-mail: cfontesfilho@tjsc.jus.br.

² Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, com dupla titulação pela Universidade de Alicante-Espanha; Professora de Direito Penal e Processo Penal pela Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: ester.anjosbc@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O homem por sua natureza, em busca natural de sua subsistência, não se preocupou, por longo tempo na preservação do meio ambiente, mesmo porque sua relação com o meio ambiente se dava de forma harmoniosa, só retirava da natureza o que era necessário para sua sobrevivência.

Com o passar do tempo e com o uso dos recursos naturais, para além de suprir as necessidades básicas do homem, advindo da era industrial e via de consequência um consumo maior, surgiram diversos mecanismos de controle desse uso, em todos os países. No entanto, mesmo assim, o ser humano continuou no processo de degradação do meio ambiente, requerendo de organismos internacionais, estudos aprofundados, que levaram a ONU no século passado, a partir de encontros e documentos emitidos, levantar teorias, alertas e a constatação que os recursos naturais são finitos e o homem corre sério risco de extinção, se não tomar medidas que inibam a degradação do meio ambiente, provocando a escassez de recursos naturais.

Particularmente, no Brasil os reflexos das diversas conferências realizadas pela ONU, sobre meio ambiente, se deram a nível infraconstitucional e notadamente na esfera constitucional, posto que a matéria recebeu atenção específica na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que prescreveu normas avançadas de notável amplitude e de reconhecida atualidade, tanto explicitamente como implicitamente, nunca antes positivada em constituições anteriores.

A preocupação do constituinte originário foi a garantia desse direito difuso e fundamental da pessoa humana para uma vida com dignidade, em equilíbrio com o meio que vive, garantindo inclusive a vida para as gerações futuras, quando destinou um capítulo ao tema, um dos mais avançados e modernos do constitucionalismo mundial.

Com o disposto na constituição brasileira e a necessidade de atender ao princípio da sustentabilidade, construído no decorrer do século passado, surge o questionamento: “A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dispôs sobre o princípio da sustentabilidade?” Nesse norte a pesquisa busca identificar de que forma o princípio da sustentabilidade está inserido como direito fundamental à vida, ao ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, como princípio constitucional da sustentabilidade.

Parte-se da hipótese que a partir das regras constitucionais explícitas de garantia do meio ambiente, para além do que preconiza o art. 225 da Constituição, que consagra expressamente, a defesa do meio ambiente, o princípio da sustentabilidade é um princípio constitucional, pois garante uma sadia qualidade de vida em equilíbrio com a natureza.

O objeto da presente pesquisa é a análise da Sustentabilidade como princípio constitucional e delimitou como Objetivo geral, investigar o princípio da sustentabilidade como princípio constitucional, já como Objetivos específicos busca analisar o instituto do Sustentabilidade e

Desenvolvimento Sustentável e sua construção; compreender as dimensões da Sustentabilidade e ao final verificar se a Constituição, mesmo que implicitamente dispôs sobre o princípio da sustentabilidade como princípio.

Espera-se com o enfrentamento da pesquisa, acrescentar ao leitor algum conhecimento sobre o tema, sem a finalidade de esgotar o assunto, mesmo porque a abordagem se dá de forma reflexiva, utilizando o procedimento histórico e bibliográfico.

2 SUSTENTABILIDADE: EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO

Sustentabilidade por longo tempo, apesar de diversos alertas, não passava de um jargão técnico usado pelas comunidades científicas para evocar a possibilidade de um ecossistema não perder sua resiliência, mesmo estando sujeito a agressão humana recorrente.

A palavra ganhou força quando em 1972 na cidade de Estocolmo, a Organização das Nações Unidas – ONU, realizou a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, com a advertência para o uso sustentável dos recursos naturais, levando à criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (Pnuma).

O conceito passa a partir de então a ser construído, em diversos momentos organizados pela Assembleia Geral da ONU, a exemplo da criada em 1983, Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – CMMAD, quando a expressão “desenvolvimento sustentável” propôs uma agenda global para mudança, trazendo como resultado o documento denominado Relatório Brundtland ou Nosso Futuro Comum, conforme destacam Bursztyn e Bursztyn³:

O relatório propõe uma perspectiva de conciliação entre desenvolvimento e meio ambiente, [...] entendido não como um estado de equilíbrio, mas como um processo de mudança em que o uso de recursos, a direção de investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e as mudanças institucionais concretizam o potencial de atendimento das necessidades humanas do presente e do futuro.

No período que se inicia com a Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – CNUMAD, realizada no Rio de Janeiro, em 1992, a proteção da natureza passa a ser contextualizada sob a ótica da sustentabilidade, colocando a dimensão do meio ambiente na agenda internacional e previa a elaboração de “estratégias e medidas para deter a degradação ambiental, por meio de esforços nacionais e internacionais, e promover o ‘desenvolvimento sustentável’ em escala planetária”⁴. A Rio 92 criou um plano de ação global visando a adoção de medidas que efetivassem as metas estabelecidas. A Agenda 21, deveria ser posta em ação, implementando as propostas lançadas, objetivando a análise de resultados alcançados.

³ BURSZTYN, Maria Augusta; BURSZTYN, Marcel. **Fundamentos de política e gestão ambiental**: caminhos para a sustentabilidade. Rio de Janeiro: Garamond, 2012. p. 102.

⁴ BURSZTYN, Maria Augusta; BURSZTYN, Marcel. **Fundamentos de política e gestão ambiental**: caminhos para a sustentabilidade. Rio de Janeiro: Garamond, 2012. p. 102.

Mais que promover o desenvolvimento sustentável, durante a Rio-92 houve a proposta de uma Carta da Terra, discutida mundialmente por Organizações Não Governamentais e Governos, no entanto, não houve consenso entre os Governos, pois o texto não estava suficientemente maduro e em seu lugar adotou-se a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

A Carta da Terra, então, após a criação de uma comissão para sua elaboração em 1995, resultado do encontro de 60 representantes de diversas áreas e da consulta entre milhares de pessoas de muitos países, culturas, povos, instituições, religiões, universidades, cientistas e sábios, nasce, segundo Boff⁵, com um chamamento acerca dos riscos que pesam sobre a humanidade, o qual transcrevo:

Estamos diante de um momento crítico na história da Terra, numa época em que a humanidade deve escolher o seu futuro. À medida que o mundo torna-se cada vez mais interdependente e frágil, o futuro enfrenta, ao mesmo tempo, grandes perigos e grandes promessas. Para seguir adiante, devemos reconhecer que, no meio da uma magnífica diversidade de culturas e formas de vida, somos uma família humana e uma comunidade terrestre com um destino comum. Devemos somar forças para gerar uma sociedade sustentável global baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura da paz. Para chegar a este propósito, é imperativo que nós, os povos da Terra, declaremos nossa responsabilidade uns para com os outros, com a grande comunidade da vida, e com as futuras gerações.⁶

Os desafios para a sustentabilidade passam a ser discutidos amplamente pela sociedade internacional, preocupada com o futuro da humanidade, posto que a vida em todo planeta precisaria superar os riscos advindos da degradação ambiental, do uso inadequado dos recursos naturais, que possivelmente inviabilizará a vida na Terra.

As Nações Unidas, buscando a integração de todos os povos, para reafirmar os aspectos contemplados em Estocolmo, decidiram realizar uma Conferência que marcasse os dez anos da Rio-92, na África do Sul, denominada Rio + 10.

Bursztyn e Bursztyn⁷ sobre o tema observam que “apesar de enorme adesão, do engajamento da mídia, da proliferação das entidades voltadas às causas debatidas naquele evento e dos compromissos assumidos, o mundo continuava a girar da mesma forma”.

Ferrer⁸ sustenta que o principal objetivo da Conferência era um aprofundamento nos princípios, atitudes e linhas de ação adotados na Rio-92, e sugere que se querem progredir na busca de soluções eficazes, inexoravelmente deverão promover mudanças na organização social do planeta.

Para que Johannesburgo suponga un avance no debería limitarse –aunque no se a poco a reiterar el impulso de Rio. Debería dar algún paso más, intentando atajar o reducir alguna de

⁵ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 14.

⁶ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Carta da Terra**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/carta_terra.pdf> Acesso em 12 set. 2015.

⁷ BURSZTYN, Maria Augusta; BURSZTYN, Marcel. **Fundamentos de política e gestão ambiental**: caminhos para a sustentabilidade. Rio de Janeiro: Garamond, 2012. p. 102.

⁸ FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, Pamplona**, n. 1, p. 73-93, 2002. Disponível em:<http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf> Acesso em 15 set. 2015.

las principales disfunciones del sistema. La línea a seguir debiera tener como principales ejes de referencia el reforzamiento de lo político frente a los poderes económicos y el desplazamiento de las principales decisiones ambientales a instancias supraestatales.

Os principais produtos da Rio+10 são dois textos juridicamente não impositivos: uma “Declaração Política” e um “Plano de “Implementação”. A declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável, traça metas e objetivos, assumindo compromissos para com a humanidade, em 37 alíneas, dispostas em 6 importantes pontos: Das origens ao futuro; De Estocolmo ao Rio de Janeiro a Joanesburgo; Os Desafios que Enfrentamos; Nosso Compromisso com o Desenvolvimento Sustentável; O Multilateralismo é o Futuro; e, Fazendo Acontecer!

Dentre os pontos, assumem o compromisso de construir uma sociedade global humanitária, equitativa e solidária, ciente da necessidade de dignidade humana para todos; reconhecem que a humanidade se encontra numa encruzilhada; e dentre os desafios que enfrentamos, que a erradicação da pobreza, a mudança dos padrões de consumo e produção e a proteção e manejo da base de recursos naturais para o desenvolvimento econômico e social são objetivos fundamentais e requisitos essenciais do desenvolvimento sustentável, mas há um profundo abismo que divide a sociedade humana entre ricos e pobres, junto à crescente distância entre os mundos desenvolvidos e em desenvolvimento, representando uma ameaça importante à prosperidade, à segurança e à estabilidade globais; reconhecem que a rápida integração de mercados, a mobilidade do capital e os significativos aumentos nos fluxos de investimento mundo afora trouxeram novos desafios e oportunidades para a busca do desenvolvimento sustentável, no entanto, os benefícios e custos da globalização são distribuídos desigualmente.

Em “Nosso compromisso com o Desenvolvimento Sustentável”, admitem que a nossa diversidade é rica e se comprometem a assegurá-la, pois é nossa força coletiva, para a mudança e o alcance da sustentabilidade e, reconhecem a importância de ampliar a solidariedade humana, promovendo o diálogo, cooperação e parcerias entre os povos e civilizações do mundo para que todos tenham o acesso a requisitos básicos tais como água potável, saneamento, habitação adequada, energia, assistência médica, segurança alimentar e proteção da biodiversidade, ao mesmo tempo, em que trabalhando e auxiliando uns aos outros para o acesso a recursos financeiros e benefícios da abertura de mercados, assegurando, dessa forma, o acesso à capacitação e ao uso de tecnologia moderna que resulte em desenvolvimento.⁹

O Plano de Ação, do mesmo modo, produzido na Rio+10, é um documento com 153 parágrafos, dispostos em 10 capítulos, que tratam de temas e compromissos como erradicação da pobreza, mudanças dos padrões insustentáveis de produção e consumo, proteção e manejo dos recursos naturais que servem de base ao desenvolvimento econômico e social, dentre outros temas a nível

⁹ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: < <http://www.mma.gov.br/>> Acesso em 15 set. 2015.

global e regional.

Contudo, no entendimento de Boff¹⁰, o encontro em Johannesburgo terminou com “grande frustração, pois se perdeu o sentido de inclusão e de cooperação, predominando decisões unilaterais das nações ricas, apoiadas pelas grandes corporações e os países produtores de petróleo”, posto que apesar de se falar em sustentabilidade, o tema não foi a preocupação central, “a questão da salvaguarda do planeta e da preservação de nossa civilização foi apenas referida marginalmente”.

De outro modo, a sustentabilidade na Rio+10, adquire para Bodnar¹¹ um conceito integral, passando desde então, a expressão ser utilizada dissociada da palavra desenvolvimento. Consolidada teoricamente “passou a ser possível conceber o meio ambiente enquanto um direito humano independente e substantivo, inseparável e indivisível dos demais direitos humanos”.

Essa nova caracterização do meio ambiente, no plano internacional, gera uma relação redimensionada entre os direitos humanos: desenvolvimento e meio ambiente. O meio ambiente passa então a não mais qualificar o desenvolvimento como sustentado, já que ganha a sua própria independência e autonomia na interrelação entre os aspectos ecológicos, sociais e econômicos.¹²

Nessa linha, citando alguns autores que discorrem sobre o tema, Ferrer¹³, Milaré¹⁴ e Freitas¹⁵ a sustentabilidade adquire conceitos multidimensionais, não mais utilizado para expressar tão somente a sustentabilidade ambiental, pois se estende a outras dimensões, que foram inicialmente elaboradas por Sachs¹⁶, a saber: ecológica, econômica, social, espacial ou territorial, cultural e política.

A sustentabilidade social vem na frente, por se destacar como a própria finalidade do desenvolvimento, sem contar com a probabilidade de que um colapso social ocorra antes da catástrofe ambiental; [...] a sustentabilidade cultural; a sustentabilidade do meio ambiente vem em decorrência; [...] distribuição territorial equilibrada de assentamento humanos e atividades; a sustentabilidade econômica aparece como necessidade, mas em hipótese alguma é condição prévia para as anteriores, uma vez que um transtorno econômico traz consigo o transtorno social, que, por seu lado, obstrui a sustentabilidade ambiental; o mesmo pode ser dito quanto à falta de governabilidade política, e por esta razão é soberana a importância da sustentabilidade política na pilotagem do processo de reconciliação do desenvolvimento com a conservação da biodiversidade; [...].

Ferrer¹⁷ acrescenta a dimensão tecnológica, às dimensões da sustentabilidade, conforme se

¹⁰ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é: o que não é**. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 36.

¹¹ BODNAR, Zenildo. **A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição**. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/1885/1262>> Acesso em 15 set. 2015.

¹² BODNAR, Zenildo. **A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição**. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/1885/1262>> Acesso em 15 set. 2015.

¹³ FERRER, Gabriel Real. **Soberania, governança global e ecossistema compartilhado em debate. Entrevista especial com Gabriel Ferrer . Entrevista**. <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/529649-a-discussao-de-e-meu-ou-e-meu-faz-parte-do-passado-entrevista-especial-com-gabriel-ferrer>> Acesso em 15 set. 2015.

¹⁴ MILARÉ, Édis. **Direito ambiental**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 70-71.

¹⁵ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 41.

¹⁶ SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável: ideias sustentáveis**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009. p. 71-72.

¹⁷ FERRER, Gabriel Real. **Soberania, governança global e ecossistema compartilhado em debate. Entrevista especial com Gabriel Ferrer. Entrevista**. <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/529649-a-discussao-de-e-meu-ou-e-meu-faz-parte-do-passado-entrevista-especial-com-gabriel-ferrer>>

extraí da entrevista divulgada pelo Instituto Humanitas Unisinos.

[...] quando se fala em sustentabilidade, em primeiro lugar pensamos na sustentabilidade ambiental, porque precisamos do entorno para sobreviver. Mas quando pensamos em uma sociedade, não se trata somente de pensar em sobreviver, mas em criar uma sociedade global mais justa. Para isso, é preciso pensar nas dimensões ambiental, social, econômica e tecnológica, porque a fome e a injustiça social não são sustentáveis. Ou seja, se você procura uma sociedade que possa se projetar para o futuro, é preciso resolver os problemas da fome e da injustiça social, bem como os demais Objetivos do Milênio¹⁸.

Milare¹⁹ insere as dimensões da sustentabilidade em um conceito, sob a ótica ecológica, referindo-se aos recursos naturais existentes numa sociedade, que “representam a capacidade natural de suporte às ações empreendedoras locais”; e, política, que representa a “capacidade de a sociedade organizar-se”, e oferece uma síntese das dimensões ambiental, social, econômica e política:

[...] existem duas precondições para o desenvolvimento da sustentabilidade: a capacidade natural de suporte (recursos naturais existentes) e a capacidade de sustentação (atividades sociais, políticas e econômicas geradas pela própria sociedade em seu próprio benefício.

Numa perspectiva mais ampla Freitas²⁰ conceitua sustentabilidade como um princípio constitucional e que só pode ser compreendida como processo contínuo, aberto e integrativo, de, pelo menos, cinco dimensões do desenvolvimento, ou seja, estão entrelaçadas nas dimensão social, ética, ambiental, econômica e jurídico-política, e isso porque,

[...] determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambiente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.

De fato, sustentabilidade deve ser vista de forma integradora ou conforme Boff²¹ acentua, num visão holística, se destinando a manter “as condições, informacionais, físico-químicas que sustentam todos os seres, especialmente a Terra viva, a comunidade de vida e a vida humana, visando sua continuidade e ainda atender as necessidades da geração presente e das futuras, de tal forma que o capital natural seja mantido e enriquecido em sua capacidade de regeneração, reprodução e coevolução”.

[parte-do-passado-entrevista-especial-com-gabriel-ferrer](#)> Acesso em 15 set. 2015.

¹⁸ La sostenibilidad se encuentra más bien relacionada con los Objetivos del Milenio, que son la guía de acción de la humanidad. El objetivo de lo ambiental es asegurar las condiciones que hacen posible la vida humana en el planeta. En cambio, los otros dos aspectos de la sostenibilidad, los sociales que tienen que ver con la inclusión, con evitar la marginalidad, con incorporar nuevos modelos de gobernanza, etcétera, y los aspectos económicos, que tienen que ver con el crecimiento y la distribución de la riqueza. Tienen que ver con dignificar la vida. La sostenibilidad nos dice que no basta con asegurar la subsistencia, sino que la condición humana exige asegurar unas las condiciones dignas de vida. FERRER, Gabriel Real. **El derecho ambiental y el derecho de la sostenibilidad**. In: PNUMA. Programa regional de capacitación en derecho y políticas ambientales. 2008. Disponível em: <<http://www.pnuma.org/deramb/documentos>>. Acesso em: 15 Set. 2015.

¹⁹ MILARÉ, Édís. **Direito ambiental**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 70-71.

²⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 17; 41.

²¹ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é: o que não é**. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 107.

Advindo o conceito de sustentabilidade, que se tem hoje, dos diversos encontros realizados pela sociedade internacional, a expressão, levou a um crescimento de consciência ambiental envolvendo as demais dimensões da sustentabilidade, mas que ainda busca a construção de uma sociedade sustentável, amparada em estratégias mundiais, regionais e locais, por meio de um desenvolvimento sustentável, que deve estar em harmonia em todas suas dimensões.

3 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Com a definição de sustentabilidade e após a dissociação de desenvolvimento sustentável, a conceituação e discussão deste, do mesmo modo daquele, ocupa lugar importante no estudo. Mesmo porque o conceito de desenvolvimento sustentável surgiu em 1950, na União Internacional para Conservação da Natureza (IUCN), “quando ofertou ao mundo um trabalho que pela primeira vez utilizou a expressão ‘desenvolvimento sustentável’”²².

Posteriormente, foi proposto durante a Primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento²³, em Estocolmo, na Suécia, em 1972, trazendo em diversos princípios a questão do meio ambiente ligada ao desenvolvimento. Enfatiza no primeiro princípio, que “o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras”, e no princípio oitavo, adverte que o “desenvolvimento econômico e social é indispensável para assegurar ao homem um ambiente de vida e trabalho favorável e para criar na terra as condições necessárias de melhoria da qualidade de vida”.

A Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, criada pelas Nações Unidas em 1983, buscou discutir meios de harmonizar dois objetivos: o desenvolvimento econômico e a conservação ambiental, que envolvem todas dimensões da sustentabilidade, introduzindo oficialmente na agenda internacional a noção de desenvolvimento sustentável. O Relatório Brundtland também denominado ‘Our Common Future’ – Nosso Futuro Comum – define desenvolvimento sustentável como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades”²⁴ e propõe uma série de medidas a serem tomadas pelo países, dentre algumas mencionadas por Bursztyn e Bursztyn²⁵:

[...] a limitação do crescimento populacional; a garantia de recursos básicos no longo prazo; preservação da biodiversidade e dos ecossistemas; diminuição do consumo de energia e desenvolvimento de tecnologias que admitem o usos de fontes energéticas renováveis;

²² AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

²³ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano**, Estocolmo, 5-16 de junho de 1972 <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc> Acesso em 16 set. 2015.

²⁴ ONU. Comissão Mundial sobre meio ambiente e Desenvolvimento. **Nosso Futuro Comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991. p. 46.

²⁵ BURSZTYN, Maria Augusta; BURSZTYN, Marcel. **Fundamentos de política e gestão ambiental**: caminhos para a sustentabilidade. Rio de Janeiro: Garamond, 2012. p. 93.

aumento da produção industrial no países não industrializados com base nas tecnologias ecologicamente adaptadas; controle de urbanização desodernada e integração entre campo e cidades menores; e atendimento às necessidades básicas (saúde, escola e moradia).

Com a semente mundial plantada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento e na Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Brasil a matéria recebe atenção específica e ganha previsão avançada no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, consagrando expressamente no *caput* do art. 225, que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Deixa claro a constituição a responsabilidade da sociedade na manutenção do ambiente saudável, como fator integrante do processo de desenvolvimento sustentável, conforme salienta Milaré²⁶:

Incumbe, pois à sociedade construir, mais do que o seu mundo atual, o mundo do amanhã. Por isso, quando se estabelece o princípio de que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, esse equilíbrio ecológico traz no bojo as condições indispensáveis ao planeta Terra e as condições favoráveis para as gerações futuras.

O relacionamento das gerações com o meio ambiente não poderá ser elevado a efeito de forma separada, como se presença humana no planeta não fosse uma cadeia de elos sucessivos, sustenta Machado²⁷, “a continuidade da vida no planeta pede que esta solidariedade não fique represada na mesma geração, mas ultrapasse a própria geração, levando em conta as gerações que vêm após”; e, afirma “há um novo tipo de responsabilidade jurídica: a equidade intergeracional”.

Tratar de desenvolvimento sustentável significa lidar com a gestão dos recursos naturais. Isso significa tomar decisões sobre o uso e não uso, sobre valores de uso e valores de existência, sobre consumir no presente ou legar para futuras gerações. Significa, lidar com recursos renováveis, não renováveis e recicláveis e administrar estoques e fluxos.

Para Bursztyn e Bursztyn²⁸ o conceito de Desenvolvimento Sustentável “ainda está à merce de ambiguidades e incertezas”, contudo, é “um vetor importante para se entender e enfrentar problemas atuais da humanidade”.

Como “um desafio planetário” no entendimento de Milaré²⁹ está a dificuldade de internalização pela pessoas do real significado do desenvolvimento sustentável, apesar do tema estar presente exaustivamente nas agendas e nos debates da atualidade.

A falta de clareza sobre esta questão obscurece e dificulta a disputa, quanto a concepções e

²⁶ MILARÉ, Édis. **Direito ambiental**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 65.

²⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 75.

²⁸ BURSZTYN, Maria Augusta; BURSZTYN, Marcel. **Fundamentos de política e gestão ambiental**: caminhos para a sustentabilidade. Rio de Janeiro: Garamond, 2012. p. 93.

²⁹ MILARÉ, Édis. **Direito ambiental**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 150.

atitudes entre as diferentes forças da sociedade, por sua vez plasmadas em estratégias também diferenciadas quanto a projetos de desenvolvimento e suas respectivas dimensões políticas, sociais, econômicas, científicas, tecnológicas, jurídicas, culturais, educacionais e ambientais.

O desenvolvimento sustentável deve estar na pauta da sustentabilidade como princípio garantidor da vida no planeta, porquanto, para ser alcançado, depende de planejamento e do reconhecimento de que os recursos naturais são finitos e não pode ser confundido com crescimento econômico, ante o esgotamento de energia e recursos naturais, derivado do consumo.

O desenvolvimento sustentável sugere, desse modo, uma transformação da vida, elegendo com consciência o que realmente é necessário para nossa existência, racionalizando com inteligência a exploração dos recursos de modo a afrontar o tipo de crescimento econômico contemporâneo.

4 SUSTENTABILIDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Levantados alguns aspectos específicos sobre sustentabilidade e desenvolvimento sustentável, verificamos que seus conceitos aparecem como valor supremo, principalmente em relação ao ambiente que projetamos, para um futuro com vida no planeta Terra.

Fato é que o nosso planeta está em colapso, e com o rápido crescimento da civilização humana, tanto em pessoas, capacidade tecnológica e extensão da economia global, todos dependentes dos recursos naturais disponíveis do planeta, a conscientização de salvaguardar o patrimônio comum da humanidade, necessita chegar a um consenso.

Espantosamente, a palavra “crescimento”, ainda “constitui o objetivo mais importante e valorizado em quase todas as políticas econômicas nacionais e globais e nos planos de negócios de quase todas as empresas”, defende Al Gore³⁰:

A forma mais imediata de medir o crescimento econômico (o PIB – Produto Interno Bruto) baseia-se em cálculos absurdos, que excluem qualquer consideração acerca da distribuição de renda, do esgotamento acelerado dos recursos essenciais e do imprudente lançamento de volumes crescentes de resíduos nocivos em oceanos, rios, solos, atmosfera e biosfera.

A humanidade ainda não reconhece que já atingiu os limites do planeta, tampouco os riscos que pairam sobre as presentes e futuras gerações e continuarmos a valorizar e criar demandas de todos os tipos.

De longa data, os aspectos ambientais foram desatendidos nos processos de decisões, dando-se um peso muito maior aos aspectos econômicos. A harmonização dos interesses em jogo não pode ser feita ao preço da desvalorização do meio ambiente ou da desconsideração de fatores que possibilitam o equilíbrio ambiental.³¹

³⁰ GORE, Al. **O futuro: seis desafios para mudar o mundo**. Tradução Rosemari Ziegelmaier. São Paulo: HSM Editora, 2013. p. 148.

³¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 74.

Machado³² citando Herman Daly diz que “a mudança de visão envolve a substituição da norma econômica de expansão quantitativa (crescimento) por aquela da melhoria qualitativa (desenvolvimento) como caminho para o um futuro progresso”.

É preciso mudar os rumos na economia, seguir as diretrizes deixadas nos documentos realizados pela ONU, firmados pelos Estados que todos, tanto indivíduos como Estados, “devem como requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável cooperar na tarefa essencial de erradicar a pobreza, de forma a reduzir as disparidades nos padrões de vida e melhor atender as necessidades da maioria da população do mundo”³³, ao mesmo tempo que devem “cooperar, em espírito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e integridade dos ecossistemas terrestres”³⁴, para que a humanidade tenha um meio ambiente equilibrado e uma vida com dignidade.

O Brasil, por ser detentor da maior diversidade biológica do planeta, possui grande responsabilidade na distribuição e uso sustentável desses recursos naturais, dos quais inclui a Mata Atlântica e a Amazônia, considerada como uma das maiores florestas tropicais do mundo e o maior manancial hídrico da Terra.

Levando em conta as necessidades e os interesses das presentes e futuras gerações, sustentabilidade no sistema brasileiro, pode ser considerado, como valor de estatura constitucional de fácil justificação, como pode-se constatar desde o preâmbulo da Constituição, quando aparece a palavra desenvolvimento.

Desenvolvimento aparece como um dos valores supremos, conforme afirma Freitas³⁵, não numa “visão antropocêntrica soberba e degradante da natureza, nem o da insensibilidade característica das relações parasitárias e predatórias. É o desenvolvimento sustentável ou, como se prefere a sustentabilidade que surge como um dos valores supremos” e sustenta:

[...] a carga axiológica impregna o desenvolvimento, desde o início. Do art. 3º, II, da CF, emerge o desenvolvimento, moldado pela sustentabilidade (não o contrário), como um dos objetivos fundamentais da República, incompatível com qualquer modelo inconsequente de progresso material ilimitado que, às vezes, por sua disparatada injustiça ambiental e social, ostenta tudo, menos densidade ética mínima.

No mesmo norte, segue a Constituição no inciso III, do art. 3º, que tem por objetivo fundamental também, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir desigualdades sociais e regionais”, objetivos que estão intimamente ligados à sustentabilidade social, econômica e ambiental, pois com isso, cabe ao Poder Público, criar políticas públicas, visando aumentar a capacidade de consumo da parte mais pobre da população, que necessitam de alimento e dignidade de vida, em troca da redução do consumo exacerbado da população mais rica.

³² MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 74.

³³ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 35.

³⁴ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 35.

³⁵ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 111.

O ponto é que, quando a Constituição fala em desenvolvimento como valor supremo e como objetivo fundamental, quer necessariamente adjetiva-lo como sustentável, interporal e durável. Melhor que isso: pretende que a sustentabilidade fixe os pressupostos em todas suas dimensões em sintonia com o “desenvolvimento constitucionalmente aceitável”.³⁶

Ademais, o conceito de desenvolvimento incorpora o sentido de sustentabilidade na Constituição em diversos outros momentos, levantados por Freitas³⁷, dispostos no decorrer do texto, a saber:

[...] art. 174, parágrafo primeiro (planejamento do desenvolvimento equilibrado), o art. 192 (o sistema financeiro tem de promover o desenvolvimento que serve aos interesses da coletividade), o art. 205 (vinculado ao pleno desenvolvimento da pessoa), o art. 218 (desenvolvimento científico e tecnológico, com o dever implícito de observar os ecológicos limites) e o art. 219 (segundo o qual será incentivado o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem estar e a autonomia tecnológica).

Nessa perspectiva o desenvolvimento sustentável está aliado à economia, num sentido amplo da sustentabilidade, nas dimensões social, econômica, política, jurídica e tecnológica, em consonância com o art. 170, VI, da Constituição, que consagra expressamente a defesa do meio ambiente, como princípio regente da atividade econômica, “inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”³⁸.

Mas é no art. 225, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que se encontra o núcleo principal do princípio da sustentabilidade, se entrelaçado com os arts. 3º, 170, VI, pois vincula o desenvolvimento sustentável como forma a dar a todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado, imprescindível à sadia qualidade de vida, mas com o dever de todos na defesa e preservação para as presentes e futuras gerações.

4.1 DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

Desde a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, quando da Declaração de Estocolmo de 1972, que expressava no princípio 1 que,

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas **em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar**, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

Há um consenso que, o dispositivo, se trata de um verdadeiro direito fundamental, e como tal, indisponível, apesar de não estar disposto no capítulo dos Direitos Individuais, artigo 5º, da

³⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 111.

³⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 111.

³⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 19 set. 2015.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e isso porque se o homem estiver em um ambiente saudável, certamente terá uma melhor qualidade de vida, requisito básico e indispensável para a existência digna do ser humano.

Contudo, a Constituição define meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos e segundo Canotilho e Leite³⁹ é direito de terceira geração, alicerçado na fraternidade ou na solidariedade, categoricamente,

Tem-se direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses dos indivíduos, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existência concreta. [...] É direito de exercício coletivo [...], mas também individual, não se perdendo a característica unitária do bem jurídico ambiental – cuja titularidade reside na comunidade – ao reconhecer-se um direito subjetivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Do ponto de vista ecológico, o direito ao meio ambiente equilibrado, consubstancia-se para Machado⁴⁰, na conservação das propriedades e das funções naturais desse meio, de forma a permitir a existência, a evolução e o desenvolvimento dos seres vivos, equivale a afirmar que há um direito a que não se desequilibre significativamente o meio ambiente.

[...] é um direito de toda a humanidade e sua preservação, recuperação e qualquer outra atuação deve levar em conta a análise de três aspectos que são fundamentais e que fazem parte do meio ambiente em que vivemos, quais sejam: o meio ambiente artificial, que é o espaço urbano; o meio ambiente cultural, que é o patrimônio histórico, arqueológico e paisagístico; e o meio ambiente natural, que se refere a água, o solo, flora e fauna. O desrespeito a esses aspectos leva a degradação do meio ambiente e a consequências graves para a vida no planeta.⁴¹

Para manter esse equilíbrio ecológico do meio ambiente, que frise-se - não é daqueles reservados especificamente aos brasileiros - parte-se do pressuposto que todos os organismos vivos do planeta estão de certo modo interligados no meio ambiente natural, assegurando que “tal estado dinâmico de equilíbrio, em que se processam os fenômenos naturais, seja conservado, deixando que a natureza siga seu próprio curso”⁴².

[...] cada vez mais os cientistas se dão conta de que os sistemas naturais não são tão previsíveis como dão a entender as expressões populares, do tipo “equilíbrio ecológico” ou “equilíbrio da natureza”. Na verdade, o equilíbrio ecológico, no sentido utilizado pela Constituição, antes de ser estático, é um sistema dinâmico. Não é objetivo do Direito Ambiental fossilizar o meio ambiente e estancar suas permanentes e comuns transformações, que vêm ocorrendo há milhões de anos.⁴³

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 129.

⁴⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 68.

⁴¹ SANT’ANNA, Regina Yaye Toyama. Meio ambiente ecologicamente equilibrado. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1729/1647>>

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 129.

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São

Nesse passo, para que o homem desfrute de um meio ambiente equilibrado, como um direito fundamental, sua intervenção no meio ambiente, deve se dar de forma que não desequilibre o ambiente, respeitando as espécies com as quais dividimos o planeta.

4.2 DIREITO À SÁDIA QUALIDADE DE VIDA

Conforme mencionado no item anterior, a Conferência das nações Unidas sobre Meio Ambiente, na Declaração de Estocolmo de 1972, expressou no princípio 1 que, “O homem tem o direito fundamental [...] ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna”; do mesmo modo a declaração do Rio de Janeiro em 1992, afirmou que os seres humanos “tem direito a uma vida saudável”, além do art. 225, da Constituição que insere o “direito à sadia qualidade de vida”.

“A crescente preocupação com questões relacionadas à qualidade de vida vem de um movimento dentro das ciências humanas e biológicas no sentido de valorizar parâmetros mais amplos que o controle de sintomas, a diminuição da mortalidade ou o aumento da expectativa de vida”⁴⁴, o direito à sadia qualidade de vida, envolve o meio onde está inserido o homem, dando a essa qualidade, conotação de condição de vida que o planeta proporciona ao homem e a todos os seres vivos.

Destarte, apesar das recomendações, não basta viver ou conservar a vida, é preciso viver com qualidade. A Organização das Nações Unidas, conforme conta Machado⁴⁵, faz uma classificação dos países em que a qualidade de vida é medida, pelo menos em três fatores: saúde, educação e produto interno bruto, levando a crer que “a qualidade de vida é um elemento finalista do Poder Público, onde se unem a felicidade do indivíduo e o bem comum, com o fim de superar a estreita visão quantitativa”.

Em uma tentativa de análise da qualidade de vida de forma mais ampla, saindo principalmente do reducionismo biomédico, Pereira, Teixeira e Santos⁴⁶ citando Minayo, Hartze e Buss, abordam qualidade de vida como uma representação social criada a partir de parâmetros subjetivos (bem-estar, felicidade, amor, prazer, realização pessoal) e também objetivos, cujas referências são a satisfação das necessidades básicas e das necessidades criadas pelo grau de desenvolvimento econômico e social de determinada sociedade.

Na Constituição a lógica do sistema jurídico tem por alicerce a finitude dos recursos naturais e por esse motivo a expressão parece indicar preocupação com a manutenção das condições normais (=sádias) do meio ambiente, condições que propiciem o desenvolvimento pleno de todas formas de

Paulo: Saraiva, 2012. p. 107.

⁴⁴ PEREIRA, Érico Felden; TEIXEIRA, Clarissa Stefani, SANTOS, Anderlei dos. Qualidade de vida: abordagens, conceitos e avaliação. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rbefe/article/view/45895/49498>> Acesso em 19 set. 2015.

⁴⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 69.

⁴⁶ PEREIRA, Érico Felden; TEIXEIRA, Clarissa Stefani, SANTOS, Anderlei dos. **Qualidade de vida**: abordagens, conceitos e avaliação. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rbefe/article/view/45895/49498>> Acesso em 19 set. 2015.

vida, nesse sentido Canotilho e Leite⁴⁷,

[...] o termo é empregado pela Constituição não no seu sentido estritamente antropocêntrico (a qualidade de vida humana), mas com um alcance mais ambicioso, ao se propor – pela ausência da qualificação humana expressa – a preservar a existência e o pleno funcionamento de todas as condições e relações que geram e asseguram a vida, em suas múltiplas dimensões.

Não poderia e não seria razoável que a Constituição excluísse os animais e os demais seres vivos do direito ambiental, enquanto destinatários, porquanto, a vida de outros seres não estão dissociadas da vida humana, tampouco o inverso. Para sua permanência na Terra com dignidade, deve o homem respeitar os ecossistemas, como parte integrante dele.

Além do mais, segundo Milaré⁴⁸, o meio ambiente é reputado bem essencial à sadia qualidade de vida, no sentido de que sem respeito a ele, não se pode falar em qualidade de vida, tendo em conta que:

O objetivo do desenvolvimento sustentável é melhorar a qualidade de vida humana, permitindo que as pessoas realizem o seu potencial e viva com dignidade, com acesso à educação e liberdade política, com garantia de direitos humanos e ausência de violência. O desenvolvimento só é real se o padrão de vida melhorar em todos os aspectos. [...] Além disso, convém lembrar que qualidade de vida não significa ‘status’ nem padrões socioeconômicos privilegiados.

Certo é que o homem para ter uma sadia qualidade de vida precisa compreender os valores éticos que deverão definir as orientações e os instrumentos com os quais poderá utilizar melhor os recursos da natureza, bem como a questão ambiental, na dimensão ambiental da sustentabilidade, como princípio norteador de sua existência.

4.3 DEFESA DO MEIO AMBIENTE DAS PRESENTES PARA AS FUTURAS GERAÇÕES

Ao final do caput do art. 225, encerra a Constituição, “impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, tendo certo que essa defesa deve inclusive, receber tratamento “diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”, nos termos do art. 170, VI da Constituição.

A defesa do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, afirma a sustentabilidade como valor e princípio constitucional, pois orienta no sentido de preservação e precaução, considerando o meio ambiente um bem que deve ser assegurado e protegido para o uso de todos.

Cabe ao Estado o dever de promover a proteção e preservação do meio ambiente, fazendo uso de atos administrativos, principalmente do poder de política ambiental, mas impõe também à sociedade brasileira o dever de defender e preservar o meio ambiente. “O dever será exercido pela

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 134.

⁴⁸ MILARÉ, Édis. **Direito ambiental**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 75.

sociedade pela sua participação, na criação do direito ambiental; da participação na formulação e na execução das políticas ambientais; e da promoção do controle do Judiciário”⁴⁹.

Fiorillo⁵⁰ observa que o preceito constitucional firma a obrigação do Estado na defesa e preservação do meio ambiente por meio de órgãos públicos, independentemente de sua função: se Executivo, se Legislativo ou se Judiciário. Não se pode esquecer dos órgãos públicos ligados ao Estado, com funções essenciais à justiça, como é o caso do Ministério Público, defensoria Pública e a Advocacia Geral da União.

O princípio da precaução exige uma proteção antecipatória do ambiente, ou seja, requer que os perigos comprovados sejam eliminados. Desse modo, as ações aos “possíveis impactos danosos no ambiente seja tomadas antes de um nexo causal ter sido estabelecido com evidência científica absoluta”⁵¹, pois as agressões ao meio ambiente, quando consumadas, demonstram-se normalmente dificultosas e de impossível reparação, “por mais que se tente restabelecer o *status quo ante*, este não o será em sua origem, o que acarretará, em verdade, uma amenização das consequências”⁵².

Derani⁵³ nesse sentido, adverte que este princípio é tradução da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente, seja pelo asseguramento da integridade da vida humana e a “partir dessa premissa, deve-se também considerar não só risco iminente de determinada atividade, como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar toda densidade”.

A partir da constatação que os recursos naturais não são inesgotáveis, torna-se inadmissível que as atividades econômicas desenvolvam-se alheias ao princípio da sustentabilidade, sustenta Fiorillo⁵⁴:

O desenvolvimento baseado na conservação deve incluir providências no sentido de proteger a estrutura, as funções e a diversidade dos sistemas naturais do Planeta, em relação aos quais nos encontramos em absoluta dependência. Para tanto precisamos: conservar sistemas de sustentação da vida, conservar a biodiversidade e assegurar o uso sustentável dos recursos renováveis [...] permanecer nos limites da capacidade de suporte do Planeta Terra.

Quanto ao tratamento diferenciado disposto na Constituição, para Bulos⁵⁵ deve ser considerado em termos amplos, pois não se dirige apenas a tributação das pessoas que exercem atividades nocivas ao meio ambiente, vai além,

⁴⁹ KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado. (org.) **Desafios do direito ambiental no século XXI**: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme machado. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 351.

⁵⁰ FIORILLO, CELSO Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 43.

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 43.

⁵² KRELL, Andréas J.; MAIA, Alexandre da. **A aplicação do direito ambiental no estado federativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 11.

⁵³ DERANI, Cristane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 152.

⁵⁴ FIORILLO, CELSO Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 45.

⁵⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1239.

A defesa do meio ambiente corrobora um limite ao exercício da livre iniciativa e da livre concorrência. Por isso, veio inscrita como um dos princípios constitucionais regentes da ordem econômica. É facultado ao Poder Público interferir, de modo drástico, nos atos atentatórios à ecologia, mesmo porque a Constituição proíbe atividades agressoras do ecossistema.

A livre iniciativa que fundamenta a Ordem Econômica não é absoluta, tem limites na observância do meio ambiente, mesmo porque o meio ambiente não pode ser comprometido por interesses empresariais, nem econômicos, de sorte que o Poder Público deve verificar a viabilidade ambiental da atividade a ser desenvolvida, balizando os proveitos e os eventuais danos ambientais decorrentes.

Preservar o planeta para as presentes e futuras gerações implica necessariamente na modificação de atitudes e práticas, tanto do Estado como da coletividade, que “se destinam a manter a vitalidade e a integridade da Terra, a preservação de seus ecossistemas com todos os elementos físicos, químicos e ecológicos que possibilitam a existência e a reprodução da vida”⁵⁶.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa se propôs a investigar se o princípio da sustentabilidade está de algum modo expresso na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, explícita ou implicitamente.

Conforme se verificou os desafios para a sustentabilidade passam a ser discutidos amplamente pela sociedade internacional, preocupada com o futuro da humanidade, posto que a vida em todo planeta precisaria superar os riscos advindos da degradação ambiental, do uso inadequado dos recursos naturais, que possivelmente inviabilizará a vida na Terra.

A disciplina constitucional do meio ambiente, passou a ser um direito fundamental da pessoa humana, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas para garantia desse primado, o desenvolvimento sustentável adquire em seu texto, um caráter sustentável visando o crescimento econômico e social, influenciada pelos documentos das Nações Unidas, a exemplo da Conferência realizada em Estocolmo no ano de 1972, que firmou vinte e seis princípios, gerando reflexos nas estruturas de governos de todo mundo.

O seu texto encerra grandes avanços em termos de legislação ambiental, que consagra o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado a todos os cidadãos brasileiros, sem distinções, pois o considera um bem de uso comum do povo, além de discutir amplamente a questão ambiental, trazendo mecanismos de defesa e proteção ao meio ambiente, visando a vida com dignidade em ambiente equilibrado, para as presentes e futuras gerações.

O desenvolvimento sustentável como valor constitucional supremo, aliado à sustentabilidade em todas suas dimensões, deixa claro se tratar, inegavelmente de princípio constitucional, que na

⁵⁶ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 36.

concepção de Freitas avulta o critério da sustentabilidade. “Desdobrado em princípio intenta o desenvolvimento continuado e durável, socialmente redutor de iniquidades, voltado para as presentes e futuras gerações, sem endossar o crescimento econômico irracional aético, cruel e mefistofélico”.

A Sustentabilidade como princípio constitucional no texto de 1988, impõe ao Estado e à sociedade, para que haja um desenvolvimento que respeite esse princípio, obrigações de cunho moral, ético, solidário, fraterno e consciente, de modo a assegurar a todos os cidadãos, não só brasileiros, mas de todo o planeta, ligados num só ecossistema chamado planeta Terra, a vida em toda sua plenitude.

Com o encerramento da reflexão acerca do tema, em síntese, a constituição apresenta propostas garantidoras do princípio da sustentabilidade em vários dispositivos, podendo afirmar que o princípio da sustentabilidade é um dos fundamentos da República, exigindo um pensamento prospectivo de logo prazo, mas requerendo do Estado e da sociedade decisões imediatas nas esferas públicas, individuais e coletivas.

6 REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BODNAR, Zenildo. **A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição**. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/1885/1262>> Acesso em 15 set. 2015.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é: o que não é**. Petrópolis: Vozes, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 19 set. 2015.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Carta da Terra**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/carta_terra.pdf> Acesso em 12 set. 2015.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano, Estocolmo**, 5-16 de junho de 1972 <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc> Acesso em 16 set. 2015.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/>> Acesso em 15 set. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BURSZTYN, Maria Augusta; BURSZTYN, Marcel. **Fundamentos de política e gestão ambiental: caminhos para a sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

-
- DERANI, Cristane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**, Pamplona, n. 1, p. 73-93, 2002. Disponível em: <http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf> Acesso em 15 set. 2015.
- FERRER, Gabriel Real. Soberania, governança global e ecossistema compartilhado em debate. **Entrevista especial com Gabriel Ferrer**. Entrevista. <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/529649-a-discussao-de-e-meu-ou-e-meu-faz-parte-do-passado-entrevista-especial-com-gabriel-ferrer>> Acesso em 15 set. 2015.
- FERRER, Gabriel Real. El derecho ambiental y el derecho de la sostenibilidad. In: PNUMA. **Programa regional de capacitacion em derecho y políticas ambientales**. 2008. Disponível em: <<http://www.pnuma.org/deramb/documentos>>. Acesso em: 15 Set. 2015.
- FIORILLO, CELSO Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GORE, Al. **O futuro: seis desafios para mudar o mundo**. Tradução Rosemari Ziegelmaier. São Paulo: HSM Editora, 2013.
- KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado. (org.) **Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme machado**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- KRELL, Andrés J.; MAIA, Alexandre da. **A aplicação do direito ambiental no estado federativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MILARÉ, Édís. **Direito ambiental**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ONU. Comissão Mundial sobre meio ambiente e Desenvolvimento. **Nosso Futuro Comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.
- PEREIRA, Érico Felden; TEIXEIRA, Clarissa Stefani, SANTOS, Anderlei dos. **Qualidade de vida: abordagens, conceitos e avaliação**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rbefe/article/view/45895/49498>> Acesso em 19 set. 2015.
- SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável: ideias sustentáveis**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.
- SANT'ANNA, Regina Yaye Toyama. **Meio ambiente ecologicamente equilibrado**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1729/1647>> Acesso em 15 set. 2015.
-

O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO PELO VEREADOR COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO ERÁRIO

Marjo Jucimara Andreato¹
Giovana Mara Reiter²
Gianne Giselle Reiter³

Recebido em: 22 nov. 2017
Aceito em: 27 fev. 2018

Resumo: Este trabalho tem por objeto o estudo do exercício do controle externo do Poder Executivo pelo vereador, com ênfase na caracterização da importância da função para a proteção do erário. Neste contexto, procurou-se demonstrar que o controle externo do Poder Executivo é função-dever essencial e inerente à vereança, sendo imprescindível a dedicação do vereador para o seu pleno exercício.

Palavras-chave: Vereador. Fiscalização. Erário.

EXERCISE OF EXTERNAL CONTROL BY THE SEEKER AS AN INSTRUMENT OF PROTECTION OF THE STATE MONEY

Abstract: The objective of this work is the study of the external control of the executive power by the councilor, with emphasis on the characterization of the importance of the function for and the protection of the treasury. In this context, it was tried to demonstrate that the external control of the Executive Power is an essential duty and inherent to the councilor activity, being indispensable the councilman's dedication for its full exercise.

Keywords: Councilman. Inspection. Treasury.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objeto o estudo do exercício do controle externo do Poder Executivo pelo vereador, com ênfase na importância da função para fins de proteção ao erário e cumprimento dos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

O controle externo é tema atual que cada vez mais demonstra sua importância na sociedade, devido sua busca incessável pela proteção ao erário. O controle externo pelo Poder Legislativo, em

¹ Procuradora do Município de Blumenau efetiva. Advogada. Sócia do Fiuza Vecchietti & Andreato Advogados Associados SS. MBA em Gestão Tributária Municipal pela FAE. MBA em Gestão Pública pela FURB. Especialista em Direito Civil pela FURB. Formada pela Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC). Professora da Graduação em Direito (UNIASSELVI/FAMEBLU). Professora da Pós-Graduação em Direito (UNIASSELVI e UNIVALI).

² Auditora Fiscal Tributária no Município de Blumenau efetiva. Bacharel em Direito (FURB), Especialista em Direito Administrativo (FURB), especialista em Controle da Gestão Pública Municipal (UFSC), Mestre em Ciência Jurídica (UNIVALI), Pós-Graduada em MBA em Gestão Tributária Municipal (FAE), Professora da Graduação em Direito (UNIASSELVI/FAMEBLU).

³ Agente Administrativo do Município de Blumenau efetiva. Advogada – OAB/SC 42.386. Bacharel em Direito (FAMEBLU) e Fisioterapia (FURB), Especialista em Saúde da Família (ICPG), Pós-Graduada em MBA em Gestão Tributária Municipal (FAE), Pós-Graduada em Ensino Superior (EAD UNIASSELVI), Professora da Graduação em Direito (UNIASSELVI/FAMEBLU).

especial pelo vereador, demonstra importante instrumento para o alcance de tal objetivo.

Neste contexto, expor-se-á neste trabalho o controle externo da administração pública, iniciando-se com o exercício do controle pelo cidadão-contribuinte e a definição de controle interno no Poder Executivo.

Ainda, abordar-se-á o controle pelo Tribunal de Contas e finalmente, o controle pelo Poder Legislativo Municipal.

Para fins de compreender tal função, examinar-se-á as formas de exercício do controle externo pelo Poder Legislativo Municipal.

Por todo o exposto, pretende-se demonstrar como o pleno exercício do controle externo pelo vereador possibilitará a redução das malversações do erário.

Para a execução deste trabalho, foi utilizado o método indutivo e a técnica da pesquisa bibliográfica, com o estudo da doutrina disponível sobre o assunto, incluída uma reflexão pessoal sobre o tema.

2 O CONTROLE EXTERNO DA ADMISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL

Inicialmente, antes de adentrar no estudo do controle externo, mister conceituar Estado, o que será feito brevemente a seguir.

Estado: “Do latim *statu*, do verbo *stare*, estar de pé, manter-se. O vocábulo apresenta o radical *st*, de origem indo-européia, que significa permanência, duração.”⁴

A palavra Estado, com E maiúsculo, passou a denominar a sociedade em si a partir de Maquiavel (1469-1527), em sua obra “O Príncipe”. William Shakespeare (1564-1616), também utilizou a palavra Estado, no sentido de sociedade política, em sua obra “Hamlet”⁵.

