REVISTA ACADÊMICA DRUMMOND

READ

ISSN: 2179-0647

ANO 4 – NÚMERO 5 – NOVEMBRO DE 2013

CONSELHO EDITORIAL

PRESIDENTE DO CONSELHO EDITORIAL

Osmar Basílio

MEMBROS DO CONSELHO EDITORIAL

Elisabete Aloia Amaro

Maria Idati Eiró Nogueira de Sá

Marcos Lopes Padilha

Jamar Monteiro

Eli Ferreira

Carlos Dias Iema

Luis Fernando Quintino

Rosa Helena Peccinini Silva Rossi

Giuseppina Adele Rischioni

CAPA: Elisabete Aloia Amaro

COORDENAÇÃO GERAL DA READ

Elisabete Aloia Amaro

As opiniões, análises e interpretações contidas em cada artigo publicado são de exclusiva e inteira responsabilidade dos seus autores, não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista do Grupo Drummond ou de seus representantes.

Apresentação

A READ está em seu quarto ano de edição. Este quinto volume é composto por artigos e resenhas de professores (especialistas, mestres e doutores) e de alunos dos Cursos Superiores do Grupo Educacional Drummond.

O escopo principal da READ é cumprir a proposta e missão do Grupo Drummond, no sentido de incentivar a produção textual docente e discente.

A READ apresenta à sociedade acadêmica artigos e resenhas de temas distintos, porém todos inseridos no âmbito dos conteúdos programáticos dos cursos oferecidos pelo Grupo Drummond ou abordando temas relacionados aos mais diversos saberes, objeto dos cursos ofertados pela instituição, articulando pesquisa, extensão e ensino, publicando trabalhos de docentes e discentes, abrangendo produção de iniciação científica, monografias, artigos científicos e outras modalidades de trabalhos acadêmicos que reflitam os tipos de cientificidade praticados e de interesse do Grupo Drummond.

Agradecemos a todos os colaboradores desta edição, que demonstraram o compromisso profissional e social de nossa comunidade acadêmica.

ELISABETE ALOIA AMARO

ÍNDICE

NORMAS EDITORIAIS	**I-V**
O COMBATE INTERNACIONAL À CORRUPÇÃO NA AMÉRICA LATINA **Artur Rega Lauandos**	**1-23**
A REVISÃO DA BIBLIOGRAFIA NA ELABORAÇÃO DE PROJETOS DE PESQUISA PARA MONOGRAFIAS DE CONCLUSÃO DE CURSO EM DIREITO **Marcos Lopes Padilha**	**24-43**
PROGRAMA DE FIDELIZAÇÃO DE CLIENTES COM ÊNFASE EM TECNOLOGIA EM NEGÓCIOS **Allan Fukuyama Fernandes Mateu, Jonathas da Silva Mendes, Gustavo José Payão Segato, Marcio Henrique dos Santos Amaral, Diego Santiago de Almeida, Marcia Narumi Shiraishi Kondo**	**44-53**
A GUARDA COMPARTILHADA E OS ASPECTOS PRÁTICOS DE SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO **Antônia Márcia Santana de Oliveira**	**54-73**
A RESPONSABILIDADE CIVIL NO TRANSPORTE AÉREO DECORRENTE DO EXTRAVIO DE BAGAGEM **Bruna Cristina Ladeia**	**74-103**
EDUCAÇÃO EM MOVIMENTO: O USO DE SENSORES DE MOVIMENTO E DE GAMIFICAÇÃO NA EDUCAÇÃO **Gustavo Aquino, Rafael Santos, Jonatan Barbosa, Felipe Carrilho, Walter Carvalho, Jonas Cerqueira, Marcia Narumi Shiraishi Kondo**	**104-115**

Diretrizes para Autores - Revista Acadêmica Drummond – READ

Para submeter um artigo à Revista Acadêmica Drummond - ReAD, o autor deverá fornecer o texto em formato digital, como um arquivo produzido pelo programa Microsoft Office Word. Cada autor deverá se identificar com nome, endereço eletrônico, titulação, instituição a que pertence e localidade.

Serão adotadas as normas de documentação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

O artigo deve ser escrito considerando um mínimo de 10 e um máximo de 30 páginas, digitados em papel A4, com margem superior e esquerda de 3 cm, inferior e direita de 2 cm, paginados, parágrafo justificado com recuo de 1,5 cm na primeira linha, fonte Arial, tamanho 12, espaçamento entre linhas 1,5 cm em todo o artigo, com exceção do Resumo, Autores e Palavras-chave, que devem ser formatado com espaço entre linhas simples, e das citações superiores a 3 (três) linhas, que devem obedecer as normas gráficas para citação da ABNT, abaixo explicitadas.

A ordem dos tópicos do artigo deve ser a seguinte:

- **Título e subtítulo do trabalho**: Deve ser em português e estar figurado no topo da página, em letras maiúsculas, centralizado, fonte Arial tamanho 12 e negrito. Após o título, deixar espaço duplo, abaixo da qual, deve vir o **Título em inglês**, centralizado, em mesmo tamanho e fonte do Título em português. Espaçamento simples entre linhas do Título e duplo entre os Títulos dos dois idiomas.

- **Autor (es):** O nome dos autores devem vir em ordem alfabética dos seus sobrenomes, em linhas separadas, espaçamento simples entre linhas, todos alinhados à esquerda. O sobrenome deve vir em letra maiúscula e os nomes em minúscula, fonte Arial 12 sem negrito.

Após cada um dos nomes deve vir referência 1, 2, 3 .. para rodapé, onde deverá constar endereço eletrônico, titulação, instituição a que pertence e localidade/estado.

Ex:

ALMENARA, Julio[1]
COSTA, Danilo[2]
ZILBER, Fábio[3]

- **Resumo**: Após os nomes dos autores, deve-se escrever a palavra Resumo em fonte Arial tamanho 12, negrito, alinhado à esquerda. Deve-se ainda deixar uma linha em branco para iniciar seu conteúdo, que deve estar em um parágrafo de no máximo 13 linhas, sem recuo na primeira linha. Deve ser usado espaçamento simples entre linhas, justificado, sem citação de autoria. Deve apresentar o problema estudado, os métodos utilizados, os resultados mais importantes e as conclusões obtidas.

- **Palavras-chave:** Após o resumo, escrever o termo Palavras-chave em fonte Arial tamanho 12, negrito, alinhado à esquerda. Em seguida listar no mínimo 3 (três) e no máximo 5 (cinco) palavras-chave que identificam a área do artigo e sintetizam sua temática. As palavras devem vir após o termo, fonte Arial 12, sem ser em negrito, entre vírgulas. Espaçamento simples entre linhas.

- **Abstract:** Em Inglês, com formatação igual à do Resumo.

- **Keywords:** Em Inglês, com formatação igual à das Palavras-chave.

- **Texto principal:** Deve ser subdividido, no mínimo, em: 1 INTRODUÇÃO, 2 DESENVOLVIMENTO e 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS. O texto deve ser escrito usando fonte Arial tamanho 12. O espaçamento entre as linhas deve ser 1,5. O alinhamento do texto deve ser justificado sem recuo na primeira linha. O espaçamento entre parágrafos deve ter o recuo anterior de 6 pt. Se, porventura, o trabalho utilizar termos em língua estrangeira, estes deverão ser escritos usando o modo itálico. Exemplos: *gestalt, happy hour, stress*.

---

[1] Email, titulação, instituição a que pertence, localidade/Estado
[2] Email, titulação, instituição a que pertence, localidade/Estado
[3] Email, titulação, instituição a que pertence, localidade/Estado

- **Referências:** A referência completa de todos os textos citados deverá ser apresentada no fim do artigo, em ordem alfabética, conforme indica a Associação Brasileira de Normas Técnicas/ABNT por meio da NBR 6023, contendo: no caso de livros — nome completo do autor, título completo, nome e número da série ou coleção (se houver), edição, local, editora, ano da publicação; e, no caso de artigos de periódicos — nome completo do autor, título completo do artigo, título completo do periódico, local, número das páginas, mês e ano da publicação. Abaixo exemplificamos como referenciar, obedecendo o deslocamento da 2ª linha em diante, para a mesma referência.

1. Livro:

HICKS, John Richard. *Value and capital*. Oxford: Clarendon Press, 1974.

2. Artigo de Periódico:

HICKS, John Richard. Mr. Keynes and the "classics": a suggested interpretation. *Econometrica*, v. 5, n. 3 p. 147-155, abr. 1937.

3. Capítulo de Livro:

HICKS, John Richard. Ricardo's theory of distribution. In: PESTON, MAURICE HARRY.; CORRY, BERNARD. (Eds.). *Essays in honour of Lord Robbins*. London: Weidelfeld, 1972.

Artigos publicados em periódico eletrônico devem obedecer ao formato de referência:

SOBRENOME, Prenome (s). Título: subtítulo (se houver). *Nome do periódico,* local de publicação, volume, número ou fascículo, mês(s) abreviado. ano. <endereço da URL>. Data de acesso:

- **Títulos das Seções:** Devem ter numeração progressiva e alinhamento à margem esquerda, sem utilizar ponto, hífen, travessão ou qualquer outro sinal após o indicativo da seção ou de seu título (NBR 6024, 2003).

- Citações: As citações bibliográficas deverão ser incluídas no próprio texto e devem aparecer como indica a Associação Brasileira de Normas Técnicas/ABNT por meio da NBR 10520, por exemplo, ao formato “Hicks (1939)” ou “Hicks (1939, p. 36-37)” ou “(HICKS, 1939, p. 36-37)”.

As citações longas (que ultrapassam três linhas) devem ser digitadas sem aspas, em tamanho 10, com recuo de 4 cm da margem esquerda, sem recursos tipográficos itálico ou negrito e com espaçamento entre linhas simples (1 cm). As citações curtas (com até três linhas) devem estar inseridas normalmente no texto, com uso de aspas duplas, sem recurso tipográfico itálico ou negrito e sem alteração do tamanho da letra. Em ambos os casos, não esquecer de citar o autor, ano e página de onde o texto foi retirado (NBR 10520, 2002).

- Ilustrações: De acordo com a NBR 6822, chamam-se de ilustrações as figuras, gráficos, fotos, quadros e tabelas etc que podem eventualmente fazer parte de um trabalho. Todas as ilustrações devem ser apresentadas no texto numeradas em sequência, por tipo. Precisam ainda receber título e quando forem elaboradas com dados obtidos de outros documentos ou reproduzidas de outra obra, obrigatoriamente devem conter a citação da fonte.

As ilustrações devem ser citadas no texto, pelo seu número ou título e inseridas o mais próximo possível do texto a que se referem.

Em figuras ou fotos, a fonte ou nota explicativa deve estar posicionada centralizada e abaixo da figura, em tamanho 10.

Os gráficos, mapas e outros elementos gráficos deverão ser apresentados na forma de arte-final, sendo sua nitidez requisito indispensável para eventual aceitação do artigo para publicação.

Equações matemáticas deverão ser alinhadas à esquerda e numeradas sequencialmente à direita. Deverão ser digitadas no próprio texto com o uso do processador de equações do Microsoft Office Word. Deverá ser utilizada a convenção-padrão daquele programa para formatação dos diferentes tipos de entidades que aparecem nas equações (símbolos matemáticos, texto, vetores etc.). Quando a derivação delas for apresentada de modo sintético, o autor

fornecerá a derivação completa em anexo, para facilitar as atividades dos consultores *ad hoc* e do Corpo Editorial.

Normas Gerais

1) Somente serão analisados, para eventual publicação, artigos, resenhas, documentos e ensaios de conteúdo inédito;

2) os artigos serão avaliados por pareceristas, especialmente convidados e designados para tal fim, cabendo a decisão final quanto à publicação dos artigos ao Corpo Editorial;

3) os autores dos artigos e pareceristas não serão remunerados a qualquer título. A eventual publicação do artigo na revista implicará na automática transferência dos direitos autorais ao Grupo Drummond;

4) as opiniões, interpretações e análises contidas em cada artigo publicado são de exclusiva e inteira responsabilidade dos respectivos autores.

O COMBATE INTERNACIONAL À CORRUPÇÃO NA AMÉRICA LATINA

The international engagement against corruption In Latin America

LAUANDOS, Artur Rega.[1]

RESUMO

O presente artigo tem como escopo perquirir e apresentar as ações do Direito Internacional e Comunitário no tocante ao combate à corrupção na América Latina. Para tanto, a pesquisa compreenderá noções de diferentes abordagens conceituais do fenômeno da corrupção, os fundamentos do Direito Internacional e Comunitário quanto à Cooperação Judicial Penal Internacional e os instrumentos legais internacionais de combate à corrupção na América Latina, incluindo a Convenção Interamericana Contra a Corrupção e as ações do Banco Interamericano de Desenvolvimento.

PALAVRAS-CHAVE

Corrupção. América Latina. Convenção Interamericana Contra a Corrupção.

ABSTRACT

The present article has the scope of inquiring and presenting the actions of International Law and International Union Law to fight against corruption in Latin America. On that purpose, the research includes notions of the different conceptual approaches of the phenomenon of corruption, the International Law and International Union Law foundations concerning the International Cooperation to Criminal Law and Jurisdiction, and the international legal instruments to combat corruption in Latin America, including the Inter-American Convention against corruption and the actions of the International Bank for Development.

KEYWORDS

Corruption. Latin America. Inter-American Convention against corruption.

[1] Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Professor de Direito da Faculdade Carlos Drummond de Andrade; São Paulo/SP; arturlauandos@yahoo.com.br

1. INTRODUÇÃO

O efeito corrosivo da corrupção sobre as sociedades modernas, particularmente sobre as Democracias Latino Americanas, tão incipientes no que tange à soberania de suas instituições, é tema que, por sua relevância social, urge passar a integrar a pauta das discussões acadêmicas pátrias, não tão somente no campo das ciências econômicas, antropológicas ou sociológicas, de onde emergem os estudos de maior pujança sobre o tema, mas também na seara jurídica, onde cumpre discutir, em caráter emergencial, a elaboração ou a adoção de instrumentos legais adequados e bastantes à contenção da endemia da prática da corrupção.

Isso porque, a despeito do alerta que sempre fazem os estudiosos do tema "corrupção", de que há pouca produção acadêmica sobre tão preocupante matéria (afirmação com a qual não deixamos de concordar), não se pode negar que há um considerável conhecimento científico produzido (especificamente ao Brasil nos referimos) no que tange às motivações econômicas e sociais que levam às práticas corruptoras, às redes de clientelismo e patrimonialismo que as sustentam e as facilitam, bem como aos efeitos nefastos que sobressaem do fenômeno.

De fato, estudos e ensaios de grande vulto, feitos por eminentes pensadores, investigaram a formação histórica da sociedade brasileira, constatando uma nítida indistinção entre a coisa pública e privada, fruto da estrutura de dominação patrimonialista que permeou a formação do povo brasileiro. Ora, tal prática de imiscuir a *res* pública nos negócios próprios do direito privado é comumente apontada como um indício, ou mesmo característica essencial, das práticas de corrupção.

Além desses clássicos estudiosos do campo histórico-sociológico, autores atuais há que trataram especificamente do tema, em diferentes perspectivas, tais como Marcos Fernandes Gonçalves da Silva (2001), que enquadra a corrupção como um fenômeno típico da economia social, explicando-a com base na teoria econômica dos *rent-seekers* (caçadores de renda). O autor afasta a suposta racionalidade pública

(voltado ao bem comum) dos agentes burocráticos e defende que tais não agem senão segundo sua própria racionalidade individual, buscando a transferência de renda de outros setores as sociedade. Demonstra, ainda, como o subdesenvolvimento institucional é fator, e ao mesmo tempo resultado, da corrupção estrutural de uma sociedade.

Além da referida abordagem da economia social, pode-se citar o trabalho sobre a corrupção realizado, sob a ótica da antropologia social, por Marcos Otávio Bezerra (1995), que, utilizando o método da análise de casos concretos, insere a corrupção em construtos estruturais. Defende o autor que as diferentes relações sociais que levam à corrupção (amizade, parentesco, patronagem) devem ser entendidas como relações diádicas (relações pessoais, não-institucionais), cuja compreensão não se pode atingir senão pela análise do contexto de redes de poder em que estão inseridas.

Pois bem, poder-se-ia citar outros autores e diferentes abordagens sobre o tema da corrupção, mas apoiando-nos apenas nesses pensadores e obras, pode-se dizer que já há uma base sólida para se inferir as motivações mais correntes das práticas de corrupção particulares de nossa sociedade, o modo como se constituíram e se expandem, sua relação com o subdesenvolvimento institucional e os efeitos nefastos que causam a todos, direta ou indiretamente.

Contudo, não se pode dizer que esse nível de conhecimento estenda-se ao campo jurídico, área estratégica de conhecimento no combate a esse fenômeno. A atuação do Direito, em nosso entendimento, não se deve restringir à mera tipificação e consequente punição das condutas enquadradas como corruptas. Seu papel é muito mais amplo, devendo servir como instrumento de reflexão de como tais práticas afetam as instituições e como o aparato legal pode servir, por vezes, de veículo de sua disseminação. Mais além, como pode o Direito, apoiando-se nas lições e conclusões das disciplinas com que dialoga (Economia, História, Sociologia, Antropologia, Psicologia etc) estabelecer políticas estratégicas de identificação, diagnóstico e combate à corrupção.

Tomado esse aspecto da função do Direito na matéria, o Direito Penal e a Sociologia Jurídica emergem como disciplinas-chave nessa luta. Contudo, a experiência tem demonstrado que o combate à corrupção não se pode realizar senão com o socorro a uma ordem jurídica internacional, sobrelevando-se, como disciplinas essenciais, o Direito Internacional e Comunitário.

De fato, pensadores como o sociólogo Gino Germani defendem que os grandes problemas da sociedade moderna (e incluímos aqui a corrupção como um deles) só se podem solucionar em uma ordem internacional.

Isso porque as sociedades modernas apresentam um grande intercâmbio de pessoas, capitais, informações, de modo que sem uma integração dos aparatos legais, estruturais e de comunicação entre elas, torna-se impossível o combate à corrupção. Ora, já há uma consolidada tendência mundial da internacionalização das práticas ilegais, entre elas a corrupção, advindas da crescente globalização do mercado de bens, serviços e pessoas,

Diante dessas observações, é imperativo examinar os institutos e diplomas do Direito Internacional e Comunitário (em especial a Convenção Interamericana Contra a Corrupção) e a atuação do Banco Interamericano de Desenvolvimento na identificação dos focos de corrupção na América Latina e no desenvolvimento de meios para impugná-los.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. As diferentes abordagens conceituais do fenômeno da corrupção

Cumpre-nos, como premissa para a compreensão do tema, verificar, mesmo que de forma sintética, quais as principais abordagens conceituais sobre a corrupção.

Há, contudo, uma enorme dificuldade para estabelecer uma definição concisa e abrangente sobre a corrupção, que não se limite ao critério normativo ou legal. A despeito disso, deve-se enfrentar o assunto firmemente, buscando-se elementos comuns às diferentes sociedades modernas, até como pressuposto de entendimento entre os teóricos para a solidificação dos esforços combinados entre diferentes nações e seus respectivos ordenamentos jurídicos.[2]

Interessante notar, ainda, que, mesmo adotando-se um só critério, sendo ele o legal ou normativo, há uma imprecisão de conteúdo, forma e consequência que não permite adote-se uma definição satisfatória para os diversos ordenamentos jurídicos.

Tal obstáculo (que extrapola o campo jurídico e se estende a todas as ciências em que a corrupção é tomada como objeto) é, certamente, uma peculiaridade do estudo do fenômeno. Veja-se que uma mesma conduta, dependendo do local ou do período histórico, pode ser rotulada como corrupta, desencadeando severas sanções morais ao sujeito ativo, bem como pode ser tida como um pequeno desvio de conduta ou mesmo pode ser tida como aceitável, sem sanção legal efetiva.

Assim, o estabelecimento do rótulo de 'corrupta' a uma conduta tem variáveis históricas que não só podem pender, na balança axiológica, para os campos da tolerância ou da ilicitude, como também para o campo do que é louvável ou não-louvável.[3]

---

[2] Nesse sentido, a professora Larissa Ramina (2002, p. 26 e 26) entende que há, sempre, elementos comuns a todas definições (em especial a corrupção do senso comum e a corrupção definida por critérios legais), essencialmente no que tange à ética e à moral: "Ainda que a corrupção não seja, necessariamente, expressão equivalente à corrupção criminal, ambas são expressões de uma mesma atitude referente à moral, aos princípios éticos e à função pública. Os parâmetros que constituem a corrupção criminal são certamente mais evidentes que aqueles que constituem elementos da corrupção no sentido abstrato".

[3] Segundo Larissa Ramina (2002, 26): "Com efeito, em certos tempos e sob determinadas circunstâncias algumas práticas têm sido consideradas como manifestações da corrupção, enquanto essas mesmas práticas, em outros tempos e sob diferentes circunstâncias, têm sido consideradas como lícitas, senão louváveis. Naturalmente, com o passar dos tempos, costumes, assim como circunstâncias históricas e geográficas têm alterado manifestamente a sensibilidade pública frente a tais comportamentos, sobretudo em termos de relevância e atenção a eles dispensada. Como resultado, seu tratamento legal tem sido, da mesma forma, objeto de substanciais alterações".

Pois bem, muito embora a legalidade seja central em muitas definições, as que se baseiam nela são restritas a um ordenamento jurídico particular, de modo que um ato similar em dois países distintos seja corrupção em um e legal em outro. Além disso, essa abordagem não considera o fato de que muitas formas de corrupção podem incidir não em ilegalidade, mas justamente em manter a opinião pública alheia a fatos importantes.

Assim, uma definição possível, que evitaria o recurso à legalidade, segundo Paul Heywood (1997), procuraria definir corrupção sob uma abordagem social: corrupção é aquilo que a opinião pública em qualquer Estado percebe que o seja. Tal critério é utilizado pela organização *Transparency International* (TI), que colhe a percepção de pessoas que trabalham em multinacionais e em instituições públicas (daí já se percebe como é parcial tal critério), mas que define corrupção como abuso do poder público para interesses individuais.

Por sua vez, apoiando-se no critério normativo-legal, Monica Herman Salem Caggiano (1994, p. 135), na obra "Legalidade, legitimidade e corrupção em campanhas eleitorais" aponta, inicialmente, que o conteúdo do fenômeno da corrupção indica um:

> [...]desvio, uma derrapagem do padrão moral da comunidade, podendo conduzir à deterioração desse padrão [...] em suma, acolhendo-se uma visão mais larga, o termo corrupção indica quaisquer ações praticadas de forma camuflada, a partir de uma zona de penumbra, à margem das linhas comportamentais norteadas pela lei e pela moral, com vistas à obtenção de vantagens individuais ou em prol de um grupo, inatingíveis pelas vias ordinárias.

O economista Marcos Fernandes Gonçalves da Silva (2001) também define a ação corrupta segundo critérios normativos. Mesmo admitindo a racionalidade exclusivamente privada e o enquadramento dos agentes públicos (burocratas e políticos) como *rent-seekers*, pressupõe que sua ação seja delimitada por marcos institucionais que determinem, normativamente, a distinção entre coisa pública e privada. Assim porque a sua noção de corrupção está enquadrada como ato ilegal:

> A corrupção é uma relação social (de caráter pessoal, extramercado e ilegal) que se estabelece entre dois agentes ou dois grupos de agentes (corruptos e corruptores), cujo objetivo é a transferência de renda dentro da sociedade ou do fundo público para a realização de fins estritamente privados. Tal relação envolve a troca de favores entre os grupos de agentes e geralmente a remuneração dos corruptos com o uso da propina e de qualquer tipo de pay-off (prêmio, recompensa) (SILVA, 2001, p. 31)

No tocante à busca por uma concepção internacional de corrupção, deve-se notar que, a despeito das dificuldades já mencionadas acima, há uma tendência a sua uniformização, que a nosso ver, parte da concepção inglesa sobre a matéria. Isso porque o mencionado arcabouço jurídico não só trata da corrupção passiva (aquela em que a conduta criminalizada é a do funcionário público, mesmo que diante de uma provocação do particular ou de outro funcionário público), mas também da corrupção ativa, em que o particular ou um funcionário público abordam um funcionário público para corrompê-lo em suas funções.

Segundo o Direito Inglês, pode-se definir corrupção, nas duas mencionadas facetas, como:

> an act done with the intent to give some advantage inconsistent with official duty and the rigths of the others. The act of an official or fiduciary person who unlawfully and wrongfully uses his station or character to procure some benefit for himself or for another person, contrary to duty and the rights of others. (BLACK, 1983)[4]

A faceta ativa da corrupção foi prevista no *Prevention of Corruption Act*, de 1906, que amplia o espectro do combate à corrupção ao estabelecer a punição das transações corruptas envolvendo agentes, expressão que engloba não só particulares, mas também funcionários públicos, de acordo com a lei:

> If any person corruptly gives or agrees to give or offers any gift or consideration to any agent as an inducement or reward for doing or

[4] Tradução livre do autor: "um ato cometido com o intuito de dar alguma vantagem incompatível com as funções públicas e com os direitos da coletividade. O ato de um agente público ou pessoa tomada em confiança que, ilegalmente e de forma ímproba, abusa de seu status ou função para adquirir algum benefício para si ou para outrem, contrariamente ao seu dever e aos direitos da coletividade".

> forbearing to do, or for having after the passing of this Act done or forborne to do, any act in relation to his principal's affairs or business, or for showing or forbearing to show favour or disfavour to any person in relation to his principal's affairs or business (A person serving under the Crown or under any corporation or any borough, county, or district council, or any board of guardians, is an agent within the meaning of this Act).[5]

Nem todos os órgãos internacionais, contudo, têm adotado a concepção da corrupção em seus dois aspectos fundamentais. Registram-se aqui as mais notórias tentativas feitas. A organização das Nações Unidas (ONU), o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (FMI), por exemplo, formulam uma definição que leva em consideração tão somente a função pública e o proveito da utilização desta. Assim, para essas organizações, corrupção seria, em termos genéricos, o abuso da função pública com vistas a vantagens privadas.

Também há que se citar o tratamento dado por Convenções específicas contra a corrupção como é o caso da Convenção respectiva da OCDE para o assunto.

> A Convenção da OCDE trata exclusivamente do suborno 'ativo' de agentes públicos estrangeiros, em oposição ao suborno 'passivo'. Portanto, para os fins da Convenção, agentes privados são os ofensores. Isso representa um esforço no sentido de eliminar a provisão de subornos para agentes estrangeiros, com cada país sendo responsável pelas atividades de suas companhias e pelo que acontece em seu próprio território. (RAMINA, 2002, pp. 29 e 30)

Por sua vez, o Grupo Multidisciplinar sobre a Corrupção (GMC), órgão do Conselho da Europa, identifica corrupção como suborno ou qualquer outra atividade que relacione pessoas, tanto do setor público como privado, que estejam em uma posição de confiança e que violem seus deveres com o objetivo de obter vantagens indevidas para si ou para outrem.

---

[5] *Prevention of Corruption Act, 4th August 1906*. Tradução livre do autor: Se qualquer pessoa, de forma corrupta, dá ou concorda em dar ou oferecer qualquer presente ou benefício a qualquer agente como um incentivo ou recompensa para realizar ou impedir algo, ou para, após a promulgação desta lei, fazer ou proibir de fazer qualquer ato relacionado com os negócios daquele ou para mostrar ou impedir de mostrar favorecimento ou não-favorecimento a qualquer pessoa relacionada aos negócios daquele (Uma pessoa servindo sob a Coroa ou sob qualquer corporação ou qualquer escritório, conselho distrital ou municipal, ou de qualquer conselho de tutores, é um agente, na acepção da presente lei).

Nota-se, enfim, que a tendência mundial da conceituação de corrupção, embora não esteja pacificado o assunto, tende para uma situação mais homogênea, em que tanto os elementos do poder econômico privado, como do poder burocrático estão presentes.

