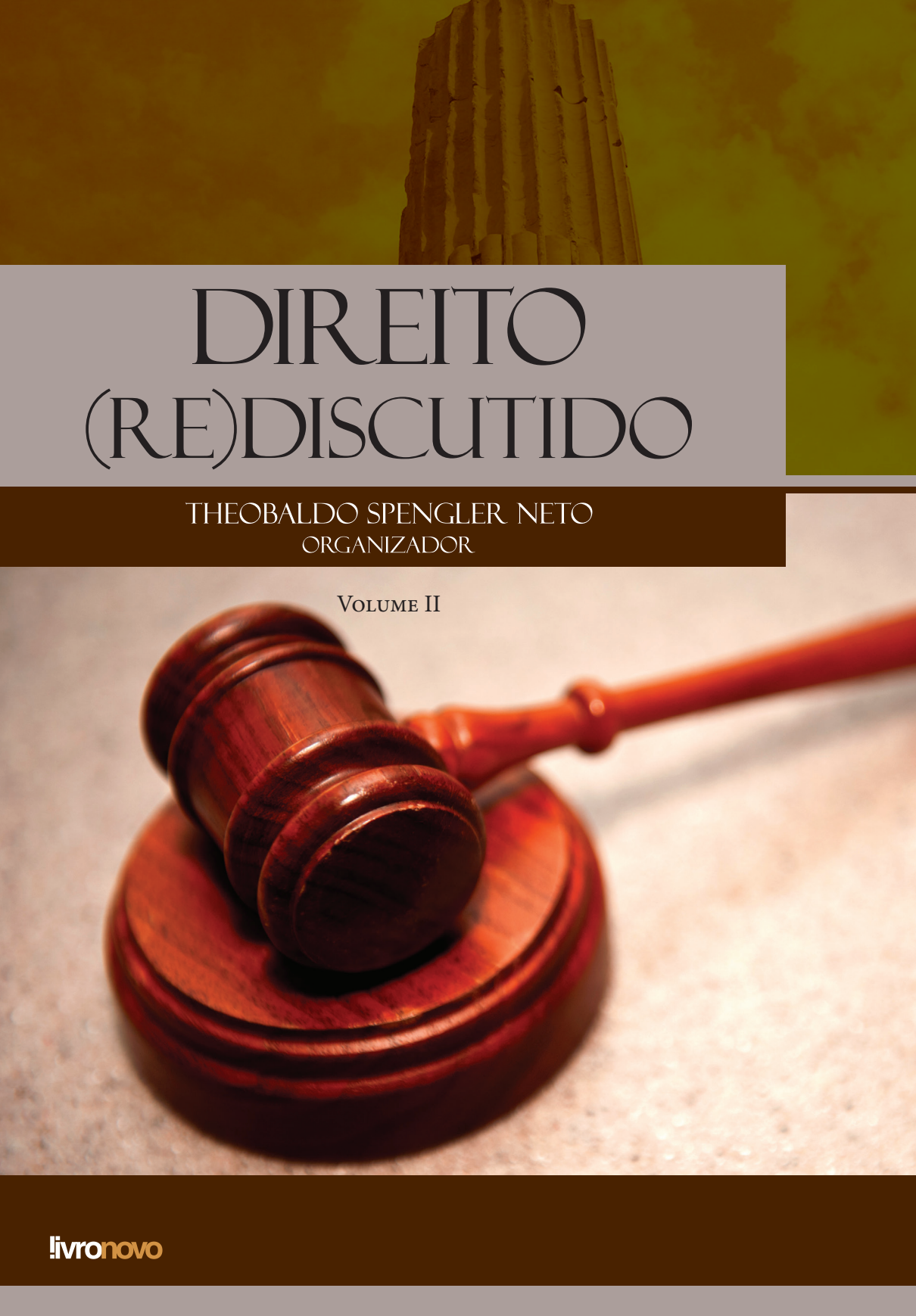




DIREITO (RE)DISCUTIDO

THEOBALDO SPENGLER NETO
ORGANIZADOR

VOLUME II

DIREITO
(RE)DISCUTIDO

THEOBALDO SPLENGER NETO
ORGANIZADOR

DIREITO (RE)DISCUTIDO

COORDENAÇÃO EDITORIAL Zeca Martins
DIAGRAMAÇÃO E PROJETO GRÁFICO Desenho Editorial
REVISÃO Mariel Marcio Muller

Dados internacionais de catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

S747d
Spengler Neto, Theobaldo
Direito Rediscutido / Theobaldo Spengler Neto. – Águas de São Pedro:
Livronovo, 2014.

398 p.; 21 cm
ISBN 978-85-8068-158-1

1. Direito Constitucional. 2. Ordenamento Jurídico. I. Título.

CDD – 340.1

Sumário

O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL: ORIGEM, CONCEITO, APLICAÇÃO E POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL - Djéssica Giseli Kuntzer/Fabiana Marion Spengler	7
JUSTIÇA TERAPÊUTICA: UMA PROPOSTA JURÍDICA AO SISTEMA PENAL BRASILEIRO PARA A REDUÇÃO AO DANO CAUSADO PELA PROBLEMÁTICA DROGAS X CRIMINALIDADE - Janaína Gonçalves dos Santos/Caroline Fockink Ritt	31
A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO NOS DELITOS ABARCADOS PELA LEI MARIA DA PENHA - Raquel Radke Kliemann/Eduardo Ritt	57
A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ÂMBITO DOS CRIMES AMBIENTAIS - Tiago de Oliveira Valim/Diego Romero	81
MODELOS DE RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E SEUS REFLEXOS JURÍDICO-SOCIAIS, COM ÊNFASE NO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO - Annie Carniel/Charles Andrade Froehlich.	99
A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL E A PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - Daniele Scheleder Rossal/Norberto Luis Nardi	121
EFEITOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL NO DESENVOLVIMENTO PSÍQUICO DOS MENORES ALIENADOS - Raquel Diniz dos Santos/Karina Meneghetti Brendler	145
A IMPROBIDADE DO ADMINISTRADOR PÚBLICO PELO NÃO AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE REGRESSO - Susana Hoff/Janrie Rodrigues Reck	171

A PROBLEMÁTICA DO USUÁRIO DE DROGAS: CAMPO DE APLICAÇÃO
DO DIREITO PENAL OU QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA?

- Marina Kannenberg/Cristiano Cuozzo Marconatto 195

PRESTAÇÃO DE TRABALHO A TERCEIROS

- Daiana Samanta Marmitt/Jane Gombar 219

O TRABALHO INFANTIL NO TABACO: uma análise sobre a
responsabilidade das empresas fumageiras frente a erradicação
do trabalho infantil na cultura do tabaco em Santa Cruz do Sul/RS

- Cleidiane Sanmartim/Marli Marlene Moraes da Costa 245

O DIREITO AO ACESSO À BIODIVERSIDADE E SUSTENTABILIDADE
SOCIOAMBIENTAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

- Monique Pereira/Saete Oro Boff. 263

A EFETIVIDADE DA TUTELA DE EVIDÊNCIA E SUA
ORIGEM NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO

- Marina Souza Esteves/Theobaldo Spengler Neto 285

O PAPEL DA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO BRASILEIRO E SUAS IMPLICAÇÕES
NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

- Patrícia Fernanda Goldschmidt/Caroline Muller Bittencourt 301

INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL: UMA ANÁLISE DE SEUS
PONTOS CONTROVERSOS E DA POSSIBILIDADE DA
UTILIZAÇÃO DO TESTAMENTO NA SUA LAVRATURA

- Liége Fabiane Haas Krug/Tatiane Kipper 327

CONTRATOS ELETRÔNICOS E O DIREITO DO CONSUMIDOR:
DO SURGIMENTO AO DECRETO 7.962/2013

- Cristiane Schardong / Veridiana Maria Rehbein 351

LIMITES AO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ QUANTO
À VALORAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

- Raphaela dos Santos/Aline Burin Cella 377

O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL: ORIGEM, CONCEITO, APLICAÇÃO E POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

Djéssica Giseli Kuntzer¹

Fabiana Marion Spengler²

-
- 1 Estudante do 10º semestre do curso de Direito, na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. E-mail: djegiseli@hotmail.com.
 - 2 Pos-Doutora pela Università degli Studi di Roma Tre/Italia, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pos-Graduação stricto sensu da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, com bolsa CAPES; mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na Área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – RS; docente dos cursos de Graduação e Pos-Graduação lato e stricto sensu da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – RS; professora colaboradora dos cursos de Graduação e Pos-Graduação lato e stricto sensu da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, vinculado ao CNPq; coordenadora do projeto de pesquisa: “Acesso a justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos”, financiado pelo Edital FAPERGS n° 02/2011 – Programa Pesquisador Gaucho (PqG), edição 2011 e pelo edital CNPq/Capes 07/2011; pesquisadora do projeto “Multidoor courthouse system – avaliação e implementação do sistema de múltiplas portas (multiportas) como instrumento para uma prestação jurisdicional de qualidade, celere e eficaz” financiado pelo CNJ e pela CAPES; pesquisadora do projeto intitulado: “Direitos Humanos, Identidade e Mediação” financiado pelo Edital Universal 2011 e pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI; coordenadora e mediadora judicial do projeto de extensão: “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos” financiado pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; advogada. E-mail: fabiana@unisc.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8254613355102364>. Blog: <http://fabianamarionspengler.blogspot.com>.

Resumo

O presente artigo tem como tema a aplicação do modelo da guarda compartilhada no Brasil, e os conflitos que rodeiam este modelo de guarda. Utilizando a técnica de pesquisa bibliográfica, a partir do método dedutivo, pretendeu-se analisar o instituto da guarda compartilhada, suas vantagens e desvantagens, sob o aspecto jurídico e psicológico, preponderando sempre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no âmbito das relações de parentesco, suas características e objetivos. Dessa forma, foi exposta uma breve visão histórica do poder familiar, passando-se após a uma análise do conceito de guarda de uma forma geral, seus critérios de determinação e os modelos de guarda existentes do Direito Brasileiro, abordado principalmente o modelo da guarda compartilhada sob a luz da Lei 11.698/2008³, trazendo ainda o posicionamento judicial antes e depois da aprovação do projeto de lei sobre este modelo. O desenvolvimento do trabalho permitiu concluir que a guarda compartilhada tem como objetivo o exercício conjunto e simultâneo de cuidado e zelo da criança e do adolescente por parte dos genitores, para que aqueles possam continuar a manter o contato, serem educados e criados por ambos, diferente dos dois outros modelos de guarda existentes em nosso direito de família.

Palavras-chave: poder familiar; princípios; guarda compartilhada; conceito; vantagens e desvantagens.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, para analisar a origem do instituto da guarda observou-se o que dita a Constituição Federal, que ao propiciar direitos e deveres iguais aos genitores, outorgou a ambos o poder familiar. Posteriormente, o Estatuto da Criança e do Adolescente alterou o instituto que possuía o sentido de dominação para o sentido de proteção.

3 A lei 11.698/2008 foi sancionada em 13 de junho de 2008, e entrou em vigor na data de 15 de agosto do mesmo ano, sendo conhecida como o Instituto da Guarda Compartilhada, sendo que restou aprovada por unanimidade na data de 20 de maio de 2008 pela Câmara dos Deputados.

Sobretudo, o desenvolvimento deste estudo demonstrou que é necessário preservar o bem estar da criança e do adolescente, e, dessa forma foi identificado que o modelo da guarda compartilhada seria a melhor opção.

Assim, para chegar até o modelo da guarda compartilhada, apresentou-se uma visão histórica do poder familiar, sua transformação e principalmente seu conceito e evolução histórica.

Por conseguinte, com as alterações do poder familiar, antes denominado pátrio poder, analisou-se a guarda em seu sentido amplo, bem como foi citado os critérios de determinação desta, e, por fim, abordado os modelos de guarda existentes no Direito Brasileiro, quais são a guarda unilateral, guarda alternada e a guarda compartilhada.

Ademais, analisando a guarda compartilhada foram destacadas as suas principais vantagens e desvantagens, trazendo de uma maneira prévia o posicionamento judicial antes e depois da aprovação do projeto de lei sobre esse modelo, que ainda perante muitos julgadores é contraditório, gerando dúvidas de qual é o melhor modelo de guarda.

Ressalta-se, que para a guarda compartilhada efetivamente ser bem aplicada, os genitores devem estar convictos que os conflitos entre os mesmos precisam ser ignorados, para assim poderem trabalhar conjuntamente as questões cotidianas da vida dos filhos, e assim ocorrendo uma participação e responsabilidade mútua na relação de ambos com a criança e o adolescente.

2. PODER FAMILIAR: CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PRINCIPAIS PRINCÍPIOS

A expressão “poder familiar” é recente, esse instituto antigamente correspondia ao pátrio poder.

O pátrio poder tem origem no direito romano, onde este era considerado como uma magistratura, um sacerdócio, o poder era absoluto, sem limites e por tempo indeterminado. Portanto, quem exercia o pátrio poder era a figura do pai, era ele que detinha o poder sobre os filhos e sobre os bens destes, um poder na verdade como posse, ou seja, a prole era tida como um objeto de sua propriedade.

Dessa forma, para reforçar esse entendimento, Beviláqua (1959, p. 279), “o complexo dos direitos que a lei confere ao pai, sobre a pessoa e os bens dos filhos”.

A conotação pátrio poder refere-se apenas ao exercício do pai, sem mencionar a mulher, ou seja, demonstrava que a sociedade era patriarcal. Quem decidia sobre a

vida dos filhos era somente o genitor, a genitora só poderia exercer o pátrio poder, na falta ou impedimento daquele.

Assim, era entendido o pátrio poder no Código Civil de 1916, todavia esse instituto mudou um pouco com a entrada do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62), no qual foi assegurado o pátrio poder a ambos os genitores, sobretudo continuou sendo exercido pelo pai, mas agora com a colaboração da mulher.

Mais tarde, com a entrada da Lei do Divórcio, prevista na Lei 6.515/77, a mulher começou a ser vista de uma maneira um pouco diferente, começou a ter mais valor na área do trabalho e no âmbito de sua própria família, agora não era só mais o homem que detinha por completo o pátrio poder, porém ainda não se podia falar de igualdade entre eles.

Em seguida, com o advento da Constituição Federal/88 foi concedido um tratamento isonômico ao homem e a mulher, incluindo em seu texto o princípio da igualdade, previsto no artigo 5º, inciso I, e estabeleceu direitos e deveres iguais no âmbito da sociedade conjugal, consoante o artigo 226, mudando o instituto.

Assim, com a Constituição Federal restou mais clara a intenção do legislador em dar uma maior oportunidade às mulheres, conferindo-lhe direitos e deveres que antes só os homens possuíam.

Após, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.099/90) veio por firmar ainda mais os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, outorgando o poder familiar a ambos os genitores, nesse sentido válido destacar as palavras de Dias (2007, p. 377) “deixou de ter um sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles”.

Não obstante, cumpre observar que existem muitos princípios que norteiam o direito de família, em especial a guarda, entre eles os que se destacam são o princípio da igualdade, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o princípio da proteção integral das crianças, adolescentes e jovens, e o princípio da afetividade.

Sobre o princípio da igualdade Lôbo (2007, p. 42) afirma “nenhum princípio constitucional provocou tão profunda transformação entre homem e mulher nas relações matrimoniais e convivenciais, e entre filhos no segmento da parentalidade”.

Destarte cabe salientar que a igualdade não deve apenas referir-se a igualdade simples entre iguais, mas sim entre a igualdade e solidariedade entre os membros das relações de parentesco, caracterizada assim pelo afeto, amor, carinho e atenção.

Por sua vez, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente está localizado no artigo 227 e, em seus parágrafos, da Constituição Federal, sendo que tal princípio representou importante mudança nas relações entre pais e filhos, pois

este deixou de ser visto como um objeto que pertencia aos genitores, e passou a um sujeito de direitos.

Conforme Spengler e Spengler Neto (2004, p. 80) “o melhor interesse é observado sempre que venha a se discutir o direito da criança que é motivo de litígio e que precisa ser tutelado”.

Destaca-se ainda, que este princípio cuida que os direitos das crianças e adolescentes sejam cumpridos o máximo possível, e dessa forma quer se assegurar que os mesmos tenham um desenvolvimento adequado, preservando assim, sua formação psicológica, moral e intelectual, deste modo preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 3º⁴.

O princípio da proteção integral das crianças, adolescentes e jovens vem consagrado na Constituição Federal, no “caput” do artigo 227, quando assegura a criança e adolescentes o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade à convivência familiar e comunitária.

Cumpra observar que a criança e adolescente enquanto não atinge a maioridade, é merecedor de uma proteção especial, de um tratamento diferenciado, tendo em vista, que são considerados mais vulneráveis e frágeis.

Por isso, as crianças e adolescentes devem ser colocados a salvo de todo e qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, exploração, opressão e crueldade.

E para garantir esse tratamento diferenciado, dos quais as crianças e adolescentes são os destinatários, é que surgiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual dita os direitos e garantias que devem ser assegurados pela família, sociedade e Estado, trazendo também normas de natureza material e processual, sendo que tal Estatuto vem se aprimorando as necessidades dos mesmos.

Por sua vez, o princípio da afetividade é um dos princípios constitucionais específicos do Direito de Família, que pode ser extraído dos artigos 226, § 3º e 6º, 227, caput e § 1º, ambos da Constituição Federal.

O referido princípio é considerado na doutrina como aquele que insere no Direito de Família a noção de estabilidade das relações socioafetivas e de comunhão de vida, com primazia do elemento anímico sobre aspectos de ordem patrimonial ou biológica (LÔBO, 2007).

4 Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

3. AS DISTINTAS MODALIDADES DE GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO

A guarda pode ser conceituada sob a seguinte forma, como sendo um dever comum dos pais cuidarem de seus filhos, atendendo ao interesse da criança e do adolescente, sendo que esses deveres podem ser divididos em ordem jurídica dos pais com relação aos seus filhos, e deveres administrativos de ordem patrimonial que os filhos possuem.

De acordo com Cahali (1993, p. 277), a guarda:

obriga à prestação de assistência material, moral, e educacional à criança ou adolescente. A guarda transfere ao guardião, à título precário, o atributo constante do art. 384, I, do Código Civil no sentido de que lhe compete dirigir a criação e a educação da criança ou do jovem; como também lhe compete exigir que aquele preste obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição; no dever de assistência material do menor sob sua guarda, entende-se que o guardião sujeita-se à obrigação legal de alimentos em favor daquele, sem prejuízo da obrigação de prestá-los o pátrio poder.

Ainda, Carbonera (2000, p. 47) sobre a guarda estabelece

um instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial.

Dessa forma, a guarda caracteriza-se pela convivência entre pai e/ou mãe com seu filho, tornando-se o responsável por este, sendo que será considerado o guardião do infante aquele que apresentar as melhores condições de criá-lo, oferecendo-lhe uma assistência material adequada e um melhor desenvolvimento físico, moral e psíquico.

Contudo, para poder decidir com quem permanecerá a guarda quando os pais dissolvem o vínculo conjugal ou a união estável, frisa-se que sempre deve ser observados os seguintes critérios: o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, idade e sexo, irmãos juntos ou separados, a opinião da criança e do adolescente e, por último, e não menos importante, o comportamento dos pais.

O Código Civil de 2002 prevê as seguintes possibilidades de guarda: a unilateral, alternada e a compartilhada.

3.1 Guarda unilateral

A guarda unilateral ou exclusiva é aquela exercida por apenas um dos genitores, nesse ensejo Levy (2008, p. 53) pronuncia-se:

a guarda pode ser exercida de maneira exclusiva por um dos genitores, em decorrência de titularidade exclusiva do poder familiar, como, por exemplo, na falta de reconhecimento da paternidade, nas hipóteses de perda ou suspensão do poder familiar, ou no caso de cotitularidade do poder familiar e fracionamento do exercício do poder familiar, em razão da ausência ou da ruptura do relacionamento conjugal dos genitores, por meio de acordo ou decisão judicial atribuidor de exercício da guarda a somente um dos genitores.

Assim, no caso de dissolução do vínculo conjugal, temos que a guarda unilateral será aquela exercida por apenas um dos genitores, residindo à criança e/ou adolescente com o genitor que ficou com sua guarda por ter apresentado as melhores condições de cuidá-lo, sendo este responsável por dar assistência ao infante, enquanto que o outro genitor poderá prestar alimentos, realizar visitas, e como obrigação deverá fiscalizar o genitor que possui a guarda para verificar se este cumpre com as responsabilidades com a criança e/ou adolescente.

Nesse sentido, conceituam Spengler e Spengler Neto (2004, p. 91):

em ocorrendo a ruptura da família, e restando um dos genitores como guardião da prole advinda do relacionamento, sendo assegurado ao outro o direito à visitação, estaremos diante de uma guarda dita exclusiva, na qual apenas o guardião possui a guarda material e também a guarda jurídica.

Ainda, conforme o autor Gonçalves (2012, p. 294):

no tocante à guarda unilateral, a referida lei apresenta critérios para a definição do genitor que oferece “melhores condições” para o seu exercício, assim considerando o que revela aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:” I- afeto nas relações com os genitores e com o grupo familiar; II- saúde e segurança; III- educação (CC, art. 1.583, § 2º). Fica afastada, assim, qualquer interpretação no sentido de que teria melhor condição o genitor com mais recursos financeiros. (Com grifos originais).

Portanto, a guarda não é deferida para aquele que possui mais recursos financeiros e sim para aquele que possa propiciar conjuntamente afeto, saúde, segurança e educação.

Nesse sentido Gama (2008, p. 210) dita:

a guarda uniparental (ou exclusiva) é não apenas física, mas também jurídica, no sentido de abranger o direito de reger a vida do filho, dirigindo-lhe a criação e educação, com deliberação sobre as questões mais importantes que se refiram ao desenvolvimento físico, psíquico e existencial do menor, ao passo que o não-guardião passa a ter direitos de visitas, de ter o filho em sua companhia e o de fiscalizar o exercício das demais atribuições do “pátrio poder” do outro. (Com grifos originais).

3.2 Guarda alternada

Por sua vez, a guarda alternada caracteriza-se pela alternância da guarda dos genitores em relação aos filhos, sendo aquela que os genitores podem passar mais tempo com a criança e/ou adolescente, pois ela reserva-se por determinados períodos, ou seja, pode ser semanal, bimestral, semestral, ou anual.

Assim Leite (2003, p. 259) sobre a guarda alternada dita:

que a criança viverá sucessivamente, por períodos longos de tempo, na casa de cada um dos seus genitores. Cada genitor exercerá, alternativamente, a guarda do filho com todos os atributos que lhe são próprios (educação, sustento, administração legal, etc).

No mesmo ensejo, para reforçar o entendimento anterior, Amaral (1997, p. 168):

a guarda alternada caracteriza pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, sendo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal. No término do período os papéis se invertem.

Ainda, com relação à guarda alternada, ela apresenta certas vantagens, como por exemplo, a criança ou adolescente mantém relações iguais com ambos os pais, e dessa forma acaba evitando concorrência entre os mesmos. Além do mais, quando o infante encontrar-se sob a guarda de um dos genitores no período determinado, será somente este o responsável pelas necessidades básicas, decisões e atitudes em relação ao filho.

Todavia, Spengler e Spengler Neto (2004, p. 92) destacam:

porém, é preciso salientar que mesmo a convivência sendo a mesma em termos temporais (quantidade de dias, semanas, meses) poderá não ser a mesma em termos de qualidade, pois, em inúmeros casos ocorrerá de um dos genitores dispor mais tempo para o filho do que o outro por várias razões, dentre elas compromissos profissionais.

Doutra banda, o modelo da guarda alternada no lado jurídico recebe várias críticas, pois a criança e/ou adolescente não possui um referencial definido, ou seja, não tem uma residência fixa, pode ter mais que uma escola, não possui uma rotina pré-determinada, tendo que sempre estar “pulando” de casa em casa, o que pode prejudicar o seu desenvolvimento físico e intelectual.

Por fim, sobre a guarda alternada cabe destacar as palavras de Grisard Filho (2010, p. 125) sobre as vantagens e desvantagens deste modelo:

a moderna doutrina adverte que a guarda alternada não está em harmonia com o interesse do menor. Ela é inconveniente para a consolidação dos hábitos, valores e idéias na mente do menor, diante do elevado número de mudanças, repetidas separações e reaproximações, provocando no menor não só a instabilidade emocional e psíquica, como também um descontínuo afetivo, espacial e social. Já uma outra vertente vê na guarda alternada a vantagem de permitir ao menor manter relações estreitas com os dois genitores. Considerando os melhores interesses do menor, a jurisprudência tende a estabelecer o exercício da parentalidade como regime básico.

3.3 Guarda compartilhada

A guarda compartilhada é aquela onde existe um referencial de com quem fica a criança, se é com o pai ou com a mãe, todavia ambos decidem de uma forma conjunta a respeito da vida do infante, sendo que as despesas são compartilhadas, as visitas não precisam ser marcadas, ocorrendo uma maior liberdade em relação à convivência com o filho.

Segundo, Leite (2003, p. 287) “a proposta é manter laços de afetividade para minimizar os efeitos sempre acarretados após uma separação, e conferir aos pais o exercício de suas funções de forma igualitária”.

Importante ressaltar que por vezes a guarda compartilhada se confunde com a guarda conjunta, todavia esta deve ser reconhecida como gênero e aquela como espécie da segunda.

Dessa forma, Levy (2008, p. 54) define:

ao contrário da guarda conjunta, a guarda compartilhada ou compartilhada pressupõe a falta de vínculo conjugal dos pais e uma co-responsabilidade no exercício das funções parentais. Explicamos. A guarda compartilhada tem por fim precípua minimizar os danos sofridos pelos filhos em razão da quebra ou mesmo da inexistência prévia de relacionamento conjugal. Busca preservar os laços paterno-filiais em condições de igualdade entre os genitores.

Sobretudo, o modelo da guarda compartilhada já era conhecido antes da publicação da Lei nº 11.698/2008, mas somente passou a ter aplicação legal com a promulgação desta.

A guarda compartilhada surgiu com a manifestação do desejo dos genitores, após se encontrarem separados ou divorciados, de criarem conjuntamente seus filhos, oportunizando esse instituto uma maior comunicação entre os mesmos com relação a criação e educação do infante.

Assim, a noção de guarda compartilhada surgiu para que a criança e/ou adolescente sofresse o menor impacto possível com a dissolução do vínculo de seus genitores, e ainda apresentou-se como uma maneira de poder equilibrar os papéis desses, para que assim o infante possa ter uma boa e igual convivência com ambos.

Nesse sentido, resume Grisard Filho (2010, p. 132):

a noção de guarda compartilhada surgiu da necessidade de se reequilibrar os papéis parentais, diante da perniciosa guarda uniparental concedida sistematicamente à mãe (na guarda tradicional, o genitor não guardião tem uma quantidade limitada de contato com o menor), e de garantir o melhor interesse do menor, especialmente, as suas necessidades afetivas e emocionais. As noções trazidas à colação, sejam do ponto de vista jurídico, sejam do ponto psicológico, enfatizam essas duas considerações. Por um lado revalorizam o papel da paternidade, por outro trazem ao centro das decisões o destinatário maior do tema em debate, o menor, oferecendo-lhe um equilibrado desenvolvimento psicoafetivo e garantindo a participação comum dos genitores em seu destino.

Também, Leite (2003, p. 287) sobre a guarda compartilhada conceitua

significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. [...] A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual.

Ademais, a guarda compartilhada se faz importante justamente por trazer um condão de segurança e continuidade de relacionamento, ou seja, dá a criança e adolescente a certeza de ser amada e protegida por seus genitores, sem sofrer qualquer distinção, e dessa forma, convivendo com os mesmos e sabendo que ambos são os responsáveis pela sua educação e suprimento de suas necessidades mínimas. (SPENGLER e SPENGLER NETO, 2004).

Todavia, Grisard Filho (2010, p. 122) preceitua que essas necessidades se tornaram mais frequente devido à

alta frequência do divórcio que passou a ser uma possibilidade previsível, contemporaneamente considerada normal na vida familiar. É um evento grupal, que exige uma reestruturação dos relacionamentos vigentes, reajustados, agora, às demandas das famílias monoparentais. Um lar, onde conviviam pai, mãe e filhos, depois do divórcio biparte-se: mãe e crianças, de um lado; pai, que passa a visitar os filhos com uma frequência que oscila entre o muito presente e regular ao desaparecimento total, de outro.

Portanto, com a promulgação da lei 11.698/2008, a qual disciplinou sobre o novo instituto, este foi tido como modelo preferencial aos demais já existentes, promovendo uma ideia de ambos os pais serem guardiões de seus filhos.

A Lei supracitada alterou os artigos 1.583⁵ e 1.584 do Código Civil/2002, prevendo agora não só mais a guarda unilateral como era previsto antes no artigo 1.583, mas incluindo em seu teor a guarda compartilhada.

Logo, as alterações trazidas pela Lei 11.698/2008, tirou a exclusividade da guarda unilateral, esta normalmente deferida à mãe, com visitas agendadas para o pai, trazendo agora em seu texto o modelo da guarda compartilhada, orientada pelos princípios da igualdade, da solidariedade e do melhor interesse da criança.

5 Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1o Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5o) e, por guarda compartilhada 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.

§ 2o A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3o A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4o (VETADO).

O modelo da guarda compartilhada oportuniza uma maior convivência com ambos os genitores, tendo que estes decidir conjuntamente sobre a criação e educação dos filhos, participando mais diretamente, mesmo que separados na vida do infante, dando assim um maior equilíbrio emocional a criança.

Dessa forma, o novo caput do referido artigo, trouxe um sistema dual, ou seja, a guarda unilateral e a guarda compartilhada.

Já o artigo 1.584⁶ do Código Civil de 2002, também modificado pela Lei nº 11.698/08, mostrou-se de natureza mista, apresentando normas de direito material e processual.

Dessa maneira, o caput do referido artigo novamente traz os dois modelos de guarda, quais sejam, a guarda unilateral e a guarda compartilhada, sendo que os incisos I e II trazem a forma de como a guarda pode ser estabelecida, que é por consenso entre os pais ou por decisão judicial.

Importante destacar assim que a Lei nº 11.698/08 é de grande importância, pois trouxe mudanças necessárias para o Direito de Família, e apresentou um sistema dual, ou seja, a guarda compartilhada e a guarda unilateral, buscando também definir mecanismos de direito material e de direito processual.

Diante disso salienta Gama (2008, p. 265)

6 Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

trata-se de importante avanço na direção do cumprimento do melhor interesse da criança e do adolescente, princípio basilar e constitucional que informa a matéria. A lei nº 11.698/08 deu importante passo no rumo da democratização e humanização da guarda jurídica da criança e do adolescente e, por óbvio, deve ser iluminada pelos princípios e valores constitucionais aplicáveis às famílias, às crianças e aos adolescentes (arts. 226 a 230 da Constituição Federal).

Por outro lado, destaca-se que a mediação se mostra bastante adequada para a escolha do instituto da guarda compartilhada, pois ela atua como um acompanhamento ao casal no gerenciamento de seus conflitos, podendo ter uma solução mais rápida e satisfatória, preservando o melhor interesse da criança e do adolescente.

Nesse sentido, Quintas (2009, p. 97) preceitua

a família de hoje faz com que, em certos casos, a justiça não alcance uma solução satisfatória para a lide, pois trazem consigo uma carga emocional que muitas vezes impede o juiz de propiciar uma decisão adequada para a família, principalmente aos filhos, que são parte mais vulnerável nos litígios familiares.

Destarte, para o deferimento do instituto da guarda compartilhada, é fundamental a boa convivência entre os genitores, e assim a mediação mostra-se adequada para garantir tal sucesso.

Sobretudo, ressalta Levy (2008, p. 123):

a mediação sugere uma mudança de paradigma, uma nova maneira de interação nos conflitos interpessoais. Traz à tona o desejo das pessoas em resolver seus próprios conflitos e realizar suas próprias escolhas. Propõe a autodeterminação e autonomia dos mediandos. Incentiva o olhar para um planejamento do futuro, que se pretende tranquilo e promissor, deixando as mágoas e os rancores no passado.

Assim, a mediação, durante o processo de guarda, surge como uma opção adequada quando se pensa em optar pela guarda compartilhada, fazendo com que os genitores discutam e decidam de uma forma amigável pelo futuro dos seus filhos.

4. VANTAGENS E DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

O instituto da guarda compartilhada almeja a convivência do filho com ambos os genitores, propiciando uma vida mais tranquila, uma convivência amorosa e, assim uma maior continuidade na relação do infante com seus pais, mesmo com o rompimento do relacionamento destes, nesse sentido Salles (2001, p. 96) destaca

a noção de guarda compartilhada consiste no exercício em comum, pelos pais, de um certo número de prerrogativas relativas e necessárias à pessoa da criança, fazendo os pais adaptarem-se a novas posições e/ou situações, até então acordadas previamente, portanto sem a chancela jurisdicional, mas em benefício incontestado da prole.

Dessa forma, temos como uma das vantagens do instituto da guarda compartilhada à continuidade da relação entre a criança e/ou adolescente com seus pais, propiciando ao filho interagir com os mesmos após estes terem rompido os laços matrimoniais, podendo ambos continuarem agindo como pais em relação a esse.

Nesse sentido, Grisard Filho (2010, p. 215) afirma:

a continuidade das relações paterno e materno-filiais, ou seja, a manutenção co-parental após o divórcio, a proteção dos filhos, dos conflitos parentais e o respeito ao direito de estes manterem uma adequada comunicação com ambos os genitores, mais do que quem fica com eles, são os melhores prognósticos que a guarda compartilhada pode oferecer ao desenvolvimento da personalidade do menor.

Da mesma maneira, frisam Spengler e Spengler Neto (2004, p. 99) “essa é, pois, a principal vantagem da guarda conjunta: a divisão de tarefas, de alegrias, de dissabores, de preocupações, a convivência próxima, o afeto”.

Outra vantagem do modelo da guarda compartilhada, é que este instituto não impede a fixação de alimentos, pois não raras vezes em nossa sociedade os genitores não usufruem da mesma situação financeira, ou seja, aquele genitor que não está sempre com o filho poderá ajudar o outro guardião com as despesas inerentes do infante.

Acentua Dias (2007, p. 397) “muitas vezes não há alternância da guarda física do filho, e a não cooperação do outro pode onerar sobremaneira o genitor guardião”, por isso as despesas devem ser divididas, podendo no caso essa obrigação ser exigida na área judicial.

Isto posto, pode se notar que o modelo da guarda compartilhada quando bem aplicado, ou seja, quando os genitores cooperam entre si, deixando o infante fora de suas desavenças pessoais, o desenvolvimento do mesmo nos aspectos sociais, emocionais e escolares serão muito melhores, propiciando assim uma melhor convivência familiar, e dessa maneira não se extinguindo o poder familiar em relação a esses.

Cabe analisar, o entendimento de Dias (2007, p. 395):

guarda conjunta ou compartilhada significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização de responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos.

Sobretudo, deve se observar que para a aplicação da guarda compartilhada, os pais devem continuar mantendo uma relação harmoniosa após a dissolução do casamento ou da união estável, pois se apenas um dos genitores escolher por este modelo e o outro não está disposto a cooperar, não é aconselhável o instituto.

O magistrado quando optar pela aplicação do modelo da guarda compartilhada deve analisar a conduta dos pais, se atendo a certos aspectos, como por exemplo, condições morais, ambiente familiar, condições psicológicas, levando em consideração as condições de educar, dar amor, atenção e as condições materiais, como profissão, renda, habitação, que não devem ser levadas como absolutas.

Assim, segundo entendimento Spengler e Spengler Neto frisam (2004, p. 99):

no entanto, isso não significa que sempre que requerido por umas das partes, sem a concordância da outra, deve prevalecer a guarda compartilhada, antes pelo contrário, se inexistente acordo nesse sentido, pairam dúvidas de que a guarda compartilhada possa ser praticada, ou então que vá trazer reais vantagens para a criança, que deverá ser a principal beneficiada. Justamente por isso que, antes de sentenciar determinando a guarda compartilhada, ou, homologar acordo nesse sentido, o magistrado pode e deve investigar o ânimo dos genitores e se os interesses do filho ficam protegidos.

Nesse sentido, cumpre destacar o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Ementa: GUARDA CONJUNTA. SÓ É RECOMENDADA A ADOÇÃO DE GUARDA CONJUNTA QUANDO OS PAIS CONVIVEM EM PERFEITA HARMONIA E LIVRE E A MOVIMENTAÇÃO DO FILHO ENTRE AS DUAS RESIDÊNCIAS. O ESTADO DE BELIGERANCIA ENTRE OS GENITORES NÃO PERMITE A IMPOSIÇÃO JUDICIAL DE QUE SEJA ADOTADA A GUARDA COM-

PARTILHADA. APELO DO AUTOR IMPROVIDO E ACOLHIDOS O RECURSO DA RÉ. (8 FLS.) (Apelação Cível Nº 70001021534, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 21/06/2000). (Com grifos originais).

Ademais, não é adequado o deferimento da guarda compartilhada num ambiente hostil, com desentendimentos e mágoas, resultante dessas do divórcio ou dissolução da união estável. Dessa forma fica evidente que nem sempre a guarda compartilhada é a mais adequada, nesse sentido manifesta-se Grisard Filho (2010, p. 225):

pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, quem agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos. Para essas famílias, destroçadas, deve optar-se pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito de visitas.

Outro argumento desfavorável ao modelo da guarda compartilhada refere-se que se o casal não soube manter seu relacionamento, como conseguirá de uma forma conjunta ser capaz de criar os filhos.

Segundo Comel (2003, p. 250) “o poder familiar se exerce no cotidiano, no dia-a-dia da convivência, de modo que não se vislumbra como seu exercício possa ter curso normal e esperado se os pais não vivem juntos”.

Doutra banda, também é importante que o casal resida na mesma cidade e que haja diálogo entre os mesmos.

Nesse sentido, destaca-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça deste Estado:

Ementa: APELAÇÃO. GUARDA. MANUTENÇÃO EM PROL DA MÃE. ADEQUAÇÃO. Caso em que os laudos de avaliação social e psicológica não apontaram nenhuma inconveniência em manter a guarda com a mãe. Ao contrário, os laudos apontaram que o menor está sendo bem atendido pela genitora, em todas as suas necessidades. Ademais, ainda que referida em lei como preferencial, a guarda compartilhada só deve ser deferida quando houver suficiente harmonia e consenso entre os genitores, acerca do exercício conjunto dos poderes familiares. Precedentes jurisprudenciais. No caso, havendo divergência e litígio entre os genitores, e inclusive residindo eles em cidades distintas, não há como concluir que a guarda compartilhada seja a forma de atender ao interesse prevalente do menor. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70043681204, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 18/08/2011). (Com grifos originais).

Todavia, há entendimentos contrários, ou seja, que entendem pela adoção do instituto da guarda compartilhada, mesmo quando um dos genitores apenas optar por esse modelo, pois o que interessa é o bem estar do filho, e para isso deve se estabelecer uma residência para o infante com um dos pais como ponto de referência, e visitas para o outro genitor, mas mantendo a guarda compartilhada, pois a criação e educação cabe a ambos.

Dessa forma, entende Leite (2003, p. 271):

residência única, logo, o outro genitor fica garantida a obrigação de visita (embora sempre se fale em “direito de visita” e de hospedagem. Um, terá a guarda física da criança (onde genitor e filho moram), mas ambos detêm a guarda jurídica do filho. Obrigação, ou dever de visita, porque o pai ou a mãe que não está com o filho todos os dias, deve visita-lo para manter sempre vivos os laços que unem pais e filhos. (Com grifos originais).

Destarte, mesmo com o ponto de referência dado, que é a residência para o infante, há muitas críticas a aplicação do modelo da guarda compartilhada, quando um dos genitores não optar por essa, pois, como poderão os pais criar e decidir conjuntamente sobre as necessidades do filho, se estes não conseguem mais se tratar com respeito e conviver em harmonia.

Ademais, ocorrem severas críticas a respeito da imposição pelo magistrado da guarda compartilhada quando não tiver acordo entre os pais, cabendo ao magistrado analisar um conjunto de elementos para determinar qual instituto será o mais benéfico para a criança e/ou adolescente, e se este entender que apesar dos conflitos dos pais, a guarda compartilhada é a melhor opção para o infante, este determinará pela sua aplicação.

4.1 O instituto da guarda compartilhada e a jurisprudência

Atualmente, com o propósito de preservar a criança e o adolescente, e dessa forma, o melhor interesse dessas, é necessário que os Tribunais ao determinar por um modelo de guarda, observem o instituto que reúna as melhores condições para o desenvolvimento e bem estar dos filhos.

Dessa maneira, é importante e respeitável a atitude dos juízes que convocam as partes, ouvem os infantes quando necessário, sem ser esta uma opção obrigatória, e realizam buscas interdisciplinares.

Portanto, quando deferida à guarda compartilhada, esta deve atender ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, e satisfazer os desejos do infante e não dos pais.

Logo válido apresentar o julgado do nosso respeitável Tribunal de Justiça:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ATENDIMENTO AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. Caso concreto em que resta cabalmente comprovado que a guarda compartilhada, deferida inicialmente de forma provisória, revelou-se prejudicial, não atendendo ao melhor interesse da criança. Impossibilidade de sua manutenção. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70042506055, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 18/08/2011). (Com grifos originais).

Por outro lado, salientando a importância da guarda compartilhada introduzida pela Lei 11.698/2008, Lagrasta Neto (2000, p. 46) dita:

os juízes de família devem ser dotados de sensibilidade diferenciada, cientes de que sua função primordial não é como em outras áreas do direito, a de sentenciar, mas a de conciliar, pacificando as demandas. É necessário que se afastem de uma mentalidade excessivamente burocrática, que os impeça de progredir na busca de uma solução justa [...] um acordo, somente poderá ser feito com o coração aberto, sem quaisquer reservas, mentais ou ideológicas, com o sentimento, também exposto pelo juiz, evitando-se o ambiente formal e a posição rígida da equidistância, tão necessária as vezes, mas que impede, na vara da família, atinja-se o relato do caso, o diálogo verdadeiro.

Também outro ponto que a jurisprudência vem analisando é a respeito da troca de hábitos e mudanças de colégio, perdendo assim a criança e o adolescente o seu referencial, nesse sentido o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. GUARDA COMPARTILHADA. Caso de inviabilidade de imposição de guarda compartilhada, pois não há acordo entre os pais da criança. Ao depois, a guardiã, mãe da menina, reside na Capital, 400 km distante de onde vive o pai apelante. Dessa forma, não se vislumbram motivos a ensejar a alteração pretendida pelo apelante, que implicará mudança de rotina, escola, amigos, entre outros. As regras de visitação visam, na medida do possível, evitar conflito. Logo, é razoável dividir as férias entre os pais e deixar que eles convençionem quem ficará com a filha, por primeiro, no Natal. NEGA-

RAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70029514049, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 02/07/2009). (Com grifos originais).

Ademais frisa-se que não são em todos os casos que a guarda compartilhada merece ser acolhida, além dos argumentos já expostos, merece importante destaque quando o casal encontra-se em litígio e existe profunda mágoa entre os mesmos.

Para confirmar tal posicionamento, o julgado do Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado:

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. 1. Comporta decisão monocrática o recurso que versa sobre matéria já pacificada no Tribunal de Justiça. Inteligência do art. 557 do CPC. 2. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 3. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. 4. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 5. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. Recurso desprovido. (Agravado Nº 70049349632, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 13/06/2012). (Com grifos originais).

Além disso, os juízes devem tratar de uma forma especial quando se discute o direito da criança e do adolescente, priorizando o bem-estar desses.

Nesse diapasão, Levy (2008, p. 98):

o ordenamento jurídico sempre prestigiou o acordo parental sobre a guarda dos filhos, no entanto, diante da discórdia parental, parâmetros legais de atribuição do exercício e mesmo da titularidade do poder familiar se fizeram e ainda se fazem necessários para regular esta difícil questão.

Antes da entrada em vigor da Lei 11.698/2008, a guarda era normalmente exercida pela mãe, ou seja, predominava a guarda exclusiva ou unilateral, existia a cultura de que a mãe detinha melhores condições para criar e educar os filhos.

Todavia, com a promulgação da referida lei, a proposta é o infante não perder seus referências paternos e nem maternos, responsabilizando ambos os pais nas tarefas com a criança e o adolescente.

Assim, Grisard Filho (2010, p. 193) dita:

antes da vigência da nova lei, a guarda compartilhada era praticada em maior medida por via de acordo entre os pais e, mais raramente, por determinação do juiz. Com a nova lei, essas opções não desaparecem, mas, de reconhecido valor superior, a guarda compartilhada terá aplicação preferencial pelo juiz quando não houver acordo entre o pai e a mãe. Nessa perspectiva, a guarda compartilhada passa a ser a regra e a exceção a guarda exclusiva. Essa priorização da lei não conta com a aprovação de parte da doutrina nem da jurisprudência em diferentes situações: relação conflitiva entre os pais, ausência de estabilidade emocional da criança, diversidade de critérios educativos, inconveniência de ter dois lares.

Por isso, quando o juiz optar pela guarda compartilhada deve observar alguns critérios, e verificar se realmente este modelo é o mais adequado, nesse sentido o seguinte julgado:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. GUARDA COMPARTILHADA. ALIMENTOS. A guarda compartilhada, prevista nos arts. 1583 e 1584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei 11.698/08, pode ser imposta pelo Juiz, desde que verificadas as condições que melhor atendem os interesses dos menores. Implementada a guarda compartilhada, fica prejudicado o pensionamento em favor dos filhos, uma vez que os encargos com as crianças passam ser de responsabilidade de ambos os genitores. RECURSO PROVIDO, EM PARTE. (Apelação Cível Nº 70035274794, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 20/05/2010). (Com grifos originais).

Diante disso, visto alguns dos posicionamentos de doutrinadores, compete destacar que a opção pelo instituto da guarda compartilhada compete de uma maneira preferencial aos pais, todavia, quando estes não conseguirem em comum acordo decidir, cabe ao magistrado com muita cautela decidir, analisando o bem estar do infante, para que o mesmo tenha um desenvolvimento físico, espiritual e saudável.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, foi possível compreender a importância da guarda compartilhada para o direito de família. Em contrapartida, da mesma maneira, também foi possibilitado refletir se esse modelo é o que melhor se adequa aos pais quando rompem o vínculo que os unia.

Com o advento da Constituição Federal/88 e posteriormente com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.099/90), o poder familiar foi outorgado a ambos os genitores, sendo que ambas as Leis introduziram importantes mudanças no direito de família, mais especificamente na guarda.

Dessa forma, os institutos de guarda aplicados no Brasil, são a guarda unilateral, a guarda alternada e a guarda compartilhada.

A guarda unilateral era até então o modelo mais aplicado, restando à guarda com um dos genitores, ou seja, o guardião, e o outro genitor, não guardião, permanecendo com direito a visitas, dever de prestar alimentos e de fiscalização ao guardião.

Posteriormente surgiu o modelo da guarda unilateral, onde os dois genitores em tempos distintos, são guardiões do infante, ou seja, a criança e o adolescente permanece por um período pré-determinado sob a guarda de um genitor, e depois sob a guarda do outro genitor, tendo esses os direitos e obrigações sobre as crianças na vigência do período em que cada um dos responsáveis estiver com a guarda.

Não obstante, com a Lei n. 11.698/08, nasceu o modelo da guarda compartilhada, com o objetivo de permitir que os cônjuges após a dissolução do matrimônio ou união estável, continuassem a manter o vínculo com seus filhos e uma relação ainda mais próxima com os mesmos, para que assim o infante sofresse o menor impacto e trauma possível com a separação daqueles.

Destarte, ressalta-se que mesmo antes da vigência da lei supramencionada, a guarda compartilhada já era conhecida no nosso país e até mesmo aplicada por alguns magistrados, pois consideravam este modelo mais adequado que o modelo da guarda unilateral.

Em tese a proposta da guarda compartilhada é que os pais possam criar e educar seus filhos de uma forma conjunta após o término da relação conjugal, que ambos detenham a guarda e decidam a vida do infante.

Por conseguinte, ao final dessa pesquisa entende-se que se os pais souberem separar seus conflitos conjugais, a guarda compartilhada mostra-se benéfica. Todavia, se tais conflitos não forem deixados de lado, resta à aplicação deste modelo prejudicado.

Logo para a opção do instituto de guarda mais apropriado, deve-se observar sempre o melhor interesse da criança e do adolescente, preservando o seu bem-estar, sendo o instituto da Mediação um procedimento que se mostra bastante adequado para auxiliar na escolha.

É importante referir que para a aplicação da guarda compartilhada alguns critérios precisam ser obedecidos, quais sejam, genitores com residências próximas, comum acordo e a aptidão de ambos criar e educar o infante. Frisa-se também que para a escolha desse instituto deve-se observar se o modelo trará benefícios ao infante, e assim, em cada caso, verificar as vantagens e desvantagens.

Cumprе destacar que a maior parte dos doutrinadores entende que a guarda compartilhada é o modelo mais apropriado, pois os mesmos compreendem que assim a criança e o adolescente ficarão sob os cuidados de ambos os pais, possuindo eles os mesmos direitos e deveres sobre os filhos.

Por outro lado, a jurisprudência mostra-se mais cautelosa na aplicação do modelo da guarda compartilhada, deferindo esta, na maioria das vezes, somente quando há um tratamento pacífico e cordial entre os genitores, e assim normalmente sendo indeferida pela falta de consenso entre os mesmos.

Por isso, a guarda compartilhada deve somente ser aplicada quando os pais optam por essa, e se ainda resta entre os dois respeito e afeto, o que raramente acontece. Como podemos observar, na maioria dos casos ocorre disputa entre os genitores para ver com quem ficará o filho, nesses casos torna-se inconveniente o deferimento da guarda compartilhada.

Além disso, o magistrado para determinar a guarda compartilhada, deve analisar se as condições necessárias para a sua aplicação estão preenchidas. Deste modo, quando apenas um dos genitores opta por este instituto, torna-se inconcebível a guarda compartilhada, pois falta o essencial: o consenso entre as partes.

Sendo assim, este trabalho buscou demonstrar a difícil aplicabilidade do modelo da guarda compartilhada, considerando que a proposta é bastante significativa e apresenta vantagens relevantes, porém na prática não se pode atestar que este instituto seja o mais seguro, pois existem ainda muitas questões pertinentes a sua aplicação.

Em vista disso conclui-se que a guarda compartilhada tem como objetivo o exercício conjunto e simultâneo por parte dos genitores, preservando o melhor interesse da criança e do adolescente, para que estes possam continuar a manter o contato com seus pais, e serem educados e criados por ambos. Diante do exposto, a guarda compartilhada deve somente ser deferida quando houver consenso entre os genitores, não se mostrando adequada à imposição pelo magistrado, sob pena dos

pais não cumprirem com os objetivos propostos pela guarda compartilhada, e assim não preservando e protegendo a criança e adolescente, a sua principal finalidade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Do casamento ao divórcio*. Lisboa: Cosmos, 1997.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: DF, Senado Federal, 1988.
- _____. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Brasília: Senado Federal, 1990.
- _____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Brasília: Senado Federal, 2002.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível Nº 70001021534*. Relator: Maria Berenice Dias, julgado em 21/06/2000. Sétima Câmara Cível. Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso: em 24 maio 2012.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível Nº 70043681204*. Relator: Rui Portanova, julgado em 18/08/2011. Oitava Câmara Cível. Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso: em 10 out. 2012.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível Nº 70035274794*. Relator: Claudir Fidelis Faccenda, julgado em 20/05/2010. Oitava Câmara Cível. Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso: em 25 maio 2012.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível Nº 70042506055*. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, julgado em 18/08/2011. Oitava Câmara Cível. Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso: em 12 out. 2012.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível Nº 70029514049*. Relator: Rui Portanova, julgado em 02/07/2009. Oitava Câmara Cível. Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso: em 17 out. 2012.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Agravo Nº 70049349632*. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 13/06/2012. Sétima Câmara Cível. Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso: em 19 out. 2012.

- CAHALI, Yussef Said. *Estatuto da criança e do menor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos: na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Fabris, 2000.
- COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei n. 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008.
- LAGRASTA NETO, Caetano. *Direito de família: a família brasileira no final do século XX*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 5. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- LEITE, Eduardo Oliveira de. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: RT, 2003.
- LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar*. São Paulo: Atlas, 2008.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. *Guarda compartilhada*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. *Guarda compartilhada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SPENGLER, F. M.; SPENGLER NETO, T. *Inovações em direito e processo de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

JUSTIÇA TERAPÊUTICA: UMA PROPOSTA JURÍDICA AO SISTEMA PENAL BRASILEIRO PARA A REDUÇÃO AO DANO CAUSADO PELA PROBLEMÁTICA DROGAS X CRIMINALIDADE

Janaína Gonçalves dos Santos⁷

Caroline Fockink Ritt⁸

RESUMO

O presente artigo trata do tema da Justiça Terapêutica, vista como uma medida jurídica alternativa ao sistema punitivo brasileiro. Tendo em vista que o envolvimento com as drogas é fator determinante, esta tem por objetivo oferecer tratamento àquele dependente de drogas que pratica um determinado delito, ao invés de encarcerá-lo. Tal medida é adotada, face à “falência” da pena de prisão, a qual é incapaz de reeducar e incentiva, ainda mais, a violência e a criminalidade. Justifica-se a escolha de tal tema, frente à problemática vivida pelas sociedades nos dias de hoje, resumida, assim, pelo binômio drogas x criminalidade. Justamente nesse sentido que se dá o presente estudo, pois objetiva demonstrar tanto à sociedade, quanto ao Estado, a efetividade da Justiça Terapêutica, vista como uma medida alternativa à

7 Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (2013). Email: adv:janainagsantos@hotmail.com

8 Advogada. Possui graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2000). Possui especialização em Direito Penal e Processual Penal e Mestrado em Direito, ambos pela Universidade de Santa Cruz do Sul – (2007). Leciona as disciplinas de Direito Penal - Parte Geral, Criminologia, Sociologia Jurídica e Teoria Geral do Processo Penal, na Universidade de Santa Cruz do Sul - RS. Coordena a pós-graduação presencial em Direito Penal e Processual Penal e a pós-graduação em Direito Penal e Processual Penal, pela modalidade Ensino a Distância - EaD. Autora de vários artigos em revistas jurídicas especializadas e coautora do livro O Estatuto do Idoso: aspectos sociais, criminológicos e penais, em coautoria com Eduardo Ritt, pela Editora Livraria do Advogado, em 2008. E-mail: carolineritt@viavale.com.br

prisão que reduz a criminalidade diretamente relacionada ao consumo descomedido de drogas. Tal Programa busca prevenir o problema desde a essência, oferecendo tratamento e reabilitação ao infrator que sofre de uma patologia e, consequentemente, reintegrá-lo à sociedade, reduzindo, assim, suas chances de voltar a delinquir. Assim, o presente trabalho, percorre, inicialmente, o tema das drogas e os reflexos que estas geram no indivíduo e na sociedade, apontando os efeitos e os malefícios que estas causam à vida e à saúde de seus usuários, bem como demonstrando a vasta relação existente entre as drogas e a criminalidade. Outrossim, explica a fundo o Programa de Justiça Terapêutica, seu histórico, objetivos e o tratamento realizado ao dependente/infrator, haja vista o “colapso” do sistema punitivo brasileiro e a incidência, cada vez mais necessária, das medidas alternativas à prisão como uma solução a este problema. Por derradeiro, são trazidos os fundamentos jurídico-legais e a viabilidade de aplicação da Justiça Terapêutica em nosso ordenamento jurídico, apresentando o rol de hipóteses processuais em que a mesma pode operar. Dessa maneira, resta demonstrado que este Programa é uma alternativa juridicamente possível e eficaz na redução da criminalidade e no tratamento contra a dependência química.