Com efeito, não estaríamos longe da verdade se conceituássemos o Estado como a sociedade natural dotada de soberania e voltada para o bem comum, ou, ainda, pessoa jurídica de direito público externo, interdependente no plano internacional, quanto às suas congêneres. Para alguns clássicos, como Aristóteles e Santo Tomás de Aquino, o Estado seria uma sociedade natural, decorrente da própria tendência ao gregarismo do homem, tido por Aristóteles como um ser social (*zoon politikon*); para outros, como Thomas Hobbes e Jean Jacques Rousseau, seria o resultado de uma convenção, de um pacto social, firmado pelos homens para reprimir a guerra de todos contra todos, passando, a sociedade, de um estágio de liberdade absoluta, ilimitada, para outro, racional, de liberdade limitada pela lei, sob a égide do Estado.⁶

Admite-se, neste trabalho, Estado como a “[...] comunidade de homens, fixada sobre um território, com potestade superior de ação, de mando e de coerção[...]”⁷; a sociedade política.

⁴ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico brasileiro acquaviva**. p. 583.

⁵ Conforme ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico brasileiro acquaviva**. p. 584.

⁶ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico brasileiro acquaviva**. p. 584.

⁷ DJI. Conceito de Estado. **DJI - Índice Fundamental de Direito**. Disponível em:

A estrutura do Estado Brasil é uma Federação e sua forma de governo é a República.

O Brasil possui em seu território diferentes entidades políticas – União, Estado, Distrito Federal e Municípios - convivendo, de forma autônoma, no mesmo território:

Não existe subordinação entre os diversos entes federados no Brasil. A relação entre eles é caracterizada pela coordenação, tendo, cada um, autonomia política, financeira e administrativa. Em decorrência dessa forma de organização, verificamos a existência de Administrações autônomas em cada uma das esferas da Federação. Temos, portanto, uma Administração Pública federal, uma Administração Pública distrital, Administrações estaduais e Administrações municipais.⁸

Para fins do intento deste trabalho, necessário destacar que o Município é uma pessoa jurídica de direito público interno (Código Civil, art. 14, III⁹), sendo uma entidade estatal e integrante do sistema federativo brasileiro.

“Sob o aspecto *político*, o Município Brasileiro é entidade estatal de terceiro grau na ordem federativa, com atribuições próprias e governo autônomo, ligado ao Estado-membro por laços constitucionais indestrutíveis (CF, arts. 18, 29 e 34, VII, “c”).”¹⁰

O Poder Legislativo Municipal é desempenhado pela Câmara Municipal, tem suas funções estabelecidas na Lei Orgânica. Estas funções deverão ser simétricas àquelas definidas na Constituição da República ao Poder Legislativo da União.

Assim, as funções essenciais da Câmara Municipal podem ser agrupadas em cinco:

- I – atribuições legislativas;
- II – atribuições de controle externo;
- III – atribuições de julgamento;
- IV – atribuições de assessoramento;
- VI – atribuições administrativas próprias.¹¹

Sua *atribuição legislativa* consiste na elaboração de emendas à Lei Orgânica, leis complementares, leis ordinárias, decretos legislativos e resoluções sobre as matérias de competência municipal, já abordadas anteriormente. Ainda, é de competência exclusiva da Câmara votar seu Regimento Interno.

A *atribuição de julgamento* contém a competência para o julgamento do Prefeito Municipal e dos Vereadores pelas infrações político-administrativas e o julgamento das contas do Município apresentadas pelo Prefeito.¹²

A *função de assessoramento* da Câmara Municipal ocorre através de proposta de indicação ao

<<http://www.dji.com.br/administrativo/estado.htm>> Acesso em: 18 nov. 2006.

⁸ ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo**. 5.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 10.

⁹ BRASIL. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 ou.2017.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 15.ed. São Paulo: 2006, p. 126.

¹¹ BRAZ, Petrônio. **Tratado de direito municipal**. 2.ed. 4.v. São Paulo: Mundo Jurídico, 2007. p. 137.

¹² De acordo com BRAZ, Petrônio. **Tratado de direito municipal**. 2.ed. 4.v. São Paulo: Mundo Jurídico, 2007. p. 139.

Prefeito Municipal, sugerindo a realização de determinadas obras ou a tomada de providências no interesse da população.¹³

As *atribuições administrativas* são inerentes à administração interna da Câmara Municipal, “[...] tais como: a elaboração do seu Regimento Interno, quando de pessoal, eleição e destituição dos membros da Mesa.”¹⁴

Acerca da atribuição de controle externo, esta compreende o controle da atividade estatal bem como a função de Julgamento das Contas.

Mas o que é controle?

Para Hely Lopes Meirelles¹⁵, “o controle é a função pela qual a Administração e o cidadão-contribuinte verificam se os planos, objetivos, metas, recursos ou insumos a eles destinados forma alcançados e utilizados com eficiência”.

Assim, administração pública é sujeita ao controle interno e externo, sendo que as normas gerais sobre fiscalização financeira e orçamentária encontram-se na Lei n° 4.320/1964¹⁶, nos artigos 75 a 81; na Constituição Federal¹⁷, artigos 31, 70 e 71 e na Lei de Responsabilidade Fiscal, no artigo 59.

Junto ao Município, a fiscalização poderá ser exercida pelo cidadão-contribuinte e deverá ser exercida pelo controle externo e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal.

O controle pelo cidadão-contribuinte ocorre através do acesso permitido, à qualquer cidadão, às informações municipais, para consulta e apreciação. Tal acesso, já existente por previsão da Lei de Responsabilidade Fiscal, foi ampliado com a entrada em vigor da Lei de Acesso à Informação (Lei n° 12.527/2011¹⁸), que criou mecanismos que permitem, à qualquer pessoa, o acesso à informações públicas, sem necessidade de apresentação de qualquer motivo.

Mediante tal medida, após o conhecimento acerca de qualquer possível irregularidade, poderá o cidadão apresentar denúncia/representação ao Ministério Público, para apuração dos fatos e tomada das medidas cabíveis.

O controle interno, mantido por obrigação constitucional, “[...] é o controle exercido por órgãos

¹³ De acordo com BRAZ, Petrônio. **Tratado de direito municipal**. 2.ed. 4.v. São Paulo: Mundo Jurídico, 2007. p. 144.

¹⁴ BRAZ, Petrônio. **Tratado de direito municipal**. 2.ed. 4.v. São Paulo: Mundo Jurídico, 2007. p. 144.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 15.ed. São Paulo: 2006, p. 293.

¹⁶ BRASIL. **Lei n° 4.320**, de 17 março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm>. Acesso em: 19 out. 2017.

¹⁷ BRASIL. **Constituição (1988)**. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 out. 2017.

¹⁸ BRASIL. **Lei n° 12.527**, 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n° 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n° 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 19 out. 2017.

da própria Administração, isto é, integrantes do aparelho do Poder Executivo. Externo é o efetuado por órgãos alheios à Administração.”¹⁹

Por fim, o controle externo compreende: a) o controle parlamentar direto; b) o controle exercido pelo Tribunal de Contas (órgão auxiliar do Legislativo nesta matéria e c) o controle jurisdicional.²⁰

3 DA FUNÇÃO DO VEREADOR NO CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL

Para Petrônio Braz, as funções de controle externo do Município implicam em uma vigilância dos negócios do Executivo em geral, “[...] sob os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e ética político-administrativa, com a tomada de medidas saneadoras que se fizerem necessárias.”²¹

Nesta senda, o Tribunal de Contas é órgão de controle externo, auxiliar do Poder Legislativo, que pratica atos de fiscalização.

Ao Tribunal de Contas cabe a apreciação das Contas prestadas anualmente pelo Poder Executivo, devendo este exarar parecer prévio destas Contas. Assim, não cabe ao Tribunal de Contas realizar *juízo* das Contas. O julgamento das Contas é de competência exclusiva do Poder Legislativo.

Tal afirmação expõe a relevância da função do vereador quando do exercício da fiscalização do Município e proteção ao erário.

Caberá ao edil controlar a atuação do Poder Executivo para fins de evitar o desvio ou malversação de verba pública.

A própria Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu artigo 59, dispõe que a Fiscalização da Gestão Fiscal pelo Poder Legislativo deverá ocorrer de forma a controlar:

- a) O atingimento das metas estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias;
- b) Os limites e condições para realização de operações de crédito e inscrição em Restos a Pagar;
- c) As medidas adotadas para o retorno da despesa total com pessoal ao respectivo limite;
- d) As providências tomadas para recondução dos montantes das dívidas consolidada e mobiliária aos respectivos limites;
- e) A destinação de recursos obtidos com a alienação de ativos, tendo em vista as restrições constitucionais e as da LRF; e
- f) O cumprimento do limite de gastos totais dos legislativos municipais, quando houver.

Em suma, o vereador deverá fiscalizar a regularidade, legalidade e observância dos princípios

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 136.

²⁰ Conforme MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 138.

²¹ BRAZ, Petrônio. **Tratado de direito municipal**. 2.ed. 4.v. São Paulo: Mundo Jurídico, 2007. p. 138.

constitucionais em toda a gestão do Poder Executivo. Ainda, exercerá o controle quando do julgamento anual das contas do Prefeito Municipal.

Neste momento, o edil poderá constatar desvios ou má-aplicação de erário público, descumprimento de regras ou princípios da administração pública, dentre outras tantas situações que prejudicam a sociedade como um todo.

Chama-se atenção para o fato de que o controle parlamentar direto é coroado pelo julgamento anual das contas do titular do Poder Executivo (Presidente, Governador e Prefeito). Este julgamento aborda a gestão como um todo, tendo em vista sua administração.

No julgamento da Câmara Municipal o vereador poderá verificar, por exemplo, se o conjunto dos gastos públicos do exercício financeiro respeitou a vontade popular, expressa na Lei de Diretrizes Orçamentária e na Lei Orçamentária Anual, todas aprovadas pelo Poder Legislativo respectivo e também, a compatibilidade dos gastos com a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Necessário esclarecer que o julgamento das contas possui como base a existência do Parecer Prévio encaminhado pelo Tribunal de Contas respectivo, que contém uma análise técnica da gestão, recomendando a aprovação e rejeição das contas, parecer este meramente opinativo, e não decisório.

Com relação ao Município, pode-se dizer que o parecer prévio consiste na apreciação geral e fundamentada, pelo Tribunal de Contas competente, da gestão orçamentária, patrimonial e financeira havida no exercício, demonstrando se o balanço geral do Município representa adequadamente a posição financeira, orçamentária e patrimonial do Município, bem como se as operações realizadas estão de acordo com os princípios fundamentais de contabilidades aplicados pela administração pública municipal.

Assim, com relação ao Município, as contas já chegarão na Câmara de Vereadores com o parecer do Tribunal de Contas ou órgão equivalente, o que facilitará de sobremaneira a análise e julgamento pelos vereadores.

Assim, o exercício do controle externo tornar-se-á possível aos vereadores mesmo estes não possuindo conhecimentos técnicos específicos na área contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, uma vez que tal conhecimento está presente no Tribunal de Contas, que deverá munir o Poder Legislativo com os relatórios necessários ao exercício de sua função de controle.

Bastará, portanto, a vontade do vereador em efetivamente analisar as contas municipais.

Importa indicar que, caso sejam rejeitadas as contas:

[...] a Câmara poderá promover a responsabilização político-administrativa do prefeito pelas infrações pertinentes; havendo indícios de crime de ação pública, deverá remeter o processo para exame do Ministério Público competente para a denúncia; e, finalmente, se constatar lesão ao Erário Municipal o plenário deverá determinar as providências para sua reposição, por via administrativa ou judicial. No caso de cabimento de ação civil pública ou de ação pela prática de atos de improbidade administrativa (Leis 7.347, de 1985, e 8.429, de 1992) deverá comunicar o fato e as provas colhidas ao Ministério Público. O mesmo procedimento

é de ser adotado no julgamento das contas do presidente da Mesa e de dirigentes de autarquias municipais.²²

Ressalta-se que, não obstante, ao Tribunal de Contas compete realizar, independentemente do Poder Legislativo, análise e fiscalização da gestão municipal tendo por base o dever de prestar contas de todos que lidam com recursos públicos, no qual as condutas do Prefeito são analisadas tendo em vista sua função de administrador público (artigos 70, parágrafo único e 71, II e § 3º da Constituição Federal).

Assim, o Prefeito submete-se a duplo julgamento. Um político, perante o Parlamento precedido de parecer técnico prévio e outro técnico, a cargo da Corte de Contas, que poderá gerar imputação de débito e multa.

Dentro deste enfoque, tem a jurisprudência entendido que o Poder Legislativo, quando delibera sobre contas do Executivo, exerce controle político, não podendo o Judiciário discutir os motivos que levaram à decisão final, acatando ou rejeitando as contas.²³

Com a aprovação das contas, o prefeito terá um reconhecimento da ausência de fundamentos para responsabilização administrativa ou político-administrativa.

Outrossim, tendo em vista a competência exclusiva do Poder Judiciário, não fica o administrador público exonerado de responsabilização civil ou criminal. Assim, por exemplo, caso fique caracterizada a existência de dano ao Erário, esta responsabilidade civil poderá ser imputada através de Ação Civil Pública.

Ainda, necessário destacar que o Poder Legislativo Municipal também poderá utilizar como instrumento de controle externo a Comissão Parlamentar de Inquérito, também conhecida como Comissão Legislativa de Inquérito, comissão especial que “[...] é o organismo criado pela Câmara Municipal, [...], com a incumbência determinada de apuração de fato determinado alusivo a abusos ou ilegalidades da Administração [...]”.²⁴

Assim, a Comissão Parlamentar de Inquérito é uma comissão constituída com fundamento no poder fiscalizatório conferido ao Legislativo Municipal.

Por todo o abordado denota-se a robusta previsão legislativa para o exercício do controle fiscalizatório pelo vereador junto ao Poder Executivo Municipal.

Assim, cabe ao edil dedicar-se no exercício pleno de tais funções, compreendendo a relevância de tal atividade para fins de evitar a má-utilização do erário municipal.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 15.ed. São Paulo: 2006, p. 683-684.

²³ Neste sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal junto ao RE n. 25.212/SP e RMS n. 4.052/MG. O Superior Tribunal de Justiça também se manifestou sobre a autonomia e independência dos julgamentos técnico e político junto ao Recurso Ordinário em MS n. 11.060/GO.

²⁴ BRAZ, Petrônio. **Tratado de direito municipal**. 2.ed. 4.v. São Paulo: Mundo Jurídico, 2007. p. 187.

Ainda, a plena atividade de controle reduzirá ou, até, quiçá, evitará, a ocorrência das nefastas práticas de corrupção tão enraizadas na administração pública.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme proposto, esta pesquisa teve por objeto o estudo do exercício do controle externo do Poder Executivo pelo vereador, com ênfase no cumprimento dos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal, tendo por objetivo o respeito erário municipal.

Para tanto, analisou-se a competência do legislativo municipal que, diversamente do conhecimento popular, possui a função-dever de fiscalizar o Poder Executivo Municipal, com o escopo de proteger do erário e na garantir de obediência aos princípios constitucionais administrativos.

Com a demonstração das formas de controle da administração pública, momento em que espera-se ter demonstrado que é possível realizar o controle externo do Poder Executivo, bastando ao vereador dedicar-se para o exercício de tal função.

Em conclusão, entende-se que cabe ao Poder Legislativo realizar como seu poder-dever a fiscalização do Poder Executivo Municipal, através, dentre outros, da verificação do cumprimento das regras e princípios constantes da Lei de Responsabilidade Fiscal, possibilitando, com tal conduta, a proteção do erário municipal.

5 REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico brasileiro acquaviva**. 12.ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo**. 5.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 out. 2017.

BRASIL. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 out.2017.

BRASIL. **Lei n° 4.320**, de 17 março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e contrôle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm>. Acesso em: 19 out. 2017.

BRASIL. **Lei Complementar n° 101**, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças

públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 19 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.527**, 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 19 out. 2017.

BRAZ, Petrônio. **Tratado de direito municipal**. 2.ed. 4.v. São Paulo: Mundo Jurídico, 2007.

DJI. Conceito de Estado. **DJI - Índice Fundamental de Direito**. Disponível em: <<http://www.dji.com.br/administrativo/estado.htm>> Acesso em: 18 nov. 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 15.ed. São Paulo: 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

UMA NOVA PERSPECTIVA DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO SETOR FLORESTAL POR MEIO DO PAGAMENTO DE SERVIÇOS AMBIENTAIS

Ana Carolina Couto Matheus¹

Recebido em: 31 dez. 2017

Aceito em: 11 abr. 2018

Resumo: Diante das diversas mudanças econômicas, políticas, sociais e culturais surgidas no decorrer do século XX e no início do século XXI, principalmente com o incremento das relações comerciais globalizadas, verifica-se uma maior preocupação mundial com a questão da proteção e conservação do meio ambiente especialmente o patrimônio florestal. Insiste-se na urgência de uma mudança de mentalidade da real importância da preservação e conservação das florestas. Verifica-se na legislação pátria, vários dispositivos legais visando à manutenção e preservação das florestas brasileiras a exemplo do Código Florestal Brasileiro (Lei 12.651/2012) e a Carta Magna de 1988. Procura-se demonstrar que infelizmente não está havendo um cumprimento legal da legislação pátria, já que os índices de queimadas e derrubadas ilegais das florestas brasileiras avança em índices alarmantes. Busca-se analisar as áreas de preservação permanente ou mata ciliar e as áreas de reserva legal sob o ponto de vista de uma mudança de mentalidade em prol da conservação e preservação ambiental e também possíveis alternativas como o uso do manejo sustentável ou a implementação do pagamento de serviços ambientais.

Palavras-chave: Reserva legal. Mata ciliar. Pagamento por serviços ambientais.

A NEW PERSPECTIVE OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT IN THE FORESTRY SECTOR THROUGH THE PAYMENT OF ENVIRONMENTAL SERVICES

Abstract: In the face of the various economic, political, social and cultural changes that have arisen in the course of the twentieth century and the beginning of the twenty-first century, especially with the increase of globalized trade relations, there is a growing worldwide concern with the protection and conservation of the environment Especially the forest patrimony. There is a pressing need for a change in mentality of the real importance of the preservation and conservation of forests. There are several legal provisions in the country's legislation aimed at the maintenance and preservation of Brazilian forests, for example of the Brazilian Forest Law (Law 12.651/2012) and the Constitution of 1988. It is sought to demonstrate that unfortunately there is no legal compliance of the country's legislation, since the rates of burning and illegal clearing of Brazilian forests are advancing at alarming rates. The aim is to analyze the areas of permanent preservation or ciliary forest and legal reserve areas from the point of view of a change of mentality in favor of conservation and environmental preservation and also possible alternatives such as the use of sustainable management or the implementation of the payment environmental services.

Keywords: Legal reserve. Ciliary forest. Payment for environmental services.

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica pela UNIVALI-SC. Mestre em Direito pela UNIPAR-PR. Especialista em Direito Tributário pela UnP-RN. Pós-graduada em Direito Constitucional pela UVB-SP. Graduada em Direito pela TOLEDO-SP. Professora Adjunta III do CCJSA da UFAC-AC. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica. Professora da Pós-Graduação. Orientadora. Conferencista. Conselheira Editorial. Pesquisadora. Advogada. Consultora Jurídica. E-mail: carolcoutomatheus@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente busca-se adequar o comércio, o investimento e as finanças à agenda do desenvolvimento sustentável, isto é um dos grandes desafios do século XXI, ou seja, da era globalizada.

A tese do desenvolvimento sustentável surge como a possibilidade de se criar mecanismos ou projetos novos para que os países que gerem um desenvolvimento suficiente para manter a espécie humana, preservando a fauna e a flora, criando uma espécie de inter-relacionamento entre os humanos e seu meio ambiente visando principalmente preservar as gerações futuras, é o grande desafio da espécie humana.

Deve-se ter consciência que a capacidade suporte do Planeta Terra estaria em seu limite de suportar a espécie humana, o Mundo não terá florestas suficientes para absorver todo excesso de CO₂ da queima de combustíveis fósseis.

Procura-se demonstrar que a conservação e preservação do patrimônio florestal brasileiro e conseqüentemente a conservação da biodiversidade são grandes fontes de equilíbrios econômicos, sociais e ambientais.

Mas isto somente pode ser conseguido por meio da criação de leis capazes de adequar a exploração das florestas à sua recuperação e regeneração, de maneira sustentável.

Finalmente, verificar que os recursos naturais renováveis devem ser usados com um melhor planejamento e manejo sustentável. Para tanto, deve-se adequar o comércio com mecanismos legais em âmbito regional e nacional como alternativa sustentável trata-se do implemento do pagamento por serviços ambientais PSA.

2 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, GLOBALIZAÇÃO E PRESERVAÇÃO

AMBIENTAL

Após a Declaração do Meio Ambiente realizada pela Conferência das Nações Unidas em Estocolmo na Suécia em 1972, o Direito Ambiental foi reconhecido internacionalmente, mas poucas medidas concretas de proteção e preservação foram adotadas pelos países emergentes como o Brasil, pois adotaram a tese de que não poderiam frear seu processo de industrialização em troca da causa ambiental.

Em 1983, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, decidiu pela criação de uma Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, tendo como presidente a primeira Ministra da Noruega Gro Harlem Brundtland, formada com mais dez membros de cada país, em fase de desenvolvimento e desenvolvidos, tal comissão foi incumbida de preparar um relatório oficial, “uma agenda global para a mudança” (BUCCI, 2001, p. 58).

O relatório oficial conhecido como “Relatório Brundtland” foi classificado em três grupos os assuntos ligados à questão ambiental segundo Silva (2002, p. 35): 1º grupo versa os problemas ligados à poluição (emissões de CO₂, poluição água, rejeitos radioativos); 2º grupo assuntos ligados a recursos naturais (diminuição das florestas, recursos genéticos, erosão do solo, degradação das águas subterrâneas) e finalmente no 3º grupo assuntos e questões sociais ligados à espécie humana (uso da terra, da água, saneamentos, crescimento urbano acelerado, educação). Pode-se afirmar que o relatório tornou-se referência mundial para as questões ambientais, mas merece destaque a divulgação do conceito de desenvolvimento sustentável em nível mundial como “*o desenvolvimento que atende às necessidades das gerações presentes sem comprometer a capacidade de gerações futuras de suprir suas próprias necessidades*” (BRUNDTLAND, 1987).

O desenvolvimento sustentável é um termo em uso na atualidade, que consiste em uma melhor estratégia de utilizar os recursos naturais, de uma maneira que não coloque em risco o meio ambiente. Para tanto os países procuraram maneiras de adequar seu desenvolvimento econômico e social à proteção ambiental. Mas os países ainda têm sérios problemas para enfrentar uma vez que a agressão ambiental é causadora de questões que ferem a dignidade da pessoa humana, como a pobreza. Como adverte Bucci (2001, p. 55):

O grande desafio é, justamente, o de como lidar com o “despotismo”, que na área ambiental é tão difuso e disperso quanto o próprio sentido da locução meio-ambiente. As agressões que levam à degradação do ambiente provêm não apenas do consumo direto de recursos naturais não renováveis por um sistema econômico voraz e irracional, mas também e principalmente das próprias estruturas desse sistema que produz a pobreza.

A preservação dos recursos naturais não renováveis esbarra em muitos fatores como os econômicos do que a simples consciência ambientalista. A tese do desenvolvimento sustentável esta prevista com mais ênfase na Declaração das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Eco-92), realizada em 1992, na cidade do Rio de Janeiro, a qual produziu a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, tendo como objetivo primordial que os países desenvolvidos adotassem medidas urgentes de redução do lançamento dos gases do efeito estufa (GEE).

Os países desenvolvidos, por exemplo, deveriam adotar medidas para redução de fontes poluentes como nas indústrias e veículos automotores, já os emergentes deveriam se preocupar principalmente pela emissão de CO₂ (emissão antrópica) pela queimada das florestas, como é o caso do Brasil.

Com o surgimento da tese do desenvolvimento sustentável deveria ser adotado em todo o Planeta e com o incremento das relações comerciais globalizadas, surge uma grande preocupação ambiental internacional, em especial pela preservação das florestas, seja através da criação de novas leis, fiscalização mais rigorosa dos órgãos ambientais, aplicação mais eficaz de leis existentes, bem como a busca por acordos internacionais capazes de preservar o meio ambiente.

Usar de uma maneira adequada os recursos florestais brasileiros significaria poder competir internacionalmente sem degradar o ambiente, este é o grande desafio do Brasil, para tanto deve-se adotar políticas públicas voltadas para tal interesse de uma maneira prioritária.

Em nível mundial a preocupação pela preservação de hábitat natural não é nova, pois já existiam, por exemplo normas norte americanas no final do século XIX, prevendo a instituição de grades parques ou reservas, por exemplo, Parque Nacional de Yellowstone (1872); Parques Sequóia, Mount Rainer (1872). E finalmente pela Declaração de Estocolmo de 1972, muitos países perceberam do problema da devastação das florestas, buscando o cumprimento de princípios e tratados internacionais para conter seu avanço.

No entanto, países em desenvolvimento como o Brasil, a Índia e a Malásia, acreditaram naquela época que a Declaração era uma maneira dos países desenvolvidos tentar conter o progresso e industrialização dos chamados países "emergentes".

Posteriormente, com a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro em 1992, discutiu-se um Consenso Global sobre Manejo, a Conservação e o Desenvolvimento Sustentável de Todos os Tipos de Florestas, inserido na Declaração do Rio/92 e na Agenda 21.

Surgiram, também, os Princípios sobre as Florestas que, como tradução livre, se “Declaração Autorizada Não-Obrigatória de Princípios para um Consenso Global sobre Manejo e a Conservação e o Desenvolvimento Sustentável de todos os tipos de Florestas”, que resultou em fracasso, uma vez que, até o momento, não se chegou a um consenso global através de uma regulamentação sobre a proteção das florestas.

Sobre a mesma permanece o embate de opiniões entre os países em desenvolvimento e os desenvolvidos. Soma-se a isso, a grande pressão exercida pela indústria madeireira internacional.

Em reportagem da Revista Globo Rural, segundo o Instituto de Pesquisas Espaciais (INPE), o desmatamento acumulado na Amazônia Legal gira em torno de 653 mil quilômetros quadrados, o que corresponde a 16% da floresta.