Deve-se ressaltar que o reconhecimento do *locus* da corrupção como fenômeno que se insere tanto na esfera privada como na pública é de fundamental urgência para seu combate. Isso se deve ao fato de que em tempos em que interesses, negócios e contratos públicos imiscuem-se sensivelmente no campo privado, seja por força do direito, da economia ou da política, a identificação da corrupção em um setor específico da sociedade torna-se praticamente impossível.

Ademais, a ética na condução nos negócios, em decorrência do aumento da participação de sócios minoritários e de particulares no mercado de ações, tem levado as Agências e também os órgãos de gerência e fiscalização das sociedades particulares a prezarem por uma maior transparência corporativa no setor privado. Daí que desconsiderar a corrupção nesse setor torna-se descabido no mundo atual.

Ora, a essência do fenômeno da corrupção encontra-se nos dois meios: no campo privado privilegiam-se interesses de um ou poucos em detrimento de outros poucos; no campo público, há lesão direta de interesses de toda a coletividade. Mas, de qualquer forma, há um desvio de conduta que privilegia o ganho indevido de um ou uns em detrimento de outros.

Por todo o exposto, no que concerne às barreiras a uma adoção de um conceito genérico de corrupção na comunidade internacional, pode-se concluir que há uma tendência a se seguir a doutrina inglesa (que prevê tanto a corrupção ativa como passiva), localizada tanto no setor público como privado, mas que, por não ser definitiva, ainda segue o critério normativo ou legal, ou seja, descreve quais condutas são ou não imputadas sob o rótulo de corruptas:

> Não obstante, mesmo não tendo a comunidade internacional e regional encontrado uma definição aceita de forma geral para descrever corrupção como tal, parece ao menos existir consenso de que algumas práticas políticas, sociais e comerciais são corruptas. Em conseqüência, a busca por uma ampla definição de corrupção deveria ceder lugar a uma definição funcional, o que seria alcançada com a descrição de algumas práticas corruptas comuns e usuais. (RAMINA, 2002, p. 31)

2.2. A Cooperação Judicial Penal Internacional

Inicialmente, antes de verificarmos quais as ações efetivas e os instrumentos internacionais legais de combate à corrupção na América Latina, cumpre-nos traçar algumas linhas concernentes aos fundamentos do Direito Internacional e Comunitário quanto à Cooperação Judicial Penal.

É indiscutível que, diante do caráter globalizado das práticas negociais entre as sociedades modernas, o crime que aí se insere não estará adstrito aos espaços fronteiriços advindos da soberania de cada Estado, de modo que deslocar-se-ão não só os agentes criminosos, mas também os meios utilizados para a prática do crime, seus indícios e frutos colhidos diretamente pelas práticas criminosas.

Tratando-se de corrupção, o aspecto universal e rompedor de fronteiras do crime desponta de forma cristalina. Isso porque envolve, invariavelmente, a colaboração de agentes inseridos em redes de poder nas mais variadas e inusitadas localidades e espaços, físicos ou virtuais. Esse último ambiente, o mundo virtual, é essencial nas práticas de corrupção no mundo interligado pelos novos, instantâneos e poderosos meios de comunicação, de modo que um esforço internacional para o combate dessas práticas torna-se imprescindível.

Ressai, então, a importância da colaboração entre os Estados para combater o internacional fenômeno da corrupção. Segundo Raul Cervini:

> definida, em termos gerais, como umas das variedades da Entre-ajuda Penal Internacional, a cooperação judicial penal internacional se concretiza quando o aparato judicial de um Estado, que não tem poder de império senão dentro de seu território, recorre ao auxílio, à assistência que lhe podem prestar outros Estados, por meio de suas atividades jurisdicionais. (CERVINI, 2003, p. 49)

Trata-se, em suma, de um complexo de atos ligados, essencialmente, ao bom desenvolvimento do procedimento necessário à aplicação da lei penal de um ordenamento jurídico alienígena.

Quanto à natureza jurídica da cooperação judicial penal, há algumas teorias que fundamentam a matéria. Entre elas há a da "jurisdição própria", segundo a qual o órgão judicial do Estado que é instado a colaborar tem jurisdição própria, de modo que os atos que este realiza são de sua competência, como se fossem, propriamente e originariamente, de sua jurisdição. Uma segunda teoria, a da "delegação de jurisdição", como o próprio nome diz, fundamentaria os atos de cooperação judicial como delegados da jurisdição do órgão judicial do Estado requisitante. Por fim, a teoria da "interação processual-funcional internacional" estaria como uma via alternativa e mista entre as duas tendências apresentadas e fundamentaria a atuação do órgão instado a cooperar dentro dos limites da solicitação, mas de acordo com as regras de direito domésticas, não sendo mero delegado da função a ele atribuída.

Na seara penal, a cooperação judicial entre os Estados pode ser compreendida sobre diferentes aspectos. O primeiro deles diz respeito ao cumprimento de atos preliminares, ou seja, os necessários à instrução do processo criminal, bem como de provimentos cautelares, que assegurarão o resultado prático de uma decisão futura. Assim, tal aspecto está ligado, essencialmente, ao bom desenvolvimento procedimental de um processo judicial.

O segundo aspecto refere-se à efetivação de medidas relativas à perseguição judicial ou à constrição da liberdade sobre aquele a quem é imputada a conduta criminosa ou sobre o já condenado pela jurisdição. Em alguns casos não deixa de ser

uma medida acautelatória do resultado prático do processo, mas é considerada uma categoria, ou melhor, um aspecto à parte, pois se dirige, especificamente, àquele que sofre a persecução penal. Assim, trata-se da colaboração internacional no que tange à localização, detenção ou devolução de um acusado da prática de corrupção (o que, no último caso ocorre por meio da extradição).

Por fim, sob o terceiro aspecto, a colaboração pode se pela efetivação, dentro da jurisdição de um país, de uma sentença penal prolatada no estrangeiro.[6]

Deve-se ressaltar, contudo, que a cooperação internacional no combate à corrupção, e em geral, não está a esses meios restrita. Os aspectos mencionados referem-se à persecução penal e, diretamente ou indiretamente, à persecução judicial na esfera criminal.

Há, assim, diversos meios de os Estados colaborarem uns com os outros: a troca de informações sobre os resultados das ações criminais que envolvam a corrupção, por meio de seminários ou grupos de pesquisas de organizações internacionais; a criação propriamente dita de uma jurisdição internacional, atribuída a uma corte internacional, que combata tais crimes; a promulgação de diplomas internacionais legais de combate aos crimes de corrupção, como a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção da OEA (sobre a qual nos debruçaremos em seguida), a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, entre outras.

Todas essas medidas explanadas referem-se, é certo, à seara criminal e são tratadas nesse trabalho por serem, a nosso ver, o mecanismo mais imponente de combate à corrupção. Mas é certo que medidas tais como programas de incentivo à transparência da administração pública, ética empresarial e corporativa, entre inúmeras outras, são importantes instrumentos de contenção do fenômeno.

---

[6] Segundo a professora Nadia de Araújo (CASELLA, 2002), a cooperação judiciária internacional, tomada em sentido estrito, refere-se, tão somente, a este aspecto mencionado, mais especificamente quanto ao trâmite das cartas rogatórias.

2.3. Os instrumentos legais internacionais de combate à corrupção na América Latina: a Convenção Interamericana Contra a Corrupção e as ações do Banco Interamericano de Desenvolvimento

Algumas premissas básicas sobre a luta contra a corrupção devem ser analisadas. E tais podem ser identificadas por dois elementos fundamentais, inseridos tanto na via preventiva como na repressiva: a transparência da condução dos negócios públicos e privados; e a responsabilização dos envolvidos.

O primeiro elemento, a transparência, é vital para que possam ser identificados os indícios das práticas corruptas, bem como para que os administradores vejam-se temerosos em praticar atos de desvios de conduta, já que, por meio de instrumentos procedimentais claros e pré-definidos, eles seriam facilmente notados pelas vias fiscalizadoras.

O segundo elemento, a responsabilização, é indiscutivelmente necessário, tanto pelo caráter educativo da sanção imposta ao sujeito ativo da conduta corrupta – que servirá como prevenção para que não haja reincidência no erro e tampouco estimulação pela impunidade –, bem como pelo caráter de justiça social que deve florescer do próprio procedimento de inquérito e julgamento.

E tais requisitos devem ser fortalecidos através da assistência internacional, o que não é possível fazer senão através de uma base jurídica única, no que tange ao assunto corrupção, entre as nações que se veem às voltas com o fenômeno.

A responsabilização está intimamente ligada ao respeito da norma legal que deve ser, ao máximo possível, adotada pelo maior número de ordenamentos jurídicos nacionais. Daí que não se pode falar em combate à corrupção sem que haja a

aproximação jurídica entre as nações, o que se fará, indubitavelmente, com a atuação sólida do Direito Internacional e Comunitário na seara criminal.

> Por outro lado, o respeito à norma legal é a moldura básica para o combate à corrupção. Corrupção é um complexo fenômeno que necessita ser golpeado por medidas legislativas criminais adequadas e ou por legislações específicas, incluindo remédios civis. Para que o controle seja efetivo, é essencial que existam informações ou indícios que requeiram ação penal ou administrativa. (RAMINA, 2002, p. 40)

Assim, não se pode olvidar de que a corrupção deve ser encarada como uma patologia crônica da sociedade, que pode evoluir para uma epidemia se não adotados os remédios jurídicos adequados. Como qualquer situação endêmica, deve-se atentar sempre para os instrumentos de transparência e responsabilização, que como mecanismos de retro-alimentação um sobre o outro, funcionarão tanto prevenindo, como sancionando condutas corruptas e corruptoras.

Por fim, é importante ressaltar que a sociedade civil tem fundamental papel no combate à corrupção. Destaca-se: a atuação da imprensa, noticiando as práticas criminosas (evitando, contudo, a promoção de falsos espetáculos e o desrespeito aos direitos de honra, intimidade e vida privada); a atuação de ONGS na fiscalização da transparência da administração; e o papel das escolas, onde se forma o arcabouço ético que orientará o comportamento individual de cada cidadão no repúdio aos privilégios oriundos das relações pessoais de poder (tão comuns e solidificados em nossa sociedade de formação histórica essencialmente patrimonialista).

Pois bem, quanto ao combate internacional legal à corrupção na América Latina, uma das primeiras ações concretas da Organização dos Estados Americanos foi a adoção, em 10.06.1994, pela Assembléia Geral, de uma resolução acerca da Probidade e Ética Pública, que visava à criação de grupo de trabalho no Conselho Permanente da OEA, incumbido de pesquisar, justamente, o papel da ética e da probidade na Administração Pública. As tarefas do grupo traduziam-se na compilação e análise das legislações nacionais que tratavam sobre o tema, na promoção de debates sobre as

experiências nacionais de controle da administração e na elaboração de recomendações para dar concretude a mecanismos de sanção dos desvios de conduta.

Os trabalhos do Grupo de Probidade e Ética Pública, sintetizados em relatórios, fundamentaram a adoção de uma segunda resolução pela Assembléia Geral, em 09.06.1995, que, por sua vez, convocando um seminário sobre ética e probidade no Uruguai, em novembro do mesmo ano, resultou na elaboração da Convenção Interamericana contra a corrupção (CICC), que entrou em vigor em 07.03.1997.

2.3.1. A Convenção Interamericana contra a corrupção.

A importância desse instrumento internacional advém de seu pioneirismo na matéria. Trata-se do primeiro instrumento legal internacional que trata da corrupção em nível transnacional.

Como ressalta o professor Gordillo (1997, p. 18), o regime jurídico da CICC não alcança apenas ao direito penal e internacional, ao direito político e constitucional, mas a todo regime de direito administrativo. Tem inspiração, essencialmente, no Direito norte-americano, mesmo que haja vozes que evoquem sua inspiração ibero-americana.

Assinaram e ratificaram a Convenção os seguintes 28 Estados: Argentina, Antígua e Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Estados Unidos da América, Grenada, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Saint Kitts e Nevis, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.

O Brasil, a despeito da assinatura da Convenção em 1996, somente a ratificou em 24 de julho de 2002, tendo feito reserva ao artigo 11, I do instrumento legal (que, justamente, tipifica as condutas tidas como corruptas). O País designou o Ministério da Justiça como autoridade central para a assistência e cooperação internacionais no combate à corrupção, nos termos do artigo XVIII da Convenção.

Prevê a Convenção Interamericana contra a Corrupção um programa de desenvolvimento institucional dos organismos que a integram.

Busca-se, ainda, a assistência recíproca entre os Estados membros nas áreas legal e técnica no combate à corrupção, o que compreende não só a troca de informações e tecnologia, mas também a implementação de mecanismos de cooperação, tais como a extradição, o sequestro de bens e a quebra do sigilo bancário dos sujeitos ativos da práticas de corrupção.

Porém, dentre as previsões da Convenção, talvez a de caráter mais objetivo e mais pragmático no combate à corrupção seja a tipificação das condutas que se enquadram como corruptas e as quais fazem emergir obrigações segundo o Direito Internacional.

Vimos, acima, a dificuldade de se encontrar parâmetros para identificar não só a ocorrência, mas também a própria definição do que seja a corrupção, uma vez tomada a opção por critérios não-legais ou não-normativos.

Assim, a tipificação das condutas criminosas, ou seja, a descrição pormenorizada dos comportamentos que se inserem no campo da ilegalidade e são rotulados criminosos representa um grande avanço para que desvios de conduta, antiéticos e imorais, deixem de travestir-se de legalidade e não restem, dessa forma, impunes.

Tais condutas não são necessariamente de corrupção transnacional. A Convenção prevê também a tipificação de práticas do que se poderia chamar de corrupção doméstica. É fato que a previsão dessas condutas na Convenção e a sua ocorrência no plano fático não significa, por si só, a subsunção do fato criminoso à norma de Direito Internacional, de modo que não haverá a instauração de um processo

criminal para apurar tal prática se não houver a devida criminalização da conduta e a conseqüente previsão do procedimento judicial correlato no Direito Pátrio.

Mas não se pode negar que representa um avança significativo, na medida em que a Convenção direciona uma postura legislativa a ser adotada pelos Estados que a ratificaram.

Particularmente no que tange ao combate da corrupção sobre o funcionalismo público estrangeiro, os instrumentos legais da Convenção parecem demonstrar um potencial efetivo. Isso porque a Convenção obriga os Estados signatários e adesivos que a ratificaram a instituírem a criminalização dos atos de corrupção que tenham como alvo funcionários públicos estrangeiros.

Aqui se pode dizer que se trata, efetivamente, de tipificação legal no campo de aplicação do Direito Penal. Trata-se de instrumento poderoso, como não poderia deixar de ser, já que o Direito Penal representa a última *ratio* da legalidade, destinado a condutas efetivamente perigosas e danosas à sociedade.

Deve-se notar, a despeito da preocupação em instituir a criminalização das condutas de particulares que corrompem funcionários públicos estrangeiros, que o foco principal da Convenção Interamericana é o combate à corrupção na Administração de modo geral, ou seja, no tocante às funções públicas.

Cabe mencionar que há, de fato, similaridade de propostas com os programas de combate à corrupção da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) que também prevêem a criminalização da corrupção que tem como alvo funcionários públicos estrangeiros.

Ocorre, contudo, que por ter sua preocupação dirigida aos países de desenvolvimento econômico e institucional consolidado, a OCDE tem como foco de combate, no campo da corrupção, aquela que se desenvolve pelos grandes

conglomerados econômicos e que se dirige aos funcionários públicos de países estrangeiros onde se investe o capital privado e onde se busca, com as práticas corruptoras, maior rapidez nos procedimentos burocráticos (o que se chama de efeito lubrificante do sistema pela corrupção).

> [...] a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE tem sido uma marcante realização, refletindo uma visão tradicional da Comunidade internacional de que os esforços para reduzir a corrupção devem operar somente nos países subdesenvolvidos, passando a aceitar a idéia de que devem operar também nos países exportadores de capital. Logo, a ênfase nesse caso é no lado ativo da corrupção. (RAMINA, 2002, p. 41)

Daí se denota a diferença essencial do combate à corrupção das duas organizações: enquanto a OCDE preocupa-se com as investidas corruptoras do poder econômico sobre a Administração de outros países (corrupção ativa), a CICC preocupa-se com a corrupção no Poder público de forma generalizada nos seus Estados-membros (que são, salvo raras exceções, países em desenvolvimento), a qual é ligada, como vimos nas seções anteriores, ao subdesenvolvimento institucional e que atinge, de forma endêmica, todas as funções do Poder (corrupção ativa e passiva).

Note-se que o alcance dado pela Convenção às expressões “funcionário público” e “função pública” é abrangente, tal qual o faz nossa Constituição Federal.

Por sua vez, no que tange ao combate preventivo da corrupção, a Convenção prevê a adoção de medidas procedimentais da Administração Pública que observem princípios do Direito Administrativo, tais como a publicidade, equidade e eficiência.

Ainda quanto à corrupção dos funcionários públicos, a Convenção prevê, de forma inovadora, que os Estados devem adotar medidas necessárias para tipificar, como crime, o aumento do patrimônio de um funcionário público que seja incompatível com seus vencimentos advindos do exercício da função pública e desde que ele não justifique tal acréscimo.

Cumpre ressaltar que é importante que se afaste a concepção que opta por entender que as normas da Convenção, em especial as do artigo III (que preveem os mencionados mecanismos de cooperação, estabelecem princípio e dão outras providências), têm caráter meramente programático, como se fossem pautas para a elaboração das legislações domésticas. Na verdade, segundo Gordillo (1997, p. 30 e 31), tratam-se de normas de aplicação imediata, já que traduzem princípios a que devem observância a Administração Pública.

> Aunque estas y otras obligaciones aparezcan prima facie remitidas a las normas internas, su manifiesta claridad demuestra que son inmediatamente operativas, porque ninguna ley interna hace falta para saber que conceptos jurídicos indeterminados o principios jurídicos tales como los enunciados son perfectamente aplicables por la Justicia nacional o en su caso extranjera. Ninguna norma reglamentaria hace falta para aplicar esa pletora de principios jurídicos.[7]

Pois bem, cumpre destacar algumas notas no tocante à jurisdição, com base no Direito Internacional que assume o Estado no combate à corrupção.

Terá o Estado direito de aplicar as normas de Direito Internacional citadas e as suas próprias decorrentes de sua soberania interna em três ocasiões: quando a ofensa que envolva a corrupção for cometida em seu território; quando o acusado estiver presente em seu território e não puder ser extraditado devido a sua nacionalidade; quando a ofensa for cometida por um de seus nacionais ou por uma pessoa que tenha residência habitual em seu território.

Além dessas hipóteses, também é possível a ativação da jurisdição de um país, se o ato de corrupção cometido surta efeito em um país, mesmo que o ato não tenha sido cometido neste, dando a ele jurisdição sobre o fato. Segundo Gordillo (1997, p.

[7] Tradução livre do autor: "Ainda que estas e outras obrigações pareçam *prima facie* remitidas às normas internas, sua manifesta clareza demonstra que são imediatamente operacionais, porque nenhuma lei interna faz falta para se saber que os conceitos jurídicos indeterminados ou princípios jurídicos, tais como os enunciados, são perfeitamente aplicáveis pela Justiça Nacional ou pela estrangeira. Nenhuma norma regulamentar faz falta para implementar essa miríade de princípios legais".

35), trata-se de inovação substancial, já que considerará os efeitos lesivos econômicos que podem extrapolar fronteiras, tal como ocorre nos casos de lavagem de dinheiro.

Por fim, para implementar as políticas adotadas na Convenção e em suas resoluções decorrentes e dar cumprimento aos princípios enunciados, adotaram-se planos complementares que acompanham os índices de corrupção e a efetivação das normas e regras da Convenção.

2.3.2. Banco Interamericano de Desenvolvimento

Em cooperação com a OEA e seu programa de combate à corrupção por meio da Convenção Interamericana contra a Corrupção, o BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento) tem atuado, desde 1995, com base no Plano de Ação formulado na Cúpula das Américas, como importante órgão de auxílio de implementação das políticas de combate à corrupção.

Tal soma de esforços tem suas origens no encontro da Cúpula das Américas ocorrido em dezembro de 1994 e que resultou na Declaração de Princípios da Cúpula das Américas de 1995. Nesse documento, os participantes da reunião comprometeram-se a proceder, entre outros objetivos, à luta efetiva contra a corrupção, enunciada como fator de desagregação econômica e de deslegitimação das instituições políticas.

No referido encontro, formulou-se, então, um Plano de Ação de que compreendia uma seção específica de Combate à Corrupção:

> onde os líderes políticos concordaram em priorizar as reformas necessárias com o intuito de promover a transparência e a prestação de contas das operações governamentais; fortalecer a vigilância das funções administrativas por meio de mecanismos de investigação e persecução; estabelecer padrões de comportamento para autoridades públicas e detectores efetivos de enriquecimento ilícito; adotar medidas anti-suborno e convidar a OEA a participar do Grupo de Trabalho da OCDE para a corrupção em transações comerciais internacionais; fortalecer o controle governamental sobre os processos de licitação pública; e adotar uma

> concepção acerca da corrupção nos setores público e privado, em nível continental, incluindo a cooperação nos processos de extradição e persecução. (RAMINA, 2002, p. 76)

Pois bem, em síntese, o Plano de Ação adotado pela Cúpula das Américas dá poderes ao BID para auxiliar a implementação de medidas de combate à corrupção. Assim, atuando cooperativamente e de maneira executiva no combate à corrupção, o Banco: fornece assistência a países credores na luta contra a corrupção; e institui programas que minimizam a possibilidade de corrupção no uso dos seus próprios recursos do Banco.

As principais atividades do Banco, quanto à assistência a países credores na luta contra a corrupção, compreendem a realização de estudos que auxiliam os Estados a proceder a uma adequada regulamentação alfandegária, a administrarem de forma transparente o setor financeiro, a realizarem reformas fiscais e a regularem seus sistemas judiciários. O BID, quanto a esse aspecto de propagação de conhecimento, tem atuado como incentivador do desenvolvimento e fortalecimento institucional dos Estados como medida *sine qua non* para se lutar contra a corrupção.

Há, ainda, projetos em andamento em parceria com a OEA (Organização dos Estados Americanos), em que esta atua como agência executiva: em um deles, o BID dá suporte à implementação da CICC; em outro, propugna pela integridade dos mercados financeiros; e, por fim, um terceiro cria Instituições Supremas de Auditoria, com reais poderes de investigação de crimes de fraude e de corrupção.

O Banco também estuda estratégias que englobam mais eficiência e transparência na destinação de auxílio financeiro a países da América Central que foram vítimas do furacão Mitch. Concluíram-se projetos de pesquisa, recentemente, sobre a corrupção na prestação de serviços e saúde pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Carecem as democracias modernas de especial atenção no tocante ao fenômeno da corrupção, que, como vimos, está intrinsecamente ligado ao subdesenvolvimento institucional característico das sociedades latino-americanas e que contribui, em um mecanismo de retro-alimentação, para manutenção dos meios de dominação patrimonialista e clientelista e, conseqüentemente, deixa estagnada a busca por justiça social.

Os efeitos corrosivos da corrupção não podem ser contidos senão através da adoção de medidas efetivas de prevenção, pela instituição e efetivação de princípios de boa condução dos negócios públicos, como transparência, publicidade, probidade, moralidade, bem como pela responsabilização dos agentes corruptores tanto na esfera privada como pública.

E para a adoção de tais medidas, é imperativo que se instaurem instrumentos legais internacionais de combate à corrupção, que sejam efetivos e respeitados pelos países a eles subordinados.

Como vimos, os crimes que envolvem a corrupção não respeitam fronteiras e, na verdade, têm encontrado nelas, paradoxalmente, meios catalisadores para sua expansão, diante da mencionada falta de unificação dos ordenamentos jurídicos internacionais e da falta de comunicação entre eles.

Esforços políticos devem ser realizados, restando imperativo que a opinião pública atente para tal situação e pressione seus representantes para conter tamanha ameaça endêmica que é a corrupção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEZERRA, Marcos Otávio, *Corrupção*: um estudo sobre o poder público e as relações pessoais no Brasil. Rio de Janeiro: Relume Dumará: ANPOCS, 1995.

BLACK, Henry Campbell. Black's Law Dictionary, St. Paul: West Publishing, 1983.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Legalidade, legitimidade e corrupção em campanhas eleitorais* in Revista Trimestral de Direito Público, nº 7, 1994, p. 131 a 41.

CASELLA, Paulo Borba e SANCHEZ, Rodrigo Elian (organizadores). *Cooperação Judiciária Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CERVINI, Raul, e TAVARES, RAÚL. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul,* São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

FAORO, Raimundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, São Paulo: Globo, 1984.

FREIRE, Gilberto. *Casa Grande e Senzala*, São Paulo: Global editora, 2006.

GERMANI, Gino. *Democracia y Autoritarismo en la sociedad moderna*. Disponível em <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/critica/nro1/germani.pdf>. Último acesso em 17.09.2008.

GORDILLO, Agustín. *La Convención Interamericana contra la corrupción*, in MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.), *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*: Direito Administrativo e Constitucional, São Paulo: Malheiros, 1997

HEYWOOD Paul. *Political Corruption: Problems and Perspectives*, in HEYWOOD, Paul (organizador), *Political Corruption*, Oxford (UK) Blackweel Publishers, 1997.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*, São Paulo, Companhia de Letras, 2006

PRADO Jr., Caio, *Formação do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Editora Brasiliense, 2006

RAMINA, Larissa Liz Odreski. *Ação internacional contra a corrupção*. Curitiba: Juruá, 2002

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *A Economia Política da Corrupção no Brasil*, São Paulo, Editora SENAC São Paulo, 2001 (Série Ponto Futuro, 8).

A REVISÃO DA BIBLIOGRAFIA NA ELABORAÇÃO DE PROJETOS DE PESQUISA PARA MONOGRAFIAS DE CONCLUSÃO DE CURSO EM DIREITO

THE REVIEW OF REFERENCES IN THE DEVELOPMENT OF RESEARCH PROJECTS FOR MONOGRAPHS OF COMPLETION OF COURSE IN LAW

PADILHA, Marcos Lopes[1]

RESUMO
O artigo discute a importância do exame da teoria pertinente ao tema como requisito prévio à pesquisa científica, ou seja, já na etapa do projeto que visa a elaboração do trabalho de conclusão nos cursos jurídicos. Nesse sentido, critica os textos disponíveis sobre metodologia científica por não darem a devida importância a esse exame. Em alguns casos, a revisão da bibliografia sequer é incluída nas propostas de estrutura dos projetos; em outros, a revisão é deixada para o final do projeto, como se fosse uma simples necessária demonstração de erudição do pesquisador, sem qualquer relevância para a confecção do projeto. Neste artigo argumenta-se que o exame da bibliografia deve ser efetuado previamente ao adiantamento das hipóteses, sendo assim elemento central da proposta de pesquisa. O artigo conclui com uma proposta sobre a organização de um projeto de pesquisa em que o exame prévio da teoria recebe o seu devido destaque.

PALAVRAS-CHAVE: Projeto de pesquisa. Monografia. Direito.

ABSTRACT
The article discusses the importance of examining the theory relevant to the subject as a prerequisite for scientific research, ie already in the design phase of the project for the monograph of legal courses. In this sense, criticizes texts available in scientific methodology, which does not give due importance to this examination. In some cases, the literature review is not included in the proposed structure of the projects, in others, the review is left to the end of the project as a simple demonstration of erudition required of the researcher, with no relevance to the making of the project. This article argues that the literature review should be done before the presentation of hypothesis, as a central element of the research project. The article concludes with a proposal on the organization of a research project in which the preliminary examination of the theory gets its prominence.

KEYWORDS: Research project. Monograph. Law.

[1] Email: padilhamarcos@gmail.com, Doutor em Sociologia pela Universidade de São Paulo (USP), Professor do Grupo Drummond, São Paulo-SP.