Palavras-chave: Justiça Terapêutica; drogas; criminalidade; tratamento; alternativa jurídica.

1. INTRODUÇÃO

A Justiça Terapêutica, em termos pragmáticos, nada mais é do que uma alternativa jurídico-penal, à disposição do Estado, que alia medidas sociais e efetivo tratamento ao dependente de droga que pratica delitos motivado, justamente, pelo seu vício em drogas, ao invés do seu encarceramento, tendo em vista que extraindo-se tal circunstância – uso e dependência em drogas – tal fato criminoso não se daria.

Deste modo, a Justiça Terapêutica apresenta-se como uma medida alternativa à prisão capaz de reduzir o dano social trazido pela devastadora combinação das drogas e da criminalidade, de modo a reduzir a grande incidência de crimes motivados pelo consumo desenfreado de drogas, buscando prevenir o problema em seu cerne, tratando e reabilitando o infrator de uma patologia e, por conseguinte, modificando seu anterior comportamento criminoso para uma conduta socialmente

correta, reintegrando-o à sociedade e reduzindo, dessa maneira, ao máximo, suas chances de voltar a delinquir.

Assim sendo, discorrer-se-á sobre a problemática das drogas x criminalidade, passando à abordagem do caos prisional e a consequente falência da pena de prisão, apresentando-se a Justiça Terapêutica como uma alternativa jurídico-terapêutica possível ao ordenamento jurídico/criminal brasileiro.

2. A DROGADIÇÃO E SEUS REFLEXOS NO INDIVÍDUO E NA SOCIEDADE

As sociedades, como um todo, convivem com a tradição do uso de drogas desde a antiguidade, de modo que em algumas culturas as drogas tinham certa apreciação e em outros contextos sociais as mesmas eram rechaçadas, da mesma forma como se dá na realidade que vivenciamos atualmente.

No entanto, o que se pode notar é que depois de anos de convivência das sociedades com esse tipo de “mal desenfreado” trazido pelas drogas, se percebe que o problema se tornou crônico, sendo cada vez mais difícil de controlar e isso se dá porque o uso de drogas está diretamente relacionado à criminalidade e ao tráfico ilícito de drogas, seguindo a seguinte proporção: quanto mais usuários arrecadam, maior é a lucratividade do tráfico e, conseqüentemente maiores os índices de crimes e violência.

E é nesse sentido que se dá a importância de gerar o enfraquecimento desse mercado “lucrativo”, pois uma vez que se diminuindo o uso de drogas, reduzir-se-ia também a criminalidade e, por conseguinte, programas de combate às drogas, realizados pelos Estados, aliados a programas judiciais de auxílio a esses usuários dependentes, tem um papel fundamental na evolução por uma sociedade desvinculada do binômio drogas x criminalidade.

Assim, adentrando ao tema das drogas, especialmente à sua classificação, diversas são as suas possibilidades, no entanto, no presente estudo, cabe referir, principalmente, sua classificação jurídica, com efeito prático para com seus consumidores, que dividem-se em lícitas, ilícitas e controladas. Tal classificação apresenta-se de suma importância, haja vista que a legalidade ou não de uma determinada substância influencia de forma determinante a produção, distribuição e consumo das mesmas, afora as conseqüências que tais substâncias geram na saúde dos usuários. (ARAÚJO, 2012).

Sobre essa classificação, Araujo (2012, p.18) afirma que

as drogas ilegais são aquelas cuja distribuição e venda para uso recreativo são proibidas, na prática, por tratados internacionais sobre o assunto, assinados por mais de 180 países. [...]

O álcool e o tabaco, que ao lado da cafeína são os psicoativos mais consumidos do mundo, são as chamadas “drogas legais”. Apesar de não serem alvo de controle internacional, praticamente todos os países têm leis que restringem sua venda, seu consumo e sua publicidade. [...]

As drogas das outras classes costumam ser chamadas de “substâncias controladas” e incluem, principalmente, remédios importantes. Normalmente, toda a sua cadeia produtiva é controlada, a fim de evitar desvios para o mercado negro. No varejo, elas costumam ser vendidas com receitas especiais, por exemplo. (Grifado no original).

Desse modo, ainda referente ao tema das drogas, mais especificamente em relação a denominação usuário, dependente e/ou viciado, nota-se que é bastante comum, tanto nos relatos da imprensa sobre as drogas como em nosso dia a dia, fazermos referência aos usuários de drogas como sinônimos de dependentes químicos ou viciados, quando na verdade, existe um paralelo em relação a tais denominações, tendo em vista que nem todo o usuário de drogas é um dependente.

Para tanto, é de extrema importância estabelecer as distinções conceituais em relação a tais denominações e, de início, conforme Araujo (2012, p. 21):

usuários são pessoas que consomem drogas, independentemente da frequência com que fazem isso. [...]

A dependência química, por sua vez, é uma doença crônica que acomete uma pequena fração dos usuários de drogas. Ela é diagnosticada pela presença de alguns critérios clínicos. O sujeito que fuma crack compulsivamente, várias vezes ao dia, arriscando sua vida praticando alguns crimes para ter dinheiro para mais drogas, por exemplo, provavelmente é um dependente químico, além de usuário. [...]

As expressões “vício” e “viciado” são usadas coloquialmente para se referir aos termos médicos “dependência química” e “dependentes químicos”. No dia a dia, as pessoas usam esses termos informais de maneira bem mais ampla do que os médicos usam os seus, mais técnicos. Logo, eles não significam, rigorosamente, a mesma coisa. (Grifado no original).

Dessa maneira, pode-se falar que ser dependente se trata de algo bem mais perigoso do que ser um simples usuário, uma vez que a dependência “não permite que você pense direito no que está fazendo e, principalmente, não o deixa parar de fazer” (ARAUJO, 2012, p. 178).

Por este e outros motivos que a dependência química é considerada hoje em dia pela medicina uma doença, sendo classificada no Código Internacional de Doenças – CID (1) e no Manual Estatístico de Doenças – DSM (2), pois causam modificações químicas no cérebro, levando essas pessoas a consumirem compulsivamente determinada substância, estando relacionada a dependência com a compulsão e, por conseguinte, a consequências graves na vida das pessoas. (ARAUJO, 2012).

Nesse sentido, existe, hoje em dia, nas sociedades, um vasto rol de substâncias psicoativas/drogas que causam dependência química entre a população, sejam entre as classes mais altas dos meios sociais, sejam nos meios mais pobres, não importa, a drogadição não faz distinção de cor, raça, classe ou meio social, mas sim aquele que se deixa levar pelo vício.

Nesse sentido, Araujo (2012, p. 181) afirma que:

o problema é que, se alguém decidir experimentar uma droga, ninguém pode antecipar se vai se tornar viciado ou não. Usar drogas é uma escolha; tornar-se dependente delas não. Apesar de ninguém experimentar uma substância para ficar viciado nela, essa consequência é sempre possível. A probabilidade de isso acontecer está associada a uma série de fatores. Entre o primeiro uso e o vício, o usuário costuma passar por diferentes estágios na sua relação com a droga. O que caracteriza cada um são, principalmente, a frequência e a motivação para o uso, além das complicações que acompanham cada etapa.

Dessa forma, o uso de drogas causam diversos riscos, gerando perigo à sociedade e perigo ao próprio usuário, de modo que se tratam de variáveis inconstantes, pois levam em consideração o tipo de droga usada bem como as características pessoais de cada usuário e, de forma exemplificativa, pode-se citar a cocaína, crack, maconha, haxixe, solventes e inalantes e os opioides, como a heroína, o ópio e a morfina, como sendo umas das drogas ilícitas mais comuns e devastadoras em circulação na sociedade atualmente.

Como complementação ao estudo da drogadição e seus reflexos na sociedade, igualmente merece destaque os aspectos da Lei n. 11.343/2006, especialmente em seu artigo 28, que se refere às consequências legais aos usuários de drogas.

Assim, segundo Gerson (2008, p. 143),

a principal inovação da Lei nº 11.313/06 foi a criação de um novo modelo repressivo em relação ao usuário de drogas, na medida em que uma das bases estruturais de atuação do sistema nacional de políticas públicas sobre drogas está alicerçada na necessidade da reinserção do usuário à sociedade e na inclusão social do cidadão, tor-

nando-o menos vulnerável a assumir comportamentos de risco ao uso indevido de drogas. Assim, o legislador optou pela inserção do consumidor em uma posição jurídica menos estigmatizadora, ou seja, ao mesmo tempo em que se coloca como infrator à lei em razão de sua conduta, torna-se merecedor, sobretudo, de medidas educativas e terapêuticas por parte do Estado.

Desse modo, o texto normativo trazido pelo artigo 28 da Lei de Drogas é carregado de fins humanitários, trazendo um modelo terapêutico e restaurador, assim, ainda de acordo com Gerson (2008, p. 144)

a legislação não diferencia as modalidades existentes de usuários, pouco importando, para fins de classificação delitiva, a posição de consumidor eventual, freqüente (sic) ou absolutamente dependente, cabendo, ao final, ao magistrado perceber a situação pessoal do agente para a assunção das providências legais.

Em razão disso, quando o usuário for conduzido pela autoridade policial, este será compromissado ao comparecimento em audiência preliminar, de acordo com o artigo 76 da Lei n 9.099/1995 (Juizados Especiais), onde será elaborado o termo circunstanciado e, na própria audiência, já é possível a aplicação das penas previstas no artigo 28 da Lei de Drogas, através da transação penal, desde que preenchidos os demais requisitos legais exigidos, como, por exemplo, não ter sido realizada outra transação penal em menos de 5 anos, não ser reincidente, entre outros. (DORNELLES, 2008).

Portanto, se pode concluir que a Lei n. 11.343/2006 buscou um equilíbrio ao enfrentar o consumo e o tráfico de drogas, diferenciado as condutas do usuário/consumidor do traficante, uma vez que a pena privativa de liberdade deve ser aplicada efetivamente a crimes graves, do qual não há outro modo de ser enfrentado, não descriminalizando a conduta de consumir, mas também não gerando o encarceramento por isso.

Nesse íterim que se dá a crescente preocupação da população com o uso de drogas, de modo que a própria imprensa, falada e escrita, tem revelado frequentemente o mundo das drogas, associadas, quase sempre a imagens de destruição, violência, crimes, etc. Esse assunto é de tamanha importância, que as autoridades e profissionais da área da saúde procuram orientar a sociedade, transmitindo informações úteis aos usuários em potencial, aos usuários propriamente ditos, às famílias, às escolas, tudo, como forma de minimizar o uso e a problemática que as drogas trazem à sociedade como um todo. (DUNN, LARANJEIRA e JUNGERMAN, 2003).

Por tais razões que o uso das drogas gera reflexos em toda a sociedade e, para isso, se faz necessário, através do auxílio do Estado, a criação de medidas preventivas a esse binômio drogas x criminalidade, de modo que se possa debelar o tráfico de drogas e, por conseguinte, a dependência química e a criminalidade, possibilitando tratamento e reabilitação a esses dependentes e não, o seu simples encarceramento, pois, como será averiguado, não tem condições de ressocializar, mas sim, reafirmar, ainda mais, suas circunstâncias criminosas.

3. O CAOS PRISIONAL E SUA ALTERNATIVA JURÍDICO-TERAPÊUTICA

Ao contrário do que há muito tempo vem sendo aplicado, medida eficaz não está relacionada à medida exclusivamente punitiva, mas sim, a uma alternativa eficaz que previna o problema em seu cerne, atuando de modo a reintegrar o agente delitivo na sociedade, reeducando o mesmo para que no futuro tome uma medida proativa, antecipando-se à vontade de delinquir e, conseqüentemente, alcançando a prevenção tão almejada por todos.

No entanto, ocorre que a pena tem sido vista e aplicada única e exclusivamente como meio de punição, um meio coercitivo não capaz de garantir ao delinquente a reabilitação necessária de que precisa para engajar-se novamente à sociedade, a permitir que este possa reparar os danos que anteriormente deu causa, bem como, a garantir que, em uma próxima oportunidade de delinquir, possa ter o correto discernimento do certo e do errado e, assim, praticar a verdadeira reestruturação social do qual fez parte, contribuindo para a adequada manutenção da ordem pública.

Sobre o tema, Hassemer (1984) citado por Damásio E. de Jesus (2000, p.10) comenta:

existe hoje no Brasil a falsa crença de que somente se reduz a criminalidade com a definição de novos tipos penais, o agravamento das penas, a supressão de garantias do réu durante o processo e a acentuação da severidade da execução das sanções, posição mundialmente generalizada [...]

Dessa forma, justamente pelo fato de a criminalidade estar em voga, fazendo parte do cotidiano atual, surge a resposta do Estado, o qual na tentativa de reprimir a criminalidade, o fazendo através das criações de novas leis e novos tipos penais acaba por violar direitos fundamentais, não atendendo a sua verdadeira função de tutela à sociedade.

Caminhando nesse sentido Damásio E. de Jesus (2000, p.11) leciona que

o direito penal brasileiro mostra-se ausente de rumo. Contraditoriamente, apresenta lampejos de liberalidade e de “lei e ordem”. Incursionando no rumo da “Corrente de Lei e Ordem”, está colhendo o fracasso de seus princípios. Além de não conseguir baixar a criminalidade a índices razoáveis, gera a consciência popular da impunidade, a morosidade da Justiça criminal e o grave problema penitenciário (Grifado no original).

Assim, o fato de o direito penal estar agindo dentro de suas máximas gera a pérfida visão de que os problemas sociais estão sendo, de fato, resolvidos, sendo a realidade diversa, de modo que a criação de novos tipos penais não vem trazendo nenhum êxito em nossa sociedade, representando, assim, um verdadeiro caos criminal (HASSEMER, 1998).

Da mesma forma, há de se falar no caos do sistema prisional, tendo em vista o fato de a pena de prisão no Brasil vem, durante um longo período de tempo mostrando-se impotente em grande parte das práticas delitivas, não alcançando sua real finalidade que é a prevenção de crimes e a consequente ressocialização do criminoso.

Para tanto, basta analisar as condições dos presídios no Brasil, onde a falta de estrutura impera, cumulada as superlotações e as condições sub-humanas em que são colocados os infratores, jogados em celas sem qualquer tipo de higiene e, em muitos casos, submetidos a constantes violências e agressões dos outros presidiários.

Nesse sentido correm diversas correntes doutrinárias que indicam a falência do nosso sistema penal punitivo/prisional, o qual, não consegue cumprir com as suas finalidades de prevenção, retribuição, reeducação e ressocialização, mas sim, um sistema carcerário precário, no qual a crueldade e a desumanização imperam.

Segundo o pensador Foucault (2004, p. 221), em sua crítica ao sistema prisional, afirma:

- as prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou ainda pior, aumenta [...]
 - a detenção provoca a reincidência; depois de sair da prisão, se têm mais chance que antes de voltar para ela, os condenados são, em proporção considerável, antigos detentos [...]
 - a prisão não pode deixar de fabricar delinquentes (sic). Fabrica-os pelo tipo de existência que faz os detentos levarem: que fiquem isolados nas celas, ou que lhes seja imposto um trabalho inútil, para o qual não encontrarão utilidade [...]
- Corrupção, medo e incapacidade dos guardas [...]

Exploração por um trabalho penal, que nessas condições não pode ter nenhum caráter educativo [...]

Na mesma linha de pensamento, ainda, Foucault (2004, p. 222) assegura:

- a prisão torna possível, ou melhor, favorece a organização de um meio de delinquentes (sic), solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras [...]
- as condições dadas aos detentos libertados condenam-nos fatalmente à reincidência: porque estão sob a vigilância da polícia; porque têm designação de domicílio, ou proibição de permanência [...]
- enfim, a prisão fabrica indiretamente delinquentes (sic); ao fazer cair na miséria a família do detento [...]

Ainda no tocante as deficiências prisionais, importante destacar algumas características comuns aos presídios, como os maus tratos verbais ou/e de fato, a superlotação carcerária, falta de higiene, abusos sexuais, condições deficientes de trabalho, deficiência e/ou inexistência dos serviços médicos, precária assistência psicológica/psiquiátrica, deficiência no regime alimentar, elevado índice de consumo de drogas e, até mesmo, a traficância (BITENCOURT, 1993).

Assim, ao se falar em crise da prisão, fala-se também da deficiente atenção dada pela sociedade para esse problema, uma vez que os governantes não tem dado a atenção suficiente que esse problema exige, de modo que impera, dessa forma, a busca por uma série de reformas, isto é, medidas alternativas à prisão, de modo trazer a utópica reabilitação e ressocialização do delinquente para realidade atual do sistema punitivo brasileiro (BITENCOURT, 1993).

Nessa seara, Gomes (2000, p. 27) ensina que:

todos estamos convencidos de que nenhuma sanção criminal, seja a de prisão, seja a alternativa, pode ter qualquer prosperidade sem o efetivo apoio da comunidade, que deve compreender o delito não como um fenômeno isolado e resultante de um ser anormal, senão como um acontecimento inerente à convivência social (toda a comunidade possui suas taxas de delinquência) (sic) [...]

A comunidade, em suma, deve se aproximar da administração da Justiça Penal (não é pequena aqui a responsabilidade dos próprios juízes em procurar promover essa integração comunitária), mas não só para participar da execução da clássica pena de prisão, senão especialmente das penas e medidas alternativas.

O que se percebe é que a pena de prisão passa a se tornar uma forma ultrapassada de trazer efetividade ao sistema penal, que deve contar cada vez mais com meios alternativos para se chegar ao objetivo idealizado de punir e ao mesmo tempo tratar e, para tanto Bitencourt (1997, p. 23) argumenta:

assim, o que se busca é limitar a prisão às situações de reconhecida necessidade, como meio de impedir a ação criminógena, cada vez mais forte. Os chamados substitutivos penais constituem alternativas mais ou menos eficazes na tentativa de desprisionalizar, além de outras medidas igualmente humanizadoras desta forma arcaica de controle social, que é o Direito Penal (Grifado no original).

Assim, o problema que assola o nosso sistema punitivo pode ser remediado, fazendo-se o uso de medidas alternativas e eficazes que possibilitem a prevenção e não apenas a punição, garantindo ao infrator sua reinserção social e garantindo à sociedade uma redução de danos.

Dessa forma, partindo-se do princípio que o Direito Penal visa exclusivamente a punição do infrator através da restrição de sua liberdade, fato que, como se bem sabe, não vem sendo o meio mais eficaz de solucionar os problemas de alto índice de criminalidade, é que surgem os substitutivos penais, os quais se revelam na forma das medidas alternativas à prisão, buscando-se, assim, a prevenção da criminalidade e a reintegração social do indivíduo infrator, de forma que este se recupere da sua condição de criminoso e passe a engajar-se novamente na sociedade.

Desse modo, conforme explana Bitencourt (1997, p. 22), nos dias de hoje: “é indispensável que se encontre novas penas compatíveis com os novos tempos, mas tão aptas a exercer suas funções quanto as antigas, que, se na época, não foram injustas, hoje o são”.

Assim, pois, foi que surgiram as denominadas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade (“Regras de Tóquio”), adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 45/110, de 14 de Dezembro de 1990 e, posteriormente regulamentadas no Brasil, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na Resolução n. 101, de 15 de dezembro de 2009, que visa, dentre diversos objetivos, alcançar eficácia na aplicação de medidas alternativas a prisão.

No entanto, para se atingir os objetivos da aplicação das medidas não privativas de liberdade existem dois aspectos que devem ser observados, o controle e a ajuda. O controle pressupõe que o delinquente tenha as suas responsabilidades sempre direcionadas ao bom comportamento perante a sociedade, isto é, prestando o devido respeito que toda e qualquer comunidade exige. Já quanto à ajuda, esta tem por finalidade

auxiliar o delinquente na superação dos problemas que possam ter causado o delito, mesmo que essa ajuda seja um tratamento psicológico ou uma simples conversa com o agente criminoso, no entanto, o mais importante é visar a ressocialização deste, buscando cada vez mais o fortalecimento de seus vínculos com a sociedade (DAMÁSIO E. DE JESUS, 2000).

Dessa maneira, tem-se que as medidas alternativas à prisão devem recheiar-se dos mais variados métodos de tratamento aos delinquentes de forma a atender as necessidades especiais de cada um. Dessa maneira, tais tratamentos devem ser aplicados de forma a se tornarem o mais eficaz possível em relação a resolução do problema que lhe deu origem, se mostrando, tal regra, como um verdadeiro incentivador de novas fórmulas de tratamento.

Partindo desses pressupostos, utilizando-se em larga escala as medidas alternativas à prisão efetivamente aplicadas no Brasil, as quais têm como objetivo fundamental a busca de uma reestruturação social posterior ao crime, garantindo, dessa forma, a aplicação do Direito Penal e, concomitantemente a isso, a manutenção da ordem pública, sem que haja o encarceramento do delinquente, surge a Justiça Terapêutica, como um efetivo método alternativo à prisão de delinquentes, usuários e dependentes químicos, cometedores de delitos, em regra, de menor potencial ofensivo.

Como se bem sabe, a problemática das drogas na sociedade atual é cada vez mais inquietante, uma vez que o uso descomedido de substâncias entorpecentes espalha-se na população mundial como uma síndrome, apresentando, como já referido, quadro clínico, classificada no Código Internacional de Doenças – CID (1) e no Manual Estatístico de Doenças – DSM (2).

Nesse contexto, o Programa de Justiça Terapêutica se apresenta como uma inovação ao sistema de repressão de crimes, submetendo o sujeito infrator de delitos, em regra, de menor potencial ofensivo, dependentes de substâncias químicas, a tratamento, modificando seus comportamentos anteriormente criminosos para comportamento aceitos na sociedade.

Nesse passo, cumpre salientar que tal Programa visa o tratamento de infratores que sofrem de dependência de drogas, já que, na grande maioria das vezes, praticam delitos motivados, justamente, pelas drogas, de modo a conseguirem comprar cada vez mais, gerando um ciclo vicioso que necessita de um fim, o qual, como já analisado, não será alcançado através do encarceramento, pois posto em liberdade novamente, sem ser “curado”, continuará a consumir drogas e praticar delitos constantemente, o que pode e deve ser evitado.

Assim, de acordo com Silva, e Freitas (2008, <http://www.abjt.org.br>), ao abordarem o assunto, esclarecem que:

a Justiça Terapêutica pode ser compreendida como um conjunto de medidas que visa um novo entendimento pelos operadores do direito e sociedade em geral, dos infratores [...] dependentes de drogas. Estes passam a ser reconhecidos como pessoas portadoras de um transtorno mental, como descrito no Código Internacional de Doenças, CID-10, e no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, DSM-IV, com direito a tratamento, não se transformando unicamente em réus. São de fato pessoas que apresentam dois problemas: um legal – infração cometida e outro de saúde – dependência química.

A expressão Justiça Terapêutica abrange tanto os aspectos legais quanto os sociais do Direito, sendo que a palavra Justiça se remete a legislação e aos princípios do Direito, relacionando a noção de justiça à busca da solução de um conflito e, ao mesmo tempo, o termo Terapêutica, no que se refere ao tratamento ao dependente químico, que busca através do Programa uma reabilitação a uma patologia (SILVA, e FREITAS, 2008).

Assim, a Justiça Terapêutica passa efetivamente a ser um Programa que lida com a questão da saúde das pessoas, oportunizando aos infratores um tratamento adequado que pode trazer novamente esse indivíduo à sociedade, de modo que, segundo Achutti (2006), citado por Weigert (2010, p.132) o programa foi pensado “[...] *Levando-se em consideração a falência do sistema tradicional (prisão) para lidar com os viciados em drogas, priorizando a recuperação do infrator e a reparação dos danos à vítima*” (Grifado no original).

Nesta mesma linha de pensamento, nada mais correto do que estabelecer a este delinquente dependente químico uma medida que consiga de forma efetiva tratar de ambos os problemas e, nestes termos, a Justiça Terapêutica se apresenta como alternativa, e conforme Freitas, Bardou, e Silva (2004, <http://www.abjt.org.br>):

[...] nestes casos existem dois problemas que precisam ser enfrentados simultaneamente: a infração à lei e uma enfermidade, ou seja, a dependência química. Nesse caso, em sala de audiência, presentes o acusado, seu defensor e o Juiz de Direito, o Promotor de Justiça oferece ao acusado a oportunidade de ser entrevistado por uma equipe de saúde para que esta avalie se ele é dependente de drogas. Em caso afirmativo, o Promotor de Justiça oferece ao acusado a oportunidade de substituir o processo-crime por tratamento para sua enfermidade, por um período médio de um ano. Se o acusado cumprir as condições estabelecidas pela equipe de saúde responsável pelo tratamento, ao final desse ano, sem precisar admitir culpa, o processo é arquivado.

Ademais, Freitas, Bardou, e Silva (2004, <http://www.abjt.org.br>), através de dados extraídos da Central Nacional de Penas Alternativas – CENAPA esclarecem que

além de oportunizar uma alternativa para a real solução dos infratores envolvidos com drogas, o Programa da Justiça Terapêutica representa uma significativa redução de custos sociais: cada preso no sistema carcerário custa, em média R\$ 490,00/mês, enquanto que através do mecanismo de avaliação e controle proposto pelo Programa da Justiça Terapêutica o custo médio cai para R\$ 53,00/mês.

Partindo-se a um breve histórico da Justiça Terapêutica, tem-se que tal Programa teve como lampejos de inspiração a experiência norte-americana da doutrina das Cortes de Drogas, iniciada na cidade de Miami/Flórida, por meados da década de 90, tendo como ideia principal conduzir o infrator usuário de drogas a um tratamento monitorado ao invés do encarceramento.

No entanto, no tocante a relação da Justiça Terapêutica com as Cortes de Drogas, Silva, e Freitas (2008) citados por Weigert (2010, p.133) ensinam que

[...] existe um entendimento por parte de alguns profissionais, tanto da área do direito como da saúde, de que o programa brasileiro de Justiça Terapêutica, seria uma “cópia” do modelo norte americano, o que não corresponde à realidade. O modelo do Programa de Justiça Terapêutica é genuinamente brasileiro, tendo como fundamento doutrinário o Princípio da Atenção Integral do Estatuto da Criança e Adolescente, que data de 1990 (Grifado no original).

Muito embora a Justiça Terapêutica brasileira tenha fundamentos diversos das Cortes de Drogas norte-americanas, inegáveis são as suas semelhanças, seja no que se refere ao tratamento aos infratores dependentes químicos, seja em sua reinserção social visando a adoção de medidas diversas a prisão como meio eficaz de solução ao problema das drogas e da criminalidade.

Nesse passo tem-se que a Justiça Terapêutica teve sua origem fundamental no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90 e, segundo Bardou (2004) citado por Azevedo e Carvalho (2006, p. 208) afirma:

“pelo ECA, então, surgiu o balizamento para a aplicação de uma atenção integral, de orientação ou tratamento, igualmente aos adultos infratores relacionados com drogas. Significa dizer que o infrator adulto envolvido com o uso de drogas deve ser visto, também, em sua universalidade, ou seja, no aspecto jurídico, no aspecto de saúde e, se possível, em todas as decorrências sociais provenientes do uso, abuso ou depen-

dência química. Daí, que foi trasladada do Estatuto da Criança e do Adolescente para a área dos adultos a idéia (sic) da Atenção Integral. Começamos, assim, a trabalhar a filosofia do Estatuto da Criança e do Adolescente nas Promotorias e Varas Criminais como forma de enfrentamento ao problema dos adultos no binômio drogas/crime”. (Grifado no original).

Dessa forma, a partir do disposto nos princípios e artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente que foi possível a aplicação de medidas socioeducativas aos menores usuários de drogas que se encontravam em conflito à lei, prevendo a estes, tratamento e acompanhamento médico, psicológico e psiquiátrico, de acordo com a necessidade, caso a caso, além de suas inclusões em programas de auxílio e orientação a dependentes químicos.

Como implicação do que já era aplicado na área da infância e juventude, o Programa de Justiça Terapêutica passou a ser aplicado junto aos Poderes Judiciários de alguns Estados brasileiros, conjuntamente com profissionais da área da saúde e assistentes sociais, merecendo destaque os Programas dos Estados do Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Pernambuco e Goiás.

Assim, variados são os reais objetivos do Programa de Justiça Terapêutica, no entanto, o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco ([2000?], <http://www.tjpe.jus.br>), destaca:

[...]

- promover articulação junto às políticas sociais, municipal e estadual, visando a integração do infrator e de sua família em programas sociais
- promover estudos e pesquisas que contribuam na busca de formas alternativas de tratamento;
- recuperação biopsicosocial do infrator;
- evitar o encarceramento atenuando o inchaço do Sistema Penitenciário através de medidas de reinserção social diferenciada para dependentes psicoativos;
- executar determinação Judicial e acompanhamento do infrator dependente;
- assegurar o direito à cidadania e ao bem estar físico mental e social dos infratores envolvidos com drogas. (Assim mesmo, no original).

Além destes objetivos, também merece destaque alguns dos desígnios elencados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás ([2000?], <http://www.tjgo.jus.br>), que são:

[...]

- romper o binômio droga-crime, diminuir a reincidência criminal e reduzir a criminalidade;
- evitar a prisão e oferecer ao infrator a possibilidade de receber atendimento profissional especializado;
- promover o bem estar físico e mental dos infratores usuários de drogas; [...]
- reduzir o custo social, por ser a atenção à saúde menos cara e mais efetiva que o simples encarceramento;
- promover a paz social. (Assim mesmo, no original).

Assim, ao se propor tratamento ao criminoso dependente químico, não se está aqui apenas propondo uma medida não punitiva ao infrator, de modo a ser a escolha “mais fácil” para este, mas sim, efetiva recuperação, isto é, transformação de um tratamento que, muitas vezes, não é o objetivo principal daquele usuário infrator, em um meio capaz de gerar no “paciente” a vontade de obter alguma mudança em seu comportamento de vida, muitas vezes autodestrutivo, para uma “nova” vida saudável e com melhores condições e, nessa seara, segundo Silva, e Freitas (2008, <http://www.abjt.org.br>):

os infratores de menor potencial ofensivo que são usuários e/ou dependentes de drogas passam a ter, quase que “automaticamente”, através do Programa de Justiça Terapêutica, uma motivação para entrar em tratamento, desde que lhe é oferecida, após avaliação por equipe de saúde, a possibilidade de escolher entre fazer tratamento ou responder ao processo criminal. O Programa de Justiça Terapêutica também prevê que, uma vez atendidos os requisitos do tratamento, atestado pelo provedor de saúde, o infrator não ficará com antecedentes criminais.

Nessa esteira, o procedimento de tratamento aplicado aos indivíduos “beneficiados” com o Programa da Justiça Terapêutica é variável de acordo com cada Estado que aplicará o Programa. No entanto, o objetivo do tratamento é apenas um, a recuperação daquele infrator dependente químico, para deixe o seu vício e possa ter uma vida saudável, bem como proceder a sua reinserção na sociedade.

Uma vez decidido pelo Juiz da causa que para aquele acusado dependente químico será aplicado o Programa de Justiça Terapêutica, este usuário é encaminhado ao “setor da Justiça Terapêutica” presente em cada Comarca e, a partir de uma avaliação prévia, será encaminhado à instituição especializada que realizará o tratamento, o qual se dará sempre de acordo com as inópias de cada “paciente”, sendo tal tratamento acompanhado por médicos psiquiatras, psicólogos, assistentes sociais, pedagogos, bem como pelo juiz, através de relatórios que lhes serão entregues.

Para tanto, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás trás um satisfatório procedimento no que se refere ao tratamento aos infratores dependentes químicos que aderem ao Programa da Justiça Terapêutica. Tal procedimento foi inspirado no Programa de Justiça Terapêutica do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Nesse modelo, o próprio Poder Judiciário criou a chamada DAJ – Divisão de Apoio à Justiça Criminal, composta por uma equipe multidisciplinar, a qual tem como objetivo: “auxiliar o juiz na avaliação da necessidade do tratamento, na conscientização e responsabilização do agente quanto à sua condição, o tipo de intervenção a ser proposta e o momento mais oportuno”. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS, [2000?], <http://www.tjgo.jus.br>).

Assim, o tratamento previsto pelo Programa da Justiça Terapêutica, ao excelente exemplo do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, abarca uma série de cuidados, de forma a não existirem brechas no tratamento do “beneficiário”, visando sempre a finalidade do Programa, isto é, reabilitação do dependente de drogas, tanto em matéria de saúde, quanto judicial, seguida de sua reinserção social.

Dessa forma, através deste modelo já empregado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pode-se afirmar que o Programa de Justiça Terapêutica se trata, em verdade, de uma alternativa fática e juridicamente possível em nosso ordenamento jurídico pátrio, o que apenas reforça a sua justificativa social, buscando, através do tratamento ao dependente a diminuição da criminalidade e violência e, ao mesmo tempo, a recuperação social do indivíduo posto novamente no convívio em sociedade.

4. JUSTIÇA TERAPÊUTICA: UMA ALTERNATIVA JURIDICAMENTE POSSÍVEL AO SISTEMA CRIMINAL BRASILEIRO

É de suma importância para estudo da Justiça Terapêutica, bem como para a demonstração de sua adequação ao ordenamento jurídico pátrio, que o referido Programa tem como alicerces os direitos fundamentais humanos, assim previstos constitucionalmente, nos artigos 1º e 5º da Carta Maior de 1988.

Constituem tais direitos, em verdade, como

os mais absolutos, intocáveis e invioláveis direitos inerentes ao ser humano, vivente em sociedade democrática e pluralista, harmônica e solidária, regrada e disciplinada, voltada ao bem comum e à constituição e pujança do Estado Democrático de Direito. (NUCCI, 2010, p. 74)

Nesse aspecto, os direitos fundamentais à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana, ganham especial destaque no Programa de Justiça Terapêutica, uma vez que são essas garantias constitucionais que permitem a aplicação e efetividade do mesmo, já que a preocupação do Programa é precisamente lidar com um grave problema social enfrentado pela sociedade, qual seja o uso de drogas e a criminalidade.

Nesse passo, importante é salientar os aplicadores do Programa de Justiça Terapêutica, entre eles o Ministério Público, propondo o benefício ao infrator dependente de drogas, o defensor, incumbido de provar que ao seu cliente é cabível a aplicação da Justiça Terapêutica, o Juiz, que determinará se aquele infrator que praticou o delito sob influência de drogas será conduzido ou não a tratamento, e, em caso positivo, acompanhará este tratamento através de relatórios que prestarão as informações necessárias sobre o andamento e efetividade do programa àquele infrator, o terapeuta, que, em verdade, se trata de um grupo de profissionais que formam uma espécie de “equipe multidisciplinar” como médicos psiquiatras, pedagogos, psicólogos, assistentes sociais entre outros, responsáveis pelo tratamento em si, o perito, que elaborará o laudo pericial que indicará ao juiz se aquele infrator se trata ou não de dependente químico e o acusado, sujeito ativo da relação jurídico criminal que praticou o delito tendo as drogas relação direta ou indireta com a infração.

Além disso, a Justiça Terapêutica, como já reiterado, em sua forma basilar, aplica-se, em regra, aos delitos de menor potencial ofensivo relacionados direta ou indiretamente ao uso, abuso e dependência de drogas, crimes estes praticados como forma de o dependente/infrator conseguir mais drogas para consumo, ou mesmo, tendo estes entorpecentes sido utilizados como estimulantes à prática do crime, mas, de qualquer modo, sabe-se que na grande maioria dos casos, se o infrator não estivesse sob a influência e efeito de drogas, tal fato criminoso não se daria.

No entanto, muito embora o Programa de Justiça Terapêutica apresente como regra a sua aplicação aos delitos de menor potencial ofensivo, previstos no artigo 61 da Lei n. 9.099/1995 (contravenções penais e crimes cuja pena máxima não seja superior a 2 anos, cumulada ou não com multa), pode ser também aplicado aos infratores com incurso no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 (posse de drogas para o consumo pessoal) e, também, àqueles que cometeram outros delitos, nos quais haja vínculo entre o delito e o uso/abuso de drogas, principalmente em se tratando de aplicação da Justiça Terapêutica após a condenação do acusado (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS, [2000?]).

Desse modo, no tocante às infrações de menor potencial ofensivo, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás ([2000?], <http://www.tjgo.jus.br>) estabelece que

[...] nos crimes de menor potencial ofensivo o programa poderá ser aplicado como medida alternativa ao processo criminal, em que o autor do fato terá a possibilidade de escolha entre responder o processo ou se submeter à intervenção terapêutica autônoma ou cumulada com penas alternativas.

Nesses casos a proposta de intervenção terapêutica segue os mesmos princípios da fase conciliatória da Lei nº 9.099/95 e da Lei nº 11.343/06, uma vez que a aceitação do benefício não significa imposição de pena, admissão de culpa, reincidência ou antecedentes criminais. [...].

No que tange aos “outros” crimes em que a Justiça Terapêutica também pode ser aplicada, merece destaque o que expõe o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás ([2000?], <http://www.tjgo.jus.br>):

a aplicação da Justiça Terapêutica após a condenação é mais ampla, já que pode incidir em crimes com penas mais severas. A intervenção terapêutica, depois da sentença condenatória, é uma alternativa à segregação, visto que busca recuperar o infrator fora dos presídios. A proposta poderá ser apresentada de forma autônoma ou cumulada por ocasião da substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direito (artigo 44, CP), ou como condição para concessão de benefícios como livramento condicional, suspensão de pena, regime aberto domiciliar, ou outros que possam ser concedidos pelo Juiz.

Não obstante, percebe-se que a Justiça Terapêutica, quando aplicada a crimes diversos dos de menor potencial ofensivo, refere-se, assim, aos casos em que já houve uma condenação daquele infrator, sendo o Programa aplicado como um substituto legal a algum benefício que este recebeu em face da condenação, como por exemplo, no caso de substituir a pena privativa de liberdade pelo Programa de Justiça terapêutica ao invés das restritivas de direito ou aplicar ambos cumulativamente, ou mesmo por já ter cumprido parte de sua pena, como no livramento condicional cumulado à Justiça Terapêutica.

Em casos extremos e raros, a aplicação da Justiça Terapêutica pode também se dar nos casos de infrações com penas mais graves, contudo, tal situação só pode ocorrer no caso de ser deferido ao réu o benefício da liberdade provisória e, nesse aspecto, segundo o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás ([2000?], <http://www.tjgo.jus.br>):

é possível, ainda, inserir no programa da Justiça Terapêutica os infratores que praticaram crimes graves. Quando cabível o benefício da liberdade provisória, a intervenção terapêutica poderá ser aplicada como substitutivo da prisão provisória. [...]

Assim, a Justiça Terapêutica, apresenta um vasto rol de possibilidades de aplicação, de modo que as infrações devam ser cometidas tendo como fator determinante o envolvimento com o uso/abuso de drogas, devendo ser avaliado caso a caso a sua aplicação, sempre levando em consideração o papel do Programa, que visa tratar efetivamente e reduzir, dessa forma, a criminalidade.

Por derradeiro, no que se refere à aplicação na prática da Justiça Terapêutica, cabe salientar que tal Programa pode ser aplicado antes ou durante a instauração do processo criminal, depois da condenação e, em casos específicos, quando não há qualquer vinculação com o processo criminal, de forma a colaborar para a diminuição da criminalidade, violência e reincidência.

Referindo-se a aplicação da Justiça Terapêutica antes ou durante o processo criminal, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás ([2000?], <http://www.tjgo.jus.br>) informa que a mesma pode operar:

- na transação penal: nos crimes e contravenções penais de competência dos Juizados Especiais Criminais (artigo 76 da Lei nº 9.099/95).
- na suspensão condicional do processo: nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano (artigo 89 da Lei nº 9.099/95).
- como substituto da prisão provisória. (Assim mesmo no original).

Já após a condenação, segundo o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás ([2000?], <http://www.tjgo.jus.br>), a Justiça Terapêutica pode se inserir na

- Na suspensão condicional da pena (sursis) (artigo 77 do Código Penal).
- No livramento condicional (artigo 85 do Código Penal).
- Na substituição das penas privativas pelas restritivas de direitos (artigo 43 e 48, ambos do Código Penal). (Assim mesmo no original).

E, raramente, quando não há qualquer vinculação com o processo criminal que, segundo o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás ([2000?], <http://www.tjgo.jus.br>), tem o Programa aplicação

em todos os crimes, ainda que não tenha o infrator direito a benefícios que visem ao arquivamento ou suspensão do processo ou da pena, desde que a medida se mostre adequada para sua recuperação e tenha ele aderido ao tratamento.

[...]

Mesmo aqueles que não possuem direito a qualquer benefício e se mostrem interessados no tratamento, poderão ser admitidos. Nessas hipóteses, não existindo qual-

quer vinculação com o processo, a intervenção terapêutica irá contribuir de forma efetiva para a diminuição da reincidência e da criminalidade.

Ademais, o Programa de Justiça Terapêutica também pode ser aplicado no âmbito da infância e juventude, através das medidas protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990).

Assim, como forma de sustentar o estudo da Justiça Terapêutica, necessário se faz apresentar o rol de possibilidades em que o Programa pode se operar, bem como sua adequação ao sistema jurídico penal e processual penal brasileiro, mostrando, através das diversas possibilidades, a real efetividade do Programa de Justiça Terapêutica.

No âmbito da infância e juventude, a Justiça Terapêutica tem aplicação através das medidas protetivas previstas expressamente no Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente nos incisos V e VI do art. 101 do estatuto, uma vez que os próprios dispositivos preveem tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico e a inclusão desses adolescentes infratores em programas de auxílio, orientação e tratamento a dependentes químicos.

Assim, segundo Freitas, Bardou, e Silva (2004, <http://www.abjt.org.br>):

pode-se afirmar que os resultados positivos advindos da aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em especial aos autores de atos infracionais usuários de drogas, foi um referencial significativo para, a partir da legislação vigente, servir de inspiração para a proposta do Programa da Justiça Terapêutica.

Desse modo, pode-se referir que a Justiça Terapêutica é plenamente aplicável aos adolescentes toxicômanos que praticarem atos infracionais, visando, dessa forma, sua recuperação das drogas, seguido de sua conscientização do crime e, por fim, sua ressocialização.

Na transação penal, o programa pode ser aplicado em substituição à denúncia, incluindo a Justiça Terapêutica como um substituto legal, principalmente se a pena a ser aplicada na transação penal for a restritiva de direitos de limitação de fim de semana, nos termos do art. 72 e 76 da Lei 9.099/95.

Assim, a respeito do procedimento da transação penal, aplicando-se a Justiça Terapêutica, Silva et al (2004, <http://www.abjt.org.br>) informam que

perante o Juizado Especial Criminal e à vista do Termo Circunstanciado, nos crimes com pena restritiva de liberdade prevista de até dois anos, o Promotor de Justiça, de comum acordo com o Juiz e o Defensor, pode desde logo propor a aplicação de penas

restritivas de direito, como a prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana. Para a obtenção da efetividade desejada, ambas as medidas são acompanhadas de avaliação por equipe de saúde interdisciplinar, que propõe a intervenção terapêutica adequada (Transação Penal - Art. 76 da Lei nº 9.099/95).

aceita pelo acusado a proposta de transação, esta é homologada pelo Juízo e deverá ser cumprida, arquivando-se o processo, sem o registro de antecedentes criminais. descumprida a proposta, o Promotor de Justiça pode oferecer denúncia, instaurando o processo crime.

Portanto, o Programa de Justiça Terapêutica está inserido na pena restritiva de direito de limitação de fim de semana, de modo que, em havendo a aplicação da transação penal nos termos desta restritiva de direito, a Justiça Terapêutica poderá ser amplamente utilizada.

O programa também pode operar nos casos da restritiva de direitos de limitação de fim de semana, uma vez que o próprio instituto prevê a aplicação de cursos, palestras e outras atividades que auxiliem o condenado em sua recuperação e, nesse sentido, nada mais adequado do que aplicar um tratamento a este condenado dependente que praticou o delito tendo como principal influência a sua dependência em drogas.

Desse modo, sobre a ideal adequação desta pena restritiva de direito ao Programa de Justiça Terapêutica, Silva (2004, <http://www.abjt.org.br>) afirma que

[...] dentre as penas restritivas de direitos, a que melhor se adequa é a limitação de fim de semana, que permite a imposição de tratamento sob a forma de cursos, palestras e atividades específicas. A imposição dessa sanção não constará de certidão de antecedentes criminais do agente, pois, “acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos.” (Grifado no original).

Já no caso da suspensão condicional do processo, a Justiça Terapêutica encontra-se inserida no § 2º da art. 89 da Lei 9.099/95, onde “o juiz pode especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e a situação pessoal do acusado”, sendo que essa situação pessoal do acusado é justamente a sua dependência em drogas e assim, o Ministério Público pode ofertar a denúncia e propor a suspensão do processo, acrescentando entre uma das condições a intervenção terapêutica. (Grifo próprio).

Nesse exato sentido, Silva (2004, <http://www.abjt.org.br>) argumenta

todavia, “o juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado”. Essa cláusula alerta da lei autoriza o juiz do processo a estabelecer outras condições a que fica subordinada a suspensão. E é razoável a interpretação de que uma dessas outras condições possa ser a obrigatoriedade de o acusado se submeter a tratamento contra as drogas, exatamente dentro do conceito filosófico da Justiça Terapêutica.

No que se refere a sua aplicação fática, uma vez sendo cabível suspensão condicional do processo, segundo Silva et al (2004, <http://www.abjt.org.br>), a Justiça Terapêutica se dará da seguinte maneira:

- a. nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, o Promotor de Justiça pode oferecer a denúncia e propor a suspensão do processo por um período de dois a quatro anos. Nesse momento, o Juiz pode acrescentar a condição de intervenção terapêutica, como orientação, frequência (sic) a cursos e tratamento, em caso de dependência química (Suspensão condicional do processo/sursis processual – Art. 89, da Lei nº 9.099/95).
- a. aceita a proposta, o processo fica suspenso. Após cumpridas as condições acordadas, o processo é arquivado, sem o registro de antecedentes criminais.
- c. descumprida a proposta, pode ser retomado o processo crime ou aumentado o prazo de suspensão. (Assim mesmo no original).

No entanto, no livramento condicional, a Justiça Terapêutica poderá ser operada no momento da sentença que conceder o benefício do livramento condicional, trazendo as especificações das condições em que o réu ficará submetido, de forma que dentre essas especificações facultativas, pode-se incluir o Programa de Justiça Terapêutica, reforçando a reeducação já obtida pelo mesmo, nos termos do § 2º, do artigo 132, da Lei das Execuções Penais, onde “*poderão ser impostas ao liberado condicional, entre outras obrigações as seguintes*”, ou seja, ampliando assim este rol para a Justiça Terapêutica. (Grifo próprio).

Assim, conforme Prado (2010, p. 317)

a sentença concessiva do livramento condicional deverá especificar as condições – obrigatórias e facultativas – a que fica subordinada a outorga do benefício. Tais condições e obrigações, aliadas à proteção e à observação cautelar, contribuem sobremaneira para que seja paulatinamente efetuada a reinserção social do condenado.

Já no que se refere à suspensão condicional da pena ou *sursis*, o Programa de Justiça Terapêutica restará estabelecido na sentença, em forma de uma condição, de modo a determinar ao acusado o cumprimento da medida terapêutica, suspendo, assim, a execução da pena, para o posterior encaminhamento deste ao estabelecimento adequado que fará o tratamento propriamente dito. Cumprida a condição e finalizado o prazo da suspensão, estará extinta a pena privativa de liberdade, sendo importante frisar que, descumpridas as condições, a suspensão poderá ser revogada e o acusado retornará ao cumprimento normal da pena privativa de liberdade.

Nesse sentido, Prado (2010, p. 307) informa que

o juiz poderá, por exemplo, determinar que o beneficiário da suspensão condicional da pena frequente curso de habilitação profissional ou de instrução escolar, atenda os encargos de família ou **se submeta a tratamento de desintoxicação [...]**. (Grifo próprio)

Assim, tendo em vista que conforme o artigo 79 do Código Penal: “A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado”, para SILVA (2004, <http://www.abjt.org.br>): “se o condenado praticou o crime envolvido com drogas, é de todo recomendável que a condição judicial a ser estabelecida deva ser a obrigatoriedade de o agente se submeter a tratamento, sujeito a fiscalização judicial”.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo teve como finalidade demonstrar a possibilidade de aplicação da Justiça Terapêutica como uma alternativa jurídica a dois grandes problemas que vem sendo enfrentados pelas sociedades ao longo dos anos: as drogas e a criminalidade.

Dessa forma, percebe-se pelo todo exposto do trabalho, que o ordenamento jurídico brasileiro permite o oferecimento e a aplicação da Justiça Terapêutica, sem que haja a necessidade de criação de nenhuma lei para sua implementação. Isso se dá, principalmente através de sua conjugação com os dispositivos legais já existentes na legislação brasileira ou até mesmo de forma autônoma, por meio da fiscalização do Estado, observando, sempre, os requisitos e limites estabelecidos em lei.

Ademais, a Justiça Terapêutica diminui a reincidência no uso de drogas, pois oferece efetivo tratamento ao dependente, promove a pacificação social, revela-se como uma alternativa ao sistema carcerário, que, como de forma reiterada no presente estudo, encontra-se em “declínio”, diminuindo os custos do Estado com a ma-

nutrição dos presídios, absolutamente inadequados à busca da ressocialização, atingindo, dessa maneira, a total recuperação social do delinquente.

Igualmente, observou-se no presente artigo que a Justiça Terapêutica é uma marcha no longo caminho de ajuste e modernização que a legislação brasileira sofreu no decorrer dos anos, de modo que esta não busca simplesmente “proteger” o infrator, mas sim, regularizar a desigualdade social gerada pela absoluta falta de condições mínimas dos presídios brasileiros, tratando ao invés de prender quem realmente necessita dessa intervenção.

Assim, conclui-se que a Justiça Terapêutica se trata, em verdade, de uma alternativa jurídica real e eficaz, ao sistema penal brasileiro, de redução à criminalidade relacionada ao uso desenfreado de drogas, uma vez que age diretamente na raiz do problema, tratando o delinquente de sua doença e, dessa forma, diminuindo-se a prática criminosa e, conseqüentemente, promovendo a recuperação social do indivíduo, tornando-o um legítimo cidadão, pronto para o convívio, novamente, em sociedade.

6. REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Tarso. *Almanaque das drogas*. São Paulo: Leya, 2012.
- BARDOU, L. A. P.; FREITAS, C. S. C.; SILVA, R. de O. *Justiça Terapêutica: uma estratégia para a redução do dano social*. Disponível em: <<http://www.abjt.org.br/ind ex.php?id=99&n=79>>. Acesso em: 26 maio 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- CARVALHO, S.; AZEVEDO, R. G. (Org.). *A crise do processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal*. Porto Alegre: Notadez, 2006.
- DORNELLES, Marcelo Lemos. A constitucionalização do artigo 28 da Lei 11.343/06 e a sua natureza jurídica. In: CALLEGARI, A. L.; WEDY, M. T. (Org.). *Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 205-221.
- DUNN, J.; LARANJEIRA, R.; JUNGGERMAN, F. *Drogas, maconha, cocaína e crack*. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2003.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- FREITAS, C. S. C.; SILVA, R. de O. *Justiça terapêutica: um programa judicial de redução do dano social*. Disponível em: <<http://www.abjt.org.br/index.php?id=99&n=158>>. Acesso em: 26 maio 2012.

- GERSON, Fernando. O novo sistema nacional de políticas públicas sobre drogas e a flexibilização do modelo criminal repressivo. In: CALLEGARI, A. L.; WEDY, M. T. (Org.). *Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 133-151
- GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Penas alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal, doutrina, casuística, conexões, lógicas com vários ramos do direito*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SILVA, Ricardo de Oliveira. *Usuário de drogas: prender ou tratar?* Disponível em: <<http://www.abjt.org.br/index.php?id=99&n=137>>. Acesso em: 21 out. 2012.
- SILVA, R. de O. et al. *Justiça terapêutica: perguntas e respostas*. Disponível em: <<http://www.abjt.org.br/index.php?id=99&n=85>>. Acesso em: 28 out. 2012.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. *Justiça Terapêutica*. Disponível em: <http://www.tjgo.jus.br/docs/institucional/projetoseacoes/justicaterapeutica/DOC_cartilha_divulgacao.pdf>. Acesso em: 07 set. 2012.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. *Programa destinado a recuperação e socialização do infrator usuário de drogas*. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/justerap/apresentacao.asp>>. Acesso em: 08 set. 2012.
- WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Uso de drogas e sistema penal: entre o proibicionismo e a redução de danos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO NOS DELITOS ABARCADOS PELA LEI MARIA DA PENHA

Raquel Radke Kliemann⁹

Eduardo Ritt¹⁰

RESUMO

O presente artigo trata acerca da possibilidade da aplicação da suspensão condicional do processo nos delitos abarcados pela Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06). Pretendeu-se, inicialmente, apresentar as características do *sursis* processual, previsto no texto da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9/099/95), como também restaram expostos os aspectos relevantes da Lei Maria da Penha, ocasião em que, com fulcro no que preconiza a legislação e a prática processual, se avaliou a possibilidade da aliança de dois institutos aparentemente incompatíveis. Partindo-se do pressuposto que o artigo 41 da Lei 11.340/06 vedou expressamente a aplicação da Lei 9.099/95 nos delitos sob o seu pálio, foi de suma importância compreender o que, de fato, pretendeu o legislador com tal proibição, tendo, finda a análise, com fulcro nas mais diversas posições doutrinárias e jurídicas, se averiguado que não há óbice algum para a aplicação da suspensão condicional do processo no âmbito da Lei Maria da Penha. Para tanto, foi utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

9 Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS. E-mail: raquel-k@hotmail.com.