Em nível mundial, segundo relatório da UNEP, entre os anos 1980 e 1990, houve um declínio de 2% das florestas mundiais e em lugares com grandes concentrações de árvores, justamente pela devastação da indústria madeireira e do setor agropecuário.

Assim, conforme Silva (2002) no ano de 1994, cerca de 27 países consumidores e 23 países produtores de madeira tropical reuniram-se em Genebra a fim de regular um Acordo Internacional de Madeiras Tropicais, com a finalidade de estabelecerem regras de comércio mundial.

Mas, por ação dos países desenvolvidos, não foram englobadas madeiras boreais e temperados, o que era de se esperar. Desse acordo surgiu uma compensação para países como o Brasil, pela exploração de madeira tropical de uma maneira sustentável, vinda de fundos adicionais dos países

dito consumidores.

O Acordo Internacional de Madeiras Tropicais realizados em 26 de janeiro de 1994, em Genebra, prevê no seu art. 1º, como seus principais objetivos:

- f) Promover e apoiar pesquisas e desenvolvimento visando à melhoria do manejo florestal e à eficiência da utilização da madeira, assim como ao aumento da capacidade de conservação e o realce de outros valores florestais em florestas tropicais produtoras de madeira;
- g) Desenvolver e contribuir para a promoção de mecanismos com vistas a proporcionar recursos financeiros novos e adicionais, além dos conhecidos necessários para aumentar a capacidade dos membros produtores de atingir os objetivos estabelecidos por este Acordo;
- j) Encorajar os membros a apoiar e desenvolver reflorestamento industrial de madeiras tropicais e atividades de manejo florestal, assim como a reabilitação dos solos florestais degradados, levando devidamente em consideração os interesses das comunidades locais, que dependem dos recursos florestais;
- k) Melhorar a comercialização e distribuição das exportações de madeiras tropicais de fontes de manejo sustentável (SILVA, 2002, p. 318).

As florestas devastadas trazem sérios problemas não somente em nível local, mas, principalmente, em nível mundial, em razão do impacto ocasional em termos de perda da biodiversidade. Segundo o mesmo relatório da UNEP, apenas 13% dos aproximadamente 13 bilhões de espécies existentes no mundo estão catalogadas, o que significa que há infinitas novas espécies a serem descobertas.

A perda da biodiversidade é particularmente preocupante nas florestas dos países em desenvolvimento como os da América Latina, principalmente no Brasil, Chile, Caribe, Ásia e Pacífico.

Os desafios que os países em desenvolvimento terão de enfrentar nos próximos períodos consistem em três pontos principais: como reforçar sua participação no comércio internacional; melhorar a qualidade do meio ambiente e conseguir reduzir o grau de pobreza das populações.

Todos estes pontos somente serão alcançados com políticas econômicas que incentivem o setor florestal, para um melhor manejo e eficiência na sua exploração, uma vez que esta esbarra, por exemplo, na baixa expectativa de lucro imediato pelo setor privado.

3 ALTERNATIVAS DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO FLORESTAL BRASILEIRO

As florestas brasileiras e demais formações vegetais são consideradas pela Constituição Federal 1988, como bem de interesse comum, sejam de propriedade privada ou não, sendo ainda a sua preservação obrigação não só das gerações atuais mais para as gerações futuras (art. 227 da CF).

Já o Código Florestal, lei nº 12.651, de 17 de outubro 2012, em seu artigo 1º, o princípio de que nossas florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação devem ser preservadas para as presentes e futuras gerações; seu objetivo é a sustentabilidade; afirma sua importância no agronegócio e consagram seu compromisso em ações governamentais para proteção

florestal.

Art. 1º-A. Esta Lei estabelece normas gerais sobre a proteção da vegetação, áreas de Preservação Permanente e as áreas de Reserva Legal; a exploração florestal, o suprimento de matéria-prima florestal, o controle da origem dos produtos florestais e o controle e prevenção dos incêndios florestais, e prevê instrumentos econômicos e financeiros para o alcance de seus objetivos.

Parágrafo único. Tendo como objetivo o desenvolvimento sustentável, esta Lei atenderá aos seguintes princípios:

I - afirmação do compromisso soberano do Brasil com a preservação das suas florestas e demais formas de vegetação nativa, bem como da biodiversidade, do solo, dos recursos hídricos e da integridade do sistema climático, para o bem estar das gerações presentes e futuras;

II - reafirmação da importância da função estratégica da atividade agropecuária e do papel das florestas e demais formas de vegetação nativa na sustentabilidade, no crescimento econômico, na melhoria da qualidade de vida da população brasileira e na presença do País nos mercados nacional e internacional de alimentos e bioenergia;

III - ação governamental de proteção e uso sustentável de florestas, consagrando o compromisso do País com a compatibilização e harmonização entre o uso produtivo da terra e a preservação da água, do solo e da vegetação;

IV - responsabilidade comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em colaboração com a sociedade civil, na criação de políticas para a preservação e restauração da vegetação nativa e de suas funções ecológicas e sociais nas áreas urbanas e rurais;

V - fomento à pesquisa científica e tecnológica na busca da inovação para o uso sustentável do solo e da água, a recuperação e a preservação das florestas e demais formas de vegetação nativa;

VI - criação e mobilização de incentivos econômicos para fomentar a preservação e a recuperação da vegetação nativa e para promover o desenvolvimento de atividades produtivas sustentáveis.

Além, disso toda propriedade rural deverá cumprir suas funções sociais ou ecológicas, sendo este um direito fundamental (art. 5º, inciso XXII e 186, inciso II, ambos previstos na Constituição Federal de 1988). Esta função social da propriedade rural somente será cumprida quando houver uma utilização adequada dos recursos naturais brasileiros.

Trata-se de uma função socioambiental que impõem aos proprietários de imóveis rurais certas restrições de domínio, ou seja, com caráter de regulamentação econômica (racional e adequado) e ao mesmo tempo de proteção ambiental.

Mas, esta função não significa, por exemplo, que o proprietário rural deixe sua terra intocável, mas sim, utilize a mesma com um aproveitamento adequado e racional, observe as disposições das relações de trabalho e, finalmente, explore visando o bem estar de seus proprietários e trabalhadores. Para Silva (2013, p. 177) conservação das florestas não quer dizer intocável senão vejamos:

Por isso é que sua conservação – que não quer dizer imobilização, mas aproveitamento sustentado – é de vital importância. O manejo florestal sustentado consiste em um modo de exploração florestal que se respeitem às características básicas do ecossistema, pela sua sustentação dos processos ecológicos essenciais e da diversidade genética da área, levando em conta, além do mais, que cada floresta é também o lugar de vários nichos ecológicos, cuja destruição ou perturbação importa em desequilíbrio – não raro, e fatal para as espécies daquele habitat. O manejo sustentável propicia o rendimento sustentado, que corresponde ao incremento da floresta – rendimento, pois é inesgotável, porque mantém sua fonte de sustentação permanente.

Como verificado é perfeitamente possível a utilização destes recursos naturais, mas de uma maneira que respeitemos suas características, protegendo seu ecossistema e biodiversidade existentes no local e atual legislação florestal brasileira tem essa característica o uso sustentável.

Porém, infelizmente, apesar de termos avançado com a criação de leis como o Código Florestal e Estatuto da Terra e outros mecanismos, continuamos em termos de devastação com consequências: como desertificação, erosão, solos inférteis para a agricultura, ligados diretamente com condições das águas e do ar.

O território brasileiro possui cerca de 8,5 milhões de Km². No entanto, Thibau (2000, p. 162) afirma que “em 85% de seu território primitivo a cobertura florestal teve uma redução de 29% pela derrubada das árvores, mineração, uso agropecuário contínuo e outras formas”.

O território brasileiro possui uma imensa vastidão de áreas vegetais: com solos, climas variados, espécies animais os quais apresentam ecossistemas importantíssimos para sobrevivência de todos os seres que habitam o planeta, cujo conhecimento da tipologia florestal é de suma importância.

Na concepção de Thibau (2000) os seguintes fatores que contribuem para o mau uso da cobertura florestal são: falta de infra-estrutura para exploração; grande heterogeneidade da floresta; baixo índice tecnológico; pequeno aproveitamento e alto desperdício; tendência generalizada para uso alternativo do solo; falta de difusão de normas para manejo visando à produção de lenha e madeira.

Uma das alternativas de preservação das áreas florestais remanescentes seria o real cumprimento da legislação vigente no Código Florestal através das áreas de preservação permanente e reservas legais. A área de preservação permanente vem definida no art. 3º, inciso II e reserva legal em seu inciso III, ambos do Código Florestal, que assim dispõe:

II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

III - Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa.

Vale frisar que nos termos do art. 3º, é possível sua supressão, somente em caso de utilidade pública ou interesse social, devidamente motivado em procedimento administrativo próprio.

Já a área de reserva legal trata-se de um espaço territorial protegido por lei, em que se constitui por uma área localizada em uma propriedade ou posse rural que varia de uma região para outra, conforme suas características, estando este percentual definido no Código Florestal em seu art. 12 e incisos.

Pode-se afirmar que a diferença entre ambas trata-se da dominialidade:

A Reserva Legal decorre de normas legais que limitam o direito de propriedade, da mesma forma que as florestas e demais formas de vegetação permanente (...) diferenciam-se no que concernem a dominialidade, pois a Reserva Florestal Legal do Código Florestal somente incide sobre o domínio privado, sendo que as Áreas de Preservação Permanente incidem sobre o domínio privado e público (MACHADO, 2003, p. 717).

Quanto à utilização do manejo sustentável vem previsto pelo Código Florestal de 1965, sendo que somente no ano de 1994 foi exigida a exploração sob a forma sustentável e redefinida na atual lei 12651/12. Contudo este manejo não vem sendo cumprido por falta de controle e fiscalização de órgãos responsáveis como o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e de Recursos Naturais Renováveis (IBAMA).

Existe previsão legal para que a área de reserva legal seja utilizada sob a forma de manejo sustentável, como determina o Código Florestal, a saber:

A vegetação da reserva legal não pode ser suprida, podendo apenas ser utilizada sob o regime de manejo florestal sustentável, de acordo com princípios e critérios e científicos estabelecidos no regulamento, ressalvadas as hipóteses previstas no § 3º deste artigo, sem prejuízo das legislações específicas (BRASIL, 2014, p. 489).

Contudo, falar de preservação não significa que se devem isolar tais áreas e colocar em sua volta um arame farpado de modo a mantê-la intocável.

Seria então possível a preservação e conservação da biodiversidade e proteção da fauna e flora nativas nas áreas de reserva legal, utilizando o manejo sustentável, por exemplo, o corte seletivo de árvores, um processo que permite a extração das árvores de determinadas espécies com características de regeneração.

O corte seletivo de árvores possibilita a preservação e conservação da biodiversidade desde que exista uma fiscalização prévia de como utilizar a referida área sem que coloque em risco seu processo de preservação, além de amparo técnico é necessária uma melhor fiscalização e orientação do IBAMA e polícia ambiental.

Mas, infelizmente, o desenvolvimento florestal tem-se caracterizado pela ausência de políticas e estratégias capazes de preservar a cobertura florestal, em vista da concepção predatória em consequência de uma mentalidade ultrapassada de que os recursos naturais são inesgotáveis. O reflorestamento, apesar de exigido por lei, mas não é cumprindo. O mesmo vale para as áreas de RL e APP, primordiais para a manutenção e preservação da biodiversidade.

4 PAGAMENTOS POR SERVIÇOS AMBIENTAIS NAS ÁREAS DE RESERVA LEGAL E

APP

Os serviços ambientais podem ser oferecidos pelos ecossistemas como a geração de bioma –

florestas; sequestro de carbono; projetos de proteção da biodiversidade – corredores ecológicos; proteção de bacia hidrográfica – mata ciliar; tratamento água e esgoto; serviços eliminação do lixo principalmente nas cidades; beleza cênica – turismo de observação vida silvestre.

Os “bens ambientais” seriam aqueles utilizados para suprir o serviço ambiental esses bens ambientais. Segundo Oliva e Miranda (2017) os bens ambientais foram publicados em listas feitas pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e Cooperação Econômica da Ásia-Pacífico (APEC).

Já o pagamento por serviços ambientais – PSA consiste no pagamento pelo serviço ambiental prestado por pessoa física dona de pequena propriedade rural; pessoa jurídica como uma indústria de compensados ou o próprio poder público.

O PSA poderá ser efetuado na forma compensação ou gratificação. As pessoas envolvidas na preservação e conservação, por exemplo, de uma floresta ou mesmo sua utilização para estabilizar o clima através do sequestro de carbono serão aqueles que irão receber os benefícios dos serviços ambientais. Já na forma de compensação seriam os madeireiros que são obrigados a elaborar planos de manejo para extração da madeira, outra forma a gratificação como exemplo seria o reflorestamento.

4.1 SERVIÇOS AMBIENTAIS E AS FLORESTAS

Os serviços ambientais podem ser oferecidos por diversos ecossistemas, sobretudo as florestas. As florestas têm como finalidade à conservação e manutenção da biodiversidade do ecossistema, dando abrigo e proteção para flora e fauna nativas.

Assim o reflorestamento de áreas degradadas, a agricultura de conservação ou a manutenção da floresta prestam serviços ambientais e contribuem para redução da emissão de gases de efeito estufa (GEE) considerados causadores do aquecimento global na atmosfera. Dentre esses gases, o CO₂ é o que tem causado maior preocupação mundial, visto resultarem em contribuições adicionais conhecidas como “emissão antrópica” desses gases. As taxas de CO₂ vem crescendo a taxas alarmantes, cerca de 0,4% ao ano, na era pré-industrial, era de 280 ppm (partes por milhão) e atualmente estima-se chegar em torno de 350 ppm.

Projetos que envolvam a captura e armazenamento de CO₂ advindos de reflorestamentos ou conservação de florestas nos próximos 50 anos, será possível reduzir as taxas de emissão antrópica.

Assim o PSA pode ser considerados como uma solução de sustentabilidade forte, pois anulam os efeitos de emissões de CO₂ do Planeta incentivando, sobretudo a recuperação de florestas degradadas. O estoque de carbono, por exemplo, em vegetação secundária diminui cerca de 20 anos depois do início de seu crescimento em florestas mais velhas, baseado neste aspecto deve-se incentivar o replantio de florestas (novas) nativas nas áreas já degradadas pela ação humana nas atividades agropecuárias e agrosilvopastoril.

Nos últimos debates sobre do clima realizadas em vários países como Bruxelas no ano de 2007, o Relatório do Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC, em inglês) da Organização das Nações Unidas (ONU) previu como um dos ecossistemas mais vulneráveis à mudança climática, a Floresta Amazônica; assim a conservação dos ecossistemas florestais tornaram-se tema importantíssimo para prestação de serviços ambientais.

4.2 EXEMPLOS DE PROJETOS FLORESTAIS DE PSA

O pagamento por serviços vem ganhando destaque na mídia e vem sendo inserido por entes da federação, como o Estado de Minas Gerais o "Projetos Conservador de Águas" e o Estado do Amazonas o "Projeto Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Juma para Redução de Emissão de Gases de Efeito Estufa Provenientes do Desmatamento"; projetos que visam recuperar a mata ciliar e sequestrar carbono.

Em ambos os casos a comunidade local está sendo beneficiada financeiramente pela prestação de serviços ambientais além de capacitação técnica, o que torna o projeto ímpar, propiciando o desenvolvimento sustentável e ao mesmo tempo permitindo que tais famílias vivam dignamente, e não ocorra invasão para os grandes centros urbanos por falta de emprego no campo.

4.2.1 PROJETO "CONSERVADOR DE ÁGUA"

O Estado de Minas Gerais sempre se destacou por sua Mata Atlântica e Serra da Mantiqueira sendo muito rico com sua exuberância natural, pois tem água limpa, fontes e minas naturais em quase todo estado sendo um dos responsáveis pelo abastecimento de água no Estado de São Paulo.

No Município de Extrema localizado ao sul do Estado de Minas Gerais, que tem atualmente cerca de 24 mil habitantes, os proprietários de áreas rurais estão prestando e recebendo por serviços ambientais pagos todo mês pela Prefeitura.

Foi criado através de lei o "Conservador de Água" o qual visa a sustentabilidade de proteção e recuperação das nascentes e das margens dos riachos, o qual pelo Código Florestal (Lei 4771/65 alterada pela MP 2166/01) denomina-se áreas de preservação permanente – APP, bem como da reserva legal - RL área de mata nativa que no caso do Estado de Minas Gerais deve conservar 20%.

Ambos APP e RL embora sejam obrigatórios pelo Código Florestal acabam por serem inviáveis aos produtores, pois sobraria, por exemplo, pouca mata para o gado pastar ou pouca área de cultivo. Assim com a ajuda do projeto descobriu-se que vários pequenos proprietários têm sua parcela de contribuição para o abastecimento de São Paulo assim devem receber pela proteção e recuperação de tais áreas, ou seja, pela prestação de serviços ambientais.

4.2.2 FUNDAÇÃO AMAZÔNIA VERDE – BOLSA FLORESTA

O governo do Estado do Amazonas lançou em junho de 2007 o Programa Bolsa Floresta através

da Fundação Amazonas Sustentável. Tal programa foi incluído na Lei de Mudanças Climáticas, Conservação Ambiental e Desenvolvimento Sustentável do Amazonas.

O programa bolsa floresta está voltado para o pagamento de serviços ambientais com o intuito de valorizar e compensar as populações tradicionais e indígenas do Estado, evitando assim possível venda ilegal de madeira ou queimadas.

As comunidades que residem nas Unidades de Conservação do Estado do Amazonas recebem pela conservação de toda floresta, bem como pela preservação das matas ciliares em sua volta.

Para realização do programa houve o envolvimento de toda comunidade, antes do governo, ONGs, pesquisadores, sendo realizado um levantamento socioeconômico e depois a realização de capacitação e oficinas, envolvendo a questão do desmatamento e mudanças climáticas.

Realizou-se um cadastramento e visitas técnicas da Secretaria do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável e da ONG IDESAM (Instituto de Desenvolvimento Sustentável do Amazonas), totalizando 265 famílias dos Municípios de Itapiranga e Urucará. Os moradores da RDS Uatumã no dia 12 de setembro de 2007, já receberão os primeiros pagamentos dos serviços ambientais – PSA.

4.2.3 PROJETO RESERVA DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DO JUMA PARA REDUÇÃO DE EMISSÃO DE GASES DE EFEITO ESTUFA PROVENIENTES DO DESMATAMENTO (“PROJETO DE RED DA RDS DO JUMA”)

O governo do Estado do Amazonas para conter o desmatamento e as queimadas e ao mesmo tempo promover o desenvolvimento sustentável da região de Juma em 2006 criou a Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Juma (RSD), em uma área de 589.612 hectares de floresta amazônica, localizada nas cercanias da Rodovia BR-319 do Estado do Amazonas.

Importante destaque do projeto é o sequestro de carbono para conter os efeitos dos gases do efeito estufa (GEE), provenientes das queimadas adequando-se ao Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) do Protocolo de Quioto, planejados pelo governo do Estado desde 2003. Segundo informações do próprio governo do Estado do Amazonas, para Oliva e Miranda (2017, p. 12):

O Projeto de RED da RDS do Juma é o primeiro projeto do gênero a ser implementado desde a criação e aprovação da Lei da Política Estadual de Mudanças Climáticas (PEMC-AM) e o Sistema Estadual de Unidades de Conservação (SEUC-AM). Estima-se que as atividades do projeto resultarão, até 2050, na contenção do desmatamento de cerca 366.151 hectares de floresta tropical, que corresponderia à emissão de 210.885.604 milhões de toneladas de CO₂e para a atmosfera, no cenário de linha de base esperado para a área onde foi criada a RDS do Juma. O projeto terá duração até 2050, até quando espera-se gerar cerca de 189.767.027 toneladas de créditos de CO₂e (considerando apenas as áreas de creditação do projeto).

Verifica-se a importância que o Projeto RED da RDS do Juma para a prestação de serviços

ambientes e seu pagamento – PSA, as populações tradicionais que moram dentro da reserva através da criação do Programa Bolsa Floresta: Bolsa Floresta Família; Bolsa Floresta Social; Bolsa Floresta Associação e; Bolsa Floresta Renda.

Outro ponto de destaque seria a preocupação do Estado além de adequar-se a convenções internacionais como Convenção Quadro das Nações Unidas de Mudança Climática via Protocolo de Quioto.

O Estado elaborou sua própria legislação para pagamento dos serviços ambientais juntamente com a criação de um sistema de unidades de conservação, ou seja, a *Lei da Política Estadual de Mudanças Climáticas (PEMC-AM)* e o *Sistema Estadual de Unidades de Conservação (SEUC-AM)*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão da utilização dos recursos naturais, especialmente os renováveis, de uma forma sustentável, de modo a satisfazer as necessidades do presente sem comprometer as gerações futuras é uma das teses utilizadas na era globalizada.

Apesar da importância do Relatório Brundtland pela participação democrática dos países quanto aos interesses globais e recomendar maneiras de solucionar os problemas ambientais sem frear seu desenvolvimento sustentável, ainda depende de um conjunto de políticas públicas eficazes visando à conservação e preservação do meio ambiente em todas as suas formas além da busca pelo equilíbrio das comunidades locais e regionais de uma vida com dignidade da pessoa humana, pois sem isto é impossível falar em preservação ambiental, enquanto estas comunidades, não tem saneamento básico adequado, terras para cultivar.

Quanto à questão das florestas é possível seu manejo sustentável principalmente em áreas de reserva legal, desde que exista uma prévia fiscalização e amparo técnico, pois, não estaríamos deixando de cumprir a legislação do Código Florestal, a conservação e preservação da biodiversidade e proteção da fauna e flora nativas continuaria existindo.

Verificou-se que a comunidade local está sendo beneficiada financeiramente pela prestação de serviços ambientais, além de capacitação técnica o que torna o projeto ímpar, propiciando o desenvolvimento sustentável e, ao mesmo tempo, permitindo que tais famílias vivam dignamente, evitando invasão para os grandes centros urbanos por falta de emprego no campo.

Consequentemente se todos os entes da federação adotarem a implementação de projetos que viabilizem o pagamento dos serviços ambientais a exemplo de alguns estados citados que implementaram o PSA em sua legislação todos sairiam ganhando.

6 REFERÊNCIAS

- BENJAMIN, Antônio Herman. **Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente**. Revista de Direito Ambiental n. 4, São Paulo: RT, 1996.
- BERNARDES GIL, Juliana Dias. **Serviços Ambientais e Créditos de Carbono**. Disponível em: <<http://www.polobio.esalq.usp.br/servicos.html>>. Acesso em: 22 mar. 2017.
- BEZERRA, José Augusto. **Nossos bosques tem mais vida**. Revista Globo Rural. N. 226, agosto. 2004.
- BRASIL**. Fórum Brasileiro de Mudança Climática. Regulamentação do Protocolo de Quioto: principais instrumentos. Organização de Marina Freitas G. de A. Grossi, Brasília, 2002.
- _____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. Código Florestal. Lei 12651/12. Coletânea de direito ambiental. Organizadora Odete Medaur, obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, com coordenação de Giselle de Melo Braga Tapai. 2. ed., São Paulo: RT, 2014.
- BRUNDTLAND, Gro Halem. **Nosso Futuro Comum**. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1987.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. A Comissão Brundtland e o conceito de desenvolvimento sustentável no processo histórico de afirmação dos direitos humanos. In: DERANI, Cristiane; COSTA, José Augusto Fontoura (ONG). **Direito Ambiental Internacional**. São Paulo: Leopoldianum, 2001.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- MEDAUR, Odete (org.) **Coletânea de Legislação Ambiental**. 21. ed., São Paulo: RT, 2003.
- MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE DO BRASIL**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/?id_estrutura=2id_conteudo=1229>. Acesso em: 22 mar. 2017.
- MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE**. Critérios de elegibilidade e indicadores de sustentabilidade para avaliação de projetos que contribuam para a mitigação das mudanças climáticas e para a promoção do desenvolvimento sustentável. Disponível em: <http://www.ahk.org.br/cdmbrasil/imagens/criterios_2.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.
- MINISTÉRIO DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA**. Disponível em: <<http://www.mct.gov>>. Acesso em: 01 fev. 2017.
- MORAES, Luís Carlos Silva de. Curso **de Direito Ambiental**. São Paulo: Altas, 2001.
- NOBRE, Antônio D., NOBRE, Carlos A. **O balanço de carbono da Amazônia brasileira**. Estudos Avançados. N. 16, 2002.
- OLIVA, Felipe; MIRANDA, Silvia. **Definição de bens e serviços ambientais (Egs) é pauta da**
-

rodada da Hora. Disponível em: <<http://www.cepean.esalq.usp.br>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

PEREIRA, André Santos. **Aspectos Econômicos das Mudanças Climáticas Globais: A importância da Equidade no Processo de Negociação do Clima.** Disponível em: <<http://www.ivig.coppe.ufrj/end/docs.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

PORTAL OFICIAL DO GOVERNO DO AMAZONAS-BRASIL. Disponível em: <http://www.sds.am.gov.br/programas_2.php?cod=0282>. Acesso em: 28 fev. 2017.

PROTOCOLO DE QUIOTO. Editado e traduzido pelo Ministério da Ciência e Tecnologia com apoio do Ministério das Relações Exteriores da República Federativa do Brasil, 1997. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/clima/protocolo.htm>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. **Direito Ambiental Internacional.** 2. ed., Rio de Janeiro: Trex, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOARES, Guido Fernando Silva. **A Proteção Internacional do Meio Ambiente.** 2. ed. São Paulo: Manole, 2003.

ROBINS, N. "**Building Markes for Sustainable Trad**". SCATI. Disponível em: <<http://www.iied.org/scati/pub/chatham.htm2000>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

THIBAU, Carlos Eugênio. **Produção sustentada em florestas: conceito e tecnologia biomassa energética pesquisa e constatação.** Belo Horizonte, 2000.