1 Introdução

O presente artigo tem como propósito precisar, definir melhor o papel do balanço bibliográfico, ou exame da bibliografia de referência teórica nos projetos de pesquisa para Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC), também chamada de monografia, dos cursos de Direito. Também reforça a natureza científica do TCC, com todas as implicações que essa natureza científica traz para os TCCs.

Na verdade, a hipótese deste artigo é que as duas questões estão interligadas: a importância do balanço bibliográfico decorre justamente da natureza científica do TCC.

A necessidade e justificativa para a apresentação deste artigo advêm do fato de que a imensa maioria dos tratados de metodologia científica não deixa claro nem a importância do balanço bibliográfico, nem a natureza científica do TCC.

2 A natureza científica da monografia

Os trabalhos de conclusão de curso devem ser considerados como obras científicas? Ou são apenas trabalhos ordinários de graduação, como aqueles que os alunos fazem para compor as notas das diversas disciplinas, talvez um pouco mais extensos?

Evidentemente, não há espaço neste artigo para um exame detalhado entre o que é científico e o que não é. Aqui, sustenta-se a natureza científica do trabalho científico. Isto significa que, embora sejam elaborados ainda durante o período de graduação, representam um passo além que o aluno de graduação dá rumo à produção de textos de maior rigor, qualidade e aprofundamento de determinado tema.

O TCC distingue-se ainda dos demais trabalhos realizados pelo aluno durante a graduação por apresentar certos procedimentos e visar determinados resultados, próprios do conhecimento científico.

Em geral, os trabalhos realizados pelo aluno como requisitos de avaliação e aprovação nas disciplinas basta a realização de uma compilação dos textos mais relevantes produzidos sobre o assunto, ainda que apresentados de maneira crítica.

E se é verdade que esta compilação deve ser considerada como uma etapa do próprio trabalho científico, uma obra verdadeiramente científica evidentemente não se restringe a ela.

Usualmente, os argumentos contrários à natureza científica dos trabalhos de conclusão de curso incluem a ideia de que todo trabalho científico deve apresentar um conhecimento novo, uma contribuição original em relação a determinado assunto.

Mas essa idéia só deve ser considerada correta quando se considera de uma maneira muito genérica a natureza científica dos trabalhos, pois aqui se sustenta que um trabalho deve ser considerado científico mesmo quando apenas levanta problemas e aponta caminhos e procedimentos para sua resolução.

Na verdade, não existe consenso na literatura especializada sobre se um TCC deva ter natureza científica ou não. A própria ABNT (Associação Brasileira De Normas Técnicas), que normatiza os trabalhos acadêmicos e científicos não se manifesta a respeito do assunto. De acordo com a entidade, o TCC é "documento que apresenta o resultado de estudo, devendo expressar conhecimento do assunto escolhido, que deve ser obrigatoriamente emanado da disciplina, módulo, estudo independente, curso, programa, e outros ministrados." (ABNT, 2011, p. 4).

Segundo Oliveira, a natureza monográfica dos trabalhos de conclusão de curso, que implica a abordagem de um único tema, não dispensa a necessidade das tarefas de investigação, aprofundamento do exame do assunto e de um mínimo de originalidade:

> Monografia significa a abordagem de um único assunto, ou problema, sob tratamento metodológico de investigação. Exige, portanto, que lhe seja dada uma especificação, um tratamento aprofundado e exaustivo, que não deve ser confundido com extensão. A característica essencial da monografia é a forma de estudo de um

> tema (unicidade) delimitado, uma atualidade e originalidade acompanhada de uma contribuição importante para ampliação do conhecimento específico. (OLIVEIRA, 2000, pág. 236)

Ora, o que são essas exigências de investigação, aprofundamento do exame do assunto e originalidade senão requisitos de qualquer trabalho científico? Como assinala Marconi, a monografia de conclusão de curso até pode "ser realizada apenas com os dados obtidos no levantamento da bibliografia, mas deve apresentar uma contribuição relevante", pois todo trabalho científico "deve ser original, inédito, ter valor científico e ser objetivo e claro." (MARCONI, 2001, p. 51)

Henriques e Medeiros, por exemplo, deixam claro que o TCC (monografia) é um trabalho científico:

> A expressão *trabalho científico* compreende variados tipos de textos elaborados segundo estrutura e normas preestabelecidas. Entre eles podem ser citados: a resenha, o informe científico, o artigo científico, a monografia, o paper. (HENRIQUES; MEDEIROS, 2010, p. 39).

No entanto, para esses autores, embora a monografia de término de curso de graduação tenha natureza científica, ela não precisa apresentar produção original, podendo restringir-se à mera revisão bibliográfica:

> Na monografia de graduação, ou TCC, é suficiente a revisão bibliográfica, ou revisão da literatura. É mais um trabalho de assimilação de conteúdos, de confecção de fichamentos e, sobretudo, de reflexão. É, propriamente, uma pesquisa bibliográfica, o que não exclui capacidade investigativa de conclusões ou afirmações dos autores consultados. (HENRIQUES; MEDEIROS, 2010, p. 36)

Nunes consegue evitar a aparente contradição entre a afirmação de que a monografia de conclusão de curso pode ser científica mesmo sem cumprir todas as etapas do trabalho científico. Ele divide os tipos possíveis de monografia em três: de compilação, de pesquisa e "científica" (aspas do próprio Nunes). A "monografia de compilação" se restringiria à "exposição do pensamento dos vários autores que escreveram sobre o tema escolhido":

> Nesse tipo de monografia o estudante tem de demonstrar que examinou o maior número possível de obras publicadas sobre o assunto versado, sendo capaz de organizar as várias opiniões, antepô-las logicamente, quando se apresentam antagônicas, harmonizar os pontos de vista existentes na mesma direção, enfim, tem de ser capaz de apresentar um panorama das várias posições, de maneira clara e didática. (NUNES, 2011, p. 60-1)

Já a monografia "científica" tem como propósito trazer conhecimento novo, está comprometida com a novidade:

> O trabalho de cunho científico tem de ser útil à comunidade científica à qual se dirige, bem como, numa pretensão mais alargada, a toda a comunidade. Para que isso seja conseguido, é preciso que ele venha dizer algo que ainda não foi dito. (NUNES, 2011, p. 71)

Seria de se supor, logicamente, que ao estabelecer uma distinção entre as monografias "de compilação" e "científica", Nunes não considerasse como científicos os trabalhos que se restringissem a revisar a bibliografia. Mas não é isso o que acontece:

> No caso da monografia de avaliação do curso de graduação, é normal designá-la como trabalho científico sem preocupação com o real sentido do termo 'científico'. De fato, a designação de um trabalho como científico diz mais respeito ao método amplamente aceito, através do qual ele é feito, do que, propriamente ao significado da palavra de origem, ciência. (...) Porém, necessitamos consignar que qualquer dos três tipos de monografia abordados pode ser chamado de trabalho ou monografia científica. (NUNES, 2011, p. 71)

Mas como a simples revisão da bibliografia, isto é, sem agregar nada de novo, pode ser científica? Desde que ela, além de apresentar os diversos pontos de vista sobre um assunto, também questione as explicações usualmente apresentadas:

> Será científica, ainda, a monografia se, encontrando motivos plausíveis para pôr em dúvida um trabalho anterior, coloca-o em xeque, refazendo totalmente sua trajetória de pesquisa. Nesse caso, ao final da investigação, terá sido obtida uma dessas duas alternativas: descobrimento de algo novo e demonstração de erro da pesquisa anterior ou confirmação do que já havia sido descoberto e, portanto, corroboração das conclusões do trabalho anterior. (NUNES, 2011, p. 72)

No entanto, no mesmo texto, o autor aparentemente volta atrás em suas afirmações e retira da monografia "de compilação" sua natureza científica: "Vê-se, apenas por essas características iniciais, que a monografia de pesquisa de campo pode evidentemente ser científica. Já a de compilação não, uma vez que nada acrescenta de novo". (NUNES, 2011, p. 72)

Em síntese, nota-se, nos autores examinados, a falta de consenso sobre a cientificidade dos TCCs. Mas uma coisa é certa: os trabalhos de conclusão de curso pressupõem a realização de pesquisa. E pesquisa só tem sentido se estiver relacionada com a investigação da realidade, com a descoberta do novo. Caso se considerasse suficiente um simples trabalho de compilação para a conclusão de curso, não haveria necessidade de pesquisa e, portanto, de projeto de pesquisa. Bastaria um plano de redação. Aliás, todos os cursos de Direito dispõem de uma disciplina justamente voltada para a elaboração do projeto de pesquisa do TCC.

3 A importância da "revisão da literatura"

Considerando que todo trabalho de natureza científica parte de uma revisão do "estado da arte" em qualquer disciplina, vale dizer, das contribuições dos autores consagrados nos diversos temas, entende-se que o exame crítico da doutrina só se justificará caso o TCC tenha caráter científico, isto é, não consista de uma simples compilação de doutrinadores. Como explicam Henriques e Medeiros:

> Toda teoria pode, em algum momento, ser questionada e uma nova ser proposta. Nesse sentido, a ciência nunca é definida; está sempre revendo seus posicionamentos, refazendo sua compreensão e explicação da realidade. Ora, para reformular teorias, propor novas, é preciso conhecer as que já existem. Por isso, a necessidade de revisão da bibliografia que existe. (HENRIQUES; MEDEIROS, 2010, p. 61-2)

Assim, em um trabalho de natureza científica, a revisão da bibliografia especializada tem como função não tanto uma demonstração de "erudição" do

autor do projeto, mas, antes de tudo, a própria justificativa da pesquisa que se tem em vista. O exame da doutrina demonstra a relevância do tema que se quer estudar, as formas e métodos como tradicionalmente são abordados e pesquisados, as fontes usuais de informações, e, não menos importante, a identificação de respostas insuficientes para os problemas que a pesquisa se propõe responder. Ainda conforme Henrique e Medeiros:

> A revisão da literatura deve oferecer ao leitor uma revisão do que os estudos anteriores apresentam sobre o assunto, quais teorias se relacionam com o objeto da pesquisa, quais as lacunas encontradas na literatura, quais foram as metodologias utilizadas, bem como o aparato teórico que deu sustentação às pesquisas anteriores. (HENRIQUES; MEDEIROS, 2010, p. 62)

Por isso mesmo, diz Marconi, dentro do corpo do projeto, o exame da doutrina só pode vir, logicamente, antes da proposição de hipóteses. Naturalmente, não tem cabimento adiantar explicações prováveis para determinados problemas antes de verificar se estas explicações já estão disponíveis na teoria.

> Em primeiro lugar, precisam ser realizados estudos preliminares que permitirão verificar se o assunto em questão já foi desenvolvido sob o aspecto teórico ou prático, se há outros estudos ou pesquisa realizados sobre o mesmo tema e se o assunto está adequadamente integrado à teoria escolhida. (MARCONI, 2001, p. 42)

No entanto, é muito comum encontrar a localização do item de projeto “Revisão da Literatura” após o item “Hipóteses”. Mas essa localização não tem justificativa, pois, logicamente, não é possível chegar-se ao levantamento de hipóteses antes do exame da literatura pertinente.

4 A omissão do exame da doutrina

Parte dos textos especializados em metodologia científica simplesmente não menciona o exame da literatura pertinente, quando trata da elaboração de projetos de pesquisa. Outros autores dão a esse exame um propósito diferente daquele que o projeto pede. Finalmente, outro problema detectado nos

manuais de metodologia científica tem a ver com a localização incorreta do exame da literatura.

Alguns autores simplesmente ignoram, não destacam a necessidade de revisão da bibliografia na elaboração dos projetos de pesquisa para o TCC. É o caso, por exemplo, de Cervo, Bervian e Silva (2007), em cuja proposta de estrutura de projeto os “estudos exploratórios” são parte da pesquisa, não do projeto.

Parra Jr. parte para a apresentação da hipótese antes de certificar-se de que não existe resposta para o problema já apresentada pela teoria. Aliás, isto está em contradição com a afirmação do próprio autor sobre a necessidade de um exame prévio do “estado da arte” dos estudos sobre o assunto:

> Antes da redação de um projeto de pesquisa, é importante que se faça uma pesquisa inicial para colher informações sobre o assunto a ser pesquisado. Isso beneficia o pesquisador, uma vez que aprimora seu conhecimento acerca do assunto e apresenta qual o estágio de desenvolvimento em que se encontra, bem como uma melhora no ordenamento de sua proposta. [PARRA FILHO, 2002, p. 57-8]

Na verdade, os autores mencionados não chegam a ignorar propriamente a necessidade do exame prévio da doutrina para a elaboração do projeto. O que parece acontecer é que recomendam esse exame previamente à elaboração do projeto, mas não o incluem no corpo do projeto.

Isto é um erro. O exame da doutrina deve estar presente no corpo do projeto. Em primeiro lugar, a crítica à doutrina só pode aparecer, naturalmente, depois de expostos os argumentos dos doutrinadores. Em segundo lugar, ainda que o exame da doutrina só tivesse o propósito de justificar a proposta de pesquisa, como entendem alguns autores, ela, por isso mesmo, deveria constar do corpo principal do projeto. Finalmente, o que for elaborado como projeto não se perderá depois que a pesquisa tiver sido realizada. Pelo contrário, deverá ser incluído no TCC como introdução ao trabalho.

Apesar dessas omissões, a FAPESP, conhecido órgão financiador de pesquisas, menciona a necessidade de exame prévio da bibliografia na elaboração dos projetos. Conforme a entidade, o projeto de pesquisa deve compreender os seguintes itens: a) Resumo (máximo 20 linhas); b) Introdução

e justificativa, com síntese da bibliografia fundamental; c) Objetivos; d) Plano de trabalho e cronograma de sua execução; e) Material e métodos; f) Forma de análise dos resultados.

5 A incompreensão da importância da revisão da bibliografia

A importância da revisão da literatura já na elaboração do projeto não aparece com clareza em autores que chegaram a salientar a necessidade dessa revisão.

Barros e Lehfeld (1990), por exemplo, chegam a destacar a necessidade de inserir no projeto um "quadro de referência". No entanto, situam este item depois da indicação das "hipóteses" e antes da "metodologia do estudo". Por "quadro de referência" os autores entendem "a linha filosófica, religiosa, política, ideológica etc., de um autor, pesquisador e/ou estudioso. Serve de referência para diferenciar ou comparar o modo de pensar das pessoas". (BARROS; LEHFELD, 1990, p. 51). E acrescentam: "Os quadros de referência mais comumente encontrados nos estudos científicos são: empirismo ou positivismo, estruturalismo, funcionalismo e dialética". (idem p. 51)

Também Luna (1996) propõe um esquema de projeto de pesquisa em que o referencial teórico aparece como base para a interpretação dos resultados da pesquisa, mas não como elemento de definição do problema da pesquisa. Ora, isto é o mesmo que dizer que a revisão da bibliografia não tem função no próprio projeto de pesquisa.

Já Marconi (2001) sustenta que esta investigação bibliográfica inicial não deve estar inserida no corpo do projeto, pois, em sua esquematização da organização do projeto, aparece somente ao final, "embasamento teórico", aliás, cuja finalidade é responder "por quê?" da pesquisa, ou seja, tem uma finalidade de justificar a pesquisa.

Mas a parte sobre revisão da teoria não pode ter apenas a função justificativa do problema a ser respondido, pois é necessário demonstrar claramente as

insuficiências da teoria existente antes de apresentar a própria hipótese de pesquisa.

Também na proposta de projeto de Mezzaroba e Monteiro (2006), a revisão da bibliografia aparece depois da apresentação das hipóteses. A ordem de apresentação do projeto é: “Tema”, “Delimitação do Tema”, “Problema”, “Hipóteses e tese”, “Variáveis”, “Objetivos”, “Justificativa”, “Revisão bibliográfica” e “Metodologia”.

Já Rudio (2009), na proposição inicial do projeto de pesquisa, quando é necessário responder “o que fazer?”, enumera as seguintes etapas:

> 1.1 formular o problema, 1.2 enunciar as hipóteses, 1.3 definir os termos do problema e das hipóteses, 1.4 estabelecer as bases teóricas, isto é, a relação que existe entre a teoria, a formulação do problema e o enunciado das hipóteses (por que e de que modo a formulação do problema e o enunciado das hipóteses se refere à teoria?). (RUDIO, 2009, p. 57).

E Vianna (2001) é um exemplo claro de como a revisão da doutrina pode ser vista como mera demonstração de “erudição”, em vez de justificativa para a apresentação de hipóteses:

> A fundamentação teórica é um processo de busca de autores ou entidades de diferentes ordens que já publicaram a respeito do tema escolhido. (...) Esta busca é imprescindível considerando que você precisa fundamentar, embasar suas argumentações em citações de autores para elas tenham maior respaldo científico, além de explicar a linha teórica que orienta seu trabalho de pesquisa. (VIANNA, 2001, p. 87)

6 A compreensão da importância do exame da doutrina

Vários autores confirmam e salientam estas funções do exame da doutrina, embora, contraditoriamente, alguns deles acabem descaracterizando estas funções quando vão apresentar suas propostas de estruturação do projeto de pesquisa (veja-se adiante).

Gustin e Dias (2010), por exemplo, ressaltam a importância de um exame prévio da teoria para a elaboração do projeto, inclusive para a delimitação clara do problema a ser respondido:

> [...] uma pesquisa inicia-se, sempre, a partir do surgimento ou constituição de um problema teórico ou prático. O marco teórico deve ser considerado desde essa problematização inicial. Assim, o referencial teórico constitui-se como elemento de controle não só do problema como de toda a pesquisa. (GUSTIN; DIAS, 2010, p. 34)

Como destacam as autoras, o exame prévio da doutrina é tão importante que serve de base para a elaboração de todos os demais itens do projeto:

> A identificação do tema, a consulta bibliográfica preliminar, a exposição do tema-problema, a hipótese, a formulação do esquema provisório ou plano de trabalho e a discussão e solução final do problema são elementos derivados e constitutivos do marco teórico. (GUSTIN; DIAS, 2010, p. 39)

No entanto, contraditoriamente, depois de destacar a importância crucial do exame da bibliografia para a elaboração do problema de pesquisa, os próprios autores, mais adiante, reduzem essa importância a uma simples justificativa da pesquisa:

> A 'introdução' ao projeto ou ao problema, que foi abordada no item 'tema-problema da pesquisa', poderá abordar pontos significativos da literatura que permitem melhor entendimento do objeto de pesquisa e de sua problematização. Entende-se, entretanto, que em um projeto a revisão da literatura só tem uma razão objetiva: justificar a investigação proposta. (GUSTIN; DIAS, 2010, p. 80)

Henrique e Medeiros (2010) ressaltam que o exame da bibliografia é a fonte dos problemas e das hipóteses em uma pesquisa. Como então compreender que um projeto de pesquisa não contemple este exame, ou ainda que ele apareça no projeto depois que já foram expostos o problema e as hipóteses?

> A revisão da literatura constitui parte relevante de um Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), assim como o é de qualquer outro tipo de monografia. Ela faz parte do desenvolvimento do texto e envolve as obras já publicadas, as teorias existentes sobre o fenômeno objeto de estudo. A literatura da área fundamenta a investigação e é ela que

> fornece hipóteses, variáveis, problemas a serem resolvidos. (HENRIQUES; MEDEIROS, 2010, p. 61)

Também Salomon (2001) destaca a importância da revisão da literatura, mas não explica exatamente o porquê, salvo genéricas necessidades de “por-nos em contato” com o que “há de mais importante” sobre o tema da pesquisa, e mostrar que o pesquisador “as consultou”:

> O fim principal da bibliografia é pôr-nos em contato com tudo o que se tem feito em torno do assunto de que vamos tratar. Se omitirmos o devido esforço nessa pesquisa pode ruir por terra todo o nosso trabalho. (SALOMON, 2001, p. 306)

Já Mezzaroba e Monteiro (2006) não deixam clara a relação que existe entre o exame da doutrina e a definição do problema e das hipóteses no projeto de pesquisa. Para esses autores, o referencial teórico terá importância na etapa posterior ao projeto, no desenvolvimento da pesquisa e na redação do trabalho final. Segundo eles, com a revisão da bibliografia, o pesquisador deve “demonstrar o domínio das informações que já estudou e/ou coletou”.

Por que o pesquisador deve fazer esta revisão?

> ...para que fique manifesto o seu marco teórico (autor ou teoria de base), ou o conjunto dos referenciais teóricos eleitos que irão dar o alicerce teórico ao seu enfoque, ou o conjunto dos critérios categoriais fundamentais para tratar de seu tema. (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2006, p. 157)

No entanto, como destaca Leite (2001), o exame da doutrina não tem nada a ver com demonstração de “erudição”, mas tem uma função essencial desde a etapa inicial da elaboração projeto de pesquisa, na escolha e delimitação do tema:

> Inicialmente, deve-se consultar sistematicamente as obras que contêm, em si mesmas, referências e bibliografias, ou seja, os manuais suscetíveis de se referirem a questões que dizem respeito ao assunto escolhido (doutrina), à legislação e jurisprudência, as teses ou monografias que tratam de assuntos conexos ou análogos, os estudos ou obras importantes, as bibliografias sistemáticas ou críticas substanciais contidas em certas revistas jurídicas

> especializadas e as fontes jornalísticas. [...] O principal objetivo, neste estágio da pesquisa, é aprofundar suficientemente as questões que já foram detectadas, a fim de poder situar, de modo bem preciso, o trabalho que resta fazer e também definir com precisão os principais aspectos, de modo a construir constantemente o plano. (LEITE, 2001, p. 109)

Luna (1996) também assinala a importância do contato com o referencial teórico desde o início dos trabalhos de um pesquisador, pois já na formação do problema existe um entrelaçamento entre teoria e prática:

> Respostas a um questionário, transcrições de entrevistas, documentos, registros de observações representam apenas 'informações' à espera de um tratamento que lhes dê um sentido e que permita que a partir delas se produza um conhecimento até então não disponível. E, aqui, fecha-se o círculo da teoria em relação à pesquisa, já que o sistema de tratamento das informações depende do referencial adotado e que, por sua vez, gerou o problema, as perguntas a serem respondidas e o procedimento para a coleta de informações. (LUNA, 1996, p. 19-20)

Contudo, o autor descarta a realização desse tipo de revisão para pesquisadores iniciantes, "devido ao fôlego e experiência necessários para sua elaboração" (idem, p. 83). Porém, caso este tipo de revisão não seja feita, como vai o pesquisador saber sobre as lacunas da literatura? Como vai saber o que já foi investigado e o que ainda carece de pesquisa?

Como salienta Marconi (2001), o exame da bibliografia serve de fundamento para a explicação que o próprio pesquisador apresentará, o que só pode ser feito comparando-a com as explicações que já existem na teoria:

> Todo plano de pesquisa deve conter premissas ou pressupostos teóricos sobre os quais o pesquisador fundamentará sua interpretação. [...] "A citação das principais conclusões a que outros autores chegaram permite salientar a contribuição que se pretende dar, verificando contradições ou reafirmando os dados já publicados. (MARCONI, 2001, p. 49 e 50)

Também tem o propósito óbvio de evitar dirigir o esforço de pesquisa para um falso problema, isto é, para algo que já tem respostas satisfatórias disponíveis:

> Pesquisa alguma parte hoje da estaca zero. Mesmo que exploratória, isto é, de avaliação de uma situação concreta desconhecida, em um

> dado local, alguém ou um grupo, em algum lugar, já deve ter feito pesquisas iguais ou semelhantes, ou mesmo complementares de certos aspectos da pesquisa pretendida. Uma procura de tais fontes, documentais ou bibliográficas, torna-se imprescindível para a não-duplicação de esforços, a não 'descoberta' de idéias já expressas, a não-inclusão de 'lugares-comuns' no trabalho. (LAKATOS; MARCONI, 2001, p. 227)

A estreita relação de qualquer pesquisa proposta com a teoria existente apenas reafirma o fato de que o conhecimento científico tem caráter cumulativo, em que cada contribuição deve ser vista como um "tijolo" a mais no "edifício" do conhecimento universal. Evidentemente, não há como saber onde colocar o novo "tijolo" sem estar familiarizado com a "construção" como um todo:

> A citação das principais conclusões a que outros autores chegaram permite salientar a contribuição da pesquisa realizada, demonstrar contradições ou reafirmar comportamentos e atitudes. Tanto a confirmação, em dada comunidade, de resultados obtidos em outras sociedades quanto a enumeração das discrepâncias são de grande importância. (LAKATOS; MARCONI, 2001, p. 227)

Como esclarece Rodrigues (2006), para que cumpra sua função de identificação de problemas reais, isto é, aqueles que não contam ainda com respostas satisfatórias, e a proposição de hipóteses originais, o exame da bibliografia, já na fase do projeto de pesquisa, deve ser crítico. Isto significa que ele não pode se resumir à mera exposição das opiniões abalizadas sobre o assunto da pesquisa. A crítica tem como propósito afastar, como insuficientes, as explicações que por ventura já existam sobre o problema que se quer resolver. Só assim se justifica a elaboração de uma explicação alternativa hipotética, cuja fundamentação empírica é o objetivo principal da pesquisa.

Como ensinam Pádua e Serrano (1997), a colocação de um problema que tenha natureza verdadeiramente científica, ou seja, que não seja um falso problema, sem relevância e já satisfatoriamente esclarecido, a proposição de hipóteses originais, e, portanto, a própria justificativa da realização da pesquisa dependem fortemente da clara identificação preliminar da insuficiência das explicações correntes:

> Partindo da situação problemática, devem-se examinar os fatos e as explicações já existentes (ou possíveis) em relação a estes fatos;

> nem sempre as explicações já existentes são plausíveis ou se enquadram no contexto do conhecimento científico, o que dará margem a uma exploração preliminar do assunto, a fim de se encontrar o tipo de solução que se deseja para o problema. (PÁDUA, 1997. p. 37. apud SERRANO, 2003, p. 98-99.

Conforme assinala corretamente Serrano (2003), é essencial entender a importância da revisão crítica da bibliografia antes da realização da pesquisa, isto é, já na fase preliminar do projeto:

> [...] antes de selecionar seu problema, o pesquisador deverá ler as investigações mais importantes já realizadas na área de seu interesse. Essas leituras em muitos casos nos informarão quais são os problemas que ainda estão por ser estudados e quais são os que já foram estudados, com teorias e técnicas suficientemente comprovadas em outras regiões do mundo. Uma das técnicas que mais se utilizam nesses momentos para obter uma informação representativa é a consulta a especialistas do ramo, pois eles têm presentes algumas áreas importantes de investigação que não foram suficientemente cobertas. (SERRANO, 2003, p. 100)

7 Conclusão: o que deve constar no projeto de pesquisa?

Mas, afinal, tendo criticado uma série de proposições conhecidas sobre a estruturação de um projeto de pesquisa, o que se sugere como alternativa? O presente trabalho não pretendeu apresentar “inovações” nos itens componentes do projeto, mas ressaltar as funções essenciais da revisão da bibliografia como ponto central na esquematização da proposta de pesquisa.

A disposição dos itens do projeto segue uma ordem precisa, não aleatória ou ditada pela conveniência. Evidentemente, a primeira etapa na elaboração de um projeto é a definição e delimitação do “Tema”. Como introdução ao projeto, é preciso apresentar e delimitar o tema de pesquisa.

Como já foi amplamente discutido pela literatura especializada, nem todo assunto, ou questão pode ser considerado um “tema” cientificamente aceito. Mas uma vez definido, de um tema “genérico” deve-se partir para um mais específico. Trata-se da etapa de “delimitação” do tema. Delimita-se um tema para tornar viável sua pesquisa. Quanto menos delimitado, ou seja, quanto mais amplo um tema, maior a quantidade de aspectos e variáveis terão que ser

cobertas pelo pesquisador para responder seu problema. Por outro lado, um tema excessivamente delimitado restringirá demasiadamente as alternativas de hipóteses adiantadas pelo pesquisador.