10 Professor das disciplinas de Direito Penal e Processo Penal do Curso de Direito e nas Especializações (presencial e EAD) em Direito Penal e Processual Penal da Universidade de Santa Cruz do Sul/RS (UNISC). Promotor de Justiça Criminal em Santa Cruz do Sul/RS. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS (UNISC). Autor de vários artigos jurídicos e do livro O Ministério Público como Instrumento de Democracia e Garantia Constitucional, publicado pela Livraria do Advogado Editora, 2002. Coautor do Livro Estatuto do Idoso: aspectos sociais, criminológicos e penais, editado pela Livraria do Advogado Editora, 2008, em conjunto com Caroline Fockink Ritt. E-mail: eduardoritt@mp.rs.gov.br.

dencial que consistiu, basicamente, na captação de dados e análise crítica e reflexiva das principais contribuições sobre o tema em materiais já publicados.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha; suspensão condicional do processo; Lei dos Juizados Especiais; violência doméstica; compatibilidade.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo é referente à possibilidade da aplicação da suspensão condicional do processo, benefício previsto na Lei dos Juizados Especiais, - Lei 9.099/95 - nos delitos em que incide a Lei Maria da Penha - Lei 11.340/06.

A suspensão condicional do processo, enquanto forma de despenalização e alternativa a jurisdição punitiva, suaviza a resposta penal quando evita ou reduz o uso da pena de prisão, ao passo que a Lei Maria da Penha pune com severidade os delitos envolvendo violência contra a mulher no seu ambiente doméstico, familiar ou de intimidade, criando mecanismos mais rígidos para coibir tais agressões.

Tendo em vista a brandura da resposta penal oferecida pelos institutos da Lei 9.099/95, a Lei Maria da Penha interpretou que estaria ocorrendo uma banalização do crime praticado com violência contra a mulher, decidindo por vedar, de forma expressa e taxativa, através de seu artigo 41, a aplicação da Lei dos Juizados Especiais no âmbito da violência feminina, ocasionando o afastamento da suspensão condicional do processo, vez que tal benefício está disciplinado no texto daquela lei.

Porém, não se deve promover exegese precipitada, mas antes interpretação contextualizada de tal comando, já que não se sabe ao certo se o legislador pretendeu afastar a incidência de toda a Lei 9.099/95, ou simplesmente evitar a banalização do crime praticado contra a mulher, decorrente da brandura da resposta penal proposta por tal legislação, tendo em vista que a suspensão condicional do processo tem aspecto instrumental diferenciado se comparada com o restante dos institutos previstos na Lei dos Juizados Especiais.

Nessa seara, por mais que haja a expressa vedação do artigo 41, será avaliada a possibilidade da aplicação da suspensão condicional do processo naqueles delitos abarcados pela Lei Maria da Penha, com fulcro no que preconiza a lei e a prática processual, vez que é essencial compreender o que pretenderam os doutrinadores e juristas quando tomaram sua posição, sendo nítido que há uma preocupação com a

solução da violência feminina de forma efetiva, implicando, desta feita, em debates tão intensos e diversificados quanto à questão do melhor caminho para a solução deste conflito.

Sem dúvida o assunto é complexo e de extremo interesse social e jurídico, já que tem em seu âmago a preocupação com o fenômeno da violência contra a mulher, tema tão atual e instigante que atinge milhares de mulheres do mundo inteiro, como também analisa a possibilidade da aliança de dois institutos aparentemente incompatíveis.

De qualquer sorte, analisar a possibilidade da combinação de um benefício que impõe medidas despenalizadoras com uma lei que busca a todo custo reprimir de forma mais severa qualquer delito envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, é de suma importância em um cenário de posições doutrinárias e judiciais tão divergentes, sendo imprescindível verificar se a vedação ora referida tem relação com a Lei 9.099/95 como um todo, tendo englobado o instituto em tela por mera causalidade do mesmo estar inserido naquele diploma legal.

Ao leitor, em um primeiro momento, será apresentado o instituto da suspensão condicional do processo, ocasião em que serão exploradas as características deste microsistema penal e as consequências de sua aplicação.

Na segunda etapa da leitura, será introduzida a Lei Maria da Penha e expostos os fatos históricos que motivaram a sua criação, bem como a novel lei garantiu uma legislação específica com mais rigor, implicando em um novo tratamento à violência doméstica.

Por fim, será verificada a possibilidade da aplicação da suspensão condicional do processo nos delitos em que incide a Lei 11.340/06, ocasião em que serão apresentadas as controversas correntes existentes sobre o tema e as mais diversas interpretações acerca do assunto, como também serão expostos os entendimentos que apoiam e condenam a utilização do benefício da Lei 9.099/95 nos delitos abarcados pela Lei 11.340/06.

Finalizando a leitura, será exposto como a questão vem sendo aplicada pelo Tribunal de Justiça Gaúcho e pelos Tribunais Superiores como forma de solução de conflitos domésticos, extraíndo-se as justificativas dos julgadores para a formação de opinião, ocasião em que poderá se concluir acerca da possibilidade de aliança entre o instituto da suspensão condicional do processo e a Lei Maria da Penha.

Para tanto, o presente estudo se baseará em uma pesquisa exploratória, a qual tem como objetivo proporcionar maior familiaridade com a Lei Maria da Penha e com o instituto da suspensão condicional do processo, tornando as características de ambos mais explícitas, ocasião em que será analisada a possível aliança entre os mesmos.

Nesta oportunidade, será utilizado o método de pesquisa o hermenêutico, vez que o tema do presente trabalho será, além de puramente interpretado, compreendido de forma crítica e reflexiva, buscando um sentido por detrás de cada opinião que vier aqui a ser exposta acerca da possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo nos delitos abarcados pela Lei Maria da Penha.

Para a captação de dados, será realizada pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, pelas quais serão analisadas as principais contribuições sobre o tema em materiais já publicados.

2. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

2.1 Apresentação do instituto penal

Inscrito no artigo 89 da Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), o instituto da suspensão condicional do processo foi uma novidade introduzida no ordenamento jurídico, a qual passou a disciplinar que

nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 ano (podendo, pois, ser de detenção ou reclusão), o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado pro outro crime e desde que presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena, quais sejam: não seja reincidente em crime doloso e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, autorizem a concessão do benefício (GRECO FILHO, 2009, p. 370).

Em outras letras, o curso do processo poderá ser interrompido, com a imposição de uma série de condições ao agraciado, durante um período de tempo, o que acarretará, em regra, a extinção da punibilidade. De acordo com Bonfim (2007, p. 521),

trata-se de um instituto jurídico que se amolda ao modelo de justiça criminal consensual instituído pela Lei n. 9.099/95, possuindo nítido caráter despenalizador. É certo que aquele que preencher os requisitos ou pressupostos legais, ao concordar com a suspensão, ficará submetido a um período probatório, em que serão restringidos alguns de seus direitos, mas, em contrapartida, não será submetido aos estigmas de um processo criminal, podendo, ao final, ser declarada extinta a punibilidade.

Como bem disciplinou o teor do artigo 89, por mais que o instituto esteja previsto na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, nada impede que a suspensão condicional do processo seja aplicada - além de todos os delitos e contravenções referidos no artigo supra - sobre aqueles descritos no Código Penal ou em leis especiais, com exceção da Justiça Militar, sendo de competência de todos os juízes e não somente daqueles do Juizado Especial Criminal, porém sempre atentando à presença dos requisitos legais e a regra de classificação prevista no artigo 89 desta lei.

Portanto,

apesar da alusão a “crime” no texto da lei, a possibilidade de suspensão abrange, também, as contravenções e, portanto, a pena de prisão simples, se quanto a estas não se alcançou solução diferente, como, por exemplo, a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (art. 72 da Lei 9.099/95) (GRECO FILHO, 2009, p. 372, grifado no original).

Assim, tem-se que a suspensão condicional do processo se trata de um microsistema previsto na Lei 9.099/95, sendo uma alternativa à jurisdição punitiva, um instituto que suaviza a resposta penal, evitando ou reduzindo o uso da pena de prisão, porém mantendo intocado o caráter criminoso da infração.

Nas palavras de Capez (2009, p. 554) o *sursis* processual é um

instituto despenalizador, criado como alternativa à pena privativa de liberdade, pelo qual se permite a suspensão do processo, por determinado período e mediante certas condições. Decorrido esse período sem que o réu tenha dado causa à revogação do benefício, o processo será extinto, sem que tenha sido proferida nenhuma sentença.

Mais do que isso, a criação do microssistema, significou verdadeira revolução no sistema processual brasileiro e passou a oferecer efetividade ao comando constitucional.

Nas palavras de Tourinho Neto (2009, p. 735),

a suspensão condicional do processo não beneficia tão-somente o réu, mas, também, a Justiça e a sociedade. Livra o réu de um tormento, que é o processo; facilita a prestação jurisdicional, com a diminuição de processos; e diminui os gastos do tesouro, beneficiando a sociedade.

Medida despenalizadora, possibilitou a aplicação da pena mesmo antes do oferecimento da acusação e sem discussão da culpabilidade, como também agilizou o julgamento dos crimes, proporcionado, à Justiça, maior celeridade, com a diminui-

ção da incidência de prescrição, emprestando, por fim, maior credibilidade ao Poder Judiciário (DIAS, 2007).

3. A LEI MARIA DA PENHA

3.1 Apresentação do diploma legal

Se por um lado a Lei 9.099/95 foi inovadora nas medidas despenalizantes, não se mostrou capaz de responder satisfatoriamente aos delitos perpetrados com violência no ambiente doméstico ou familiar, vez que recepcionou o discurso minimalista da criminologia, apresentando, assim, um déficit teórico pela não recepção da vitimologia (CAVALCANTI, 2010).

Tendo em vista o abarrotamento das varas e comarcas criminais, com procedimentos vagarosos e resultados imprecisos, sobrecarregando as autoridades e prejudicando a imagem da justiça frente à opinião pública, a Lei dos Juizados Especiais, inspirada praticamente no desafogamento da justiça brasileira, acabou basicamente esquecendo a vítima no contexto criminal.

Já que a maior parte conflitos ocorridos no âmbito das relações domésticas ou familiares envolve normalmente aqueles delitos em que a pena cominada não é superior a dois anos, os juizados especiais vinham julgando tais crimes, repercutindo em uma banalização da violência doméstica, com a completa inobservância da participação da vítima e de seus direitos.

Sob tal perspectiva, a lei foi considerada imprópria para o julgamento daqueles delitos praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo justificativa suficiente para que se repensasse em uma legislação específica que retirasse estes crimes do rol de delitos menor potencial ofensivo.

Destarte, considerando que os mecanismos oferecidos pela resposta penal tradicional isolada eram insuficientes e ineficazes, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a Lei 11.340, datada de 07 de agosto de 2006, a qual inaugurou um novo modelo de intervenção, pautado na doutrina da proteção integral da mulher em situação de violência doméstica.

O novo diploma legal

[...] representa uma ousada proposta de mudança cultural e jurídica a ser implantada no ordenamento jurídico brasileiro e busca alcançar a erradicação da contumaz violência praticada principalmente por homens contra mulheres com quem mantém vínculos de

natureza afetiva, com uma significativa parcela de casos envolvendo agressões praticadas no âmbito das relações domésticas e familiares (SOUZA, 2007, p.11).

A Lei Maria da Penha criou mecanismos mais rígidos, almejando uma eficácia mais plena na coibição da violência doméstica e familiar contra a mulher, concretizando, assim, a norma constitucional do § 8.º do artigo 226 da Carta Magna: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Assim, a ofendida passou a contar com um valioso estatuto, que além do caráter repressivo, cumpre a função de prevenção e assistência, criando mecanismos aptos a impedir essa nova espécie de violência, ou seja, aquela praticada contra a mulher, no seu ambiente doméstico, familiar ou de intimidade.

3.2 Aspectos históricos

A violência doméstica não é um fato recente. Durante séculos a mulher foi posta em uma situação de inferioridade, “sempre relegada a um segundo plano, posicionada em um grau submisso, discriminada e oprimida, quando não escravizada e objetificada” (PORTO, 2012, p. 12).

Há anos perdura a árdua luta pela igualdade de gênero, vez que ao longo da história, pouco foi feito para transformar esta realidade cultural, de modo que a impunidade se transformou em um dos fatores da proliferação da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Porém, como bem lembra Porto (2012, p. 15),

desde a criação de organismos internacionais de defesa dos direitos humanos, surgidos, notadamente, no pós-guerra, estas reivindicações generalizadas passaram a ser consagradas, programaticamente, em convenções internacionais, às quais vão aderindo as nações que, a partir da ratificação, se comprometeram a introduzir na legislação interna aqueles postulados contidos na convenção internacional.

Muito embora tendo o Brasil ratificado os tratados e convenções internacionais, se comprometendo com a elaboração de uma legislação relacionada ao assunto, o Código Penal e a Lei dos Juizados Especiais continuavam sendo os responsáveis pela resolução dos casos de violência doméstica, já que não havia nenhuma legislação específica, ainda que fosse considerada violação dos direitos humanos. Não houve mudança de relevo, e as infrações prosseguiram classificadas como de

menor potencial ofensivo, não sendo as alterações suficientes para efetiva melhora das condições da mulher.

Contudo, a criação de uma lei mais rígida somente se concretizou no momento em que o Brasil ficou exposto internacionalmente e chamou a atenção de todos os órgãos de defesa dos Direitos Humanos em relação à forma como vinha sendo tratada, no país, a violência contra a mulher, quando Maria da Penha Maia Fernandes não se calou frente à violência sofrida e lutou contra o sistema que não lhe garantia o direito à dignidade humana.

Maria da Penha Maia Fernandes, biofarmacêutica, no dia 29 de maio de 1983, em Fortaleza/CE, foi atingida por um tiro de espingarda desferido por então seu marido, o economista Marco Antônio Heredia Viveiros, restando paraplégica. Como se não bastasse, o companheiro tentou eletrocutar a ofendida por meio de uma descarga elétrica, enquanto a mesma se banhava.

Durante período quase infundável, o agressor finalmente restou condenado por tentativa de homicídio em setembro de 2002, porém cumpriu apenas dois anos de prisão. Não satisfeita, Maria da Penha Maia Fernandes recorreu a Comissão interamericana de Direitos Humanos, órgão integrante da OEA, o qual condenou o Estado Brasileiro pela delonga no processo penal de responsabilização do agressor, como também o país foi questionado pelo descumprimento dos tratados ratificados, o que desobedecia a todas as orientações dos principais tratados internacionais de Direitos Humanos.

Como bem apontou Porto (2012, p. 09),

a corajosa atitude de haver recorrido a uma Corte Internacional de Justiça transformou o caso da Sra. Maria da Penha Maia Fernandes em acontecimento emblemático, pelo que se configurou baluarte do movimento feminista na luta por uma legislação penal mais rigorosa na repressão aos delitos que envolvessem as diversas formas de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Como resultado, o Estado brasileiro foi multado em vinte mil dólares em favor de Maria da Penha Maia Fernandes e, ainda, responsabilizado por negligência e omissão frente a todos os casos de violência doméstica.

Dessa forma, o Brasil foi alertado a tomar providências urgentes relacionadas à violência contra a mulher, tendo enfim aportado no sistema jurídico pátrio, uma lei específica de combate às diversas formas de violência doméstica contra a mulher: a Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006, batizada de Lei Maria da Penha.

3.3 Aspectos materiais da Lei Maria da Penha

Com a entrada em vigor do novo diploma legal, as mudanças se deram, pelo menos tecnicamente, de forma bastante ampla, contudo deixando claro que não se criaram novos tipos penais, apenas foram inseridos dispositivos complementares de tipos preestabelecidos, com caráter especializante, em referência aos quais excluiu benefícios despenalizadores, alterou penas, estabeleceu nova majorante e agravante e engendrou inédita possibilidade de prisão preventiva (PORTO, 2012).

Em razão de sua vigência, têm-se versões especiais de crimes praticados em situação de violência doméstica ou familiar contra a mulher, delitos em situações específicas que, como se sabe, prevalecem sobre as formas gerais, tendo em vista o princípio da especialidade esculpido no artigo 12 do Código Penal Brasileiro (PORTO, 2012).

Dias (2007, p. 98) foi esclarecedora quanto à interpretação da Lei Maria da Penha:

a Lei Maria da Penha – mais do que uma lei -, é um verdadeiro estatuto: criou um microssistema visando coibir a violência doméstica, precioso estatuto, não somente de caráter repressivo, mas, sobretudo, preventivo e assistencial. Nítido seu colorido de natureza criminal, ao tratar com mais rigor as infrações cometidas contra a mulher, no âmbito da família, na unidade doméstica, ou em qualquer relação íntima de afeto. Para atender aos seus propósitos, foram introduzidas alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal. Porém, não houve a previsão de novos tipos penais, limitando-se o legislador a inserir mais uma agravante, uma majorante e a alterar a pena do delito de lesões corporais. Também foi admitida mais uma hipótese de prisão preventiva, além de ter sido permitida a imposição ao agressor, em caráter obrigatório, do comparecimento a programa de recuperação e reeducação.

De qualquer forma, é preciso concordar que, ao especializar tipos penais preexistentes, com a peculiaridade complementar da violência doméstica, os principais delitos atingidos foram os de médio e menor potencial ofensivo, contemplados pela Lei 9.099/95, ao passo que nos crimes de maior potencial ofensivo ou hediondos, as alterações são menos significantes, vez que se atém a incidência de uma agravante genérica e a possibilidade de aplicação de medidas protetivas de urgência, as quais se associam a previsão de prisão em flagrante do agressor e decretação de prisão preventiva, constituindo, este amplo bojo, as principais características inovadoras da nova Lei (PORTO, 2012).

3.4 Da constitucionalidade do artigo 41 da Lei 11.340/06

O artigo 41 da Lei Maria da Penha nada mais fez do que firmar o entendimento de que os delitos perpetrados com violência doméstica e familiar contra a mulher não eram de menor potencial ofensivo, pouco importando a quantidade de pena imposta, motivo pelo qual não se submeteriam ao disposto na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, quando preceituou que: “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

Inicialmente, frequentes eram as discussões acerca da constitucionalidade deste artigo, sob o fundamento de que seu texto legal ofenderia o disposto no artigo 89 da Lei 9.099/95 e afrontaria o preceito constitucional do inciso I, do artigo 98 da Lei Suprema, que prevê a criação de Juizados Especiais para julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo.

Assim entendeu Machado (2009, p. 231) quando afirmou que

[...] a norma contida no art. 41 da Lei nº 11.340/06, que exclui a competência dos Juizados Especiais nos crimes de violência doméstica e familiar praticados contra a mulher, é claramente inconstitucional. Isso porque a competência desses Juizados para o julgamento das infrações de menor potencial ofensivo está definida pela CF; trata-se, portanto, de competência material absoluta.

Porém, CAVALCANTI (2010, p. 193) destaca que uma breve leitura do inciso I do artigo 98 da Carta Maior,

[...] já basta para demonstrar que cabe à lei infraconstitucional estabelecer quais as infrações penais sujeitas à transação e aos demais institutos despenalizantes da Lei n.º 9.099/95. Aliás, é a própria lei infraconstitucional que define quais as infrações penais de menor potencial ofensivo e, portanto, da alçada do Juizado Especial Criminal: art. 61, da Lei n.º 9.00/95, com redação dada pela Lei n.º 11.313/06.

Os Promotores de Justiça Cunha e Pinto (2012, p. 191, grifado no original) da mesma maneira insistiram que

a Constituição criou, de forma genérica, juizados especiais para julgamento de causas cíveis e criminais, de menor complexidade e potencial ofensivo. A definição, contudo, do que ver a ser uma *infração de menor potencial ofensivo*, é algo que cabe ao legislador infraconstitucional indicar. E de fato, o fez. Inicialmente por meio da Lei 9.099/95

e, posteriormente, com a Lei 11.313/06, que ampliou o conceito de *infração de menor potencial ofensivo*.

Doutra banda, havia a argumentação de que o referido artigo ofenderia o princípio da isonomia, pois trataria de forma diversa homens e mulheres, como pontuou Santin (2006), citado pelos servidores públicos de São Paulo/RS, Cunha e Pinto (2012, p. 33, grifado no original):

como se vê, a pretexto de proteger a mulher, numa pseudopostura ‘politicamente correta’, a nova legislação é visivelmente discriminatória no tratamento de homem e mulher, ao prever sanções a uma das partes do gênero humano, o homem, pessoa do sexo masculino, e proteção especial à outra componente humana, a mulher, pessoa do sexo feminino, sem reciprocidade, transformando o homem num cidadão de segunda categoria em relação ao sistema de proteção contra a violência doméstica, ao proteger especialmente a mulher, numa aparente formação de casta feminina.

Contudo, de outro lado, se sustentou que a regra de igualdade é tratar desigualmente os desiguais, não se podendo olvidar que os casos mais graves devem ser analisados com o devido rigor, isto porque a mulher, ao sofrer violência no lar, encontra-se em situação desigual perante o homem.

Conforme Porto (2012, p. 31, grifado no original),

esta “desigualdade” de tratamento seria inconstitucional não estivesse justificada racionalmente em uma diferença entre os gêneros masculino e feminino, verificável empiricamente. Deste modo, a razão que informa a Lei 11.340/06 situa-se em uma suposta superioridade de forças do homem sobre a mulher e em uma nefanda realidade construída cultural e historicamente, em que o homem hierarquizou relações, posicionando-se nos lugares predominantes da estrutura social, com o que se determinaram a submissão e a discriminação contra a mulher. Como já se salientou, está superioridade geral masculina é muito clara quando se trata de força física, do potencial de intimidação e da superioridade hierárquica, no seio familiar, econômico e social, que o homem, como regra, possui sobre a mulher, eis a razão que inspira, em sua totalidade, a Lei 11.340/06.

Diante da polêmica instaurada, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no julgamento do *Habeas Corpus* n. 106212, no dia 24 de março de 2011, declarou, por unanimidade, a constitucionalidade do disposto no artigo 41 da Lei 11.340/06, afastando de forma definitiva e taxativa a aplicação da Lei 9.099/95

quanto aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, tornando impossível a aplicação dos institutos despenalizadores nela previstos, inclusive da suspensão condicional do processo.

Os ministros garantiram que a lei veio justamente com o objetivo de endurecer as penas e medidas com relação à violência doméstica contra a mulher, não podendo ser desvalorizada quanto a sua importância.

De qualquer sorte, a Lei 11.340/06 procurou criar mecanismos eficazes para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil, estabelecendo diretrizes para a prevenção e punição de tais delitos, buscando principalmente assegurar a proteção integral da vítima.

Contando com uma estrutura específica para atender a complexidade do fenômeno da violência doméstica, não há dúvida de que o texto constituiu um avanço para a sociedade brasileira, representando um marco permanente na história da proteção conferida às vítimas, se consagrando em um novo microsistema jurídico de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher (CAVALCANTI, 2010).

4. APLICAÇÃO DO SURSIS PROCESSUAL NO ÂMBITO DA LEI 11.340/06

Após analisar o teor do artigo 41 da Lei Maria da Penha, haveria evidente incompatibilidade entre tal legislação e o instituto da suspensão condicional do processo.

Enquanto que o *sursis* processual é caracterizado pela despenalização, a Lei 11.340/06 pune com severidade os delitos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher.

Assim, por mais que o instituto da suspensão condicional do processo tenha aplicação ampla no âmbito do direito penal brasileiro, a Lei Maria da Penha entendeu que a aplicação dos benefícios dos Juizados Especiais acarretava numa banalização do crime praticado contra a mulher, decorrente da brandura da resposta penal oferecida por aquela legislação.

Então, foi por esta razão que o artigo 41 da Lei Maria da Penha decidiu vedar expressa e taxativamente o enquadramento dos institutos da Lei 9.099/95 no âmbito da violência doméstica e familiar feminina, ocasionando o afastamento da suspensão condicional do processo, vez que tal instituto está disciplinado no texto daquela lei.

Porém, a doutrina e a jurisprudência têm divergido muito neste sentido, ao passo que há entendimentos que insistem que o benefício resolveria os conflitos de forma mais adequada, como também existe aqueles que acreditam que sua aplicação geraria impunidade e um tratamento muito brando aos agressores.

No âmbito de inúmeros debates que precederam à Lei 11.340/06, estabeleceu-se tal polêmica, a qual questiona se os mecanismos propostos pelo Juizado Especial Criminal são satisfatórios para conter a violência contra a mulher ou, se ao contrário, há a necessidade de adoção de medidas mais específicas para solução da questão.

4.1 Da universalidade do *sursis* processual

Inicialmente, tem-se que “o art. 89 contém uma norma de superdireito, aplicável a todos os delitos, tendo sido colocado na Lei 9.099/95 por simples aproveitamento do legislador”. (DAMÁSIO DE JESUS, 2012, p. 58).

Sustenta-se, de acordo com alguns doutrinadores e julgadores, que a taxatividade da proibição da aplicação do instituto no âmbito da Lei Maria da Penha se deu em razão da inserção equivocada da suspensão condicional do processo no microsistema dos Juizados Especiais, que atribuem à suspensão condicional do processo o caráter despenalizador e por isso há a negativa da sua aplicação nos crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher.

Assim,

mesmo para aqueles que entendam pela afastabilidade radical da Lei 9.099/95 em todas as hipóteses de violência doméstica, tratamento diferenciado há de ser dado às hipóteses de suspensão condicional do processo, pois seu cabimento ultrapassa as infrações penais de menor potencial ofensivo, o rito sumaríssimo e possui base legal diferenciada da composição civil e da transação criminal (GIACOMOLLI, 2009, p. 74).

A ênfase está para o fato que o instituto é, antes de tudo, processual, com aplicação estendida para todo o ordenamento jurídico, tendo o legislador se antecipado quando trouxe a possibilidade da suspensão condicional do processo no texto da Lei 9.099/95, causando a impressão de que seria previsão exclusiva do âmbito da Lei dos Juizados.

De acordo com algumas correntes, o *sursis* processual tem na Lei 9.099/95 apenas seu *locus* normativo, não sua razão. Assim, é dotado de universalidade, com aplicação estendida aos delitos previstos na legislação comum e especial, longe de abarcar somente os crimes de menor potencial ofensivo, podendo, consequentemente, ser aplicado nos crimes onde incide a Lei Maria da Penha.

Na percepção de Tourinho Filho (2009, p. 671),

tratando-se de violência contra a mulher, uma vez que o art. 41 da Lei n. 11.340/2006 veda, em qualquer caso, a aplicação da Lei n. 9.099/95, à primeira vista parece não poder ser aplicada a regra do art. 89 deste diploma. Mas, como se trata de norma híbrida, com profundo caráter penal, temos dúvida a respeito da sua constitucionalidade.

Dessa maneira, percebe-se que, na maior parte das referências doutrinárias ou jurisprudenciais, a vedação ora referida se dá de forma mais expressa e direta em relação à Lei 9.099/95 como um todo, englobando o instituto do *sursis* por mera causalidade deste estar inserido naquele diploma legal.

Assim também entendeu a Ministra Maria Thereza De Assis Moura quando lançou seu voto no *Habeas Corpus* n. 185930/MS, julgado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no dia 14 de dezembro de 2010:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. AMEAÇA. LEI MARIA DA PENHA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. VEDAÇÃO DO ART. 41 DA LEI 11.340/06. INTELIGÊNCIA INADEQUADA. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO.

1. O art. 41 da Lei Maria Penha, ao vedar a incidência da Lei 9.099/95, refere-se às disposições próprias do Juizado Especial Criminal, e, não, a outras, como aquelas contidas nos arts. 88 (REsp 1097042/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 21/05/2010) e 89. **A suspensão condicional do processo comparece no bojo da Lei 9.099/95 de maneira apenas incidental, dado que não pertence substancialmente à planificação dos Juizados Especiais [...]** (Grifado no original) (Grifo próprio).

Na realidade, o que se pretendeu evitar foi a estigmatização dos delitos praticados com violência contra a mulher como crimes de menor potencial ofensivo, vez que a Lei dos Juizados Especiais se orienta pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação, situação que acarreta a percepção de brandura exacerbada.

4.2 Do entendimento doutrinário e jurisprudencial

A ineficácia da justiça penal consensuada na repressão e tratamento dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher foi a única e verdadeira razão para o artigo 41 da Lei Maria da Penha determinar, de forma expressa e repetitiva,

que aos crimes praticados com violência doméstica, independentemente da pena imposta, não se aplica a Lei 9.099/95.

Acredita-se que a Lei 9.099/95,

[...] que criou e regulamentou os Juizados Especiais, imbuída das melhores intenções do legislador naquele momento, teve o sentido de agilizar a atuação judicial, reduzir conflitos judicializados, estimular as composições amigáveis e aliviar o sistema penitenciário, mas acabou por se revelar um instrumento de impunidade nos casos de violência doméstica, tornando inevitáveis as mudanças introduzidas no sistema jurídico pela novel Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, que criou mecanismos mais rígidos, e espera-se que sejam também eficazes, para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher (SOUZA, 2007, p. 14).

O modelo da justiça penal consensual, o qual buscava a redução da burocracia que tornava cara e lenta a máquina judiciária destinada à persecução penal, como também almejava alcançar um sistema mais eficiente, terminou por prejudicar o tratamento das vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Porto (2012, p. 136), em um primeiro momento, pontuou que

[...] se for para suspender o processo mediante condições banais como a patética apresentação mensal em juízo, proibição de frequentar determinados lugares e de se ausentar da comarca sem autorização judicial, com efeito, assiste razão aos tribunais que se posicionam contrários a este instituto legal em casos de incidência da Lei Maria da Penha.

Bem se sabe que a efetiva fiscalização do cumprimento das condições nem sempre se dá da forma esperada, além do que as obrigações impostas ao agressor normalmente em nada contribuem para a mudança do seu comportamento, vez que são brandas em demasia.

Os experientes Promotores de Justiça de São Paulo/SP, Cunha e Pinto (2012, p. 170), também esclareceram que

a despeito de inúmeras críticas que foram lançadas, não há dúvidas que a opção do legislador for a mais franca possível no sentido de afastar, peremptoriamente, do âmbito do JECrim o julgamento dos crimes perpetrados com violência doméstica e familiar contra a mulher. O principal argumento para essa postura se funda, em síntese, na banalização do crime praticado contra a mulher, decorrente da brandura da resposta penal proposta pela Lei 9.099/95.

Ainda, acerca da incompatibilidade, em tese, do instituto da suspensão condicional do processo com os crimes abarcados pela Lei 11.340/06, tem-se o voto do Ministro Gilson Dipp no *Habeas Corpus* n. 180821/MS, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no dia 22 de março de 2011:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. LEI MARIA DA PENHA. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 9.099/95. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. EXAURIMENTO DE TODOS OS ARGUMENTOS DA DEFESA. NÃO OBRIGATORIEDADE. ORDEM DENEGADA.

I - O art. 41 da Lei 11.340/06 - Lei Maria da Penha - dispõe que, aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099/95, o que acarreta a impossibilidade de aplicação dos institutos despenalizadores nesta previstos, quais sejam, acordo civil, transação penal e suspensão condicional do processo [...] (Grifado no original) (Grifo próprio).

Em analisando os posicionamentos até então transcritos, percebe-se uma interpretação sistemática do artigo 41 da Lei Maria da Penha, sendo o afastamento da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais baseado tão somente neste texto.

Tal foi a linha de pensamento do Desembargador Newton Brasil de Leão, quando exarou seu voto na Apelação Crime n. 70045605490, julgada na Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS, em 25 de janeiro de 2012:

Ementa: APELAÇÃO CRIME. DELITO DE AMEAÇA. PRELIMINAR. PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 9.099/95 AOS DELITOS PRATICADOS COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. ARTIGO 41, DA LEI MARIA DA PENHA. PROIBIÇÃO DE APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DESPENALIZADORES DA LEI 9.099/95. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DELITO CONFIGURADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. APELO DEFENSIVO IMPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70045605490, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Julgado em 25/01/2012, grifado no original) (Grifo próprio).

Porém, a interpretação do artigo nunca foi unânime.

Por ocasião da decisão proferida no *Habeas corpus* n. 154801/MS, julgado no dia 14 de dezembro de 2010, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça optou

pela aplicação da suspensão condicional do processo em caso concreto relacionado à violência doméstica contra a mulher.

A justificativa do voto usou de alicerce o entendimento aceito por parte da doutrina, que relativiza a aplicação da norma contida no artigo 41 da Lei Maria da Penha, a qual proíbe a aplicação da Lei 9.099/95 nos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher.

Diz-se que ambas as leis estão no mesmo patamar de hierarquia e a constitucionalidade da Lei Maria da Penha não implica necessariamente a proibição de todas as normas processuais previstas na Lei 9.099/95, dentre elas a suspensão condicional do processo.

Nesse sentido, o posicionamento é de que a suspensão condicional do processo teria caráter pedagógico e intimidador em relação ao agressor e não ofenderia os princípios da isonomia e da proteção da família, garantida, assim, a constitucionalidade da Lei Maria da Penha pelo princípio da isonomia, bem como pelo artigo 226, parágrafo 8º, da Constituição Federal, possibilitando a proteção da parte mais fraca da relação doméstica – a mulher – no âmbito processual e material.

Tal percepção ressalta que, até o momento, não foram examinados se, de fato, todos os mecanismos da Lei 9.099/95 são contrários à proteção assegurada pelo dispositivo constitucional citado, não sendo possível generalizar a vedação do artigo 41 da Lei 11.340/06.

De qualquer sorte, à primeira vista, o afastamento dos institutos despenalizadores

trata-se de uma opção do legislador que, sem dúvida, constitui desprestígio à Lei 9.099/95 e aos Juizados Especiais Criminais, instalados que foram na esperança de agilização e facilitação do acesso à justiça e agora tidos como insuficientes à repressão dos delitos praticados em situação de violência contra a mulher. Esta solução do legislador merece crítica, pois o fato de os juizados colimarem o consenso e aplicarem normalmente penas alternativas não significa serem eles tribunais tolerantes ou inepetos, bastaria estabelecer regras aplicáveis em seu âmbito, impondo, por exemplo, determinadas penas mais severas em caso de violência doméstica contra a mulher e se alcançaria suficiente aumento da repressão penal sem o risco de desmontar um sistema recém criado cujo aperfeiçoamento pleno ainda sequer havia sido alcançado [...] (PORTO, 2012, p. 42).

Dessa maneira, a simples ameaça de processo penal, com condições bem mais rigorosas, já seria, possivelmente, suficiente para fazer com que o autor do delito alterasse seu comportamento agressivo e buscasse ajuda profissional, atendendo aos pleitos reparatórios razoáveis ou aos interesses da própria ofendida.

Na mesma linha de pensamento, Porto (2012, p. 136, grifado no original) confirmou que

[...] a suspensão processual é eficaz, porque vincula o acusado durante dois anos a um acompanhamento jurisdicional sobre seus atos e pode impor-lhe obrigações bem específicas que melhorem sua condição pessoal. Isso resulta da cláusula aberta do art. 89, § 2º, da Lei 9.099/95, onde se lê que “o Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e a situação pessoal do acusado”. Esta fração da lei não pode ser minimizada como pretende parte da jurisprudência, visto que, exigida apenas atenção ao princípio da proporcionalidade, nada impede se especifiquem condições desde frequência a grupos de autoajuda até prestação de serviços a comunidade, além obviamente da reparação dos danos que é condição inafastável do benefício legal.

Também, destaca-se que

[...] o instituto da suspensão condicional do processo, ademais de ser uma medida despenalizadora, não colima apenas favorecer o acusado. Em muitos casos, ele representa uma resposta rápida e eficaz contra a ação desviante. Célere, porque evita todo o tramitar lento e oneroso do processo em que, não raro, por falta de provas, acaba-se absolvendo o acusado, quando não quedando a imputação malferida pelo generoso instituto da prescrição. Calha salientar que o processo é um peso não apenas para o acusado, mas para a vítima que se vê obrigada a depor sob pressão e esclarecer fatos sobre os quais já não recorda, submetendo-se, aí sim a um constrangimento evidente. Não raro, o processo amplia o conflito, pois exige a presença de testemunhas – vizinhos e parentes – que assim passam a integrar a contenda, o que se busca sempre evitar (PORTO, 2012, p. 136).

O Desembargador Ivan Leomar Bruxel também questionou a matéria quando exarou o seu voto no Recurso em Sentido Estrito n. 70045768496, julgado na Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS, em 15 de fevereiro de 2012:

Ementa: CÓDIGO PENAL. ART. 129, § 9º, E ART. 147. LEI N.º 11.340/06. LEI MARIA DA PENHA. ART. 41. AFASTAMENTO DA LEI N.º 9.099/95. Ao vedar a aplicação da Lei n.º 9.099/95 aos casos de violência doméstica, ficaram impedidos os benefícios típicos do JECRIM, bem como a aplicação apenas de penas pecuniárias. Mas a substituição, em suas demais formas, ainda é possível, bem como o sursis, e, até há pouco, também a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei n.º 9.099/95).No caso, entretanto, o benefício foi oferecido, aceito, homologado, e vem sendo cumpri-

do. Posicionamento diferente, de outro Promotor, não autoriza a revogação. NEGA-DO SEGUIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70045768496, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 15/02/2012, grifado no original).

O Desembargador da Terceira Câmara Criminal examinou se a Lei Maria da Penha pretendeu afastar a incidência de toda a Lei 9.099/95, ou simplesmente afastar a aplicação dos institutos despenalizadores do JECrim, vez que pela rápida leitura do artigo 17 da Lei 11.340/06, acredita-se que o microsistema buscou evitar apenas imposição de penas consistentes em pecúnia: “É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa”.

Logo, o disposto no artigo 41 do referido diploma legal não se estenderia a todas as previsões da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, vez que não há previsão expressa a respeito do *sursis* processual, não sendo lícito realizar desfavorável interpretação extensiva da normal penal, tendo em vista que, se quisesse o legislador vedar a concessão da suspensão condicional do processo nos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, deveria tê-lo feito expressamente.

Ademais, se esta não fosse a intenção da lei, não haveria razão para, o artigo 17, estabelecer tão somente as proibições relativas a penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa, alusão evidentemente exclusiva ao instituto da transação penal.

O texto disciplinado no artigo 41 da Lei 11.340/06 também não estendeu a vedação do emprego das medidas despenalizadoras no campo das contravenções penais, tendo se firmando a decisão de que seria possível a aplicação dos benefícios da Lei 9.099/95 na Lei Maria da Penha.

Assim concluiu o Desembargador Ícaro Carvalho de Bem Osório quando exarou seu voto no *Habeas corpus* n. 70051337749, julgado na Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS, em 25 de outubro de 2012:

Ementa: HABEAS CORPUS. “LEI MARIA DA PENHA”. CONTRAÇÃO PENAL. VIAS DE FATO. DECISÕES RECENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS LINDES DA ADC Nº. 19 E DA ADI Nº. 4.424. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA, MAS QUE NÃO IMPEDE A OFERTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. Tratando-se de contravenção penal praticada nos lindes da Lei Maria da Penha, não se exige mais a representação da ofendida,

mas é cabível a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95. Ordem concedida. Unânime. (Habeas Corpus Nº 70051337749, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 25/10/2012, grifado no original) (Grifo próprio).

Percebe-se que o preceito não cria óbice algum a que esses mesmos institutos da Lei 9.099/95 sejam aplicados aos procedimentos e processos relacionados a contravenções penais que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, vez que a regra inscrita no artigo 41 da Lei 11.340/06 *tela* abrange tão somente os crimes, dela ficando de fora as contravenções.

Ainda, diz-se que

o maior retrocesso em termos de alternativas ao processo penal tradicional adveio com a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), na medida em que vedou as soluções penais e processuais penais consensuais justamente nas situações onde este é a melhor solução, pois a verticalização das soluções penais, nessas espécies de processo, aumenta a litigiosidade (GIACOMOLLI, 2009, p. 244).

É bem verdade que a referida lei buscou combater o problema em todos os seus flancos, porém

de um ponto de vista penal, tanto o recrudescimento de penas, quanto a subtração de competência dos Juizados, parece configurar certo retrocesso, uma vez que, com isso, o legislador passa a apostar nos mecanismos de repressão como meios de combater a violência dentro do lar, exatamente quando a realidade demonstra que esses mecanismos não são eficientes em casos tais. **Haja vista, por exemplo, que antes da criação dos Juizados Especiais em 1995 os crimes de violência doméstica não eram considerados infrações de menor potencial ofensivo e nem eram objeto de transação pelos Juizados; todavia, nem por isso a violência doméstica praticada contra a mulher era menor** (MACHADO, 2009, p. 230, grifo próprio).

Não se sabe, exatamente, se o maior endurecimento da legislação trouxe os efeitos esperados, tendo em vista que legislações muito rígidas correm o risco de desestimular as mulheres agredidas a denunciarem seus agressores, pois não rara as vezes que dependem do mesmo, seja afetiva, familiar ou financeiramente.

De qualquer sorte, é urgente que se amplie o conhecimento das experiências alternativas à cominação de sanções com a prisão do autor, tendo em vista que há a

evidência de que, em vários casos, o encarceramento pode aumentar, ao invés de diminuir, os níveis de violência contra a mulher e as taxas gerais de impunidade para este tipo de delito, vez que a violência de gênero não é ponto isolado na história, mas sim fruto de um processo cultural da sociedade moderna.

O assunto, destarte, não é pacífico, dando margem à intrincada controvérsia doutrinária e jurisprudencial, ocasião em que se estabelece um debate questionando se os mecanismos propostos pela suspensão condicional do processo seriam suficientes para conter a onda de violência doméstica e familiar contra a mulher, tendo em vista o instituto estar previsto na Lei dos Juizados Especiais, considerados brandos na resposta penal e instigadores da impunidade, assim como também há a insistência de que a aplicação mais rigorosa do instituto do *sursis* processual, dada sua aplicação de natureza universal, poderia ser mais eficaz e ter resultado mais restaurador do que uma longa e dependente condenação criminal.

5. CONCLUSÃO

Em se analisando a suspensão condicional do processo, o instituto se mostra como forma de despenalização e, especialmente, diminuição do volume processual junto ao Judiciário, com propósitos de agilização e desburocratização da justiça, porém não perdendo, jamais, a natureza retributiva e sancionatória.

A Lei Maria da Penha, por sua vez, procurou criar mecanismos eficazes para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil, estabelecendo diretrizes para a prevenção e punição de tais delitos, buscando principalmente assegurar a proteção integral da vítima, contando com um estatuto valioso e apto a impedir a violência praticada contra a mulher, no seu ambiente doméstico, familiar ou de intimidade.

Tendo em vista que os mecanismos oferecidos pela resposta penal tradicional eram insuficientes e ineficazes para coibir a violência contra a mulher, não se mostrando capazes de responder satisfatoriamente aos delitos em tela, a decisão do legislador em afastar a aplicação dos institutos da Lei 9.099/95 na solução dos conflitos cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher foi sob o pretexto de que estaria ocorrendo uma banalização de tais crimes, decorrente da brandura da resposta penal proposta pelos Juizados Especiais, o que terminou por afastar o *sursis* processual incidentalmente.

Em síntese, o que se pretendeu evitar foi a estigmatização dos delitos praticados com violência contra a mulher como crimes de menor potencial ofensivo, vez que a resposta penal terminava por se basear nos princípios da oralidade, simplicidade

dade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação, mecanismos que se mostraram insuficientes e ineficazes de responder satisfatoriamente aos delitos perpetrados com violência feminina no ambiente doméstico ou familiar.

Contudo, até então não havia sido analisado se todos os mecanismos processuais contidos na Lei 9.099/95 eram materialmente contrários à proteção da vítima da violência doméstica ou familiar, sendo justamente neste ponto que as interpretações apresentaram equívoco grave quando se basearam na generalização quanto à vedação conferida pelo artigo 41 da Lei Maria da Penha.

De fato a transação penal e a composição civil atentam contra a proteção da mulher vitimada, porquanto banalizam as condutas que se pretendem evitar e reprimir, minimizando os efeitos rigorosos constantes na Lei 11.340/06, tendo em vista que o alvo da referida legislação foi justamente vedar, conforme já havia determinado seu artigo 17, os benefícios que exclusivamente impunham sanções consistentes no pagamento de cestas básicas, prestação pecuniária ou de multa.

Nota-se, porém, que a suspensão condicional do processo se mostrou uma medida de natureza processual que nada tem em contrário à proteção da mulher vitimada, como também, de maneira alguma, tem o condão de banalizar os crimes praticados com violência doméstica ou familiar, vez que possui aspecto instrumental diferenciado, consistente no cumprimento de requisitos e obediência de determinadas condições, sem as quais a ação penal poderá prosseguir.

O *sursis* processual é eficaz, já que vincula o acusado a um acompanhamento jurisdicional e pode impor obrigações específicas que melhorem a condição pessoal do agressor, como também ele representa uma resposta rápida e eficaz contra a ação delituosa, evitando todo o tramitar lento e oneroso de um processo.

Assim, nítido o caráter intimidador e pedagógico em relação ao agressor, vez que basta o descumprimento de uma obrigação estabelecida para a retomada da persecução criminal, como também nada impede que sejam especificadas condições específicas para o tratamento da agressão no seu âmago, tendo em vista que a mesma resulta, na maioria dos casos, de patologias psicológicas ou problemas decorrentes de alcoolismo e drogadição, sendo o encaminhamento obrigatório a programas de autoajuda muito mais eficaz para a ressocialização do que o cárcere.

Doutra banda, a ênfase está para o fato que o instituto é, antes de tudo, processual, com aplicação estendida para todo o ordenamento jurídico, tendo em vista que o artigo 89 contém uma norma de superdireito aplicável a todos os delitos, com cabimento que ultrapassa as infrações de médio e menor potencial ofensivo, sendo a Lei 9.099/95 apenas seu *locus* normativo, não sua razão, vez que dotada de universalidade, tratando-se de norma híbrida, com profundo caráter penal.

Portanto, a taxatividade da proibição da aplicação do instituto no âmbito da Lei Maria da Penha se deu em razão de sua inserção equivocada na Lei dos Juizados Especiais, tendo o legislador se antecipado quando trouxe a possibilidade da suspensão condicional do processo no texto da Lei 9.099/95, causando a impressão de que seria previsão exclusiva do âmbito da Lei dos Juizados.

Então, superada a problemática de que a vítima estaria sendo prejudicada pela brandura da resposta penal oferecida pelos benefícios dos Juizados Especiais, os quais banalizariam os delitos praticados com violência contra a mulher, como também desbancada a imagem de que a suspensão condicional do processo seria instituto exclusivo da Lei 9.099/95, não haveria outro motivo que ensejasse a não aplicação do *sursis* processual no âmbito da Lei Maria da Penha.

Destarte, foi o legislador pátrio que provocou antagonismos ao criar institutos jurídicos dispersos em leis diversas, tornando necessária a interpretação da doutrina e dos tribunais acerca de sua validade, extensão e aplicação, se percebendo o equívoco legislativo ao disciplinar benefício geral em lei especial.

Tal incongruência não pode ser empecilho à oferta do benefício, tendo a Lei Maria da Penha, ao vedar a incidência dos institutos despenalizadores nos processos criminais instaurados sob o seu manto, inviabilizado não apenas a aplicação da suspensão condicional do processo, mas também servindo de empecilho à instauração da justiça restaurativa, impedindo deliberadamente a pacificação entre vítima e agressor e atribuindo severa resposta penal a conflitos que poderiam ser solucionados entre as partes envolvidas.

Em suma, havendo no leque de opções legais um instrumento benéfico, tendente ao reequilíbrio das consequências nocivas causadas pelo crime, com a possibilidade de se evitar a carga estigmatizante da condenação criminal, mostra-se injusto, numa perspectiva material, se deixar de aplicá-lo quando não há qualquer obstáculo legal para tal e a resposta penal se mostrar adequada e suficiente.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Constituição (1988), *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- _____. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 08 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm> Acesso em: 23 maio 2012.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* Nº 180821. Relator: Gilson Dipp, Julgado em 22/03/2011. Quinta Turma Criminal. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso: em 20 maio 2012.

- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* Nº 185930. Relator: Maria Thereza De Assis Moura, Julgado em 14/12/2010. Sexta Turma Criminal. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 20 maio 2012.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Criminal* Nº 70045768496. Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 15/02/2012. Terceira Câmara Criminal. Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 23 maio 2012.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Criminal* Nº 70045605490. Relator: Newton Brasil de Leão, Julgado em 25/01/2012. Primeira Câmara Criminal. Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 23 maio 2012.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Habeas Corpus* Nº 70051337749. Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 25/10/2012. Sexta Câmara Criminal. Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 09 nov. 2012.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAPEZ, Fernando. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência doméstica: análise da Lei “Maria da Penha”, Nº11.340/06*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.
- CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FIGUEIRA JÚNIOR, J. D.; TOURINHO NETO, F. C. *Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/1995*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais: Lei 9.099/95*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- JESUS, Damásio E. de. *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06, análise crítica e sistêmica*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à Lei de combate à violência contra a mulher*. Curitiba: Juruá, 2007.

A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ÂMBITO DOS CRIMES AMBIENTAIS

Tiago de Oliveira Valim¹¹

Diego Romero¹²

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo o estudo do instituto penal supralegal denominado princípio da insignificância e sua aplicabilidade nos casos de cometimento de crimes ambientais. Estudando o meio ambiente como um bem jurídico autônomo, de caráter difuso e constitucionalmente previsto como sendo um direito fundamental, tem-se que tal merece uma tutela específica, razão pela qual a Carta Maior designou a proteção jurídica nas searas cível, administrativa e penal, de modo autônomo e independente uma da outra. A partir da Convenção de Estocolmo, começou em todo o mundo um movimento, contínuo e gradativo, de internacionalização do meio ambiente, no qual sua proteção passou a permear as mais diversas Constituições, passando a dar, cada vez mais, feições transfronteiriças ao meio ambiente. Ademais, analisa-se o caráter transgeracional do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e sadio, no qual a titularidade deste direito perpassa a pessoa da atual geração atingindo aos que virão e salientando um dos princípios do Direito Ambiental, denominado cooperação intergeracional. Com base no estudo da danosidade em matéria ambiental, é possível analisar se existe lesão insignificante do ponto de vista penal, porém, existem divergências doutrinárias e jurisprudenciais no tocante ao afastamento da tipicidade penal nestes casos. Nesse sentido, bus-

11 Acadêmico do 10º semestre do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, Campus Capão da Canoa. e-mail: tiago.valim@hotmail.com

12 Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica – PUCRS. Especialista em Direito Penal Empresarial pela mesma instituição. Professor na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Advogado Criminalista. e-mail: romerodiego@terra.com.br

ca-se ponderar tais divergências à luz de um novo paradigma, qual seja, o meio ambiente merecedor de uma tutela diferenciada que seja efetiva e a altura da relevância que este bem jurídico representa para o mundo.

Palavras-chave: meio ambiente; bem jurídico; dano ambiental; princípio da insignificância; aplicabilidade.

1. INTRODUÇÃO

A tomada de consciência mundial, forçada pela escassez de recursos naturais e pelo iminente risco à questão mais primitiva da vida humana - sua sobrevivência -, desencadeou, em todo o mundo, um forte empenho em prol do meio ambiente. Tal empenho está preconizado nos princípios erigidos pela Convenção de Estocolmo, de 1972.

Este tratado internacional colaborou sobremaneira para a internacionalização do meio ambiente, influenciando explicitamente inúmeras Constituições que, pouco a pouco, foram adotando a sistemática e os princípios ambientais discutidos e solidificados no texto convencional. Nesse sentido, reforça Freitas (2001):

Em junho de 1972 realizou-se em Estocolmo, Suécia, a maior e mais decisiva conferência sobre o meio ambiente. A presença dos mais importantes países e os princípios que foram nela consagrados acabaram por influenciar o Direito em todo o mundo. Coincidentemente, iniciava-se um amplo processo de democratização com a conseqüente alteração das Constituições Federais. Portugal, em 1976, e Espanha, em 1978, são dois bons exemplos – ambos promulgaram novas constituições e nelas expressamente protegeram o meio ambiente.

A forma como os países foram adotando os preceitos de Estocolmo fortaleceu a consciência mundial em torno do tema e, conforme Trindade (1993), continuaram a pautar as discussões e medidas pró-ambiente:

A proteção ambiental e a proteção dos direitos humanos situam-se hoje, e certamente continuarão a situar-se nos próximos anos, na vanguarda do direito internacional contemporâneo. [...] Com efeito, até mesmo o processo de formação e evolução do *corpus* normativo de domínios de proteção dos direitos humanos e do meio-ambiente, marcado por uma tomada de consciência mundial, beneficia-

se hoje da contribuição de uma multiplicidade de novos atores (grupos, associações, organizações não-governamentais, formadores de opinião, cientistas), em interação no plano internacional, tornando o processo legiferante, além de em parte não-institucionalizado, a um tempo mais dinâmico e complexo.

Sob tal influência, o meio ambiente, após a Constituição Federal de 1988, assumiu um significado de extrema relevância dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Elevado à condição de direito fundamental, foi constituído de autonomia e revestido da tutela jurisdicional que abarca os âmbitos administrativo, cível e penal, demonstrando, o constituinte, grande preocupação em inserir e efetivar a tutela ambiental no contexto constitucional.

Estas três áreas do Direito, nas quais se insere a proteção ambiental, são independentes entre si, não obstante a nenhuma sua aplicação sem que outra esteja presente. Assim, cada um destes ramos utiliza de seus próprios mecanismos para efetivar a tutela ambiental da forma mais competente e abrangente possível.