A (IN)EFICÁCIA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS¹

Gislaine Da Silva²
Jociane Machiavelli Oufella³
Adelcio Machado dos Santos⁴

Recebido em: 27 fev. 2018

Aceito em: 24 abr. 2018

Resumo: O presente trabalho trata da (In)Eficácia das Medidas Socioeducativas e apresenta as peculiaridades estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, propondo-se a apurar como tais medidas se revelam no processo de reeducação dos adolescentes infratores. Na primeira parte, abordar-se-á a evolução dos Direitos da Criança e do Adolescente e também os princípios que oferecem proteção a eles. Em um segundo momento, o estudo apontará cada uma das Medidas Socioeducativas e seus desdobramentos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Por fim, analisar-se-á a eficácia das Medidas Socioeducativas aplicadas na Comarca de Caçador/SC. Destaca-se que o estudo faz uso do método indutivo associado à pesquisa bibliográfica e ao levantamento de dados, observando a Normalização dos Trabalhos Acadêmicos da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) e as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Isso posto, conclui-se que as medidas socioeducativas são eficazes, na comarca de Caçador/SC, tendo em vista que a maior parte dos adolescentes infratores não só cumpriu a medida socioeducativa imposta, mas também não voltou a reincidir na prática de ato infracional.

Palavras-chave: Ato infracional. Medidas Socioeducativas. Estatuto da Criança e do Adolescente.

THE INEQUACY OF SOCIO-EDUCATIONAL MEASURES

Abstract: This paper deals with the (In) Effectiveness of Socio-Educational Measures and presents the peculiarities established by the Statute of the Child and Adolescent, proposing to determine how such measures are revealed in the process of re-education of juvenile offenders. In the first part, the evolution of the Rights of the Child and the Adolescent, as well as the principles that offer protection to them, will be addressed. In a second moment, the study will point out each of the Socio-educational Measures and its planned developments in the Statute of the Child and the Adolescent. Finally, it will be analyzed the effectiveness of the Socio-educational Measures applied in the Region of Caçador/SC. It is worth noting that the study uses the inductive method associated with bibliographic research and data collection, observing the Standardization of Academic Papers of the University of Vale do Rio do Peixe (UNIARP) and the Brazilian Association of Technical Standards (ABNT). That said, it is concluded that socio-educational measures are effective in the region of Caçador/SC, considering that most of the juvenile offenders not only fulfilled the imposed socio-educational measure, but also did

1 Artigo Científico apresentado como requisito parcial para obtenção de nota na disciplina de Monografia, orientado pela Prof.^a Ms. Jociane Machiavelli Oufella.

2 Bacharel em Direito, da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – Caçador/SC.

3 Doutoranda do Doutorado em Ciências Jurídicas da Pontificia Universidad Catolica da Argetina (Buenos Aires). Possui graduação em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (1999) e Master em Direito Economia e Política - Università degli Studi di Padova (2000). Possui Pós Graduação em Direito Processual Civil pela Universidade do Contestado (2005). Atualmente é Coordenadora do Curso de Direito da UNIARP - Universidade Alto Vale do Rio do Peixe, professor titular da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe- Caçador. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Internacional e Direito das Famílias e Sucessões. Advogada devidamente inscrita na OAB/SC militante nas áreas de Direito Internacional e Direito Civil. Email: direito@uniarp.edu.br.

4 Doutor em Engenharia e Gestão do Conhecimento (UFSC). E-mail: adelciomachado@gmail.com.

not return to repeat the practice of an infraction.
Keywords: Infraction. Socio-educational Measure. Child and Adolescent Statute.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico apresenta como tema a (In)Eficácia das Medidas Socioeducativas, previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente –

ECA, que são aplicadas ao adolescente quando este comete algum ato infracional.

A responsabilização do adolescente, após a prática da infração, é uma forma de resposta do Estado e se dá por intermédio da atuação da Justiça da Infância e Juventude que irá, respeitando os princípios do ordenamento jurídico, aplicar as medidas cabíveis em cada caso.

Desta forma, tem-se a seguinte problemática: Sabe-se que o adolescente possui tratamento diferenciado perante a lei quando comete atos reprováveis, pois se encontra na condição de ser humano em desenvolvimento. Não obstante, é possível afirmar que as medidas socioeducativas impostas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, de fato, possuem eficácia?

Sabe-se também que em resposta a prática do ato infracional o adolescente deverá cumprir uma medida socioeducativa, por conseguinte, a pesquisa justifica-se ante a necessidade de avaliar se tais medidas efetivamente reeducam e surtem efeitos positivos nos adolescentes em conflito com a lei, de modo a evitar o elevado ingresso destes na criminalidade.

À vista disso, a pesquisa pauta-se no objetivo geral de verificar a (in)eficácia das medidas socioeducativas aplicadas na Comarca de Caçador/SC analisando, principalmente, os índices de reincidência e cumprimento de medida socioeducativa fornecidos por órgãos oficiais.

O desenvolvimento do presente estudo deu-se em três partes.

Em um primeiro momento, será estudado o tratamento oferecido às crianças e aos adolescentes pela legislação brasileira por meio de uma breve análise histórica, eis que os direitos e deveres infanto-juvenis nem sempre foram vistos com a devida prioridade.

Ainda, falar-se-á dos princípios que protegem a Criança e o Adolescente, pois são essenciais na abordagem do presente estudo, uma vez que norteiam a responsabilização dada ao autor de ato infracional que, na verdade, é diferente da responsabilização atribuída ao adulto autor de conduta criminosa.

Na segunda parte, apresentar-se-ão as Medidas Socioeducativas dispostas no Estatuto da Criança e do Adolescente e seus respectivos desdobramentos de maneira a constatar a natureza das medidas em discussão.

As Medidas Socioeducativas estão dispostas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo elas: a Advertência, a Obrigação de reparar o dano, a Prestação de serviço à

comunidade, a Liberdade assistida, o Regime de Semiliberdade, a Internação.

É importante consignar que o presente estudo fica delimitado a abordar as medidas socioeducativas.

Por derradeiro, na terceira parte, apreciar-se-á a eficácia das medidas socioeducativas, trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicadas na Comarca de Caçador/SC.

As informações levantadas foram extraídas do Sistema de Automação da Justiça da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Caçador/SC, do CREAS – Centro de Referência Especializado de Assistência Social e também do Programa de Semiliberdade da cidade de Caçador/SC.

2 A LEGISLAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL

Em 12 de outubro de 1927, foi instituído o Código de Menores “Mello Mattos”, por meio do Decreto n. 17.943-A que fixou as leis que visavam assistir e proteger os *menores*.⁵

De acordo com o código em análise, havia duas categorias criadas para classificar os ditos “*menores*”: os abandonados, incluindo aqui os vadios, mendigos, libertinos e os delinquentes, indiferente da idade, desde que menor de 18 anos.⁶

Contudo, Veronese sublinha que a finalidade da legislação *menorista* era corretiva e não preventiva, buscava-se deficitariamente educar, disciplinar física e moralmente as crianças e adolescentes órfãos ou oriundos de grupos familiares desestruturados.⁷

A criação do SAM – Serviço de Assistência ao Menor e da FEBEM – Fundação Nacional do Bem Estar do Menor, institutos não tão bem sucedidos, impulsionou a confecção de um novo diploma que tratava dos adolescentes em conflito com a lei.⁸

Após 50 anos da entrada em vigor do Código de Menores “Mello Mattos” é promulgado o novo Código de Menores, instituído pela Lei n. 6.697/79.⁹

Há de se frisar que “O período *menorista* no Brasil, construído [...] sob os moldes dos Códigos de Menores de 1927 e 1979 serviu apenas para normatizar a pobreza e institucionalizar crianças e adolescentes utilizando como doutrina a pedagogia do trabalho.”¹⁰

⁵ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e o ato infracional: medida socioeducativa é pena?** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 50.

⁶ LIBERATI, **Adolescente e o ato infracional: medida socioeducativa é pena?** p. 50.

⁷ VERONESE Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999. p. 28.

⁸ SANTOS, Milena Granato Barbosa dos. A (In)Eficácia das medidas socioeducativas à luz da análise da reincidência. Disponível em: < <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/4729/1/milenagranatobarbosadossantos.pdf>>. Acesso em 28 set. 2017.

⁹ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e o ato infracional: medida socioeducativa é pena?** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

¹⁰ LIMA e VERONESE, **Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais**. p. 43.

Foi apenas com o advento da Carta Magna de 1988 que o Brasil entrou no rol das nações mais avançadas na defesa dos interesses infanto-juvenis, para as quais crianças e jovens são dotados de direitos fundamentais e acima de tudo, considerados sujeitos sociais.¹¹

Sob essa nova ótica, o juiz passa a ser intitulado Juiz da Infância e da Juventude e seu dever não é apenas garantir os direitos das crianças e dos adolescentes, bem como assegurar a devida intervenção do membro do Ministério Público e a participação do Advogado do adolescente no procedimento para a apuração do ato infracional.¹²

Sublinhe-se que as medidas aplicadas às crianças e aos adolescentes recebem, assim, cunho protetivo e educacional, passando a ter uma divisão: a) medidas protetivas; b) medidas socioeducativas.¹³

Assim, às crianças de até 12 anos serão aplicadas as medidas protetivas, previstas no art. 101 do ECA, sendo que aos adolescentes com idade entre 12 e 18 anos incompletos, aplicar-se-ão as medidas socioeducativas nos termos do art. 112 do estatuto supramencionado.¹⁴

Nesse sentido, importante destacar os princípios que dão proteção à infância e à adolescência.

O Princípio da Proteção Integral foi adotado pela norma jurídica brasileira por intermédio do art. 227 da Carta Magna. Considerando que a Lei Fundamental preceitua que “todos são iguais perante a lei”, a proposta do Princípio da Proteção Integral, inicialmente, pode causar uma impressão de tratamento desigual. No entanto, o atendimento com total prioridade aos direitos das crianças e dos adolescentes tem respaldo justamente nesse dispositivo, vez que a condição dos que se encontram na referida faixa etária exige leis específicas de tratamento.¹⁵

O princípio da proteção integral guia a legislação no que se refere à proteção dos direitos da criança e do adolescente. Sobretudo, considera a sua peculiaridade e as suas necessidades.¹⁶

Já o princípio da Condição Peculiar da Pessoa em Desenvolvimento vislumbra a criança e o adolescente como pessoas em desenvolvimento e além de assegurar direitos, também deixa evidente a necessidade de tratá-los de forma diferenciada quando praticarem condutas que venham em

¹¹ AMIN, Andréa Rodrigues. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, n.p. Capítulo 1.

¹² NERI, Aline Patrícia. A eficácia das medidas socioeducativas aplicadas ao jovem infrator. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-a22e6638bac2d0bb4ec3b857328c2534.pdf>>. Acesso em 28 set. 2017. p. 31.

¹³ BRASIL, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 27 fev. 2017. p. 1.

¹⁴ BRASIL, Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 28 set. 2017, p. 1.

¹⁵ LIBERATI, **Adolescente e o ato infracional: medida socioeducativa é pena?** p. 46.

¹⁶ SÁ, Arthur Luiz Carvalho de. As medidas socioeducativas do ECA e a reincidência da delinquência juvenil. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,as-medidas-socioeducativas-do-eca-e-a-reincidencia-da-delinquencia-juvenil,24348.html>>. p. 19.

desencontro com a lei.¹⁷

O princípio da intervenção mínima preceitua que só serão punidos os atos infracionais mais lesivos e que se revestirem de relevância social, por consequência, a medida aplicada deverá corresponder ao delito cometido.¹⁸

Embora não exista previsão expressa do princípio da proporcionalidade nos dispositivos legais, alguns artigos presentes na Constituição Federal abordam essa questão principiológica, são eles: art. 1º, III; art. 3º, I; art. 5º, caput, etc.¹⁹

Ademais, a doutrina também discute a necessidade de atenção ao princípio da proporcionalidade em todos os momentos da aplicação da medida socioeducativa:

[...] a intervenção punitiva no âmbito formal seja em matéria de pena, seja na aplicação de medida socioeducativa deve ser submetida ao princípio da proporcionalidade, no momento da cominação da pena (feita pelo legislador na pena abstrata), judicialmente ao aplicar a pena em concreto ao executar as medidas coercitivas (fase de execução). Por fim cabe ao juiz analisar no momento da aplicação impor a medida cabível seja ela mais rigorosa ou mais branda.²⁰

Logo, a medida a ser aplicada ao jovem infrator, qualquer que seja, deve respeitar as condições peculiares previstas pelo princípio da proporcionalidade.²¹

3 DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Em concordância com o disposto no art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.”²²

Ao ato infracional, cometido por pessoa menor de 18 anos, aplica-se a medida socioeducativa de natureza punitiva, impositiva e retributiva, cujo objetivo é evitar a reincidência de maneira pedagógica e educativa.²³

A advertência é uma das medidas socioeducativas prevista pelo ECA e:

Caracteriza-se como a mais branda das medidas, haja vista que se trata de uma advertência verbal, de forma informativa e imediata, que deve ser reduzida a termo. É recomendada, via de regra, para os adolescentes que não têm histórico criminal e para os atos infracionais

¹⁷ OLIVEIRA, Assis da Costa. Princípio da pessoa em desenvolvimento: fundamentos, aplicações e tradução intercultural. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/10590-47118-1-pb.pdf>>. Acesso em: 03 abril 2017, p. 1.

¹⁸ SÁ, As medidas socioeducativas do ECA e a reincidência da delinquência juvenil, p. 21.

¹⁹ SÁ, As medidas socioeducativas do ECA e a reincidência da delinquência juvenil, p. 22.

²⁰ SÁ, As medidas socioeducativas do ECA e a reincidência da delinquência juvenil, p. 22.

²¹ LIBERATI, **Adolescente e o ato infracional: medida socioeducativa é pena?** p. 100.

²² BRASIL, Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990, p. 1.

²³ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.102.

considerados leves, quanto à sua natureza ou consequência.²⁴

Já a obrigação de reparar o dano anseia a finalidade educativa e deve desenvolver no adolescente o senso de se responsabilizar, não só pela restituição, mas também pela indenização do dano e, mormente, compreender a gravidade das consequências de se apoderar daquilo que não lhe pertence.²⁵

A prestação de serviço a comunidade está disposta no art. 117 do ECA e prescreve:

Art. 117. A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.²⁶

Cuida-se de medida socioeducativa que impõe o exercício de atividades em entidades públicas, visando o interesse da coletividade atingida pelo ato infracional cometido pelo adolescente.²⁷

Além do mais, a medida da liberdade assistida é a que apresenta finalidade pedagógica mais importante, vez que não decai por completo o direito de ir e vir do infrator. Este é submetido a um planejamento de vida baseado na liberdade, espontaneidade, responsabilidade e na vigia do poder público.²⁸

A semiliberdade é medida que priva, de forma parcial, a liberdade do autor do ato infracional, considerando que este permanece em instituição especializada. Contudo, pode realizar atividades fora da entidade, não dependendo de permissão judicial. Além disso, a escolarização e a profissionalização são compulsórias.²⁹

Segundo Bandeira, a internação, “É sem dúvida a forma mais drástica de intervenção estatal na esfera individual do cidadão, pois o poder sancionatório do Estado alcança o *jus libertatis* do adolescente, o maior bem que se possui, depois da vida.”³⁰

A medida em questão, “[...] somente será aplicada quando o ato infracional for cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, bem como quando reiterados os cometimentos de outros atos infracionais.”³¹

O instituto da remissão está prescrito no art. 126 do Estatuto da Criança e do Adolescente,

²⁴ LIBERATI, Wilson Donizeti apud COSTA, Ineficácia das medidas socioeducativas, n.p. Capítulo 7.2.

²⁵ LIBERATI, **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**, p.107.

²⁶ BRASIL, Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990, p. 1.

²⁷ SANTOS, Fernando Ávilla. As medidas socioeducativas e a responsabilidade da sociedade frente à doutrina da proteção integral, 2012. Disponível em: <http://repositorio.upf.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/238/PF2012Fernando_Avilla_dos_Santos.pdf?sequence=1>. Acesso em: 08 maio 2017, p. 35.

²⁸ BANDEIRA, **Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional**, p. 151/152.

²⁹ LIBERATI, **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**, p.112.

³⁰ BANDEIRA, **Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional**, p. 183.

³¹ SANTOS, As medidas socioeducativas e a responsabilidade da sociedade frente à doutrina da proteção integral, p. 41.

nestes termos:

Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

Parágrafo único. Iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo.³²

Caso o Ministério Público, após a análise dos autos do procedimento investigatório, não opine pelo arquivamento, mas sim, pela remissão, esta será pura e acarretará a extinção do processo se o Magistrado homologar o ato.³³

Tem-se ainda a remissão clausulada, sendo que esta:

[...] vem sempre acompanhada de uma medida socioeducativa e sua concessão, salvo no caso de advertência, implica na exclusão ou suspensão do processo até o efetivo cumprimento da medida. A remissão clausulada também pode ser concedida como forma de exclusão do processo, ou seja, nesta hipótese, a relação processual não chega a se formar, pois não é oferecida a representação – acusação – não havendo, por conseguinte, recebimento da representação, todavia o adolescente fi cará sujeito ao cumprimento da medida socioeducativa, vinculada à remissão, nos mesmos moldes da transação penal prevista no Art. 64 da Lei 9.099/95.³⁴

Destarte, observa-se que as medidas socioeducativas possuem caráter pedagógico, sendo que em cada caso será estabelecida a medida cabível. Para tanto, considerar-se-á a gravidade da ação e o perfil do adolescente que incorreu na prática da conduta infracional.

4 DA (IN)EFICÁCIA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Para a realização da presente pesquisa foram coletadas informações dos processos de execução de medida socioeducativa que tramitam na Vara da Família, Infância, Juventude, Idosos, Órfãos, e Sucessões da Comarca de Caçador/SC. O acesso aos dados foi autorizado pela magistrada, Dra. Lívica Francio Rocha Cobalchini.

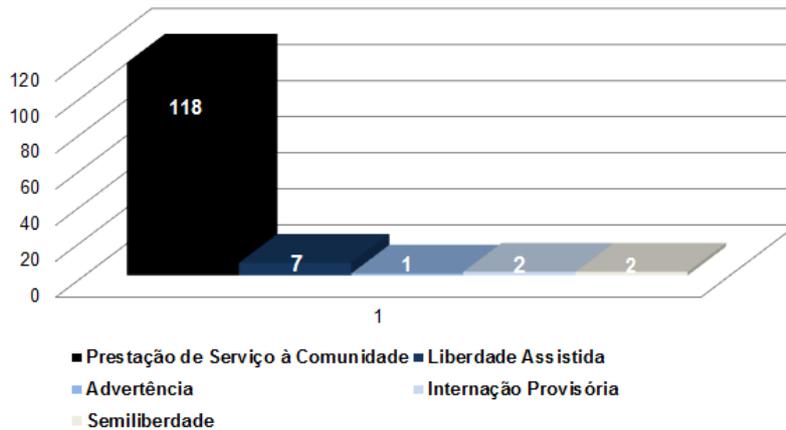
Ainda, utilizaram-se informações fornecidas pelo CREAS – Centro de Referência Especializado de Assistência Social e pelo Programa de Semiliberdade – Unidade de Caçador/SC.

No Gráfico 1, é possível observar que das 130 (cento e trinta) medidas socioeducativas analisadas, a Prestação de Serviço à Comunidade corresponde a 91% (noventa e um por cento). A medida de Liberdade Assistida – LA equivale a 5% (cinco por cento), a Internação Provisória e a Semiliberdade perfazem 2% (dois por cento) cada uma.

³² BRASIL, Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990, p. 1.

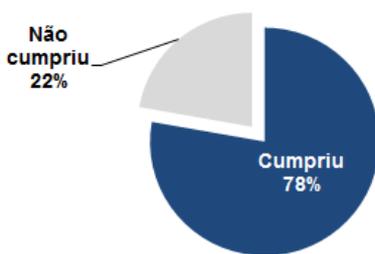
³³ BANDEIRA, *Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional*, p. 59.

³⁴ BANDEIRA, *Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional*, p. 60/61.

Gráfico 1 - Medidas Socioeducativas Aplicadas

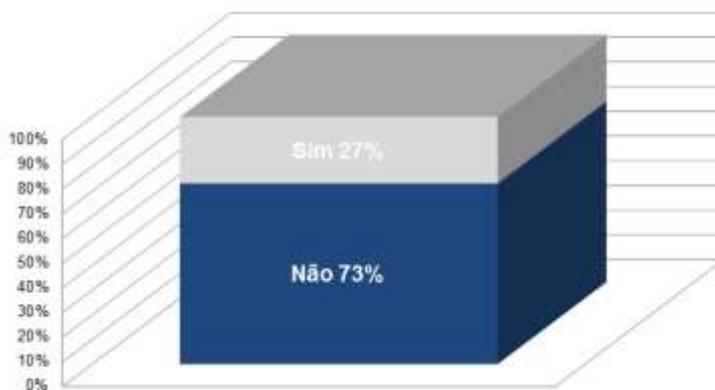
Fonte: Vara da Infância e Juventude da Comarca de Caçador/SC

Quanto ao cumprimento das medidas socioeducativas, nota-se que 78% (setenta e oito por cento) das medidas aplicadas foram devidamente cumpridas, enquanto que 22% (vinte e dois por cento) restaram descumpridas.

Gráfico 2 - Cumprimento das Medidas Socioeducativas

Fonte: Vara da Infância e Juventude da Comarca de Caçador/SC

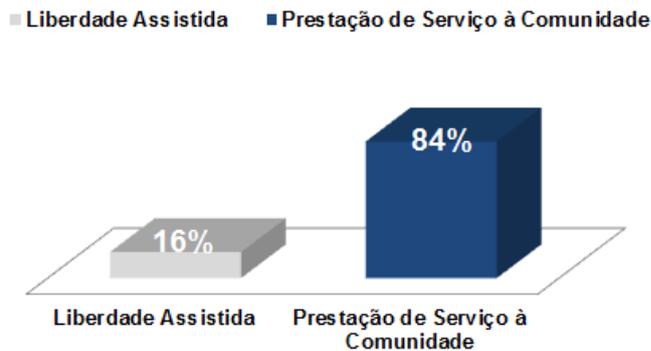
No tocante à reincidência, o índice chega à 27% (vinte e sete por cento). Em contrapartida, 73% (setenta e três por cento) dos adolescentes não cometeram outras infrações.

Gráfico 3 - Índice de Reincidência

Fonte: Vara da Infância e Juventude da Comarca de Caçador/SC

Já os dados fornecidos pelo CREAS – Centro de Referência Especializado de Assistência Social revelam que dos atendimentos feitos, 16% (dezesesseis por cento) das medidas socioeducativas é de Liberdade Assistida e 84% (oitenta e quatro por cento) é de Prestação de Serviço à Comunidade.

Gráfico 4 - Medidas Socioeducativas Aplicadas



Fonte: CREAS Caçador/SC – Centro de Referência Especializado de Assistência Social

De acordo com o Gráfico abaixo, foi observado que 74% (setenta e quatro por cento) dos adolescentes são não reincidentes e 26% (vinte e seis por cento) são reincidentes.

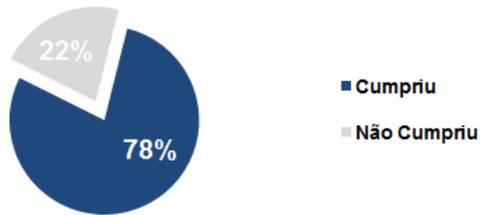
Gráfico 5 - Percentual de Reincidência



Fonte: CREAS Caçador/SC – Centro de Referência Especializado de Assistência Social

O Gráfico 6 evidencia que 78% (setenta e oito por cento) dos adolescentes cumpriu a medida socioeducativa, enquanto apenas 22% (vinte e dois por cento) descumpriu.

Gráfico 6 - Cumprimento das Medidas Socioeducativas



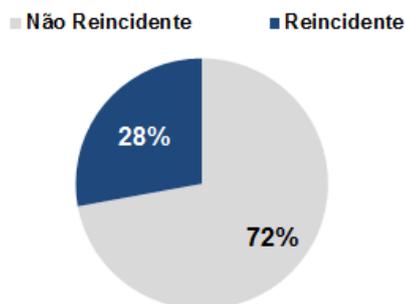
Fonte: CREAS Caçador/SC – Centro de Referência Especializado de Assistência Social

O Programa de Semiliberdade, de janeiro de 2016 a janeiro de 2017 realizou 25 atendimentos. Dos 25 atendimentos, 8 (oito) adolescentes cumpriram a medida até o final recebendo progressão da medida para Liberdade Assistida e 7 (sete) adolescentes receberam regressão da medida para internação ou internação-sanção (“reiterado e injustificável descumprimento de medida socioeducativa antes aplicada”).³⁵

Outrossim, 7 (sete) adolescentes foram transferidos durante o cumprimento da medida para unidades mais próximas da sua residência de origem e 3 (três) adolescentes descumpriram a medida socioeducativa em razão da evasão.

Noutro ponto, ao considerar 165 (cento e sessenta e cinco) medidas socioeducativas (Sendo 93 medidas socioeducativas oriundas do CREAS e 72 medidas socioeducativas da Vara da Infância e Juventude), extrai-se que 72% (setenta e dois por cento) dos adolescentes não reincidiu na prática de atos infracionais, enquanto que 28% (vinte e oito por cento) reincidiu na conduta infracional.