Naturalmente, é preciso justificar a escolha do tema. A “Justificativa” refere-se à defesa do “Tema”, onde se salienta sua relevância, sua importância prática e/ou teórica. Nesta justificativa, o pesquisador deve ressaltar não somente a natureza científica do tema proposto, mas demonstrar sua relevância prática, ou teórica. Nem todo problema tem interesse científico, prático ou acadêmico. Os manuais costumam recomendar pesquisas que redundem em descobertas de conhecimentos que possam ser úteis à sociedade. Mas um trabalho pode ter interesse meramente teórico, quando explora insuficiências das explicações correntes, apresenta conhecimento novo ou simplesmente experimenta novas técnicas de pesquisa ou as aplica em objeto ainda pouco abordado.

Segue-se, necessariamente, a indicação sumária do “Problema” que se pretende responder com a pesquisa, relacionado diretamente com o tema delimitado. Não se pode propor um problema sem que se tenha previamente circunscrito com precisão o âmbito de um assunto nem sustentado sua importância. O problema é elemento essencial de toda pesquisa. Trata-se da pergunta, ou perguntas, que se quer responder. Por isso mesmo, os manuais aconselham que seja apresentada, preferencialmente, de maneira interrogativa.

Todo trabalho do pesquisador vai girar em torno da busca da resposta para o problema. E o relatório final de pesquisa, ou o próprio TCC deverão ser esquematizados de modo a apresentar as respostas ao problema da maneira mais convincente possível, reunindo tanto elementos empíricos quanto lógicos e racionais.

Também se costuma recomendar que o projeto contenha um mínimo de problemas, ou, preferencialmente, um só. Esta restrição visa, em primeiro lugar, a viabilidade da pesquisa proposta: quanto menos questões a serem respondidas, mais fácil de executar e mais factível será a pesquisa proposta. Também tem a ver com o caráter de escopo restrito, com a natureza monográfica dos TCCs.

Segue-se o item “revisão da doutrina”, ou balanço da literatura. Antes de adiantar as explicações para o problema, e, portanto, antes de propor uma pesquisa, é necessário averiguar se as explicações já estão disponíveis, e, portanto, se não se está diante de um falso problema.

É por isso que não tem cabimento, na elaboração de um projeto, a discussão teórica do assunto depois da elaboração de hipóteses. Evidentemente, caso o “Problema” proposto já tenha sido respondido pela literatura pertinente, não haverá hipótese a ser apresentada. Além disso, o exame da literatura traz para o pesquisador as questões que normalmente são tratadas teoricamente em relação ao tema proposto, bem como as fontes e os procedimentos de pesquisa utilizados pelos autores que já escreveram sobre o assunto.

A revisão da literatura deve ser a mais ampla possível, iniciando-se com os autores mais conhecidos ou de maior reputação no trato do tema escolhido, passando-se posteriormente aos textos menos conhecidos.

Trata-se de um balanço de bibliografia dirigido, isto é, concentrado tão somente nas explicações que a teoria oferece para o problema colocado. Além disso, precisa ser um balanço crítico, vale dizer, apontando necessariamente insuficiências nas explicações disponíveis. Várias podem ser as causas destas insuficiências, desde a total discordância em relação à sua validade quanto a omissões sobre o problema proposto. Também vale explorar controvérsias entre os diversos autores. Explicações diferentes para um mesmo problema revela que o problema não tem uma explicação satisfatória. Em qualquer caso, o autor do projeto deve demonstrar insatisfação, parcial ou plena, com as explicações disponíveis para o problema colocado. Caso contrário, não se justifica a proposição de nova pesquisa para questão já satisfatoriamente respondida.

Assim, na revisão da literatura pertinente o autor do projeto se coloca questões como: o que já se sabe sobre o “Problema”? O “Problema” já foi respondido por autores, estudiosos, especialistas sobre o tema? O que a pesquisa pode acrescentar de conhecimento sobre o tema? Quais são as questões que os estudiosos, especialistas costumam se colocar sobre o tema? Como fazem suas pesquisas? Quais os conceitos normalmente utilizados no tema e tipo de pesquisa que se tem em vista?

A esta etapa da revisão da doutrina podemos chamar “problematização”. Ela não se confunde com o problema. Uma coisa é colocar-se uma questão a ser respondida por pesquisa; outra, bem distinta, é criticar as explicações já disponíveis. A falta de problematização só pode indicar uma concordância do pesquisador com os conhecimentos já trazidos pelos autores que trataram do assunto. Obviamente, nesse caso, a pesquisa não trará qualquer acréscimo relevante ao tema, e por isso não se justifica; muito menos o projeto.

O exame crítico da literatura pertinente possibilita a visualização de “brechas” de pesquisa, caminhos que, não tendo sido suficientemente explorados pela teoria, justificam a realização de pesquisas adicionais. É por isso que não se pode propor uma pesquisa sem ter sido feito previamente um balanço minimamente profundo do que já foi escrito sobre o assunto. A inserção de um item tão importante no final do projeto é ilógico, injustificável, senão, talvez, como demonstração protocolar de erudição.

Só então deverá aparecer no projeto o item “hipóteses”. As hipóteses são respostas provisórias e pessoais do pesquisador para as questões que tinham sido levantadas no item “Problema” e que não foram respondidas satisfatoriamente pela literatura pertinente. Como já ressaltado, essas hipóteses só podem surgir depois de se ter esgotado a procura por respostas dadas pela literatura ao problema inicialmente colocado. Não se elaboram hipóteses explicativas para problemas já solucionados. É por isso que, na estruturação do projeto, não tem cabimento primeiro adiantar as hipóteses e só depois efetuar a revisão da bibliografia.

Seguem-se a identificação do “Objeto” de pesquisa e dos “Procedimentos” de pesquisa. No item “objeto de pesquisa”, deve-se indicar o que vai ser pesquisado. Este objeto de pesquisa não se confunde com o tema, o assunto delimitado da pesquisa. Pois a pesquisa, o esforço de coleta de material empírico, deve ser dirigida com exclusividade para o levantamento do que for necessário para fundamentar as hipóteses anteriormente apresentadas. Entende-se que o projeto é uma ferramenta para organizar, facilitar a pesquisa científica. Do contrário, não teria serventia.

Neste ponto da identificação do objeto de pesquisa, o projeto facilita o trabalho do pesquisador ao limitar o que deve ser coletado da realidade. Não se deve

partir para a realidade levantando tudo sobre um determinado tema. Isto seria trabalho excessivo e resultaria em um acúmulo absurdo de informações. O projeto permite direcionar a pesquisa para a coleta somente das informações que comprovem, sustentem, tragam convencimento em relação às explicações provisórias do pesquisador (as hipóteses).

Sustentar empiricamente as hipóteses é o principal propósito de toda pesquisa científica, embora, eventualmente, os resultados da pesquisa possam não confirmar a hipótese, ou sugerir uma readequação da hipótese.

Aliás, essa restrição no universo de pesquisa é um dos principais propósitos do projeto como ferramenta auxiliar na pesquisa científica. Sem ela, a pesquisa não teria direcionamento, tendendo a abranger todo o tema, tornando-se superficial. Se a investigação só pode se tornar científica com a delimitação precisa da pesquisa, essa delimitação é feita no item “Objeto”. Mas, assim como em relação aos demais itens do projeto, a delimitação do universo do objeto de pesquisa só se torna possível após terem sido definidos os itens anteriores.

O projeto é concluído com a descrição dos procedimentos de pesquisa, da indicação de como os dados serão coletados, onde, com que ferramentas (questionário, pesquisa de campo, entrevistas etc.), bem como de tabulação dos dados coletados, a transformação de dados brutos colhidos na realidade em informações prontas para serem utilizadas como material comprobatório das hipóteses.

REFERÊNCIAS

Associação Brasileira De Normas Técnicas (ABNT). *NBR 14724:2011: Informação e documentação — Trabalhos acadêmicos — Apresentação*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: 2011.

BARROS, Aidil de Jesus Paes de.; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. *Projeto de pesquisa: propostas metodológicas*. 17ª. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1990.

CERVO. A. L.; BERVIAN, P. A.; SILVA, Roberto. *Metodologia científica*. 6.ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. *Monografia no curso de direito*. 7ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LAKATOS, Eva; MARCONI, Marina. *Fundamentos de metodologia científica*. 4. Ed. São Paulo: Atlas. 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 5ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LUNA, Sérgio Vasconcelos de. *Planejamento de pesquisa: uma introdução*. São Paulo: EDUC, 1996.

MARCONI, Marina - *Metodologia Científica - para o curso de Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

NUNES, Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Silvio Luiz de. *Tratado de metodologia científica: projetos de pesquisa, TGI, TCC, Monografias, Dissertações e Teses*. São Paulo: Pioneira, 1997.

PÁDUA, Elisabete Matallo Marchesini de. *Metodologia da pesquisa*. 2ª. Ed. São Paulo: Papirus, 1997.

PARRA FILHO, Domingos & SANTOS, João Almeida. *Metodologia Científica*. 5ª ed. São Paulo: Editora Futura, 2002.

RODRIGUES, Auro de Jesus. *Metodologia científica*. São Paulo: Avercamp, 2006.

RUDIO, Franz Victor. *Introdução ao projeto de pesquisa científica*. 36ª. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

SALOMON, Délcio Vieira. *Como fazer uma monografia*. 10ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SERRANO, Pablo Jiménez. *Metodologia do ensino e da pesquisa jurídica*. Barueri, SP: Manole, 2003.

VIANNA, Ilca Oliveira de A. *Metodologia do trabalho científico*. São Paulo: E.P.U, 2001.

PROGRAMA DE FIDELIZAÇÃO DE CLIENTES COM ÊNFASE EM TECNOLOGIA EM NEGÓCIOS

CUSTOMER LOYALTY PROGRAM WITH EMPHASIS ON TECHNOLOGY IN BUSINESS

MATEUS, Allan Fukuyama Fernandes[1]
MENDES, Jonathas da Silva[2]
SEGATO, Gustavo José Payão[3]
AMARAL, Marcio Henrique dos Santos[4]
ALMEIDA, Diego Santiago de[5]
KONDO, Marcia Narumi Shiraishi[6]

Resumo

Este artigo apresenta o estado da arte das tecnologias de Inteligência em Negócios, do inglês Business Intelligence (BI), focado no processo de tomada de decisão com o intuito de ajudar nas definições e no desenvolvimento de diversas análises para empresas que dependem de seus parceiros para a criação de um programa de fidelidade, visando o aumento do lucro das empresas parceiras. A contribuição deste artigo está na discussão da importância das tecnologias de BI e como podem contribuir no processo de tomada de decisão das empresas parceiras no trato e a abordagem estratégica de seus clientes.

Palavras-chave: Inteligência de Negócios, Pontos de Fidelidade, Mineração de Dados, Gestão de Relacionamento com o Cliente.

Abstract

This article presents the development of various definitions and analyzes of a company on its partners to create a loyalty program aimed at increasing the income of the partner companies. Using some BI tools, reports and charts were created to help in the decision making of the partners in order to treat and address their clients.

Keywords: Business Intelligence, Loyalty Points, Data mining, Customer Relationship Management.

1. Introdução

A área de tecnologia da informação vem crescendo cada vez mais, e junto dela, vários outros segmentos são criados, como as tecnologias de Inteligência de Negócio, do inglês *Business Intelligence* (BI). De acordo com Yasmina e Ramos (2009, p. 2), as ferramentas de Inteligência de Negócio são “sistemas que utilizam os dados disponíveis nas organizações para disponibilizar informação relevante para a tomada de decisão. ” A área de *Business Intelligence* vem sendo cada vez mais utilizada pelas organizações e formando empresas com enfoque na mesma. Uma empresa com uma ferramenta de inteligência de negócios bem formada pode estar muito a frente das outras, pois, o *BI* estuda os mínimos detalhes através dos dados gravados, e estes detalhes podem fazer com que a empresa possa conhecer melhor seus clientes ou suas vendas ou qualquer setor que eles precisam estudar. Uma empresa quando precisa criar uma ação de *marketing* ou uma mudança nos seus métodos de venda, precisa conhecer quais são seus pontos fortes no mercado e como e o que seus clientes mais utilizam. Para isso uma análise de *BI* é feita, todos os dados processados numa empresa, precisam ser bem gravados para que haja um *log* de suas informações, e utilizando estes logs, um analista de *BI* faz inúmeros estudos, criando relatórios e painéis que ilustram as informações mais importantes para a empresa ter uma visão mais clara de seus dados, podendo tomar suas decisões para algum fim. Segundo Yasmina e Ramos (2009, p. 2), os sistemas de *Business Intelligence* estão tradicionalmente associados a três tecnologias: Um *Data Warehouse* que é um armazém de dados, um repositório integrado que permite o armazenamento de informação relevante para a tomada de decisão. Estes repositórios podem ser analisados utilizando ferramentas *On-Line Analytical Processing* e/ou ferramentas de *Data Mining*.

E no caso deste projeto, esta tecnologia foi utilizada para a criação de relatórios para tomada de decisão na criação de um programa de fidelização de clientes por meio de pontos. Este tipo de fidelização de clientes vem crescendo muito em diversos tipos de mercado, já que tem sido cada vez mais difícil fazer com que aconteçam relacionamentos duradouros entre empresa e cliente. Então são criados estes programas que acabam chamando o cliente a utilizar seus serviços, visando as recompensas que podem vir a ele. De acordo com Mendes (2013, p. 2), “é necessário haver sensação de satisfação, bem como sentimento de valorização, já que muitas empresas acham que somente criando um

programa de fidelização, já possui clientes leais. ” Neste processo de Fidelização, existem alguns “personagens” que são essenciais para que ocorra um programa, sendo eles: Empresa de Fidelização, que fornece a criação do programa com as análises dos dados e os cálculos de pontos e etc., os parceiros, que são as empresas de qualquer segmento que se unem a empresa de fidelização fornecendo seus produtos em troca por pontos (Exemplo: supermercados, lojas em geral), as indústrias, que são as fornecedoras de produtos aos parceiros que acabam tendo um maior lucro também, já que seus produtos são vendidos em maior número pelos parceiros aos Clientes, que são os “personagens” no ultimo nível da cadeia, são eles que compram os produtos e os trocam por pontos para receber recompensas.

Este artigo apresenta todo o cenário de uma empresa de fidelização que irá fazer as análises necessárias em seus parceiros para que o serviço seja contratado e o programa de pontos seja criado. Vão ser apresentados os relatórios e gráficos que necessitariam ser criados para que as decisões fossem tomadas e os parceiros e indústrias investissem nas áreas apontadas pela análise como as mais influentes ou que precisam de mais atenção. Todos estes processos serão apresentados no decorrer do artigo.

2. A Inteligência dos Negócios na Tecnologia

Segundo Chaudhuri, S (2011, p. 88), a inteligência dos Negócios, ou *Business Intelligence* (BI), “é uma coleção de tecnologias de apoio à decisão para a empresa destinada a permitir que os trabalhadores do conhecimento, tais como executivos, gerentes e analistas possam tomar decisões melhores e mais rápidas. ” Nas duas últimas décadas têm havido um crescimento explosivo, tanto no número de produtos e serviços oferecidos como na adoção dessas tecnologias pela indústria. Este crescimento foi impulsionado pela diminuição do custo para adquirir e armazenar grandes quantidades de dados provenientes de fontes como transações de clientes no setor bancário, de varejo, bem como em e-business, *tags RFID* (*Radio-Frequency Identification)* para controle de estoque, *e-mails*, logs de consulta para sites, blogs e análises de produtos.

O *BI* tem sido muito importante para todas as áreas da tecnologia, devido a sua grande participação nas tomadas de decisões, antes tomadas sem nenhuma grande análise dos dados e do cenário que a empresa se encontrava. Mas hoje em dia nenhuma

empresa bem sucedida trabalha sem uma análise de *BI* bem feita por trás de tudo. Estas empresas hoje em dia coletam dados em uma granularidade mais fina, o que é, portanto, um volume de dados muito maior. As empresas estão alavancando seu ativo de dados de forma agressiva com a implantação de experimentos com técnicas de análise de dados mais sofisticados para tomar decisões de negócios e apresentar novas funcionalidades, tais como ofertas e serviços personalizados aos clientes.

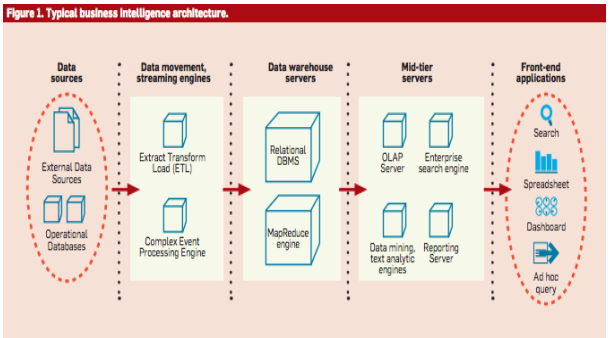

Figura 1 - Arquitetura de BI -
Fonte: Chaudhuri, S (2011)

A Figura 1 expõe bem como é feita esta análise dos dados para chegar a um resultado que ilustre todos os números e dados relevantes para que a empresa tome suas decisões com convicção. Os dados são extraídos, processados, armazenados para um próximo tratamento, que unindo todos eles, consegue criar uma apresentação em vários formatos como *Dashborads*, gráficos, tabelas, etc.

Figura 2 - Exemplo de *Dashboard* - Fonte:
http://visualconstructionmedia.com/portfolio/bi-dashboard/

3. Discussões necessárias para a criação de um programa de fidelidade

Criar um Programa de fidelização de clientes parece ser fácil, já que teoricamente é necessário somente recolher dados de clientes, estuda-los e atribuir

pontos a produtos que tem mais popularidade em certa categoria, fazendo com que os clientes ganhem estes pontos e troquem por recompensas. Mas há muito a se pensar nessa criação, antes e durante ela. Ter um cliente cadastrado não quer dizer que o mesmo é totalmente fiel ao estabelecimento que ele está comprando, um mesmo cliente pode estar cadastrado em diversos estabelecimentos do mesmo segmento para ganhar benefícios de todos os lados. Então como fidelizá-lo há somente um estabelecimento?

Segundo Zakaria, Rahman e Othman (2012, p.33), para se ter uma chance maior de fidelizar um cliente, é necessário tratá-lo e recompensá-lo de forma diferente de todo o mercado, para que o cliente sinta que está sendo beneficiado pelo estabelecimento e não precisa ir em outro. Então se o cliente é participante exclusivamente de um certo programa de fidelidade, este precisa de um tratamento mais personalizado e com recompensas melhores que os outros que participam de diversos programas ou utilizam com menos frequência. E por último, é necessário utilizar a criatividade para criar um modo de prender o cliente a este programa, ou seja, um certo tipo de recompensa que somente se ele utilizar para tudo ele irá conseguir, como se fosse um jogo.

É necessário pensar em todos estes pontos antes de criar um programa, pois, apenas criar seguindo o mercado não vai diferenciar o seu de algum outro, e fazendo isso as empresas já estabelecidas no mercado e com nome, continuarão na frente.

4. Mercado de Pontos e Fidelidade e o Fluxo de Trabalho

Hoje em dia o consumismo está em alta, pessoas compram e compram muito, por diversas maneiras, internet, mercado, loja, farmácia, entre outros segmentos, por este motivo o mercado de pontos e fidelidade cresce muito. Por exemplo, uma pessoa fazendo suas compras semanais ou mensais, em um mercado de sua preferência, resumindo se a pessoa já tem que fazer suas compras, porque não ganhar pontos por isso?

4.2 Customer Relationship Management (CRM)

Bosco (2004, p. 4), “CRM permite a criação de relacionamentos individualizados com os clientes com o objetivo de aumentar os índices de satisfação e aumento de rentabilidade além de identificar os melhores clientes e propiciar a estes o mais alto nível de serviço. ”

Com todas as informações no banco de dados, temos várias analises que o setor de *Customer Relationship Management* (CRM) pode fazer, como por exemplo, reativação de clientes, *e-mail marketing, sms*, e campanhas. Por exemplo, se um sócio que há 6 meses não vai a um posto, abastecer seu carro ou num mercado fazer suas compras, neste momento entra o pessoal de *Customer Relationship* Management (CRM) com um e-mail marketing, informando aquele sócio, para voltar a fazer suas compras pois ele terá uma ótima promoção.

Campanhas, são aquelas promoções contratadas pelo mercado, para os sócios receberem informações, no celular via sms, um contato telefônico da central, e-mail com promoções, etc.

4.3 Data Warehouse e Data Mart

De acordo com Inmon (1999), "Um data *Warehouse* é uma coleção de dados orientada por assuntos, integrada, variante no tempo, e não volátil, que tem por objetivo dar suporte aos processos de tomada de decisão. "

A equipe de BI fica responsável pela criação do DW (*Data Warehouse*) que é um repositório de dados que armazena as informações sumarizadas, armazena aquelas informações trabalhadas para tomada de decisão. Dentro desse repositório continuamos com o nível de granularidade alta, por esses motivos ainda criamos outros *Data Marts* que armazenam mais informações detalhadas, com regras de negócios, assim conseguimos um nível de tomada de decisão muito mais assertivo e preciso. Segundo Morais (2000, p. 31), "os *Data Marts* podem ser definidos como depósitos de dados especializados, cujo objetivo é ter todos os detalhes de um determinado assunto, ou departamento/divisão, enfim pode atender as várias necessidades de informação no âmbito departamental. " Conforme a imagem a seguir, conseguimos entender todo o processo tecnológico para tomada de decisão:

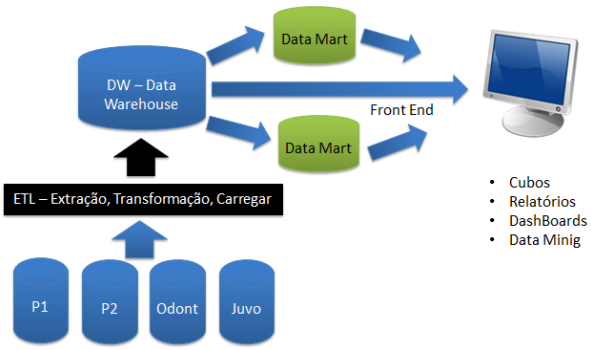

Figura 7 - Processo para Tomada de Decisão

4.4 Data Mining

Segundo Fayyad, Piatetski-Shapiro e Smyth (1996, p. 31), "*Data Mining* é o processo não-trivial de identificar, em dados, padrões válidos, novos, potencialmente úteis e ultimamente compreensíveis. "

A mineração de dados hoje em dia está em alta, pois você transforma aquele dado bruto em um dado valioso. No tópico Procedimento de acumulo, temos a figura 4 que se diz a respeito dos arquivos analíticos, e com essas informações conseguimos tirar diversas análises, segmentações, cesta de compras, bonificação diferenciada para alguns produtos, é possível saber qual o produto o cliente tem no seu carrinho de compras e quais outros tende a comprar.

Por meio de extração do banco de dados tiramos diversas visões estratégicas, aplicando regras de negócios, usando ferramentas de BI e de estatísticas, conseguimos desenvolver, tratar, carregar aquelas informações que apoiem na tomada decisão, relatórios, *Dashboards,* entre outros.

4.5 Visões Estratégicas

Quando desenvolvemos uma QUERY, no DW (*Data Warehouse)* ou no DM (*Data Mart*), aplicando as regras necessárias, assim conseguimos desenvolver visões estratégicas para tomada de decisão, com o apoio de softwares exclusivos para criações de relatórios, *Dashboards,* Painéis, Gráficos e a disponibilidade via *Mobile* e *Desktop*.

Diversos tipos de apresentação, como na figura 6 servem para que diretores, presidentes e toda a área de comando das empresas tomem melhores decisões e consigam estudar todo o cenário em que os parceiros se encontram, para que campanhas, promoções e diversas ações sejam feitas, visando a melhoria nos lucros do parceiro, ou de um certo setor, etc.

5. Considerações Finais

Este artigo objetivou explicar e definir como um projeto de BI funciona e pode ajudar no processo de tomada de decisão de um programa de pontos de fidelidade. Ajustes serão necessários para próxima fase no sentido de apurar a proposta para atender as necessidades das empresas. Assim, acredita-se que com as definições dos requisitos, foi possível entender todo o caminho que os dados que precisam percorrer até serem modelados de uma forma que possa ser bem entendida pelos superiores de uma empresa, gerando uma melhor tomada de decisão.

No decorrer do desenvolvimento, muitas definições e muitos aprendizados foram obtidos, tanto na parte de *BI*, como na parte de fidelização. Mesmo tendo alguns integrantes já incluídos neste mercado, sempre aparecem termos e áreas que ainda não haviam sido exploradas ou estudadas, então foi de grande importância criar um artigo nesta área.

Ter integrantes do grupo já inseridos no Mercado de *Business Intelligence* foi de suma importância, pois, não existe melhor forma de saber como funciona e entender alguns termos e tecnologias do que utilizando-os no dia a dia. Absorver o conhecimento deles foi importante tanto para o desenvolvimento do artigo, na hora de inserir as definições e exemplos, como para o próprio conhecimento de parte do grupo que não conhecia este cenário de inteligência dos negócios e fidelização.

Criar um artigo também foi um ponto que nos interessou muito, já que não tínhamos conhecimento de nada sobre este tipo de trabalho, e desenvolvê-lo do zero, apenas utilizando outros artigos como base, foi muito interessante, já que tivemos que pesquisar e conversar com nossa orientadora e professora Marcia Kondo, para que os requisitos básicos para um artigo fossem atingidos.

Temos como planos futuros, conseguir publicar este artigo, ou algo parecido, visando um futuro projeto real de análise de *BI* e criação de um programa de pontos de fidelidade. Já possuímos um razoável conhecimento nessa área e acreditamos que com mais estudos e vivência no cenário de fidelização, podemos entrar neste mercado e concorrer com as empresas que vem tomando conta deste segmento. Apesar de parecer

fácil criar uma empresa neste ramo, já que estão aparecendo cada vez mais, não é nada simples, já que estamos lidando diretamente com todas as partes envolvidas em uma compra (clientes, parceiros e indústria), será necessário muito esforço e dedicação de todo o grupo, mas sabemos que somos capazes e vamos estudar para que nosso próximo passo seja este. Como citado anteriormente, já temos um integrante do grupo que vivencia este cenário de *BI* e programas de fidelização, então com este primeiro passo dado, de conhecer melhor o que acontece nesta área, vamos continuar as pesquisas e estudos, para que possa ser feito um piloto na empresa em que ele se encontra ou em outra que estiver disposta a nos dar esta chance, para que nossos dados e informações possam ser mais ricos, melhorando nossas proposta e tornando bem mais real e concreto nosso objetivo.

Agradecimentos

Agradecemos primeiramente a nossa orientadora e professora da disciplina de Engenharia de *Software* Marcia Narumi Shiraishi Kondo por nos passar todo seu conhecimento e experiências não só na área de engenharia de *software* mas no mercado de trabalho e em toda a área de Tecnologia da Informação, além de fazer as revisões necessárias do artigo. E também a Faculdade Carlos Drummond de Andrade por nos dar suporte no desenvolvimento do artigo.

Referências

BOSCO, Cláudia Gomes. **Uma Estratégia Global de Negócios**. 2004. 42 f. Monografia (Pós-Graduação em Marketing) - Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro. 2004.

CHAUDHURI, S.; Dayal, U.; Narasayya, V.; **An Overview of Business Intelligence Technology. Communications of the ACM -** Vol. 54, 2011.

FAYYAD, Usama; Piatetski-Shapiro, Gregory; Smyth, Padhraic (1996) **The KDD Process for Extracting Useful Knowledge from Volumes of Data. In: Communications of the ACM,** pp.27-34, Nov.1996

INMON, W.H; WELCH J. D.; GLASSEY, K. L. **Gerenciando Data Warehouse**. São Paulo: Makron Books, 1999.