Faz-se necessário analisar a tutela penal do ambiente, com sua dinâmica própria e instrumentos clássicos que são postos a serviço deste que é considerado, dentro do Direito Penal, um bem jurídico de extrema relevância, devendo ser preservado, nos dizeres constitucionais¹³, para esta e para as futuras gerações.

Ao eleger o Direito Penal como um dos ramos jurídicos protetores e sancionadores do meio ambiente, o constituinte quis valer-se dos princípios, métodos e peculiaridades que somente essa seara possui.

Enfim, no propósito de discorrer acerca do tema – a (in)aplicabilidade do princípio da insignificância no âmbito dos crimes ambientais – far-se-á profundo esforço para demonstrar a relevância do bem jurídico meio ambiente, sua tutela penal a partir de um princípio clássico do Direito Penal e a adequação, se possível ou não, a este instituto.

2. O BEM JURÍDICO PENAL: DO INDIVÍDUO À COLETIVIDADE

As sociedades elegem valores sobre os quais fundamentam suas regras de convivência, comportamento e previsões em caso de violação das mesmas. Tais valores revelam as escolhas de um grupo inserido em uma realidade histórica e cultural.

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

Todo regramento que emana destes valores, ronda o seu entorno e para ele converge. Não são apenas meras criações aleatórias que esse ordenamento visa tutelar, mas sim, verdadeiros bens que são, por sua vez, elevados à categoria de bens jurídicos. Dessa forma, é possível afirmar que se tem por bem jurídico aqueles valores sem os quais a sociedade não admite conviver.

Nesse sentido, Figueiredo (2008) leciona que [...] só se consideram bens jurídicos-penais aqueles bens ou valores de alguma forma indispensáveis ao livre desenvolvimento da pessoa e à sua convivência comunitária.

Jakobs (1997) conceitua bem jurídico como “una situación o hecho valorado positivamente”. Assim, resta caracterizado o nascimento de um bem jurídico por meio de uma valoração social cuja tutela passa a ser valorada como parte integrante do ordenamento jurídico.

A noção de bem jurídico como questão central do Direito Penal tem evoluído significativamente ao longo dos tempos, e embora haja posições que divergem desse posicionamento, essa tendência tem se fortalecido a partir de lições, como as de Roxin (2009), no sentido de que o bem jurídico deve ser a razão delimitadora do Direito Penal. Nas suas palavras:

Eu parto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.

O período posterior à Segunda Guerra Mundial forjou na Alemanha um novo conceito de bem jurídico penalmente tutelado, no qual foram deixadas velhas concepções que tornavam bem jurídicos situações abstratas, tais como convicções religiosas, políticas e concepções ideológicas, restringindo a situações concretas a construção do bem jurídico. Assim, relata Roxin (2009):

[...] A ideia principal foi que o Direito Penal deve proteger somente bens jurídicos concretos, e não convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simples sentimentos. [...] Isto é, a “moralidade” já não é protegida jurídico-penalmente porque não é um bem jurídico, de maneira que, por exemplo, a homossexualidade entre adultos (então tida como imoral), a troca de casais, os atos sexuais com animais e, outros atentados contra a moral foram, de forma consequente, dispensados de pena.

Historicamente, sabe-se que inicialmente se buscava a tutela somente de bens jurídicos individuais, caracterizando um estado de feições liberais (Motta, 2009).

A existência de bens jurídicos de ordem coletiva desafia veementemente a noção histórica de bem jurídico e sua relação com a individualidade do sujeito e seu patrimônio, de modo que se instaura uma crise acerca de sua função e efetividade dos mecanismos de proteção dos mesmos. Assim, expressa Faria e Rossato (2011):

O conceito de bem jurídico esteve historicamente ligado através da relação pessoa e bem, pois até então se concebia o bem como algo subjetivo à pessoa; no entanto, tal forma de compreendê-lo e denominá-lo vem sofrendo uma intensa crise de identidade. Essa crise acaba por discutir qual é a função do bem jurídico, se é de delimitar ou legitimar a atuação do poder de intervenção estatal, principalmente quando se trata de interesses supraindividuais, difusos, bem vagos, mas de interesse social recíproco, e é justamente nesse ponto que começa a se afastar do seu centro de tutela de interesses individuais, para passar a tutelar interesses universais, de necessidade comum, como o meio ambiente.

Nessa evolução, tem de ser considerado o fato de que Direito Penal clássico, advindo dos ideais iluministas, consagrou alguns bens jurídicos dignos de proteção que, em virtude de sua importância social, permanecem nos dias atuais permeando os tipos penais existentes. A vida, a integridade física e o patrimônio são exemplos de bens jurídicos que são protegidos há tempos e que, de forma alguma, perderam sua relevância.

Todavia, a modernidade apresenta novos anseios, cuja velocidade tornou, em algumas searas, a tutela de bens jurídicos penais clássicos insuficientes. Nesse sentido, Romero (2007) chama a atenção:

[...] existe uma nova demanda de modelos jurídicos sendo arquitetada pela sociedade contemporânea, pois o catálogo conceitual clássico-iluminista desta ciência não consegue mais responder aos anseios da sociedade do risco, devendo, por conseguinte, o direito sofrer um processo de adaptação e mutação para se enquadrar nesta nova realidade.

A adaptação necessária a um modelo de tutela de bens jurídicos que acompanhem as novas realidades passa por um questionamento acerca da efetividade da proteção penal. A modernidade trouxe situações impensadas para a sociedade. Alguns danos tornaram-se extensos demais para serem ignorados e perduram no tempo de modo a preocupar, inclusive, a qualidade de vida, no presente e no futuro.

O reconhecimento e a tutela dos bens jurídicos metaindividuais merece tratamento diferenciado, com mecanismos próprios de proteção, sob pena de constante agressão por falta de efetividade dos meios já existentes. Tal é a anotação de Fazolli (2009) a respeito:

A questão de saber-se sobre a titularidade da tutela passou a despertar nova curiosidade, como a configuração dos direitos coletivos em sentido *lato*, principalmente, no que tange aos interesses difusos, já que a identidade dos verdadeiros interessados é de indeterminação absoluta.

Tal diferenciação legal denota preocupação com a titularidade do bem jurídico de natureza transindividual, evitando, assim, a indefinição de quem pode eventualmente sofrer com a lesão ou ameaça de lesão, bem como de quem pode reclamá-la em juízo.

3. O DIREITO AMBIENTAL E O BEM JURÍDICO MEIO AMBIENTE

O Direito Ambiental ocupa-se justamente da tutela do meio ambiente enquanto bem jurídico difuso, de extrema relevância e sobre o qual pairam muitas ameaças que, principalmente a partir da Convenção de Estocolmo, passaram a inspirar os mais diversos ordenamentos jurídicos pelo mundo, socorrendo-se, em muitos destes, do Direito Penal como forma de proteção ambiental. Contudo, um novo panorama descortina-se, conforme ressalta Farias e Rossato (2011):

Certo é que o direito penal não continua mais em sua estrutura clássica de abstenção e atuação submissa à ocorrência de um resultado material penalmente desaprovado, que venha de maneira fática causar um prejuízo a um bem jurídico tutelado, autorizando assim a intervenção do Estado na situação delituosa. Não, o direito penal atual refuta essas necessidades para atuar num âmbito anterior à ocorrência de um prejuízo material, para prevenir a possível ocorrência do dano, ou seja, ele antecipa sua tutela.

O bem jurídico meio ambiente, dentro desse panorama, requer maior atenção do atual sistema jurídico. Sua importância nem sempre fora notada e valorada. Contudo, a contemporaneidade tem fornecido elementos e indícios que impõe ao Direito, em todas as suas ramificações, mas de modo especial na seara penal, uma consciência mais apurada e uma atitude mais ostensiva.

Algo a ser ressaltado, para fins de efetivar a garantia constitucional a um meio ambiente sadio, é a autonomia do bem jurídico meio ambiente, que no passado esteve relacionado, por exemplo, à saúde em geral, nos tempos atuais ganha força e dinâmica própria, não mais admitindo, embora ainda existam normas esparsas, que o sistema jurídico que o protege seja desconexo e fragmentário. Dessa forma, leciona Antônio Herman Benjamin (2006) que a:

[...] proteção do meio ambiente, reconhecendo-o como bem jurídico autônomo e recepcionando-o na forma de *sistema*, e não como um conjunto fragmentário de elementos – sistema que, já apontamos, organiza-se como *ordem pública constitucionalizada*.

Assim, tamanha proteção tem como pano de fundo um novo panorama no qual o meio ambiente compreende as matas, rios, lagos, florestas, ambiente de trabalho, ambiente urbano, enfim, o ponto de vista passou a ser mais abrangente, como leciona Fazolli (2009), afirmando que [...] cuida-se, dessa forma, de um posicionamento holístico que busca, incessantemente, aprimorar o relacionamento existente entre “homem” e “meio” no qual ele está inserido.

Édis Milaré (2011), ao tratar da base constitucional que outorga ao meio ambiente caráter de autonomia enquanto bem jurídico e estatura máxima enquanto direito, faz questão de frisar o histórico, permeado de evoluções e involuções, pelo qual o meio ambiente tem percorrido.

Tendo por base a importância que elevou o meio ambiente à categoria de garantia constitucional, o Direito Ambiental sustenta-se sobre seus próprios princípios que, além de servir-lhe de base, demonstra o quão peculiar é esse ramo do Direito e a forma diferenciada de tutelar seu objeto – o meio ambiente.

É a partir de novas noções de tipicidade que se faz possível uma tutela penal efetiva e competente. Os tipos penais não devem ser apenas voltados aos danos causados, mas também a toda e qualquer possibilidade de dano ao bem jurídico meio ambiente. Estes tipos levam em consideração aquilo que D’Ávila (2009) chama de critério extremo: a possibilidade. Nos seus dizeres:

Assim, cotejando a probabilidade de dano a partir do nosso precioso objetivo e da necessidade de um critério positivo, torna-se claro, por razões óbvias, que a probabilidade encontrará como critério extremo a *possibilidade*. De fato, o limite objetivo da noção de perigo não pode ser outro, senão a possibilidade de dano ao bem jurídico.

Nesta trilha, é na possibilidade de dano ao bem jurídico que reside a proteção contra danos ao bem jurídico meio ambiente que, de alguma forma, podem tornar-se irreversíveis. Resta saber se os mecanismos penais correspondem a esse anseio.

4. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: CONCEITO E REQUISITOS

O Direito Penal, na sua essência, ocupa-se da tutela de bens jurídicos cuja relevância faça jus a essa proteção, de modo que seus mecanismos de atuação sejam utilizados em circunstância última, por isso também é conhecido como *ultima ratio*. A efetiva lesão deste bem jurídico, nos casos dos crimes de dano, desencadeia a atuação penal que, por sua vez, serve de instrumento para o *jus puniendi* do Estado (MEZGER apud BITENCOURT, 2002).

Deste modo, surge a necessidade de punir aquelas condutas que, tipificadas na lei penal, lesão o bem jurídico tutelado, causando-lhe dano efetivo ou perigo de dano, conforme o caso concreto e a espécie do tipo penal prescrito. Todavia, existem situações cuja aplicação do Direito Penal mostra-se demasiadamente exagerada tendo em conta a ínfima lesão provocada. Nucci (2012), assim, manifesta-se a respeito:

O reconhecimento da inexistência de infração penal, quando detectada a insignificância da ofensa ao bem jurídico tutelado tem sido constante nos tribunais brasileiros, ainda que inexista expressa previsão legal a respeito.

Dessa forma, busca-se afastar a tipicidade de condutas cuja lesividade do bem jurídico era praticamente inexistente, não comprometendo o Direito Penal na punição de condutas consideradas irrisórias. Nas palavras de Sirvinskas (2002):

A evolução do direito penal se deu exatamente no que tange à pena. Esta, até pouco tempo atrás, tinha sua aplicação no grau máximo – era considerada castigo; inclusive, em certos casos, o criminoso pagava com a própria vida (princípio da intervenção máxima). Depois a pena passou a ser aplicada como *ultima ratio*, com a finalidade de reeducar o criminoso (princípio da intervenção mínima)

Nucci (2012) destaca que a aplicação do princípio em pauta, desde que demonstrada mínima lesão do bem jurídico sobre o qual recai a tutela penal, exclui a tipicidade da conduta. Nesse mesmo sentido é a posição de Sirvinskas (2002), ao

considerar que “o princípio da insignificância tem por natureza a exclusão da tipicidade. O crime morre no nascedouro, mal nasce para o mundo jurídico.”

Além disso, Nucci (2012) apresenta três regras sobre as quais deve trilhar o juízo de aplicação da bagatela. São eles:

- 1ª) o bem jurídico afetado não pode ser de grande valor para a vítima;
- 2ª) não pode haver excessiva quantidade de um produto unitariamente considerado insignificante;
- 3ª) não pode envolver crimes contra a administração pública, de modo a afetar a moralidade administrativa.

Passando pelo crivo destes três requisitos, para o autor, faz-se presente a possibilidade de considerar a lesão do bem jurídico insignificante, afastando a tipicidade da ação.

Embora haja reconhecida dificuldade em definir a insignificância, sobretudo quando a discussão diz respeito a bens jurídicos não-patrimoniais, coletivos e difusos, a jurisprudência, citada por Prado (2012), tem relacionado alguns critérios para a aplicação do princípio em pauta. São eles: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Tais critérios buscam sistematizar o reconhecimento dos crimes de bagatela norteando a aplicação da tutela penal de modo que haja parâmetros mínimos à sua aplicação.

Ao julgador, no específico caso dos delitos ambientais, tendo em vista a relevância social deste bem jurídico, Freitas (2001) adverte para a atenção que este deve ter ao apreciar as particularidades que tal ramo proporciona. Assevera o autor que, o juiz deve ter atenção ao fato de que, o dano ambiental, atinge não somente a sociedade atual, mas também as gerações futuras, agravando, ainda mais, os critérios para respectivo julgamento.

A Constituição Federal, ao consagrar o meio ambiente como garantia fundamental, faz menção às gerações futuras como titulares, inclusive, desse direito. Na hipótese de um dano ambiental que cause a mortandade de determinada espécie animal ou vegetal a partir de condutas que lesionam em pequena escala, porém, de forma sucessiva e por diversos agentes, haveria possibilidade de aferir todas as consequências de desequilíbrio do ecossistema em um espaço de tempo que inclua as futuras gerações? E no tempo presente, é possível verificar e mensurar a cadeia de sucessivos danos advindos de um principal?

A ampla dispersão de vítimas, a dificuldade inerente à ação reparatoria e a dificuldade de valoração são algumas das principais características que o dano ambiental possui (MILARÉ, 2012). E, diante das incertezas e imprecisões causadas a partir da lesão ao ambiente, o requisito para aplicação do princípio da insignificância de inexpressividade desta lesão resta, em princípio, inerificável.

Cançado Trindade (1993) chama a atenção para a dimensão transgeracional do direito ao meio ambiente de modo a afirmar que, a partir da Declaração de Escotolmo, em 1972, até os dias atuais, a preocupação com que cada geração, enquanto usuária e guardiã do bem jurídico ambiental, tem a séria responsabilidade de deixá-lo, às gerações vindouras, em condições não piores que o recebeu, encorajando, assim, a igualdade entre as gerações.

5. A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES AMBIENTAIS

Como visto anteriormente, o meio ambiente goza de especial proteção constitucional sendo tutelado nas esferas cível, administrativa e penal. Entretanto, a questão é saber até onde e de que maneira cada uma destas esferas será aplicada no caso concreto. Em especial o direito penal, *ultima ratio*, subsidiário a outras áreas jurídicas, ramo do direito em que se chega ao ponto de privar a liberdade dos cidadãos em decorrência da prática de um crime, liberdade essa que se encontra no rol de direitos fundamentais.

Ao eleger a tutela penal como uma das formas de proteger o meio ambiente, o constituinte afastou quaisquer dúvidas quanto à relevância deste bem jurídico. Nesse sentido, leciona Prado (2001):

Com tal previsão, a Carta brasileira afastou, acertadamente, qualquer eventual dúvida quanto à indispensabilidade de uma proteção penal do ambiente. Reconhecem-se a existência e a relevância do ambiente para o homem e sua autonomia como bem jurídico, devendo para tanto o ordenamento jurídico lançar mão inclusive da pena, ainda que em *ultima ratio*, para garanti-lo.

No entanto, ao inserir o meio ambiente no âmbito da tutela penal, o constituinte e, posteriormente, o legislador infraconstitucional talvez não previsse o encontro dos princípios clássicos da matéria penal com a nova e urgente tutela ecológica.

Destarte, surgem indagações que permeiam a doutrina e deságuam nos tribunais a procura de solução. Solução essa que deve atender a coerência jurídica e social que o ambiente demanda.

A pergunta, enfim, que surge é: aplica-se o princípio da insignificância nos casos de prática criminosa contra o ambiente? Deve-se lançar mão de um instrumento como o Direito Penal nas lesões à natureza na qual não se vislumbra um dano expressivo?

Essa tem sido uma das controvérsias, doutrinárias e jurisprudenciais, e, segundo Amado (2011), faz-se necessária muita cautela tendo em vista a sinergia dos danos ambientais, ou seja, é muito difícil delimitar as causas e consequências de uma lesão ao meio ambiente tendo em vista os vários fatores que o circunscrevem.

Considerar insignificante ou não uma lesão ao meio ambiente deve ser uma tarefa que obedeça aos critérios anteriormente elencados e, mais do que isso, exige uma compreensão da estrutura do Direito Ambiental e do Direito Penal que permita essa aplicabilidade.

Dentre os autores que se posicionam favoráveis a admissão de crimes bagatelares em sede ambiental está Luiz Régis Prado (2001) que argumenta:

A orientação político-criminal mais acertada é a de que a intervenção penal na proteção do meio ambiente seja feita de forma limitada e cuidadosa. Não se pode olvidar jamais que se trata de matéria penal, ainda que peculiaríssima, submetida de modo inarredável, portanto, aos ditames rígidos dos princípios constitucionais – legalidade dos delitos e das penas, intervenção mínima e fragmentariedade, entre outros -, pilares que são do Estado de Direito democrático. A sanção penal é a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, devendo ser utilizada tão-somente para as hipóteses de atentados graves ao bem jurídico ambiente. O Direito Penal nesse campo cinge-se, em princípio, a uma função subsidiária, auxiliar ou de garantia de preceitos administrativos, que não exclui sua intervenção de forma direta e independente, em razão da gravidade do ataque.

O argumento utilizado pelo autor repousa na concepção de Direito Penal como *ultima ratio*, ou seja, a última razão e o último meio utilizado quando da infringência de uma norma, nesse caso, ambiental. Impõe, ainda, seja a ritualística penal trazida à baila de modo “limitado” e “cuidadoso” de maneira que não se faça uso irrestrito o que poderia gerar ingerência de um ramo extremamente impositivo e restritivo do Direito.

A jurisprudência, em algumas situações, demonstra identificação por esse entendimento, afastando a tipicidade de condutas consideradas ínfimas.

CRIME AMBIENTAL. ARTIGO 46, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.605/98. guarda de madeira SEM AUTORIZAÇÃO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. DECISÃO CONFIRMADA. FUNDAMENTO DIVERSO.

A rejeição da denúncia pelo princípio da insignificância, embora certa resistência jurisprudencial, tem sido aceita por recentes decisões do STJ, especialmente em casos como o presente em que não se vislumbra lesão ao bem jurídico tutelado pela legislação de regência. Correta, portanto, a decisão que rejeitou a denúncia por guarda de uma tora de angico encontrada às margens de rio.

RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO.

O relator, em seu voto, ponderou que não obstante a aplicação do princípio da insignificância encontrar certa relutância no tocante aos crimes ambientais, neste caso, a conduta do agente que infringiu o art. 46, parágrafo único da Lei 9.605/98¹⁴, não configurou lesão suficiente para movimentar a máquina judiciária ao que chamou de “pretensa degradação ecológica”.¹⁵

Outro interessante caso diz respeito à ação penal movida pelo Ministério Público Federal contra o já falecido Deputado Clodovil Hernandes no qual, em razão da investidura no cargo parlamentar, teve seu processo remetido ao Supremo Tribunal Federal que entendeu ter sido insignificante a conduta de ter, o réu, construído uma cerca e pavimentado uma rua em área de preservação, denominada Parque Estadual da Serra do Mar. Tendo em vista o laudo pericial que apontou como sendo o dano reparável pela importância de cento e trinta reais, segundo o ministro relator Marco Aurélio, a conduta não lesou o meio ambiente, além de fundamentar seu voto na fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal.

Na contramão de tais entendimentos, existem posições de extrema valia do meio ambiente como *conditio sine qua non* para a existência da vida e que busca resguardar o bem jurídico de toda espécie de lesão ou perigo de lesão, nas formas concreta e abstrata. Nesse diapasão, assevera Sirvinskas (2002):

14 Art. 46. Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, tem em depósito, transporta ou guarda madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente.

15 “Diante dessa nova concepção jurisprudencial, pela excepcionalidade existente, no tocante ao corte de uma única árvore, sem que se configurem os pressupostos necessários para movimentar a máquina judiciária por pretensa degradação ao meio ambiente, evidencia-se possível aplicar-se o princípio que norteou o julgador singular para rejeitar a denúncia.” Trecho do voto do relator.

Assim, o crime contra o meio ambiente, no meu entender, deveria estar hierarquicamente acima do crime de homicídio. A parte especial deveria começar com os crimes contra a humanidade, à semelhança do Código Penal Francês, advindo daí os crimes de homicídio etc. Por isso a necessidade de se punir penalmente as condutas e atividades consideradas lesivas aos meios ambiente.

Ao fazer uso da analogia entre ordenamentos jurídicos, o autor situa o bem jurídico meio ambiente acima do bem jurídico vida. Isso ocorre em razão de um entendimento que considera, ou reconhece, o ambiente como pressuposto da vida humana.

Ainda que pareça exagero, essa perspectiva guarda estreita relação com novos estudos que apontam o aquecimento global, o derretimento das calotas polares e a elevação dos oceanos como realidade próxima, acumulando fatalidades que chegam ao desaparecimento de cidades e países inteiros do mapa.

Além destes argumentos, Marchesan (2011) afirma que, embora alguns doutrinadores sustentam que seria desnecessário a tutela penal do meio ambiente, a criminalização de condutas lesivas ao bem jurídico em pauta possui maior conteúdo ético que as sanções advindas de outras searas, como a administrativa e a cível. Relata ainda que, na prática forense há, cada vez mais, um criterioso juízo de admissibilidade da insignificância nos delitos ambientais. Assim, argumenta que:

Aliás, sensível à importância da proteção do meio ambiente pelo Direito Penal, doutrina e jurisprudência, cada vez mais, apenas de forma excepcional admitem o acolhimento dos princípios da mínima intervenção e da insignificância aos crimes ambientais.

Desse modo, aquilo que fora constatado pela autora supra citada encontra guarida em tribunais que possuem representantes da tese contrária à aplicação. Um dos exemplos dessa corrente é o ministro Gilson Dipp, do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME AMBIENTAL. PESCA PREDATÓRIA. PEQUENA QUANTIDADE DE PESCADO DEVOLVIDO AO *HABITAT* NATURAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. RELEVÂNCIA PENAL DA CONDUTA. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ESPECIAL RELEVO. ORDEM DENEGADA.¹⁶

16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 192.696/SC. Relator: Ministro Gilson Dipp. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 05 jun 2012.

Em seu voto, o eminente ministro demonstra que o fato de ser pequena a quantidade de pescado não implica aplicação da insignificância. O agente havia infringido o art. 34 da Lei 9.605/98¹⁷ e este, argumenta o ministro em seu voto, que fê-lo utilizando um instrumento denominado “gerival” que, por sua vez, “é altamente predatório e consiste no arrasto do camarão que se encontra nos berçários, capturando assim exemplares muito inferiores ao tamanho recomendado para comercialização.”

E prossegue em seu voto demonstrando nítida preocupação com o meio ambiente como bem jurídico com valor em si mesmo, de forma autônoma e independente, garantia constitucional direcionada a atual e às futuras gerações, de modo que:

Deve ser ressaltado, por último, que a Constituição Federal de 1988, consolidando uma tendência mundial de atribuir maior atenção aos interesses difusos, conferiu especial relevo à questão ambiental, ao elevar o meio-ambiente à categoria de bem jurídico tutelado autonomamente, destinando um capítulo inteiro à sua proteção.

No âmbito dos Tribunais Regionais Federais tem-se percebido a prevalência da tese da inaplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes ambientais, fortalecendo uma visão sistêmica e holística do meio ambiente, em virtude de suas características multiformes e de extrema complexidade. É o exemplo de decisão tomada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª região:

PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.

1. Inviável a aplicação do princípio da insignificância em matéria ambiental, quando a biota, conjunto de seres animais e vegetais de uma região, pode se revelar extremamente diversificada, ainda que em nível local. Em pequenas áreas podem existir espécimes só ali encontradas, de forma que determinadas condutas, inicialmente insignificantes, podem conter potencialidade suficiente para causar danos irreparáveis ao meio ambiente.

17 Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente: Pena - detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.
Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:
I - pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos;
II - pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos;
III - transporta, comercializa, beneficia ou industrializa espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas.

2. A prática de condutas contra o meio ambiente, a qual poderia, isoladamente, ser considerada de menor potencial ofensivo, e, por isso mesmo, menos lesiva, quando considerada em conjunto, afeta o interesse público, pois, somada com outras, reclamam real extensão do dano provocado ao equilíbrio ambiental por pequenas ações.
3. Em relação ao crime ambiental, portanto, deve-se ter em mente, primeiramente, o bem objeto de proteção do tipo penal em estudo, qual seja, a conservação do meio ambiente equilibrado, pois, uma vez danificado, torna-se difícil repará-lo, o que não sugere a aplicação daquele princípio.
4. Apelação provida.¹⁸ (**Grifo Nosso**)

Dessa forma, percebe-se uma tendência de maior atenção ao dano causado pelo agente, tornando mais criterioso o juízo de aplicabilidade do princípio da insignificância. Nesse sentido, Vladimir e Gilberto Passos de Freitas (2001) exortam os juízes que, ao exercer a jurisdição, levem em consideração não somente o dano aparentemente causado ao meio ambiente, mas sim a prolongação no tempo que determinada lesão pode se estender. Criticam, ainda, as velhas alegações de que há necessidade de dano para que haja progresso, insignificância de espécimes da fauna ou da flora ou a ausência de formas de se atingir um resultado sem agredir a natureza.

O juízo de aplicabilidade do princípio da insignificância nos delitos ambientais, sem dúvida, atinge as mais variadas discussões, que vão desde a necessidade de tutelar penalmente o bem jurídico meio ambiente, até a análise da extensão dos danos, requisitos da culpabilidade e demais raciocínio habituais dos penalistas.

Entretanto, percebe-se a necessidade de iniciar uma reflexão que parta do objeto principal, qual seja, o meio ambiente, para as diversas formas de protegê-lo, cada uma com suas peculiaridades, lembrando que não deve o Direito furtar-se da tarefa de agir perante as realidades mais importantes à humanidade.

6. CONCLUSÃO

Em nenhum outro momento na história tanto se pensou e debateu sobre o meio ambiente. Em todos os lugares do mundo há imensa preocupação com o futuro do planeta e com a sobrevivência da humanidade, sobretudo em tempos de discursos catastróficos e de cunho assustadoramente apocalíptico.

18 BRASIL. Tribunal Regional Federal – 1ª Região. Apelação Criminal nº 2003.34.00.019643-9/DF. Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto. Disponível em: <<http://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/>>. Acesso em: 21 out 2012.

O homem explorou de forma inconsequente o ambiente durante séculos, ora em nome da sobrevivência, ora do famigerado desenvolvimento, fazendo dos recursos naturais meios para alcançar o que se almejava.

Entretanto, diferentemente do que se esperava, os recursos naturais são limitados e, embora haja grande capacidade de regeneração dos ecossistemas, nada resiste a avassaladora ganância humana, gerando resultados hoje facilmente reconhecidos.

A nova realidade, no qual se configura a sociedade do risco, força o Direito Penal a se debruçar em temáticas como a desmaterialização do bem jurídico e a tipificação de crimes de perigo, nos modos concreto e abstrato, o que certamente choca a rígida estrutura sob a qual o Direito Penal está cimentado (BUERGO, 2001).

Beck (1998) aponta tais situações como a realidade preponderante nos dias atuais, os quais formam a chamada sociedade do risco, sobretudo advindas das práticas realizadas em nome do desenvolvimento:

Los riesgos que se generan en el nivel más avanzado del desarrollo de las fuerzas productivas (con ello me refiero sobre todo a la radiactividad, que se sustrae por completo a la percepción humana inmediata, pero también a las sustancias nocivas y tóxicas presentes en el aire, en el agua y en los alimentos, con sus consecuencias a corto y largo plazo para las plantas, los animales y los seres humanos) se diferencian esencialmente de las riquezas. Estes riesgos causan daños sistemáticos y a menudo *irreversibles*, suelen permanecer *invisibles*, se basan en *interpretaciones causales*, por lo que sólo se establecen en el *saber* (científico o anticientífico) de ellos, y en el saber pueden ser transformados, ampliados o reducidos, dramatizados o minimizados, por lo que están abiertos en una medida especial *a los procesos sociales de definición*. Con ello, los medias y las posiciones de la definición del riesgo se convierten en posiciones sociopolíticas clave.

Seguindo esse raciocínio, a tutela do ambiente tem se mostrado cada vez mais propensa à tipificação de crimes na modalidade dos delitos de perigo abstrato, justamente por ter em vista a antecipação da tutela penal, não permitindo a aproximação ao bem jurídico, quando este representa algum risco. A irreversibilidade de alguns danos ambientais, ou tão somente a falta de precisão quanto à previsibilidade das consequências dos danos ambientais dão azo a uma tutela, como frisou o citado sociólogo, que no campo sociopolítico convertem-se em posição chave.

Ao se discutir acerca da tutela penal do meio ambiente, espera-se oferecer efetividade à proteção a este bem jurídico que, por sua vez, reveste-se de característica difusa, imaterial e transgeracional, razão pela qual enseja maiores cuidados.

Ainda que a jurisprudência e a doutrina divirjam a respeito da aplicação ou não do princípio da insignificância aos delitos ambientais, certo é que se faz necessário ter a visão de que o meio ambiente é um vasto conjunto e, por isso, deve ser interpretado e protegido na sua totalidade. Por essa razão, a Carta Magna impôs a proteção civil, administrativa e penal a este direito fundamental, dirigido a atual e as futuras gerações.

Conclui-se, portanto, que o meio ambiente constitui, além de direito fundamental, um bem jurídico autônomo que não se dissolve, na opinião de Canotilho (2001), na proteção de outros bens constitucionalmente relevantes, cuja titularidade pertence à coletividade de modo indistinto. A percepção jurídica deve contemplar essa realidade: a humanidade possui um bem do qual não dispõe justamente porque dele depende para sobreviver.

7. REFERÊNCIAS

- AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito ambiental esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Método, 2011. 614 p.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós, 1998. 289 p.
- BENJAMIM, Antônio Herman. *Caderno de Direito Constitucional*. Porto Alegre: Emagis, 2006. 398 p.
- BITENCOURT, Cézaro Roberto. *Manual de Direito penal: parte geral, volume 1*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 744 p.
- BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal em la sociedade del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. 209 p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre os direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 273 p.
- CUSTÓDIO, André Viana. BALDO, Iumar Junior. *Meio ambiente, constituição e políticas públicas*. Curitiba: Multideia, 2011. 197 p.
- D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. 127 p.
- FAZOLLI, Silvio Alexandre. *Bem jurídico ambiental: por uma tutela coletiva diferenciada*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. 167 p.
- FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBCCRIM, 2008. 274 p.

- FREITAS, V. P.; FREITAS, G. P. *Crimes contra a natureza*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 432 p.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, parte general: fundamentos y teoría de La imputación*. 2. Ed. Madrid: Marcial Ponds, 1997. 1112 p.
- MARCHESAN, A. M. M.; STEIGLEDER, A. M.; CAPELLI, S. *Direito Ambiental*. 6 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. 376 p.
- MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 1.647 p.
- MOTTA, Ivan Martins. *Erro de proibição e bem jurídico-penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 176 p.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral : parte especial*. 6. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 1120 p.
- _____. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. 441 p.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 4 v.
- _____. *Crimes contra o ambiente: anotações à Lei 9.065, de 12 de fevereiro de 1998*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *Jornal Estado de Direito* n. 33. p. 14. 2012.
- ROMERO, Diego. *Apostamentos sobre os crimes de perigo na sociedade contemporânea*. 2007. 114 f. Dissertação (Programa de pós-graduação em ciências criminais) Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General, fundamentos. La estructura de La teoría Del delito*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 1.043.
- _____. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli – 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. 64 p.
- SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 405 p.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. 351 p.

MODELOS DE RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E SEUS REFLEXOS JURÍDICO-SOCIAIS, COM ÊNFASE NO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO

Annie Carniel¹⁹

Charles Andrade Froehlich²⁰

RESUMO

O presente artigo trata do tema “modelos de relação médico-paciente e seus reflexos jurídicos-sociais, com ênfase no processo de tomada de decisão”.

Pretende-se, à luz da literatura recente e relevante a propósito da situação em tela, analisar, discutir e apresentar os principais aspectos que envolvem essa problemática. Para tanto, utiliza-se a metodologia de pesquisa bibliográfica que consiste, basicamente, na leitura, fichamento e comparação das teorias dos principais autores do Direito que tratam desse problema e também a pesquisa de campo, possibilitando a interpretação e análise sobre o objeto de estudo, levando-se em consideração as Diretrizes e Normas Regulamentadoras de Pesquisa Envolvendo Seres Humanos, resolução nº196/96.

Partindo do pressuposto da análise do equilíbrio da relação médico-paciente, bem como considerando os principais aspectos atinentes desta interação e seus reflexos, o estudo em foco, “modelos de relação médico-paciente e seus reflexos jurídicos-sociais, com ênfase no processo de tomada de decisão” é um tema interdisciplinar que se apresenta de forma relevante por atingir a coletividade, com dilemas bioéticos, conceitos dos princípios que norteiam esta relação e a difícil tarefa que envolve a seara do biodireito.

19 Estudante do 10º semestre do curso de Direito, na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. E-mail: anniecarniel@hotmail.com

20 Bacharel em Ciências Sociais e Jurídicas e Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professor do Departamento de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul-RS (UNISC). Doutorando em Filosofia na UFSM. Advogado. E-mail: andradefroehlich@yahoo.com.br

Palavras-chave: biodireito; bioética; médico-paciente; princípios.

1. INTRODUÇÃO

O caminho metodológico do presente trabalho monográfico foi desenvolvido através de levantamento bibliográfico e pesquisa de campo, possibilitando a interpretação e análise sobre o objeto de estudo.

O processo de construção da pesquisa de campo realizou-se através de um instrumento de coleta de dados elaborado pela pesquisadora, com um modelo de entrevista estruturada, procurando caracterizar o modelo de relação médico-paciente predominante na área de obstetrícia da unidade hospitalar certificada como Instituição de ensino e assistência, a partir da visão das puérperas e de acordo com a classificação proposta pelos pesquisadores Ezekiel Emanuel e Linda Emanuel.

O estudo levou em consideração as Diretrizes e Normas Regulamentadoras de Pesquisa Envolvendo Seres Humanos, resolução nº 196/96, sendo que o projeto foi submetido ao Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade de Santa Cruz do Sul e a Direção Acadêmica do Hospital de Ensino.

O presente trabalho pretende demonstrar a relação médico-paciente neste momento de transição paradigmática, onde discute-se os valores do paciente e as obrigações médicas, buscando assim aquisição de conhecimento a partir da classificação de características dos modelos de relação médico-paciente proposta. Ainda de acordo com esta classificação e também com a pesquisa de campo que foi realizada, poderemos analisar o equilíbrio dessa interação e seus princípios.

Em síntese, abordou-se a evolução histórica da bioética e do biodireito, ressaltando a importância da análise das relações da área das ciências da vida e do direito, antes não analisadas. Diante disto, foi realizada uma análise dos princípios que norteiam o biodireito, a bioética e consequentemente a relação médico-paciente, foco principal deste trabalho monográfico, sendo que também apontou-se a inter-relação destes princípios que não sobrepõem uns aos outros.

Por fim, estudou-se a classificação de características dos modelos de relação médico-paciente, verificando a possibilidade de novos modelo, assim como, a exploração do processo de desenvolvimento e os resultados obtidos através da pesquisa de campo.

2. BIOÉTICA E BIODIREITO

O progresso e o desenvolvimento científico aumentam cada vez mais, sendo que, fez-se necessário analisar as relações na área das ciências da vida e o direito, antes não analisadas, dando conta das questões e entendimentos acerca de condutas realizadas em determinados casos. “Ora, o desenvolvimento ilimitado das ciências biomédicas provocou reações em cadeia para quais o homem não estava preparado, nem material nem espiritualmente falando” (LEITE, 2001, p. 102).

2.1 Bioética

Para Fabriz (2003, p. 56) “o termo Bioética foi originalmente proposto pelo biólogo e oncologista Van Rensselaer Potter, na Universidade de Wisconsin, Madison-EUA, no ano de 1970, popularizando-se de lá para cá”.

Como criador dos processos evolutivos, o homem preocupa-se com os valores e princípios, em meio a descobertas e estudos realizados sobre tecnologias e principalmente voltado as questões biológicas, mesmo com a informação de que o motivo e fim seria o benefício ao ser humano.

Ainda no mesmo sentido Fabriz (2003, p. 73), expõe que “a proposta de uma bioética ligava-se às preocupações com os problemas ambientais inerentes às questões de saúde”, com estas preocupações e mesmo com seu uso limitado, Fabriz (2003, p.73) relata também que “em sua concepção inicial a proposta de Potter concedia um sentido macro, interdisciplinar, conferindo as pesquisas nessas áreas uma grande abrangência”.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, observou-se um instrumento de larga importância que dedicou-se a resguardar e reafirmar os direitos humanos.

Existiu um tempo em que as mulheres e pessoas de cor ou etnia diferente eram desconsideradas eticamente ou não tinham direitos. A argumentação ética e os padrões sócio-jurídicos foram paulatinamente, modificando-se, ampliando-se nesta busca de igualdade: não é o sexo nem a cor da pele, nem mesmo a situação social ou étnica que devem servir como parâmetro ou limitador para a participação na comunidade moral. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 veio consolidar esse entendimento: toda a pessoa humana é igual em direitos e dignidade, independente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social (FROEHLICH, 2006, p. 104).

Dando enfoque aos novos e grandes desafios da bioética, contidos em nossa sociedade, onde busca-se analisar os valores e princípios que envolvem esta matéria, Clotet (1993, www.bioetica.ufrgs.br) nos ensina que:

[...] os problemas éticos da Medicina e das ciências biológicas explodiram em nossa sociedade com grande intensidade. Isto mudou as formas tradicionais de fazer e decidir utilizadas pelos profissionais da Medicina. Constitui um desafio para a ética contemporânea providenciar um padrão moral comum para a solução das controvérsias provenientes das ciências biomédicas e das altas tecnologias aplicadas à saúde.

Ressaltando a importância da troca de saberes e opiniões que devem ocorrer entre os indivíduos, Goldim (2006, www.bioeticaefecrista.med.br) comenta que “as questões referentes a interdisciplinaridade, já estavam presentes desde o início das discussões mais sistemáticas sobre a Bioética”.

No caminho desta grande evolução, ultrapassando os limites disciplinares, ainda não seria suficiente apenas o encontro de diversas áreas e sim da união das ideias, na tentativa de compreender os diversos aspectos envolvidos, sejam estes políticos, éticos ou científicos, na busca de um todo e não da escolha de uma verdade apenas. Goldim (2006, www.bioeticaefecrista.med.br) relata ainda que, “os problemas propostos para reflexão Bioética ficam mais claros quando discutidos dentro de uma perspectiva interdisciplinar”.

Em razão das várias áreas do conhecimento estarem envolvidas e da bioética estar inserida em todos os contextos da vida inclusive o social e o econômico e conforme Fabríz (2003, p. 87), haveria “uma série de possibilidades que podem ser compreendidas como elementos constitutivos do paradigma de bioética”.

Para Goldim (2006, www.bioeticaefecrista.med.br), “pensar Bioética é pensar de forma solidária, é assumir uma postura íntegra frente ao outro e, conseqüentemente, frente à sociedade e à natureza”, reforçando que a ideia de bioética, deveria sempre atrelar-se a ideia de proporcionar o bem.

Assim, a bioética envolve questões que compreendem muito além da área da medicina, chegando a diversas áreas do conhecimento Fabríz (2003, p. 88) sugere que:

compreende situações que podem ocorrer nas relações paciente e médico, pesquisador e pesquisado, Estado e cidadão; os desdobramentos sociais das investigações biomédicas e do comportamento daqueles que se encontram inseridos em atividades terapêuticas, englobando ainda as questões relacionadas a vida em sentido mais amplo [...]

Goldim (2009, www.bioetica.ufrgs.br), nos ensina que “a bioética complexa é uma proposta de abordagem onde a ética se insere na realidade e não apenas a ela se aplica”.

Mas as opiniões sobre ética poderão ser divergentes, havendo diferenças até mesmo na concepção de início e fim da vida, dentre outros conflitos, sendo necessário respeitar os pontos de vista, porém conforme Fabríz (2003, p. 93) “demonstra-se, assim, que o paradigma bioético deve antes de qualquer coisa operar com base numa ética de tolerância, no respeito às diferenças concretas, em razão de uma alteridade que se estabelece como vínculo de toda a humanidade [...]”.

Em função das transformações e também do período que está sendo vivenciado, para que se busque manter um estado de harmonia e equilíbrio entre os seres humanos e também o meio ambiente, sem que haja resultados perversos, pelo qual não foram avaliados os riscos, o biodireito deve ser orientado pela bioética.

2.2 Biodireito

O biodireito nasce da preocupação ética, da necessidade de garantia de direitos, em especial o direito a dignidade da pessoa humana, onde não se havia consenso suficiente.

Os riscos, e, mais amplamente, as expectativas sociais vinculadas à utilização de tecnologias, fizeram ressaltar a responsabilidade dos cientistas, tudo levando a crer que uma informação rigorosa e permanente da opinião pública torne possíveis os debates criando-se organismos pluridisciplinares de orientação (comitês de ética, por exemplo) e de decisão (conselhos interdisciplinares, tribunais nacionais e internacionais) nos quais tomarão assento, lado a lado, leigos e especialistas, todos associados, como verdadeiros parceiros do Direito (LEITE, 2001, p. 106).

Este novo ramo do direito surge, com a difícil tarefa de regular condutas frente as tecnologias. Fabríz (2003, p. 288) relata que “o Biodireito surge na esteira dos direitos fundamentais e, nesse sentido inseparável deles”. Indissociável da bioética, o biodireito emerge para fixar normas que tragam equilíbrio e segurança.

Em meio a tantas incertezas, Leite (2001, p. 106), refere “a quem compete decidir sobre o “bem” e o “mal” das novas conquistas”, ou ainda sobre a imposição de limites, seria “legítima a criação de normas específicas para regular esta matéria”.

Atualmente entendemos a necessidade de leis que nos guiem na solução de conflitos e a importância da multidisciplinaridade do biodireito, na busca de equilíbrio sobre estas questões que envolvem diversos princípios.

Demonstrando a importância de regular e organizar a sociedade, limitando abusos e conciliando as relações, dando destaque aos valores, Leite (2001, p. 107) reforça que:

por isso a lei é sempre invocada; não só porque as leis servem como “meios” perante as finalidades que são os valores, mas e sobretudo porque sua ocorrência é expressão inquestionável de segurança, de limites, dos valores comuns da comunidade que sente necessidade de sua determinação via normativa, como parâmetro de conduta observável por todos (LEITE, 2001, p. 107). (Grifo original).

Mas a legislação deverá ser útil, atendendo as necessidades e atualizando-se constantemente e ainda mais relevante e fundamental, sendo que não bastaria apenas esta legislação existir, assim Fabriz (2003, p. 290) afirma que “não basta uma legislação específica em torno dos problemas bioéticos. Faz-se necessário que tal legislação encontre amparo e condições de eficácia no âmbito do ordenamento”.

Com este vasto processo de modificações, onde tornaram-se tão complexas as relações, o direito se encontra desafiado a validar e estabelecer práticas relativas a bioética, assim, ajustando-se rapidamente, mas com auxílios, e ressaltando a importância dos comitês que têm a possibilidade de observar diversos assuntos.

As enormes inquietações sociais têm estimulado a evolução do direito, sendo que vem enfrentando os desafios de manter-se preservando e viabilizando modificações, dentro dos possíveis limites admissíveis, do ambiente e sociedade, proibindo, liberando ou ainda protegendo. Questões relacionadas ao tema deverão ser amplamente discutidas, buscando sempre a verdade em suas consciências orientadas pela ética, atentando-se ao discernimento do bem e o mal.

O biodireito, em sua concretização, deve buscar uma orientação interdisciplinar, na exigência de que as informações sejam passadas ao contexto da sociedade de forma que ela possa construir um juízo livre e independente de manipulações que venham atender a interesses não muito transparentes (FABRIZ, 2003, p. 311).

Para Fabriz (2003, p. 206), o biodireito “deve ser compreendido como direitos de quarta geração” e segue afirmando que “são direitos que se espriam pelo âmbito dos direitos fundamentais e direitos humanos”. Assim faz-se importante para a sociedade, pois envolve tanto a vida quanto a dignidade da pessoa humana.

3. PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

A partir das discussões bioéticas e demonstradas as necessidades atuais, o biodireito surge com a missão de normatizar e coibir práticas lesivas, buscando garantir assim, a liberdade e dignidade da pessoa humana. Mas já em 1974, com intuito de minimizar os

riscos e a insensibilidade dos estudos envolvendo seres humanos, o governo americano estabeleceu a Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental, tendo esta como missão, conforme relata Silva (2002, p. 161), “identificar os princípios éticos capazes de nortear a experimentação envolvendo seres humanos”.

A Comissão teria a incumbência não só de identificar e regulamentar, mas de propagar estes princípios, sendo que em 1978 foi publicado o Relatório Belmont. O Relatório, devido ao alto grau de dificuldade da matéria, tardou para ser divulgado, mas após amplas discussões, anunciaram a identificação de três princípios éticos, baseados no respeito pelo outro e na dignidade da pessoa humana.

Os referidos princípios divulgados, ao qual não se define hierarquia entre eles, são: princípio da autonomia ou princípio do respeito à pessoa, princípio da beneficência e princípio da justiça. Já em 1979 foi proposto um quarto princípio, ou seja, o princípio da não-maleficência, onde houve controvérsias referente a sua criação, por se tratar de um princípio já expresso, pois já havia o da beneficência.

Os princípios não se sobrepõem uns aos outros, sendo que serão utilizados e analisados especificamente para a ocasião que deles necessitarem. Para tanto, Fabriz (2003, p. 106) relata que “nesse contexto, os princípios e as regras demonstram ser elementos necessários às reflexões da Bioética”.

Quando houver a necessidade de aplicação de um princípio a um caso e surgirem situações conflituosas entre eles, Fabriz (2003 p. 106) sugere que siga-se “no sentido de aplicar os princípios que mais se aproximem da concepção de justo, no quadro das possibilidades que se configura a partir do caso concreto”.

Assim verifica-se que os princípios coexistem, ou seja, o princípio que não for adequado para certa situação não será eliminado.

Vários são os princípios, citados por diferentes autores, mas abordaremos os quatro princípios citados e também o princípio da dignidade da pessoa humana.

3.1 Princípio da autonomia

Trazendo como ideia maior, o respeito da vontade e liberdade de escolha do ser humano, também é conhecido como princípio do respeito à pessoa. Mas conforme o Relatório de Belmont, citado por Goldim (2004, www.bioetica.ufrgs.br), o princípio da autonomia “incorpora, pelo menos, duas convicções éticas: a primeira que os indivíduos devem ser tratados como autônomos, e a segunda, que as pessoas com autonomia diminuída devem ser protegidas”.

A autonomia carrega consigo também a responsabilidade dos indivíduos pelos seus atos. Assim Fabriz (2003, p. 109) nos ensina que “a responsabilidade, nesse

sentido, implica atos de escolha. Devem-se respeitar a vontade os valores morais e as crenças de cada pessoa”.

Com este princípio validado, tem-se como de suma importância a valorização da vontade do indivíduo, que poderá escolher indicar suas ações e objetivos de acordo com suas convicções, como afirma Goldim (2004 www.bioetica.ufrgs.br) “demonstrar falta de respeito para com um agente autônomo é desconsiderar seus julgamentos, negar ao indivíduo a liberdade de agir com base em seus julgamentos, ou omitir informações necessárias para que possa ser feito um julgamento”.

Quando trata-se da impossibilidade de o indivíduo manifestar sua vontade, seja pela sua incapacidade ou quando este encontrar-se de alguma forma impedido ou privado de fatores relevantes para exercer sua autonomia, Goldim (2004, www.bioetica.ufrgs.br) nos traz “duas condições essenciais ao princípio da autonomia: liberdade (independência do controle de influências) e ação (capacidade de ação intencional)”, justificando a redução de autonomia.

Quando trata-se da relação do indivíduo como paciente, sacode o chamado paternalismo vivenciado na área da saúde, assim Valls (2004, p.142) traz que “o médico só possui no máximo, o monopólio dos conhecimentos e das técnicas relacionadas à saúde do paciente, mas este, que em última análise é o maior interessado em sua própria saúde, pode muito bem possuir outros objetivos de vida”.

A liberdade do princípio da autonomia não poderá prejudicar terceiros, podendo, se for necessário, a redução da autonomia de um, em benefício do bem coletivo, por este motivo chama-se também princípio do respeito a pessoa, com intuito de que que a escolha seja melhor para todos os envolvidos.

3.2 Princípio da justiça

O princípio da justiça encontra-se muito atrelado a questões de saúde e cidadania, principalmente em função de estar relacionado com a ideia de proporcionar dentro das possibilidades, o melhor para cada indivíduo.

A justiça trabalha com diversas áreas e ao mesmo tempo que entende-se a abordagem bioética de tê-lo trazido como um princípio pelo Relatório de Belmont, no ano 1978, este já nos é muito lembrado. Neste sentido, Santos (1998), citado por Fabriz (2003, p.111), revela o quanto é árduo o desenrolar do conceito de justiça, trazendo que “a justiça, sob diversos nomes, governa o mundo, natureza e humanidade, ciência e consciência lógica e moral, política, história e arte. A justiça é o que há de mais primitivo na alma humana, de mais fundamental na sociedade”.

A justiça torna-se essencial para o ser humano e ao mesmo tempo de alta complexidade sua definição e também aplicação ao caso concreto. Este princípio é extre-

mamente amplo, tanto para o entendimento, quanto na sua aplicabilidade, podendo o justo muitas vezes parecer para alguns, algo injusto ou até desumano. Fabríz (2003, p. 121), destaca que “até mesmo a lei pode ser considerada injusta e ilegítima, quando elaborada de maneira arbitrária e não democrática”.

A partir do conhecimento do enfrentamento para obter-se a igualdade de direitos e a verificação da importância dos meios, sabendo-se das possíveis reações, caso ocorra injustiça, Fabríz (2003, p.121) observa que “uma interpretação adequada é toda aquela que leva em consideração as próprias diferenças que se expressam nos casos em concreto, levando-se em consideração o sentimento de justiça que se estabelece no plano da coletividade”.

3.3 Princípio da beneficência

Quando mencionamos este princípio, automaticamente relacionamos com a ideia de fazer o bem, sendo que Goldim (1998, www.bioetica.ufrgs.br) ressalta que esta da ideia de fazer bem seria “independentemente de desejar-lo ou não”.

Se avaliarmos o histórico, principalmente no tocante da relação médico paciente, veremos que este princípio norteou esta relação por muito tempo, assim o médico assumia esta postura, em função do juramento sem levar em consideração a opinião dos pacientes envolvidos nos casos.

O princípio da beneficência merece grande destaque, pois interfere e impacta diretamente na vida da pessoa humana. Conforme Fabríz (2003, p.107) este princípio “indica a obrigatoriedade do profissional de saúde e do investigador de promover primeiramente o bem do paciente”.

Neste contexto, a beneficência, que nasceu do latim *bonum facere*, sugere para muitos autores a realização da bondade e caridade, e ainda para Silva (2002, p.173) “não podem ser senão a mais fidedigna expressão do amor”. Assim, torna-se difícil delimitar a ideia de beneficência, pois esta representa um ideal, uma obrigação de prestar a assistência, mas devendo ser analisada ao caso concreto.

Nesta premissa, em que devemos realizar avaliações e tomando o devido cuidado para que não se confunda benevolência com beneficência, Fabríz (2003, p.108) alega que “nas máximas fazer o bem, cuidar da saúde e favorecer a qualidade de vida, vislumbra-se um enorme espaço, onde as opções políticas e ideológicas podem transitar sem nenhum problema”.

3.4 Princípio da não-maleficência

O princípio da não-maleficência não estava incluído no Relatório de Belmont, sendo este relacionado com o princípio da beneficência, assim como muitos autores também abordam conjuntamente estes dois princípios.

Fabriz (2003, p. 107) quando aborda o referido tema, explica que, “fundado nas máximas non nocere e bonum facere, engloba um outro princípio, o da não maleficência (primum non nocere), o de não impingir a alguém qualquer dano”. Assim este princípio, que traz como lição, não causar dano a outrem intencionalmente, sugere também a prudência nos atos.

Atribui-se a ideia de conflitos em torno deste princípio, conforme aborda Goldim (1997, www.bioetica.ufrgs.br), “o princípio da Não-Maleficência é o mais controverso de todos”. Goldim (1997) refere ainda que este princípio já estava presente, conjuntamente com o princípio da beneficência no Juramento Hipocrático, assim relata Goldim (1997, www.bioetica.ufrgs.br) parte do juramento: “usarei meu poder para ajudar os doentes com o melhor de minha habilidade e julgamento; abster-me-ei de causar danos ou de enganar a qualquer homem com ele”.

Com o pressuposto de delinear e ponderar o agir, sem que ocorra dano proposital, sendo o princípio da não maleficência relacionado com o princípio da beneficência, ou ainda que sejam distintos, o seu objetivo será absoluto em proteger os sujeitos, onde somente serão permitidos riscos e sofrimentos que se comprovarem indispensáveis.