Gráfico 7 - Reincidência (Total)



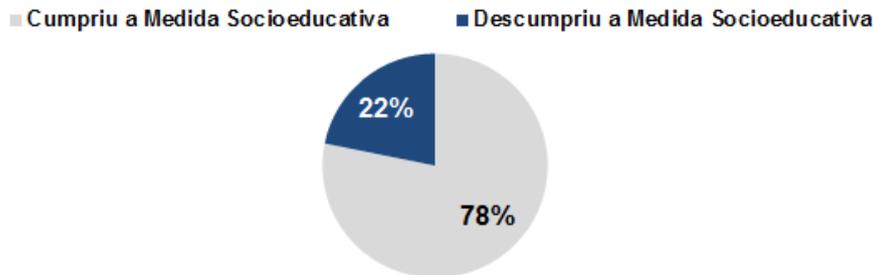
Fonte: CREAS Caçador/SC – Centro de Referência Especializado de Assistência Social e Vara da Infância e Juventude da Comarca de Caçador/SC

No Gráfico 18, nota-se que dos 165 (cento e sessenta e cinco) adolescentes, 78% (setenta e oito por cento) cumpriu a medida socioeducativa imposta e apenas 22% (vinte e dois por cento)

³⁵ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Programa de medida justa: orientações sobre medidas socioeducativas. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/8/docs/orientacoes_sobre_medidas_socioeducativas_-_cnj.pdf>. Acesso em: 02 out. 2017. p. 1.

descumpriu a medida socioeducativa.

Gráfico 8 - Cumprimento das Medidas Socioeducativas (Total)



Fonte: CREAS Caçador/SC – Centro de Referência Especializado de Assistência Social e Vara da Infância e Juventude da Comarca de Caçador/SC

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho discorreu, brevemente, sobre a evolução histórica da legislação que assiste a criança e o adolescente no Brasil e também apresentou os princípios que dão proteção para eles.

No decurso do tempo foram criadas diversas legislações, sendo que as primeiras se mostraram excessivamente arbitrárias ao conceber a adolescência e a infância.

De início, quando cometiam algum ato infracional ou mesmo quando eram abandonadas, as crianças e adolescentes recebiam tratamento com caráter repressivo e discriminatório. Na tentativa de resolver esses problemas sociais, o Estado reproduzia um sistema penal infanto-juvenil que se revela nada eficaz.

Foi somente com o Estatuto da Criança e do Adolescente que se chegou a uma legislação avançada o suficiente para visualizar a infância e a adolescência como etapas especiais do desenvolvimento humano.

Ademais, em um segundo momento, foram apresentadas as Medidas Socioeducativas dispostas no Estatuto da Criança e do Adolescente e suas respectivas peculiaridades de maneira a constatar a natureza das medidas em discussão.

Nessa linha, notou-se que o ECA não só assegura aos adolescentes autores de ato infracional as garantias constitucionais e o devido processo legal, mas também prevê os seus deveres, delimitando, em cada caso, as medidas cabíveis.

Por último, estudou-se a respeito da eficácia das medidas socioeducativas aplicadas na Comarca de Caçador/SC.

Analisou-se ainda, se houve o devido cumprimento dessas medidas e a também a eventual

reincidência dos adolescentes que já passaram pelo sistema de reeducação.

Os dados levantados pela pesquisa foram fornecidos pela Vara da Infância e Juventude da Comarca de Caçador/SC, pela Casa de Semiliberdade de Caçador/SC e pelo CREAS também do município de Caçador/SC.

Desse modo, chegou-se às seguintes constatações.

Infere-se das medidas socioeducativas estudadas que mais da metade recaiu sobre adolescentes do sexo masculino. Depreende-se, além disso, que a medida socioeducativa mais aplicada na Comarca é a de Prestação de Serviço à Comunidade – PSC.

Talvez, cumprindo a medida de Prestação de Serviço à Comunidade o adolescente se sinta mais útil, assim, ocupa o seu tempo executando tarefas que tragam algum aprendizado. Lembrando que essa medida não impõe custos ao Estado, haja vista que quem fiscaliza o adolescente é a entidade na qual este presta o serviço.

Ademais, das 130 (cento e trinta) amostras coletadas da Vara da Infância e da Juventude, 73% (setenta e três por cento) dos adolescentes não reincidiu na prática de atos infracionais. Ainda tem-se que 78% (setenta e oito por cento) das medidas socioeducativas foram devidamente cumpridas.

Ao levar em conta as medidas aplicadas pelo CREAS, 74% (setenta e quatro por cento) dos infratores não reincidiu na prática de condutas infracionais.

Ao somar os dados da Vara da Infância e Juventude com as informações obtidas do CREAS, examina-se que 78% (setenta e oito por cento) dos adolescentes cumpriu a medida socioeducativa imposta.

Dessa análise mais abrangente, foi possível constatar que 72% (setenta e dois por cento) dos adolescentes não reincidiu na prática de atos infracionais

Com amparo nos registros até agora vistos, nota-se que mais de 70% (setenta por cento) dos adolescentes que já estiveram contato com as medidas socioeducativas não voltou a cometer infrações.

Quanto ao cumprimento, percebe-se que mais de 70% (setenta por cento) dos adolescentes infratores cumpriu adequadamente a medida socioeducativa. Surge, nesse sentido, um cenário favorável para a eficácia das medidas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para o presente estudo, considerou-se, portanto, que a medida socioeducativa foi eficaz, em primeiro lugar, se esta atingiu a finalidade do cumprimento.

Em segundo lugar, levou-se em conta se o adolescente, ao cumprir a medida não recaiu na prática de novas condutas que infrinjam as normas sociais, compreendendo, dessa maneira, o caráter pedagógico que tem a medida socioeducativa.

Outrossim, pode-se dizer que as medidas socioeducativas são uma forma de educar no curso

dos acontecimentos, pois a cada etapa que o adolescente passa até chegar no momento de cumprir a medida, há a possibilidade de que ele visualize os atos que cometeu no meio social.

Por fim, conclui-se que as medidas socioeducativas podem estar surtindo resultados eficazes na comarca de Caçador/SC, tendo em vista que a maior parte dos adolescentes infratores não só cumpriu a medida imposta, mas também não voltou a praticar outros atos infracionais.

Ante o exposto, observa-se pelos dados obtidos que o cumprimento das medidas pode estar reeducando os adolescentes e por consequência inibindo a reincidência.

É premente que se deixe claro que a pesquisa realizada teve como embasamento a análise de material extraído de órgãos oficiais que pudessem dar qualidade a exposição e a conclusão do trabalho, de modo a fundamentar um resultado com suporte fático.

6 REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BANDEIRA, Marcos. **Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional**. 1. ed. Editus: Bahia, 2006.

BARROS, Thaís Allegretti. A eficácia das medidas socioeducativas frente à criminalidade infanto-juvenil. Monografia (Bacharel em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_1/thais_barros.pdf>.

BRASIL, Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Programa de medida justa: orientações sobre medidas socioeducativas. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/8/docs/orientacoes_sobre_medidas_socioeducativas_-_cnj.pdf>.

COSTA, Izabelle Giovana. Ineficácia das medidas socioeducativas. Disponível em: <http://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/ineficacia-das-medidas-socioeducativas.htm#capitulo_5.7>.

ENGEL, Norival Acácio. Prática de ato infracional e as medidas socioeducativas: uma leitura a partir do estatuto da criança e do adolescente e dos princípios constitucionais. Orientador: Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão. Dissertação. (Mestrado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí/SC, 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Norival%20Ac%C3%A1cio%20Engel.pdf>>.

LAZZAROTTO, Gislei Domingos Romanzini *et al.* **Medida socioeducativa entre a e z**. Evangraf: Porto Alegre, 2014.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e o ato infracional: medida socioeducativa é pena?** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

LIMA, Fernanda Da Silva e VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/99635/VD-Direito-da-Crianca-18-09-2012.pdf;jsessionid=923422210F3AEC14004E860551229531?sequence=1>>.

NERI, Aline Patrícia. A eficácia das medidas socioeducativas aplicadas ao jovem infrator. Orientadora: Professora Especialista Josilene Nascimento Oliveira. Monografia (Bacharel em Direito). Universidade Presidente Antônio Carlos, Barbacena/MG, 2012. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-a22e6638bac2d0bb4ec3b857328c2534.pdf>>.

OLIVEIRA, Assis da Costa. Princípio da pessoa em desenvolvimento: fundamentos, aplicações e tradução intercultural. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/10590-47118-1-pb.pdf>>.

SÁ, Arthur Luiz Carvalho de. As medidas socioeducativas do ECA e a reincidência da delinquência juvenil. Orientador: Professor Valdinei Cordeiro Coimbra. Monografia. (Bacharel em Direito). Centro Universitário do Distrito Federal, DF, 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,as-medidas-socioeducativas-do-eca-e-a-reincidencia-da-delinquencia-juvenil,24348.html>>.

SANTOS, Fernando Ávilla. As medidas socioeducativas e a responsabilidade da sociedade frente à doutrina da proteção integral, 2012. Disponível em: <http://repositorio.upf.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/238/PF2012Fernando_Avilla_dos_Santos.pdf?sequence=1>

SANTOS, Milena Granato Barbosa dos. A (In)eficácia das medidas socioeducativas à luz da análise da reincidência. Monografia. (Bacharel em Direito). Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora/MG, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/4729/1/milenagranatobarbosadossantos.pdf>>.

VERONESE Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente.** São Paulo: LTr, 1999.

_____. **Os direitos da criança e do adolescente.** Florianópolis: OAB/SC, 2006.

AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL: UMA APRESENTAÇÃO DESTE INSTITUTO OBSERVANDO-SE OS PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL E AS PRISÕES PENAIS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO¹

Rubens Luís Freiberger²
Juarez Diego Siqueira³

Recebido em: 11 abr. 2018
Aceito em: 24 abr. 2018

Resumo: O presente artigo retrata o instituto da Audiência de Custódia, implementado no ordenamento jurídico nacional em 15 de dezembro de 2015. Estas audiências visam uma apresentação do indivíduo detido a um juiz para que seja examinada a legalidade da prisão, as condições e o tratamento recebido por parte das autoridades que a realizaram e ainda para verificação sobre a necessidade de manutenção da prisão durante o decorrer do processo. Muitos aspectos foram questionados pela doutrina, magistrados, delegados de polícia e por demais operadores do direito, tanto sobre a legalidade do meio de implantação deste instituto e também sobre a necessidade de realização ou não dessas audiências. O estudo faz uso do método indutivo associado à pesquisa bibliográfica, utilizando a produção descritiva e observando a Normalização dos Trabalhos Acadêmicos da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP), bem como as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Palavras-chave: Audiência de Custódia. Prisões. Legalidade. Implantação.

CUSTODIAL AUDIENCES IN BRAZIL: A PRESENTATION OF THIS INSTITUTE OBSERVING THE PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW AND PENAL PRISONS OF THE BRAZILIAN LEGAL ORDER

Abstract: This article portrays the institute of the Hearing of Custody, implemented in the national legal system on December 15, 2015. These hearings aim at presenting the individual detained to a judge to examine the legality of the prison, the conditions and the treatment received by of the authorities that carried it out and also to verify the need to maintain the prison during the course of the proceedings. Many aspects were questioned by the doctrine, magistrates, police officers and by other operators of the law, as much on the legality of the means of implantation of this institute and also on the necessity of realizing or not of these audiences. The study uses of the inductive method associated with the bibliographic research, using descriptive production and observing the Standardization Works of academic works of the University Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP), as well as the rules of the Brazilian Association of Technical Norms (ABTN).

Keywords: Custody Hearing. Prisons. Legality. Implantation.

1 Artigo Científico apresentado como requisito parcial para obtenção de nota na disciplina de Monografia, orientado pelo Professor Rubens Luís Freiberger.

2 Professor do Curso de Direito, da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP – Caçador/SC.

3 Acadêmico da 10ª Fase do Curso de Direito, da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP – Caçador/SC.

1 INTRODUÇÃO

O tema Audiência de Custódia é muito discutido no atual cenário jurídico brasileiro, pois sua regulamentação deu-se recentemente e ainda está em fase de implantação. A matéria versa sobre o instrumento processual que determina que todo o preso deve ser levado à presença da autoridade judicial, para que este avalie a legalidade e necessidade de manutenção da prisão.

O objetivo que tais audiências buscam alcançar é a efetiva aplicação da previsão disposta em tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil como por exemplo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Logo, busca-se com o presente estudo analisar este instrumento e a sua adequação e imprescindibilidade para a promoção dos princípios de direito penal adotados pelo Brasil, a correta aplicação das prisões penais e a promoção de garantias fundamentais adotadas através de tratados internacionais, discorrendo sobre diversos pontos que envolvem o tema.

Para orientar a presente investigação, utilizou-se o método indutivo, operacionalizado pela pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. No relato dos resultados da pesquisa adotou-se a produção descritiva em observância ao disposto na Normalização de Trabalhos Acadêmicos da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP, seguindo sempre as diretrizes da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

2 DIREITO PENAL E A TEORIA GERAL DO CRIME

O direito surge como regulador das relações sociais, nasce como uma necessidade humana visando assegurar a própria sobrevivência dentro de uma coletividade. Tais normas, que compõem a ordem jurídica e a todos são impostas, providenciariam a segurança necessária às boas relações entre os membros de uma sociedade. Logo, atos que vão de encontro ao que fora previamente acordado e a todos regulam, resultam em um ilícito jurídico, no presente contexto um ilícito penal, ou seja, uma ação que atinge um bem jurídico relevante que o direito optou por tutelar.⁴

Complementando este entendimento:

Sob o aspecto formal, o Direito Penal é legitimado pela aprovação conforme à Lei Fundamental das leis penais. A legitimação material consiste no fato de as leis penais serem necessárias à manutenção da configuração da sociedade e do Estado. Não existe um conteúdo genuíno das normas penais; os conteúdos possíveis orientam-se segundo contexto da regulação em questão. Ao contexto da regulação pertencem as realidades da vida social, bem como as normas, em especial as de caráter constitucional.⁵

Visando proteger os bens jurídicos, tutelados pelo direito penal, contra atos lesivos, são impostas sanções pelo Estado. Tais sanções surgem não só como forma de punir fatos que já

4 JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 45.

5 JAKOBS et al., **Direito penal contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1.

ocorreram, mas também prevenir e reprimir tais injustos penais. A mais áspera das medidas é a pena.⁶

Atualmente não existe disposição legal que apresente o conceito de crime, a formulação da ideia de crime é apresentada pela doutrina. Apenas é possível encontrar na Lei de Introdução ao Código Penal pilares que distinguem crime e contravenção penal, mas não há nada mais que possa estruturar na conceituação de fatos definidos como crime. Buscando o entendimento dos fatos ditos como crime, várias teorias foram formadas e vem evoluindo ao longo dos anos.⁷

O artigo 1º [Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941](#)⁸ apresenta a seguinte redação:

Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

3 AS PRISÕES CAUTELARES NO DIREITO BRASILEIRO

A prisão observada no contexto normativo-penal é a restrição da liberdade de um indivíduo que surge como fruto de ação que atingiu bem jurídico protegido na esfera penal. Esta prisão pode ser imediatamente ou logo após a ação do indivíduo – o que chama-se de prisão em flagrante – e também em fase posterior quando determinada por ordem judicial. Identificam-se duas possibilidades da supressão da liberdade, uma dita prisão penal que é justamente aquela expedida em fase pré-processual, processual ou já na fase de execução da pena. Ou ainda a prisão extrapenal, chamada assim exatamente por ser de natureza civil ou disciplinar.⁹

A prisão preventiva é modalidade de prisão processual que deve ser decretada exclusivamente por magistrado quando justificada pelos requisitos dispostos em lei. Tratando-se de medida cautelar exige-se então a presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.¹⁰

Ainda sobre o tema elucidada o doutrinador:

Fumus comissi delicti nada mais é do que a exigência de que o fato investigado seja criminoso, bem como da existência de indícios de autoria e prova da materialidade da infração em apuração. É o que se chama, no processo civil, de *fumus boni juris*. Já o *periculum libertatis* diz respeito à necessidade de segregação do acusado, antes mesmo da condenação, por se tratar de pessoa perigosa ou que está prestes a fugir para outro país etc. É o chamado *periculum in mora* do processo civil. A possibilidade de decretação da prisão preventiva encontra embasamento no art. 5º, LXI, da Constituição Federal, que admite, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a prisão por ordem escrita e fundamentada

6 JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**. p. 45.

7 GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. p. 60.

8 BRASIL. [Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941](#). Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm> Acesso em 27 set 2017.

9 FREITAS, Jayme Walmer de. Prisão cautelar no direito brasileiro. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1.

10 GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 378.

da autoridade judiciária competente (além da prisão em flagrante).¹¹

O instituto da prisão preventiva é forma severa de interferência na esfera do indivíduo por afetar diretamente a sua liberdade que é direito fundamental consagrado em nossa Constituição Federal, contudo é medida cautelar do processo penal prevista em diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo independente se estes são conservantistas ou liberais, capitalistas ou socialistas. Esta prisão justifica-se quando não existem outros meios idôneos de promover uma situação satisfatória para a persecução criminal.¹²

A prisão temporária é modalidade de prisão surge como fruto da medida provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989, que posteriormente foi substituída pela Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989. Surge devido à complexidade de algumas investigações que tem como objeto infrações penais que são mais gravemente apenadas.¹³

Destaca Guilherme de Souza Nucci¹⁴ que esta é modalidade de prisão cautelar que pode ser decretada ainda na fase do inquérito policial uma vez que é de natureza persecutório penal. Tem justamente o objetivo de acurar as investigações policiais de modo que demonstrem-se mais eficientes e ainda proporciona que estas sigam dentro dos parâmetros constitucionais estabelecidos. Esta medida é exclusiva da fase pré-processual uma vez que já no estágio da fase judicial deve o Estado valer-se da prisão preventiva.

Apenas a gravidade abstrata do crime não justifica por si a decretação da prisão temporária, pois conforme disposição do inciso III do artigo 1º da Lei 7.960/1989 há um rol de crimes contemplados por ela, assim se faz necessário que tais crimes dispostos no texto legal sejam conjugados com as hipóteses apresentadas nos incisos I ou II do mesmo artigo citado.¹⁵

Flagrante na seara jurídica é característica de infração penal que está queimando, que está acontecendo naquele exato momento ou que acaba de ocorrer. A expressão flagrante apresenta sua origem no termo latino *flagrare* (queimar), *flagrans*, *flagrantis* (ardente, brilhante, resplandecente). Diante dessa situação é autorizada a prisão do autor do ilícito penal mesmo sem ordem expedida por autoridade judicial em virtude da certeza do crime.¹⁶

Assim conceitua a prisão em flagrante Fernando Capez:

O termo flagrante provém do latim *flagrare*, que significa queimar, arder. É o crime que ainda queima, isto é, que está sendo cometido ou acabou de sê-lo. Na conhecida lição de Hélio Tornaghi, “flagrante é, portanto, o que está a queimar, e em sentido figurado, o que

11 GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. p. 378.

12 CAZABONNET, Brunna Laporte; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **O sistema da prisão preventiva: análise à luz do direito comparado**. In: XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO, 24, 2015, Belo Horizonte. p.193.

13 PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 1.

14 NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. p. 1.

15 NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. p. 1.

16 LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 828.

está a acontecer”. É, portanto medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção. Para José Frederico Marques, “flagrante delito é o crime cuja prática é surpreendida por alguém no próprio instante em que o delinquente executa a ação da prática ilícita”.¹⁷

O entendimento geral da prisão em flagrante proporciona a ideia de que existe uma relação imediata entre o ilícito penal cometido e sua conseqüente captura por terceiro, seja particular ou autoridade policial e seus agentes, isto devido à etimologia da palavra que apresenta a ideia de ardência, de crepitar, que derivam da expressão latina *flagare*. Porém o artigo 302 do Código de Processo Penal ainda considera algumas situações onde não verifica-se mais a referida ardência do crime.¹⁸

4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA SUA PREVISÃO LEGAL, FINALIDADES E DINÂMICA

As audiências de custódia surgem no Brasil como a efetivação do direito que todo o cidadão preso deve ser apresentado a um juiz ou tribunal para que seja examinada a legalidade da prisão, as condições e o tratamento concedido pelas autoridades que realizaram sua detenção e ainda para verificação sobre a necessidade de manutenção da prisão realizada durante o decorrer do processo.¹⁹

No ano de 2010 em seu primeiro semestre o ministério público do Ceará buscando a consolidação que toda a pessoa presa no Brasil fosse apresentada a um juiz ou tribunal ingressou com uma ação civil pública. Nesse sentido também já eram realizados estudos no mesmo período pela defensoria pública do estado de São Paulo.²⁰

Em setembro de 2011 é apresentado um projeto de lei no senado federal – PLS 554/2011 – que alterava o § 1º do art. 306 do Código de Processo Penal, para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante.²¹

Mais tarde, em abril de 2014 é dado um passo no sentido de regulamentar a audiência de custódia pelo estado do Maranhão estando tal estado até então na dianteira desta discussão. No mesmo ano é proposta mais uma ação civil pública, sendo desta vez de autoria da Defensoria Pública da União visando a realização das referidas audiências em todo o solo pátrio. Já em novembro de 2014 a cidade de São Luís no Maranhão é a primeira capital brasileira a implementar a realização de tais

17 CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1.

18 PACHELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. p. 1.

19 OLIVEIRA, Thiago Almeida de. Audiência de custódia. In: Saber Direito. Brasília: TV Justiça, 19 de novembro de 2016. Programa de TV.

20 OLIVEIRA, Thiago Almeida de. Audiência de custódia. In: Saber Direito. Programa de TV.

21 BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 554, de 06 de setembro de 2011. Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Disponível em: < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>.> Acesso em 25 mar 2017. p.1

audiências.²²

Já no ano de 2015 o Tribunal de Justiça de São Paulo também regula o tema audiência de custódia no seu provimento conjunto número três (presidência e corregedoria do tribunal):

Caminhando nesse sentido em fevereiro de 2015 surge o projeto audiência de custódia no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, sendo que nesse mesmo mês é proposta uma ação direta de inconstitucionalidade – ADI 5240 – pela ADEPOL (Associação Nacional dos Delegados de Polícia), que propunha-se a questionar o referido provimento conjunto de número três entre a corregedoria e a presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo.²³

Outro fato significativo a ser focado é a propositura da ADPF 347 junto ao STF que pede a declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro e como fruto dessa ação o STF determina a realização em âmbito nacional das audiências de apresentação. Sendo este considerado marco da implementação de tais audiências no Brasil no âmbito federal. No final de 2015, mês de dezembro é editada a resolução nº 213 de 15/12/2015 através do conselho nacional de justiça que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.²⁴

Discordando do teor da resolução 213/2015 a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade pautada na tese de inconstitucionalidade formal, declarando em seu texto que tal resolução versa sobre matéria de direito processual penal indo de encontro à previsão constitucional do artigo 22, inciso I que dispõe que compete privativamente à União legislar sobre: direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.²⁵

As audiências de custódia surgem de um discurso de que existe uma omissão quanto a previsão do artigo 7º, item 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos que determina que toda a pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais. Tal convenção foi promulgada no ordenamento jurídico pátrio através do Decreto 678 de 06 de novembro de 1992, ou seja, há mais de 20 anos. Logo se conclui que a partir do momento que tomamos tais audiências como algo novo é o mesmo que admitir que desde o ano de 1992 o Brasil vem descumprindo uma cláusula fundamental sobre direitos humanos e mais, esta omissão que persiste há mais de 20 anos até então não fora percebida por nenhuma das partes que compõem o processo penal inclusive pelos advogados e até mesmo pela doutrina.²⁶

22 OLIVEIRA, Thiago Almeida de. Audiência de custódia. In: Saber Direito. Programa de TV.

23 OLIVEIRA, Thiago Almeida de. Audiência de custódia. In: Saber Direito. Programa de TV.

24 OLIVEIRA, Thiago Almeida de. Audiência de custódia. In: Saber Direito. Programa de TV.

25 LULIA, Luciana de Toledo Temer; SANTOS, Daniel De Andrade. **O delegado de polícia como garantidor do direito à liberdade - reflexões sobre o instituto da audiência de custódia.** p.138

26 NUCCI, Guilherme de Souza. Os mitos da audiência de custódia. Disponível em:

Da inteligência da legislação utilizada como amparo para a implantação do sistema de audiências de custódia, Pacto de San José da Costa Rica e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, é possível inferir-se que toda a pessoa presa deve ser levada a uma autoridade estatal a qual decidirá sobre a legalidade da sua prisão, no texto dos referidos dispositivos legais “juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”. Assim sendo, o texto legal tornou competente para a apresentação do preso não somente o magistrado.²⁷

Assevera o magistrado e jurista Nucci²⁸ sobre a possibilidade do delegado de polícia arbitrar fiança em crimes cuja pena máxima não seja superior a quatro anos questionando qual outra autoridade teria esta prerrogativa além do delegado e se não seria uma função típica de juiz. Destaca que nosso atual ordenamento jurídico, vigente a mais de 70 anos, optou por apresentar a pessoa presa ao delegado de polícia e posteriormente este encaminhará os autos da prisão em flagrante ao juiz competente.

O juiz de direito Magid Nauef Láuar²⁹ atual presidente da ANAMAGES (Associação Nacional dos Magistrados Estaduais) manifesta-se sobre o Pacto de São José da Costa Rica:

Uma norma jurídica, porém, é sempre contemporânea ao tempo da sua elaboração. O Pacto de San José foi firmado em razão da Convenção Americana de Direitos Humanos –com muita pertinência– no ano de 1969, quando ditaduras assolavam a América Latina. Alfredo Stroessner, no Paraguai, Juan Velasco, no Peru, Emílio Garrastazu Médici, no Brasil, Fidel Castro, em Cuba. Tal providência legislativa foi uma maneira de comprometer os ditadores a respeitarem os direitos humanos e, ainda, de impedir o assassinato e a tortura. Assim, é preciso salientar que naquela época, no Brasil, grande parcela dos delegados de polícia não era concursada. Ou seja, não tinha formação acadêmica e nem comprovação de mérito. Daí tínhamos que a regra era o completo desrespeito dos direitos humanos.