MENDES, V.C.L. **Proposta de metodologia pata a elaboração de um programa de fidelização de clientes.** 2013. 56 f. Dissertação (Mestrado em Marketing) - School of economics & management Lisbon, Lisboa, 2013.

MORAIS, Cristina Alves de Sousa. **Protótipo de Sistemas de Informação Aplicado - *A Administração de Materiais Utilizando Data Warehouse e Conceitos de Data Mart*.** 2000. 66 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciências da Computação) - Universidade Regional de Blumenau, Blumenau, 2000.

ZAKARIA, Ibhrahim; RAHMAN, Baharom Abdul; OTHMAN, Abdul Kadir; **The relationship between loyalty program and customer loyalty in retail industry: A case study.** p. 33-35. Malaysia. 2012.

YASMINA, Maribel; RAMOS, Isabel. **Business Intelligence:** Tecnologias da Informação na Gestão de Conhecimento. 2a edição. Lisboa, Editora Informática. 2009.

A GUARDA COMPARTILHADA E OS ASPECTOS PRÁTICOS DE SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE JOINT CUSTODY AND THE PRACTICAL ASPECTS OF APPLICABILITY IN BRAZILIAN JURISDICTION

OLIVEIRA, Antônia Márcia Santana de[1]

RESUMO

O presente artigo científico tem por escopo demonstrar os aspectos práticos da aplicabilidade da guarda compartilhada em nosso ordenamento jurídico, e como a Lei 11.698/2008 vem sendo interpretada pelos nossos tribunais. A Guarda Compartilhada é um instituto relativamente recente, mas bastante aplaudido pela doutrina e por aqueles pais desejosos em proporcionar estabilidade aos seus filhos durante o processo de separação. Esse modelo de guarda tem como principal característica a preocupação em assegurar o desenvolvimento pleno de crianças e adolescentes, revelado pelos novos princípios de raízes constitucionais como solução contemporânea, e com valores universalmente aceitos. Contudo, diverge parte da doutrina acerca da possibilidade de sua decretação quando não houver consenso entre os pais.

Palavras-chave: Direito civil. Guarda compartilhada. Afetividade. Menor

ABSTRACT:

This paper is to demonstrate the scope of applicability of the practical aspects of joint custody in our legal system, and how the law 11.698/2008 is being interpreted by our courts. The Joint Custody is a relatively new institute, but rather applauded by the doctrine and those willing to provide stability for their children during the process of separation of the parents. The main characteristic of this modelo f custody is the concern to ensure the full development of children and adolescents, revealed by new constitutional principles as a contemporary solution, and universally accepted values. However, diverges part of the doctrine about the possibility of a decree for joint custody when there is no consensus among parents.

Keywords: Civil law. Joint custody. Affectivity. Minor.

[1] Bacharel em Direito pela Faculdade Carlos Drummond de Andrade, São Paulo/SP, E-mail: antoniamarcia.oliveira@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata do instituto da guarda conjunta ou compartilhada, que consiste na responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres dos pais que não vivam sob o mesmo teto.

Este estudo tem o objetivo de investigar o tema do ponto de vista de seus aspectos práticos, e as consequências de sua aplicação em nosso ordenamento jurídico.

O tema é relativamente recente no ordenamento jurídico brasileiro, encontrando previsão expressa nos artigos 1583 e 1584 do Código Civil.

Desde a aprovação da Lei 11.698, de 13 de junho de 2008 pelo Congresso definindo a guarda compartilhada, segundo dados do Superior Tribunal de Justiça, nos últimos 10 anos houve um crescimento deste tipo de tutela na qual pai e mãe dividem as responsabilidades, deveres e direitos. De acordo com o Tribunal, dados do IBGE apontam que em 2004 menos de 3% dos filhos ficavam sob a guarda conjunta dos pais separados, mas em 2009, um ano após a aprovação da lei, a taxa subiu para quase 5%.

Com efeito, em razão da necessidade de regulamentação de uma situação que já existia de fato em casos de separação judicial, divórcio e dissolução de união estável, em regra, por ser a mais difundida a guarda unilateral era atribuída a um dos genitores, ficando o outro somente com o direito de visitas ao filho. Contudo, modernamente, cada vez mais ex-casais optam pela guarda compartilhada dos filhos, em virtude da possibilidade de ambos compartilharem simultaneamente a responsabilidade pela sua criação, e, principalmente, pelo período maior de permanência em companhia da prole, pois a guarda compartilhada proporciona aos pais o convívio efetivo com os filhos, condição que é vital para o pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes.

Consoante mencionado anteriormente, o presente artigo objetiva deslindar a disciplina do instituto da guarda compartilhada no direito positivado, destacando suas vantagens como a possibilidade de convivência da prole com ambos os pais, e a satisfação que isso proporciona aos envolvidos, tal como, expõe o entendimento dos nossos doutrinadores acerca do tema.

Inicialmente, aborda-se o tema Família e Filiação, ressaltando a importância da presença da família para o desenvolvimento do ser humano, à qual integra valores que sempre estiveram presentes através dos tempos, ou como se diz popularmente, sempre foi anunciada de geração a geração. Em seguida, a guarda compartilhada e os aspectos práticos de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

A despeito de ser um tema recente no ordenamento, a guarda compartilhada suscita relevante interesse na medida em que envolve um bem jurídico dos mais valiosos que é o ser humano, ou melhor, um ser humano ainda em sua formação, pois o instituto leva em conta não só a criança, mas também o adolescente que tem seus direitos prioritariamente assegurados no plano constitucional.

Merece destaque a acirrada discussão doutrinária em torno da guarda compartilhada, especialmente no que tange à possibilidade de ser decretada mesmo quando não haja consenso entre os pais.

2 CONCEITO HISTÓRICO DE FAMÍLIA E FILIAÇÃO

De acordo com a Constituição Federal a família constitui a base da sociedade (art. 226, *caput,* da CF/1988). A família tem seu alicerce no casamento civil, mas o Estado também confere proteção jurídica à entidade familiar gerada pela união de fato entre homem e mulher, e ainda, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, §§ 1º a 4º, da CF/1988). A cláusula geral de afetividade recebe enfoque especial, com ilustração da frase de “Maria Berenice Dias de seu Manual de Direito das Famílias (2013, p. 27), qual seja “É a preservação do LAR no seu aspecto mais significativo: Lugar de Afeto e Respeito”.

O Estado regula os vínculos interpessoais que se modificam continuamente, de modo que à medida que surgem novos arranjos entre os indivíduos estes fatos sociais acabam se refletindo na lei, que cumprem sua vocação técnica de organização da sociedade.

Esse intervencionismo estatal tratou de regular a instituição do casamento, que consiste em uma convenção social para organizar os vínculos interpessoais. A

sociedade, em dado momento histórico institui o casamento como mais uma de suas regras de conduta, e que tem por fim conter os impulsos do homem para impedir que faça do outro (mulher) um objeto na busca pelo prazer.

Nesse contexto, em uma sociedade conservadora para serem aceitos socialmente e merecerem proteção jurídica, os vínculos afetivos careciam ser referendados pelo que se convencionou chamar de matrimônio. Desse modo, a família formava uma verdadeira unidade de produção, integrada por todos os parentes que eram como força de trabalho, e ainda, o núcleo familiar tinha perfil hierarquizado e patriarcal. Por consequência lógica, a procriação era largamente incentivada visto ser a família entidade patrimonializada, e com o seu crescimento aumentavam as expectativas de melhoria nas condições de sobrevivência de seus membros.

Contudo, com a chegada da Revolução Industrial esse quadro se modificou completamente com a necessidade de mão-de-obra, principalmente para as atividades terciárias. Nessa toada, a mulher ingressou no mercado de trabalho e o homem deixou de ser a única fonte de subsistência da família, e a obrigação pelo sustento da família se tornou nuclear, ou seja, restrita ao casal e sua prole.

Como resultado, essa nova realidade pôs fim ao caráter produtivo e reprodutivo da família, especialmente em razão da necessidade de migração do campo para as cidades para conviverem em espaços menores. Essa mudança resultou na aproximação de seus membros, aumentando o vínculo afetivo que envolve a família. Surge, a partir daí, uma nova concepção de família unida e/ou formada por vínculos de carinho e amor.

Modernamente, o direito deu um novo enfoque ao conceito de família, notadamente, se avulta mais o reconhecimento do vínculo afetivo que une seus integrantes.

Assim, a justificativa para que se mantenha unida a família na perspectiva constitucional é o afeto existente entre seus membros. A esse respeito, Cristiano Chaves de Farias *apud* Maria Berenice Dias (2013, p.28), explica “**cessado o afeto,** está ruída a base de sustentação da família, e a **dissolução do vínculo** é o único modo de garantir a dignidade da pessoa”. (grifo do autor)

Desse modo, o conceito de afetividade surge para o direito com expressiva relevância, na medida em que o conceito desvenda para o sistema a novidade da nova forma de identificação de parentesco em linha reta, criando o parentesco civil por 'outra origem', nos termos do art. 1593, do Código Civil, que equiparou os filhos advindos por qualquer origem.

2.1 Da família moderna – a evolução legislativa

O Código Civil de 1916 regulava a família do século passado, reconhecendo como legítima apenas a família oriunda do matrimônio.

Assim sendo, em sua versão original o antigo CC/1916 reconhecia como família apenas aquela formada originariamente do casamento. Além de proibir sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e as pessoas unidas por vínculos extramatrimoniais (sem casamento civil), bem como os filhos havidos dessa relação eram considerados filhos ilegítimos, assim, eram punidos com qualificações de conotação pejorativa, com o objetivo de excluir direitos e com isso preservar o casamento.

Contudo, a sociedade passou por transformações e o conceito de família evoluiu, o que deu ensejo às sucessivas alterações legislativas. Merece destaque o Estatuto da Mulher Casada (L 4.121/62), que assegurou a plena capacidade à mulher casada, além de outorgar-lhe bens reservados que lhe asseguravam a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto do seu trabalho.

A instituição do divórcio (EC 9/77 e Lei 6.515/77) que pôs fim a indissolubilidade do casamento, afastou o antigo modelo da família como instituição sacralizada. Com a EC n. 66, de 13 de julho de 2010, foi instituído o divórcio direto suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos. E mais, a possibilidade de a dissolução do casamento ocorrer pela via extrajudicial, retirando do Judiciário o monopólio de acabar com a sociedade conjugal.

Com o surgimento desses novos paradigmas p. ex. a emancipação da mulher, descoberta dos métodos contraceptivos e evolução da engenharia genética,

revolucionaram os antigos modelos que associavam os conceitos de casamento, sexo e reprodução.

A Constituição Federal de 1988, em um único dispositivo pôs fim a antigas convenções obsoletas e preconceituosas. O art. 226 da CF/1988 ampliou o conceito de família, erigindo-a para a condição de base da sociedade, passando a proteger igualmente todos os seus membros, promovendo a igualdade entre o homem e a mulher. Conferiu proteção igualitária à família formada pelo casamento, assim como à união estável entre o homem e a mulher, e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que se denomina família monoparental. E mais, garantiu os mesmos direitos, ou melhor, a igualdade dos filhos no que tange aos direitos hereditários e qualificações, da prole havida ou não do casamento, ou os filhos adotivos.

Essas mudanças derrogaram, sobretudo, diversos dispositivos que estavam em vigor no CC/1916, mas que não foram recepcionados pelo simples fato de contrariar o novo sistema jurídico.

O Código Civil/2002, que muitos ainda chamam de novo, entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, cujo projeto original era de 1975, sendo anterior inclusive à Lei do divórcio, que é de 1977. Recebeu críticas sob o argumento que não estava em consonância com a Constituição Federal de 1988, que prestigiava uma nova ordem de valores, por exemplo a dignidade da pessoa humana.

Apesar disso, o Código Civil procurou atualizar os aspectos essenciais do direito de família. Manteve a estrutura do Código anterior, mas incorporou ao seu texto parte das mudanças legislativas ocorridas por meio da legislação esparsa.

Alguns avanços foram significativos e em total consonância com os ditames constitucionais, dos quais podemos citar, como exemplo, excluir expressões e conceitos que causavam grande mal-estar e estavam em desacordo com a nova estrutura jurídica e os novos padrões adotados pela sociedade moderna.

E para sintetizar, Paulo Lôbo (2011) define bem os novos rumos que tomaram o conceito de família do século XXI.

> A família atual busca sua identificação na solidariedade (art. 3º, I, da Constituição), como um dos fundamentos da afetividade, após o

> individualismo triunfante dos dois últimos séculos, ainda que não retome o papel predominante que exerceu no mundo antigo. Na expressão de um conhecido autor do século XIX, “pode-se expressar o contraste de uma maneira mais clara dizendo que a unidade da antiga sociedade era a família como a da sociedade moderna é o indivíduo. (Lôbo, 2011, p.18-19)

2.2 Filiação e reconhecimento dos filhos

No direito de família – filiação foi um dos temas que mais sofreu influência dos valores proclamados pela CF/1988, que diz respeito à situação de descendência direta em primeiro grau.

O Código Civil trata em momentos diferentes os filhos havidos do casamento e os havidos fora do casamento.

No capítulo intitulado da filiação (CC 1.596 a 1.606) o legislador trata dos filhos havidos durante a constância do matrimônio, e no capítulo denominado do reconhecimento dos filhos (CC 1.607 a 1.617) trata dos filhos nascidos fora do matrimônio.

2.3 Princípio da igualdade na filiação - e o princípio específico da veracidade da filiação

O Princípio da Igualdade assinalado como um dos mais importantes princípios da Constituição Federal de 1988, merece destaque especial na seara das relações de família.

No que tange ao direito de família este princípio basilar deve ser a premissa básica a guiar toda e qualquer interpretação sistemática, encontrando sua previsão legal no § 6º, art. 227, da CF/1998 nos seguintes termos:

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

> **§** 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Nessa ordem de ideias não se fala mais em filho legítimo e filho ilegítimo, nem se faz mais uso de qualquer designação discriminatória, bem como não pode haver tratamento diferenciado entre os membros da família.

É essa a interpretação que deve ser realizada do art. 1596, do Código Civil de 2002.

> Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

De acordo com a doutrina de Pablo Stolze e Filho e Rodolfo Pamplona Gagliano (2010, p. 612), “Ser filho de alguém independe de vinculo conjugal válido, união estável, concubinato ou mesmo relacionamento amoroso adulterino, devendo todos os filhos ser tratados da mesma forma”.

Nesse sentido, Paulo Lôbo (2011, p. 66) corrobora tal tese apontando que:

> O princípio constitucional da igualdade (a fortiori normativo) dirige-se ao legislador, vedando-lhe que edite normas que o contrariem, à administração pública, para que programe políticas públicas para superação das desigualdades reais existentes entre os gêneros, à administração da justiça, para o impedimento das desigualdades, cujos conflitos provocaram sua intervenção, e, enfim, às pessoas para que o observem em seu cotidiano. Sabe-se que costumes e tradições, transmitidos de geração a geração, sedimentaram condutas de opressão e submissão, no ambiente familiar, mas não podem ser obstáculos à plena realização do direito emancipador.

Como corolário da nova postura adotada pelo constituinte, a qual elege o Princípio da Igualdade como norma principiológica a ser irradiada para as normas infraconstitucionais, podemos destacar – o Princípio de Veracidade da Filiação – que concebe a ideia de igualdade entre os filhos, independentemente da forma como foram concebidos.

Desta feita, o Princípio da Veracidade da Filiação abarca a noção de que o ordenamento jurídico não deve impor obstáculos para se reconhecer a verdadeira

vinculação entre pais e filhos, e vários são os dispositivos do Código Civil em que estes valores são intrínsecos, quais sejam:

> Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.
>
> Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.
> Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.
>
> Art. 1.617. A filiação materna ou paterna pode resultar de casamento declarado nulo, ainda mesmo sem as condições do putativo.

Importa destacar, que a legislação civil em vigor aboliu o prazo para contestar a legitimidade dos filhos da norma positivada anterior, na qual havia um prazo decadencial de 2 (dois) a 3 (três) meses para contestação da legitimidade do filho(a). Ou melhor, atualmente o interessado pode contestar a paternidade/maternidade a qualquer tempo.

2.4 Direito ao reconhecimento de filiação

O reconhecimento, voluntário ou forçado, tem por objetivo assegurar ao filho o direito de ter pai e mãe. Quando uma criança vem ao mundo cabe ao pai ou à mãe, ou ambos, em conjunto ou sucessivamente reconhecer voluntariamente o filho, cumprindo, assim, o seu dever legal do reconhecimento da filiação. Mas, caso desobedeçam este mandamento legal serão condenados por decisão judicial, em ação de investigação de paternidade ou maternidade.

Incumbe aos pais e às pessoas legitimadas a fazê-lo (art. 52 da Lei n. 6.015/73), a declaração de nascimento do recém-nascido, contudo, caso deixem de fazê-lo a criança poderá ser reconhecida por manifestação livre de vontade de ambos os pais ou de um deles, neste caso temos o reconhecimento voluntário, e se recusando o pai a reconhecer o filho cabe à mãe ingressar com ação investigatória.

E para finalizar, a princípio, o reconhecimento de filho se dá somente nos casos de filhos havidos fora do casamento, visto que no casamento prevalece a presunção da certeza da maternidade da esposa e a presunção *pater is est,* em relação ao marido.

Assim, não tem cabimento o pleito que tem por fim o reconhecimento de filho entre cônjuges, tendo em vista que a lei presume ser do casal os filhos havidos durante o matrimônio, logo, caso o marido não conteste a paternidade na via judicial, seu é o filho.

E ainda, o reconhecimento da paternidade independe de prova de origem genética, pois, consoante se afirmou exaustivamente, a ordem jurídica brasileira após a promulgação da CF/1988 privilegiou a família socioafetiva, e por conseqüência equiparou os filhos advindos por qualquer origem (biológica – inclusive por inseminação heteróloga autorizada pelo marido – por adoção, havidos ou não do casamento).

O reconhecimento pode ser impugnado apenas pelo filho, no prazo decadencial de quatro anos, após atingir a maioridade, nos termos do art. 1614 do CC/2002.

> Art. 1.614. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.

3 MODALIDADES DE GUARDA

Em linhas gerais são quatro as modalidades de guarda: guarda unilateral ou exclusiva, guarda alternada, nidação ou aninhamento e guarda conjunta ou compartilhada. O Código Civil explicita apenas a guarda unilateral e a compartilhada, o que não significa, no entanto, que outras modalidades não possam ser fixadas para atender ao melhor interesse do menor.

3.1 Guarda conjunta ou compartilhada

É a modalidade apontada pela doutrina como a preferível em relação a todas as outras, sobretudo, porque é a que atende ao melhor interesse da criança.

A doutrina chega a afirmar que a guarda compartilhada é a regra que passou a ser adotada com a entrada em vigor da lei 11.698/2008.

Não é demais lembrar, que a guarda compartilhada encontra seu fundamento na Constituição, e tem o condão de prestigiar o melhor interesse da criança, que irá tirar proveito das prerrogativas deferidas a ambos os pais, que por consequência natural serão mais efetivamente presentes na vida dos filhos.

A finalidade é abrandar os efeitos negativos que recaem sobre a criança causados pela separação dos pais, procurando suavizar ao máximo as mudanças bruscas que ocorrem no cotidiano dos filhos quando os pais rompem os laços da conjugalidade e acabam por prejudicar a convivência entre si.

No momento em que se dá o rompimento do convívio entre os pais nos casos de separação ou divórcio, abalada está a estrutura familiar na qual vivia a criança, e deixam os pais de exercer conjuntamente e simultaneamente as funções parentais fazendo surgir a necessidade de uma redefinição nos papéis desempenhados por ambos no que diz respeito a criação dos filhos.

Se da união conjugal houver filhos, a dissolução destes laços afetivos deve ser feita da maneira menos nociva à prole. O fim da convivência entre os pais não deve atingir a pessoa dos filhos, uma vez que a cisão se deu entre o casal, permanecendo os direitos e deveres com relação à prole.

Importa destacar que, a ruptura dos laços afetivos que uniam o casal deve acontecer apenas no plano físico, sendo essencial a continuidade dos vínculos parentais, eis que o exercício do poder familiar em nada se altera com a separação do casal.

Quando os pais decidirem não viver mais sob o mesmo teto, é necessário definir a guarda, se conjunta ou unilateral, e nesse último caso com qual genitor fica a criança, e como será o regime de visitas daquele que não detém a guarda.

Não obstante, é comum que essa ruptura aconteça em meio a uma verdadeira “guerra” entre os genitores, em razão das mágoas e ressentimentos que um foi acumulando do outro durante a vida. Por isso, o fim da união se dá em

ambiente hostil e conturbado no qual quase nunca há espaço para resguardar os filhos da nocividade decorrente do fim do casamento.

Além disso, com a infinidade de rupturas nos casamentos – inclusive, com o advento do divórcio direto, e sendo um fato plenamente aceito pela sociedade – faz surgir cada vez mais conflitos dessa natureza, que demandam do legislador um meio para garantir o equilíbrio buscando a harmonia perfeita entre os papéis que cada genitor deve desempenhar no que diz respeito aos direitos e obrigações, e claro, manter intacto o primado do melhor interesse do menor.

3.2 Conceito e características da guarda conjunta ou compartilhada

Em casos de separação ou divórcio, em regra, o filho ficava na companhia de um dos pais enquanto ao outro caberia o direito de visitas cujo regime se estabelecia de forma minuciosa, com dias, horários e datas bem definidas. Mesmo com a guarda deferida unilateralmente a um dos pais, ambos continuam detentores do poder familiar, todavia, a criança ficava na companhia de apenas um deles, com quem permanecia a maior parte do tempo. Esse modelo de guarda, em última análise, cria uma desigualdade no tempo de permanência do genitor que não detém a guarda do filho, que em geral permanece com o filho em finais de semana alternados excluindo-o de boa parte da vida dessa criança.

Contudo, o anseio dos pais de trazer para si a missão de cuidar e educar seus filhos, e por outro lado o desejo dos filhos por uma comunicação real com seus pais, que somente se viabiliza com a convivência, motivou o surgimento da guarda compartilhada.

Nesse sentido, a guarda conjunta ou compartilhada surge com o escopo de aproximar fisicamente a prole dos seus genitores, mesmo tendo ruído o lar que lhes era comum quando cessado o vínculo do matrimônio ou da união estável.

No contexto do novo sistema jurídico com a promulgação da CF/1988, os arranjos familiares com o pai provedor e a mãe dona de casa, aos poucos deixaram de coexistir, tendo em vista que desestimulava aquele de desempenhar um papel parental ativo, além de sobrecarregar esta com as tarefas de cuidar do lar e dos filhos.

Assim sendo, com vistas ao princípio do melhor interesse dos filhos, aliado ao estabelecimento da isonomia entre os gêneros levaram os tribunais a propor acordos de guarda conjunta, intentando um desfecho mais eficaz para a conservação dos vínculos de afetividade que mantinha a família antes da ruptura, de modo a preservar ao máximo o estado antigo da família na qual vivia a criança.

A esse respeito Waldyr Grisard Filho (2009, p. 130-131) faz a seguinte ponderação:

> A guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na autoridade parental.

Nos ensinamentos de Maria Berenice Dias (2013, p. 454) também apontam esta modalidade de guarda como a mais vantajosa para a prole, pelo que assevera a desembargadora: “Compartilhar a guarda de um filho se refere muito mais à garantia de que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar, bem como aos direitos que tal poder lhes confere”.

A respeito do instituto Paulo Lôbo (2011, p. 200) nos ensina:

> A guarda compartilhada é caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais. Ela incita o diálogo, ainda que cada genitor tenha constituído nova vida familiar. Assim, preferencialmente, os pais permanecem com as mesmas divisões de tarefas que mantinham quando conviviam, acompanhando conjuntamente a formação e o desenvolvimento do filho.

O conceito de guarda compartilhada surge da necessidade de se buscar um equilíbrio para o desempenho das funções parentais exercida pelos pais quando a união chega ao fim, mormente em razão de sistematicamente a guarda exclusiva ser deferida à mãe, e de outro lado, se propõe a garantir o melhor interesse do menor, especialmente às suas necessidades afetivas e emocionais. Esses dois enunciados são emprestados a partir de noções de outras disciplinas, como a psicologia e sociologia, porquanto, de um lado engrandecem o papel da paternidade, e de outro

lado trazem ao centro da discussão o destinatário principal da tutela da guarda compartilhada, a criança, assegurando-lhe um sadio desenvolvimento psicoafetivo e cuidando para que o seu futuro seja acompanhado por ambos os pais conjuntamente.

Em tempo, a guarda compartilhada teve sua normatização legal recentemente pela Lei 11.698/08, outorgando a ambos os genitores a responsabilidade conjunta e o exercício de direitos e deveres concernentes ao poder familiar (CC 1.583 § 1º). Na fixação da guarda compartilhada desaparece a figura do guardião que assume o encargo de fiscalizar a manutenção e educação do filho, cuja guarda exclusiva foi deferida à mãe (CC 1.589). Ambos os pais persistem com todo o complexo de deveres que decorrem do poder familiar, sujeitando-se a pena de multa se agir dolosa ou culposamente (ECA 249).

O conceito de guarda compartilhada vem descrito no art. 1.583, § 1º, CC, o qual a descreve como: a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Cumpre destacar que guarda compartilhada não se confunde com guarda alternada. Na guarda alternada a criança ou adolescente alterna períodos de residência com cada um dos genitores (exemplo, fica quinze dias com o pai e outros quinze com a mãe). Já na guarda compartilhada o menor permanece residindo com um dos pais, tendo o outro amplo direito de visitas e participação ativa na decisão de todos os aspectos que sejam importantes e cruciais na vida dos filhos, como o que diz respeito à saúde, educação, lazer, entre outros.

A Lei n. 11.698/2008 prevê uma sanção civil para a hipótese de descumprimento imotivado da cláusula de guarda unilateral ou compartilhada, que consiste em “redução de prerrogativas atribuídas a seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho”.

É preciso lembrar, que a guarda como atributo do poder familiar e exercício efetivo dos deveres a ele inerentes sofre alterações nos casos de suspensão e extinção do poder familiar, ou melhor, quando seu exercício acarreta ao menor

prejuízo de ordem moral e material, conforme previsto nos artigos 1.637 e 1.638 do Código Civil.

Da mesma forma, relembre-se aqui, em razão da prevalência do interesse do menor, em tudo que diz respeito à guarda e visita dos filhos, a decisão que a homologa ou a sentença que a decreta podem ser modificadas a qualquer tempo tendo em vista que não fazem coisa julgada.

A Lei aparenta priorizar a guarda compartilhada quando outorga ao juiz o dever de informar o seu significado, além da discricionariedade de ser imposta aos pais quando não houver consenso entre eles, mas a esse respeito diverge boa parte da doutrina.

Com efeito, apesar de expressamente a lei determinar que a guarda compartilhada pode ser decretada pelo juiz na ausência de consenso entre os genitores, na prática não é esse o entendimento dos julgadores.

No item a seguir, expomos as opiniões de nossos principais doutrinadores, tais como: Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Maria Berenice Dias, Silvio de Salvo Venosa, Paulo Lôbo, Waldyr Grisard Filho, e ainda, como nossos tribunais se posicionam na aplicação deste instituto que antes mesmo da publicação da lei que a regulamentou, já vinha sendo adotado pelos nossos tribunais.

3.3 A divergência na doutrina e na jurisprudência acerca de sua aplicabilidade

Consoante já se afirmou anteriormente, a aplicação do Instituto ocorre de maneira bastante disforme pelos nossos julgadores, bem como diverge parte da doutrina acerca de sua decretação ocorrer em ambiente de consenso ou litígio entre os genitores.

Na avaliação da Desembargadora Maria Berenice Dias (2013, p. 455) a guarda compartilhada é a regra, assevera em seu Manual de Direito das Famílias, concluindo que:

> A tendência ainda é não acreditar que o compartilhamento da guarda gere efeitos positivos se decorrer de determinação judicial, sob a justificativa de que é necessário o consenso entre as partes. Porém, a prática tem mostrado, com freqüência indesejável, ser sim a guarda única, propiciadora de insatisfações, conflitos e barganhas envolvendo os filhos.