3.5 Princípio da dignidade da pessoa humana

Assegurado pela Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 e considerado essencial para vida, o princípio da dignidade da pessoa humana, tem alto valor, ou seja, assim como outros princípios constitucionais fundamentais, são considerados normas supremas, sendo que têm aplicabilidade imediata.

Silva (2002, p.192) salienta que “o respeito deve ser assegurado independentemente do grau de desenvolvimento individual das potencialidades humanas”. Abordando a mesma questão, mas com intuito de permitir a neutralidade entre os desiguais, Moraes (2008, p.37) nos ensina que, “os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado”.

Este princípio relaciona-se com todos os outros já mencionados, sempre buscando a proteção dos indivíduos, assim, Fabrizio (2003, p.218) afirma que “o princípio que ga-

rante da dignidade da pessoa humana, informador dos direitos humanos fundamentais, em geral, também informa os princípios da Bioética”.

Demonstrando ser um dos princípios mais importantes do direito contemporâneo e sendo este considerado um avanço, em função da ocorrência de tantos horrores envolvendo o ser humano, encontramos este como equilíbrio, pois não garante somente a vida, mas sim que esta vida seja digna.

Destacando e reconhecendo, o indissolúvel princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, emanado na Constituição Federal, Piccinini (2004, p.57) aborda que “o direito deve assegurar o devido respeito que todo ser humano deve ter, para que esse desfrute de uma vida digna, não importando sua nacionalidade, sua cor, seu credo, seu sexo, sua condição econômica ou social”.

Em razão dos avanços científicos e dos dilemas bioéticos, na luta para que não acarretem prejuízos físicos e psicológicos aos seres humanos, Diniz (2001, p. 17) pauta que “não poderão bioética e biodireito admitir conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela a sua dignidade e o direito a uma vida digna”.

4. MODELOS DE RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Em 1972 Robert Veatch propôs quatro modelos de relação-médico paciente, sendo que em 1992, Ezekiel Emanuel e Linda Emanuel, propuseram alterações em algumas denominações, sendo que serão vistos os quatro modelos conforme esta última denominação, ou seja, da seguinte forma: modelo paternalista, modelo informativo, modelo interpretativo e modelo deliberativo.

4.1 Modelo paternalista

O modelo paternalista, é considerado o mais tradicional e também denominado de sacerdotal, pois baseia-se nas ideias e conceitos hipocráticos.

Neste modelo o médico determina o que entende ser o melhor para o paciente, exercendo sua autoridade e poder na relação. Para Goldim e Francisoni (1999, www.bioetica.ufrgs.br) “em nome da Beneficência a decisão tomada pelo médico não leva em conta os desejos, crenças ou opiniões do paciente”. O envolvimento do paciente perante este modelo é considerado baixo, ou seja, é de submissão, enquanto o médico exerce relação de dominação.

O paciente terá participação limitada, sendo que a decisão do médico será a última, considerando que o paciente agradeça pelas ações realizadas pelo médico.

The paternalistic model assumes that there are shared objective criteria for determining what is best. Hence the physician can discern what is in the patient's best interest with limited patient participation. Ultimately, it is assumed that the patient will be thankful for decisions made by the physician even if he or she would not agree to them at the time.(E. EMANUEL; e L. EMANUEL, 1992, p. 2224).²¹

Este modelo é muito reconhecido em situações de emergência, onde o tempo que será dispensado para aquisição do consentimento do paciente, seria muito importante para salvar a sua vida ou não lhe causar danos irreversíveis.

Mesmo que os valores e o ponto de vista sejam semelhantes sobre o benefício do resultado, este modelo não seria o melhor na relação médico-paciente, mas somente em situações limitadas. “Consequently, even physicians rarely advocate the paternalistic model as an ideal for routine physician-patient interactions” (E. EMANUEL; e L. EMANUEL, 1992, p. 2224).²²

4.2 Modelo informativo

No segundo modelo chamado informativo, mas muitas vezes também denominado científico ou engenheiro, o médico fornece as informações consideradas relevantes e o paciente define quais as intervenções, dentro das possibilidades, o médico deverá executar. O paciente é conhecedor de seus valores e os tem bem delimitados, sendo a função do médico repassar as informações técnicas disponíveis para que o paciente selecione a intervenção que entender melhor, sem julgamento do médico.

Este modelo seria o inverso do paternalista, pois o poder de decisão concentra-se com o paciente, sendo que o médico obtém um baixo envolvimento na tomada de decisão. Segundo Goldim e Francisconi (1999, www.bioetica.ufrgs.br), o “médico assume o papel de repassador de informações e executor das ações propostas pelo paciente. O médico preserva apenas a sua autoridade, abrindo mão do poder, que é exercido pelo paciente”.

Os médicos envolvidos absorvem o compromisso de fornecer informações verdadeiras e além do seu conhecimento técnico na especialidade, deverão consultar

21 Tradução: O modelo paternalista assume que existem critérios objetivos formados para determinar o que é melhor. Portanto, o médico pode discernir o que é de interesse do paciente com participação limitada do paciente. Em última análise, presume-se que o paciente será grato por decisões tomadas pelo médico, mesmo se ele ou ela não concordar com eles no momento.

22 Tradução: Consequentemente, até mesmo os médicos raramente defendem o modelo paternalista como o ideal para a rotina de interações médico-paciente.

também outros especialistas, se houver dúvidas. O modelo estudado é de controle por parte do paciente, sendo que a decisão do médico é de baixo envolvimento, e por este motivo o paciente acaba sendo visto como um cliente do médico.

Esta não parece ser a melhor relação médico-paciente, pois não há o cuidado necessário, não se relata fatos da relação essencial de confiança. Entendemos a autonomia individual, mas há também a necessidade do médico informar e tentar assegurar a compreensão do paciente para que ele possa livremente aderir ao tratamento, a partir da convicção de que o médico é detentor dos conhecimentos inerentes. Neste modelo, o médico se envolve com o paciente em função da sua importância em organizar as intervenções escolhidas pelo seu paciente.

However, the informative physician lacks a caring approach that requires understanding what the patient values or should value and how his or her illness impinges on these values. Patients seem to expect their physician to have a caring approach; they deem a technically proficient but detached physician as deficient, and properly condemned. (E. EMANUEL; e L. EMANUEL, 1992, p. 2224).²³

Analisa-se a visão de autonomia do paciente, pois referente ao modelo em questão entendem-se que as pessoas possuem valores delimitados. Este modelo não se enquadra com a visão de autonomia aqui exposta, pois não compreende os desejos de segunda ordem, onde somos capazes de alterar e avaliar preferências.

4.3 Modelo interpretativo

Neste terceiro modelo, denominado modelo interpretativo, os médicos também serão fornecedores de informações aos pacientes, porém irão ampará-los para que haja entendimento e articulação, ajudando-os na seleção de possíveis intervenções. Agindo desta forma, o médico, além de transmitir as informações técnicas, se propõe a auxiliar na interpretação relativa aos valores do paciente.

O médico não deverá realizar indicações de intervenções, nem deverá julgar as prioridades do paciente, sendo que, este deverá decidir o que julga apropriado, após os esclarecimentos e orientações recebidos. Assim revelam Goldim e Francisconi (2005, <http://www.pucrs.br>):

23 Tradução: No entanto, falta ao médico informativo um cuidado para uma aproximação para entender os valores do paciente ou deve valorar, em como sua doença colidirá esses valores. Os pacientes parecem esperar seu médico para ter uma aproximação e cuidados; consideram um médico tecnicamente proficiente, mas isolam o médico como deficiente e devidamente condenado.

[...] cabe aos profissionais de saúde tentar elucidar os valores dos pacientes e tentar fazer com que o paciente escolha a decisão que melhor coincida com estes valores. O profissional da saúde age como conselheiro, sempre levando em conta os valores dos pacientes.

O médico será responsável pela transmissão de informação e tentativa de absorção destas informações ao paciente. Este modelo, diferentemente do informativo, consegue englobar e reconhecer que durante a interação, os pacientes possuem desejos de segunda ordem e não apenas valores conhecidos e fixos. De acordo com os pesquisadores E. Emanuel e L. Emanuel (1992, p. 2224):

the interpretive model rectifies this deficiency by recognizing that persons have second-order desires and dynamic value structures and placing the elucidation of values in the context of the patient's medical condition at the center of the physician-patient interaction.²⁴

Mas com pouco tempo para interação com o paciente, os médicos poderão interferir em sua decisão, impondo seus próprios valores sem que ao menos percebam. Por sua vez o paciente poderá sentir-se pressionado, pois na circunstância em que se encontra possivelmente aceitará a condição imposta. Se de fato ocorrerem estas situações, este modelo estaria próximo do modelo paternalista.

4.4 Modelo deliberativo

O quarto modelo proposto foi denominado pelos pesquisadores, modelo deliberativo, sendo que, neste modelo a função do médico seria de auxiliar o paciente, para que este consiga julgar e selecionar seus valores com clareza, mas dentro do contexto da condição em que se encontra.

No referido modelo, o profissional médico deverá evitar a repressão, sendo que durante a interação dos envolvidos, deverá ter o intuito de avaliar o juízo de valor do paciente e também a importância do procedimento a ser realizado.

Este modelo contempla um envolvimento mais profundo na relação entre as partes. Deve-se buscar que o paciente tome suas decisões baseadas em informações comple-

24 Tradução: O modelo interpretativo corrige esta deficiência, reconhecendo que as pessoas têm desejos de segunda ordem e estruturas de valor dinâmico e colocando a elucidação de valores no contexto da condição médica do paciente no centro da interação médico-paciente.

tas e corretas. Cabe ao profissional da saúde tentar entender os valores que os levam a tomar estas decisões. O paciente pode ser persuadido a seguir um determinado caminho mas jamais poderá ser coagido a tal. (GOLDIM; e FRANCISCONI, 2005, www.pucrs.br).

Assim, seria possível observar e também reforçar que uma relação médico-paciente bem construída e ética, poderia auxiliar o paciente envolvido neste processo de tomada de decisão.

Neste modelo, discute-se a possibilidade e também a pertinência dos profissionais médicos na formação de um juízo de valores, sobre os valores particulares dos pacientes. Mas o médico não poderá julgar o merecimento do paciente e nem tão pouco os seus valores particulares nas instruções que serão transmitidas, estando isento de tais valores pessoais, para que não haja interferências nas suas deliberações como profissional.

Este modelo também poderia naturalmente se transformar no primeiro modelo apresentado, ou seja, transformar-se no modelo paternalista, mesmo que este não seja o propósito.

4.5 Possibilidades de novos modelos de relação médico-paciente

E. Emanuel e L. Emanuel sugerem que os modelos expostos não sejam exaustivos e relatam que, poderia ser adicionado um quinto modelo denominado de modelo instrumental.

The four models are not exhaustive. At a minimum there might be added a fifth: the instrumental model. In this model, the patient's values are irrelevant; the physician aims for some goal independent of the patient, such as the good of society or furtherance of scientific knowledge (E. EMANUEL; e L. EMANUEL, 1992, p. 2222).²⁵

Este modelo demonstraria o aproveitamento exagerado do paciente em pesquisas, conforme Goldim e Francisconi (1999, <http://bioetica.ufrgs.br>) no modelo instrumental “o paciente seria utilizado pelo médico apenas como um meio para atingir uma outra finalidade.”

25 Tradução: Os quatro modelos não são exaustivos. No mínimo pode ser adicionado um quinto: o modelo instrumental. Neste modelo, os valores do paciente são irrelevantes; o médico visa a algum objetivo independente do paciente, como o bem da sociedade ou a promoção do conhecimento científico.

E. Emanuel e L. Emanuel, entendem que este não seria o modelo ideal, por consequência das condenações morais que envolvem estes casos.

O referido modelo poderia enquadrar-se perfeitamente na abusiva pesquisa, realizada na região de Tuskegee, onde a comunidade era predominantemente pobre, negra e rural e a sífilis seria um dos maiores problemas. Conforme Goldim (2001, www.bioetica.ufrgs.br) “durante a realização do projeto foram publicados 13 artigos que no próprio título expressavam que o não tratamento era o objetivo do mesmo”.

5. DESENVOLVIMENTO E RESULTADOS DA PESQUISA DE CAMPO

A pesquisa foi desenvolvida na maternidade da unidade hospitalar certificada como Instituição de ensino e assistência, localizada no interior do estado do Rio Grande do Sul, sendo esta uma instituição filantrópica sem fins lucrativos. A unidade hospitalar conta atualmente, com uma infra-estrutura de 191 leitos, sendo que realiza atendimentos médico-hospitalares a pacientes internados e ambulatoriais, principalmente através do Sistema Único de Saúde – SUS, o que representaram, no ano de 2012, aproximadamente 73% dos atendimentos. Atende também, pacientes de diversas localidades, sendo considerada como referência em parto de alto risco e também referência para todos os tipos de urgência e emergência do município, é unidade de assistência em alta complexidade cardiovascular e referência ainda para cirurgias de alta complexidade em traumatologia-ortopedia de urgência e eletivas, para os municípios da 13ª e 8ª Delegacias Regionais de Saúde.

Participaram do estudo 20 sujeitos, sendo estes puérperas, com idade entre 20 e 42 anos, que tiveram seus filhos nascidos vivos e que estavam em alojamento conjunto, sendo que este número representou em média 15% dos partos realizados na referida unidade.

A aplicação do instrumento de pesquisa realizou-se entre os dias 18 de março e 16 de abril de 2013, em dias intercalados, com exceção dos finais de semana, em regra duas puérperas por dia, até que se chegou ao número desejado (20 participantes). A coleta foi direcionada a pacientes internadas pelo convênio SUS e particular/outros convênios, sendo que foram escolhidos o primeiro parto do convênio SUS e o último dos convênios particular/outros convênios do dia. Ocorreu em três momentos, a situação de não haver o tipo de parto no dia pré-estabelecido, sendo que, nestes casos foram entrevistadas as puérperas do dia seguinte, que contemplaram os critérios de participação.

Todas as entrevistas ocorreram no dia seguinte à realização do parto, sendo excluídas as puérperas que não se encontraram com seus filhos em função de óbitos e internações em Unidades de Tratamento Intensivo – UTI Neonatal e Unidade de Cuidados Intermediários – UCI.

O estudo levou em consideração as Diretrizes e Normas Regulamentadoras de Pesquisa Envolvendo Seres Humanos, resolução nº 196/96. O projeto foi submetido ao Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade de Santa Cruz do Sul e a Direção Acadêmica da unidade hospitalar certificada como Instituição de ensino. A coleta de dados iniciou-se somente após a aprovação, lembrando que a participação foi voluntária e que os participantes obtiveram o direito de desistir da participação.

Os resultados foram organizados e analisados para a compreensão das entrevistas efetuadas, dando-se enfoque às semelhanças e diferenciações dos resultados, que possibilitaram o agrupamento em função das características comuns. Também foram efetuadas, determinadas associações entre os dados obtidos nas entrevistas, buscando a relação com a teoria e procurando facilitar o entendimento, conforme o quadro abaixo:

Total da amostra		20 puérperas			
1. Quantas gestações você teve antes desta?		nenhuma	uma	duas	3 ou mais
		8 40%	5 25%	2 10%	5 25%
2. Alguma das gestações mencionadas foi interrompida (aborto)?		não	não se aplica	sim (1)	sim (2)
		8 40%	8 40%	2 10%	2 10%
3. Das gestações anteriores quais foram os tipos de partos realizados?		parto cesáreo	parto normal	parto cesáreo e normal	não se aplica
		3 15%	6 30%	2 10%	9 45%
4. Nesta internação, qual foi o procedimento realizado?		parto cesáreo	parto normal		
		12 60%	8 40%		
5. Nesta gestação você realizou acompanhamento pré-natal?		Sim	Não		
		20 100%	0 0%		
6. Quantas consultas de pré-natal foram realizadas nesta gestação?		uma ou duas	três ou quatro	cinco ou mais	não se aplica
		0 0%	0 0%	20 100%	0 0%
7. O médico que realizou o procedimento (parto), foi o mesmo que acompanhou as consultas do pré-natal?		sim	não	algumas	não se aplica
		10 50%	8 40%	2 10%	0 0%
8. Nesta internação, quem definiu qual seria o tipo de parto a ser realizado?		você - m. informativo	2 10%		
		médico - m. paternalista	6 30%		
		em conjunto, você com o convencimento do médico - m. Interpretativo			7 35%
		em conjunto, você com auxílio do médico - m. deliberativo			5 25%
9. O que pesou para esta tomada de decisão?		a sua saúde	2 10%		
		a saúde do bebê	3 15%		
		a sua saúde e a do bebê	12 60%		
		o conforto, pois pode escolher a data de realização do parto			3 15%
		não sabe	0 0%		
		outros	0 0%		
10. Você teve a possibilidade de indicar uma pessoa de sua confiança para acompanhá-la no centro obstétrico (Lei nº 11.108 de 7 de abril de 2005)?		sim, antes, durante e pós-parto imediato	19 95%		
		sim, antes e pós-parto imediato	0 0%		
		sim, antes e durante o parto	0 0%		
		sim, durante e pós-parto imediato	0 0%		
		somente antes do parto/trabalho de parto	0 0%		
		somente durante o parto	0 0%		
		somente pós-parto imediato	0 0%		
		não foi informada da possibilidade	1 5%		

As puérperas participantes da pesquisa possuíam idade gestacional entre 34 e 41 semanas e em sua grande maioria independentemente do convênio, possuía ensino médio completo (70%). A partir da análise dos dados, observou-se que 40% das puérperas estavam realizando o seu primeiro parto e havia entre elas um histórico de 20% de interrupção/aborto.

Quanto ao número de consultas de pré-natal, avaliou-se que todas realizaram número igual ou superior a cinco consultas, sendo que este dado mostrou-se satisfatório, ficando demonstrado que as puérperas entrevistadas, possuíam e usufruíram do acesso as consultas, assim tornando-se possível reduzir os fatores de risco tanto para a puérpera quanto para o recém-nascido.

Com o enfoque nos modelos de relação médico-paciente, buscou-se analisar a resposta da questão, “nesta internação, quem definiu qual seria o tipo de parto a ser realizado?”. Como retorno, atingimos o seguinte resultado: 10% das puérperas entrevistadas respondeu que foi decisão própria, 30% respondeu que o médico decidiu, 35% revelou que a decisão foi em conjunto, mas com o convencimento do médico e 25% decidiu em conjunto, mas com o auxílio do médico.

Considerando o resultado obtido através da amostra, foi possível averiguar que o modelo de relação médico-paciente predominante na maternidade da unidade hospitalar certificada como Instituição de ensino e assistência, de acordo com as características dos modelos de relação médico-paciente propostos pelos pesquisadores Ezekiel Emanuel e Linda Emanuel, é o modelo interpretativo, pois avaliando-se proporcionalmente e de acordo com a percepção da puérpera entrevistada, a definição no momento da tomada de decisão do tipo de parto a ser realizado foi conjunta, mas com o convencimento do médico. Frisa-se o fato de que em algumas situações, este modelo se aproximaria muito ao modelo paternalista.

Destaca-se que todos os modelos referidos e também encontrados possuem pontos importantes e essenciais, contemplando a autonomia do paciente, mas com características e compreensão diferenciadas, ressaltando que o estudo baseou-se em uma pequena amostra. Neste caso, seria dificultoso eleger o melhor modelo, simplesmente por propiciar maior ou menor autonomia ao paciente.

Para que pudéssemos avaliar esta condição seria necessário apropriar-se das concepções, pois estes modelos não descrevem as situações complexas que podem surgir em uma situação clínica, onde estão envolvidos valores e obrigações, mas sim, concebem conceitos ideais para a relação médico-paciente.

Com estas observações, ou seja, após análise da questão precedente, examinou-se as respostas obtidas, sobre o processo de tomada de decisão, questão diretamente envolvida com a anterior, evidenciando-se o resultado, com distinção entre convênios, assim no transcorrer das respostas do convênio SUS, cita-se que 20% das

puérperas responderam que o que pesou para esta tomada de decisão foi a sua saúde, 10% respondeu que foi a saúde do bebê, 70% relatou que levaram em consideração as duas hipóteses, ou seja, a sua saúde e a do bebê.

Em contra partida, na internação particular e/ou outros convênios alcançou-se o retorno de que, para 20% o que pesou para a tomada de decisão foi a saúde do bebê, 50% relatou que levou em consideração a sua saúde e a do bebê e 30% o conforto, pois pode escolher a data da realização do parto.

Neste ponto de vista, discute-se essencialmente quando tratamos da autonomia do paciente, se não está se estabelecendo um desvio do que realmente sugere esta autonomia, pois foi possível observar que em algumas respostas o que pesou neste processo de tomada de decisão, na percepção da puérpera não envolveu saúde e sim conforto. Consequentemente considera-se que o real consentimento do paciente aconteceria quando o médico dispusesse solidariamente, se possível, as informações e opções disponíveis para o caso específico e em contraponto o paciente capacitado por tais informações, obtivesse a oportunidade de exercitar sua autonomia, quanto a melhor forma de intervenção, compreendendo de forma clara os riscos e benefícios trazidos por este processo de tomada de decisão.

Através dos dados obtidos, realizou-se um comparativo entre o número de partos normais e parto cesáreos entre as puérperas entrevistadas, relacionando os tipos de convênios, chegando-se a conclusão de que no convênio SUS, 70% das puérperas realizaram partos normais e 30% realizou parto cesáreo, quando avaliou-se as puérperas internadas particular e/ou outros convênios ficou demonstrado que 10% realizou parto normal e que 90% realizou parto cesáreo.

Também fez parte da verificação desta pesquisa, a garantia que a lei nº 11.108 de 07 de abril de 2005, trouxe a gestante, ou seja, garantia de obter a possibilidade de indicar um acompanhante antes, durante e no pós-parto imediato, sendo possível apontar que: 95% das puérperas entrevistadas obtiveram a possibilidade de indicar uma pessoa de sua confiança para acompanhá-la antes, durante e pós-parto imediato e 5% não foi informada desta possibilidade.

Contudo, evidenciou-se que, diferentemente das notícias de nível nacional, há o indicativo de que a expressiva maioria das pacientes internadas nesta unidade hospitalar está usufruindo da garantia da referida lei. Neste contexto, também requer-se atenção ao resultado negativo, pois mesmo que minimamente, ainda assim houve descumprimento da lei e que o ocorrido fere o princípio da dignidade da pessoa humana, pois a paciente que não obteve a possibilidade, foi tratada com desigualdade perante as que obtiveram esta possibilidade e consequentemente este fato fere sua dignidade.

6. CONCLUSÃO

Esta pesquisa consistiu na discussão e apresentação dos principais aspectos que envolvem os modelos de relação médico-paciente e seus reflexos jurídicos-sociais, com ênfase no processo de tomada de decisão. Sendo que, além da pesquisa bibliográfica utilizou-se também a pesquisa de campo, possibilitando a interpretação e análise sobre o objeto de estudo.

O tema tratado mostrou-se interdisciplinar e apresentou-se de forma relevante por atingir a coletividade, com dilemas bioéticos, conceitos dos princípios que norteiam esta relação e a difícil tarefa que envolve a seara do biodireito.

Fez-se também uma averiguação sobre as características dos modelos de relação médico-paciente propostos pelos pesquisadores Ezekiel Emanuel e Linda Emanuel, sendo estes denominados da seguinte forma: modelo paternalista, modelo informativo, modelo interpretativo e modelo deliberativo. Consequentemente também foi abordada a possibilidade de novos modelos, além dos trabalhados.

Para que o objeto estudado fosse melhor compreendido, realizou-se uma pesquisa de campo, na maternidade da unidade hospitalar certificada como Instituição de ensino e assistência, localizada no interior do estado do Rio Grande do Sul, sendo esta uma instituição filantrópica sem fins lucrativos, envolvendo 20 sujeitos, mais especificamente 20 puérperas, que tiveram seus filhos nascidos vivos e que estavam em alojamento conjunto. A aplicação do instrumento de pesquisa realizou-se entre os dias 18 de março e 16 de abril de 2013, em dias intercalados, com exceção dos feriados e finais de semana, duas puérperas por dia, até que se chegou ao número desejado (20 participantes). A coleta foi direcionada à pacientes internadas pelo convênio SUS e particular/outras convênios e iniciou-se somente após a aprovação do Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade de Santa Cruz do Sul e a Direção Acadêmica da unidade hospitalar certificada como Instituição de ensino. A participação foi voluntária e as participantes obtiveram o direito de desistir da participação a qualquer momento. Todos os participantes do estudo foram esclarecidos de qualquer dúvida referente a pesquisa e somente foram incluídos, após assinatura do termo de consentimento livre e esclarecido.

Considerando o resultado obtido através da amostra, observou-se que o modelo de relação médico-paciente predominante na maternidade da unidade hospitalar certificada como Instituição de ensino e assistência, de acordo com as características dos modelos de relação médico-paciente propostos pelos pesquisadores Ezekiel Emanuel e Linda Emanuel, é o modelo interpretativo.

Evidenciou-se também que, diferentemente das notícias de nível nacional, há o indicativo de que a expressiva maioria das pacientes internadas nesta unidade hospita-

lar, está possuindo acesso a garantia que a lei nº 11.108 de 07 de abril de 2005, trouxe as gestantes, pois 95 % das puérperas entrevistadas obtiveram a possibilidade de indicar um acompanhante antes, durante e no pós-parto imediato.

Ademais, a realização deste estudo, direcionado a percepção das puérperas, proporcionou uma análise crítica, fazendo-se necessário destacar que entre os vários fatores e modelos que contribuem para a relação médico-paciente, atuam como protagonistas desta discussão, os princípios da autonomia e da beneficência, onde procurou-se compreender as expectativas dos médicos e pacientes, em consonância com as normas éticas e legais.

7. REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- CLOTET, Joaquim. Por que Bioética? Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/bioetpq.htm>> Acesso em: 30 ago. 2012.
- DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001.
- EMANUEL, E.; EMANUEL, L. Four models of the physician-patient relationship. JAMA: The Journal of the American Medical Association, v. 267, n.16, p. 2221-2226, abr. 1992.
- FABRIZ, Daury Cesar. Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- FROEHLICH, Charles Andrade. Bioética e direitos além de “humanos”: um enfoque filosófico-jurídico contemporâneo. Revista Brasileira de Bioética, Brasília, v. 2, n. 1, p. 87-106, dez. 2006.
- GOLDIM, J. R.; FRANCISCONI, C. F. Modelos de relação médico-paciente. Disponível em: <<http://bioetica.ufrgs.br/relacao.htm>> Acesso em: 28 ago. 2012.
- _____. Bioética Clínica. In: CLOTET, J; FEIJÓ, A.G.S; OLIVEIRA, M.G. (Org.). Bioética: uma visão panorâmica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/carlos/bioeticaclinica.pdf>> Acesso em: 30 ago. 2012.
- GOLDIM, José Roberto. Bioética: origens e complexidade. Revista HCPA, Porto Alegre, v. 26, n. 2, p. 86-92, 2006. Disponível em: <[http://www.bioeticaefecrista.med.br/textos/origem %20e%20complexidades.pdf](http://www.bioeticaefecrista.med.br/textos/origem%20e%20complexidades.pdf)> Acesso em: 16 set. 2012.
- _____. Bioética complexa: uma abordagem abrangente para o processo de tomada de decisão. Revista da AMRIGS, Porto Alegre, v. 53, n. 1, p. 58-63, jan.-mar.

2009. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/complexamrigs09.pdf>> Acesso em: 20 set. 2012.
- _____. Caso Tuskegee. Disponível em: <<http://bioetica.ufrgs.br/tuekegee.htm>> Acesso em: 06 set. 2012.
- _____. Princípio do Respeito a Pessoa ou da Autonomia. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/autonomi.htm>> Acesso em: 19 out. 2012.
- _____. Princípio da Beneficência. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/benefic.htm>> Acesso em: 19 out. 2012.
- _____. Princípio da Não-Maleficência. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/naomalef.htm>> Acesso em: 19 out. 2012.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito, a ciência e as leis bioéticas. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). Biodireito ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 98-119.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- PICCININI, Marta Luisa. A dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade do direito à vida no biodireito. 2004. 139 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação - Mestrado em Direito – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2004.
- SILVA, Reinaldo Pereira e. Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: Ltr, 2002.
- VALLS, Alvaro Luiz Montenegro. Da ética à bioética. Petrópolis: Vozes, 2004.

A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL E A PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Daniele Scheleder Rossal²⁶

Norberto Luis Nardi²⁷

RESUMO

O presente trabalho, sob o método hermenêutico, refere-se ao estudo da alienação parental e as consequências que este fenômeno traz as crianças, abordando primeiramente, a origem da família, suas definições e formas de constituição, dissolução pelo divórcio, abrangendo a Emenda Constitucional 66 de 2010. Em seguida, dispõe sobre os princípios basilares na relação familiar com base na Constituição Federal. Posteriormente, a identificação da alienação parental, as suas consequências às partes envolvidas, manifestação, bem como, os mecanismos para combatê-la. Dessa forma, o reconhecimento da importância do tema alienação parental, e como o poder judiciário e os operadores do direito em geral tem compreendido este comportamento é primordial para que se possa estudar as possíveis soluções adequadas que poderiam reverter a alienação parental a fim de resguardar o melhor interesse das crianças, após o rompimento da sociedade conjugal.

Palavras chave: Família; proteção integral; preservação do melhor interesse; alienação parental; consequências.

26 Formada em Direito. E-mail: daniele.scheleder@hotmail.com.

27 Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, onde é professor no Curso de Direito, Graduação e Pós-Graduação, conferencista, consultor jurídico e advogado militante na área de família e sucessões. Coordenador do Curso de Direito da UNISC de Venâncio Aires. E-mail: norberto@unisc.br

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre a ocorrência da síndrome da alienação parental, com um enfoque especial na preservação do melhor interesse da criança. É tema que teve origem em razão dos estudos de Richard Gardner no ano de 1985, porém só vem sendo abordado recentemente. Atualmente, a síndrome é uma realidade nas famílias brasileiras, ao passo que foi criada a lei n. 12.318/2010 para regulamentar esta situação. Portanto, é primordial que este assunto seja estudado para que os operadores do direito a reconheçam na sua atividade forense e preservem a proteção integral das crianças.

Transformações no cenário jurídico ocorrem a três décadas, em virtude da promulgação da Constituição de 1988, a qual assegura dentre outras premissas, uma maior proteção aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, principalmente da dignidade da pessoa humana, fenômeno este, chamado pelos doutrinadores de neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo.

Por sua vez, o direito civil, englobando o direito de família, sentiu também as mudanças e passou a valorizar os direitos individuais da pessoa, como o patrimônio, relações familiares pautadas no respeito, afeto, solidariedade, valores sociais, relevância da mulher, igualdade entre os filhos entre outras. Dessa forma, a incidência de princípios constitucionais no direito privado se faz de suma importância, como premissa basilar para a proteção da família e principalmente das crianças.

Este fenômeno da alienação parental tem grande importância no mundo jurídico, uma vez que se tornou cada vez mais frequente na relação familiar, e por isso, o legislador criou a lei da alienação parental, tanto para auxiliar os operadores do Direito a caracterizarem e identificarem este comportamento, como para tentar coibir a prática que desrespeita a criança. Prioriza, sobretudo, levar à sociedade a necessidade de se investigar as atitudes de alguns pais, tendo em vista essa nova realidade no contexto social.

A alienação parental se caracteriza por uma conduta adotada pelos pais após uma disputa judicial, na qual usam a criança para se vingar do outro genitor ou para ter somente para si a guarda definitiva da criança, afastando-a do convívio familiar daquele que não detém a guarda. Dessa forma, a vítima principal acaba por ser a criança, que se torna um objeto dos pais, que a comandam, devido à sua inocência infantil.

Para tanto, é primordial ressaltar que a síndrome da alienação parental deixa consequências nos filhos do casal que se separou, refiro-me a esta separação em sentido lato sensu, que por muitas vezes pode ser irreversível, gerando sequelas para toda uma vida, como um dano ou abuso psicológico e emocional daquele genitor

que fica com a guarda e quer se vingar do outro. Portanto, é possível perceber a relevância deste tema e questionar, quais as principais consequências para o futuro de uma criança que sofre com a alienação parental?

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA

É preciso inicialmente observar que, os vínculos afetivos não são uma prerrogativa da espécie humana. Dessa forma, em decorrência da existência de vínculo entre as pessoas e consequentemente das relações amorosas que fizeram e fazem gerar as famílias, o Estado teve que interferir nas relações familiares e criar normas para regulamentar todos estes vínculos existentes.

Dentro dos quadros da civilização, a família constitui a base de toda a estrutura da sociedade. Nela se assentam não só as colunas econômicas, como se esteiam as raízes morais da organização social (RODRIGUES, 2002).

Convém lembrar também que a Constituição Federal de 1988 determinou em seu artigo 226, capítulo VII, que a família é base da sociedade e que tem a especial proteção do Estado.

O significado de família se torna diferente para cada pessoa e difícil de conceituar em razão de sua grande complexidade, porém alguns autores atribuíram o melhor sentido da palavra família.

Para Dias (2008, p. 42):

[...] difícil encontrar uma definição de família de forma a dimensionar o que, no contexto social dos dias de hoje, se insere nesse conceito. É mais ou menos intuitivo identificar família com a noção de casamento, ou seja pessoas ligadas pelo vínculo do matrimônio. Também vem à mente a imagem da família patriarcal, o pai como figura central, na companhia da esposa e rodeado de filhos, genros, noras e netos. Essa visão hierarquizada da família, no entanto, sofreu, com o tempo, enormes transformações. Além da significativa diminuição do número de seus componentes, também começou a haver um embaralhamento de papéis.

É importante ter presente em um atual contexto social que as uniões existem sem casamento, ou seja, sem formalidade, e isso se tornou muito comum. Assim, cabe aos legisladores se atualizarem e se adequarem a nova realidade social.

O Código Civil de 1916 deixava muito a desejar no que diz respeito ao direito de família. Com o advento do Código Civil de 2002, construído com base nos prin-

cípios e valores da Constituição Federal de 1988, o direito de família foi atualizado, dando mais clareza e precisão aos temas atuais.

Nesse sentido, Gonçalves (2009, p. 01) sustenta que “a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, [...], qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado”.

A Constituição Federal de 1988 prevê como formas de família, o casamento, a união estável e a família monoparental. Embora, não estejam expressas na Constituição Federal, existem outras formas de família, que fazem parte do cotidiano da sociedade brasileira, como as famílias homoafetivas.

Por outro lado, quando o amor acaba e não há mais chances de reconciliação, a desconstituição familiar se torna uma medida sadia e necessária para o casal. Sendo assim, para que não haja alguma mágoa e ressentimentos, entre os indivíduos que integram a relação familiar e para que principalmente não prejudiquem as crianças, a melhor solução é a separação, vale frisar separação em *lato sensu*, em razão da Emenda Constitucional 66/2010 que instituiu o divórcio.

No que se refere ao divórcio, uma das formas de dissolução da sociedade conjugal, no ano de 2010, o Instituto Brasileiro de Direito de Família- IBDFAM apresentou um projeto de emenda constitucional que queria acabar com o instituto da separação. Dessa forma, com o fim do instituto da separação, o artigo 1.571 do Código Civil do ano de 2002 perdeu totalmente o sentido, uma vez que não existe mais qualquer causa que ‘termine’ a sociedade conjugal, a não ser a separação de fato e a separação de corpos. Assim, podendo somente ocorrer a ‘extinção’ da sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges ou com o divórcio (DIAS, 2011).

Dessa forma, com a mudança na legislação, a separação judicial passou a não existir mais, exceto nos casos em que o processo já está tramitando. Porém, este assunto gera muita polêmica por parte dos doutrinadores quanto se existe ou não ainda a separação, sendo que a posição majoritária dos Tribunais é que não há mais o instituto da separação. Para Dias (2011, p. 300), a separação desapareceu do nosso ordenamento jurídico:

[...] há quem sustente que não desapareceu o instituto da separação, persistindo a possibilidade de os cônjuges buscarem sua concessão pelo só fato de continuarem na lei civil dispositivos regulando a separação. A conclusão é para lá de absurda, pois vai de encontro ao significativo avanço levado a efeito: afastou a interferência estatal que, de modo injustificado impunha que as pessoas se mantivessem casadas. O instituto da separação foi eliminado. Todos os dispositivos da legislação infraconstitucional a

ele referente restaram derogados e não mais integram o sistema jurídico. Logo, não é possível buscar em juízo a decretação do rompimento da sociedade conjugal.

Portanto, o novo divórcio foi implantado para dar uma maior celeridade processual e ajudar os casais que não queriam mais ficar juntos, permitindo uma obtenção menos burocrática da dissolução do casamento.

Por sua vez, o poder familiar, instituto de direito de família, que se caracteriza por ser um complexo de direitos e deveres atribuídos aos pais, no que se refere à pessoa e aos bens dos filhos menores, não será excluído em razão da separação do casal.

De acordo com o artigo 229 da Constituição Federal de 1998 “cabe aos pais criar, educar e assistir seus filhos enquanto menores de idade”. Como visto, são poderes que competem aos pais e que tem como finalidade a proteção da criança dos perigos que possam vir a existir ao longo de sua vida.

Sendo assim, o poder familiar é exercido não somente pelos pais, mas por toda a família, e se torna muito importante, para que haja o desenvolvimento sadio da criança e do adolescente, estabelecendo limites da maneira mais adequada, com tempo para que tudo aconteça no momento certo e acima de tudo na idade certa.

3. DOS PRINCÍPIOS BASILARES DA RELAÇÃO FAMILIAR SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A palavra princípio vem do latim *principium* e quer dizer início, começo, ponto de partida. No campo da filosofia, Aristóteles citado por Marques (2009, p. 32) sustenta que “o vocábulo princípio refere-se, nas considerações de caráter sistemático, às afirmativas e valores fundamentais dos quais se deduzem as demais proposições”. É a partir dos princípios que há a interpretação do direito, e, principalmente, do direito de família.

Por evidência como sinaliza Silva (2002, p. 92):

[...] os princípios são ordenação que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira núcleos de condensações nos quais confluem os valores e bens constitucionais. Mas como disseram os mesmos autores, os princípios que começam por ser base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.

A dignidade como condição intrínseca do ser vivo, e especialmente do ser humano, foi alçada à categoria dos mais importantes princípios jurídicos no reconhecimento dos direitos fundamentais no contexto do Estado Democrático e de Direito.

O artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, prevê que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, “trata-se daquilo que se denomina princípio máximo ou superprincípio, ou macroprincípio, ou princípio dos princípios. Diante deste regramento inafastável de proteção da pessoa humana [...]”. (TEIXEIRA; RIBEIRO, 2008, p. 37).

De um modo geral, o direito das famílias está umbilicalmente ligado aos direitos humanos. Nesse viés, Dias (2011, p. 63), sustenta que:

o princípio da dignidade da pessoa humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família, com o que se consegue visualizar a dimensão do espectro desse princípio, que tem contornos cada vez mais amplos.

As crianças e os adolescentes desfrutam de todos os direitos do ser humano em geral. “O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana constitui, assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente”. (GONÇALVES, 2009, p. 07).

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana tem que atingir a todos, porém em especial as crianças e os adolescentes, que irão gozar de maior gama de direitos fundamentais e irão precisar de uma maior proteção do Estado.

Proteção integral quer dizer “amparo completo, não só da criança e do adolescente, sob o ponto de vista material e espiritual, como também a sua salvaguarda desde o momento da concepção, [...]”. (CHAVES, p. 33).

Machado (2002) citada por Sautd (2008, p. 27) argumenta que o paradigma da proteção integral instala uma nova ordem afinada com a contemporânea concepção radical proteção dos Direitos Humanos.

O artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Sobre este artigo do ECA, Sautd (2008, p. 47) explica:

a intenção do legislador, com referido dispositivo, foi proteger, integralmente, os direitos dos menores, utilizando-se o aplicador do direito, se necessário, de todas as formas que lhe são peculiares para a análise da matéria e dos dispositivos legais que deverão ser

aplicados. Por certo que essa proteção integral depreende-se do fato de estarmos lidando com uma pessoa ainda imatura, em fase de desenvolvimento e, por esta razão, todos os cuidados devem ser tomados visando a melhor aplicação do direito.

Desse modo, o Estado tem que assegurar direitos as crianças e aos adolescentes, aplicando políticas públicas necessárias para a satisfação deste direito. A propósito, a proteção integral contempla todos os direitos assegurados exclusivamente a crianças e adolescentes, que leva em conta a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, e tem o objetivo de assegurar plenas condições para o seu desenvolvimento integral.

Quando o tema é a igualdade, e esta se trata de igualdade entre os filhos, prevê o artigo 227, § 6º, da Constituição Federal que “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. Juridicamente, todos os filhos são iguais, [...]”. (TEIXEIRA; RIBEIRO, 2008, p. 41).

Nesse viés, Veronese (2000, p. 661) afirma que o tratamento desigual no âmbito familiar destaca-se como uma humilhação intrafamiliar que se configura “quando há diferenciação no tratamento dispensado aos filhos, com uma resultante negativa para alguns deles, impedimentos de ir à escola, atribuição de certas tarefas domésticas mais pesadas para alguns do que para outros”.

Para tanto, todas as legislações tem que reconhecer o princípio de que todas as crianças e os adolescentes, sem distinção, desfrutam dos mesmos direitos e sujeitam-se a obrigações compatíveis com a peculiar condição de desenvolvimento. (SARAIVA, 2005, p. 72).

O afeto é o principal fundamento e sentimento das relações familiares. Este princípio faz, no âmbito familiar, que a afetividade se sobreponha as questões patrimoniais. “Embora não esteja explícito, a primazia da afetividade está implícita em várias normas constitucionais e infraconstitucionais. Pode-se citar nesse sentido o artigo 226 da Constituição Federal e os artigos 1.593 e 1.694 do CC.” (MARQUES, 2009, p. 39).

O direito da criança e do adolescente é baseado no princípio do interesse superior da criança. Nesse sentido sustenta Custódio (2009, p. 33):

previsto no artigo 3º, 1 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, determina que “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente o maior interesse da criança.

É um princípio decorrente do reconhecimento da condição peculiar da criança como pessoa em processo de desenvolvimento”. (Grifado no original).

Tartuce (2008) citado por Marques (2009, p. 40), esclarece que as crianças e os adolescentes “gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e as facilidades”.

É possível identificar na legislação brasileira alguns critérios definidores do melhor interesse da criança, “um exemplo disto constata-se nas decisões judiciais que os interesses das crianças prevalecem na aplicação dos dispositivos legais, especialmente após 1988”. (RODRIGUES; RAMIRES, 2004, p. 13).

A análise dos dispositivos do novo Código Civil do ano de 2002 permite afirmar que “o princípio do melhor interesse da criança está contemplado, especialmente porque a codificação deverá sempre ser interpretada à luz da Constituição Federal e dos princípios estabelecidos nas Declarações e Convenções Internacionais”. (RODRIGUES; RAMIRES, 2004, p. 15).

Portanto, os direitos das crianças e adolescentes devem ser universalmente reconhecidos e efetivados, uma vez que são direitos, acima de tudo, especiais e específicos pela condição de pessoas em desenvolvimento.

4. DA OCORRÊNCIA DA SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL E A PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

A busca de um equilíbrio na relação familiar, bem como a preservação do melhor interesse da criança é o que se almeja para o desenvolvimento sadio de todos os indivíduos envoltos da convivência familiar. Dessa forma, abrangendo situações que possam envolver a alienação parental, desde seu conceito, passando por suas consequências, reflexos e chegando na lei que a regulamenta, se torna de fundamental relevância para o estudo deste tema.

4.1 Origens e contextualizações da síndrome de alienação parental

A síndrome da alienação parental é um comportamento que acontece frequentemente na sociedade de hoje, devido ao grande número de divórcios. Cabe ressal-

tar que a síndrome da alienação parental foi identificada no ano de 1985 pelo professor do Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia, Richard Gardner, que se interessou pelos sintomas que as crianças desenvolviam nos processos que envolviam os divórcios litigiosos. Richard Gardner começou a analisar o que estava ocorrendo na atualidade, nos casos de divórcios e guardas, e verificou que as crianças estavam sendo utilizadas, manipuladas por um dos pais com o objetivo de tentar atingir negativamente o outro.

Gardner (1991) citado por Sousa (2010, p. 99) afirmou se tratar de uma manifestação de *brainwashing* (lavagem cerebral), termo que, segundo o autor, serve para designar que um genitor de forma sistemática e consciente influencia a criança para denegrir o outro responsável. No entanto, posteriormente, chegou a conclusão de que não era apenas uma lavagem cerebral, e sim tratava-se de uma síndrome, dessa forma, fez o uso do termo síndrome da alienação parental para designar o fenômeno que estava estudando:

a SAP é mais do que uma lavagem cerebral, pois inclui fatores conscientes e inconscientes que motivariam um genitor a conduzir seu(s) filho(s) ao desenvolvimento dessa síndrome, além da contribuição ativa desse(s) na difamação de outro responsável. Richard Gardner (1991) citado por Analicia Martins (2010, p.99).

Deixa-se claro que a síndrome da alienação parental é recente (desde 1985), e está presente nas separações e divórcios, no tocante às visitas, pensão alimentícia, guarda dos filhos. Nas pretensas ações judiciais, acontece quando um dos genitores “se utiliza de argumentos em processo para suspender e até impedir as visitas, destituir o poder familiar alegar inadimplemento de pensão alimentícia, chegando a acusações de abuso sexual ou agressão física”. (SILVA, 2011, p. 45).

É importante ter presente que a síndrome da alienação parental não foi reconhecida por nenhuma associação profissional nem científica, sendo que a sua inclusão no DSM-IV (da APA- Associação de Psicólogos Americanos) e no CID-10 (da OMS – Organização Mundial da Saúde), foi rejeitada, alegando-se que a síndrome não apresenta bases empíricas (SILVA, 2011).

O tema da alienação parental vem sendo pesquisado no Brasil por profissionais de diversas áreas, tornando-se um estudo multidisciplinar, com a finalidade de que o público em geral e principalmente os operadores do direito conheçam esta síndrome e a identifiquem para que sempre seja preservado o melhor interesse da criança.

Pinho (2009, <<http://jus.com.br>>), traz estatísticas sobre a alienação parental afirmando que “pesquisas informam que 90% dos filhos de pais divorciados ou em

processo de separação já sofreram algum tipo de alienação parental e que, hoje, mais de 25 milhões de crianças sofrem este tipo de violência”. Nessa perspectiva, sustenta que:

levando-se em consideração que as Varas de Família de todo o Brasil atribuem à mãe a guarda da criança em 91% dos casos (IBGE/2002), ressalta-se que a maioria dos casos de alienação parental ocorrem pela atitude negativa da mãe como genitor alienador, sendo causado pelo pai nos 9% restantes. Nos Estados Unidos, 80% dos filhos de pais divorciados já sofreram algum tipo de alienação parental. Estima-se que mais de 20 milhões de crianças sofram este tipo de violência, sendo esses números diretamente proporcionais ao número de crianças, adolescentes e adultos com problemas psicológicos, distúrbios de comportamento e uso de drogas. (PINHO, 2009, <<http://www.jurisway.org.br>>).

Dessa forma, em virtude de pesquisas, os estudiosos ajudaram a desvendar este fenômeno que não era percebido e nem conhecido pelos especialistas da área do Direito. Logo, mereceu destaque o seu estudo sobre o tema com o objetivo de ser preservado o melhor interesse da criança e um ambiente familiar sadio.

4.2 Do conceito da síndrome da alienação parental

Apenas em 2010 a alienação parental foi inserida no Direito brasileiro, concretizada através da lei n. 12.318/2010. Segundo a nova lei, a alienação parental é conceituada como:

a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Deve-se observar que o divórcio faz ocasionar reações diversas para as partes que estão envolvidas, uma vez que para uns há o fim do casamento que significa alívio e satisfação, para outros, significa pesar e sofrimento.

Diante da dissolução, com os corações magoados, com ressentimento, e ainda por cima por muitas vezes ainda com amor, faz emergir sentimentos como a rejeição pelo outro, desqualificação. Em virtude disso, faz gerar impulsos destrutivos que desencadeiam em desejo de vingança, e fará com que muitos pais se utilizem de seus filhos para acertar as contas do débito conjugal.

Ensina Gardner (1985) citado por Hironaka e Monaco (2012, <<http://www.Ibdfam.org.br>>) sobre a alienação parental:

a Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável. (Grifado no original).

Dessa forma, a alienação parental constata-se como uma forma de maltrato as crianças e ao mesmo tempo um abuso imperdoável por parte do alienador, que fere emocionalmente o seu filho, não medindo as consequências para tanto.

4.3 Da manifestação da síndrome

A alienação parental além de ser instaurada por um dos pais, ou pelos dois ao mesmo tempo, a “SAP pode ser instaurada por um terceiro interessado, por algum motivo, na destruição familiar: a avó, uma tia, um amigo da família que dá conselhos insensatos, um profissional antiético psicólogo, advogado, [...]” (SILVA, 2011, p. 56). Pode ser praticada por aquelas pessoas que mais detenham a influência sobre a criança, que pode ser o pai, a mãe ou até mesmo terceiros, devido a sua ingenuidade, por estar em pleno desenvolvimento, e não conseguir distinguir quem está mentindo ou não.

A síndrome da alienação parental revela-se especialmente no meio em que vive a genitora. Nesse sentido, afirma Dias (2011, p. 463) que se manifesta “principalmente no ambiente da mãe, devido à tradição de que a mulher é mais indicada para exercer a guarda dos filhos, notadamente ainda quando pequenos. Entretanto, ela pode incidir no outro genitor”.

As condutas que manifestam a ocorrência da síndrome estão elencadas na lei da alienação parental (Lei n. 12.318/10) no seu artigo 2º:

- I – realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II – dificultar o exercício da autoridade parental;

- III – dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV – dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V – omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI – apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII – mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Silva (2011, p. 58) aponta como comportamentos do alienador:

1-Recusar-se a passar chamadas telefônicas aos filhos. 2-Organizar várias atividades com os filhos durante o período em que o outro genitor deve normalmente exercer o direito de visitas. 3- Apresentar o novo cônjuge ou companheiro aos filhos como “a sua nova mãe” ou o “seu novo pai”. 4-Interceptar a correspondência dos filhos (por quaisquer meios: internet, MSN, Orkut, torpedos, cartas, telegramas, telefonemas etc.). 5-Desvalorizar e insultar o outro genitor na presença dos filhos. 6-Recusar informações ao outro genitor sobre as atividades extraescolares em que os filhos estão envolvidos. 7-Impedir o outro genitor de exercer o seu direito de visita. 8- Esquecer-se de avisar o outro genitor de compromissos importantes (dentistas, médicos, psicólogos). 9-Envolver pessoas próximas (mãe, novo cônjuge etc.) na “lavagem cerebral” dos filhos. 10-Tomar decisões importantes a respeito dos filhos sem consultar o outro genitor [...]. (Grifado no original).

Gardner (1998) citado por Sousa (2010, p. 104-105), elencou um quadro de sintomas que surgem juntos, especialmente em crianças cujos pais se encontram em litígio conjugal. Os sintomas por ele listados são:

“campanha de difamação”, racionalizações pouco consistentes, absurdas ou frívolas para a difamação”; “falta de coerência”; “pensamento independente”; “suporte ao genitor alienador no litígio”; “ausência de culpa sobre a crueldade e/ou exploração do genitor alienado”; “a presença de argumentos emprestados”; “animosidade em relação aos amigos e/ou família do genitor alienado”. (Grifado no original).

A vítima, ou seja, o filho alienado passa por três estágios de enfermidade em decorrência do fenômeno da alienação parental. Gardner (1992) citado por Vilela (2010, <<http://www.pailegal.net>>) considera que:

estágio I – Leve – Neste estágio normalmente as visitas se apresentam calmas, com um pouco de dificuldades na hora da troca de genitor. Enquanto o filho está com o genitor alienado, as manifestações da campanha de desmoralização desaparecem ou são discretas e raras. A motivação principal do filho é conservar um laço sólido com o genitor alienador (GARDNER3, §20). Estágio II – Médio – O genitor alienador utiliza uma grande variedade de táticas para excluir o outro genitor. No momento de troca de genitor, os filhos, que sabem o que genitor alienador quer escutar, intensificam sua campanha de desmoralização. Os argumentos utilizados são os mais numerosos, os mais frívolos e os mais absurdos. O genitor alienado é completamente mau e o outro completamente bom. Apesar disto, aceitam ir com o genitor alienado, e uma vez afastados do outro genitor tornam a ser mais cooperativos (GARDNER, §27 y 28).

Já o estado grave elencado por Gardner (1992) citado por Vilela (2010, <<http://www.pailegal.net>>) se caracteriza com sentimento de pânico na criança e ao mesmo tempo paranoico no genitor alienador:

estágio III – Grave – Os filhos em geral estão perturbados e frequentemente fanáticos. Compartilham os mesmos fantasmas paranóicos que o genitor alienador tem em relação ao outro genitor. Podem ficar em pânico apenas com a ideia de ter que visitar o outro genitor. Seus gritos, seu estado de pânico e suas explosões de violência podem ser tais que ir visitar o outro genitor é impossível. Se, apesar disto vão com o genitor alienado, podem fugir, paralisar-se por um medo mórbido, ou manter-se continuamente tão provocadores e destruidores, que devem necessariamente retornar ao outro genitor. Mesmo afastados do ambiente do genitor alienador durante um período significativo, é impossível reduzir seus medos e suas cóleras. Todos estes sintomas ainda reforçam o laço patológico que têm com o genitor alienador (GARDNER, §38). (Grifado no original)

Diante das situações acima referidas, constata-se que de uma forma gradativa o alienador vai afastando a criança de quem ele queira que fique longe e que no futuro não mantenha nenhum contato, implantando falsas denúncias, ou memórias na criança para que ela repune incansavelmente o parente que não detém a guarda.

4.4 Falsas denúncias de abuso sexual

A família está amparada em um ambiente onde a criança deveria receber muita proteção, carinho, amor. Dessa forma, afirma Guazzelli (2010, p. 34) “todas as

famílias deveriam, sobretudo, ser uma estrutura de cuidado: cuidado do grupo e de cada membro individualmente e das relações neste grupo”.