Então diante de todas as possibilidades de que o cerceamento da liberdade de um cidadão seja contemplado por diversas instituições públicas, compostas por membros concursados e extremamente preparados, não justifica-se a introdução de dispositivos legais que proponham a adição do ato de apresentação pessoal do preso ao juiz, porque em tal caso seria aceitar, que em nossa realidade, não só a autoridade policial estaria homologando prisões ilegais mas também que promotores tem aceitado tais atos ilegítimos e conseqüentemente que a defensoria pública é instituição faltosa.³⁰

5 CONCLUSÃO

O Direito Penal é a *ultima ratio* visando limitar o poder incriminador do Estado, contudo

<<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

27 CASTRO, Henrique Hoffmann; Neto, Francisco Sannini. Audiência de custódia deve ser feita por delegado de polícia. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-20/audiencia-custodia-feita-delegado-policia>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

28 NUCCI, Guilherme de Souza. Os mitos da audiência de custódia. p. 1.

29 LÁUAR, Magid Nauef. Preso deve ser apresentado a juiz em até 24 horas após flagrante? Não. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2015/10/1689729-presos-deve-ser-apresentado-a-juiz-em-ate-24-horas-apos-flagrante-nao.shtml>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

30 LÁUAR, Magid Nauef. Preso deve ser apresentado a juiz em até 24 horas após flagrante? Não. p.1

apresenta normas indispensáveis a assegurar a proteção de bem jurídicos fundamentais para a convivência em sociedade. Deste raciocínio depreende-se que quando algum indivíduo é detido – principalmente em flagrante delito – não há outro modo de cuidar do fato que deu causa à sua detenção senão aplicando-se as previsões do Direito Penal e do Processo Penal, além das demais repercussões cíveis, administrativas, disciplinares etc.

A liberdade de um indivíduo constitui a regra e a prisão consiste em uma exceção decorrente de fato ou fatos que atentaram de algum modo a segurança, logo esta sanção justifica-se como meio de promover a segurança da coletividade. É imperioso destacar que no caso das prisões cautelares, inclusive na prisão em flagrante o detido não passa a ser considerado culpado, mantém-se a sua presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença, a sua detenção dá-se em razão de outros motivos como a garantia da ordem pública, da instrução criminal entre outros.

Com certeza este novo rito não atenta contra nenhum princípio de direito penal, porém não atua de maneira imediata de forma a causar uma grande mudança nos direitos e garantias do detido. Nem mesmo o argumento do grande número de solturas frutos das audiências parece palpável, ao longo do trabalho foram dispostos elementos que derrubam esta tese vista como um benefício, pois causa estranheza que ao colocar o preso na frente de um juiz de direito este mude toda a sua postura anterior às audiências de custódia e passe a perceber argumentos que justifiquem a liberdade do detido.

Em face do exposto, conclui-se que as Audiências de Custódia são prescindíveis tanto para uma promoção considerável dos princípios de direito penal quanto para efetivar a previsão disposta em tratados internacionais no que se refere a apresentação de toda a pessoa presa a um juiz ou autoridade que lhe faça as vezes. Muito mais razoável seria ampliar as competências dos Delegados de polícia, visando assegurar as garantias do detido, do que a criação de um novo instrumento oneroso para o Estado, de aplicação dificultosa para seus agentes, que nasce de forma equivocada. Muito mais parece uma medida velada atuando de forma paliativa em favor da diminuição da população carcerária do que ferramenta que assegure a ascensão de qualquer direito ou garantia fundamental.

6 REFERÊNCIAS

Alencar, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 02 mai 2017.

BRASIL. [Decreto-lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941](#). Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm> Acesso em 27 set 2017.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 554, de 06 de setembro de 2011. Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Disponível em: < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>.> Acesso em 25 mar 2017.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NETO, Francisco Sannini. Audiência de custódia e o sistema processual penal brasileiro: um vislumbre para além da proposta inicial. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/35852/audiencia-de-custodia-e-o-sistema-processual-penal-brasileiro-um-vislumbre-para-alem-da-proposta-inicial>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTRO, Henrique Hoffmann; NETO, Francisco Sannini. Audiência de custódia deve ser feita por delegado de polícia. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-dez-20/audiencia-custodia-feita-delegado-policia>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

CAZABONNET, Brunna Laporte; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **O sistema da prisão preventiva: análise à luz do direito comparado**. In: XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO, 24, 2015, Belo Horizonte.

DAVANÇO, João Eduardo Santana. Audiência de custódia. Disponível em: < <http://www.pc.ms.gov.br/wp-content/uploads/sites/87/2015/08/ARTIGO-AUDI%80ANCIA-DE-CUST%8093DIA.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

FLORES, Andréa; LOPES, Jodascil Gonçalves. Manual de direito penal. São Paulo: Saraiva, 2015.

Freitas, Jayme Walmer de. Prisão cautelar no direito brasileiro. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

JAKOBS et al., Direito penal contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2011.

JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÁUAR, Magid Nauef. Preso deve ser apresentado a juiz em até 24 horas após flagrante? Não. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/opinia0/2015/10/1689729-pres0-deve-ser-apresentado-a-juiz-em-ate-24-horas-apos-flagrante-nao.shtml>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2013.

LULIA, Luciana de Toledo Temer; SANTOS, Daniel De Andrade. **O delegado de polícia como garantidor do direito à liberdade - reflexões sobre o instituto da audiência de custódia**. In: XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS

GRADUAÇÃO EM DIREITO, 25, 2016, Brasília.

MESSA, Ana Flávia. Prisão e liberdade. São Paulo: Saraiva. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Os mitos da audiência de custódia. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. Por que há tantas prisões cautelares no Brasil?. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-13/guilherme-nucci-tantas-prisoas-cautelares-brasil>>. Acesso em: 08 mai. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

OLIVEIRA, Thiago Almeida de. Audiência de custódia. In: Saber Direito. Brasília: TV Justiça, 19 de novembro de 2016. Programa de TV.

A PRODUÇÃO DE PROVAS NA ARBITRAGEM BRASILEIRA

Feliciano Alcides Dias¹
Natacha Juli Georg²

Recebido em: 25 jun. 2018

Aceito em: 15 jul. 2018

Resumo: Esta pesquisa tem a finalidade de analisar a produção de provas no processo arbitral, de acordo com as disposições do Código de Processo Civil brasileiro, a partir da escolha pelas partes na instituição da arbitragem. Para tanto, a produção das provas cíveis é abordada, através do método dedutivo e acervo bibliográfico, na legislação processual brasileira para posterior compreensão do cabimento destas perante o juízo arbitral, cuja busca pela verdade real passa a ter maior concretude diante da vontade das partes. Em comparação com o processo judicial, investiga-se a celeridade do procedimento probatório e as implicações na produção das provas cíveis perante a arbitragem brasileira e o funcionamento do processo arbitral. Verifica-se a possibilidade de que testemunhas técnicas imitam opinião sobre determinado assunto, baseado nos conhecimentos técnicos especializados antes da audiência de instrução no juízo arbitral, com a finalidade de reduzir o tempo, os custos do processo e também afastar eventuais surpresas no julgamento do conflito.

Palavras-chave: Arbitragem. Produção de Provas. Código de Processo Civil. Resolução dos Conflitos.

THE PRODUCTION OF EVIDENCE IN BRAZILIAN ARBITRATION

Abstract: This research has the purpose of analyzing the production of evidence in the arbitration process, in accordance with the provisions of the Brazilian Civil Procedure Code, based on the choice by the parties in the arbitration institution. In order to do so, the production of civil evidence is approached, through the deductive method and bibliographic collection, in the Brazilian procedural law for later understanding of the arbitration court's jurisdiction, whose search for the real truth becomes more concrete in the face of the will of the parties. In comparison with the judicial process, the speed of the probative procedure and the implications in the production of the civil evidence before the Brazilian arbitration and the operation of the arbitration process are investigated. There is a possibility that technical witnesses imitate an opinion on a particular matter, based on specialized technical knowledge prior to the arbitration hearing, in order to reduce the time, costs of the process and also to avoid any surprises in the trial of the conflict.

Keywords: Arbitration. Production of Evidence. Code of Civil Procedure. Conflict Resolution.

¹ Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídicas e Especialista em Direito Civil pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Diretor do Centro de Ciências Jurídicas e Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual Civil do curso de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB. Professor e Coordenador da Escola de Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC. Pesquisador na linha “Acesso à Justiça, Gestão de Conflitos e Organizações” vinculada ao Grupo de Pesquisa “Direitos Fundamentais, Cidadania & Justiça” certificado pela FURB junto ao CNPq. Advogado. Árbitro. E-mail: feliciano@furb.br.

² Especialista em Ciências Forenses Perícias Cíveis e Criminais pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Bacharel em Direito e em Ciências Biológicas. E-mail: natacha@furb.br.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo estudar a aplicação das provas cíveis no âmbito do direito processual civil, culminando com a análise da produção de provas no processo arbitral sob a nova ótica do Código de Processo Civil brasileiro.

Trata-se de um tema pouco difundido na sociedade brasileira, todavia, com a promulgação da novel legislação processual, instrumentaliza-se de forma significativa o acesso à justiça, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Com o Código de Processo Civil brasileiro sancionado através da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, tem-se uma nova dimensão do acesso à justiça estabelecida em seu artigo 3º, não se restringindo apenas ao monopólio da jurisdição estatal, mas sim, rompendo-se com a cultura do litígio através da resolução de conflitos por meios autocompositivos (conciliação e mediação) e heterocompositivos (jurisdição arbitral e estatal).

No Brasil, a arbitragem foi normatizada originalmente pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que foi um marco histórico e trouxe benefícios para a sociedade brasileira, pois se colocou à disposição um meio ágil de resolver conflitos no âmbito privado.

Em busca de uma modernidade do instituto da arbitragem brasileira impulsionada pela nova codificação processual, aprovou-se em 26 de maio de 2015, a Lei de Arbitragem sob o nº 13.129/2015, que alterou e atualizou a Lei nº 9.307/1996 e a Lei nº 6.404/1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem ao órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, revogando alguns dispositivos da lei de regência da arbitragem.

Com relação à problemática, este trabalho busca pesquisar se a produção de provas no processo arbitral é compatível com o sistema de provas nos moldes previstos pelo Código de Processo Civil brasileiro.

A arbitragem demonstra ser flexível, ou seja, há uma percepção quanto aos meios e a forma de produção de provas, permitindo ser mais eficiente o procedimento arbitral do que no processo judicial. Além disso, os procedimentos arbitrais são normalmente mais rápidos do que os processos judiciais.

Foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica através de doutrinas, legislação, artigos e publicações da internet para o suporte teórico da pesquisa.

2 AS PROVAS NO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

BRASILEIRO

De acordo com Ribeiro³, o princípio da verossimilhança esbarra no problema da verdade, da certeza absoluta, ao longo dos tempos, a ponto de o próprio Aristóteles dizer que as causas judiciais eram defendidas pelos sofistas, pois estes estavam aptos a defender, com a retórica, o que estivesse em jogo, para qualquer das partes. A verdade é incerta e sobre ela não existe unanimidade.

O problema da verdade, da certeza absoluta, se reproduz em todos os meios do Direito. Prova é um meio de se chegar a verdade dos fatos, possibilitando às partes fazerem suas alegações para o convencimento do juiz.

Os fatos não são imutáveis, mas sim, mutáveis, pois a vida diária é prodigiosa de exemplos que a cada dia preocupam mais e mais os magistrados. Tanto isso é verdade, que salientava Alfredo Buzaid, em se referindo ao Direito: “O direito pode ser imortal mas não imutável”.⁴

Ao se conceituar prova, deve-se ater o que expressa o artigo 5º, LVI, da CF/1988, “não serão admitidas no processo as provas obtidas através de meios ilícitos, ou seja, não serão considerados provas os fatos alegados pelas partes que demonstrarem meios ilícitos.

A palavra *prova* provém do latim (*probatio*), significa verificação, exame, inspeção; *prova* significa aquilo que demonstra a autenticidade de alguma coisa ou a que garanta a intenção de um testemunho, de um fato. É aquela que leva à admissão de uma afirmação ou da realidade de um fato.⁵

No sistema jurídico brasileiro, a prova é disciplinada tanto por leis de direito material quanto por leis de direito processual onde as regras sobre o objeto de prova têm natureza de direito material, e as regras que disciplinam os meios de prova tem natureza de direito processual.

Enquanto que no direito material a essência das provas é que prevalece indicando a sua valoração, no direito processual procura-se demonstrar a forma de colher as provas, o momento e o lugar de sua produção, as regras sobre o ônus da prova, os poderes do juiz na produção das provas.

O Direito Processual está fortemente arraigado no terreno do Direito Material, e a maioria das raízes que difunde neste campo e pelas quais a seiva do Direito privado sobe e vivifica o organismo do processo, está constituída precisamente pelas normas sobre a prova. Cada instituição do Direito privado está envolvida por estas normas como por uma rede de vasos capilares: o jogo de ações e reações que media entre os dois campos encontra-se tão nitidamente intuído, que a prática forense e com frequência a linguagem legislativa e inclusive a concepção científica se movem numa contínua mudança entre o conceito de existência do Direito e o de sua prova.⁶

³ RIBEIRO, Darci Guimaraes. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 59.

⁴ RIBEIRO, Darci Guimaraes. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 64.

⁵ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002. p. 26.

⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Direito processual civil e penal*. São Paulo: Péritas, 2001. 2v. p. 23.

Didier Jr⁷ classifica as provas conforme o objeto em: a) *diretas*: que se referem ao próprio fato probando, como por exemplo, a testemunha que narra o fato do acidente a que assistiu; b) *indiretas*: se não se referem ao fato probando, mas a outro, do qual por trabalho do raciocínio se chega àquele, como por exemplo, quando o perito descreve a posição em que encontrou os veículos após o acidente, fazendo presumir como este poderia ter ocorrido.

Quanto à fonte, as provas podem ser:

a) *pessoais*: é que se extrai de afirmação pessoal consciente, destinada a fazer fé dos fatos afirmados; o testemunho é uma prova pessoal; b) *real*: é a que se deduz do exame das coisas, consistindo, pois, na atestação inconsciente, feita por uma coisa, das modalidades que o fato probando lhe imprimiu, por exemplo, os bambus como prova dos limites entre dois imóveis; o terror, o desespero; trincas nas paredes etc., o documento é uma prova real.⁸

Ainda, quanto à forma as provas podem ser orais, documentais e materiais, onde as orais seriam o depoimento da parte e a confissão; as documentais seriam as escrituras públicas ou particulares, plantas, projetos, desenhos, fotografias e as materiais seriam os exames periciais, o corpo de delito, os instrumentos do crime, entre outras.

A Lei de Arbitragem faculta às partes escolher livremente a norma de direito material aplicável a um procedimento arbitral, desde que isso não resulte em violação à ordem pública ou aos bons costumes.⁹

O ônus da prova é um termo utilizado no direito para definir quem é a pessoa responsável por sustentar uma afirmação ou conceito, ou seja, a pessoa responsável por uma determinada afirmação é aquela quem deve oferecer as provas necessárias para sustentá-la.

O ônus da prova parte do princípio que toda afirmação precisa de sustentação, de provas para ser levada em consideração, e quando não é oferecida, essa afirmação não tem valor argumentativo e deve ser desconsiderada em um raciocínio lógico. O problema do ônus da prova surge no momento em que se tenta definir a quem cabe o ônus da prova e é nessa hora que muitas pessoas se confundem. O risco aqui é atribuir o ônus para a pessoa errada, invertendo assim a lógica do raciocínio e destruindo a sua sustentação.¹⁰

De acordo com o Código de Processo Civil, em seu artigo 373, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, estabelecendo assim, a igualdade das partes no processo.

[...] ao autor cabe formular sua demanda de modo claro e determinado (demanda obscura é

⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Prodivm, 2015. v.1. p. 43.

⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Prodivm, 2015. v.1. p. 44.

⁹ MUNIZ, Joaquim de Paiva; VERÇOSA, Fabiane; PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Diogo de Assumpção Rezende. *Arbitragem e mediação: temas controvertidos*. Rio Janeiro: Forense, 2014. p. 192.

¹⁰ BOTTON, Odilon Domingos. *A dinâmica do ônus da prova no processo civil brasileiro*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/37707/a-dinamica-do-onus-da-prova-no-processo-civil-brasileiro>> Acesso em: 01 set. 2017.

inepta e o pedido genérico é apenas excepcionalmente admitido); idêntica razão impõe a regra que veda a contestação genérica. Prestigiam-se, assim, o princípio da cooperação disposto n art. 6º do Código de Processo Civil e, conseqüentemente, o princípio da boa-fé processual que está disposto no art. 5º do CPC.¹¹

Ainda, o mesmo autor relata que embora se trate de regra prevista para a contestação, aplica-se por analogia, à réplica: cabe ao autor impugnar especificamente os fatos novos suscitados pelo réu em sua defesa, sob pena de admissão e, portanto, de incontroversa do fato, cuja prova se dispensa (art. 374, III, CPC).

A legislação processual civil de 2015 ao distribuir o ônus da prova, levou em consideração três fatores: a) a posição da parte na causa (se autor, se réu); b) a natureza dos fatos em que funda sua pretensão/exceção (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido); c) e o interesse em provar o fato.¹² Desta forma, cabe ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo deste mesmo direito (art. 373, CPC).

Pode-se verificar a dinamização dos encargos probatórios no atual Código de Processo Civil através de dois requisitos do ponto de vista processual, sejam eles, a decisão fundamentada do juiz e a oportunidade à parte de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. O artigo 357 do CPC estabelece que a dinamização deve ser feita pelo juiz em decisão de saneamento e de organização do processo, sendo que o mesmo deverá indicar quais provas serão atingidas pela modificação dos encargos probatórios.¹³

Do ponto de vista material, extrai-se do parágrafo primeiro do artigo 373 do CPC, a carga dinâmica do ônus probatório relacionada à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo, bem como a facilidade de obtenção da prova do fato contrário e também conhecimentos técnicos. Esta decisão de redistribuição do ônus da prova não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil, conforme descreve o parágrafo segundo do artigo 373 do CPC. Em síntese, quer dizer que se a prova for muito difícil de ser produzida ou impossível, o juiz poderá decidir com base nas outras provas eventualmente produzidas.

Por sua vez, o parágrafo terceiro do artigo 373 do CPC permite que por convenção das partes, poderá ocorrer distribuição diversa do ônus da prova que, conforme o parágrafo quarto do mesmo artigo, a distribuição do ônus da prova mediante convenção poderá ser firmada antes ou durante o processo. Assim, observa-se que o ônus da prova permite que a parte não produza provas que sejam

¹¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Prodivm, 2015. v.1. p. 652.

¹² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Prodivm, 2015. v.1. p. 111.

¹³ PEIXOTO, Ravi. *Desvendando a dinamização do ônus da prova no cpc 2015*. Disponível em: <<http://blog.ebeji.com.br/desvendando-a-dinamizacao-do-onus-da-prova-no-cpc2015/>>. Acesso em: 5 out. 2017.

contrárias aos seus interesses.

O vigente diploma processual civil trouxe modernidade ao tema possibilitando uma maior flexibilização das regras de distribuição do ônus da prova, sendo que o juiz poderá de forma motivada e fundamentada, restabelecer eventual desequilíbrio das condições probatórias entre as partes, determinando que este ônus recaia sobre quem melhores condições dispuserem de provar os fatos trazidos a julgamento.

No procedimento arbitral, o ônus da prova significa que, quem tiver interesse pelo esclarecimento do fato, deverá produzir ou requerer a produção das provas que achar conveniente.

3 A PRODUÇÃO DAS PROVAS CÍVEIS PERANTE O JUÍZO ARBITRAL

O ser humano busca a verdade constantemente, pois o desejo em provar a verdade e de distinguir o verdadeiro do falso, é muito forte. Filosoficamente, a verdade é ontológica, ou seja, a verdade é expressa pelo intelecto onde o verdadeiro é a própria ideia, a sua concepção.

Para Marinoni¹⁴, a verdade é algo que não pode ser alcançado dentro e fora do processo, por isso, dizem que a verdade é inatingível. “A impostação da verdade como finalidade da prova é uma condição necessária para que se possa colocar a justiça do caso concreto com o que se deseja do processo”.

A verdade dos fatos exerce uma grande importância no julgamento das ações humanas. Quando uma verdade deixa dúvidas é imprescindível verificar sua veracidade. Certamente, não se pode dizer de um fato, que ele é verdadeiro ou falso, pois a rigor, ou ele existiu, ou não existiu. O que é considerado verdade para um pode não ser para o outro.

No processo, discutem-se as afirmações que são feitas acerca dos fatos, ou seja, as valorações, as impressões que as pessoas têm deles. O artigo 369 do Código de Processo Civil expressa que “a verdade dos fatos”¹⁵ consiste em um objetivo da prova, onde as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos.

A instrução processual tem como finalidade o real conhecimento dos fatos, através da análise de um conjunto de provas, para que ao final, o processo tenha um resultado efetivo, qual seja o alcance da “verdade” contida no conflito que envolve as partes litigantes.¹⁵ Nenhuma decisão pode ser considerada justa se a verdade dos fatos estiver baseada numa reconstrução falsa, não verdadeira, dos fatos discutidos no processo.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: procedimentos especiais: procedimentos especiais do CPC e de leis extravagantes, ações constitucionais, ações coletivas, juizados especiais cíveis, arbitragem*. 4. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 324.

¹⁵ SANTOS, Flaviano Adolfo de Oliveira. Provas no processo arbitral. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13361&revista_caderno=21>. *Revista Mackensie*. p. 22-39. Acesso em: 18 fev. 2018.

A fase probatória é considerada a instrução onde se colhe e se produz a prova dos fatos probandos, igualando o processo com os elementos suscetíveis de convencer o magistrado sobre as controvérsias que giram em torno do tema *decidendum*.¹⁶

É na fase postulatória que se expõe os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido e da defesa. É nessa fase que compreende, predominantemente, a formulação e propositura da demanda e resposta do réu.

O procedimento probatório está dividido em quatro fases, sendo que as três primeiras ocorrem no processo, portanto, são consideradas processuais e a última ocorre na decisão:

- a) Fase de proposição da prova: é um ato da parte e consiste no requerimento formulado pela parte de utilização de um meio específico de prova para demonstrar uma afirmação de fato;
- b) Fase de admissão da prova: as provas passam por um juízo de avaliação preventiva de sua necessidade, utilidade e cabimento;
- c) Fase de produção da prova: é quando o juiz, de ofício determina a produção de determinada prova, por considera-la necessária, útil e cabível;
- d) Fase de valoração da prova: é quando se concretiza o meio de prova, ou seja na juntada do documento, realização de perícia ou inspeção judicial, tomada de depoimento etc.¹⁷

De acordo com o artigo 370 do CPC brasileiro, caberá ao juiz decidir de ofício ou a requerimento da parte sobre a admissibilidade e valoração das provas produzidas de acordo com a sua convicção. Este convencimento deverá ser motivado, ou seja, o juiz deverá apresentar as razões de que a prova merece o valor atribuído. Ainda, o parágrafo único do mesmo artigo, o juiz poderá indeferir, desde que fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

O Código de Processo Civil instituiu no artigo 237, IV e no capítulo III, artigos 260 a 268, “a carta arbitral”, onde prevê novidades para o sistema da justiça arbitral e da justiça estatal, pois o Código de Processo Civil de 1973 não previa a relação de cooperação entre o juiz e o árbitro e tampouco a Lei de Arbitragem (Lei nº. 9.307/96).

A carta arbitral atenderá, no que couber, aos requisitos da citação por mandado e será instituída com a Convenção de arbitragem, com a prova da nomeação do árbitro e com a prova da aceitação da função pelo árbitro:

Art. 260. São requisitos das cartas de ordem, precatória e rogatória:
[...] § 3º A carta arbitral atenderá, no que couber, aos requisitos a que se refere o caput e será instruída com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e de sua aceitação da função.

A carta arbitral é uma ferramenta de grande utilidade que a justiça poderá cooperar com a arbitragem, para a efetividade das medidas tomadas pelo juízo arbitral. Esta surgiu no CPC/2015 com o intuito melhorar a comunicação entre o juízo arbitral e o juízo estatal, “para concessão de medidas

¹⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Prodivm, 2015. v.1. p. 78.

¹⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Prodivm, 2015. v.1. p. 78.

Cautelares ou de urgência, e também requerer à autoridade judiciária que conduza testemunha renitente desde que, comprovando a existência da convenção de arbitragem”. Tem-se como exemplo de carta arbitral: “[...] caso uma testemunha não compareça a uma audiência no processo arbitral, o juízo arbitral poderá solicitar, por carta arbitral, ao juiz estatal que conduza a testemunha à próxima sessão em que será ouvida”. (art. 22, § 2º, da Lei nº 9.307/96 – Lei de Arbitragem).¹⁸

As medidas cautelares, para preservar a eficácia da sentença futura ou, de maneira mais abrangente, assegurar o resultado útil do processo, têm como pressupostos conhecidos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, porém, deve-se limitar a tutela acautelatória, de natureza provisória, não podendo antecipar, no todo ou em parte, a providência que se pretende no pedido principal.¹⁹

As medidas cautelares podem ser requeridas de forma preparatória para assegurar o resultado útil, devido à urgência, enquanto que as tutelas antecipadas têm o objetivo de antecipar o resultado futuro.²⁰

A arbitragem é instituída no momento em que o tribunal arbitral é constituído, ou seja, quando o árbitro aceita a nomeação, se for único, ou por todos, se forem vários, conforme determina o artigo 19 da Lei nº. 9.307/96.

A partir da instituição da arbitragem inicia-se a contagem do prazo em que a sentença arbitral deverá ser proferida, o qual é estabelecido de seis meses, contado da data em que a mesma foi instituída ou da substituição do árbitro, de acordo com o artigo 23 da Lei de Arbitragem, salvo se as partes convencionarem de outra forma.