Dentre aqueles que são favoráveis a que a guarda compartilhada seja decretada independente de haver consenso entre os pais, se inclui o jurista Paulo Lôbo, argumentando que esta modalidade somente deve ser afastada quando o melhor interesse dos filhos recomendar a guarda unilateral, sugere ainda, que a lei indica como regra o compartilhamento da guarda.

Com efeito, Paulo Lôbo (2011, p. 200-201) defende o compartilhamento mesmo que os pais residam em cidades diferentes, segundo seus ensinamentos:

> O modo de compartilhamento das responsabilidades e, sobretudo, da efetivação da convivência do filho com seus pais, quando estes não se entendem, é decisão do juiz de família, que deve ouvir sempre a equipe multidisciplinar que o assessora, ou fundamentar-se em orientação técnico-profissional.Os períodos de convivência do filho com seus pais não necessitam de ser rigorosamente iguais, para que o filho não tenha uma existência partida. Certa flexibilidade para adaptação deve ser preservada, diante das circunstâncias, imprevistos e exigências da vida (viagens com um deles, festas em famílias e com amigos, cursos fora da cidade).

E continua, esclarecendo que:

> Não há impedimento para a guarda compartilhada o fato de os pais residirem em cidades ou mesmo países distintos. A atual tecnologia da informação permite o contato virtual instantâneo, com visualização das imagens dos interlocutores, favorecendo a comunicação entre os pais separados e entre estes e seus filhos. Essa comunicação fluente e permanente, sem rigidez de horários, contribui muito mais para a formação afetiva e cognitiva da criança do que os episódicos períodos de visitas.

Na obra consultada para este estudo, os doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 600), defendem que este modelo de guarda é o preferível em nosso sistema, complementando que sua adoção deveria ser incentivada pelos juízes. Contudo, fazem uma ressalva quanto ao fato de ser decretada quando ainda persista mau relacionamento entre o casal envolvido.

Aludem que, na grande maioria dos casos quando não se verificar a possibilidade de um acordo entre as partes, dificilmente poderá o juiz “impor” o

compartilhamento da guarda, pelo fato de que o mau relacionamento do casal, por si só, põe em risco a integridade dos filhos, e complementam, argumentando que:

> Por isso, somente em situações excepcionais, em que o juiz, a despeito da impossibilidade do acordo de guarda e custódia, verificar maturidade e respeito no tratamento recíproco dispensado pelos pais, poderá, então, mediante acompanhamento psicológico, impor a medida" [...]
> [...] na pratica, em poucas situações essa imposição será possível, eis que, em geral, frustrado o acordo, o relacionamento do casal já está profundamente corroído, afigurando-se um contrassenso o compartilhamento de um direito tão sensível.

Seguindo o mesmo entendimento, Silvio de Salvo Venosa (2012, p. 184) alude que o instituto da guarda compartilhada ainda não atingiu sua plena evolução, e se posiciona de forma contrária à sua decretação quando exista dissidência entre os pais, segundo afirma:

> Essa modalidade de guarda dita compartilhada não se torna possível quando os pais se apresentam em estado de beligerância, ou quando residem distantes um do outro. Essa solução dependerá da perspicácia do magistrado e em especial do perfil psicológico, social e cultural dos pais, além do exame do grau de fricção que reina entre eles após a separação.

Porém, no entendimento de Waldyr Grisard Filho (2009, p. 164) em sua obra dedicada exclusivamente ao tema, observa que "são poucas as regras reguladoras da matéria, porém são claras e objetivas".

Com efeito, da pesquisa realizada acerca da guarda compartilhada se observa que a doutrina majoritária se posiciona favoravelmente à sua decretação mesmo que não exista consenso entre os pais. Outrossim, na interpretação deste dispositivo, prevalecia, o entendimento jurisprudencial no sentido da não admissão da custódia física conjunta, ou melhor, em ambiente de litígio entre os pais se torna inviável o exercício conjunto da guarda, logo, o seu compartilhamento não deve ser fruto de imposição do juízo mas uma decorrência de acordo entre os genitores.

Todavia, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu decisão estabelecendo um novo paradigma. De modo que, ao julgar um recurso especial

relatado pela eminente Ministra Nancy Andrighi, a corte reafirmou que a regra geral deve ser a guarda compartilhada, inclusive com o compartilhamento da custódia física do filho. Destaque-se daquele acórdão a assertiva no sentido de que "a imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.

A doutrina, juntamente com o STJ, tem cuidado das peculiaridades desse instituto, realçando aspectos que merecem a atenção do Juiz de família, conforme as proposições dos enunciados aprovados na I, IV e V Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, relacionadas especificamente ao tema, advertindo, ainda, que a regra aplica-se a qualquer modelo de família.

> Enunciado 102 da I Jornada de Direito Civil: "A expressão "melhores condições" no exercício da guarda, na hipótese do art. 1584, significa atender ao melhor interesse da criança".
>
> Enunciado 335 da IV Jornada de Direito Civil: "A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe multidisciplinar".
>
> Enunciado 518 da V Jornada de Direito Civil: "A Lei 11.698/2008, que deu nova redação aos arts. 1583 e 1.584 do Código Civil, não se restringe à guarda unilateral e à guarda compartilhada, podendo ser adotada aquela mais adequada à situação do filho, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente".

3.4 Conclusão

A guarda compartilhada é um modelo de guarda a ser exercido em conjunto, quando os pais não residam mais sob o mesmo teto, como forma de assegurar a prole, a convivência e o livre acesso a ambos os genitores.

A desunião dos pais, decorrente da ruptura da união conjugal faz surgir a necessidade da redistribuição dos papeis parentais, antes exercidos de forma igualitária e simultânea. Essa nova realidade atinge os filhos duplamente, em dois

momentos, a partir do instante da própria crise causada pela separação do casal. No segundo momento, pela necessidade de encontrar um desfecho para o novo arranjo a ser estabelecido, que em geral se dá pela via judicial em processos intermináveis e angustiantes para os pais, e principalmente para as crianças ou adolescentes.

É nesse sentido, que a guarda compartilhada surge como novo modelo normativo em total consonância com os valores consagrados na Constituição Federal, que sobreleva os interesses do menor como o fundamento básico à solução de qualquer questão que lhe diga respeito.

Em que pese a problemática em torno do tema, importa destacar a importância de se ter sempre em mente que este modelo de guarda busca tutelar o direito do filho conviver com ambos os pais, e o fato de estarem separados não retira da criança esse direito, posto que a lei lhe assegura o convívio tanto com a mãe quanto com o pai para que se desenvolva plenamente, como preceitua o art. 3º, do ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim sendo, a imposição da guarda compartilhada ainda que na ausência de consenso entre os pais é medida extrema porém necessária, como bem define a Ministra Nancy Andrighi, especialmente se considerarmos que a medida visa promover uma mudança de atitude dos pais, que por sua vez reflete de maneira positiva na criança e no adolescente, mitigando o desgaste emocional sofrido pelos filhos com a separação dos pais.

Nessa toada, a guarda compartilhada seria um ideal a ser buscado por esse novo arranjo familiar que pode se formar para resguardar o melhor interesse da criança, possibilitando a este se desenvolver em um ambiente harmonioso e seguro, que se torna possível quando os pais renunciam aos seus desejos pessoais e priorizam o bem estar dos seus filhos.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda compartilhada, um novo modelo de responsabilidade parental.** 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo**. Novo curso de direito civil vol. 6, direito de família, as famílias em perspectiva constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

LOBO, Paulo. **Direito Civil, famílias.** 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, vol. 6, direito de família** - 12ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO TRANSPORTE AÉREO DECORRENTE DO EXTRAVIO DE BAGAGEM

THE CIVIL RESPONSIBILITY IN AIR TRANSPORTATION RESULTING FROM LOST LUGGAGE

LADEIA, Bruna Cristina[1]

RESUMO

O presente artigo analisa especificamente o Extravio de Bagagens, sob a ótica da Responsabilidade Civil, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e subsidiariamente a Convenção de Varsóvia, demonstrando o entendimento normativo e doutrinário com cerne na conceituação de Responsabilidade Civil e a Relação Jurídica de Consumo para estes institutos. Em suma, aborda-se os conceitos gerais de Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor. E nos casos de Extravio de Bagagem no Transporte Aéreo, o tema é analisado para evidenciar a abrangência do Código de Defesa do Consumidor na Responsabilidade Civil decorrente da relação de consumo. Para desenvolvimento da matéria foi empregado o método hipotético-dedutivo, com pesquisa bibliográfica, nacional e estrangeira. Frisa-se que tal pesquisa explica e discute um tema ou problema com base em referências teóricas já publicadas em livros, revistas, artigos científicos etc.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil, Código de Defesa do Consumidor, Extravio de Bagagem, Transporte Aéreo.

ABSTRACT

The present article specifically analyses the Lost Luggage, under the Civil Responsibility optics, the applicability of the *Código de Defesa do Consumidor* [Consumer Defense Code] and ultimately of the Warsaw Convention, demonstrating the normative and doctrinaire understanding with the main conceptualization of the Civil Responsibility and the Legal Relation of Consumption for these institutes. This present study addresses on the first chapters the general concepts of Civil Responsibility and Consumer Rights. The Lost Luggage in air transportation cases. The theme is analyzed to show the range of the *Código de Defesa do Consumidor* [Consumer Defense Code] over the Civil Responsibility accordingly with the relations of consume. For the development of the matter it was applied the hypothetic-deductive method, with a bibliographic research, national and foreign. Pointing that such research explains and argue a theme or a problem on a theoretical bases that has already been published on books, magazines, scientific articles etc.

[1] brunaladeia@gmail.com, Bacharel em Direito, Faculdade Drummond, São Paulo/SP.

KEY WORDS: Civil Responsibility, *Código de Defesa do Consumidor* [Consumer Defense Code], Baggage Loss, Air Transportation.

1 INTRODUÇÃO

Como se deverá mensurar a responsabilidade do transportador aéreo em caso do extravio de bagagem, malas e documentos de seu transportado? Trata-se de uma relação de consumo? Especificamente para o transporte aéreo, qual é o tipo de responsabilidade a que está sujeito o transportador? É aplicável a Convenção de Varsóvia ou o Código de Defesa do Consumidor?

Objetivou-se com este estudo analisar do ponto de vista jurídico a responsabilidade do transportador aéreo pelos danos causados aos passageiros em decorrência do extravio de bagagens.

No âmbito do Direito do Consumidor, atenta-se para a relação consumidor/fornecedor, e neste último a amplitude de sua responsabilidade. No Direito Internacional e Constitucional procura-se a validade da Convenção de Varsóvia, observando a recepcionalidade de suas normas no ordenamento nacional. Para as relações de consumo, a contratação de transporte aéreo, firmadas no Brasil será aplicado o Código de Defesa do Consumidor, Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Assim, o artigo que ora se apresenta traz à luz do entendimento do leitor o Instituto da Responsabilidade Civil e a conceituação básica necessária, para total entendimento deste tema. Em seguida traz o Código de Defesa do Consumidor e suas modernas inovações acerca da Relação de Consumo.

Finaliza-se este estudo elucidando a responsabilidade legal do transportador aéreo, traçando um breve histórico da Convenção de Varsóvia e do Código Brasileiro de Aeronáutica, bem como alguns dispositivos que abrangem o extravio de bagagem e como a doutrina e jurisprudência do Brasil procuram resolver o conflito existente, entre os dispositivos da Convenção de Varsóvia e o Código de Defesa do Consumidor, e quais normas devem prevalecer.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

O homem sempre zelou pelo que lhe pertence, e na sociedade atual contemporânea que vivemos, parece simples verificar que não há a possibilidade de deixar sem compensação à vítima de conduta ilícita, mas isso sempre existiu, em todos os tempos o lesado lutou pela defesa de sua propriedade ou de pessoas pertencentes ao seu grupo, com o passar do tempo essa forma de combate, de defesa foi modificando-se transformando essa ação em reparação das mais variadas espécies.

2.1 Breve Histórico e Evolução Contemporânea da Responsabilidade Civil no Brasil

A atual forma de Responsabilidade Civil é produto de uma acentuada evolução através dos tempos. Nos primórdios, o homem ofendido reagia ao dano de maneira ofensiva imediata e brutal, buscando instintivamente zelar pelo que era seu, movido por puro instinto predominava a *vingança coletiva*, caracterizando-se pela reação de todo um grupo contra o agressor pela ofensa proferida a um de seus componentes. Posteriormente evoluiu para uma reação individual, em que os homens faziam justiça com as próprias mãos, foi a época da reparação do mal pelo mal, esse período histórico constituiu a chamada *vingança privada* (GONÇALVES, 2012, p.47).

Contudo, segundo Maria Helena Diniz (2012, p.26) as vezes, não era possível ao lesado reagir desde logo, pois nem sempre o mesmo estava presente no momento da prática danosa. Nestes casos o castigo era posterior. A regulamentação deste castigo posterior deu origem a máxima: *olho por olho, dente por dente* prevista na Lei de Talião, *talionis*, em latim, significa *tal*, ou *igual* (castigo igual a culpa).

Passado este período da Lei de Talião, o Estado, ele só, assumiu assim a função de punir. Sendo dele a função repressiva, surge a ação de indenização, tomando lugar a responsabilidade civil da responsabilidade penal. Foi quando os romanos esbouçaram a diferenciação entre *pena* e a *reparação* (GONÇALVES, 2012, p.48).

No período seguinte, surge a composição econômica pelo dano causado à vítima. Ocorria portanto, uma tentativa de acordo entre a vítima e o ofensor para que este reparasse de forma pecuniária o dano que causou, o período da composição, ante a observância do fato de que seria mais conveniente entrar em acordo com o autor da ofensa, para que se reparasse o dano mediante prestação de uma certa quantia em dinheiro, a critérios da autoridade pública, ante cobrar a retaliação (DINIZ, 2012, p.27).

A evolução do tema só ocorreu com a introdução, nos conceitos jus-romanísticos, com o surgimento no direito romano da *Lex Aquilia de Damno*, no século III a.C., que promanou dos tempos da República e fixou a ideia de reparação pecuniária, em razão do valor da *res* (DINIZ, 2012, 27-28).

Porém, a Teoria da Responsabilidade Civil só se fixou no ordenamento jurídico por força da doutrina, cuja figura principal foi o jurista e filósofo francês Jean Domat, que criou o Princípio Geral da Responsabilidade Civil, o qual foi adotado pelo artigo 1.382 do Código Civil Francês que prescreve: *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à la réparer,* que significa: *Qualquer fato advindo do homem que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi causador do que ocorreu a reparar este dano* (STOCO, 2011, p.128); e estabeleceu que o causador de um dano, seja por não ter feito ou faltado com algum dever, será obrigado a reparar o mal que tenha feito, influenciando quase que todas as legislações que estabeleceram como seu fundamento a culpa (DINIZ, 2012, p.28).

Idealizado pelos civilistas de maior peso na época, Domat e Pothier, à luz do recém nascido Código Civil Francês de 1804, a noção de culpa como fundamento da responsabilidade civil inseriu-se no direito moderno, disseminando-se posteriormente para as legislações de todo o mundo. Sendo os conceitos e

ensinamentos do direito romano sobre a responsabilidade *aquiliana* que serviram de ponto de partida e alicerce inexorável, por longo tempo, das legislações modernas no que tange à responsabilidade civil (ALONSO, 2000, p. 09).

Ensina Paulo Sérgio Gomes Alonso (2000, p.12) que o Código Civil Francês estabeleceu a distinção entre a pena e a reparação do dano:

> O Código Civil francês adotou esses princípios formadores da teoria da responsabilidade civil, estabelecendo a distinção entre pena e reparação civil do dano; que este deve ser reparado por quem culposamente o tenha provocado; e que, por consequência, a responsabilidade civil funda-se na culpa.

No Brasil, é no Código Civil de 1916 que verifica-se o surgimento da Responsabilidade Civil em nosso ordenamento jurídico como a conhecemos hoje. Porém, isso não quer dizer que antes do nascimento do Código Civil, não haviam noções de responsabilidade.

Em uma breve síntese, estudou-se que as Constituições Brasileiras receberam em seu bojo vestígios de responsabilidade, ressalta-se entretanto que essa Responsabilidade era do Estado em sua maioria. Sendo somente com a promulgação da Carta Política de 1988 que inovou-se ao dispor em seu texto sobre Responsabilidade Civil de maneira ampla, deixando de ser somente a Responsabilidade do Estado e passando a incluir no texto a Responsabilidade Civil comum e também sobre a Responsabilidade Civil do empregador em relação aos seus empregados, *in verbis*:

> Artigo 5º- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; LXXV- o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença; Artigo 7º- São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVIII- seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

Dentro deste novo diploma constitucional e assentado no princípio da dignidade da pessoa humana, tem-se o que se denomina de teoria clássica da responsabilidade civil, ou como é mais conhecida, a regra da responsabilidade civil subjetiva, consagrada pelo artigo 159 do Código Civil de 1916: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. E hoje, transcrito para o artigo 186 do Novo Código Civil, de 2002, que prevê: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Demonstra assim que, de imediato o direito violado não pode ensejar reparação, deve para tanto comprovar o efetivo dano.

2.2 Definição e Requisitos da Responsabilidade Civil

A Responsabilidade Civil revela-se como um dever, um compromisso, uma sanção, e imposição decorrente de alguma conduta do agente, ato ou fato. Assim, pode-se definir a Responsabilidade Civil como um dever, uma obrigação que decorre de um ato ilícito, e a consequência jurídica que recai sobre todo aquele, seja pessoa física ou jurídica, que, culposamente, causa danos materiais, morais ou qualquer outra espécie de dano, é a obrigação de reparar os danos causados a terceiros.

A função da Responsabilidade Civil é reequilibrar, o prejuízo experimentado, reconstituir o *status quo ante* (STOCO, 2011, p.135). Há uma grande imprecisão doutrinaria à respeito da caracterização dos pressupostos necessários para configurar a responsabilidade civil. Silvio de Salvo Venosa (2009, p.13) enumera quatro pressupostos para que passe a existir o dever de indenizar, afirmando que: “[...] os requisitos para a configuração do dever de indenizar: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexo causal, dano e finalmente, culpa”.

É previsto como base fundamental da responsabilidade civil, disposto no artigo 186 do novo diploma civil brasileiro estabelecendo o conceito de ato ilícito: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Assim, identificam-se os quatro pressupostos que caracterizam a Responsabilidade Civil: ação ou omissão do agente, culpa ou risco, nexo de causalidade e dano.

A ação ou a omissão do agente, que pode ser positiva ou negativa, refere-se a sua conduta. O que caracteriza tal conduta é a voluntariedade, que decorre da liberdade de atuação do indivíduo, ou seja, o agente de tal conduta é portador do discernimento necessário para compreender o ato que está sendo desempenhado. A conduta representa, portanto, circunstância passível de ser controlada ou dominada pela vontade humana (GONÇALVES, 2012 p.71). Todavia, a voluntariedade, não pode ser confundida com a intenção de causar dano. Referindo-se apenas à intenção de cometimento do ato, ou consciência acerca do agente que a conduziu, sem necessariamente haver o propósito de gerar prejuízo a quem quer que seja. Portanto ação é sempre praticada por uma conduta positiva (ação), comissiva; e um não fazer, ou seja, uma conduta negativa (omissão).

A culpa por sua vez, comporta duas espécies de definição. A primeira delas refere-se à concepção moral da culpabilidade, mediante a qual deve ser considerado culpado aquele que tenha tido a possibilidade de prever que, se houvesse se conduzido de maneira diversa, poderia ter evitado o dano. A segunda diz respeito à concepção social, identificando a culpa com o erro de conduta, ora sobre ação ou omissão (GONÇALVES, 2012, p.437).

Para caracterizar a culpa é necessário que a atitude tomada por uma ação própria ou de terceiro ofenda direito alheio, e que esta ação seja voluntaria por parte de quem cometeu o ato, concluindo-se assim, que o agente deu causa ao resultado. Várias são as definições encontradas na doutrina, mas todas são direcionadas a um mesmo sentido, isto é, na ideia de que a culpa decorrerá sempre do ato do agente, seja este ato comissivo ou omissivo, ou até mesmo praticado por terceiro, sendo que esta conduta deve causar prejuízo ou dano que atinja, desfalque, prejudique patrimônio alheio.

Sobre a Teoria do Risco compreende-se que se alguém exerce uma atividade criadora de perigos especiais, deve responder pelos danos que ocasione a terceiros, já que certas atividades possuem riscos inerentes. Assevera Maria Helena Diniz

(2012, p.69) a responsabilidade, fundada no risco, consiste na obrigação de indenizar a dano produzido por atividade exercida pelo agente e sob o seu controle, sem indagação sobre a conduta do lesante. Portanto a obrigação de indenizar, é imposta por lei a certas pessoas, independente da prática do ato ilícito. Como é no caso inerente a esse estudo do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/86; RT, 520:140; RF, 154:158); o transporte marítimo (Dec.-Lei n. 116/67); e o Código de Defesa do Consumidor (artigos 12 e 14) entre tantas outras leis especiais.

Leciona Maria Helena Diniz (2012, p.128) que a responsabilidade civil não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a ação, sendo esse vínculo entre o prejuízo e a ação designado: *nexo causal*, de modo que o fato lesivo deve ser originário da ação, diretamente ou como sua consequência.

O nexo causal é o liame entre a conduta do ofensor e o dano suportado pela vítima. Consiste no vínculo que deve existir entre o fato e o dano para que o autor desse ato seja responsabilizado pelo prejuízo.

E por fim o dano consiste então, na lesão concreta que afeta um interesse relativo ao patrimônio econômico da vítima, referindo-se à perda ou à deterioração dos bens materiais que lhe pertencem. O dano material implica prejuízo no patrimônio econômico, mas não necessariamente em sua esfera moral. São muitas as definições de dano moral que podem ser encontradas na doutrina pátria e estrangeira.

Os danos morais, por sua vez são representados pela lesão a direitos não-patrimoniais, geralmente representados por sentimentos dolorosos causados à vítima. Em síntese, portanto, o conceito de dano moral consiste na lesão dos bens não patrimoniais, que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual (VENOSA, 2009, p.41) e cuja atuação vem sendo ampliada, a tal ponto que pode ser imputado até mesmo a pessoas jurídicas, na medida em que também se relaciona aos chamados direitos da personalidade, tais como o nome, a honra e a dignidade.

Em nosso sistema jurídico adverte Rui Stoco (2011, p.152): “[...] a indenização do dano deve obedecer à glosa *lucratus non sit*, de modo que a reparação do dano não

pode converter-se em fonte de enriquecimento da vítima”.

É importante ressaltar que os danos materiais e morais são cumuláveis, isto é, podem ser concomitantes conforme Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça *in verbis*: *São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato*. Como o extravio de bagagem no transporte aéreo, tema oriundo deste artigo e que será apresentando mais diante.

2.3 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva, Contratual e Extracontratual

Segundo a Teoria da Responsabilidade Civil Subjetiva, aplica-se como regra o disposto nos artigos 186 e 927, caput do Código Civil, *in verbis*:

> Artigo 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
> Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Para a teoria da responsabilidade subjetiva, o lesado, ou ofendido deve efetivamente comprovar a ação ou a omissão do agente que provocou o dano a ser reparado, a premissa é a culpa, sendo ela o fundamento para o dever de reparar.

Porém, a lei impõe, em determinadas situações e a determinadas pessoas, a reparação de um dano cometido sem culpa (GONÇALVES, 2012, p.68-69) pois em vários casos no desenvolvimento da sociedade, muito embora admitisse que a vítima fosse realmente lesada, a teoria da culpa mostrava-se inadequada, quando era verificada nos autos a aferição de provas mas que não se mostravam convincentes. Quando prescinde de culpa e se satisfaz apenas com o nexo de causalidade e o dano, chama-se esta responsabilidade de legal ou objetiva.

A Teoria do Risco procura justificar a responsabilidade objetiva, e como já explanado, nesta teoria toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros, e deverá repará-lo, ainda que a conduta seja isenta de culpa.

Portanto, a classificação denomina objetiva a responsabilidade que independe de culpa, esta podendo existir ou não, sendo irrelevante para o dever de indenizar, mas

indispensável porém será a relação de causalidade, entre a ação e o dano.

O nosso Código Civil filiou-se à teoria subjetiva, sendo esta regra necessária, porém sem prejuízo da adoção da responsabilidade objetiva, presente em vários dispositivos e leis esparsas como exemplo: Lei de Acidentes do Trabalho (Lei 8.213/91), Lei da Responsabilidade nas Estradas de Ferro (Dec. n. 2.681/12) e O Código de Defesa do Consumidor.

Sobre a responsabilidade contratual pode-se afirmar que, é o resultado da violação de uma obrigação anterior. É imprescindível a preexistência de uma obrigação. É uma infração a um dever estabelecido pela vontade dos contratantes, por isso decorre de relação obrigacional e pressupõe capacidade para contratar (GONÇALVES, 2012, p.62).

Quando a responsabilidade não deriva de contrato, diz-se que ela é extracontratual ou responsabilidade derivada de ilícito extracontratual, também chamada de aquiliana, e aplica-se o disposto no artigo 186 do Código Civil. A fonte desta inobservância é a lei. É a lesão a um direito sem que, entre o autor do dano e ao lesado, exista qualquer relação jurídica. Nesta, ao contrário da contratual, caberá à vítima provar a culpa do agente.

2.4 Excludentes da Responsabilidade Civil

Na maioria das hipóteses a presença de uma excludente de responsabilidade atenua ou extingue o dever de ressarcir, justamente por atenuar ou desconstituir a relação de causalidade. São excludentes da responsabilidade civil: a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior, impedimentos da concretização do nexo de causalidade, e no campo contratual a cláusula de não indenizar.

Porém, nas relações de consumo, válidas serão somente as excludentes expressamente previstas no texto legal: artigo 12 §3º, *in verbis*:

> Artigo 12- O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação,

> apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.
> §3°- O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I- que não colocou o produto no mercado; II- que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III- a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

No caso de culpa exclusiva da vítima, o causador do dano não passa de mero instrumento do acidente. Não há portanto, ligação de causalidade entre o seu ato e o prejuízo da vítima. (GONÇALVES, 2012, p.629). Quando o evento danoso acontece por culpa exclusiva da vítima, desaparece a responsabilidade do agente, pois deixa de existir a relação de causa e efeito entre o seu ato e o prejuízo experimentado pela vítima. Entretanto, não se deve confundir a culpa exclusiva da vítima com a *Culpa Concorrente*. Há casos em que a culpa da vítima é apenas parcial, ou concorrente com a do agente causador do dano. Assim, autor e vítima contribuem, ao mesmo tempo, para a produção de um mesmo fato danoso. É a chamada culpa concorrente ou culpa comum.

O ato daquele que causa alguma espécie de dano, muitas vezes não é o responsável pelo evento, sendo o verdadeiro causador do dano, e sim o ato de um terceiro. No entanto, predomina o princípio da obrigatoriedade do causador direto em reparar o dano. A culpa de terceiro não exonera o autor direto do dano do dever jurídico (GONÇALVES, 2012, p.632).

Conclui-se que é necessário que seja o terceiro, pessoa estranha a relação existente, mas se quem causou o dano pertencer ao ciclo de produção, o agente ainda sim responderá. É tendencioso a jurisprudência admitir apenas a excepcionalidade do fato de terceiro como excludente de culpa. Tal matéria foi sumulada pelo STF (Supremo Tribunal Federal), Súmula 187: *A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva*. Por fim, o agente logrando êxito em provar que o terceiro foi o causador exclusivo do dano, terá direito a propositura da ação de regresso contra o terceiro.