Entretanto, no âmbito do lar, podem aparecer graves problemas, como quando o casal se separa, e a partir desse momento surgem ciúmes doentios, em razão de não terem superado o momento da desestruturação familiar. Dessa forma, as sequelas das rupturas do vínculo de casal fazem surgir situações como o da alienação parental associado a falsas denúncias de abuso sexual.

No entendimento de Silva (2011, p. 60), o processo de alienação pode assumir duas formas principais, a obstrução do contato e as denúncias falsas de abuso:

obstrução a todo contato: o argumento mais utilizado é de que o outro genitor não é capaz de se ocupar dos filhos e que estes não se sentem bem quando voltam das visitas; outro argumento é de que ver o outro genitor não é conveniente para os filhos e que estes necessitam de tempo para se adaptarem. A mensagem dirigida aos filhos é que é desagradável ir conviver com o outro genitor. Denúncias falsas de abuso: dos abusos normalmente invocados, o mais grave é o “abuso sexual”, que ocorre em cerca de metade dos casos de separação problemática, especialmente quando os filhos são pequenos e mais manipuláveis. Porém o mais frequente é o “abuso emocional”, que ocorre quando um genitor acusa o outro, por exemplo, de mandar os filhos dormirem demasiado tarde. (Grifado original).

Desse mesmo modo, Dias (2011, p. 463) afirma que uma das estratégias mais utilizadas na alienação parental é a do abuso sexual, quando a criança é convencida de fatos que não ocorreram, sendo que depois o próprio alienador acaba por acreditar na sua mentira e a transforma como uma verdade:

nesse jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva de ter havido abuso sexual. O filho é convencido da existência de determinados fatos e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre consegue discernir que está sendo manipulado e acaba acreditando naquilo que lhe foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem o alienador distingue mais a diferença entre a mentira e a verdade. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se assim falsas memórias.

Em face destas situações delicadas, é necessária a intervenção do Poder Judiciário nas relações familiares, para frear com estas atitudes que só agravam ainda mais a condição da criança, porém com muita cautela para que ninguém saia ainda mais prejudicado. Nesse viés, Dias (2011, p. 464) aduz que:

de um lado, há o dever do magistrado de tomar imediatamente uma atitude e, de outro, o receio de que, se a denúncia não for verdadeira, traumática a situação em que a criança estará envolvida, pois ficará privada do convívio com o genitor que eventualmente não lhe causou qualquer mal e com quem mantém excelente convívio. Mas, como o juiz tem a obrigação de assegurar proteção integral, de modo frequente reverte à guarda ou suspende as visitas e determina a realização de estudos sociais e psicológicos. Como esses procedimentos são demorados, aliás, fruto da responsabilidade dos profissionais envolvidos-, durante todo este período cessa a convivência entre ambos. É enorme a dificuldade de identificação da existência ou não dos episódios denunciados. Difícil reconhecer que se está diante da síndrome da alienação parental e que a denúncia do abuso foi levada a efeito por espírito de vingança, [...].

Em suma, a finalidade se torna uma só, afastar o filho de quem o ama. Isso gera “contradições de sentimentos e, muitas vezes, a destruição do vínculo afetivo. A criança acaba aceitando como verdadeiro tudo que lhe é informado. Identifica-se com o genitor patológico e torna-se órfã do genitor alienado [...]”. (DIAS, 2011, p. 16). Logo, há uma lógica destruição afetiva, e o alienador passa a comandar toda a situação, não enxergando o grave erro que está cometendo e não se dando conta das consequências irreparáveis que possam vir a acontecer com o futuro de seu filho.

Guazzelli (2010, p. 47) explica que a falsa denúncia também é uma forma de abuso e que realmente o que ocorreu dificilmente se descobrirá a verdade:

a *falsa* denúncia é, também, uma forma de abuso, pois as crianças são, compulsoriamente, submetidas a uma mentira, sendo emocional e psicologicamente manipuladas e abusadas. Essa falsa denúncia passa a fazer parte de suas vidas e, por causa disso, terão de enfrentar vários procedimentos (análise social, psiquiátrica e judicial) com o fito de esclarecimento da verdade. O mais grave é que, diante de uma *falsa* denúncia, além do prejuízo estar feito (para toda a família e, principalmente, para a própria criança), a certeza sobre o que realmente ocorreu dificilmente será alcançada. Aliás, os relatos que existem é que essas pessoas adultas, doentes o suficiente para expor seus filhos a tal situação, inclusive ao ponto de os submeterem a exames, testes, entrevistas, etc.[...] (Grifado no original).

É através de avaliação psicológica que a criança pode demonstrar sinais visíveis de que sofreu pressões por parte do guardião para expressar o que foi lhe orientado.

Por sua vez, Silva (2011, p.102), explica como pode ocorrer a implantação de uma falsa memória na criança com base em uma falsa acusação de molestação sexual:

uma criança pode retornar da visita na casa do pai com um aspecto triste, deprimido ou aborrecido, porque teve de deixar o pai, ou porque não podia participar de uma viagem ou festa com o pai por ser horário de retorno à residência materna. Mas, em um contexto de separação dos pais, em que a mãe se sente abandonada, rejeitada ou traída por esse pai, a criança não pode dizer a ela que sente falta do pai. Quando a mãe pergunta a ela o que aconteceu na casa do pai, a criança então não fala nada, ou “resmunga” qualquer coisa para a mãe; a mãe então imagina que, se o (a) filho (a) não quer conversar com ela, é sinal de que algo está errado (e esse “algo” pode estar geralmente ligado à sexualidade, por exemplo), e por indução ou patologia pergunta: “o seu pai te tocou em algum lugar que não devia?”. A criança, para não decepcionar ou contrariar a mãe ao responder que está aborrecida porque gostaria de ficar mais tempo com o pai, pode responder que “sim” como uma resposta imediata, confirmando a suspeita da mãe [...]. (Grifado no original).

É indispensável relatar que “as crianças, especialmente aquelas de tenra idade, não têm noção da gravidade das acusações que formulam, bem como das eventuais consequências da descoberta da ausência da veracidade”. (SILVA, p. 103-104).

É muito difícil identificar a existência ou não de episódios de falsas denúncias. “Todas essas dificuldades probatórias acabam estimulando falsas denúncias de abuso sexual, com a só finalidade vingativa, principalmente em processos de separação” (DIAS, p. 170).

Em suma, para caracterizar a falsa denúncia de abuso sexual tem que haver muita cautela e discrição dos profissionais envolvidos, bem como dos próprios familiares da criança, para que a mesma e seus parentes não sofram mais, pois é primordial que seja preservado o melhor interesse da criança.

Por sua vez, as crianças são totalmente indefesas para ajudar a si mesmas, e só conseguirão ser libertadas desse pesadelo pelos adultos. Se a intervenção não acontecer, a criança se sentirá abandonada e crescerá com pensamentos equivocados sobre as relações familiares estabelecidas e isso ocasionará transtornos lastimáveis. Aprendem que as situações vividas podem ser manipuladas, desenvolvendo um egocentrismo, dificuldade de relacionamento e uma grande incapacidade de adaptação, exatamente como o genitor alienador.

4.5 Das consequências do processo alienatório

É importante salientar que, a criança alienada, por sua vez, apresenta um “sentimento constante de raiva e ódio contra o genitor alienado e sua família, se recusa a dar atenção, visitar, ou se comunicar com o outro genitor, guarda sentimentos e crenças negativas sobre o outro genitor”. (2012, <<http://www.alienacaoparental.com.br>>).

A síndrome da alienação parental produz consequências irreparáveis para as crianças, se não diagnosticada no começo dos sintomas, se torna “[...] uma condição capaz de produzir diversas consequências nefastas, tanto em relação ao cônjuge alienado como para o próprio alienador, mas seus efeitos mais dramáticos recaem sobre aos filhos”. (TRINDADE, 2010, p. 24).

Palermo (2010) comenta as consequências drásticas que acontecem aos filhos devido à separação dos pais:

a separação de um casal deixa marcas em ambos os cônjuges, mas quando existem filhos a questão se complica - principalmente nos casos em que o afastamento não se dá de forma amigável. A Justiça brasileira costuma superproteger a mãe em detrimento do pai, que aos poucos vê a convivência com os filhos diminuir e até cessar. Ao ser privada do convívio paterno, a criança pode apresentar distúrbios físicos e emocionais. O pai, impotente e com medo de piorar ainda mais a situação, acaba cedendo aos desmandos da mãe, que manipula o filho para punir o ex-marido. A isso se dá o nome de alienação parental.

Nessa perspectiva, quem sofre com a alienação parental deve receber o tratamento adequado para que não haja maiores sequelas que possam ficar marcadas pela vida inteira. Com isso, Jorge Trindade (2010, p. 24) afirma:

sem tratamento adequado, ela pode produzir sequelas que são capazes de perdurar para o resto da vida, pois implica comportamentos abusivos contra a criança, instaura vínculos patológicos, promove vivências contraditórias da relação entre pai e mãe e cria imagens distorcidas das figuras paterna e materna, gerando um olhar destruidor e maligno sobre as relações amorosas em geral.

Os efeitos prejudiciais que a síndrome da alienação parental pode provocar na vítima, ou seja, nos filhos, “variam de acordo com a idade da criança, com as características de sua personalidade, com o tipo de vínculo anteriormente estabelecido, e com sua capacidade de resiliência, [...]”. (TRINDADE, 2010, p. 25).

Silva (2011, p. 86), afirma que a síndrome da alienação parental compromete o “desenvolvimento psíquico da criança/adolescente, porque ele passa boa parte do tempo odiando o outro genitor (alienado), e depois pode acabar odiando o genitor alienador [...]”. Silva (2011, p. 86) vai adiante dizendo que:

muitos filhos, ao perceberem que tudo o que vivenciaram foi por interesse do alienador, podem manifestar-se, até mesmo judicialmente, declarando que querem ir

morar com o pai (alienado, até agora excluído), para tentar retoar o vínculo que havia sido destruído. O problema é quando o filho não consegue mais retomar esse vínculo, caso não consiga mais localizar o pai (alienado, excluído): ele já faleceu, ou mudou-se para outro local, perdeu o interesse em visitar o filho, desistiu de ações judiciais, ou tem nova família com outros interesses. Nesse caso, o filho, consumido pelo remorso e pelo arrependimento, pode entregar-se às drogas, alcoolismo, depressão, inadaptação social, culminando até em suicídio.

Sofrendo esta síndrome, a criança não quer manter nenhum contato com o genitor que não detém a guarda. Há nessa forma, um sentimento de total de rejeição que é influenciado pelo outro genitor e que pode gerar posteriormente se não diagnosticado a alienação parental, um afastamento sem volta, incluindo os seus familiares e amigos. Sentindo-se desamparada e solitária, só lhe resta um grito de solidão que não é ouvido, mas que retorna na forma de sintomas. Adoecendo fisicamente, é no corpo, que a vai deslocar aquilo que teve de abrir mão, o que de mais próprio possui, sua individualidade, subjetividade e desejo.

Pellini (2010) sustenta que a alienação é devastadora e podem durar longos anos, trazendo graves e irreparáveis consequências para a vida da criança, tanto no aspecto comportamental e como no psíquico.

4.6 Considerações sobre a lei da alienação parental n.

12.318/10

A síndrome da alienação parental já existe na sociedade há algum tempo, porém não era conhecida por todos. Para tanto, a alienação parental envolve questões psicológicas e principalmente consequências nefastas para os envolvidos. Diante da necessidade de regulação do tema, por se tratar de uma demanda social de extrema importância e acima de tudo assegurar o melhor interesse para as crianças, foi sancionada a lei nº. 12.318 no ano de 2010, que adveio do Projeto de Lei nº. 4.053/08, com a finalidade de assegurar maior expectativa de efetividade na atuação do Poder Judiciário envolvendo nos casos de alienação parental.

O artigo 1º sustenta que a lei disciplina sobre o tema da alienação parental e o artigo 2º apresenta o seu conceito. Já o parágrafo único deste mesmo artigo elenca as formas exemplificativas de alienação parental.

Ainda, o artigo 3º aduz que a pessoa que pratica o ato de alienação parental fere o direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, o que prejudica o vínculo de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, que constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumpri-

mento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Em suposta desconfiança de ter havido a alienação parental, o cônjuge alienado pode requerer, ou o Juiz de ofício, dar entrada em ação autônoma ou incidentalmente, tendo o processo tramitação prioritária, onde o magistrado determinará, após ouvir o Ministério Público, com urgência, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

O parágrafo único do artigo 4º assegura à criança ou adolescente e ao genitor garantia de visitação assistida, exceto nos casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, sendo que este risco iminente deve ser atestado por profissional designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

O que se verifica é que no artigo 5º e seus três parágrafos disciplinam sobre a perícia. O caput deste artigo estabelece que na hipótese de haver indício da prática de ato de alienação parental, na ação autônoma ou incidental, o juiz determinará a perícia psicológica ou biopsicossocial, caso seja necessário. Já, o parágrafo 1º sustenta que o laudo pericial abrangerá ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial.

Em seguida, o parágrafo 2º, do artigo 5º, estabelece os profissionais que terão competência para realizar a perícia, que será um profissional ou equipe multidisciplinar que tem que estar habilitada e ter a aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

Noutra direção, o parágrafo 3º, do artigo 5º, determina o prazo dado aos peritos ou equipe multidisciplinar encarregada para verificar a ocorrência de alienação parental para entregar o laudo no prazo de 90 (noventa) dias, com prorrogação por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Quando já estão caracterizados os atos de alienação parental ou conduta que dificulte à convivência da criança ou adolescente com o genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, conforme o artigo 6º da lei:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Quanto a atribuição ou alteração da guarda, com base no artigo 7º, vai se dar preferência para o genitor que viabiliza a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.

O artigo 8º explica que salvo consenso entre os genitores ou decisão judicial, a alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar.

Nesse viés, a lei nº. 12.318/10 da alienação parental veio para dar uma maior efetividade e segurança jurídica para as partes que sofrem com este mal, garantindo que o Poder Judiciário aplique esta lei da melhor forma possível, dando proteção e garantindo o bem estar de quem realmente merece, às crianças.

4.7 Mecanismos de combate a alienação parental

O combate à alienação parental é muito difícil, em virtude de todo o tempo em que a criança vem passando por transtornos, ou seja, sendo vítima da situação criada pelos pais. É nesse momento, que a criança já se encontra bastante afastada do indivíduo alienado e cada vez mais familiarizada com a ideia de que tudo o que o alienante fala a respeito do alienado é verossímil, sendo que em muitas vezes a criança não quer visitar, tem medo do pai, parente.

Dessa forma, o psicanalista norte-americano Loweinstein elencou várias maneiras de combater a alienação parental:

1. É importante, para destruir o efeito da depreciação por um dos pais para com o outro, tornar a criança consciente da história feliz que havia antes de a acrimônia e a separação entre os pais ocorrer.
2. É importante que a criança veja pontos positivos sobre o genitor denegrido. Qualquer pai/mãe que deseje que seu filho tenha uma vida feliz no futuro deverá fazer todo o possível para incentivar a criança a olhar favoravelmente para o pai ausente e incentivá-la a estar com aquele progenitor.
3. É importante ser firme e pró-ativo quanto à mudança nas atitudes e comportamentos que venham causando a alienação parental. (2008, <<http://www.alienacaoparental.com.br>>).

Cabe ressaltar que outra grande forma de combater a alienação parental é voltar ao passado e mostrar para a criança o quanto eram felizes, o quanto havia amor na família e, sobretudo demonstrar que o carinho, amor de pai ou mãe nunca acaba, podendo seguir e fazer um novo caminho daquele momento em diante.

É possível afirmar que o combate a alienação parental vai depender da colaboração de todos os envolvidos na relação familiar, bem como dos operadores do di-

reito para que consigam identificar a síndrome e trabalhem em conjunto para o benefício das crianças.

5. CONCLUSÃO

As transformações históricas que marcaram os direitos da infância e da juventude passaram por dois momentos bem distintos, um antes e outro depois da promulgação da Constituição Federal de 1988. Anteriormente, os direitos e interesses das crianças e dos adolescentes foram abandonados pelas legislações e pelo Estado.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o cenário se modificou, ocorreu uma maior proteção às crianças e aos adolescentes, uma vez que passaram a ter de um modo geral mais garantias e principalmente serem reconhecidos seus direitos, através dos princípios basilares como o da dignidade da pessoa humana, convivência familiar, vida, saúde, alimentação, lazer, com o artigo 5º e 227.

Por sua vez, em 1990, definitivamente, aconteceu a efetivação dos princípios norteadores referentes à infância e juventude, quais sejam, proteção integral, prioridade absoluta, condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e participação popular, momento este em que entrou em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente. O Estatuto fez com que o Estado se preocupasse mais com as crianças e adolescentes, em dar uma vida melhor por meio de políticas públicas e direitos fundamentais.

Cabe ressaltar que é dever do Estado proteger a família, e com isso, o Código Civil de 2002 ajudou a legalizar as relações familiares, tanto na constituição de uma família, até a sua dissolução.

É primordial frisar que nem sempre os casamentos e uniões são duradouros, devido a inúmeros fatores, entre eles, conflitos existentes na relação. Nessa situação, acontece à dissolução do vínculo matrimonial, e os primeiros a sentirem as consequências são os filhos, uma vez que tem o desejo de terem uma família unida, com o pai e a mãe por perto. No entanto, isso em muitas vezes não acontece, e os pais se separam, logo começam todos os desentendimentos a respeito da guarda, dos alimentos prestados aos filhos, bem como ao cônjuge se necessário, casa, utensílios.

É nesse momento que os pais devem exercer um papel essencial e preservar o máximo possível a criança, para que ela não sofra tanto com a separação. É importante ter presente que as consequências de uma dissolução matrimonial não acontecem somente para os filhos, mas também para os divorciandos que em muitas vezes ainda tem algum sentimento pelo outro cônjuge ou foi traído e está com muita raiva. Porém, é nessa situação que muitos pais usam os filhos contra o outro ge-

nitor, para odiá-los, incomodá-los, implantar falsas memórias, fenômeno este chamado como alienação parental.

Este fenômeno traz consequências que podem ser irreversíveis para a vida dos filhos, em virtude de que estas crianças se encontram em pleno desenvolvimento e são seres totalmente frágeis a manipulação de outras pessoas.

Para a relação familiar envolvida, traz prejuízos irreparáveis, uma vez que o filho por manipulação do alienador pode nunca mais querer ver o pai e perder todo o contato de relação paterna, ou até mesmo relatar um abuso sexual nunca ocorrido e fazer com que este pai responda por um crime que não cometeu.

É vital destacar que em qualquer situação tem que preservar o melhor interesse da criança, respeitando o princípio da proteção integral. Desse modo, o princípio do melhor interesse da criança sobrepõe sobre qualquer outro bem juridicamente tutelado e garante que elas sejam tratadas com dignidade e respeito.

Atender o princípio do melhor interesse da criança é primordial para que tenham profissionais capacitados, tanto na área jurídica, como na área da saúde, para atender este tipo de situação e poderem encontrar a melhor solução possível sendo o menos traumático para a criança.

A alienação parental se tornou um problema social, que se fixa no seio familiar, e por isso tem que conferir uma máxima atenção para que crianças e familiares não venham a sofrer com esta síndrome que só prejudica as crianças, além de ser uma forma de violação aos direitos e garantias.

Por fim, é uma grande responsabilidade da sociedade e principalmente um dever do Estado em informar as pessoas sobre a alienação parental, e por isso, toda a comunidade deve ficar em alerta para diagnosticar o quanto antes esta síndrome, para que as consequências sejam minimizadas.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 06 jul. 2012.

CHAVES, Antônio. Comentários ao estatuto da criança e o adolescente. São Paulo: Ltr, 1997.

CUSTÓDIO, André Viana. Direito da criança e do adolescente. Criciúma: UNESC, 2009.

- DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. (Coord.). Incesto e alienação parental. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. VI.
- GUAZELI, Mônica. A falsa denúncia de abuso sexual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. Síndrome de alienação parental. Disponível em: <<http://www.ibd-fam.org.br/?artigos&artigo=589>>. Acesso em: 14 set. 2011.
- LOVESTEIN, Ludwig. O que pode ser feito para diminuir a implacável hostilidade que leva à Síndrome de Alienação Parental? Disponível em: <<http://www.Alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/lowenstein-2008>>. Acesso em: 02 nov 2012.
- MARQUES, Suzana Oliveira. Princípios do direito de família e guarda dos filhos. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- PALERMO, Roberta. Ex-marido, pai presente. São Paulo: Mescla, 2010.
- PINHO, Marco Antônio Garcia de. Alienação parental. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13252/alienacao-parental> . Acesso em: 8 set. 2012.
- PELLINI, Lair Delice. Síndrome da alienação parental: a violência psíquica nos tribunais. 2010. 101 f. Monografia (Curso de Direito) - Faculdade da Serra Gaúcha, Caxias do Sul, 2010.
- RODRIGUES, Silvio. Direito civil. 28. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, [2002-2004].
- RODRIGUES, M. A.; RAMIRES, V. R.. A dissolução da relação conjugal e o melhor interesse da criança: uma abordagem interdisciplinar. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, n. 21, p.07-26, jan./jun. 2004.
- SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SAUDT, Roberto Diniz. O novo direito da criança e do adolescente: uma abordagem possível. Blumenau: Edifurb, 2008.
- SILVA, A. F. do A. e; GARCÍA MÉNDEZ, E.; CURY, M. (Coord.). Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, R. B. T. da; CAMARGO NETO, T. de A. (Org.). Grandes temas de direito de família e das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA, Analicia Martins de. *Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família*. São Paulo: Cortez, 2010.

TEIXEIRA, A. C. B.; RIBEIRO, G. P. L.. *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TRINDADE, Jorge. *Síndrome da alienação parental (SAP)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LTr, 2000.

EFEITOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL NO DESENVOLVIMENTO PSÍQUICO DOS MENORES ALIENADOS

Raquel Diniz dos Santos²⁸

Karina Meneghetti Brendler²⁹

RESUMO

O presente trabalho consiste na análise dos efeitos da alienação parental no desenvolvimento psíquico dos menores alienados, envolvendo os conceitos básicos sobre o processo de alienação parental e a descrição das condutas do genitor alienador, a figura do genitor alienado e os menores portadores desta síndrome, conforme disposição na Lei 12.318/2010. Com a evolução da família e do poder familiar, as rupturas conjugais tornaram-se frequentes, ocasionando, além da alteração na sociedade brasileira, inúmeros conflitos familiares. Esses normalmente nascem na disputa pela guarda do filho comum do casal, passando a enfrentar processos judiciais para definir o futuro do menor. Não obstante, o uso da disputa de guarda gera, na maioria das vezes, o nascimento da alienação parental, consistente em um processo de programar, consciente ou inconscientemente, o filho a odiar o outro genitor. A alienação parental objetiva, em suma, tirar da vida do filho alguém essencial para o seu sadio desenvolvimento, trazendo-lhe consequências devastadoras, de modo a interferir sua sanidade mental com efeitos que repercutirão no seu futuro. Assim, a presente pesquisa, através da utilização do método dedutivo, permite compreender os sintomas da síndrome de alienação parental, bem como demonstrar os efeitos futuros nos menores alienados. Com o emprego dos métodos histórico-

28 Acadêmica do Curso de Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. E-mail: diniz.rael@hotmail.com

29 Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Doutora em Direito com tese defendida pela Universidade de Burgos - Espanha. Docente do curso de direito da Universidade de Santa Cruz do Sul e Coordenadora de Estágios na mesma instituição, atuando principalmente no Direito de Família e Direito da Infância e Juventude. E-mail: karina@unisc.br.

comparativo buscou-se a identificação do marco inicial do processo de alienação parental, e do método da hermenêutica jurídica para interpretar os diplomas legais, com o fito de compor o objeto de estudo. Neste sentido, o presente trabalho monográfico também discorre sobre a importância da intermediação dos profissionais na área da saúde mental, juntamente com os operadores de direito, na identificação da síndrome de alienação parental, e no seu respectivo tratamento.

Palavras-chave: Poder familiar; alienação parental; efeitos nos menores alienados.

1. INTRODUÇÃO

Após a revolução industrial, com o advento das mulheres no mercado de trabalho, a destituição da sociedade conjugal passou a ser uma prática constante nas relações familiares. O modelo tradicional de família deixou de ser uma regra geral. A separação trouxe como consequência inúmeros conflitos familiares, dentre eles, a briga incessante pela guarda do filho comum, oportunidade em que, na maioria das vezes, os filhos são utilizados como um instrumento de desmoralização do outro genitor, ou como forma de sustentar o relacionamento.

A patologia advinda da alienação parental resulta em inúmeras sequelas instaladas no funcionamento psicológico dos menores, o que comprometerá inclusive seu caráter no futuro, e suas condutas. A presente pesquisa objetiva identificar quais as consequências dos efeitos da alienação parental no desenvolvimento psíquico dos menores alienados.

No primeiro momento, discorre-se sobre o contexto histórico das relações familiares, extraíndo a evolução histórica desde a sua concepção na sociedade, até a realidade atual. Discorre-se sobre a dissolução conjugal e as suas formas, com o consequente advento da separação judicial, até a evolução para o divórcio, com a respectiva disposição da Emenda Constitucional n. 66/2010.

No segundo momento, analisa-se a proteção da pessoa dos filhos, dispondo a característica dos filhos no âmbito do Código Civil. Ainda, aborda-se sobre a situação dos pais separados frente aos seus filhos, no contexto do poder familiar, guarda, e direito de visitas.

No terceiro capítulo, verificam-se os conceitos da alienação parental e sua concepção histórica. Além disso, estudou-se a identificação da síndrome de alienação

parental e seus estágios, bem como as condutas de todas as partes envolvidas neste processo.

Por fim, são abordados os efeitos desta atividade no desenvolvimento psíquico dos menores alienados. Abordam-se, neste aspecto, as consequências e eventuais sequelas da síndrome da alienação parental e como repercutirão no futuro da criança alienada.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Inicialmente, a concepção da origem de família trazia consigo a necessidade da inserção na sociedade. Dentro desta concepção, verifica-se que o afeto e carinho jamais foram prerrogativas da perpetuação da espécie. Assim, o agrupamento familiar não se assentava em relações individuais, sendo caracterizado como informal, porquanto “as relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam as tribos (endogamia)” (VENOSA, 2009, p. 03), pois o único objetivo era a formação de prole, para o crescimento econômico familiar.

Desconsiderando-se a polêmica existente a tal respeito, tem-se como ponto referencial de origem da instituição familiar a promiscuidade sexual originária, citada por Mac Lennan e por Morgan, segundo a qual todas as mulheres pertenceriam a todos os homens. (GAMA, 2008, p.14)

Neste ínterim, a constituição familiar baseava-se simplesmente na reprodução da espécie, inexistindo qualquer conceito sobre fidelidade e ciúmes entre os integrantes das populares “tribos”, vez que somente assim é que poderia operar-se a estabilidade familiar. Acepção esta acolhida por Friedrich Engels (2006, p. 37):

A tolerância recíproca entre os machos e a ausência de ciúmes constituíram a primeira condição para que se pudessem formar grupos numerosos e estável, em cujo seio, unicamente, podia operar-se a transformação do animal em homem. E, com efeito, que encontramos como forma mais antiga e primitiva da família, cuja existência indubitável nos demonstra a História, e que ainda hoje podemos estudar em certos lugares. O matrimônio por grupos, a forma de casamento em que grupos inteiros de homens e grupos inteiros de mulheres pertencem-se mutuamente, deixando bem pouca margem para o ciúmes.

Entretanto, com o decorrer dos anos, o Estado preocupou-se em intervir nas relações familiares de maneira a regulamentar algumas condutas, pois existia certo interesse econômico em preservar e proteger as famílias, bem como organizar os vínculos interpessoais.

Em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio. A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação. Sendo entidade patrimonializada, seus membros eram força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal. (DIAS, 2007, p. 27)

Com a evolução da formação de família, ligada essencialmente na relação pessoal, por óbvio, criou-se vínculos afetivos. Tal mudança gerou inúmeros problemas no quadro econômico, uma vez que as relações interpessoais não se mantinham apenas para procriação e, portanto, a mão de obra foi ficando cada vez mais escassa. Por tal razão foi que a mulher ingressou no mercado de trabalho. Assim, o homem ou o *pater* deixou de ser a única fonte de subsistência para a família, trançando um marco na grande importância do vínculo matrimonial e, principalmente, da *affectio maritalis*.

Com a evolução instituiu-se o casamento, o qual, considerando a forte influência eclesiástica, era ato sagrado, indissolúvel e patriarcal. A família somente era reconhecida se concebida pelos laços sagrados do matrimônio, inexistindo qualquer outra modalidade de convívio familiar aceitável. Assim, o Código Civil de 1916 regulava as relações familiares constituídas unicamente pelo matrimônio.

Todavia, as evoluções das relações familiares acabaram forçando inúmeras alterações na legislação. A mais expressiva foi a Lei 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada) que assegurou à mulher bens reservados adquiridos do fruto de seu trabalho, bem como lhe conferiu a capacidade plena para gerir alguns atos civis. Após, considerando a independência feminina e a liberdade, adveio a instituição da Lei do Divórcio 6.515/1977 e a Emenda Constitucional 9/1977, pondo fim a característica da indissolubilidade do casamento. Logo, a incorporação da Constituição Federal de 1988 estabeleceu igualdade entre os sexos. Estendeu igual proteção àquelas famílias unidas não só pelo casamento, bem como consagrou a igualdade dos filhos havidos ou não na constância do matrimônio, ou por adoção.

Desta feita, o Código Civil foi reformado, tendo como norte os princípios basilares da Constituição, procurando atualizar os aspectos essenciais do direito de

família. Ou seja, sepultou, de uma vez por todas, os dispositivos que já eram letra morta no antigo Código, e que feriam gravemente à dignidade da pessoa humana.

2.1 Do surgimento da separação

Sob a égide de uma sociedade fortemente conservadora e influenciada pela Igreja, justificava-se a concepção do casamento como entidade sacralizada e indissolúvel, existindo somente o desquite, como forma de separação, sem possibilidades de extinguir o vínculo matrimonial. Nesta modalidade de “separação”, subsistia a assistência mútua entre os cônjuges, bem como o encargo alimentar em favor daquele consorte pobre e inocente. Ou seja, havia uma ideia de “culpa” entre os cônjuges, em razão do rompimento da relação.

Desta forma, era necessário a atribuição de culpa para obter êxito na simples separação de corpos, conforme estabelecia o Decreto Lei n. 181, de 1890. Assim, percebe-se que, desde o nascimento da regulamentação do matrimônio sacramentado, o Estado instituiu grandes resistências para a obtenção da separação. E, tão somente a mera separação de corpos, pois era impossível a destituição do vínculo matrimonial.

O Decreto n. 181, de 1890, que instituiu o casamento civil no Brasil, previa o divórcio *a thoro et mensa* (divórcio canônico), que acarretava somente a separação de corpos, mas não rompia o vínculo matrimonial. O Código Civil de 1916 previa o desquite como forma de extinção da sociedade conjugal, sem também o rompimento do aludido vínculo. (GONÇALVES, 2012, p. 203).

Após o Decreto Lei n. 181, de 1890, adveio a Lei n. 3.071, de 1916 – Código Civil, o qual não trouxe modificações no âmbito matrimonial, tampouco sobre sua destituição. Permaneceu então, a ideia de culpa, a perpetuidade do vínculo matrimonial, dentre outras questões que já eram regulamentadas. Desta maneira, a evolução da sociedade exigiu a necessidade de solver os conflitos decorrentes das dissoluções corriqueiras. Daí o surgimento da Lei 6.515/77, visando banir as irregularidades conjugais que estavam ocorrendo desenfreadamente.

A Lei 6.515/77 trouxe importante modificação a respeito da separação litigiosa. Realmente, a sistemática do Código Civil de 1916, como de resto ocorria na do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, o legislador era específico na enumeração dos pressupostos para o então desquite judicial. Com efeito, o art. 317 daquele Código Civil, em seus quatro incisos, enumerava os cinco pressupostos em que se podia fundar a ação

de desquite. Eram eles: adultério, tentativa de morte, sevícia, injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal durante dois anos contínuos. (RODRIGUES, 2004, p. 219)

A modificação legislativa somente ocorreu para regular os motivos do fim do matrimônio, deixando-os mais amplos, e ao critério do juiz para interpretá-los. O Estado, para acompanhar a necessidade da sociedade, obrigou-se a elaborar uma legislação que dispusesse sobre situações caracterizadoras do fim da relação, porém, sem a enumeração dos pressupostos, como o fazia o art. 317 do Código Civil de 1916. Por tais motivos, é que a Lei 6.515/77 enumerou duas hipóteses genéricas de separação. Desta maneira, aumentou-se o arbítrio do juiz, para o exame do caso concreto. A alteração legislativa tornou-se um grande avanço para a sociedade, pois facilitou a comprovação na necessidade de separação dos cônjuges.

A primeira das causas genéricas, constante no inciso acima transcrito, era a conduta desonrosa do outro cônjuge, expressão de considerável abrangência, em que cabe o alcoolismo, a prática de crime, a recusa em pagar os débitos da família, o uso de tóxicos, o namoro do cônjuge com estranhos, enfim muitas daquelas hipóteses que antes eram compendiadas na rubrica de injúria grave pela jurisprudência brasileira. Note-se que no sistema do Código de 1916 não havia previsão de respeito e consideração mútuos, como deveres do casamento (CC/1916, art. 231). Daí a pertinência de a lei estabelecer a conduta desonrosa como causa para separação. (RODRIGUES, p. 220)

Com efeito, ainda perdurou a ideia de culpa, de modo que, ausente qualquer violação dos deveres do matrimônio, a relação conjugal só poderia ser rompida de forma consensual, ou nas situações previstas nos §§ 1º e 2º do referido art. 5º. Após este período, em outra transformação legislativa, a regulamentação da separação judicial encontrou-se esculpida no artigo 1.571 do atual Código Civil de 2002. Assim, vale afirmar que o homem e a mulher não desfazem o vínculo. Perdura o casamento. Unicamente a sociedade conjugal termina, e, com ela, os deveres de coabitação e fidelidade, e mais o regime de bens instituído (RIZZARDO, 2009, p. 227). Portanto, verifica-se que o Estado continua a insistir na união sagrada do casamento.

A separação judicial prevista no atual Código poderá ocorrer de duas formas: a) por vontade de ambos os cônjuges ou; b) por iniciativa de apenas um deles. Em se tratando de separação judicial litigiosa, salienta-se que a atribuição da culpa, consiste em uma das causas da separação, as quais servem como fundamentos determinantes para a procedência da demanda. As causas importam em grave violação dos deveres conjugais, tornando a vida em comum insustentável, imputáveis a

um dos consortes. Desta forma, é o ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 242):

A hipótese prevista no art. 1572, caput, é chamada de separação-sanção porque um dos cônjuges atribui culpa ao outro (na modalidade de grave infração dos deveres conjugais), aplicando-se sanções ao culpado. Estas são: perda do direito a alimentos, exceto os indispensáveis à sobrevivência (CC, arts. 1.694, § 2º, e 1.704, parágrafo único) e perda do direito de conservar o sobrenome do outro (art. 1.578). Como é a única hipótese que se discute a culpa, é também a única que admite reconvenção. Neste caso, pode a separação ser decretada por culpa de um só dos cônjuges ou de ambos. Se ambos forem culpados, nenhum deles fará jus à verba alimentícia, exceto se necessária à subsistência.

Atualmente a atribuição das causas descrita como culpa, a um dos cônjuges virou letra morta no atual Código Civil. Assim, a tendência é a abolição deste sistema jurídico para fins de divórcio. Até mesmo porque, a inserção do divórcio direto, esculpido no artigo 226, § 6º da Constituição Federal, pôs fim a aplicabilidade da separação judicial, tornando-a inútil para a obtenção da dissolução do vínculo matrimonial.

2.2 Do advento da Lei do Divórcio

No Brasil, a introdução do divórcio foi fruto de uma longa batalha, defrontando-se as concepções mais conservadoras e de encontro à Igreja Católica, até a aprovação da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, a qual gerou a Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, implantando o tão esperado instituto para findar o vínculo e a sociedade conjugal, bem como remediar as diversas uniões concubinárias. A Constituição Federal de 1988 manteve a ideia do divórcio sem causa, ou atribuição de culpa, previsto na Lei de 1977. Porém, o dispositivo constitucional ampliou o divórcio direto, conforme o art. 226, § 6º: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

Em consequência, o legislador ordinário elaborou a Lei n. 7.841, de 17 de outubro de 1989, repetindo a regra constitucional em seu art. 4º. Tal alteração legislativa revogou o art. 358 da Lei nº 3.071, de 1916 - Código Civil, e alterou os dispositivos da Lei nº 6.515, de 1977. Do mesmo modo, a previsão estatuída no § 6º, do art. 226, da CF/88 foi consagrada no atual Código Civil, em seu art. 1.580, § 2º.

Portanto, até a alteração advinda na Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, o divórcio era obtido somente se preenchido a separação judicial,

pelo prazo fixado, ou com a separação de fato. Com efeito, adveio a aprovação da referida EC 66/2010, a qual alterou o comando legal, renovando o texto constitucional contido no artigo 226, §6º da CF/88, dispondo o seguinte: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Tal dispositivo pôs fim à separação judicial, uma vez que já não é mais requisito para a ruptura conjugal.

Diante da inovação, o instituto legal passa-se ter aplicabilidade imediata, não havendo a necessidade de qualquer requisito para a sua eficácia, de maneira a desobstruir os obstáculos para a dissolução do vínculo matrimonial. Assim, em que pese a resistência da legislação em banir totalmente a existência da separação judicial, frisa-se que a mesma não tem mais qualquer aplicabilidade, porquanto verifica-se que a EC 66/2010 não tem o condão de apenas acelerar o trâmite processual, mas também preservar a liberdade e felicidade da sociedade.

3. DO PODER FAMILIAR

O instituto da Proteção da Pessoa dos Filhos contido no Capítulo XI, Título I, do Livro do atual Código Civil dispõe sobre o poder familiar, guarda e direito de visitas. Isso porque, em que pese o casamento não mais ser referência atualmente, os laços de carinho e afeto continuam sendo de muita importância na relação familiar, independentemente da ruptura conjugal, especialmente quando há menores envolvidos.

O poder familiar ou autoridade parental nada mais é do que a atribuição aos pais de direitos e deveres no tocante aos filhos menores. Sob este prisma, o art. 1634 do Código Civil elenca alguns deveres atribuídos aos genitores para com os filhos.

Na verdade, assistência, criação e educação estão diretamente atrelados à formação da personalidade do menor, bem como ao escopo de realizar os direitos fundamentais dos filhos, seja em que seara for. O direito à educação, além deste aspecto geral, também se reporta ao incentivo intelectual, para que criança e adolescente tenham condições de alcançar sua autonomia, pessoal e profissional. (TEIXEIRA; RIBEIRO, Orgs., 2008, p. 256)

Portanto, a atribuição do poder familiar não cinge-se meramente ao poder propriamente dito sobre os filhos e sim, deveres, os quais devem ser impreterivelmente cumpridos, sob pena de responsabilização criminal, como abandono material, moral e intelectual (arts. 224 ao 246 do Código Penal). O poder paternal faz parte do estado das pessoas e por isso não pode ser alienado, nem renunciado, delegado ou substabe-

lecido (GONÇALVES, p. 414), sendo, portanto, nulo qualquer ato que tente abdicar o dever familiar aos filhos menores.

Sob esta ótica, não se pode olvidar que a autoridade parental é um direito-de-ver indisponível, não cabendo aos responsáveis legais dispor ou renunciar do dever de prestar a devida criação aos filhos, propiciando-lhes pleno desenvolvimento físico, mental, moral, social e espiritual. Deste modo, conclui-se que o Código Civil (arts. 1.630 a 1.638), o Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 21 a 24 e 155 a 163), bem como a Constituição Federal (art. 227 a 230), tem o escopo de preservar o sadio desenvolvimento dos menores e dos adolescentes, na sua integralidade, seja mental, físico, psíquico, moral e ético, com intuito de se tornarem reconhecidamente úteis à sociedade e responsáveis.

O poder familiar era exercido, durante o matrimônio, por somente um dos pais, prevalecendo ao genitor tal encargo, enquanto perdurar o casamento. Em caso de falecimento, ou impedido de exercer a autoridade parental sobre o filho por qualquer razão, transferia-se o exercício à genitora. Essa concepção estava esculpida no art. 380 do Código Civil de 1916, o não qual admitia a simultaneidade do poder, mas a sucessividade do exercício (RIZARDO, p. 617).

Todavia, com o advento da Constituição Federal, em seu art. 226, § 5º, caiu por terra tal concepção, pois assim institui: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” Desta forma, não há margens de que o exercício familiar passou-se a ser exercido em iguais proporções pelo pai e pela mãe, simultaneamente.

O poder familiar, considerado *múnus* público, deverá ser exercido por ambos os genitores, em concorrência igualitária, não devendo estes desobedecerem ao comando constitucional de promover a integral assistência aos filhos menores. O ECA dispõe, em seu art. 22, que incumbe aos pais o “dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

Então, caso uns dos genitores descumpra os deveres estatuídos legalmente, caberá ao Estado fiscalizar-lhes e atribuir-lhes sanções pelo cometimento de infrações dos deveres inerentes ao poder familiar. As sanções poderá ser suspensão ou destituição do poder familiar, inserindo a criança ou o adolescente em abrigos ou em famílias substitutas.

Quando um ou ambos os genitores deixam de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar, mantendo comportamento que possa vir em prejuízo do filho, o Estado deve intervir. É prioritário preservar a integridade física e psíquica de crianças

e adolescentes, nem que para isso tenha o Poder Judiciário de afastá-los do convívio de seus pais. (DIAS, 2007, p. 386)

A medida de suspensão da autoridade parental representa efeitos menos graves, eis que tal poderá ser revista a qualquer tempo, podendo os laços familiares serem retomados, caso o(s) genitor(es) se reestabeleçam da situação fática anteriormente vivenciada. Deste modo, a suspensão do poder familiar, quando sanadas as causas que a provocaram, será interrompida e estando devidamente apta a convivência familiar, os genitores retomarão os vínculos parentais, desde que atendam as necessidades do menor.

Todavia, a perda do poder familiar é permanente, mas não se pode dizer que seja definitiva, pois os pais podem recuperá-lo em procedimento judicial, de caráter contencioso, desde que comprovem a cessação das causas que a determinaram (TEIXEIRA; RIBEIRO, Orgs. 2009, p. 315). Assim, entende-se que a perda da autoridade parental é imperativa, eis que as condutas realizadas pelos genitores demonstram que os mesmos não detêm de condições para o exercício do poder familiar.

No que tange à extinção do poder familiar, tem-se que tal medida dar-se-á por questões naturais, como a morte dos pais, ou de pleno direito, como a maioridade, ou ainda, por decisão judicial. Portanto, o poder familiar é extinto quando seu exercício já não o faz mais relevância no papel social do filho, vez que as causas ocorrem de forma automática.

3.1 Guarda

A guarda compõe a estrutura do poder familiar (TEIXEIRA; RIBEIRO, Orgs. 2009, p. 315), ou seja, está estritamente entrelaçada com a forma do exercício da autoridade parental, eis que seu exercício será distinto para os genitores, quando inexistir a sociedade conjugal entre os mesmos. Todavia, o poder familiar permanecerá intacto aos pais, não distinguindo quem detiver sob a companhia do filho, conduzindo somente a *forma* de aplicação dos deveres e direitos parentais.

Desta feita, a guarda tem o escopo, tão somente, de identificar quem tem o filho em sua companhia, regulamentados na forma do art. 1.589 do atual Código Civil, preservando a continuidade de convivência e a co-participação dos pais na vida da prole. A definição da guarda está estritamente ligada à vontade dos pais, caracterizando-se como um ponto relevante para a sua definição. Todavia, deve-se levar em conta que, o momento vivenciado pelos genitores de profundo abalo emocional – face o rompimento conjugal – acaba, por muitas vezes, repercutindo na escolha da

guarda da prole. Podendo ser uma espécie de subterfúgio para não romper totalmente os laços com o outro genitor.

Portanto, a análise da guarda do âmbito da prática jurídica é completamente delicada, um ramo extremamente sensível, cabendo ao magistrado, bem como ao Ministério Público, o minucioso trabalho de preservar ao máximo a continuidade da participação dos pais na vida da prole, com a finalidade de garantir aos menores o sadio desenvolvimento, visando atender, principalmente, os seus direitos fundamentais como sujeito em fase de desenvolvimento.

3.2 Guarda Unilateral

Há tempos remotos, a guarda quando da separação dos pais, era sempre atribuída à genitora, porquanto se considerava que o sexo masculino não tinha competência para as funções familiares. Desta feita, considerando a desigualdade entre o homem e a mulher em desempenhar suas funções, por lógico, o genitor não detinha de qualquer habilidade para cuidar dos filhos.

Dispõe o art. 1583, § 2º do atual Código Civil: “A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II – saúde e segurança; III – educação.” A guarda será estabelecida, por óbvio, para aquele que detiver maiores condições psíquicas, emocionais e materiais de promover o pleno desenvolvimento dos menores. Porém, considerando que, muitas vezes, a separação advém de uma mágoa na relação amorosa dos genitores, o filho poderá ser utilizado como forma de vingar-se o término da relação.

Nesse sentido, cabe ao magistrado, na guarda unilateral, observar fatores extremamente relevantes para o menor, a fim de orientar-se na escolha a quem se confiará à guarda. Os fatores estão contidos no art. 4º do ECA, tais como, dignidade, respeito, lazer, alimentação, profissionalização, cultura, esporte, dentre outros. E, caberá ainda ao juiz, atribuir ao genitor não guardião o dever de fiscalizar o detentor da guarda, com escopo de verificar se os direitos do infante estão sendo assegurados.

3.3 Guarda Compartilhada

A guarda compartilhada caracteriza-se como a participação simultânea pelos pais na vida do menor. Entende-se por guarda compartilhada, segundo o art. 1.583, §1º do Código Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.698/2008, como a “respon-

sabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivem sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

Desde logo, é necessário estabelecer distinção entre guarda compartilhada, quando as atividades, deveres e direitos do menor e dos genitores são exercidos simultaneamente e em coparticipação pelos adultos, das meras tentativas de divisão de responsabilidades entre o guardião e o outro, inclusive com a contínua mudança do domicílio da criança, que mais atendem aos pais ou responsáveis do que ao interesse superior do menor. (SILVA; NETO; Orgs., 2011, p. 51)

A guarda compartilhada é o exercício ativo e conjunto da autoridade parental na vida do menor, é a participação direta do genitor não guardião das atividades rotineiras do filho, com o direito de opinar e estabelecer limites nas escolhas concernentes ao desenvolvimento do infante. Conforme o artigo 1.584 do Código Civil, a guarda compartilhada, portanto, poderá ser determinada por consenso ou, até mesmo, por imposição judicial. Desta feita, caso não possível ser convencionada na ação judicial da dissolução conjugal, poderá o genitor insatisfeito, pleitear em ação autônoma.

Apesar da guarda compartilhada ter o objetivo de atender aos melhores interesses dos menores, a aplicação de tal medida à resistência de um dos genitores seria inócua e, possivelmente acarretaria efeitos contrários a sua finalidade. Desta forma, parece-se que o exercício conjunto e pacífico somente ocorreria quando os pais tivessem conhecimento dos benefícios desta modalidade de guarda.

Portanto, referir sobre a guarda compartilhada, conclui-se que é a modalidade mais evoluída, eis que há certa exigência aos pais, pois os mesmos devem deixar para trás qualquer mágoa ou ressentimento, buscando conjuntamente preservar os interesses dos filhos, de modo a evitar qualquer desequilíbrio emocional destes na ruptura conjugal dos pais.

3.4 Guarda Alternada

A guarda alternada, em que pese diversos equívocos com a guarda compartilhada, é completamente ineficaz e pouco usual. Consiste em fixar o local material que ficará a criança por períodos alternados. Por exemplo, o filho passaria uma semana com a mãe e outra com o pai (LEVY, 2008, p. 60).

A guarda compartilhada é largamente criticada pela doutrina, inclusive pelos profissionais da área da saúde mental, conforme lição de Demian Diniz da Costa (2002, p. 90):

Por um lado, a guarda alternada apresenta algumas vantagens, como, por exemplo, a criança manter relações idênticas com ambos os genitores, ao menos no que se refere

ao número de dias passados com cada um deles. A guarda alternada também evita os problemas de concorrência de poder criados pela guarda conjunta, além de ser uma solução razoável, em caso de disputa, que diminui as tentativas de apreensão da criança e o não-pagamento da pensão alimentar, como forma de retaliação.

Mas as desvantagens para a criança e os problemas jurídicos são bem mais elevados na guarda alternada, de forma que se desaconselha sua aplicação prática. A criança é prejudicada, visto que a mudança constante de um genitor a outro cria uma incerteza capaz de desestruturar mesmo a criança mais maleável, e acaba por provocar conflitos sobre a criança, que precisa de segurança e estabilidade.

Portanto, entende-se que a guarda alternada afronta ao princípio do melhor interesse da criança, pois gera a ideia de objeto de posse sobre os filhos, passíveis de divisão de tempo e espaço.

3.5 Direito de visitas

Após a separação dos pais, o direito mais importante a ser protegido, é sem sombra de dúvidas, a convivência familiar. A Constituição Federal, em seu art. 227 mostra que a convivência familiar não se trata somente de um direito garantido, mas caracteriza-se como dever de afetividade com aqueles que não atingiram a vida adulta.

Neste contexto, a ruptura do casal não cessa as relações dos pais entre os filhos. A convivência familiar tem por objetivo preservar o convívio de forma semelhante, como era quando conviviam no mesmo lar. Destarte, no modelo de guarda unilateral, o direito do menor em conviver com o genitor não guardião é assegurado pelo Código Civil, pela Constituição Federal e, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Trata-se de um direito irrenunciável, sendo nula (ou ineficaz) qualquer estipulação inserida no pacto de separação ou no pedido comum de divórcio, tendente a suprimi-lo (CAHALI, 2002, p. 938).

Resguardado juntamente com o direito à visitação, subsiste o dever de fiscalização do não guardião. Assim, o fato de ter o filho sob sua guarda, não eximirá o não guardião de dever para com o seu filho. Ao contrário, seu dever é preservar pelo bom desenvolvimento da prole, estando ou não sob sua vigilância.

Trata-se do direito de fiscalizar a educação e a manutenção do filho sob a guarda do outro, de permanente vigilância a respeito das condições de guarda, com a consequente responsabilidade maior do genitor a quem, coube diretamente o exercício da autoridade parental. (GRISARD, 2003, p. 96)

Portanto, no que tange à responsabilidade parental, o direito/dever de fiscalização representa o exercício indireto do poder familiar. Cabe, assim, o genitor não guardião controlar a educação e criação de seu filho, devendo, sobretudo, agir quando constatar qualquer irregularidade.

4. A CONCEPÇÃO DA SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Em decorrência dos diversos motivos de aparecimento de distúrbios mentais infantis, o tema objeto do presente estudo foi descrito, pela primeira vez, pelo médico e professor de psiquiatria infantil da Universidade de Colúmbia (EUA) Richard Gardner, em 1985. O psiquiatra pretendeu evidenciar o processo de separação dos pais, com a consequente disputa de guarda dos filhos, e a manipulação da mãe sob os mesmos, para que estes rompessem os laços afetivos com o pai, que não detinha a guarda da prole.

A síndrome da alienação parental também foi largamente difundida na Europa por François Podevyn. O autor iniciou seu trabalho com o objetivo de demonstrar aos juristas, doutrinadores e profissionais da área da saúde, a problemática da patologia, para que pudessem identificá-la.

A partir das ideias desse autor – baseadas em estudos anteriores do psiquiatra Richard Gardner, que foi o primeiro a identificar e a nomear a Síndrome de Alienação Parental –, pode dizer que se trata de um processo que consiste em programar uma criança para que odeie, sem justificativa, um de seus genitores, decorrendo daí que a própria criança contribui na trajetória de campanha de desmoralização. (TRINDADE, 2010, p. 177)

Destarte, é na ruptura conjugal dos pais que se inicia a atividade de alienar, de causar ao menor um sentimento de repulsa e de ódio ao outro genitor. Consciente ou inconscientemente o faz para dar continuidade à convivência conjugal. Não obstante, em que pese esse tema ser recente, a atividade é extremamente frequente nas dissoluções, pois um dos genitores não consegue aceitar o fim do relacionamento e acaba utilizando o filho para atacar o outro. A Síndrome da Alienação Parental (SAP) esconde verdadeiras tragédias familiares onde o amor e o ódio se misturam a um só tempo (DUARTE, 2010, p. 116).

Na obra *A Síndrome de Alienação Parental*, o psicanalista e psiquiatra infantil Richard Gardner, nos idos de 1985, definiu a SAP como: um distúrbio que surge principal-

mente no contexto das disputas pela guarda e custódia das crianças. A sua primeira manifestação é uma campanha de difamação contra um dos genitores por parte da criança, campanha essa que não tem justificação. O fenômeno resulta da combinação da doutrinação sistemática (lavagem cerebral) de um dos genitores e das próprias contribuições da criança dirigidas à difamação do progenitor objetivo dessa campanha. (SILVA, 2009, p. 43)

Conforme o entendimento de Podevyn, usualmente, é a mulher, como genitora, que tem mais aptidão para se ocupar com os cuidados da prole. O autor acredita que é no seio materno que devolve a síndrome de alienação parental, pois a instalação desta patologia necessita de muita persistência, e é a genitora que detém a guarda dos filhos, geralmente.

Contudo, com advento do divórcio, a mulher ganhou liberdade e espaço no mercado de trabalho. Com esta mudança, foi deixado para trás os papéis de homem e mulher, unificando-se as atividades entre os casais, não existindo diferenças em suas atribuições.

Em famílias multifuncionais, o genitor alienador pode contar com a actualización, consciente ou inconsciente, de outros familiares, o que não apenas reforça o sentimento de ódio do alienador, mas permite àqueles realizar vinganças recônditas, paralelas e indiretas, não relacionadas com a separação do casal, mas geralmente associadas a outros conflitos. Alianças de toda a sorte podem surgir nesses momentos como uma proposta de pseudo-homeostase da relação familiar descompensada. (TRINDADE, p. 178)

Neste contexto, a disputa entre os pais para obter a guarda dos filhos aumentou. E, diante desta situação, o conceito de Podevyn se conflita com a atualidade, pois não é somente no ambiente da mãe que a criança poderá ser vítima da Síndrome, dada as circunstâncias atuais.