Se o árbitro achar necessários esclarecimentos de alguns pontos obscuros, mesmo depois de instituída a convenção de arbitragem, será elaborada, juntamente com as partes, adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção arbitral. (art. 23, § 1º da Lei de Arbitragem).

O legislador atribuiu ao compromisso arbitral e a cláusula compromissória os mesmos efeitos de afastar a jurisdição estatal e de instituir a arbitragem, obrigando as partes a submeterem seus conflitos ao juízo arbitral, conforme conclusão extraída dos artigos 3º e 5º da Lei de Arbitragem conforme descrito abaixo:

Art. 3º. As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. [...]

Art. 5º. Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecerem na própria cláusula, ou

¹⁸ DIDIER JR., Fredie. A arbitragem no novo código de processo civil. Disponível em:

<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/55987/004_didierjunior.pdf?sequence=1> *Revista TST*, Brasília, vol. 79, no 4, out/dez 2013, p. 81. Acesso em: 01 set. 2017. p.75.

¹⁹ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 235.

²⁰ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 238.

em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

Com relação às implicações da produção de provas cíveis na arbitragem brasileira, apresenta-se o efeito positivo que garante a submissão do conflito objeto da convenção ao juízo arbitral e o efeito negativo ou impeditivo que se refere à revogação da jurisdição estatal, tendo em vista que a existência de uma convenção de arbitragem afasta o juízo estatal de examinar o mérito de um determinado conflito que deverá ser submetido à arbitragem.

Como na arbitragem o julgador tende a deter mais conhecimento da questão técnica, o método da testemunha técnica pode funcionar bem, economizando o tempo e o custo da perícia. É imprescindível que todas as partes tenham acesso aos documentos necessários à produção de prova pericial.²¹

O processo arbitral se desenvolve a partir dos limites estabelecidos pela convenção de arbitragem que é caracterizada pela vontade das partes em realizar essa convenção e, pelo procedimento arbitral propriamente dito, onde as partes poderão expor suas razões perante um árbitro ou mais.

A convenção arbitral, como já visto anteriormente, será responsável por indicar as normas que deverão ser obedecidas durante todo o seu processo. Por isso, para que a convenção seja válida deve preencher os requisitos conforme prescreve a Lei de Arbitragem, além daqueles previstos no contrato, como a capacidade das partes, objeto lícito, forma não defesa em lei, forma escrita, dentre outros.

O compromisso arbitral é presente e específico, já que se refere a um conflito já existente. Como a cláusula arbitral, o compromisso também possui alguns requisitos obrigatórios, os quais: qualificação das partes e do(s) árbitro(s), devida especificação do objeto do litígio e o lugar da arbitragem, além daqueles elementos facultativos: local onde a arbitragem será desenvolvida, autorização para o(s) árbitro(s) julgar com equidade, prazo para a prolação da sentença, opção pela lei nacional ou estrangeira, e resoluções sobre o ônus da sucumbência.

Já o procedimento arbitral se instaura com a aceitação do(s) árbitro(s) ou do órgão arbitral, instituindo-se o juízo arbitral.

É a partir do artigo 19 da Lei de Arbitragem que se inicia o procedimento arbitral:

Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

Parágrafo único. Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

²¹ MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Guia politicamente incorreto da arbitragem VIII. arbitragem e provas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224470,11049-Guia+Politicamente+Incorreto+da+Arbitragem+VIII+Arbitragem+e+provas>> Acesso em: 5 ago. 2017.

O procedimento arbitral será estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem e poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, onde as partes poderão ou não delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

Não havendo esta delegação e estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo, respeitando os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, conforme determina o artigo 21 da Lei de Arbitragem.

De acordo com Parente²², instituída a arbitragem e finalizada a fase inicial do procedimento, apresenta-se o momento da produção de provas, que se volta à aferição dos fatos alegados e ao alinhamento da posição de cada parte no contexto exposto.

O árbitro ou o tribunal arbitral poderá tomar o depoimento das partes, ouvir as testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, desde que as partes encaminhem o pedido através de requerimento ou ofício. (art. 22 da Lei de Arbitragem)

O processo arbitral possui tipicidade na maneira com que as provas são produzidas. Não existe uma dicotomia clara no regime de apresentação, admissibilidade e valoração da prova nos moldes dos sistemas jurídicos conhecidos como *civil law* e *common law*.²³

As provas estão regulamentadas no Codex Processual, mas, por opção metodológica, optou-se por descrever sobre as principais espécies de provas que se aplicam ao procedimento arbitral: a) prova documental; b) prova testemunhal; c) prova pericial.

No modelo da jurisdição estatal, os documentos devem ser trazidos ao processo através de petição inicial e na contestação (art. 434, CPC). Em seguida, dispõe o art. 435 do CPC: “É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos”.

A produção de prova documental tem sido vista pelos usuários como um dos fatores centrais responsáveis pelo aumento do custo e do tempo despendidos no processo arbitral. Boa parte dos casos, mesmo produzidos em número relativamente pequeno de documentos, pode gerar verdadeira avalanche de papéis ou arquivos eletrônicos, consumindo excessivos recursos das partes e atrasando a solução da disputa.²⁴

É comum, no procedimento arbitral, a utilização da técnica denominada *discovery*, própria do sistema processual da *common law*. A técnica de *discovery* consiste singelamente na modalidade de produção da prova, em que uma parte requer que a outra apresente todos os documentos que considere

²² PARENTE, Eduardo Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 220.

²³ PARENTE, Eduardo Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 221.

²⁴ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 124.

necessários para solucionar o conflito.²⁵

No sistema da *common law*, a parte que se recusar a apresentar o documento sofrerá as consequências da inferência negativa, ou seja, o árbitro interpretará que a recusa na apresentação dos documentos fundamenta-se no fato desses documentos serem contrários ao interesse da parte que recusa apresentá-los.²⁶

Por sua vez, Abbud²⁷ em análise ao sistema anglo-saxão, considera que: “Na tradição processual dos países ligados à *common law*, é importante que as partes tenham o mesmo grau de conhecimento dos fatos envolvidos na controvérsia.” Já na tradição da *civil law* decorre da regra de que cada parte tem o ônus de provas suas próprias alegações (*onus probandi incumbit alleganti*), mas esta regra também é válida na tradição *common law*.

No Código de Processo Civil, o artigo 434 determina que às partes devem trazer ao processo os documentos destinados a provar suas alegações, vale dizer, terá que ser juntada na petição inicial e na contestação.

Logo em seguida, no artigo 435 e parágrafo único do CPC, o movimento preclusivo dispõe que outros documentos somente poderão ser aceitos pelo juiz se forem meios de prova de fatos posteriores aos articulados nas peças iniciais. Esse efeito preclusivo não ocorre no processo arbitral, sendo que os documentos podem ser trazidos livremente ao processo. “Inclusive pode-se fixar procedimento inspirado no *pre-trial* do *common law*, no qual as partes trocam entre si documentos encaminhados via memoriais antes de serem levados aos árbitros”.²⁸

No artigo 437, parágrafo primeiro do CPC, o juiz ouvirá a outra parte sobre os novos documentos juntados. No processo arbitral, configura-se tal previsão no artigo 21, parágrafo segundo da Lei de Arbitragem, onde serão sempre respeitados o contraditório e a ampla defesa.

Um aspecto que se relaciona com a prova documental no processo arbitral é a existência de documento importante para o deslinde da causa em poder de terceiro. A doutrina diverge sobre a possibilidade de os árbitros determinarem que esse terceiro exhiba o documento, diante de sua não abrangência pela convenção arbitral.

Outro aspecto relevante sobre a prova documental no processo arbitral, para fins de demonstrar sua tipicidade como sistema, referem-se aos documentos confidenciais onde a apresentação de determinados documentos podem não ser possíveis à parte contrária. No processo estatal, a parte pode

²⁵ SANTOS, Flaviano Adolfo de Oliveira. Provas no processo arbitral. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13361&revista_caderno=21>. *Revista Mackensie*. p. 22-39. Acesso em: 18 fev. 2018. p. 32.

²⁶ SANTOS, Flaviano Adolfo de Oliveira. Provas no processo arbitral. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13361&revista_caderno=21>. *Revista Mackensie*. p. 22-39. Acesso em: 18 fev. 2018. p. 32.

²⁷ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 125.

²⁸ PARENTE, Eduardo Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 238.

requerer ou mesmo, o juiz togado determinar de ofício, o chamado segredo de justiça (art. 189, CPC).

No caso de documento gravado com cláusula de confidencialidade, mas de fundamental importância ao deslinde do processo, o presidente da câmara arbitral divulgará à parte contrária apenas trechos que interessem diretamente à solução da controvérsia, para a produção da contraprova, sendo depois devolvido o documento à parte que apresentou a prova.

Normalmente a prova documental terá origem em alguma pessoa, ou seja, é criada por alguém com alguma finalidade. Aquele que cria a prova documental ou manda que se faça, será o autor.²⁹

O documento será público quando for formado perante e por autoridade pública no exercício de suas atribuições legais e que tenha poder de atribuir fé pública, isto é, presunção de veracidade e autenticidade. O documento será particular quando sua autoria se dê por ação de um particular ou mesmo de um funcionário público (desde que este não se encontre no exercício de suas funções).³⁰

Os artigos 405 a 429 do Código de Processo Civil tratam da “força probante dos documentos”, trazendo algumas regras com relação à eficácia probatória de documentos públicos e particulares.

O documento público faz prova não só da sua formação, mas também, dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença (art. 405, CPC). A presunção de autenticidade e de veracidade do conteúdo do documento público decorre da fé pública que lhe é reconhecida (p. ex., art. 215, Código Civil).³¹

Nesse contexto é que tem aplicação a regra do art. 413 do novo CPC, que autoriza o uso de telegrama, do radiograma, ou de “qualquer outro meio de transmissão”, com a mesma força probante do original particular, “se o original constante da estação expedidora foi assinado pelo remetente”, facultando-se, ainda, o reconhecimento de firma, por tabelião, mediante declaração do fato no original conhecido pela estação transmissora.³²

Aplica-se esta regra não apenas ao telegrama e ao radiograma, mas a qualquer outro meio de transmissão de informações que a tecnologia possa inventar.

O documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário (art. 408, *caput*, CPC, c/c art. 219, Código Civil), se não houver da sua autenticidade (art. 412, CPC). A presunção que se erige é relativa, admitindo prova em contrário.

Para o reconhecimento da veracidade e autenticidade das declarações contidas no documento,

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: procedimentos especiais: procedimentos especiais do CPC e de leis extravagantes, ações constitucionais, ações coletivas, juizados especiais cíveis, arbitragem*. 4. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 342.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: procedimentos especiais: procedimentos especiais do CPC e de leis extravagantes, ações constitucionais, ações coletivas, juizados especiais cíveis, arbitragem*. 4. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 345.

³¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Prodivm, 2015. v.1. p. 195.

³² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: procedimentos especiais: procedimentos especiais do CPC e de leis extravagantes, ações constitucionais, ações coletivas, juizados especiais cíveis, arbitragem*. 4. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 345.

este pode ser anulado quando demonstrar ter produzido por erro de fato ou coação, é o que diz claramente o artigo 393 do CPC e o artigo 214 do Código Civil.

O documento eletrônico é um meio de prova documental, “que pode ser um texto escrito, como também um desenho, uma fotografia digitalizada, sons, vídeos, enfim, tudo que puder representar um fato e que esteja armazenado em um arquivo digital”.³³

A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei. (art. 329, CPC)

Para se atribuir um valor probatório aos documentos eletrônicos, fundamentalmente, deve-se ponderar a certeza e a segurança do referido documento, “sobretudo quanto à sua autenticidade, que permite identificar a sua autoria, e à sua integridade, que permite garantir a inalterabilidade do seu conteúdo. Somente a certeza quanto a esses dados é que poderá garantir a eficácia probatória desses documentos”.³⁴

O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor. (art. 440, CPC). Existem na atualidade, algumas técnicas que podem conferir maior segurança como, por exemplo: a assinatura digital; o reconhecimento biométrico que permite identificação pela íris do olho, impressão digital, timbre de voz etc; as senhas pessoais, como o *PIN* (*Personal Identification Number*) que é um número de identificação pessoal do possuidor do equipamento eletrônico na internet, como sendo seu registro de entrada, sendo possível localizar a máquina na rede; senhas utilizadas em terminais bancários entre outros.

Para Didier Jr.³⁵, a técnica mais segura é a criptografia onde a mensagem é cifrada e transformada em um código ininteligível àquele que não conhece o padrão para a decifração, ou seja, somente quem conhece é que pode ter acesso ao conteúdo da mensagem.

Existem duas formas de criptografia, a simétrica e assimétrica³⁶, quais sejam:

a) *Criptografia simétrica* também chama de criptografia de chave privada que requer que o destinatário da mensagem conheça o algoritmo usado para cifrar o seu conteúdo, caso contrário ficará impossibilitado de decifrar a mensagem. Esse método é frágil em termos de segurança.

b) *Criptografia assimétrica* pede a mesma chave tanto para cifrar como para decifrar a mensagem, ela utiliza duas chaves, geradas pelo computador. É uma das técnicas capazes de conferir maior segurança à autenticidade e integridade do conteúdo do documento eletrônico, pois uma das

³³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Prodivm, 2015. v.1. p. 216.

³⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Prodivm, 2015. v.1. p. 216.

³⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Prodivm, 2015. v.1. p. 217.

³⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Prodivm, 2015. v.1. p. 218.

chaves é a “chave privada”, a ser mantido em sigilo pelo usuário, em seu exclusivo poder e a outra, a “chave pública” que, como sugere o nome, pode e deve ser livremente distribuída. Assim, a identidade do documento é garantida em relação ao seu autor evitando-se fraudes.

Seja no processo estatal ou no arbitral, o testemunho é a vinda ao processo de declarações de terceiros sobre a ciência de fatos ocorridos no passado.³⁷ Deste modo, a testemunha pode ser considerada:

- a) *Presencial*: que pessoalmente presenciou o fato ocorrido;
- b) *De referência*: a que soube do fato probando por meio de terceira pessoa;
- c) *Referida*: aquela cuja existência foi apurada por meio de outro depoimento;
- d) *Instrumentária*: a que presenciou a assinatura do instrumento do ato jurídico e o firmou.³⁸

A regra é de que a prova testemunhal é sempre admissível. Mas a lei pode dispor em sentido contrário, não admitindo em certos casos (art. 442, CPC). Se o fato já está provado por documento, confissão ou qualquer outro meio, a prova documental será desnecessária. Se a lei exige que um determinado fato seja provado por documento, ou se o fato exige uma análise técnica e, por isso, só pode ser provado por exame pericial, a prova testemunhal é impertinente.³⁹

Segundo dispõe o artigo 444 do CPC: “Nos casos em que a lei exigir prova escrita da obrigação, é admissível a prova testemunhal quando houver começo de prova por escrito emanado da parte contra a qual se pretende produzir a prova”.

Admite-se a prova testemunhal quando o credor não pode ou não poderia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, de depósito necessário ou de hospedagem em hotel ou em razão das práticas comerciais do local onde contraída a obrigação. (art. 445, CPC)

O artigo 446 e seus parágrafos do CPC informam que é lícito à parte provar com testemunhas: “[...] I - nos contratos simulados, a divergência entre a vontade real e a vontade declarada; II - nos contratos em geral, os vícios de consentimento”.

O que chama a atenção no processo arbitral é a possibilidade de que a técnica de inquirição da testemunha não se iguale à técnica de inquirição de testemunha no processo judicial.

O árbitro, ao decidir pela necessidade da produção de prova testemunhal, deverá intimar as partes para que apresentem rol de testemunhas, fixando posteriormente local e o horário em que acontecerá a inquirição, devendo a testemunha ser intimada com antecedência, para que não se configure nenhuma nulidade na oitiva.⁴⁰

³⁷ PARENTE, Eduardo Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 243.

³⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Prodivm, 2015. v.1. p. 239-240.

³⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Prodivm, 2015. v.1. p. 240.

⁴⁰ SANTOS, Flaviano Adolfo de Oliveira. *Provas no processo arbitral*. Disponível em: <<http://www.ambito->

O artigo 22 da Lei de Arbitragem determina que mediante requerimento das partes ou de ofício, o árbitro ou tribunal arbitral, poderá tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias:

[...]

§ 1º O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros. [...]

Na câmara arbitral é onde os árbitros utilizam-se da cooperação do Poder Judiciário para viabilizar a colheita de depoimento, expedindo-se, para tanto, carta arbitral com a referida finalidade. Ocorrendo ausência injustificada da testemunha, caberá ao árbitro decidir pela aplicação ou não do parágrafo segundo do artigo 22 da Lei de Arbitragem, utilizando-se da cooperação do Poder Judiciário para que ocorra a condução coercitiva da testemunha.⁴¹

No procedimento arbitral, o árbitro poderá se valer de testemunhas de direito (ou seja, não poderá esse tipo de testemunha pronunciar-se quanto às questões de fato da causa), conhecidas internacionalmente como *expert witnesses*, que têm como função transmitir aos integrantes do Tribunal Arbitral informações quanto à aplicação do direito e sua interpretação à luz da doutrina e da jurisprudência de uma determinada jurisdição.⁴²

Expert Witnesses é o depoimento das testemunhas técnicas, ou seja, aquelas que emitirão opinião com base no seu conhecimento técnico sobre determinado assunto, bem similar à perícia. “Esses depoimentos são produzidos pelas partes ao tribunal antes da audiência de instrução e têm por finalidade central reduzir o tempo e os custos despendidos no processo, além de eliminar surpresas”.⁴³

É comum o juiz togado tomar conhecimento do caso concreto momentos antes da sua realização ou nem isso, enquanto que os árbitros irão sempre preparados para a audiência arbitral a par dos fatos controvertidos e, principalmente, da questão de direito material envolvida.⁴⁴

A Lei de Arbitragem estatui em seu artigo 22, que o árbitro ou o tribunal arbitral poderá “determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.”

Na arbitragem, tal como nos processos judiciais, é comum que a solução do conflito dependa do deslinde de alguma questão técnica.⁴⁵ A perícia é o exame feito por profissional de determinada

juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13361&revista_caderno=21>. *Revista Mackensie*. p. 22-39. Acesso em: 18 fev. 2018. p. 33.

⁴¹ SANTOS, Flaviano Adolfo de Oliveira. Provas no processo arbitral. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13361&revista_caderno=21>. *Revista Mackensie*. p. 22-39. Acesso em: 18 fev. 2018. p. 34.

⁴² SANTOS, Flaviano Adolfo de Oliveira. Provas no processo arbitral. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13361&revista_caderno=21>. *Revista Mackensie*. p. 22-39. Acesso em: 18 fev. 2018. p. 34.

⁴³ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 147.

⁴⁴ PARENTE, Eduardo Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 248.

⁴⁵ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo:

área do conhecimento técnico com o fim de obter informações visando sanar dúvidas relativas a fatos.

De acordo com Marinoni⁴⁶, “a prova pericial é admissível quando se necessite demonstrar no processo algum fato que dependa de conhecimento especial que não seja próprio ao “juiz médio”, ou melhor, que esteja além dos conhecimentos do juiz.”

No processo judicial, o juiz mesmo tendo o conhecimento técnico deverá chamar um perito oficial. Este não se coloca no lugar do juiz na atividade de avaliação da prova, pois cabe somente ao juiz analisar e valorar o resultado da perícia (art. 480, CPC), porque se o juiz não concordar com as conclusões da perícia, poderá determinar uma segunda perícia.

Já no procedimento arbitral, o árbitro pode atuar como perito, pois as partes podem eleger um árbitro técnico e especializado. Entretanto, isso não quer dizer que o árbitro escolhido não possa se valer de um perito especializado, para elaboração de laudo técnico e o deslinde da questão analisada na controvérsia arbitral.

A perícia não pode ser realizada por uma pessoa qualquer, deve ser realizada por um profissional especializado. O perito pode ser um autônomo legalmente habilitado ou pode ser integrante do quadro de profissionais de uma pessoa jurídica ou de um órgão técnico ou científico especializado.⁴⁷

Todavia, o artigo 156, parágrafo primeiro do CPC, inova estabelecendo que o perito seja escolhido dentre aqueles devidamente inscritos em cadastro formado pelo tribunal ao qual se vincula o juiz, pois, antes a regra exigia que o perito tivesse nível universitário e inscrito no respectivo órgão de classe.

Estes profissionais devem ser avaliados e selecionados a partir de critérios objetivos, verificando a experiência, credibilidade entre outros, e, organizando-os em uma lista produzida a partir desse procedimento a ser devidamente regulamentado, sendo nomeado através de processo seletivo.⁴⁸

No processo arbitral, o indeferimento da prova pericial pode ser bem comum do que no processo judicial, tendo em vista que no processo arbitral, o árbitro pode ter conhecimento e contato prévio com documentos e depoimentos, podendo sentir-se mais confortável do que normalmente ocorre com o juiz togado para seguir o julgamento dispensando a perícia.⁴⁹

No processo judicial, o juiz mesmo tendo conhecimento técnico deverá chamar um perito

Atlas, 2014. p. 156.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: procedimentos especiais: procedimentos especiais do CPC e de leis extravagantes, ações constitucionais, ações coletivas, juizados especiais cíveis, arbitragem*. 4. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 374.

⁴⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Prodivm, 2015. v.1. p. 267.

⁴⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Prodivm, 2015. v.1. p. 268.

⁴⁹ PARENTE, Eduardo Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 250.

oficial, enquanto que na arbitragem, as partes podem escolher um ou mais árbitros que tenham conhecimento técnico específico na matéria do litígio.

4 CONCLUSÃO

A arbitragem é um instituto de resolução de conflitos que já está consagrado no Brasil. Como visto, o árbitro possui maior liberdade de atuação que o juiz no processo judicial, porém, deverá assegurar o princípio da ampla defesa e do contraditório, como no processo judicial.

Pela pesquisa realizada, constatou-se que é na convenção de arbitragem que serão estabelecidas as regras, escolhidos os árbitros e instituído o juízo arbitral.

A carta arbitral surgiu no atual Código de Processo Civil brasileiro, com o intuito de melhorar a comunicação entre o juízo arbitral e o juízo estatal. Pode-se constatar, também, que a câmara de arbitragem utiliza-se do Poder Judiciário para viabilizar a colheita de depoimentos através da carta arbitral, caso estas residam em outro local em que esteja tramitando o processo arbitral. Não há dicotomia evidente no regime de apresentação, admissibilidade e valoração de provas, pois, com relação à prova documental, na arbitragem os documentos podem ser trazidos livremente ao processo.

Com relação aos documentos confidenciais, no processo arbitral pode não ser possível à parte contrária ter acesso, mas no processo judicial, a parte pode requerer de ofício o chamado segredo de justiça.

Quanto à prova testemunhal, no processo arbitral a técnica de inquirição não se iguala à técnica de inquirição de testemunhas no processo judicial. Com relação à produção de provas periciais, no processo judicial, o juiz mesmo tendo conhecimento técnico deverá chamar um perito oficial, enquanto que na arbitragem, as partes podem escolher um ou mais árbitros que tenham conhecimento técnico específico na matéria do litígio.

Pode-se perceber que, no processo arbitral, a produção de provas que foram analisadas nesta pesquisa é de grande importância para o deslinde dos conflitos, além de serem meios mais econômicos e rápidos.

A dificuldade encontrada na pesquisa realizada é a grande falta de bibliografia disponível atualizada, em face das recentes atualizações do vigente Código de Processo Civil, bem como das alterações da Lei de Regência da Arbitragem.

5 REFERÊNCIAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014.

BERNARDES, Camila Fernandes Santos. *Aplicação da arbitragem no ordenamento jurídico*

brasileiro. Disponível em : <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b056eb1587586b71>>. Acesso em: 21 jan. 2018

BOTTON, Odilon Domingos. *A dinâmica do ônus da prova no processo civil brasileiro*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/37707/a-dinamica-do-onus-da-prova-no-processo-civil-brasileiro>> Acesso em: 01 set. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de processo civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 14 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. *Lei da arbitragem*. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em: 14 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. *Dispõe sobre a arbitragem*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 14 ago. 2017.

BRASIL. *Constituição da república federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 14 ago. 2017.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. *Direito processual civil e penal*. São Paulo: Péritas, 2001. 2v.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Prodivm, 2015. v.1.

DIDIER JR., Fredie. A arbitragem no novo código de processo civil. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/55987/004_didierjunior.pdf?sequence=1> *Revista TST*, Brasília, vol. 79, no 4, out/dez 2013, p. 81. Acesso em: 01 set. 2017.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. rev., atual. e ampl. da obra Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: procedimentos especiais: procedimentos especiais do CPC e de leis extravagantes, ações constitucionais, ações coletivas, juizados especiais cíveis, arbitragem*. 4. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MUNIZ, Joaquim de Paiva; VERÇOSA, Fabiane; PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA,

Diogo de Assumpção Rezende. *Arbitragem e mediação: temas controvertidos*. Rio Janeiro: Forense, 2014.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Guia politicamente incorreto da arbitragem VIII. arbitragem e provas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224470,11049-Guia+Politicamente+Incorreto+da+Arbitragem+VIII+Arbitragem+e+provas>> Acesso em: 5 ago. 2017.

PARENTE, Eduardo Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012.

PEIXOTO, Ravi. *Desvendando a dinamização do ônus da prova no cpc 2015*. Disponível em: <<http://blog.ebeji.com.br/desvendando-a-dinamizacao-do-onus-da-prova-no-cpc2015/>>. Acesso em: 5 out. 2017.

RIBEIRO, Darci Guimaraes. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SANTOS, Flaviano Adolfo de Oliveira. *Provas no processo arbitral*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13361&revista_caderno=21>. *Revista Mackensie*. p. 22-39. Acesso em: 18 fev. 2018.