O artigo 393, parágrafo único do diploma civil brasileiro, não faz distinção entre o caso fortuito e a força maior, definindo-os da seguinte forma, *in verbis*:

> Art. 393- O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles

> responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Porém parte da doutrina insiste que não há diferença alguma entre os institutos, pois o legislador não se preocupou em distinguir o caso fortuito da força maior, devido apontar a mesma consequência jurídica (NUNES, 2010, p.330-331).

Conceitua Carlos Roberto Gonçalves: o caso fortuito geralmente decorre de fato ou ato alheio à vontade das partes: greve, motim, guerra. Força maior é a derivada de acontecimentos naturais: raio, inundação, terremoto (2012, p.642). Verificar-se-á que caso fortuito se caracteriza pela imprevisibilidade e força maior pela inevitabilidade.

A cláusula de irresponsabilidade tem por função alterar, em benefício do contratante, o jogo dos riscos, pois estes são transferidos para a vítima. Paira grande controvérsia de sua validade ou não sobre a cláusula de não indenizar, para uns deve ser nula por ser contrária ao interesse social. Já para outros que a defendem em prol do princípio de autonomia da vontade. O Código Brasileiro de Aeronáutica Lei 7565/86, em seu artigo 247, estabelece a nulidade da cláusula. Há proibição também nos contratos de adesão, que assim como no Código de Defesa do Consumidor, protege a parte hipossuficiente da relação contratual.

A jurisprudência, de forma geral, também não admite nos contratos de transporte, para tal precede a Súmula 161 do Supremo Tribunal Federal *in verbis*: “Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar”. E no Código Civil preceitua em seu artigo 734, *in verbis*: *O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.*

Portanto, a cláusula de não indenizar só será admitida quando não ferir a ordem pública, visto que essa matéria não se encontra no âmbito de disposição das partes. Além disso, é imprescindível a igualdade das partes e a bilateralidade quanto ao consentimento de estipulação da cláusula. É preciso, ainda, que o agente não tenha a intenção de dispensar o dolo ou a culpa e que não pretenda afastar obrigação atrelada à função.

3 RELAÇÃO DE CONSUMO

A história do homem confunde-se com a própria história do consumo, seria impossível separá-los, o ato de consumir é inerente ao homem. O consumidor não é portanto, uma nova categoria, já o seu desenvolvimento é sim aperfeiçoado ao longo da própria evolução do homem.

Ensina Cláudia Lima Marques (2007, p.29), que esta é uma disciplina entre o direito privado e público, já que tutela interesses do consumidor em todas as suas relações, seja com o Estado, seja com particulares. Ao lado do direito comercial, e do direito civil, compõe o chamado novo direito civil, de viés mais solidário.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), foi editado em 1990, e segundo ensina o Professor Rizzatto Nunes (2010, p.40): “é uma lei muito atrasada de proteção ao consumidor”. Ainda segundo o autor: “passamos o século inteiro aplicando às relações de consumo o Código Civil”. Até 10 de março de 1991, aplicava-se no Brasil as leis civilistas às relações jurídicas de consumo, decorrente da evolução do modo de produção e de ofertas de produtos e serviços de massa do século XX. Esse novo modelo contratual deu origem a um novo contrato o chamado *contrato de adesão*. E o Código de Defesa do Consumidor foi a primeira lei brasileira a regular em seu artigo 54 o contrato de adesão.

A lei 8.078/90 nada mais fez do que concretizar, em norma infraconstitucional todos esses princípios e garantias. Identificamos expressamente logo em seu artigo 1º essa afirmação, confirmando seu caráter principiológico, *in verbis*: *O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5°, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.*

Diversas são as normas constitucionais que regulam a questão das garantias e direitos do consumidor, algumas explícitas outras implícitas. Leciona Rizzatto Nunes (2010, p.50) que como a figura do consumidor, sendo pessoa física, equipara-se à

do cidadão, todos os princípios e normas constitucionais de proteção, a rigor, são extensivos ao consumidor.
A Lei 8.078/90 incidirá, nas relações jurídicas de consumo, sempre que num dos polos estiver o consumidor e no outro o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços (NUNES, 2010, p.116).

Para compreendermos a relação de consumo, verificar-se-á que ela é composta pelos elementos: consumidor e fornecedor, que são os sujeitos da relação e o objeto do consumo, que poderá ser um produto ou serviço. A relação, não se configurará somente com a existência do consumidor, pois assim não se enquadraria nas características determinantes do Código de Defesa do Consumidor.

3.1 Conceitos de Consumidor e Fornecedor, Produto ou Serviço

É fundamental portanto, apresentar os conceitos fundamentais da estrutura da relação de consumo, quais sejam: Consumidor e Fornecedor, como sujeitos e depois apresentar o objeto desta relação que é o Produto ou Serviço.

Ensina Rizzatto Nunes (2010, p.117) que o Consumidor é aquele que adquire produtos ou serviços disponibilizados no mercado, pelo fornecedor, para seu uso próprio ou para sua própria satisfação. Observa-se no artigo 2º, *caput* da lei consumerista seguinte conceito:

> Artigo 2º- Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Definir quem é consumidor é a principal divergência doutrinária na conceituação, que tem extrema relevância prática na caracterização ou não de determinada relação jurídica como relação de consumo, refere-se ao elemento finalístico, ou seja, o que deve ser considerado *consumidor destinatário final*.

Quando utiliza-se do termo *destinatário final*, é possível identificar de forma clara que está relacionado à pessoa que adquire produto ou serviço para seu consumo em contrapartida tal termo trará problema quando uma pessoa adquire como destinatária final, mas que usará tal bem como típico de produção.

Já a qualificação da pessoa jurídica como consumidora será a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros nem utilizá-los na geração de outros bens ou serviços. Para a resolução incidirá como ensina Rizzatto Nunes (2010, p.125):

> [...] apenas a identificação da relação jurídica de consumo, que se dará pela pessoa do adquirente: surgindo disputa de direitos, lide, processo caberá ao consumidor-comprador demonstrar que comprou o produto como bem de consumo.

Diferentemente de consumidor, observa-se no Código de Defesa do Consumidor que, ao designar quem é a figura do fornecedor o legislador almejou trazer para este sujeito da relação de consumo todos que pudessem realmente ali serem enquadrados. O conceito de fornecedor está definido no *caput* do artigo 3º, do Diploma que dispõe:

> Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Para a norma fornecedor tem uma abrangência bem ampla, não se delimita a natureza jurídica da pessoa, podendo ser pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, inclusive os entes despersonalizados. Não havendo exclusão nenhuma do tipo de pessoa jurídica.

O objeto da relação jurídica de consumo é aquele sobre o qual recai tanto a exigência do credor quanto a obrigação do devedor, formando pois o conteúdo da relação de consumo, podendo ser tanto uma coisa ou uma prestação. É portanto parte fundamental, não existindo o porque de toda essa tutela se não houvesse um bem, produto ou serviço de consumo para ser utilizado ou consumido.

O Código de Defesa do Consumidor definiu produto no parágrafo 1º do artigo 3º *in verbis*: *§1° Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.* O código definiu produto também de maneira ampla, o Professor Rizzatto Nunes afirma que: “este conceito de produto é universal nos dias atuais e está estreitamente ligado à

ideia do bem, resultado da produção no mercado de consumo das sociedades capitalistas contemporâneas" (2010, p.135).

Da mesma maneira abrangente o legislador conceitua *serviço*:

> Artigo 3º, §2º- Serviço é **qualquer** (grifo nosso) atividade fornecida no mercado de consumo, **mediante remuneração** (grifo nosso), inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Como bem cita a lei, serviço é *qualquer* atividade prestada no mercado de consumo. Porém a norma faz uma enumeração bem específica, que tem razão de ser, colocando os serviços de natureza bancaria e financeira, de crédito e securitária, antecedidos por *inclusive*, mostrando a precaução do legislador (NUNES, 2010, p.140).

Serviço para fins de aplicação do Código de Defesa do Consumidor é aquele que é remunerado, de modo contrário então, os serviços gratuitos *a priori* não são abrangidos. Adaptado ao mundo real onde tudo *aparenta ser gratuito,* como por exemplo a operadora de cartão de crédito, na captação de clientes especiais que ao consumirem ganham milhas, o consumidor *paga indiretamente*.

Não é escopo deste estudo esgotar os estudos acerca do tema Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor, principalmente nas Relações de Consumo, faz-se necessário porém, explanar os principais conceitos gerais na doutrina e legislação no ordenamento jurídico pátrio, para melhor elucidar o tema *Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo Decorrente do Extravio de Bagagem* que analisaremos a seguir.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO TRANSPORTE AÉREO DECORENTE DO EXTRAVIO DE BAGAGEM

De maneira geral, o Código de Defesa do Consumidor surgiu para atender uma necessidade da sociedade, decorrente da evolução das relações humanas e o surgimento do consumo em massa, mas principalmente atendendo a princípio

constitucional relacionado a ordem econômica.

Determina a Constituição Federal de 1988 que: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do Consumidor” (artigo 5º, XXXII), ensina Carlos Roberto Gonçalves que: “Partindo da premissa básica de que o consumidor é a parte vulnerável das relações de consumo, o Código pretende restabelecer o equilíbrio entre os protagonistas de tais relações” (2012, p.65).

As empresas, ao praticarem alguma atividade no mercado, devem fazê-la no sentido de não provocar riscos à vida, à saúde, à segurança dos consumidores, devem também colocar no mercado produtos e serviços de qualidade. Em regra, no estatuto consumerista a responsabilidade é objetiva ou seja, a responsabilidade que independe da comprovação da culpa do agente, passou a ser admitida em alguns segmentos do nosso ordenamento e na própria lei 8.078/90.

No que concerne a responsabilidade civil o mundo dos transportes tem suma importância, considerando que no mundo moderno a comunicação e o translado entre os povos tornou-se prioridade. O homem, em sua mais primitiva natureza, precisa locomover-se, para estudar, trabalhar ter seus momentos de lazer. A liberdade de mover-se, ir e vir proporcionou ao homem exercer um de seus direitos fundamentais previstos na Lei Maior:

> Artigo 5º- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> XV- é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

A Constituição Federal, em seu artigo 21, XII, c, dispôs que *in verbis: Compete à União: XII– explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: [...] c) a navegação aérea.* O transporte aéreo é uma concessão de serviço público, a Carta Magna estabeleceu o transporte como uma das atividades privativas do Estado, como a possibilidade de sua concessão ou permissão para exploração privada (STOCO, 2011. p. 281).

A Constituição tratou da questão da responsabilidade civil do Estado, determinando expressamente em seu artigo 37, §6º, que *in verbis*:

> As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa.

Portanto, a responsabilidade será objetiva, não cabendo impugnar culpa ou dolo para ensejá-la. Configura-se, então, a legalidade da responsabilidade objetiva das empresas aéreas:

> As empresas de navegação aérea são concessionárias de serviços públicos (art.21, XII, *c*, da CF/88). Portanto, estão sujeitas à responsabilidade objetiva prevista na Constituição Federal (art.37,§6º). Ainda que assim não fosse, a relação em pauta é relação de consumo (STJ, Resp. 300.190, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T.,j.24/04/2001, DJ 18/03/02), sujeita portanto à responsabilidade objetiva imposta ao fornecedor ou serviços (Código de Defesa do Consumidor, art.14)

Define-se portanto o contrato de transporte como sendo um negócio jurídico bilateral, consensual e oneroso, pelo qual uma das partes (transportador ou condutor) se obriga a, mediante remuneração, transportar pessoa ou coisa a um destino previamente convencionado. Da definição legal defluem as suas duas espécies: a) transporte de coisas (Seção III - artigos 743 a 756); b) transporte de pessoas (Seção II - artigos 734 a 742) no Código Civil de 2002 (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2006, p.285).

Observou-se também que para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor é necessário que haja uma Relação Jurídica de Consumo, que concluímos como uma relação que pressupõe dois sujeitos: de um lado o consumidor e do outro o fornecedor, tendo por objeto a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço. O Artigo 222 do Código Brasileiro de Aeronáutica, prevê *in verbis*: *Pelo contrato de transporte aéreo, obriga-se o empresário a transportar passageiro, bagagem, carga, encomenda ou mala postal, por meio de aeronave, mediante pagamento.*

Assim não resta dúvida de que o transporte aéreo é uma relação jurídica de

consumo. E de risco, que também já abordamos; Neste sentido, Rui Stoco, ressalta que o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, ao adotá-la salienta que ela não é nova: “Aliás, é muito antiga e já havia sido adotada e incluída na legislação de inúmeros países [...] e no Brasil, havia sido adotada em uma de suas leis especiais e inovadoras, a lei de responsabilidade civil por danos nucleares” (2011, p.206).

Não há divergência entre os doutrinadores (GONÇALVES, 2012, p.280; MORSELLO, 2007, p.203; MOURA, 1992, p.118; STOCO, 2011, p.335) de que quanto à aplicação aos transportes, incluso o transporte aéreo, a responsabilidade é objetiva. Lembremos também que o Código Civil, artigo 927, parágrafo único, estipula claramente que a responsabilidade da transportadora é objetiva, isto é, independe de culpa.

Conclui-se embasado em tudo que já foi explanado até o presente, que o transporte aéreo é regrado pelo Código de Defesa do Consumidor, como serviço de consumo. Logicamente, que de acordo com o artigo 7º da lei Consumerista, que este não contrarie os princípios constitucionais e do próprio Código e ainda trazendo maior benefício ao consumidor que é hipossuficiente nesta relação.

4.1 Causas que Exoneram a Responsabilidade do Transportador Aéreo

Aplica-se as excludentes de causalidade nas hipóteses legais que, em virtude da cisão do nexo entre o evento e o dano, o transportador aéreo exime-se do dever de indenizar. É o que ocorre com o caso fortuito, a força maior, a culpa exclusiva da vítima e o fato exclusivo de terceiro (que já abordamos) que ensejam a não responsabilização civil do transportador aéreo. Lembramos que as excludentes do nexo de causalidade excluem ou diminuem o ressarcimento pelo devedor.

O Código Brasileiro de Aeronáutica possui rol taxativo para o dever de indenizar do transportador aéreo em voos domésticos acerca da perda, destruição ou avaria, e o atraso na entrega de bagagem, nos termos do artigo 264 *in verbis*:

> O transportador não será responsável se comprovar:
> I- que o atraso na entrega da carga foi causado por determinação expressa de autoridade aeronáutica do vôo, ou por fato necessário, cujos efeitos não

> era possível prever, evitar ou impedir; II- que a perda, destruição ou avaria resultou, exclusivamente, de um ou mais dos seguintes fatos: a) natureza ou vício próprio da mercadoria; b) embalagem defeituosa da carga, feita por pessoa ou seus prepostos; c) ato de guerra ou conflito armado; d) ato de autoridade pública referente à carga.

O rol presente no Código no que concerne as excludentes deste, exprime o dever de indenizar, no caso de atraso causado por determinação expressa de autoridade aeronáutica do voo, ou por fato cujos efeitos não era possível prever, evitar ou impedir, considerado como força maior, e ainda, quanto à perda, destruição ou avaria, resultarem exclusivamente de natureza ou vício próprio da mercadoria; quando se tratar de embalagem defeituosa da carga feita por pessoa ou seus prepostos ou quando tratar-se de ato de guerra, conflito armado e ato de autoridade pública (MORSELLO, 2007, p.212-213).

Entendemos, principalmente o caso fortuito e a força maior que as mesmas rompem o nexo causal e apesar de não elencadas no Código Consumerista, são aplicáveis no caso concreto. Nem sempre a responsabilidade estará atrelada ao transportador aéreo, porém o dever de informação, assistência são os novos paradigmas dessa relação de consumo, ainda que o fato seja de terceiro há o dever de colaboração e assistência, informar, esclarecer, proteger o consumidor, ora usuário do setor aéreo.

4.2 Breves Considerações sobre Direito Aeronáutico

O Direito Aeronáutico aborda as relações jurídicas vinculadas com a navegação aérea, o transporte aéreo no campo doméstico e internacional e a aviação civil em geral. Segundo Marco Fábio Morsello (2007, p.50): “[…] o termo *aeronáutico* promana de aeronauta, que é quem pratica a ciência e arte de navegar pelo espaço […]”.

No que concerne a definição do Direito Aeronáutico, adotando um sentido mais amplo segundo Luis Ivani Amorim de Araújo (*Apud* MORSELLO, 2007 p. 51): “é o conjunto de princípios e normas jurídicas – convencionais e consuetudinárias – que regulamentam o transporte, pelo espaço aéreo, por meio de aeronaves, de pessoas e coisas, assim como as relações dele decorrentes”. Tem por objeto a regulação, tutela e harmonização de interesses diversos (políticos, sociais, técnicos,

ambientais, econômicos, nacionais e internacionais), e se integra com normas provenientes do direito internacional e nacional, de caráter público e privado.

Acerca da legislação em vigor aplicada, a mesma divide-se em dois posicionamentos, uma no âmbito nacional e outra abrangendo o espaço internacional. Verificaremos brevemente como a legislação tratou o tema abrangendo a Responsabilidade Civil.

O transporte aéreo nacional é regulado pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei 7.565 de 19 de dezembro de 1986, que substituiu e revogou o Código Brasileiro do Ar. E a regulamentação do setor submete-se a Agência Nacional de Aviação Civil. O Código Brasileiro de Aeronáutica aplica-se ao transporte aéreo doméstico (nacional e regional). Explica Marco Fábio Morsello (2007, p.94): “O transporte aéreo não perderá referido *status* quando, por motivo de força maior, a aeronave fizer escala em território estrangeiro, estando, porém, em território brasileiro [...]”. Como preceitua o artigo 215, *caput*, parágrafo único.

O artigo 246 do Código Brasileiro de Aeronáutica, firma a prevalência da responsabilidade subjetiva do transportador, portanto, a responsabilidade do transportador aéreo é subjetiva, limitada a um certo valor, mas admite o afastamento desse limite se provado que o dano resultou de dolo ou culpa grave do transportador (STOCO, 2011, p.376).

Concluímos que a responsabilidade subjetiva não deve prevalecer uma vez que, como já observado, por força do artigo 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, a responsabilidade do concessionário do serviço público privativo do Estado, que é o transporte aéreo é *objetiva*, como o mesmo seria se fosse o explorador do transporte diretamente a própria administração pública.

Somente após o incremento dos voos internacionais, de pessoas e cargas, é que celebrou-se a primeira Convenção para Unificação de Regras para o transporte aéreo internacional. A Convenção de Varsóvia de 12 de outubro de 1929, cujo âmbito de aplicação se estende aos documentos e ao regime de responsabilidade

do transportador aéreo internacional, foi afirmada em mais de cem países. Foi recepcionada em nosso ordenamento jurídico pelo decreto número: 20.704, de 24 de novembro de 1931. A convenção sofreu ainda emendas pelo Protocolo de Haia, de 28 de setembro de 1955 e o Protocolo de Montreal de 1998 (MORSELLO, 2007, p.53).

A Convenção de Varsóvia foi a primeira norma reguladora do setor, foi sem dúvida inovadora para disciplinar a responsabilidade das empresas aéreas à época. Abrangente, considerou em seu texto as aflições e angústias dos riscos no ar, em suas dificuldades e limites, consagrando um sistema de responsabilidades com objetivo de minorar a carga indenizatória do transportador, preponderando e favorecendo o setor. Observa-se também a responsabilidade contratual subjetiva (com presunção de culpa), com proibição expressa de inserir cláusulas convencionais, de modo a eximir ou reduzir os limites indenizatórios nela fixados (MORSELLO, 2007, p.56). Considerando o esgotamento do Sistema de Varsóvia, a edição da Convenção de Montreal, atendeu aos anseios das nações, que ao incorporarem-na estimulou importantes inovações no setor, se manifestaram contra o antigo sistema, fundados na premissa da evolução do próprio transporte aéreo, da economia mundial, e dos valores sociais. Foram assim, incorporando novos critérios nas hipóteses de dano-evento morte, lesão ou ferimentos aos passageiros, adotando a teoria do risco da atividade, em detrimento da presunção de culpa. (MORSELLO, 2007, p.74-75).

Rui Stoco (2011, p.335), acerca do tema enfatiza que o Artigo 25 da antiga e revogada Convenção de Varsóvia, com nova redação dada pelo protocolo adicional de Montreal 4, de 25 de setembro de 1975, em vigor desde 14 de junho de 1998, dispunha:

> No transporte de passageiros e de bagagem, os limites de responsabilidades previstos no artigo 22 não se aplicam se for provado que o dano resulta de uma ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos, cometida com a intenção de causar dano ou temerariamente, e com consciência de que provavelmente causaria dano; todavia, no caso de ação ou omissão de prepostos, dever-se-á provar, igualmente, que agiram no exercício de suas funções.

Significa que, para a reparação do dano até o limite estabelecido nessa Convenção, já não mais se indagava acerca da culpa do transportador aéreo, sendo esta irrelevante (responsabilidade objetiva). Porém se fazia necessário provar dolo ou culpa grave (vontade de causar o dano ou assunção do risco de produzi-lo) para que se afastasse o limite estabelecido (STOCO, 2011, p.335).

Em resumo, a luz da época do setor, a Convenção de Varsóvia abarcada pelos altos riscos, possuía como principais objetivos padronizar a documentação emitida pelo transportador para o passageiro, bagagem despachada e a carga, além de estabelecer limites em casos de sinistro ou dano, em que a maioria dos seus reguladores eram os próprios Estados, e que os mesmos vislumbraram na regulamentação do setor protegerem-se da responsabilidade, pois seriam eles a aportarem os prejuízos.

Porém no que tange ao tema inerente a este estudo, para bagagens não registradas, nos moldes da Convenção de Varsóvia, subsiste a teoria da culpa, impondo-se ao passageiro o ônus da prova. No que concerne a bagagem registrada, há responsabilidade objetiva do transportador, fixando-se o limite de 1.000 DES (Direitos Especiais de Saque) que - *em 05 de junho de 2014* - seria em torno de R$ 3.510,00 (MORSELLO, 2007, p.75). Tema que passaremos a analisar a seguir.
No que cumpre as obrigações do contrato de transporte o extravio (quer seja a demora ou atraso na entrega, perda temporária ou permanente) este é com certeza tema de maior conflito de interesses em face do transportador aéreo. Especifica o Protocolo de Montreal artigo 18, 1: *Responde o transportador pelo dano decorrente de destruição, perda ou avaria de bagagem despachada, desde que o fato que causou o dano haja ocorrido durante o transporte aéreo*.

Inicialmente para fins de indenização pelo dano ou avaria, em perda ou extravio da bagagem, adotou-se o Sistema de Varsóvia que possui base de cálculo no peso do volume transportado. O Patamar de indenização apoia-se no limite de 17 Direitos Especiais de Saque, equivalendo (em 05 de junho 2014) a R$ 59,67 o quilograma. Já na seara do transporte doméstico, fixou-se a responsabilidade limitada, por perda, destruição ou avaria de bagagem, ressalvada a prova de culpa grave ou dolo

do transportador. No entanto não foi utilizado o peso da bagagem como base de cálculo (MORSELLO, 2007, p.212).

O Código Brasileiro de Aeronáutica em seu artigo 260 preconiza *in verbis*:

> A responsabilidade do transportador por dano, conseqüente da destruição, perda ou avaria da bagagem despachada ou conservada em mãos do passageiro, ocorrida durante a execução do contrato de transporte aéreo, limita-se ao valor correspondente a 150 (cento e cinqüenta) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, por ocasião do pagamento, em relação a cada passageiro.

Portanto, a indenização antes estabelecida, não pagaria nem a própria mala, outrossim, decidiu-se que não mais seria determinado o valor pelo peso (em que o mesmo apurava-se mediante entrega da etiqueta de bagagem, e no peso então estabelecido figurava em média U$ 20 dólares americano o quilograma) o que configurava o Sistema de Varsóvia insuficiente, diante da realidade fática cotidiana (MORSELLO, 2007, p.214). Hoje, à luz do transporte internacional a Convenção de Montreal alude os 1000 DES (Direitos Especiais de Saque) indenizáveis por cada passageiro independente do número de volumes. Preconiza o artigo 944 do Código Civil *in verbis*: *A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.*

Há julgados que via de regra, inserem a perda de bagagem no rol dos denominados aborrecimentos insuscetíveis de inserção na figura do dano moral, reclamando lesão aos direitos da personalidade. *Dano* que configuram-se pelo sentimento de desconforto, humilhação, constrangimento, decorrente do extravio da mala (MORSELLO, 2007, p.216). Também nos termos da súmula 37 do Superior Tribunal de justiça que assim dispõe: *São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.* Uma vez configurados dano material e moral, caberá avaliação do magistrado ao caso concreto, em cada situação, sem generalizações.

4.3 O Aparente Conflito entre a Convenção de Montreal (Sistema de Varsóvia) o Código de Defesa do Consumidor.

Flagrante é, a antinomia presente entre as duas normas, quando de um lado é então sabido que as Convenções de Varsóvia e Montreal baseiam-se na limitação da responsabilidade civil, adotando o caráter subjetivo. Por sua vez, o Código do Consumidor, vai em sentido contrário, ao estabelecer a responsabilidade civil objetiva, afastando qualquer limitação à satisfação do dano.

E a doutrina nacional majoritária assim como a jurisprudência nos últimos anos, tem se posicionado pela prevalência do microssistema protetivo consumerista (MORSELLO, 2007, p.407) ou que, em, diálogo das fontes, que significa a aplicação simultânea, coerente e coordenada das fontes e leis, como no caso o Código do Consumidor, leis especiais e até mesmo o Código Civil de 2002, lei geral, de aplicação convergente porém não iguais (MARQUES, 2007, p.87) para que concretizem maior amplitude de direitos ao consumidor, nos termos fixados nos artigos 7º, da Lei 8.078 de 1990, e 5º, XXXII, da Constituição Federal.

Conclui-se que configurada relação de consumo no transporte aéreo, prima-se pela proteção do consumidor, este privilegiado pela Lei Fundamental do Ordenamento. A Convenção de Montreal, por sua vez, mesmo tendo atualizado a matéria em relação a Convenção de Varsóvia, deixou a desejar, face as imposições e limitações à reparação integral de danos que possa vir a sofrer seus usuários. Assim pelo exposto a reparação deve ser plena e efetiva.

Em resumo, observamos e concluímos acerca da propositura hierárquica dos acordos internacionais celebrados e recepcionados por nosso ordenamento pátrio, que os princípios de proteção à pessoa e ao consumidor tem força normativa constitucional e prepondera diante eventual argumentação no tocante ao respeito aos compromissos internacionais celebrados por nosso país (MORSELLO, 2007, p.427). Consoante com os argumentos ora expostos, em março de 2009 os ministros da primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, manifestaram por maioria de votos posicionando-se a favor da prevalência do Código de Defesa do Consumidor sobre normas especiais reguladoras, inclusive as convenções internacionais de transporte aéreo.

> CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR 1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. 2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor. Código de Defesa do Consumidor 3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição de República. Código de Defesa do Consumidor Constituição 4. Recurso não conhecido. (351750 RJ , Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 17/03/2009, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 EMENT VOL-02375-03 PP-01081 RJSP v. 57, n. 384, 2009, p. 137-143)

Em seu voto o Ministro Ayres Britto lembra que: “a aplicação de um ou outro diploma legal deve ser feita caso a caso”, ressaltando que desde que não violem de forma a retroceder os direitos do consumidor, a Convenção de Varsóvia, de Montreal e o Código Brasileiro de Aeronáutica podem ser aplicados ao caso concreto.

5 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Objetivou-se expor no presente estudo, no âmbito da responsabilidade civil do transportador aéreo decorrente do extravio de bagagens, que vigora uma regra jurídica, jurisprudencial, obrigando à reparação integral de danos materiais decorrentes de conflitos pertinentes às relações de consumo, e de fato, na nossa atual realidade contemporânea, a responsabilidade civil deve ser orientada principalmente pela prevenção e ampla reparação do dano, pois a justa compensação à vítima passa a ter papel de destaque fundamental em nosso ordenamento jurídico.