4.1 Como identificar a síndrome de alienação parental

A síndrome da alienação parental ocorre em virtude dos atos destinados a denegrir um ente essencial à vida do menor, seja seu pai, seja sua mãe. Assim, o diagnóstico desta síndrome é extremamente importante, pois, como qualquer outra patologia psíquica, causará danos irreversíveis ao menor, lhe trazendo inúmeras dificuldades no futuro. Para tanto, primeiramente deve-se constatar a realização da alienação parental, visto que antecede a síndrome.

De todo modo, a síndrome da alienação parental é difícil em ser constatada, visto que se utiliza meios específicos para tal, que dependem muito da colaboração da vítima, a qual normalmente trata-se de criança. Além disso, as influências externas do genitor alienante ou alienador dificultam muito o diagnóstico de tal patologia. Assim, numa linguagem rigorosamente técnica, pode-se afirmar que sintoma não se trata, mas se interpreta, isto é, a ele se atribui um determinado significado, desvelando-se aquilo que ele pretende anunciar (TRINDADE, p. 175).

A síndrome da alienação parental pode ser dividida em estágios, leve, médio e grave. O estágio leve é difícil de ser identificado, pois a criança omite as informações que absorveu do genitor alienante, ao passo que pretende formar um laço de cumplicidade com este. O estágio médio já é passível de ser compreendido pelos profissionais da área da saúde e, inclusive, de ser percebido pelo genitor alienado. Nesta fase da síndrome, a criança já resiste às visitas e, passa a ter comportamentos dissimulados. Quando a síndrome avança para o estágio grave, a criança realiza fortes campanhas de desmoralização contra o genitor alienado, e o vínculo familiar se corrompe.

Como se vê, a partir da constatação do estágio da síndrome de alienação parental, é possível identificar qual o tratamento lhe é adequado. Nesse sentido, poderá mesclá-lo com a terapia psicológica e, em casos extremos, a interferência judicial deverá atuar. Ou seja, com o acompanhamento psicológico a criança passa a ser tratada de forma a minimizar os distúrbios e comportamentos patológicos, e, com o complemento da modificação, supervisão do direito de visitas é possível o tratamento pleno. Caso contrário, a mera aplicação de procedimentos psicológicos, não será eficaz.

Muitas vezes, a simples constatação do aparecimento da Síndrome de Alienação Parental, em seu estágio inicial, e um adequado encaminhamento psicojurídico, no momento da decisão sobre a guarda, é suficiente para fazer cessar a campanha de descrédito do genitor alienador. Outras vezes, entretanto, esse processo avança para um estágio médio, que requer tentativas mais incisivas de reestruturação familiar, sem contudo, alterar a guarda, já que o filho se encontra mais vinculado àquele com quem permanece. (TRINDADE, 192)

Destarte, a identificação dos sintomas deve ser interpretada com brevidade, para que a patologia não se agrave. Assim, com a existência de duplo tratamento, ou seja, jurídico e psicológico, a reestruturação familiar se torna mais alcançável. Isso porque a criança não se trata de um projeto, um empreendimento, os seus ensinamentos servirão para seu desenvolvimento pessoal no futuro.

4.2 A implantação de falsas memórias

Dentre as atividades do genitor alienador, no processo de alienação parental, sem dúvidas, a implantação de falsas memórias, ou falsas denúncias, caracteriza-se a mais grave de todas as atitudes do alienante. O genitor, alienante ou alienador, busca denegrir a imagem do progenitor para com o seu filho, pois somente assim, o genitor não guardião será visto como um inimigo.

Assim, para tornar o sentimento do filho, que antes era de afeto, em ódio, é preciso imputar fatos que lhe tragam sinais de repulsa ao outro genitor. Para tanto, o alienante pode utilizar-se de argumentos falsos, que possam ser interpretados, para a criança, como se verdades fossem, considerado verdadeiro ato de intento à integridade psíquica do menor.

Dentre as formas de abuso possíveis de serem invocadas, sem dúvida alguma o abuso sexual é a mais grave e comprometedora. Consoante Podevyn, ocorre na metade dos casos de separação problemática, especialmente se os filhos são pequenos e mais manipuláveis. Uma vez suscitada a suspeita de abuso sexual, as autoridades passam também a vigiar mais rigorosamente o alienado, chegando, não raro, a restringir as visitas, como forma de cautela, até que seja definitivamente esclarecida a suspeita. Nesse espaço de tempo, entretanto, o cônjuge alienador pode incutir dúvidas sobre o imaginário da própria criança, abrindo espaços para fantasias e falsas memórias, gerando insegurança em todos os envolvidos nesse complexo processo de avaliação. (TRINDADE, p. 187)

Na realidade fática, na esfera judicial, o alienante busca denunciar o progenitor, para que o mesmo fique impedido legalmente de ver seu filho, pois no âmbito jurídico, o juiz decretará imediatamente a suspensão das visitas, ou irá minorá-las, ou determinará que sejam supervisionadas até o fim do processo ou qualquer outro momento que consiga identificar a inocência do acusado. E com isso, o genitor alienador, consegue parcialmente uma vitória, pois o tempo e a limitação de contato entre o genitor alienado e o filho jogam a seu exclusivo favor (DIAS; TRINDADE, Orgs., p. 71).

Assim, o processo criminal decorrente do suposto abuso sexual, ou de suposta agressão física, trará os resultados esperados para o alienador, e prejudicará a relação do acusado inocente com o seu filho, rompendo, ainda que temporária, a convivência entre os mesmos. Por tal razão, o menor passará a acreditar no fato que não ocorreu, agravando o quadro da síndrome de alienação parental.

Portanto, as falsas denúncias, sejam por abuso sexual, agressão física, ou emocional, submete à criança a conviver com a mentira. A implantação de falsas memórias é a arma mais sombria que o alienador pode usar para afastar o progenitor do filho comum. As situações denunciadas acabarão por completo a rotina da família, principalmente da criança, pois terá que se submeter à avaliações, exames, entrevistas, e irá privar-se do convívio com o progenitor, fundamental para o seu bom desenvolvimento. O alienador, por sua vez, acabará acreditando em sua própria mentira, e passará a persuadir outras pessoas, criando um quadro maior de manipulações.

5. EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Qualquer dissolução de relação conjugal em que haja filhos menores acarretará prejuízos quanto à sua rotina. Contudo, com a flexibilização da relação familiar, não havendo conflitos entre pai e mãe, os efeitos serão reduzidos, e a criança voltará ao seu normal crescimento. Por outro lado, quando há disputas entre a guarda da criança, os efeitos danosos se prolongarão, acarretando consequências no desenvolvimento mental do menor, repercutindo seus efeitos no futuro.

Qualquer mudança na estrutura familiar é acompanhada por transtornos e estresse. No caso de divórcio ou separação, quando um adulto é subtraído da família, o transtorno parece especialmente grave. Nos vários anos imediatamente após o divórcio, os filhos tornam-se mais rebeldes, mais negativos, mais agressivos ou deprimidos ou, ainda, enraivecidos. No caso de estarem em idade escolar, sua performance escolar costuma decair, pelo menos durante certo tempo. Há certa discordância sobre a duração desse efeito negativo na criança. Alguns pesquisadores relatam efeitos que permanecerem por 5 e 10 anos. Outros não encontram tais efeitos duradouros, embora todos eles concordem que, a curto prazo, as crianças se perturbem. (BEE, 1997, p. 255)

O processo de alienação parental iniciado por um dos genitores, *a priori*, não tem o objetivo de corromper o futuro da criança, e sim, alcançar o afastamento do progenitor. Todavia, em que pese os pais estarem separados, ambos são fundamentais para a formação psicossocial da criança.

A vida em família é onde iniciamos a aprendizagem emocional; nesse caldeirão íntimo aprendemos como nos sentir em relação a nós mesmos e como os outros vão reagir a nossos sentimentos; aprendemos como avaliar nossos sentimentos e como reagir a eles; aprendemos como interpretar e manifestar nossas expectativas e temores.

Aprendemos tudo isso não somente através do que nossos pais fazem ou que dizem, mas também através do modelo que oferecem quando lidam, individualmente, com os seus próprios sentimentos e com aqueles sentimentos que se passam na vida conjugal. Alguns pais são professores emocionais talentosos, outros são atrozes. (GOLEMAN, 2010, p. 204)

Entretanto, quando se inicia a síndrome de alienação parental na vida da criança, seu comportamento cognitivo e temperamento mental já restarão comprometidos no futuro. O menor alienado passará por um processo de confusão sentimental, pois as informações conflituosas o deixarão com dificuldades de confiança. Isto é, para o alienador, o progenitor é uma pessoa má, contudo, a criança ainda sente afeto pelo mesmo e não conseguirá entender o porquê deste sentimento que lhe é imputado pelo genitor alienante. E, com isso, gerará um distúrbio emocional de confusão, sobre o qual a criança não confiará em seus próprios sentimentos.

Em linhas gerais, é preciso considerar que os filhos em vias de se envolver na SAP são submetidos a um duplo constrangimento. Eles suportam o genitor alienador que se apresenta sempre como vítima. Eles fazem-no ao mesmo tempo em que amam esse genitor, e ao mesmo tempo em que salvam, sentem ou sabem que serão rejeitados se não o suportarem mais. (SILVA, 2009, p. 78)

Durante o processo de alienação parental, a criança ficará entre duas pessoas, sentindo-se na obrigação de escolher entre um genitor ou outro para conviver. Por questão de dependência e, até mesmo de sobrevivência, o filho escolherá por aquele que detiver sua guarda, o qual, normalmente, é o alienador. Desta forma, cria-se um grau de extrema cumplicidade, mesclando-se com o sentimento de culpa, por ter abandonado o outro genitor. A culpa ficará alojada na criança, lhe causando uma tremenda tortura.

Destarte, os efeitos da síndrome, quando apresentados, podem repercutir danos a longo e curto prazo, dependendo em que situações as crianças foram envolvidas. Além disso, existem algumas variáveis quanto ao sexo, idade e padrão social que poderão sofrer ingerências quanto aos sintomas. Por isso, nem todos os efeitos são os mesmos em crianças diferentes.

Em uma entrevista realizada por Silva³⁰ com o juiz, Dr. David de Oliveira Gomes Filho³¹, constatou-se que, em cada dez processos de divórcio ou separação, três são comprovadamente praticantes de alienação parental. O juiz ainda assevera que, muitas crianças refletem o sentimento negativo sofrido pelo alienador, como se elas fossem igualmente frustradas pelo fim da relação conjugal. Dentre os sintomas, o magistrado menciona que os menores desenvolvem dificuldade escolar, problemas na relação social. Alguns, inclusive, contemplam o vazio com o uso de drogas, ou bebidas alcoólicas.

A criança vítima da síndrome pode expressar sentimento de raiva ou ódio, contemplando em sinais agressivos em face do progenitor, para agradar o alienante. Esses comportamentos agressivos podem tornar-se frequentes, inclusive, na fase adulta da criança alienada. Por outro lado, há o medo e a fobia, em virtude do receio em ser abandonada. A criança vítima da síndrome despreza o genitor não guardião, pois optou em ficar sob os cuidados do alienante, sob ameaça que seria abandonado. Estas ameaças e chantagens trazem aos menores um sentimento de rejeição, podendo repercutir no futuro, lhe trazendo um medo imenso que o alienador possa lhe abandonar, ou morrer.

Outros sintomas capazes de serem apresentados na vida adulta da criança alienada são a depressão e a ideação suicida. Isto ocorre, pois durante sua infância, o menor teve uma trágica história. Ou seja, teve a experiência de separação abrupta de um ente querido. Assim, terá lamentos em sua vida, que levará ao comportamento depressivo, e com a possibilidade de tentativas de suicídios.

Por outro lado, subsistem sintomas físicos, que são capazes de serem diagnosticados, tais como, a perda de sono, transtornos alimentares, e disfunções psicossomáticas. As crianças portadoras desta patologia são expostas as mais diversas espécies de comportamentos e traumas. E, para reverter algumas marcas, é necessário tratamentos específicos, com psicólogos, psiquiatras e, dedicação de ambos os pais, para superar esta terrível doença.

Destarte, a síndrome de alienação parental consiste em uma devastadora doença acometida às crianças, e caracteriza-se como uma grande violência aos direitos inerentes do desenvolvimento infantil. Por tal razão, a apuração do diagnóstico de início de síndrome de alienação parental é dever de todos, a fim de garantir que os problemas advindos desta patologia possam ser revertidos.

30 SILVA, Denise Maria Perissini da. A nova lei da alienação parental. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9277> Acesso em 23/05/2013.

31 Juiz titular da 1ª Vara de Família de Campo Grande – Mato Grosso do Sul.

5.1 A importância da intermediação de profissionais da área da saúde mental

Em se tratando de síndrome de alienação parental, há no mínimo três protagonistas que necessitam de atenção psicológica, pois é neles que se instalarão os danos mais devastadores. Portanto, a identificação da síndrome necessita ser realizada por todos os envolvidos, para que possa ser definido o efetivo tratamento. Ao contrário, se o tratamento não abranger todas as partes, as sequelas serão permanentes.

No tratamento da Síndrome de Alienação Parental, o genitor alienado também merece cuidados especiais. Incluído no tratamento, deve ser conscientizado de que está sendo envolvido no contexto da alienação, requisito primeiro para dar início às mudanças capazes de romper com o círculo pernicioso instaurado pela Síndrome.

Nesse sentido, deverá o alienado abandonar o papel que lhe foi atribuído, passando a desempenhar uma função ativa em busca não só de sua saúde emocional, mas também da higidez dos vínculos, principalmente visando a um desenvolvimento saudável dos filhos. O alienado deve ter presentes que a ambiguidade e a omissão também constituem uma forma de violência física. Ao se acomodar passivamente às condições ditadas pelo alienador, o cônjuge alienado pede ser tão prejudicial aos filhos quanto aquele. Por isso, deve ser o primeiro a interromper o processo da Síndrome de Alienação Parental, em parte face à natural posição de fragilidade em que se encontram os filhos e também porque, diante da doença do alienador, ele poderá ser o único membro da família com estrutura emocional e com competências psicológicas que permitem dar o passo inicial em direção à saúde. (TRINDADE, p. 196-197)

Neste contexto, imprescindível que haja uma avaliação psicológica adequada para reestabelecer os programas específicos para cada parte. Ou seja, o alienador, diferente do alienado, terá o tratamento psicológico que lhe é adequado. Da mesma forma, não se pode igualar o tratamento de adultos junto às crianças, as quais merecem uma conversação diferenciada.

Quando já diagnosticada a síndrome de alienação parental, na maioria das vezes, a situação já está no âmbito judicial. E, para a possibilidade de um tratamento, o juiz designará a avaliação psicológica, consistente em uma espécie de perícia. A forma como é conhecida a perícia psicológica no âmbito forense advém, particularmente, da tradição em fornecer laudos psicológicos para servir como peças em procedimentos judiciais (CRUZ; apud ROVINSKI, Orgs., 2009, p. 45).

A intervenção precoce para a identificação da síndrome é fundamental para que a mesma seja prevenida. Ocorre que, o tratamento psicológico normalmente

advém de uma intervenção judicial reclamada por um dos familiares, ou seja, quando já existem os sintomas de tal patologia. Portanto, o trabalho dos psicólogos e psiquiatras torna-se tardio e, conseqüentemente, mais minucioso para sanar os prejuízos instalados.

São os profissionais da saúde, juntamente com os advogados, magistrados, bem como com os assistentes sociais, que definirão o futuro da criança, a reversão da guarda, ou a simples morada temporária em lugar distinto. É um trabalho em conjunto, para, principalmente, preservar os interesses das crianças, assegurando a proteção integral para as pessoas em etapa peculiar de desenvolvimento.

Os psicólogos envolvidos nestes casos deverão deter de amplo conhecimento na área de desenvolvimento infantil, familiar, para realizar um trabalho relacionado à guarda do filho, e outras questões inerentes ao exercício de escolha do futuro da criança. O psicólogo fará parte da família, devendo observar qual é o ambiente mais saudável para a criança, e interferir na ingerência dos pais para impedir as sequelas.

No processo judicial, o psicólogo fará um papel de investigador. Sua atribuição será de colher informações necessárias da família, para auxiliar o magistrado nas suas decisões. Portanto, implicará em técnicas e métodos de avaliar as características de cada pessoa envolvida. Desta forma, a conduta do magistrado será de acordo com o trabalho do psicólogo.

6. CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como objetivo principal aproximar-se dos efeitos da alienação parental no desenvolvimento psíquico dos menores alienados, buscando, assim, uma melhor compreensão das conseqüências de eventuais sequelas que repercutem na fase adulta de sua vida.

Constatou-se que, atualmente, a concepção familiar tem diversas formas e, neste contexto, após a conseqüente ruptura, a disputa dos filhos entre os pais aumentou, gerando atitudes que configuram atentado à integridade física e psíquica dos menores. A alienação parental caracteriza-se como mero desejo de destruir a reputação do genitor não guardião para com a criança, para que esta nutra um sentimento de ódio, rompendo completamente o vínculo entre pai/mãe-filho.

Por conseqüência, discorre-se sobre os sinais da síndrome da alienação parental instalada no menor. Onde se constatou que, a identificação dos sintomas trata-se de um minucioso trabalho dos profissionais da área da saúde mental, contudo, diante de algumas condutas, os familiares também são capazes de identificá-la.

Para o diagnóstico da referida patologia, tem-se que as condutas configuram um quadro evolutivo, sendo que se distinguem em estágio leve, médio, e grave. Inicialmente, ao analisarem-se as condutas dos protagonistas desta atividade, tem-se que dificilmente são constatadas, não sendo suficientes a um diagnóstico preciso. Já, no estágio médio, a criança passa-se a rejeitar o genitor alienado, e seus comportamentos são dissimulados, capazes de serem identificados. Quando este estágio se avança, a criança já está realizando fortes campanhas de desmoralização contra seu pai ou sua mãe, sendo estes comportamentos notórios e fáceis de serem percebidos. Lamentavelmente, incapazes de tornarem-se irreversíveis.

Ainda, através do estudo sobre a implantação de falsas memórias, verificou-se que a mesma consiste na crença do menor em fatos que não existem. Ou seja, o alienador relata que houve alguma espécie de abuso, seja físico, sexual, ou emocional, e o menor fantasia estes fatos, como se tais fossem verdadeiros. Este fenômeno ocorre em virtude da formação do desenvolvimento psíquico-neurológico, processo que dificulta a distinção entre verdade e mentira.

Por fim, o último capítulo aborda sobre os efeitos e as consequências do ato de alienação parental, buscando esclarecer as tentativas de protegê-los, notadamente com a intermediação de profissionais da área da saúde mental. Verificou-se que, diante do sentimento negativo sofrido pelo genitor alienador, a criança passa a sentir-se frustrada, de igual forma, pelo fim do relacionamento de seus pais. E, dentre os mais diversos sintomas, constatou-se que, os alienados sentem maiores dificuldades escolar, desenvolvem problemas com relacionamentos sociais. Inclusive, constatou-se que, alguns portadores da síndrome em estágio avançado acabam contemplando o vazio com o uso de drogas, ou bebidas alcoólicas.

Além disso, verificou-se que, muitas vezes os profissionais da área da saúde mental agem tardiamente, ou seja, quando já há indícios de alienação parental, pois é quando o magistrado o nomeia para fins de diagnóstico. Diante disso, constatou-se que, a alienação parental é um assunto que deve ser expandido nas escolas, no Poder Judiciário, junto às Secretarias dos Municípios, através de políticas públicas, sendo de competência do Estado e da sociedade em preservar os direitos fundamentais da criança e do adolescente.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

- _____. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.
- _____. Código Penal. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Brasília, DF: Senado Federal, 1984.
- _____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.
- _____. Lei sobre o Casamento Civil. Decreto Lei n. 181, de 24 de janeiro de 1890. Brasília, DF: Senado Federal, 1890.
- _____. Lei do Divórcio. Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Brasília, DF: Senado Federal, 1977.
- _____. Código Civil. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Brasília, DF: Senado Federal, 1916.
- _____. Lei do Divórcio. Lei n. 7.841, de 17 de outubro de 1989. Brasília, DF: Senado Federal, 1989.
- BEE, Helen. *O ciclo vital*. Tradução Regina Garcez. 1. ed. Porto Alegre: Artmed, 1997.
- CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CASABONA, Marciel Barreto. *O instituto da guarda e sua modalidade compartilhada. Dissertação de Mestrado*. Pontífica Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2003.
- COSTA, Demian Diniz da. *Famílias monoparentais: reconhecimento jurídico*. 1.ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2002.
- DIAS, Maria Berenice; TRINDADE, Jorge (Orgs.). *Incesto e alienação parental: realidades que a Justiça insiste em não ver*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DUARTE, Marcos. *Alienação parental: restituição internacional de crianças e abuso do direito de guarda*. 1. ed. Fortaleza: Leis&Letras, 2010.
- ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade, privada e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Centauro, 2006.
- FIGUEIREDO, Fabio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FREITAS, Douglas Filho; PELLIZARO, Graciela. *Alienação parental: comentários à lei*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

- GOLEMAN, Daniel. *Inteligência emocional: a teoria revolucionária que redefine o que é ser inteligente*. 57 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. Tradução por Marcos Santarrita.
- GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GROENINGA, G. C; PEREIRA, R. C. *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. 1. ed. São Paulo: Imago, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado, volume 5: direito de família*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar*. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- PODEVYN, François. *Síndrome de Alienação Parental (2001)*. Disponível em <http://www.apase.com.br>, acessado em 17/05/2013.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família: v.6*. São Paulo: Saraiva. 2004.
- ROVINSKI, Sonia Liane Reichert; CRUZ, Roberto Moraes (Orgs.). *Psicologia jurídica: perspectivas teóricas e processos de intervenção*. São Paulo: Vetor, 2009.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SILVA, Denise Maria Perissini da. *Guarda compartilhada e síndrome da alienação parental: o que é isso?* 1. ed. Campinas: Armazém do Ipê, 2009.
- SILVA, Evandro Luiz et al. *Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2007.
- SOUZA, Euclides de. *Alienação Parental – perigo iminente*. Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=435121337>, acessado em 18/05/2013.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares da; NETO, Theodureto de Almeida Camargo (Orgs.). *Grandes temas de direito de família e das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Orgs.) *Manual de direito das famílias e das sucessões*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.
- TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do Direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

A IMPROBIDADE DO ADMINISTRADOR PÚBLICO PELO NÃO AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE REGRESSO

Susana Hoff³²

Janrie Rodrigues Reck³³

RESUMO

O presente artigo vem tratar da improbidade administrativa do administrador público ao não ajuizar ação de regresso quando um agente público causa danos de todas as órbitas aos cofres públicos. O interesse em estudar e apresentar este tema vem da inconformidade em ver o Estado “servindo” a vontade de seus gestores, na maioria das vezes, preocupados somente com o direcionamento dos recursos de modo a mantê-los no poder. Assim, entre as várias atitudes a se combater está a inércia dos administradores quando da necessidade de responsabilização de seus agentes frente a atos e condenações que venham a onerar os cofres públicos por obrigações que efetivamente não lhe pertenceriam. Numa tentativa de demonstrar que há meios de inibir essa “distribuição” indevida das verbas públicas, o presente artigo pretende analisar a Lei de Improbidade Administrativa, a ação de regresso e a responsabilidade dos agentes públicos, para, através de uma análise doutrinária e jurisprudencial baseada na revisão de livros, artigos, revistas e decisões dos tribunais, discorrer sobre os atuais posicionamento sobre os assuntos e assim, apresentar as hipóteses e construir o entendimento a responder o problema tema motivador deste trabalho: a omissão do administrador público no ingresso de ações de regresso pode ser enquadrada como ato de improbidade administrativa? Ressalte-se que

32 Acadêmica do curso de Direito. susanahoff@yahoo.com.br

33 Professor do Doutorado, Mestrado e Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul; Professor da Universidade Federal de Pelotas. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Advogado. janriereck@ibest.com.br

tal conduta é comum, pois, ainda nos deparamos com o sentimento paternalista de que o Estado com tudo arca e a população nada vê.

Palavras-chave: improbidade administrativa; ação de regresso; administrador público; Estado; omissão.

1. INTRODUÇÃO

Política faz parte da vida em sociedade, é a ciência da organização, do governo dos povos. Muitas vezes, infelizmente, é confundida com politicagem, a má política que em escândalos tem se afluído, fazendo com que as pessoas se desinteressem pelo assunto.

Primando por uma boa administração política, editam-se leis de combate aos abusos e aos ilícitos da má gestão, dando aplicabilidade aos princípios constitucionais da administração pública.

Em 2012, em meio a inúmeros escândalos de corrupção, ao mensalão, e aos mensalinhos, a Lei de Improbidade Administrativa chegou aos seus 20 anos trazendo ainda grande desconhecimento sobre sua real finalidade e abrangência no que se refere aos atos praticados por agentes públicos no exercício de sua função.

Pela Lei n.º 8429/92, sempre que um agente público, direta ou indiretamente ligado a administração, se enriquecer ilicitamente à custa do Estado, causar dano ou prejuízo ao erário público ou violar os princípios da Administração Pública, poderá receber as sanções previstas em um extenso rol de atos, meramente exemplificativo.

Ocorre que, o país ainda carrega resquícios da cultura colonial portuguesa de Estado paternalista e, para modificar tal entendimento é necessária a mudança de valores, para que o Estado suporte apenas as despesas oriundas de suas responsabilidades e não mais suporte os prejuízos causados puramente por (ir)responsabilidade de seus agentes.

2. A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

No Brasil, a preocupação com a gestão consciente e o correto gerenciamento das verbas públicas, por mais improvável que pareça, tem acompanhado a história

do país desde a sua primeira Constituição, em 1824, não sendo assim, a Constituição de 1988 e, mais especificamente, a Lei n. 8429/92 totalmente inovadoras ao preverem a responsabilização dos gestores por atos que atentem a boa administração dos bens e dinheiro públicos.

Obviamente que, ao longo da história do país, se pode verificar as mudanças e evoluções do direito nessa área, reflexos dos momentos políticos do país.

Primeiramente, tais regramentos preocupavam-se somente com atos de enriquecimento ilícito, passando posteriormente a inserir, com certa moderação, a preocupação com a moralidade nos atos da administração e culminando por fim, após a Constituição de 1988, com a edição da Lei n. 8429/92.

Assim, a Carta de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, é o marco da redemocratização do país, trazendo a ânsia por uma administração pública coerente e transparente. Pode-se afirmar que se diferencia das demais, principalmente no que diz respeito ao tratamento dado a coisa pública, ao patrimônio público e a probidade na administração.

Logo no art. 5º, que trata das Garantias e dos Direitos Fundamentais, a Carta Magna apresenta no inciso XXXIV, alínea “a”, o direito de petição aos Poderes Públicos, bem como no inciso LXXIII do mesmo artigo que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Continuando, com função de prevenir e proteger a administração pública de possíveis maus gestores com passado comprometedor, o art. 14, §9º, da Constituição de 1988 prevê que lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade com a finalidade de proteção à probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandato e o regular e legítimo prosseguimento das eleições contra abusos de ordem econômica ou em virtude de cargo ou influência (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

A legislação mencionada acima criou forma como Lei Complementar n. 64/1990 que tratava das condições de inelegibilidade e, posteriormente, reforçada pela Lei Complementar n. 135/2010, a conhecida Lei da Ficha Limpa.

Ainda, o art. 15 da Constituição prevê a segurança dos direitos políticos, de modo que, “é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º” (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Assim, já se adentra ao texto do art. 37, §4º da Constituição, o qual prevê que a administração pública deve atentar aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência mas também que os atos de improbidade ad-

ministrativa importarão em penalizações na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Como novidade da Carta Maior, a partir desta constituição o Ministério Público passa a atuar como instituição de promoção de defesa da ordem pública e também fiscalizadora dos direitos e interesses individuais e coletivos indisponíveis, conforme previsão do art. 129, inciso III. Nesse sentido, passa a ser parte legítima para o ingresso com ação de improbidade administrativa buscando não só o ressarcimento dos danos já causados, mas também que o Estado busque atuar com excelência em virtude dos princípios constitucionais.

Já quanto a possibilidade de ação de regresso, a Constituição assegura no art. 37, § 6º o direito de regresso contra o responsável no caso de dolo ou culpa quando as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderem pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Em resumo, a Constituição de 1988 foi um grande passo dado ao enfrentamento da cultura da improbidade oriunda da colonização portuguesa.

3. O CENÁRIO NACIONAL DA CRIAÇÃO DA LEI N. 8.429/92

Após 29 anos da última eleição direta no país, Fernando Collor de Mello é eleito o presidente mais jovem da história do Brasil, com a promessa de combater à corrupção, à inflação e aos altos salários dos funcionários do governo,

O governo prometido por Collor falhou e, sob denúncias e escândalos envolvendo membros do Poder Executivo Federal expostas pela imprensa, numa tentativa de melhorar sua imagem perante a população, o Presidente envia à Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n. 1.446/91, elaborado pelo então Ministro da Justiça, Jarbas Passarinho, porém tratava-se apenas uma cópia melhorada das legislações já em vigor.

Na exposição de motivos, Jarbas Passarinho informa que tal projeto vem dar a efetiva execução ao art. 37, §4º, da Carta Magna, como mais uma parte do processo de modernização do País. Expõe em seu texto que:

sabendo Vossa Excelência que uma das mazelas que, infelizmente ainda afligem o País é a prática desenfreada e impune de atos de corrupção, no trato com os dinheiros públicos, e que sua repressão para ser legítima depende de procedimento legal e adequado – o devido processo legal – impõe-se criar meios próprios à consecução da-

quele objetivo sem, no entanto, suprimir as garantias constitucionais pertinentes, caracterizadoras do Estado de Direito (BRASIL, Projeto de Lei, 1991).

Aproveitando-se do momento de crise vivido, os parlamentares incorporam ao texto diversas emendas que ampliam consideravelmente a aplicação do projeto, numa tentativa de prestar contas à população e claro, promover-se politicamente (muitos com o apoio dos membros do Ministério Público, recém formado e querendo garantir seu espaço, principalmente Antonio Herman Benjamim). (OSÓRIO, 2007).

Assim, tal projeto é aprovado e se transforma na Lei n. 8.429/92, que vem substituir as legislações que tratavam do assunto ainda em vigência e reestruturar o combate ao descaso com os bens e o dinheiro público, expandindo a previsão de atos passíveis de sanções, sendo o enriquecimento ilícito apenas das hipóteses.

Ironicamente, o Presidente Fernando Collor que muito levantou a bandeira contra a improbidade na administração, após uma série de denúncias de corrupção, desvio de dinheiro público e tráfico de influências, tem os seus direitos políticos cassados por oito anos.

4. O BRASILEIRO E A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Atualmente o Brasil vive um momento de total descrédito na política. Inúmeros são os doutrinadores que mencionam a existência de uma corrupção institucionalizada. A população acostumou-se, achando que é normal o político e o administrador serem ímprobos.

Essa cultura vem enraizada na mente do brasileiro desde os tempos do império, quando o foco era de exploração e de enriquecimento pessoal com base no que a nova terra oferecia, inclusive e, principalmente, por parte do governo.

Reflexo desse pensamento evidencia-se até hoje nos resultados de pesquisas, como a desenvolvida pelo autor do livro *A cabeça do brasileiro*, nas quais questiona pessoas de todo o país acerca de sua opinião da responsabilidade sobre a coisa pública e do “jeitinho brasileiro”. Como resultados desta pesquisa evidencia-se que, quanto mais alto o nível de escolaridade do entrevistado, mais ele possui a consciência para discernir entre o favor e o “jeitinho” e mais intolerante ao “jeitinho” ele se mostra. Ocorre que, em total oposição, mesmo ciente da ilicitude do “jeitinho”, esta mesma parcela é a que mais admite já tê-lo utilizado em alguma situação (ALMEIDA, 2007). Ou seja, não se tolera a utilização do “jeitinho brasileiro” quando em benefício alheio, mas para benefício próprio é válido.

Ainda na pesquisa tema do livro antes citado, quando se trata da responsabilidade pelo que é público, fica demonstrado o apoio da população ao paternalismo do Estado, uma vez que a grande maioria entende ser dever deste, exclusivamente, cuidar do que é público, enquanto a população cuida do que é seu particular, dando consequentemente com isso, carta-branca aos governantes para agirem com a coisa pública como bem entenderem (ALMEIDA, 2007).

Por fim, prevenção a improbidade pressupõe uma legislação condizente, (a qual o país já possui) e também de uma conduta reta e idônea que, se não se possui, deverá ser alcançada a partir da efetiva aplicação das sanções da lei.

4.1 Conceituando improbidade e probidade no âmbito administrativo

Definir improbidade administrativa requer uma construção conceitual, pois, nem a Carta Magna, nem a própria Lei n. 8429/92, trazem o significado do termo.

Assim, iniciando de modo genérico, pode-se definir improbidade nas palavras de Simão (2012, p.17), “improbidade designa conduta desonesta ou corrupta. O ímprobo é aquele que desrespeita as normas legais, morais, sociais e costumeiras”.

Quando se reflete sobre improbidade na seara administrativa, se deve unir ao conceito exposto acima o fato de que os comportamentos são, conforme o próprio artigo 1º da Lei n. 8429/92,

[...] praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual (BRASIL, Lei Ordinária,1992).

Ainda, o conceito de improbidade administrativa está estritamente vinculado aos princípios norteadores da Administração Pública.

De forma bem didática, Di Pietro (2012, p.65) leciona que, segundo o princípio da legalidade, “a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe” e, complementa exemplificando que “em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados, para tanto, ela depende de lei”.

Quanto ao mais novo dos princípios, o da moralidade, este vinha implícito nas constituições anteriores e, passou a ser considerado diretamente um princípio da administração pública com o advento da Carta Magna de 1988.

Martins Junior (2002) explica que, o princípio da moralidade, é, aparentemente muito subjetivo porém é objetivo na medida em que se relaciona com atos e condutas da administração, os quais devem se pautar em ética, moralidade, justiça e honestidade.

Assim sendo, pode-se concluir que, o agente público pode até agir legalmente, porém, se o ato estiver maculado com injustiça, má-fé ou desonestidade estará este ferindo o princípio da moralidade administrativa.

Ainda, inova Martins Junior (2002) quando alega a existência de um desdobramento do princípio da moralidade administrativa, do qual surge o princípio da probidade administrativa, no qual estaria inserido a ligação de dever do agente público com a administração, no sentido deste, necessariamente, assumir a postura de lealdade ao cumprimento de seus deveres funcionais focado em realizar o interesse público.

Por fim, após a conceituação exposta, pode-se definir, que o agente público probo é o que atua levando em consideração princípios como moralidade, boa-fé e ética. Ainda, pode-se dizer ser aquele que, além de se ater ao fato de que a ele só é permitido o disposto em lei, age de maneira idônea, com honestidade e preocupado com a boa gestão, conceitos que vão além do simples cumprimento legal e passam pela busca do cumprimento dos princípios da administração pública como um todo, interligados principalmente no que se refere a supremacia do interesse público.

4.2 Natureza jurídica dos atos de improbidade administrativa

A Lei n. 8.429/92, ao dar a efetiva aplicação disposta no art. 37, §4º, da Constituição Federal, se divide basicamente em atos que importem em enriquecimento ilícito (art. 9º), que causem prejuízo/ lesão ao erário público (art.10) e que violem os princípios da administração pública (art.11). Traz em seus artigos um rol exemplificativo de possibilidades, podendo outras situações serem enquadradas como ilícito de improbidade, respeitados os elementos constitutivos do ato de improbidade, quais sejam: sujeito ativo, sujeito passivo, ocorrência de um dos tipos de atos danosos previstos na lei e o elemento culpa ou dolo (DI PIETRO, 2012).

Assim, definir a natureza jurídica dos atos de improbidade é de suma importância, na medida em que a definição é que vai nortear as ações que poderão ser intentadas quando da constatação de ato de improbidade.

Muito se discute e se diverge sobre o assunto, a começar pelo texto do art. 37, §4º da Carta Magna o qual refere, entre os deveres da administração pública, que “os atos

de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, **sem prejuízo da ação penal cabível**” (BRASIL, Constituição Federal, 1988, grifo próprio) e o texto do próprio art.12 da Lei n. 8.429/92 que menciona estar o responsável pelo ato de improbidade sujeito as cominações daquela lei, **“independentemente das sanções penais, civis e administrativas** previstas na legislação específica” (BRASIL, Lei Ordinária, 1992, grifo próprio).

Assim, para Di Pietro (2012), o ato de improbidade em si não pode ser confundido com um ilícito penal, justamente em virtude do texto do *caput* do art. 12, mas pode corresponder, simultaneamente, a um crime, apurando-se, concomitantemente, a ação de improbidade e o processo criminal. Ainda, entende explica que, se o ato for praticado por servidor, corresponderá também a um ilícito administrativo, mas ressalta que a improbidade não pode ser enquadrada como ilícito puramente administrativo, uma vez que aplicadas sanções como suspensão dos direitos políticos, as quais fogem da alçada administrativa. Por fim, a doutrinadora conclui se tratar de um ilícito de natureza civil e política porque pode levar à perda do cargo, indisponibilidade dos bens e ressarcimento dos danos.

Por sua vez, entende o doutrinador Moraes (2011, p. 383, grifo próprio) que “os atos de improbidade administrativa são aqueles que, **possuindo natureza civil** e devidamente tipificados em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública [...]”, e completa alegando que a natureza civil dos atos decorre do próprio texto constitucional que preceitua a independência da responsabilidade civil da penal ao aplicar a possibilidade da ação de improbidade, sem prejuízo da ação penal cabível (MORAES, 2001).

Quanto a confusão feita entre ato de improbidade e crime de responsabilidade, esta também não deve prosperar. O caráter da Lei dos Crimes de Responsabilidade relaciona-se estritamente com o exercício da função pública, tendo essa lei o interesse de apenas tirar do meio público aquele que se mostre incapaz ou inábil para a função pública, tendo como sanção a perda do cargo ou a função, tendo natureza puramente política.

Assim sendo, se compartilha da ideia de que um ato de improbidade tem natureza cível e política na medida em que as sanções aplicáveis pela lei alcançam estas duas esferas, porém, não prejudicam nem impossibilitam as sanções nas esferas administrativa e penal nos casos em que couberem tais processamentos.

5. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DO AGENTE PÚBLICO

Partindo-se da famosa frase *the king can do no wrong*, sabe-se que por muito tempo perdurou a total irresponsabilidade civil do Estado baseada no entendimento de que o Estado era absoluto e inquestionável.

Aos poucos, se foi estabelecendo uma responsabilização subjetiva, na qual competia à vítima a prova de que o Estado havia lhe causado dano.

A atual responsabilidade objetiva do Estado é fruto de uma longa construção de entendimentos cabendo a vítima somente realizar a comprovação do nexo causal entre o ato estatal e o dano sofrido. Conforme Meirelles (2008, p.656) “a Responsabilidade civil da Administração é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las”.

Logo, deveria o administrador público, no dever de zelo pela coisa pública eleger os melhores sujeitos para o exercício de suas funções, na busca pela boa administração.

A análise do art. 37, §6º da atual Constituição não deixa dúvidas quanto a essa responsabilidade, sendo que os qualificativos do ato – dolo e culpa – só serão considerados para fins de direito de regresso contra o agente responsável (MUKAI, 1999).

Assim, espera-se que não só o Estado seja penalizado mas, partindo-se do pressuposto que o gestor público é pessoa honesta a velar pelo cumprimento do dever público e dos princípios da boa administração, que este igualmente seja responsabilizado pelos atos adversos à ordem constitucional eivados de má-fé.

5.1 Teoria da Responsabilização do Agente Político na Lei de Improbidade

Há uma grande discussão sobre a possibilidade de responsabilização do agente político nos moldes da Lei de Improbidade Administrativa.

Em que pese o entendimento do STF na Rcl 2138/DF foi o de afastar os agentes políticos dos sujeitos passíveis de responderem pela lei de improbidade, enquadrando-os somente na lei reguladora dos crimes de responsabilidade, não se coaduna com este entendimento.

Uma vez que a lei aplica-se aos agentes públicos e a doutrina preceitua que agente político é uma espécie do gênero agentes públicos, não faria sentido tal diferencia-

ção. Mesmo porque, a decisão da Rcl 2138/DF que tem dado margem a discussão, baseou-se em um caso concreto, não possuindo efeito vinculante e *erga omnes*.

Leciona claramente o doutrinador Martins Junior (2006, p.280, grifo próprio) que “a incidência da lei não se esgota no servidor público; abrange também o particular em colaboração com a Administração Pública [...] enfim, alcança o gênero maior e mais abrangente, que é o de agente público, **incluindo o agente político**”.

De modo a exemplificar tal entendimento segue recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça confirmando a possibilidade de aplicação da Lei n. 8429/92 aos agentes políticos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO. APLICAÇÃO DA LEI 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS.

1. Os agentes políticos estão submetidos às disposições da Lei n. 8.429/1992. Nesse sentido, dentre outros: AgRg no AREsp 116.979/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 19/04/2013; AgRg no AREsp 218.814/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 15/04/2013; AgRg nos EREsp 1119657/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 25/09/2012.

...

(AgRg no AREsp 204380 / SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 20/05/2013, grifado no original).

E mais, a enorme diferença existente entre as penalizações previstas em uma lei e em outra, faz ainda mais com que se partilhe da corrente favorável a aplicação da Lei de Improbidade para os agentes políticos. Os crimes previstos na Lei n. 1.079/50 são brandos e restringem-se a perda de cargo e inabilitação temporária, sem se preocupar com o ressarcimento do dano, com a perda dos valores acrescidos indevidamente, a proibição de contratação ou de recebimento de incentivos do poder público entre outros.

Ou seja, se excluiria de uma maior responsabilização judicial os agentes políticos, justamente os maiores detentores de deveres para com a boa administração, uma vez que ordenadores dos gastos e direcionadores dos rumos de uma administração, enviando-os somente para um julgamento político a ser realizado pelo Legislativo (em sede municipal).

Quanto a aplicação da Lei de Improbidade aos demais agentes públicos esta é incontestável, visto que ao analisarmos a controvérsia existente no caso dos agentes políticos já ficou claramente demonstrada a aplicabilidade a quaisquer outros agentes públicos.

6. ELEMENTOS FUNDAMENTAIS A CARACTERIZAR ATOS DE IMPROBIDADE

Mesmo com a falta de definição legal precisa sobre o que seria o significado de improbidade, sabe-se que é a conduta desonesta que afronta aos princípios que deveria seguir um agente público no exercício de suas funções.

Nesse sentido, merece destaque o disposto no art. 4º da Lei de Improbidade: “Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos” (BRASIL, Lei Ordinária, 1992).

A consideração de um ato como de improbidade deve ser sopesada caso a caso, na medida em que um super engessamento por precaução pode se tornar mais prejudicial do que um deslize por ignorância.

Conforme leciona Oliveira (2012, p.105) “um ato pode ser *formalmente* ímprobo, mas não restar caracterizada a presença do *elemento subjetivo* do respectivo ato de improbidade administrativa, mas, talvez, de uma falta funcional” (grifo no original).

Logo, falta de uma zona mínima de tolerância acarretaria uma insegurança jurídica muito grande, na medida em que, travaria o gestor público mais cauteloso que, temerário de sanções por alguma prática na qual não tenha segurança absoluta, não praticaria atos que mesmo com algum vício mínimo, viriam a ser benéficos para toda uma população. A intenção da lei não é de punir o erro, tornando o serviço público mais demorado e burocratizado do que já o é em várias situações.

Assim, a conduta ímproba necessita da presença de um elemento subjetivo claro, sendo ela em alguns casos necessariamente dolosa e em alguns casos culposa (negligência, imprudência e imperícia), advinda de ação ou omissão, quando do contrário, o comportamento é considerada apenas uma falta funcional ou deficiência.

6.1 O dolo e a culpa nos atos de Improbidade Administrativa

As condutas tipificadas na Lei de Improbidade têm por intenção combater aquele agente público que, com a intenção de prejudicar, de fraudar, por má-fé e, em função do cargo que ocupa, se utiliza dos bens e dos dinheiros públicos de forma desonesta para enriquecer ilicitamente, causar danos ao Erário ou atentar contra os princípios da boa administração.

Cada ato praticado deve ser analisado individualmente, e, no entendimento de Di Pietro (2012), mesmo aqueles praticados ilegalmente devem ser verificados caso a caso, na medida em que, tendo em vista a quantidade de leis, resoluções decretos,

portarias existentes, é quase impossível todos conheçam todas as normas. É preciso embasar-se na existência de dolo ou culpa para o enquadramento em ato de improbidade. Tal atitude previne que o Poder Judiciário receba demandas irrelevantes, resolvíveis administrativamente.

De qualquer modo, o que se espera de qualquer agente ao assumir a função pública é que tenha o mínimo de conhecimento e zelo pela coisa pública, não podendo, em alguns casos exigir-lhe conhecimento legal jurídico, mas por óbvio o devido e necessário bom senso.

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, Di Pietro (2012, p. 897) coloca que

a rigor, qualquer violação aos princípios da legalidade, da razoabilidade, da moralidade, do interesse público, da eficiência, da motivação, da publicidade, da impessoalidade e de qualquer outro imposto à Administração Pública pode constituir ato de improbidade administrativa. No entanto, há de se perquirir a intenção do agente, para verificar se houve dolo ou culpa, pois, de outro modo, não ocorrerá o ilícito previsto na lei.

Assim, entende-se por dolo a conduta do agente com comprovada má-fé, com o incontestável condão de ferir princípios constitucionais da boa administração e com a intenção clara de atingir o enriquecimento ilícito ou a lesão ao erário.

Quanto a culpa, se levado em consideração o entendimento penal, somente será entendido cabível a condenação por culpa quando a norma assim prever expressamente. Logo, seguindo esta linha de raciocínio, seria apenas cabível a condenação em caso de culpa nas sanções do art. 10, que prevê a lesão ao erário.

Ainda, a culpa do art. 10 é entendida pela maioria da doutrina como necessária em grau grave, visto que de forma diferente caracterizaria apenas uma falta funcional resolúvel administrativamente.

Quanto ao posicionamento de que, para configurar a conduta do art. 9º, enriquecimento ilícito é necessária a presença do dolo, não se discute, afinal concorda-se que não é crível que alguém se enriqueça “sem intenção”.

Porém, quanto a algumas condutas previstas no art. 11, com uma necessária cautela, não se pode concordar que o legislador, ao omitir do texto a necessidade de conduta culposa tenha este tido a intenção de excluir de total responsabilização as possibilidades que se derem de forma culposa.

Em que pese a jurisprudência tenha acatado somente o elemento subjetivo da culpa na lesão ao erário, tem-se que o art. 11 que trata nos princípios da administração pública também assim deveria ser, pois, como já mencionado é esperado que quem ocupe um cargo público tenha o mínimo de conhecimento a respeito de suas funções e obrigações, conforme se verá no tópico adiante.

Logo, tendo em vista a natureza civil e política da lei de improbidade, não se pode excluir a possibilidade de enquadramento nas sanções do art. 11, as ocorrências culposas pelo fato de não constar expressamente no artigo, uma vez que, assim estaria se dando uma interpretação estritamente penal a esta legislação.

6.2 Ação e omissão nos atos de Improbidade

A Lei n.8.429/92 traz uma lista de atos e, ao mesmo tempo, menciona que tanto ações como omissões são passíveis de repressão, conforme o caput dos art. 10 e 11 da Lei n. 8429/92:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou **omissão**, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação **ou omissão** que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

[...] (BRASIL, Lei Ordinária, 1992).

Assim, com base nos deveres dos agentes, conforme mencionado, o mínimo que se espera daquele que ocupa um cargo público, tendo ciência do que tal posição representa, que sua inércia quando dele atitude se espera seja prevista nas sanções da Lei de Improbidade em virtude de ser inerente aos deveres funcionais.

Por este motivo, acredita-se que a omissão vinculada a negligência funcional deve possibilitar a sanção dos atos praticados de forma culposa também pelo enquadramento no art. 11 da Lei de Improbidade.

A concordar com a possibilidade de responsabilização desta inércia, o doutrinador Osório (2000, p. 322) preceitua que

a omissão há de significar a violação de um dever de agir, estabelecendo-se uma relação de causalidade puramente normativa entre a conduta e o resultado. O agente se omite de uma conduta que lhe era juridicamente exigível. Essa omissão, em regra, pode ser culposa, mas depende do tipo sancionador.

Ainda, conforme inciso II do art. 11 da Lei de Improbidade, está sujeito as sanções aquele que “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”. (BRASIL, Lei Ordinária, 1992)

Assim, se verifica que, para o enquadramento omissivo, não se mostra ser obrigatória a existência de intenção de prejudicar, má-fé ou beneficiamento, basta que o agente tenha sido negligente, ou “preguiçoso” a ponto de, em consequência de seu ato ter causado prejuízos, sempre sopesando com a necessidade desta culpa ser em grau grave e não um simples erro cometido isoladamente.

7. DIREITO DE REGRESSO

Como o brasileiro ainda insiste na ideia de que o dinheiro público não tem dono, jogando ao Estado toda a responsabilidade por arcar com os prejuízos causados por atos ímprobos de seus agentes, o fato da responsabilização do Estado ser objetiva, leva os leigos a crer, mais ainda, que é sempre este que acaba “pagando o pato”.

Ocorre que, em que pese a responsabilidade do Estado seja objetiva, a ele é constitucionalmente permitido o direito de regresso, previsto no já exposto art. 37, §6º da Constituição Federal, embora muito pouco utilizado.

Ainda, no Código Civil de 2002, artigo 934, também há clara definição de que é possível intentar a ação de regresso contra o efetivo causador de dano quando pago injustamente por outrem (Brasil, 2002).

Mas o Estado acaba sempre bancando sozinho as condenações judiciais por atos de seus agentes em virtude de adotar quanto aos atos do Estado perante terceiros, a “teoria do risco administrativo” e, assim sendo, o Estado responde objetivamente pelos danos causados por seus servidores, sem necessidade de se comprovar a culpa da própria vítima pois é ônus da administração, é o risco que ela corre em virtude do vínculo com o agente público.

Claramente explica esta relação Meirelles (2008, p. 663):

desde que a Administração defere ou possibilita ao seu servidor a realização de certa atividade administrativa, a guarda de um bem, ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que este agente venha a causar injustamente a terceiros.

Ocorre que, se o servidor tiver agido com dolo ou culpa, o Estado terá direito de intentar contra este ação de regresso na tentativa de buscar de seu agente os valores desembolsados à vítima e recompor o erário. Neste caso, cabe esclarecer que a culpa ou dolo do agente público trata-se de responsabilidade subjetiva e dependerá de comprovação, na qual em muitos casos o Estado não obtém sucesso.

Ocorre que, o mesmo pensamento paternalista da população o é de seus gestores, que desdenham o instituto da ação de regresso para, muitas vezes, não se indispor com os servidores em virtude de interesses políticos.

Logo, seria um tanto interessante a criação de uma norma que fosse norteadora das atuações administrativas no sentido de orientação quanto ao ingresso com a ação de regresso, como feito na esfera federal.

Numa atitude inovadora na tentativa de recuperar, pelo menos em parte, aos cofres públicos os valores gastos com o pagamento de condenações judiciais oriundas de atos causados por seus agentes, a Advocacia Geral da União editou norma regulamentadora, a Portaria n. 436, datada de 31 de maio de 2011 que “Disciplina os procedimentos na análise dos pagamentos decorrentes de decisões judiciais condenatórias por responsabilidade civil de autarquias e fundações públicas federais para fins de propositura da ação de regresso em face de servidor público”.

Através desta, o Procurador-Chefe do órgão de execução da PGF quando cientificado da expedição de um precatório ou requisição de pequeno valor, deverá encaminhar cópia para o núcleo de cobrança e recuperação de crédito para análise quanto a possibilidade de responsabilização do servidor causador direto do dano discutido na ação judicial. Concluindo-se pela presença de elementos suficientes a autorizar o exercício do direito de regresso, será promovida uma ação regressiva em face do servidor causador do dano, demonstrando o nexo entre a conduta e o dano resultante. (BRASIL, Portaria 436, de 31 de maio de 2011).

Quisera que esta regulamentação servisse de exemplo e a ser copiado pelo país inteiro, passando a ação de regresso a integrar a rotina administrativa quando do aparecimento de uma condenação de pagamento oriunda de responsabilidade do Estado, servindo assim, tanto para recuperar valores pagos indevidamente pelo Estado como de alerta aos servidores para que executem suas atividades com o maior profissionalismo e seriedade possíveis.

7.1 A Ação de regresso

Conforme a previsão Constitucional do art. 37,§6º, o legitimado a ingressar com a ação de regresso é o Estado ou a pessoa jurídica de responsabilidade objetiva que respondeu e foi condenada em ação de reparação de dano, não sendo cabível o ingresso por qualquer outro.

Sabe-se que o ingresso com a ação de regresso não garante que o Estado consiga recuperar efetivamente os valores gastos, pois, tendo em vista que a responsabilidade do agente é subjetiva, caberá a comprovação da culpa ou dolo deste no ato praticado. Ainda, é necessário que esta culpa esteja vinculada à função pública e,

muitas vezes, mesmo que comprovado, talvez mesmo assim o Estado não seja reembolsado diante da impossibilidade financeiras do agente em arcar com o prejuízo.

Assim, a obrigação final do Estado em indenizar deveria se originar de uma falha genérica nas qual não se comprove a existência de nexo causal entre o resultado e a conduta do agente público e não ser a regra geral.

7.2 Imprescritibilidade da ação de regresso

Por se tratar de uma ação de ressarcimento de dano, os tribunais entendem ser esta imprescritível.

A primeira vista ao pensar que o Estado somente poderá intentar ação de regresso a partir da sua efetiva condenação em processo de ressarcimento ou reparação, ser imprescritível auxiliaria o Estado a buscar o reembolso do gasto a qualquer tempo.

Ocorre que, essa ausência de prazo dá margem à inércia do gestor público na busca pela reintegração desse patrimônio, tornando pelo passar do tempo, cada vez mais difícil a comprovação de que o agente teria agido com culpa ou dolo na prática do ilícito que ensejou a condenação da Administração.