Observou-se ainda que existe uma relação antinômica estabelecida entre o Código Brasileiro de Aeronáutica, o Sistema da Convenção de Varsóvia, e o Código de Defesa do Consumidor, pois apesar de regularem a mesma relação jurídica, qual seja a relação de consumo, o fazem em aspectos opostos, na seara do transporte aéreo onde divergem, por um lado o Código de Defesa do Consumidor, primando pela proteção do Consumidor, este verdadeiramente privilegiado pela Lei Fundamental, em diversos outros dispositivos. No que refere-se ao Sistema da

Convenção de Varsóvia, mais especificamente com a entrada em vigor da Convenção de Montreal, embora atualizando em muitos aspectos sua antecessora a Convenção de Varsóvia, muito deixou a desejar, principalmente no sistema de reparação integral.

Ao nosso entender a reparação deve ser efetiva e plena, e como demonstrado anteriormente, a proteção à pessoa, intrínseca da nossa Constituição Federal, promove uma esfera de proteção maior aos sujeitos de direito que encontram-se em relação de vulnerabilidade. O Código do Consumidor reafirma essa propositura fundamental e concretiza essas normas. O transporte aéreo é sem dúvida uma relação de consumo, e assim caracterizada é inconcebível a prevalência de Convenções até então confeccionadas no intuito de proteger e compor os interesses somente de grandes corporações, no caso das empresas aéreas, o que antes era justificável para o setor que estava em expansão e necessitava ser enriquecido hoje não se funda uma vez que, afigura-se há muito, desenvolvido, rentável e seguro.

Há algum tempo, configura-se uma mudança de paradigma, entendemos pois que a partir da jurisprudência de vários Tribunais de Justiça, e do Superior Tribunal de Justiça, tem afastado a indenização limitada, prevista no Sistema de Varsóvia ou no Código Brasileiro de Aeronáutica, no que se refere à apuração da responsabilidade civil do transportador aéreo, e vem com frequência aplicando sistematicamente o Código de Defesa do Consumidor, de forma a garantir a efetiva reparação dos danos sofridos.

A principal conclusão que se pode extrair deste estudo é a de que, nos contratos de transporte aéreo, tanto internacional quanto doméstico, a responsabilidade do transportador, pelos danos causados à bagagem, é sempre objetiva, vige portanto à relação de consumo, tendo em vista a relação de consumidor-fornecedor que existe, porém ressalva-se que deve haver a formação do juízo de verossimilhança no que concerne à prova do conteúdo da bagagem.

Emergem a obrigação de assistência, informação atrelada a boa-fé objetiva, impõe principalmente à luz principiológica da Lei Consumerista alguns deveres colaterais: ampla informação, colaboração, assistência, que promanam da boa-fé, impõem uma

nova perspectiva nas relações contratuais, padrão de conduta e principalmente segurança no setor do transporte aéreo juntamente à proteção da parte hipossuficiente dessa relação jurídica.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. **Pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 5 de outubro de 1988. Brasília: Diário Oficial da União, 1988.

_____. Lei nº 3.071 de 1º de Janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 5 de Janeiro de 1916.

_____. Lei nº 7.565 de 19 de Dezembro de 1986. **Código Brasileiro de Aeronáutica**. Brasília: Diário Oficial da União, 20 de Dezembro de 1986.

_____. Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília: Diário Oficial da União, 1990.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília: Diário Oficial da União, 11 de Janeiro de 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Responsabilidade Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil** - responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, Aracaju, SE, v. 7, p.15-54, 2004.

MOURA, Geraldo Bezerra de. **Transporte Aéreo e Responsabilidade Civil**. 1ª ed. São Paulo: Aduaneiras 1992.

MORSELLO, Marco Fábio. **Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo.** São Paulo: Atlas, 2007.

NUNES, Rizzato. **Manual da Monografia Jurídica -** como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de Direito do Consumidor.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, MATOS, Yolanda Alves P. Serrano de. **Código de Defesa do Consumidor interpretado**: (doutrina e jurisprudência). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito internacional.** São Paulo: Max Limonad, 1996.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil –** doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 9. ed. v.4. São Paulo: Atlas, 2009.

ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil. **Bagagem Dicas ANAC.** Disponível em: <http://www2.anac.gov.br/dicasanac/pdf/novo/anac_panfleto_bagagem.pdf> Acesso em 09 abr. 2013.

BRASIL, Lei nº 2.861 de 07 de Dezembro de 1998. **Protocolo Adicional nº 4, de Montreal**. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2861.htm> Acesso em: 23 mai. 2013 às 18:06min.

_____, Decreto nº 5.910 de 27 de Setembro de 2006. **Convenção de Montreal**. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm> Acesso em: 25 mai. 2013 às 02:24min.

INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. Disponível em: <http://www.icao.int/publications/Pages/default.aspx> Acesso em: 26 abr. 2013.

MORSELLO, Marco Fábio. **Regras Sobre Direito Aeronáutico.** Disponível em: <http://www.apamagis.com.br/videos/palestras.php> Acesso em: 07 mai. 2013.

_____, **Aula Magna: Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo.** Disponível em:<http://www.apamagis.com.br/videos/palestras.php> Acesso em: 13 nov. 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/> Acesso em: 25 mai. 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br> Acesso em: 05 mai. 2013.

EDUCAÇÃO EM MOVIMENTO: O USO DE SENSORES DE MOVIMENTO E DE GAMIFICAÇÃO NA EDUCAÇÃO

EDUCATION IN MOVEMENT: THE USE OF MOVEMENT SENSORS AND GAMIFICATION ON EDUCATION

AQUINO, Gustavo[1]
SANTOS, Rafael[2]
BARBOSA, Jonatan[3]
CARRILHO, Felipe[4]
CARVALHO, Walter[5]
CERQUEIRA, Jonas[6]

Resumo

Este artigo está focado na apresentação de um sistema educacional que auxiliará no desenvolvimento de múltiplas inteligências e no aprendizado infantil através do uso de jogos eletrônicos e sensor de movimentos. Foram descritos todos os passos tomados durante o desenvolvimento do sistema, bem como as dificuldades encontradas assim como nas tecnologias disponíveis. Como resultados finais, foi constatada a importância do uso do lúdico como aliado do professor na educação infantil, proporcionando experiência unica e prazer ao aprender se divertindo por parte dos alunos.

Palavras-chave: Sensores de movimento. Jogos educativos. Gamificação. Pedagogia. Inteligência cognitiva.

Abstract

This article is focused to present an educational system that will assist the development of multiple intelligences and child learning through the use of educational games and movement sensors. The steps taken were described on the system development, difficulties faced, used technologies as well as the importance of the use of ludic as ally of the teacher on the early childhood education, proving a unique experience and pleasure having fun learning for the students.

Keywords: Movement sensors. Educational games. Gamification. Pedagogy. Cognitive intelligence.

[1] gustavo.aquino@outlook.com, Bacharel Faculdade Carlos Drummond de Andrade, São Paulo/SP
[2] rafaeldossantosleal@yahoo.com, BacharelFaculdade Carlos Drummond de Andrade, São Paulo/SP
[3] jonatan.baraujo@gmail.com, Bacharel, Faculdade Carlos Drummond de Andrade, São Paulo/SP
[4] felipecarrilholeite@gmail.com, Bacharel, Faculdade Carlos Drummond de Andrade, São Paulo/SP
[5] walterchaves123@hotmail.com, Bacharel, Faculdade Carlos Drummond de Andrade, Diadema/SP
[6] jonas.c@live.com, Bacharel, Faculdade Carlos Drummond de Andrade, São Paulo/SP

Introdução

Inovações tecnológicas aplicadas ao ensino implicam uma constante busca de métodos para lecionar que forneçam ao professor auxílios necessários para: Melhorar o aproveitamento do conteúdo aplicado, redução do tempo gasto com a confecção de material, aumento da qualidade de atividades exercidas em sala e possibilidade de nivelamento do aprendizado.

Para isso, faz-se necessário o uso de novos métodos que estas sejam incorporadas como forte recurso no auxílio à educação infantil e juvenil. Desta forma os alunos passam a ter contato cada vez mais cedo com esses recursos e que são muitas vezes utilizados para o entretenimento, mas que podem se tornar ferramentas eficazes no auxílio do desenvolvimento de novas habilidades e na obtenção de conhecimentos.

Alguns dos métodos de ensino aplicados em sala de aula são os jogos educativos, que são muito importantes para o desenvolvimento do aluno que segundo Kishimoto (2009) “[...] o jogo não pode ser visto, apenas, como divertimento ou brincadeira para desgastar energia, pois ele favorece o desenvolvimento físico, cognitivo, social e moral”.

O conceito do termo jogo está culminando na implementação de projetos baseados em gamificação segundo Navarro (2013). A gamificação tem como a aplicação de elementos, mecanismos, dinâmicas e técnicas de jogos na rotina profissional, escolar e social do indivíduo, onde o jogo é deslocado da função de distração, e tem seu conceito ressignificado assumindo novo papel e importância na sociedade.

O objetivo do presente artigo é apresentar a transformação de atividades lúdicas utilizadas na educação infantil em jogos virtuais, que auxiliarão o professor a obter benefícios como conseguir maior atenção dos alunos, por se tratar de um entretenimento virtual, e diminuir o tempo gasto com a confecção de materiais, oferecendo uma ampla variedade de jogos e brincadeiras utilizados em sala de aula. Destaca-se que que esse projeto educacional considera os princípios de um projeto sustentável pelo incentivo de redução de gastos com matéria física como papel, borracha entre outros.

No desenvolvimento do projeto foi utilizado um sensor capaz de captar os movimentos do corpo, no qual os usuários interagem com a aplicação projetada para televisores, monitores e projetores.

1 Características dos sensores de movimento

O constante avanço tecnológico permitiu a criação de equipamentos que captam os movimentos corporais além de ondas de calor, ruídos, batimentos cardíacos entre outros movimentos ou estímulos. Diversas investigações levaram a adoção como objeto de pesquisa o sensor de movimentos *Kinect* da *Microsoft*; Além deste existem outros sensores disponíveis no mercado, como o *Asus Xition*, produzido pela empresa *ASUSTek Computer Inc* sendo os principais benefícios do último modelo o tamanho, peso e preço mais acessível.

Devido a baixa divulgação e assistência por parte do fabricante o *Xition* foi removido desse projeto e o *Kinect* assumiu o primeiro plano por possuir um motor rotatório em sua base no qual melhora na precisão de captação dos movimentos dos jogadores quando estes estão em movimento, além de possuir kits de desenvolvimento mais ricos em material e suporte da fabricante segundo o comparativo publicado na iPiSoft Wiki (2013).

O *Kinect* tem sua interface baseada na tecnologia de *software* desenvolvida internamente pela empresa inglesa de jogos *Rare*, uma subsidiária do estúdio de jogos da *Microsoft*, e em tecnologia de câmera gama criada pela empresa israelense *PrimeSense*, que desenvolveu um sistema que pode interpretar gestos específicos, tornando o controle completo com “mãos livres” de dispositivos eletrônicos, usando um projetor infravermelho, uma câmera e um *microchip* especial para acompanhar o movimento de objetos e indivíduos em três dimensões.

> [...] ele – *Kinect* – usa a tecnologia de “*Light Coding”*, onde envia uma luz codigicada que retorna a mesma distorcida dependendo de onde as coisas estão e, em seguida, usa vários algoritmos - parte do que a empresa chama de seu *middleware* NITE - para triangular e extrair os dados 3D. O produto analisa cenário em três dimensões com o *software*, de modo que os dispositivos possam interagir com os usuários de uma forma mais divertida. (MILLER, 2011, tradução nossa)

Fisicamente o dispositivo é uma barra horizontal conectada a uma pequena base com um pivô motorizado e é projetado para ser posicionado na horinzontal acima ou abaixo do monitor de vídeo. O dispositivo possui uma câmera RGB (*Red Green Blue* – Vermelha Verde Azul), um sensor de profundidade, um microfone *multiarray* e um *software* proprietário que processa a captura de movimentos 3D e realiza reconhecimento facial e de voz segundo artigo publicado na página de ciência e tecnologia HowStuffWorks (2010).

O sensor de profundidade como pode ser observado na Figura 1 é constituído por um projetor de *laser* infravermelho combinado com um sensor CMOS (*Complementary metal-oxide semiconductor* – Semicondutor metal-óxido complementar) monocromático, que "capta os dados de vídeo em 3D sob quaisquer condições de luz no ambiente" (Crawford, 2010). O nível de detecção de profundidade pode ser ajustado e o *software* é capaz de calibrar automaticamente o sensor baseado na jogabilidade e no ambiente físico do jogador, com capacidade para a presença de objetos na área.

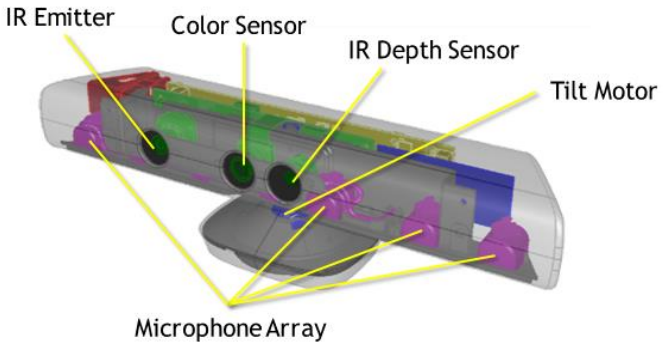

Figura 1: Componentes do sensor *Kinect.*

Fonte: (MICROSOFT, 2014)

A tecnologia desse *software* permite o reconhecimento de gestos avançados, reconhecimento facial e reconhecimento de voz. De acordo com a *Microsoft*, a tecnologia é capaz de rastrear simultaneamente até seis pessoas, incluindo dois jogadores ativos para análise de movimento com a extração de características de 20 articulações por jogador. Embora a unidade de sensor fosse originalmente planejada para conter um microprocessador que executa as operações como o mapeamento

de esqueleto do sistema, o sensor não possui um processador dedicado. Em vez disso, o processamento é tratado por um dos núcleos do processador do *video game* consumindo um sexto dos recursos de computação do mesmo.

O *kit* de desenvolvimento do sensor permite que desenvolvedores criem aplicações utilizando linguagens da plataforma .NET tais como C++, C# ou *Visual Basic*, usando a ferramenta *Visual Studio* 2010 ou superior incluindo os seguintes recursos:

- Fluxos de sensores-primários: acesso aos fluxos de baixo nível do sensor de profundidade, sensor de câmera de cor, e de quatro elementos do microfone matriz;
- *Tracking*-esquelético: A capacidade de controlar a imagem do esqueleto de uma ou duas pessoas que se deslocam dentro do campo de visão do sensor para aplicações orientadas a objeto;
- Recursos de áudio avançados: as capacidades de processamento de áudio incluem um sofisticado recurso de supressão de ruído e cancelamento de eco acústico, formação de feixe para identificar a fonte de som atual, e integração com a interface de programações para aplicações *Windows* de reconhecimento de voz.

A lista de recursos supramencionada pode ser encontrada com maior profundidade em detalhes técnicos no site oficial da *Microsoft* (2014).

Um artigo no *Popular Science* (2010) descreve que: “o ‘cérebro’ do *Kinect* lê e responde aos movimentos realizados de trinta partes do corpo, trinta vezes por segundo onde o cérebro gera todas as possíveis estruturas esqueléticas” como pode ser observado na Figura 2. Cada quadro capturado é sobreposto ao antigo onde for mais provável que houve alteração de estado. O processo leva apenas alguns milissegundos, permitindo assim que o console utilize essas informações para o controle do jogo.

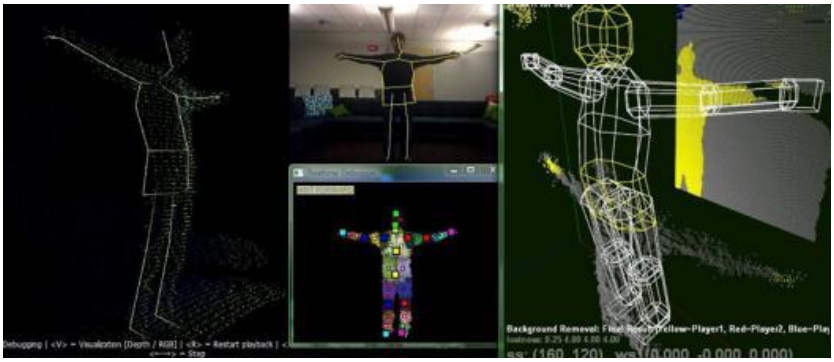

Figura 2: Como o sensor capta e reproduz os movimentos do jogador.

Fonte: (DUFFY, 2010)

Posteriormente ao levantamento de qual interface de interação será usado para o desenvolvimento do projeto, fez-se necessário a descoberta de uma maneira para prender totalmente a atenção das crianças; Logo veio a ideia de utilizar sensores e jogos eletrônicos para isso. Foi decidido então começar a pesquisar sobre os benefícios e vantagens que o professor teria utilizando essa ferramenta em sala de aula.

Traçado o conhecimento a partir de todas as fontes coletadas e decidido o melhor modelo para o projeto, verificou-se que sensor poderia ser utilizado devido a grande variedade de aplicações que poderiam ser desenvolvidas além de ter grande aceitação no campo do desenvolvimento de engenharia e robótica.

> Com sua ampla disponibilidade e baixo custo, muitos pesquisadores e profissionais em ciência da computação, engenharia eletrônica e robótica estão alavancando a tecnologia de sensoriamento para desenvolver novas maneiras criativa para interagir com as máquinas e executar outras tarefas, ajudar as crianças com autismo e médicos em salas de operação. (ZENG, 2012, tradução nossa)

Outro motivo que levou a escolha do sensor como ferramenta, foi por causa da capacidade de fazer o *download* de um kit de desenvolvimento sob licença de software livre e usá-lo para criar facilmente aplicativos os quais são amplamente personalizáveis.

Como proposta de interação com o sensor foram utilizados apenas gestos simples como o acenar, movimentos de pegar e circulares e arrastar das mãos, a fim de programar as funções básicas dos aplicativos. Como o sensor suporta mais de um jogador, as nossas aplicações serão capazes de criar um ambiente em que até dois

jogadores de cada vez possam competir ou jogar em modo cooperativo, criando assim um ambiente sociável e desenvolvendo a habilidade de trabalhar em equipe.

1.1 Jogos Propostos

Quando se trata do público infantil, especificamente de crianças entre 4 e 8 anos a melhor forma de obter maior atenção delas segundo Bentzen consiste em:

> [...] envolver a criança em atividades físicas, utilizar jogos e outras atividades simples. Deixá-la fazer cortes e colagens e montar quebra-cabeças, conceder-lhe independência, expressar confiança nela e aceitar e reconhecer os esforços que ela fizer. (BENTZEN, 2012)

Desta forma as crianças são motivadas a usar suas capacidades básicas para conseguir alcançar os objetivos e aprimorar o controle das habilidades lógicas, motoras e emocionais. A gamificação como ferramenta em sala de aula é utilizada como método de ensino na fase inicial da alfabetização, que através destas atividades a criança tem o primeiro contato com letras, números e palavras.

O projeto atinge o público alvo composto de crianças em fase de alfabetização de 4 a 8 anos, com jogos de raciocínio, memória e associações de imagens.

Situação de jogo 1: Idealizar um jogo de memória com cores, recomendado para crianças de 4 a 5 anos. Nesse jogo a criança apontará com a mão duas cartas que estarão sendo exibidas na tela. Logo após ambas irão virar suas posições revelando suas cores. Caso combinem serão descartadas mantendo as restantes até que todas as cartas sejam removidas. Um modelo do jogo está representado nas Figuras 3 e 4 a seguir:

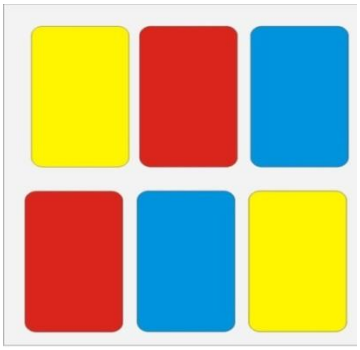

Figura 3: Jogo da memória com cores com cartas viradas.

Fonte: Autoria própria

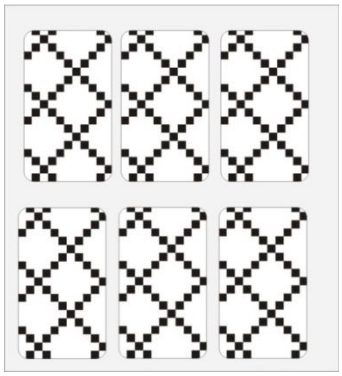

Figura 4: Jogo da memória com cores, cartas escondidas.

Fonte: Autoria própria

Este jogo ajudará a ensinar as crianças as cores de uma forma fácil e divertida, além de desenvolver a habilidade de memorização.

Situação de jogo 2: Um quebra cabeça que exibirá em uma tela um conjunto de partes de uma imagem que estarão espalhadas e o jogador precisará ordená-las para finaliza-lo. O jogador apontará com o sinal da mão para uma peça e a moverá livremente pelo cenário exibido na tela. Ao realizar um movimento de “soltar” com a mão, a peça irá parar de se mover e se enquadrar juntamente as peças mais proximas no cenário encaixando-se caso as peças combinem até que todas estejam posicionadas em seus lugares predeterminados. Este ajudará as crianças a desenvolverem a habilidade de lógica e disposição de imagens em um plano e terá recomendação de 4 a 6 anos onde é está representado na Figura 5:

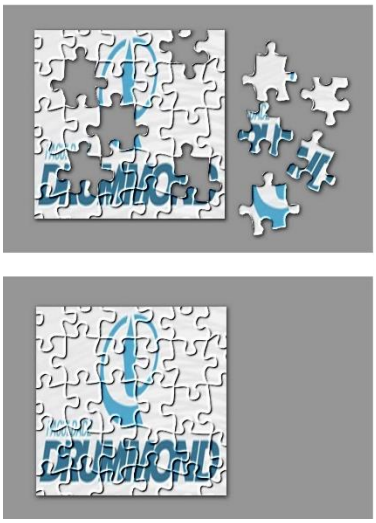

Figura 5: Exemplo do quebra-cabeça infantil.

Fonte: Autoria própria

Situação de jogo 3: Usará imagens associativas de animais e letras, recomendado para crianças de 7 a 8 anos. O modelo está representado abaixo na Figura 6:

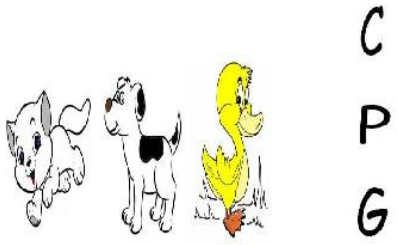

Figura 6: Jogo de associação entre animais e letras.

Fonte: Autoria própria

Este jogo apresentará na tela imagens de alguns animais a esquerda, e ao lado direito a letra inicial de cada um deles. O jogador então, com o movimento das mãos apontará para a letra para arrasta-la pelo cenário e com um movimento de “soltar” a colocará abaixo do animal correspondente à letra. Todas as letras deverão ser dispostas abaixo de suas respectivas figuras até que a última peça seja alocada. Assim um comando de voz dirá “Parabéns” e uma animação aparecerá na tela indicando o fim da partida. Tal jogo além de divertido proporciona à criança a capacidade associativa entre imagens além de melhoras significativas na composição de palavras que tenham fonemas semelhantes.

2 Considerações Finais

O projeto demostrou a importância da utilização de novas tecnologias na educação e a proposição de utilização de jogos interativos, a gamificação, como ferramenta na educação infantil. Tal projeto será de grande valia a maior parte dos profissionais da área de educação pedagógica auxiliando-lhes em melhorias nas opções de atividades educacionais e desenvolvimento pedagógico com base nas necessidades individuais dos alunos.

O uso do sensor proporcionou uma experiência ainda mais agradável se trabalhado corretamente as *interfaces* com gráficos coloridos, imagens que caracterizem o público infantil e principalmente interações sonoras nos movimentos e animações

gráificas. Utilizando desses pontos pode-se afirmar que o objetivo da pesquisa foi alcançado sendo um projeto bem aceito na validação prévia com os desenvolvedores.

Nas próximas etapas do projeto, os sensores de movimentos serão adquiridos para a realização de testes de desempenho e análises detalhadas da interação em jogo, além da mensuração do custo necessário, a fim de definir qual será a plataforma de *hardware* mais adequada e acessível para essa aplicação tendo em vista que seu uso é proposto para diversas redes de ensino.

Os jogos propostos serão desenvolvidos e aplicados para crianças e seus resultados serão analisados para que novos jogos sejam criados para também atender a faixas etárias diferentes das propostas inicialmente.

Outro objetivo será da utilização de sensores de movimento em outras etapas do ensino buscando descobrir onde essa tecnologia pode ser útil no desenvolvimento físico e mental. Além disso também é almejada a utilização dos componentes desse projeto em ambientes de simulações físicas diversas, treinamentos em empresas, aplicações na saúde e acessibilidade das pessoas. O uso para tal tecnologia é ilimitado e com as evoluções eminentes na área de robótica e sensores certamente tais recursos são promissores para os próximos anos.

3 Referências

Bentzen, Warren R. 2012. *Guia Para Observação e Registro do Comportamento Infantil (Tradução da 6ª Edição Norte-Americana).* Chigaco : Cengage Learning, 2012. 978-85-2211-196-1.

Crawford, Stephanie. 2010. How Microsoft Kinect Works. [Online] Discovery Conpany, 13 de July de 2010. [Citado em: 30 de Abril de 2014.] http://electronics.howstuffworks.com/microsoft-kinect2.htm.

Duffy, Jill. 2010. Inside Project Natal's Brain . [Online] Bonnier Corporation, 01 de July de 2010. [Citado em: 30 de Abril de 2014.] http://www.popsci.com/gadgets/article/2010-01/exclusive-inside-microsofts-project-natal.

2010. How Kinect depth sensor works – stereo triangulation? *Mirror2Image.* [Online] mirror 2 image, 2010. [Citado em: 10 de may de 2014.] http://mirror2image.wordpress.com/2010/11/30/how-kinect-works-stereo-triangulation/.

iPiSoft Wiki. 2013. Depth Sensors Comparison - iPiSoft Wiki. [Online] 13 de 05 de 2013. [Citado em: 09 de 06 de 2014.] http://wiki.ipisoft.com/Depth_Sensors_Comparison.

Kishimoto, Tizuko M. 2009. *Jogo, brinquedo, brincadeira e a educação.* São Paulo : Cortez, 2009. pp. 95-96.

Microsoft. 2014. Kinect for Windows Programming Guide. *Microsoft Developers Network.* [Online] Microsoft, 2014. [Citado em: 10 de May de 2014.] http://msdn.microsoft.com/en-us/library/hh855348.aspx.

Miller, Michael J. 2011. PrimeSense: Motion Control Beyond the Kinect. *PCMAG.COM.* [Online] Ziff Davis, LLC. PCMag Digital Group, 02 de Maio de 2011. [Citado em: 21 de Setembro de 2014.] http://forwardthinking.pcmag.com/gadgets/282321-primesense-motion-control-beyond-the-kinect.

Shroff, Zenil. Microsoft Xbox 360 Kinect Features, Specifications and Review. [Online] techshroff. [Citado em: 10 de may de 2014.] http://www.techshroff.com/microsoft-xbox-360-kinect-features-specifications-and-overview/.

Zeng, Wenjun. 2012. Microsoft Kinect Sensor and Its Effect. *Microsoft Kinect Sensor and Its Effect.* [Online] 2012 de Junho de 2012. [Citado em: 22 de 09 de 2014.] http://131.107.65.14/pubs/179157/Microsoft%20Kinect%20Sensor%20and%20Its%20Effect%20-%20IEEE%20MM%202012.pdf.