8. A OMISSÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO NO INGRESSO DE AÇÕES DE REGRESSO PODE SER ENQUADRADA COMO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA?

Diante de todo o exposto, a partir de agora se fará uma interligação dos temas antes expostos com a finalidade de responder: a omissão do administrador público no ingresso de ações de regresso pode ser enquadrada como ato de improbidade administrativa?

Sabe-se que o Estado tem começado recentemente a trabalhar a aplicação da ação regressiva contra o efetivo causador de um dano, num verdadeiro movimento contra o patriarcalismo e o Estado sustentador, quando se trata de pagamentos previdenciários. Estão lentamente surgindo ações judiciais regressivas contra o empregador causador de acidente de trabalho que tenha refletido em benefícios por invalidez e também contra o agressor que tenha causado danos à vítima que, de igual forma, recorre à previdência em busca de benefício em virtude de lesões sofridas.

Ainda, o Estatuto da Cidade, Lei n.º 10.257/ 2001 trouxe de forma expressa no art. 52 que a inércia do administrador público no cumprimento do estabelecido naquela legislação caracterizaria ato de improbidade administrativa.

Ou seja, tais atitude demonstram o descontentamento com a omissão do Estado em aceitar arcar sozinho com gastos que não lhe pertencem e com os administradores omissos em seus deveres de gestão, causadores de tantos danos.

Neste mesmo ritmo, poderia se aproveitar este momento de reformulações e evoluções jurídicas para introduzir no âmbito do direito público mecanismos como a portaria federal citada anteriormente, de forma a assegurar a ação estatal quando visivelmente necessária a ordem, estimulando a atitude dos gestores públicos para que ingressem com a ação de regresso contra o efetivo causador de um dano aos cofres públicos, sob pena de responsabilização.

Neste sentido, registre-se que o causador de um dano não está ligado somente aos casos conhecidos de condenações judiciais por erro médico e acidente de trânsito, nos quais o Estado é acionado e, em virtude da responsabilidade objetiva, condenado, sem que em muitas vezes haja o efetivo ressarcimento por parte do agente causador do dano.

Tem-se como dano também a falta de ação do gestor, a inércia da prática de qualquer ato que acaba trazendo prejuízos aos cofres, a não tomada de medidas inerentes ao cargo ocupado, como por exemplo, o “esquecimento” por parte de alguns agentes de remédios comprados estocados, fazendo com que estes percam o prazo de validade sem chegar à população; a compra exagerada de merenda escolar que, da mesma forma, sem a devida ordem de distribuição acaba estragando; a imotivada falta de pagamento de contas confirmadamente devidas, gerando processos judiciais que custarão, além do trabalho dos servidores jurídicos, a condenação em honorários avultantes; a colocação de agente em função desviada, passível de responsabilização trabalhista e, a inércia no próprio ajuizamento da ação de regresso.

Quanto a ação de regresso a ser intentada pela Administração Pública em geral, tem-se como um dever, pois há muito tempo o Estado deve mudar a visão que passa aos administrados e assumir seu papel de organização séria e isenta, preocupada com o bom gerenciamento das verbas públicas.

Assim sendo, pode-se apontar a inércia do gestor nesta responsabilização como ato de improbidade a partir dos Princípios Constitucionais, conforme construção abaixo. Vejamos:

Princípio da Legalidade: tendo em vista que a administração pública é regida pela liberdade de somente atuar de acordo com a determinação legal, tem-se que, não há lei que permita que qualquer agente público, principalmente os agentes políticos ordenadores das despesas, autorizem que o Estado arque com as condena-

ções judiciais oriundas de responsabilidade de terceiro e, muito menos que esteja autorizado a arcar com despesas que não são inerentes a função pública.

Neste sentido, Mukai (1999, p. 539) busca na norma Constitucional o dever de ingressar com a ação de regresso e aponta “a regra do art. 37§ 6º, da Constituição Federal é clara: a vítima é indenizada pelo Estado; este é indenizado, regressivamente, pelo agente”.

Ainda, em que pese não se possa exigir do servidor o conhecimento legal de todas as normas, espera-se deste o mínimo de conhecimento sobre a legalidade e a eficiência de seus atos ao ocupar um cargo público, muitas vezes ignorada, não em virtude de desconhecimento, mas em função do comodismo ao saber que nada lhe atingirá por esta falta de prestação.

Neste sentido segue jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça demonstrando o entendimento atual sobre esse mínimo de “noção legal” exigível de quem assume um cargo público

RECUSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR E AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTIGOS 9º, CAPUT E INCISO XII, E 11, CAPUT, DA LEI Nº 8.429/1992. PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE VEREADORES. VEÍCULO OFICIAL. UTILIZAÇÃO EM PASSEIOS COM A FAMÍLIA E EM TRANSPORTE DE RAÇÃO PARA CAVALO DE PROPRIEDADE DO AGENTE POLÍTICO. REGULAMENTAÇÃO INTERNA DA CÂMARA. AUSÊNCIA. IRRELEVÂNCIA.

1. As ações popular e civil pública foram propostas contra agente político que, comprovadamente, utilizou veículo oficial em passeios com pessoas da família e em transporte de ração para cavalo de sua propriedade. **2. A eventual ausência de disciplina específica no âmbito da Câmara de Vereadores no tocante ao uso dos bens públicos não garante ilimitados direitos aos agentes políticos respectivos. Ao contrário, no direito público brasileiro, os agentes públicos e políticos podem fazer somente o que a lei - em sentido amplo (leis federais, estaduais e municipais, Constituição Federal, etc.) - permite, não aquilo que a lei eventualmente não proíba de modo expresso. Assim, a possível falta de regulamentação implica adotar as restrições próprias e gerais no uso dos bens públicos, os quais se destinam, exclusivamente, a viabilizar atividades públicas de interesse da sociedade. No caso, o veículo recebido destina-se a auxiliá-lo na representação oficial da Casa por ele presidida, comparecendo a eventos oficiais, reuniões de interesse público, localidades atingidas por calamidades públicas e que precisam de ajuda da municipalidade, etc.. Flagrantemente, não estão incluídos passeios com a família fora do expediente, em fins de semana e feriados, e transporte de ração para cavalo de propriedade do**

parlamentar. Nesses últimos exemplos há um indubitável desvio de poder, considerando que o bem de propriedade pública foi utilizado com finalidade estranha ao interesse público, distante do exercício da atividade parlamentar. 3. Extrai-se dos atos praticados pelo réu, como conseqüências lógicas e imediatas, verificadas *primus ictus oculi* – independentemente do reexame de provas, (i) o **enriquecimento indevido do agente em detrimento do erário, tendo em vista que, em substituição do automóvel particular do réu, foi utilizado veículo público, o qual sofreu desgastes induvidosos (pneus, câmbio, motor, lataria, parte elétrica, freios etc.), além do consumo de combustível, e (ii) o absoluto desrespeito ao princípio da moralidade administrativa, o qual obriga os agentes públicos e políticos a agirem conforme os princípios éticos, com lealdade e boa-fé. Daí que os fatos narrados revelam a prática de atos de improbidade mediante clara vontade e desejo do agente**, estando inseridos nos artigos 9º, caput e inciso XII, e 11, caput, da Lei nº 8.429/1992. 4. Para a caracterização dos atos de improbidade previstos no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, não há necessidade da efetiva presença de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito. 5. Violação do art. 535 do Código de Processo Civil prejudicada. 6. Recurso especial conhecido e provido (REsp 1080221 / RS Min. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 16/05/2013, grifado no original, grifo próprio).

Assim, fica claro que não pode o agente alegar o total desconhecimento das normas, pois não só se espera dele o mínimo de conhecimento, como também bom senso e atitude ética pois, conforme o caso concreto, sabido que tal veículo era da Câmara de Vereadores, deveria por consequência ser relacionado somente às atividades ligadas ao Poder Legislativo.

Princípio da Moralidade: é inaceitável que a irresponsabilidade comprovada de um servidor cause danos aos cofres públicos e seja suportada pelo Estado sem qualquer tentativa de responsabilização regressiva. É imoral que o Estado pague por uma despesa que não lhe cabe, porém, o problema está efetivamente na cultura do brasileiro de achar equivocadamente que o “jeitinho” faz parte da administração, sendo praticado sem o mínimo de repressão e indignação social. Ao analisar o serviço público e o serviço particular pode-se apontar uma inversão de conceitos, pois a mesma atitude passível de responsabilização no âmbito particular, passa em branco no serviço público, quando a única forma permitida seria a contrária.

Princípio da Eficiência: de que modo o Estado se mostrará eficiente se perde grande parte de seu numerário para os desperdícios de ações impensadas de servidores. O desperdício de dinheiro público por má administração é visível.

Assim, uma gestão pública eficaz é aquela que, preocupada com o correto servir do Estado é diligente quanto a efetiva responsabilização do causador de um dano, do contrário, negligente e imperito em suas atribuições e, assim deve ser responsabilizado.

Princípio da Impessoalidade: partindo-se deste princípio, o Estado ao bancar por condenação ou despesa que seria de responsabilidade do causador daquela, está de certa forma beneficiando aqueles agentes que não possuem o devido cuidado com a coisa pública, causando indiretamente uma desvalorização daquele agente que, com toda dedicação que possui, atua de forma lisa a preservar os valores morais e éticos do serviço público, que recebe de prêmio somente a sua consciência tranquila, pois, vê todo o seu trabalho ético ser jogado na lama quando escândalos com agentes públicos afloram e sujam a imagem de toda a instituição.

Ainda, ao silenciar, o Estado está causando indiretamente um enriquecimento ilícito deste agente causador de dano, na medida em que, ao deixar de regressar cobrando o que lhe era de dever, está garantindo um ganho indireto a quem seria o efetivo sujeito responsável pela cobertura daquele custo.

Princípio da Supremacia do Interesse Público e da Indisponibilidade: o gestor público está somente investido nesta qualidade, assim sendo, como administrador, não é dono, logo não tem a discricionariedade de dispor dos bens e valores públicos da forma como desejar, devendo atender as finalidades previstas em lei.

Assim sendo, a ação de regresso não é uma opção, conforme explica Mukai (1999, p. 539):

a ação regressiva será obrigatória, entendemos, por força do princípio da indisponibilidade do interesse público, sempre que existam indícios de culpa ou dolo do agente. Ela promoverá o ressarcimento aos cofres públicos dos valores desembolsados a título de indenização, pelo autor do dano praticado com dolo ou culpa.

A omissão no ingresso com a ação de regresso pode ser vista também como renúncia de receita, pois ao não ingressar com a ação regressiva, o Estado estaria renunciando a, no mínimo, tentar reaver os valores gastos indevidamente.

Ainda, poderia tal atitude ser vista como um dano ao Erário Público, na medida em que a coletividade acaba pagando por uma condenação que caberia a pessoa determinada.

Assim, quanto a supremacia do interesse público, Justen Filho (2005, p. 35) explica que

a supremacia do interesse público significa sua superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade. Os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. A indisponibilidade indica a impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, e é, uma decorrência de sua supremacia.

Logo, não resta ao gestor a escolha entre ingressar com a ação ou silenciar, pois não são seus interesses, nem dos terceiros que devem ser preservados e sim de toda uma sociedade.

Resta agora enquadrar tais atitudes nos atos passíveis de sanção pela Lei de Improbidade Administrativa. Relembre-se que para tanto, esta omissão para caracterizar improbidade administrativa, deve conter requisitos além da mera irregularidade ou erro, deve estar ligada a ocorrência de dolo ou culpa por parte do agente público responsável por deflagrar a ação regressiva.

Neste sentido, mais ainda se mostra inaceitável a alegação de desconhecimento das normas, visto que, o responsável pelo encaminhamento da ação regressiva é o chefe do poder e, assim sendo, assessorado juridicamente não pode alegar desconhecer tais normas, pois, no mínimo deverá ser responsabilizado em virtude de, ao realizar uma má escolha em seu assessoramento, assume o risco pelos atos ou omissões destes.

Pela previsão da Lei de Improbidade, tem-se que o não ajuizamento da ação de regresso seria uma violação ao direito/dever do Estado, enquadrando se a conduta omissa em vários e quaisquer dos atos tanto caracterizadores de dano ao erário como de atentados aos princípios, conforme abaixo:

art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

[...]

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

[...]

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

- I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
- II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
- [...]

Assim, sem dúvida de que a omissão do agente administrador causa prejuízo ao erário, sua inércia, ainda que culposamente trás à administração pública um desequilíbrio ao ter esta que assumir dívidas de responsabilidade de seus agentes.

Logo, em virtude desses prejuízos e em consequência do atentado aos princípios acima expostos, é plenamente possível o enquadramento como ato de improbidade, passível das sanções de cada artigo.

Por fim, o sucesso da ação de regresso dependerá do grau de comprovação do elemento subjetivo caracterizador. A única diferenciação se dará em virtude da demonstração dos fatores que compõem cada tipo e, posteriormente, no grau de severidade da sanção aplicável, que variará de acordo com o que for efetivamente comprovado: se dano ao erário ou atentado aos princípios.

9. CONCLUSÃO

Ao finalizar esta pesquisa foi possível analisar os institutos da Lei de Improbidade Administrativa, da responsabilização dos agentes públicos e do direito de regresso para, através de uma interligação destas normas responder a possibilidade de enquadrar nas sanções da lei, a omissão do gestor que não entra com a ação de regresso contra o efetivo causador de dano aos cofres públicos.

Tal desenvolvimento não foi fácil, pois após 20 anos de vigência, a Lei de Improbidade Administrativa ainda não atingiu sua plena efetividade. Assim, não há posicionamento claro por parte dos doutrinadores necessitando se construir e estabelecer o entendimento buscado de que, se preenchidos alguns elementos haveria sim a possibilidade deste tipo de ação ser proposta.

Pelos estudos foi possível primeiramente demonstrar o surgimento gradativo de meios de controle da improbidade administrativa, os quais se consolidaram com o advento da Constituição de 1988 e da Lei n. 8429/92.

Quanto ao estudo da natureza do ato de improbidade entendeu-se que o enquadramento mais correto seria visualizá-los como civil e político, tendo em vista as sanções previstas na lei alcançarem estas duas esferas e, também pela previsão constitucional do cabimento ainda de ação penal.

Com a abordagem da teoria da responsabilização abordou-se e comprovou-se a possibilidade de responsabilizar o agente político por atos de improbidade em concomitância com atos de responsabilidade. E, ao mencionar a responsabilidade objetiva do Estado e subjetiva dos agentes públicos pôde-se demonstrar a necessidade da presença do elemento subjetivo vez que, sem sua comprovação passa a ser somente do Estado a responsabilidade.

Já no exame do direito de regresso foi possível demonstrar da utilização da ação de regresso como o melhor meio de ressarcimento dos cofres públicos, uma vez que é garantido ao Estado constitucionalmente o regresso e mais, tendo em vista tratar-se de dano ao Erário, tal ação seria imprescritível.

Após a construção de todos estes conceitos, chegou-se a conclusão da possibilidade de enquadrar como ato de improbidade administrativa a omissão do administrador público que não ajuíza ação de regresso, com base no rol de atos de improbidade previstos na lei, principalmente a lesão ao erário e o atentado aos princípios constitucionais, visivelmente feridos com a inércia que afronta principal os princípios da administração pública e o dever de zelo pela coisa pública.

Com isso, a Lei de Improbidade prevê o ataque a esta inércia do administrador público que acaba autorizando os pagamentos de contas advindas da responsabilidade ou da irresponsabilidade de seus agentes com o dinheiro que seria de todos, fazendo com que o andamento do Estado seja comprometido por estes gastos não previsto.

Cabe ainda, antes de mais nada, descruzar os braços e modificar a consciência da grande massa de brasileiro, refletida nas atitudes dos governos pois a improbidade traz males incalculáveis a sociedade, principalmente em casos de inércia, pois ao não se presenciar o dinheiro público se consumindo gradual e reiteradamente nessas situações, não se tem a dimensão total do enorme rombo que estas causam aos cofres públicos e, conseqüentemente, à sociedade.

10. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Alberto Carlos. *A cabeça do brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- BRASIL. Código Civil (2002). *Código civil*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005
- _____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 07 nov. 2012.

- _____. Lei n. 1.079 de 10 de abril de 1950. *Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm> Acesso em: 5 nov. 2012.
- _____. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. *Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 07 nov. 2012.
- _____. Portaria n. 436, de 31 de maio de 2011. *Disciplina os procedimentos na análise dos pagamentos decorrentes de decisões judiciais condenatórias por responsabilidade civil de autarquias e fundações públicas federais para fins de propositura da ação de regresso em face de servidor público*. Disponível em: <<http://www.icmbio.gov.br/intranet/download/arquivos/cdoc/biblioteca/resenha/2011/junho/Res2011-06-02DOUICMBio.pdf>> Acesso em: 30 maio 2013.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 204380/SP*, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 20 maio 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 maio 2013.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1080221 / RS* Min. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 16 maio 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 maio 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- SENADO FEDERAL. SARQ – Pesquisa. *Exposição de motivos do Projeto de Lei n.1446/91*. Mensagem recebida por <susanahoff@yahoo.com.br> em 23 nov. 2012.
- SIMÃO, Calil. *Improbidade administrativa para concursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

A PROBLEMÁTICA DO USUÁRIO DE DROGAS: CAMPO DE APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL OU QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA?

Marina Kannenberg³⁴

Cristiano Cuozzo Marconatto³⁵

RESUMO

O presente artigo aborda a discussão doutrinária a respeito da despenalização ou descriminalização da posse de drogas para consumo próprio, trazida pelo artigo 28 da Lei 11.343/2006, traçando, ainda, critérios para a diferenciação entre o usuário e o traficante de entorpecentes, haja vista a ausência estabelecimento de parâmetros legais. O tema da pesquisa consiste numa análise da figura do usuário-dependente de substâncias entorpecentes, bem como das formas mais eficazes de enfrentamento ao problema, frente ao inegável fracasso das políticas proibicionistas comumente adotadas. Razão pela qual se fez relevante a apresentação de políticas públicas inovadoras já adotadas no cenário mundial. Merecendo atenção, ainda, a aplicação dos princípios da intervenção penal mínima e o de caráter subsidiário do Direito Penal, frente ao dilema estabelecido.

Palavras-chave: Drogas; Usuário de drogas; Dependência química; Políticas Públicas; Saúde Pública.

34 Bacharel em Direito. Advogada. E-mail: marinak.adv@hotmail.com

35 Mestre em Direito. Professor das disciplinas de Direito Penal e Processo Penal, na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Email: marconatto@unisc.br.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo visa apontar qual a abordagem mais eficaz no tratamento do usuário de drogas, frente ao colapso do sistema prisional brasileiro, que se mostra em ruínas, absolutamente incapaz de reabilitar uma pessoa, servindo, muito pelo contrário, como uma escola do crime.

O abuso de drogas é uma problemática que atravessa todos os segmentos sociais, faixas etárias e grupos comunitários. A situação tem gerado preocupação às famílias e cobranças para que sociedade e o Estado, através de políticas públicas, apresentem respostas institucionais efetivas e eficazes.

A discussão sobre a proibição ou legalização constitui questão polêmica e controvertida. Com o objetivo de conter a disseminação, grande maioria dos países optou por adotar uma política criminal proibicionista em relação às substâncias entorpecentes. Todavia, passados mais de cem anos da Conferência de Xangai, considerada marco inicial na proibição de drogas, a escolha pelo atual sistema de controle passou a ser muito contestada, uma vez que se mostrou pouco eficaz para a redução do consumo de drogas.

O desafio que norteou o desenvolvimento do presente trabalho envolveu a seguinte questão: qual é a abordagem mais eficaz para os problemas relacionados ao usuário de drogas, a visão deste como um criminoso – que deve ser punido severamente – ou como uma pessoa doente – que deve ser tratada adequadamente?

Visando contribuir para o desafiante estudo sobre o campo da droga, levando em conta contribuições pertinentes de outras áreas, ao propor alternativas mais racionais, e assim ajudar na transformação do modelo brasileiro de controle de drogas para um modelo mais humano.

2. A LEI Nº 11.343/2006 E A POLÍTICA DE REDUÇÃO DE DANOS

O Brasil, com a nova lei, adotou uma inovadora política criminal no tratamento do usuário de drogas, adequando-se às novas tendências que vem ganhando força, principalmente na Europa, colocando o país em papel de destaque no cenário internacional ao instituir o SISNAD e prescrever medidas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e o reconhecimento das diferenças entre a figura do traficante e a do usuário/dependente (ANDRADE, 2011).

Tal modelo confia que a redução dos danos causados aos usuários e a terceiros seria o correto enfoque para o problema, uma vez que a droga é um problema de saúde pública. Esse mesmo modelo, por outro lado, propugna pela descriminalização gradual das drogas assim como por uma política de controle e regulamentação.

As principais características da Redução de Danos trazidas por Weigert (2010, p. 116) são:

- a) Pragmatismo: o uso de determinadas substâncias para alteração da consciência é inevitável e certo nível de consumo de drogas é normal em uma sociedade, motivo pelo qual muitas vezes é mais factível conter os danos do que tentar eliminar as drogas;
- b) Valores humanitários: respeito à dignidade e aos direitos do consumidor de drogas;
- c) Avaliação de danos: imprescindível analisar-se o caso para ver se é mais importante a redução do consumo ou a modificação da maneira como é usada a droga;
- d) Balanço de custos e benefícios: deve-se analisar uma série de variáveis a fim de medir o impacto do projeto de redução de danos, a curto e a longo prazos, inclusive para calcular seus custos em comparação a outras medidas;
- e) Hierarquia de objetivos: o intuito é o de analisar prioridades e começar o trabalho exatamente por elas.

A redução de danos deve ser baseada em uma abordagem simpática, isenta de moralismo e centrada num trabalho comunitário que, embora possa propor novos padrões e modos de uso, reconheça a importância da escala de valores do usuário e de seu saber sobre drogas. Ainda, de acordo com a autora (2010, p. 116):

- as maneiras de se colocar em práticas os fundamentos norteadores da Redução de Danos são inúmeras: a) informação sobre os riscos de danos aos consumidores; b) distribuição de seringas; c) acolhimento do dependente e disponibilização de tratamento medido voluntário; d) criação de lugares de consumo permitido; e) concretização de programas de substituição de drogas e f) prescrição de heroína a toxicômanos; g) programas de reinserção social e melhoria da qualidade de vida dos drogodependentes.

Assim, o modelo de Redução de Danos visa focar o usuário de drogas como merecedor de auxílio por parte do Estado, não de repressão jurídico-penal, devendo a atenção ao dependente ser voltada ao oferecimento de oportunidade de reflexão sobre o próprio consumo, em vez de encarceramento.

É neste sentido que a nova lei procura auxiliar o usuário, visando dar esclarecimento sobre um problema que é antes de saúde pública do que propriamente criminal.

A mudança de maior significado proporcionada pela Lei n. 11.343/2006 foi a operada sobre a conduta de porte de drogas para uso pessoal, que passou a ser enfrentada sem o recurso da pena de prisão. Dessa forma, a nova lei atendeu aos anseios de estudiosos da área da saúde, especialmente de psiquiatras e psicólogos, que sempre combateram a incriminação desta conduta ou, no mínimo, a aplicação da pena restritiva de liberdade ao simples usuários de drogas (J. J. LEAL e R. J. LEAL, 2010).

João José Leal e Rodrigo José Leal (2010, p. 43) trazem, em seu livro, a justificativa apresentada pelo Senado Federal, pela defesa do afastamento da prisão ao usuário portador de drogas:

a pena de prisão para o usuário de drogas é totalmente injustificável, sob todos os aspectos. Em primeiro lugar, porque o usuário não pode ser tratado como criminoso, já que é na verdade dependente de um produto, como há dependentes de álcool, tranqüilizantes (sic), cigarro, dentre outros. Em segundo lugar, porque a pena de prisão para o usuário acaba por alimentar um sistema de corrupção policial absurdo. (Justificativa constante do Parecer 846, de autoria do Senador Sérgio Cabral e anexada ao Projeto de Lei 115, que deu origem à atual Lei Antidrogas – Diário do Senado Federal, de 06.07.2006)

A previsão dos crimes e das penas referentes aos usuários e dependentes de drogas encontra-se agora no artigo 28, da Lei n. 11.343/2006 (2006, <http://www.planalto.gov.br>). *In legis*:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1o Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2o Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3o As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4o Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5o A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6o Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7o O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Como observam os doutrinadores João José Leal e Rodrigo José Leal (2010, p. 48), o legislador brasileiro preferiu não enfrentar o problema político-criminal referente ao embate entre as políticas de criminalização e de descriminalização da conduta em exame:

em termos de Política Criminal, a Lei de Drogas não atendeu à corrente doutrinária que defendia a pura e simples descriminalização da conduta do porte para uso pessoal de substância entorpecente. Mas também não manteve a solução da lei anterior, que cominava pena privativa de liberdade (detenção) para esse tipo de infrator.

Infelizmente o legislador não teve convicção ou disposição para travar o enfrentamento à política de descriminalização e acabou por apostar em uma solução a longo prazo de política jurídica a ser realizada não nos domínios da atividade jurídico-legal, mas na atividade jurídico-jurisprudencial.

Doutrinadores renomados passaram a divergir a respeito da matéria, sendo uma corrente defensora da hipótese de que houve apenas a despenalização da conduta prevista no artigo 28 da Lei Antidrogas, já a outra corrente entendendo que houve sim a descriminalização da conduta de portar drogas para uso pessoal.

A matéria não demorou muito tempo para chegar ao conhecimento e discussão da Suprema Corte. A primeira turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que a infração descrita no artigo 28 da Lei Antidrogas, deve ser considerada crime, pois ocorreu apenas uma despenalização, que deve ser entendida, para o tipo, como exclusão das penas privativas de liberdade.

Passados alguns anos desde que a nova lei entrou em vigor, a pragmática tem demonstrado que, em muitos casos, é extremamente difícil identificar se a conduta típica configura hipótese de porte para consumo pessoal ou de tráfico de pequena quantidade de droga.

A regulamentação anterior à Lei n. 11.343/2006 trazia como único critério balizador da exclusividade da destinação para uso pessoal a pequena quantidade, o que fez com que o tráfico passasse a ser feito sempre em pequenas quantidades. São os “papelotes” de cocaína, os “baseados” de maconha, as “pedras” de craque e os comprimidos ou pílulas de *ecstasy*. Desse modo, em caso de flagrante, o traficante sempre podia alegar que a quantidade apreendida se destinava ao uso próprio.

As quadrilhas que atuam no tráfico utilizam, para a execução desse comércio, pequenos traficantes (os conhecidos “aviõezinhos”), que são também consumidores. Assim, pagam o preço de seu vício com o trabalho de repassar a droga a outros, também, compradores, consumidores e viciados (J. J. LEAL e R. J. LEAL, 2010).

O novo dispositivo não estabeleceu parâmetros específicos para a distinção das figuras, apenas enumerou circunstâncias objetivas com a finalidade de orientar o magistrado, chamando a sua atenção para que aprecie todas as circunstâncias do crime e não apenas a pequena quantidade. Dessa forma, não está se dizendo que a quantidade da droga não é fator importante, por óbvio que é, mas não pode ser exclusivo.

Muitos aplicadores do direito dão bastante relevância ao critério quantitativo quando analisam a possibilidade de configuração do delito de tráfico. É importante ressaltar, contudo, que a quantidade da substância apreendida, considerada isoladamente, pode induzir a um falso enquadramento da conduta. Cumpre trazer à baila o exemplo dado por Arruda (2007, p. 30, grifo do autor):

o agente que tem em seu poder duas pequenas “trouxinhas” de maconha em local notoriamente utilizado como ponto de comércio ilícito, e guarda consigo grande volume de dinheiro, quase certamente terá cometido crime de tráfico. Por sua vez, é possível que em viagem de carnaval a um sítio, um usuário de droga transporte um volume considerável da substância para seu consumo pessoal ao longo da festividade. Nem por isso estará configurado o tráfico. Como se vê, não é possível dizer que as apreensões pequenas *sempre* configuram delito associado ao uso e apreensões maiores *sempre* configuram o delito de tráfico.

É importante ressaltar que não há fórmula mágica ou critério decisivo para o enquadramento das condutas nos artigos que tipificam o consumo ou o tráfico de drogas. É à luz do caso concreto, e sopesando com sensibilidade cada um dos critérios, que se solucionam os casos nebulosos. Urge mencionar, todavia, que a distin-

ção tem primacial importância, uma vez que as consequências previstas para as infrações divergem muitíssimo.

São outros critérios legais para a análise do tipo, a natureza da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação e, ainda, as circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes do agente infrator.

A natureza da droga impõe a análise do seu grau de nocividade e do espaço temporal para causar dependência. Estes dois pêndulos (nocividade e dependência) determinarão a essência da droga, em termos jurídicos. A natureza e a quantidade são critérios que devem ser pontuados conjuntamente, pois, a segunda está, essencialmente, atrelada à especificidade de cada substância. Assim, por exemplo, cem gramas de maconha é uma quantidade que poderá ser considerada para um usuário diário desta substância, o mesmo não podendo ser dito em face da cocaína ou heroína, cuja quantidade necessária para se obter o resultado esperado, bem como o seu nível de tolerância, é muito menor do que o da maconha (NERY FILHO, 2009).

O local e a condição em que ocorreu a apreensão formarão o cenário e o enredo em que estava inserido o usuário no momento em que foi flagrado. A doutrina fala, por exemplo, em locais em que, normalmente, são vendidas drogas, as conhecidas “bocas de fumo”. É conveniente ressaltar, entretanto, que, se existem essas zonas é porque também existem os usuários que lá transitam; assim, a presença de indivíduos neste *loco* não é razão suficiente para enquadrá-lo no tráfico.

Sobre o tema, Arruda (2007, p. 31, grifo do autor) traz o seguinte ensinamento:

contudo, é sobretudo às “condições em que se desenvolveu a ação” que o juiz deverá estar cuidadosamente atento. É aí que entram apreciações acerca da forma do cometimento da conduta e das circunstâncias em que o agente foi flagrado. O *modus operandi* utilizado, a presença de equipamentos e materiais usualmente associados à traficância (balanças, lâminas, produtos químicos etc.), tudo isso constitui elemento a ser sopesado e analisado pelo juiz quando se tratar de verificar a finalidade de consumo pessoal.

As circunstâncias pessoais e sociais, conduta e antecedentes do agente, segundo a lei, também devem ser analisadas pelas autoridades e aplicadas com especial atenção. Todavia, não parece adequada a utilização desses elementos como meio idôneo à verificação da ocorrência de um delito ou outro.

Assim, a investigação desse ponto deflagra uma série de preocupações quanto à sua aplicabilidade e efetividade, em razão da quase iminente e cristalina possibilidade de se acabar atingindo apenas aqueles indivíduos pertencentes à população carente, residentes em favelas e subúrbios.

A política de drogas adotada atualmente pela maioria dos países, que proíbe o uso recreativo de certas substâncias, começou a ser estabelecida formalmente com a assinatura da Convenção Única de Narcóticos, no ano de 1961. A ideia por trás do sistema é simples: punir a venda e inibir o consumo de drogas por meio da ameaça de punição.

Se bem sucedida, a referida política cumpriria os objetivos de diminuir a oferta de drogas, aumentando o preço e diminuindo a pureza das drogas disponíveis no mercado negro e, assim, diminuiria o consumo, fazendo com que a implementação dessa medida trouxesse benefícios maiores do que os prejuízos eventualmente ocasionados. (ARAUJO, 2012).

Entretanto, o atual sistema de controle de drogas nunca foi tão contestado. Milton Friedman, considerado um dos principais economistas do século 20 e vencedor do Prêmio Nobel afirmou que “as drogas são uma tragédia para os viciados. Mas criminalizá-las converte essa tragédia em um desastre para a sociedade, para os usuários e não usuários igualmente”. (ARAUJO, 2012).

Inegável que o sistema de proibição das drogas gerou resultados diferentes aos que declara perseguir, tendo gerando, ainda, consequências tão ou mais graves que esses resultados. Comprovadamente, em quase um século de proibição não se diminuíram os riscos à saúde dos usuários, pelo contrário, esses se agravaram. Um exemplo disso se dá na epidemia da AIDS, diante do alto número de usuários de drogas injetáveis que foram contaminados em decorrência do compartilhamento de seringas, por fazerem uso da droga na clandestinidade.

O fracasso desse sistema não é exclusivo de países menos desenvolvidos, tendo ocorrido também nos países ricos, mesmo que possuíssem toda a estrutura necessária tanto para a repressão quanto para a saúde. Todavia, os efeitos perversos da proibição da droga são potencializados nos países marcados pela desigualdade e pela exclusão social, como é o caso do Brasil e dos demais países em desenvolvimento.

Diante do narrado, não restam dúvidas de que o modelo de proibição, além de se demonstrar ineficaz para a proteção da saúde pública, causou impactos tão negativos que o tornam hoje racionalmente insustentável. Tanto é que os países europeus cada vez mais estão se posicionando contrariamente às estratégias punitivas. A dúvida que resta é a seguinte: qual modelo seria adequado para substituir o proibicionismo? É na tentativa de responder esse questionamento que surgem algumas políticas inovadoras.

A proposta não é a de liberação geral, mas sim, pelo contrário, a de criação de mercados regulados para os diferentes tipos de substâncias, com variações nos níveis de controle para aquelas consideradas mais perigosas. Os modelos de produção e distribuição podem ir desde os mais livres, como o que incide sobre o tabaco e as

bebidas alcoólicas, até os mais restritos, servindo como exemplo o caso dos remédios que tem sua venda realizada sob prescrição médica.

Para Araujo (2012, p. 240) o objetivo desse tipo de política é:

reduzir os danos do uso problemático de drogas e aqueles criados pela existência de um mercado negro e pela necessidade de combatê-lo. Seus defensores argumentam que a criação de mercados regulados livraria o Estado da responsabilidade (e dos custos) de combater traficantes, ao mesmo tempo que lhe traria uma fonte adicional de receitas e permitiria concentrar os investimentos em prevenção e tratamento. Admite-se algum aumento no consumo total de drogas, pois esse efeito negativo seria compensado por uma redução de danos global.

Com relação à forma de implementação, cumpre trazer o apontamento feito por Araujo (2012, p. 242):

os mercados regulados seriam implementados gradualmente, a começar pelas drogas com menor potencial, e com uma avaliação constante dos resultados, para que suas regras pudessem ser ajustadas em busca do melhor equilíbrio de danos ou para que fossem simplesmente revogadas, caso os resultados fossem claramente negativos. Uma estimativa da Transform Drug Policy, ONG que defende a legalização, avalia que, se isso fosse feito com a maconha no Reino Unido, por exemplo, representaria uma economia anual de cerca de 4,6 bilhões de libras mesmo que o consumo dobrasse em relação ao atual.

O principal ponto de partida de projetos que seguem essa direção é a *Cannabis sativa*, a maconha, atualmente a droga ilícita mais popular no mundo. De acordo com Araujo (2012, p. 244),

a popularidade dessa droga tem outras duas consequências indiretas que a colocam no centro do debate sobre a legalização. Como ela é a mais usada, também é a principal causa de prisão de usuários, o que representa um elevado custo social e financeiro [...]. E, sendo a mais consumida, ela também movimenta muito dinheiro no mercado negro. [...] um dos principais argumentos a favor da legalização é o enfraquecimento do tráfico que ela poderia proporcionar. A maconha oferece margens de lucro menores do que as outras drogas, por volume negociado, mas, como o total consumido é muito grande, o valor movimentado pelo comércio clandestino de maconha certamente é significativo.

No mais, esse sistema oportunizaria educar melhor o usuário, para que, independente da droga que ele consoma, o faça da maneira menos perigosa para si e para terceiros, seguindo os padrões da política de Redução de Danos.

3. MEDIDAS EFICAZES

Alterações complexas e de longo prazo no cérebro ocorrem em usuários de drogas, o que impede que a pessoa exerça um controle racional sobre seu comportamento. O assunto é delicado e requer, primeiramente, a apreciação de alguns tópicos fundamentais para um melhor entendimento do tema enfrentado.

No tocante ao usuário de drogas e aos problemas decorrentes de tal uso, necessária se faz a análise de alguns apontamentos que circundam o tema e cujo esclarecimento irá contribuir para a implementação das medidas.

Não são raras as oportunidades em que se vê a confusão entre os conceitos de usuário e dependente. Apesar de a nova lei não trazer a diferença entre dependente e usuário, é de suma importância traçar as diferenças entre o usuário de drogas e o dependente químico.

O usuário é aquela pessoa que consome drogas, porém sem grau de vinculação física ou psíquica, ou seja, utiliza eventualmente droga para buscar imaginária euforia. Nas palavras de Araújo (2012, p. 21), “se você bebe uma cervejinha uma sexta-feira por mês ou se fuma maconha algumas vezes por semana, pode-se dizer que você é um usuário de drogas, apesar de não ser um dependente químico”.

O mesmo autor (2012, p. 180, grifo no original) conceitua a dependência química:

forma de vício mais comum que existe, é considerada pela medicina uma doença causada por alterações químicas no cérebro que levam a pessoa a consumir determinada substância compulsivamente, mesmo quando sabe que isso terá efeitos graves em sua vida. As palavras-chave presentes na maioria das definições da doença são “compulsão” e “consequências graves”. Juntas.

Diz-se que há dependência química quando, por uma série de fatores adquiridos ou constitucionais, alguns indivíduos adquirem uma personalidade tal que os torna propensos a recorrerem às drogas e ficam, portanto, suscetíveis de permanecer dependentes delas, é o que se chama de vulnerabilidade biológica. A dependência é uma doença crônica que afeta uma pequena fração dos usuários de drogas, ou seja, nem todas as pessoas são susceptíveis.

A dependência química causa a necessidade física ou psíquica de utilizar cada vez mais para sentir o mesmo efeito, levando-o à tolerância. A tolerância leva o usuário a aumentar progressivamente a quantidade da droga para que ela produza os efeitos desejados.

Para Ávila e Rossi Ávila (2005), a dependência pode ser comparada à escravidão, uma vez que faz com que o usuário não possua mais controle sobre o uso da droga; a pessoa perde o amor próprio, o respeito por si mesma e se distancia de tudo o que poderia lhe fazer bem, ou seja, sua vida psíquica, emocional, espiritual e física é deteriorada gravemente. Os autores afirmam que a dependência química é uma doença grave e incurável, mas que pode ser controlada.

De acordo com Silveira (2003, p. 14),

a Dependência é o impulso que leva a pessoa a usar uma droga de forma contínua (sempre) ou periódica (frequentemente) para obter prazer. Alguns indivíduos podem fazer uso constante de uma droga para aliviar as tensões, ansiedade, medos, sensações físicas desagradáveis, etc. O dependente caracteriza-se por não conseguir controlar o consumo de drogas, agindo de forma impulsiva e repetitiva.

O tratamento dado pela lei é idêntico para as duas categorias. Todavia, é importante perceber que nem todos os usuários são dependentes, mas todos os dependentes são usuários. Todo dependente químico já foi um dia um simples usuário de drogas, ou seja, apenas consumia drogas ocasionalmente, mas nem todo consumidor se tornará dependente químico, porque para isso o consumidor precisa levar em consideração o tempo do consumo, o tipo de droga ingerida, seu próprio organismo se é ou não vulnerável à substância.

A Síndrome abstinência aguda (SAA) é caracterizada por sintomas físicos, psicológicos e sociais provocados pela falta da droga no organismo. Ela geralmente ocorre de 3 a 10 dias do último uso e pode ser complicada com o aparecimento de convulsões. Os sintomas mais frequentes são: hiperatividade autonômica, tremores, insônia, alucinações ou ilusões visuais, táteis ou auditivas transitórias, agitação psicomotora e ansiedade.

Por outro lado, a Síndrome abstinência demorada (SAD) possui sintomas baseados na sobriedade e ocorre em meses ou anos. Ela pode acarretar sintomas como mente confusa, problema de memória, reação emocional exagerada ou apatia, distúrbio do sono ou alteração, problemas de coordenação motora, sensibilidade ao stress. (<http://adroga.casadia.org>).

Cumpre mencionar que o simples usuário permanece consumindo sem mostrar sinais de dependência, a abstinência só acontece em quem é dependente químico, porque o organismo do dependente não consegue reagir sem a substância.

O risco de recaída pode ser considerado a maior dificuldade para o tratamento da dependência química. Não existe cura para a dependência química, assim, uma vez dependente sempre dependente. Não se pode permitir o consumo drogas novamente porque não se conseguirá parar, o usuário perde o controle. O consumidor pode até escolher o melhor lugar para o consumo, o melhor horário, todavia, o dependente não escolhe a melhor hora nem lugar para tanto, uma vez que tudo ao seu redor se concentra no consumo das drogas. (ARAUJO, 2012).

A recaída geralmente ocorre quando as coisas estão bem. O dependente se sente melhor que antes, os problemas parecem ter diminuído e passa a acreditar que já tem condições de lidar com as dificuldades que lhe são apresentadas. É onde mora o perigo: o indivíduo deixa de prestar atenção nos fatores e situações de risco.

Uma recaída pode pôr em risco a pessoa que sofre emocionalmente, fazendo-a sentir-se um completo fracasso. Os bons sentimentos de autoestima e de autoconfiança abandonam os usuários de drogas. Os maus sentimentos de remorso, culpa e vergonha o sufoca, levando-o, em casos extremos, a desistir da recuperação por total.

Todavia, a recaída não representa o fim do mundo, mas sim, é parte integrante da doença. Devem ser identificadas as situações que colocam em risco a sobriedade do dependente, permitindo que ele identifique essas situações de alto risco e crie maneiras de lidar com tais eventos.

O objetivo final de qualquer tratamento é a ressocialização do dependente, ou seja, reintegrar o antigo usuário de substâncias ilícitas na sociedade, permitindo que ele volte a se sentir como pertencente a um grupo, no qual possa ser útil e produtivo, possibilitando a produção do exercício de sua cidadania.

Para que esse fim realmente seja atingido, é de suma importância que a população se conscientize que o dependente químico não pode ser excluído ou discriminado no meio em que vive. A reintegração social se trata de um processo gradual: planejado, elaborado e orientado por todos que integram o meio no qual o dependente está inserido. No entanto, lamentavelmente, uma fração da população, através de atitudes, pensamentos ou opiniões, demonstra que não acredita que este possua capacidade de reintegrar a sociedade, o que dificulta o seu retorno ao convívio social. (<http://www.mp.ce.gov.br>).

Um dos grandes problemas da reinserção social do dependente químico está relacionado ao ambiente, pois é preciso quebrar o ciclo que gerou o vício e a dependência. Assim, novas oportunidades, novas companhias, possibilidades e estudo, profissionalização, trabalho, acolhimento familiar, são algumas das importantes

mudanças que devem ocorrer na vida do dependente e que possibilitem a convivência social em uma nova realidade.

Portanto, é importante observar que, para que ocorra a efetiva ressocialização de um indivíduo dependente de alguma substância entorpecente, é preciso associação de diversos fatores: a família, as entidades, as associações, as fundações ou os grupos de apoio que auxiliam aos usuários de drogas, tanto na obtenção de novas oportunidades profissionais e pessoais, quanto no lidar e enfrentar a sua condição.

Vale lembrar que o usuário de entorpecentes é, assim como todos os demais brasileiros, um cidadão com direitos e deveres perante a sociedade e merece ter sua dignidade respeitada e valorizada, bem como não ser sujeitado a qualquer ofensa moral.

Não é de hoje que a pena de prisão no Brasil tem-se mostrado impotente na grande maioria das práticas delitivas, não atingindo seu real objetivo: a prevenção de novos crimes e a ressocialização do criminoso. Sua falência já vem sendo admitida há tempos, diante de tantas barbáries que se fazem presentes nesse sistema. O pensador Foucault (2004, p. 221), em sua crítica ao sistema prisional, afirma:

– as prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou ainda pior, aumenta [...]

– a detenção provoca a reincidência; depois de sair da prisão, se têm mais chance que antes de voltar para ela, os condenados são, em proporção considerável, antigos detentos [...]

– a prisão não pode deixar de fabricar delinquentes (sic). Fabrica-os pelo tipo de existência que faz os detentos levarem: que fiquem isolados nas celas, ou que lhes seja imposto um trabalho inútil, para o qual não encontrarão utilidade [...]

Corrupção, medo e incapacidade dos guardas [...]

Exploração por um trabalho penal, que nessas condições não pode ter nenhum caráter educativo [...].

Foucault (2004, p. 222) apresenta mais consequências negativas do encarceramento:

– a prisão torna possível, ou melhor, favorece a organização de um meio de delinquentes (sic), solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras [...]

– as condições dadas aos detentos libertados condenam-nos fatalmente à reincidência: porque estão sob a vigilância da polícia; porque têm designação de domicílio, ou proibição de permanência [...]

– enfim, a prisão fabrica indiretamente delinquentes (sic); ao fazer cair na miséria a família do detento [...].

As casas prisionais brasileiras vêm se tornando cruéis calabouços, onde presos provisórios e presos condenados por pequenos delitos são encontrados na mesma cela ocupada por presos condenados pelos mais diversos crimes. A falta de estrutura gera problemas de superlotação e as condições subumanas em que são colocados os infratores.

A literatura especializada é uníssona ao apontar os principais problemas constatados na execução da pena privativa de liberdade nas penitenciárias brasileiras: em primeiro lugar a superlotação; depois, o elevado índice de reincidência; as condições de vida e higiene precárias; a negação de acesso à assistência jurídica e de atendimento médico, dentário e psicológico aos reclusos; o ambiente propício à violência sexual e física; a ociosidade ou inatividade forçada; o consumo de drogas; e efeitos sociológicos e psicológicos negativos produzidos pela prisão. (BITENCOURT, 2011).

O alvo de muitas críticas e reclamações é a falta de atenção que a sociedade demonstra para a situação e o emprego de poucos esforços por parte dos governantes: quando há uma tentativa de implementação de melhorias, ela não passa de contornos temporários para a problemática, uma “operação tapa buracos”. É evidente que não há uma política prisional engajada com a melhoria das condições e com a ressocialização do recluso, embora seja grande o número de órgãos incumbidos de realizar a vistoria dos estabelecimentos. Nas palavras de Moreau-Christophie (1840), citado por Foucault (2004, p. 223): “a prisão é um duplo erro econômico: diretamente pelo custo intrínseco de sua organização e indiretamente pelo custo da delinquência (sic) que ela não reprime”.

Maia Neto (1998, p. 238) aduz que o fundamental: “não é a construção de mais presídios, mais sim a de usar a prisão ou a pena privativa de liberdade com mais racionalidade, ou seja, como *ultima ratio* das medidas repressivas estatais”.

Seguindo esse norte, muitos autores entendem que atualmente o direito penal deve se balizar principalmente no princípio da mínima intervenção e pelo seu caráter subsidiário, decorrentes do princípio da dignidade humana.

O princípio da intervenção penal mínima ocupa uma função importante para assegurar as garantias individuais previstas na Carta Magna, pois reza sobre a impossibilidade de incriminação legal sem que haja a necessidade de uma intervenção tão gravosa quanto a promovida pelo Direito Penal.

A Constituição Federal, ao proclamar, em seu artigo. 5º, que os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade são invioláveis e colocar, no

art. 1º, inciso III, como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, podendo-se deduzir nesses princípios o da intervenção mínima, uma vez que somente se admite a restrição ou privação de tais direitos, com a aplicação de sanções, se for necessário e proporcional para a proteção dos bens jurídicos fundamentais da sociedade.

A intervenção mínima tem por escopo garantir que o legislador, quando da escolha dos comportamentos puníveis, tenha cautela para não incriminar aqueles que outros ramos do Direito seriam capazes de resolver. Segundo Capez (2003), tal princípio também abrangeria a atividade do intérprete do direito, para que este não tipificasse ações quando houvesse outras formas jurídicas de resposta, menos danosas que o sistema punitivo estatal.

Como afirma Shecaira (1995, p. 48), um

Direito Penal que se quer democrático deve se utilizar da pena aferindo no caso concreto a sua real necessidade e eficácia, tanto para o agente do delito quanto para a sociedade que sofreu o prejuízo com a infração. Para tanto, o legislador e o juiz devem estar atentos aos princípios norteadores da sanção penal em um Estado Democrático de Direito, máxime na imposição da pena privativa de liberdade que, não obstante seja a de maior utilização, é a que menos tem auferido resultados no sentido de satisfazer as aspirações de um moderno direito penal democrático.

O doutrinador André Copetti (2000, p. 87) afirma que sendo,

o direito penal o mais violento instrumento normativo de regulação social, particularmente por atingir, pela aplicação das penas privativas de liberdade, o direito de ir e vir dos cidadãos, deve ser ele minimamente utilizado. Numa perspectiva político-jurídica, deve-se dar preferência a todos os modos extrapenais de solução de conflitos. A repressão penal deve ser o último instrumento utilizado, quando já não houver mais alternativas disponíveis.

Dessa maneira, a subsidiariedade do sistema penal resulta do fato de este ser um “remédio sancionador extremo”, a ser aplicado apenas quando os demais ramos do Direito não forem eficazes em proteger o bem jurídico daquelas agressões intoleráveis ao convívio social. Não se pode aplicar um recurso mais severo quando se obtém o mesmo resultado através de um menos gravoso.

Em relação à subsidiariedade do sistema penal pela sua conexão com os demais ramos de Direito, Roxin, citado por Greco (2003, p. 51), afirma que:

a proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema - como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais, etc. Por isso se denomina a pena como a '*ultima ratio* da política social' e se define sua missão como proteção *subsidiária* de bens jurídicos.

Dessarte, dizer que a tutela penal possui caráter subsidiário significa que a norma penal tem por objetivo suplementar a proteção jurídica em geral, assim a pena só deverá ser aplicada quando não houver outras medidas eficazes na defesa dos bens jurídicos de relevância para a própria existência do homem e da sociedade.

Como afirma Queiroz (1998, p. 31), "o Direito Penal não é só a mais violenta forma de intervenção do Estado na vida dos cidadãos, mas é também, [...], a mais desastrosa forma de intervenção do Estado na vida social". Razão pela qual não se deve utilizar desenfreadamente este instrumento que se mostra ineficaz e cujos custos sociais excedam às suas pretensas vantagens.

Nessa seara, ensina Batista (1990, p. 86) que:

se o fim da pena é fazer justiça, toda e qualquer ofensa ao bem jurídico deve ser castigada; se o fim da pena é evitar o crime, cabe indagar da necessidade, da eficiência e da oportunidade de cominá-la para tal ou qual ofensa.

Ademais, por possuir caráter subsidiário, o direito penal não constitui um sistema exaustivo de ilicitudes ou de proteção de bens jurídicos, mas descontínuo, fragmentado, tendo em vista que sua intervenção pressupõe o insucesso das demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do Direito.

A dependência química é um fenômeno social que se transformou em problema público. Em razão disso, no ano de 2009, a Organização das Nações Unidas lançou, em Viena, o documento intitulado "Por que investir em tratamento de abuso de drogas" para servir de base na formulação de políticas públicas sobre o assunto. Para a Organização, essas políticas devem prever o tratamento aos dependentes químicos que conte com atenção continuada e seja livre de preconceitos. O referido documento incentiva os países a trabalharem projetos que estejam inseridos na área de saúde pública, uma vez que ao tratar o usuário como "doente", e não como delinquente, a sociedade obtém mais avanços no combate à disseminação da prática.

Na atual convenção médica, a dependência química é definida como uma doença paralela a outras doenças físicas, que tem base biológica, sinais e sintomas ca-

racterísticos. Ela pode ser conceituada, ainda, como uma doença progressiva, incurável e potencialmente fatal, como sendo uma doença multifacetada, atingindo o ser humano em todas as suas áreas: física, psíquica e social.

A Organização Mundial da Saúde define a dependência química como um estado psíquico e físico, que inclui compulsão contínua ou periódica, podendo causar várias doenças crônicas físico-psíquicas, com sérios distúrbios de comportamento. A dependência química pode ser resultado de fatores biológicos, genéticos, psicossociais, ambientais e culturais, considerada hoje como uma epidemia social, pois atinge toda gama da sociedade, desde a classe social mais elevada a mais baixa. (<http://www.institutovivencia.com.br>).

O tratamento não é fácil, eis que as recaídas – as recaídas – são frequentes, praticamente metade dos usuários tem uma recaída nos primeiros seis meses e 90% no primeiro ano. É inegável que o dependente químico não consegue “vencer” a droga sozinho, por isso é recomendável buscar tratamento com médicos e instituições preparadas para lidar com dependentes.

No mesmo sentido é o entendimento da Organização dos Estados Americanos que recomendou, aos países do continente, que passem a tratar o consumo de drogas ilícitas como uma questão de saúde pública e que se abram à despenalização como uma política que ajude a combater o narcotráfico.

“A despenalização do consumo de drogas deve ser considerada na base de qualquer estratégia de saúde pública. Um dependente é um doente crônico que não deve ser castigado por sua dependência, e sim tratado adequadamente”, diz o relatório. O texto ainda traz como métodos de transição no tratamento de dependentes, ações como os tribunais de drogas e a reabilitação (<http://noticias.terra.com.br>).

Um exemplo de abordagem ao tema como uma questão de problema público e não campo de aplicação do Direito Penal é a chamada Terapia Comunitária, que visa formar e fortalecer uma rede de atenção às questões relativas às substâncias psicoativas, adotando uma perspectiva inclusiva, de respeito à diversidade, humanista, de acolhimento e não estigmatização do usuário e familiares.

De acordo com a Secretaria Nacional Antidrogas, a Terapia Comunitária pode intervir em vários aspectos:

1. Antecipar-se ao uso indevido de drogas, trabalhando possíveis motivadores para o consumo, analisando riscos e fortalecendo fatores de proteção; 2. Oferecer, para aqueles que já são usuários e suas famílias, um espaço de acolhimento, amparo e auxílio na mudança da compreensão quanto ao uso e abuso de drogas e contribuir para a redução dos riscos e danos associados ao uso; 3. Facilitar a identificação da necessidade e dos meios para o tratamento de dependente ou usuários e suas famílias e contribuir

para a adesão e permanência no atendimento; 4. Favorecer a criação ou o resgate da rede social do usuário. (<http://www.obid.senad.gov.br>).

Resta evidenciado, no projeto apresentado, o caráter não incriminatório com relação à conduta do consumidor de drogas, uma vez que o pilar basilar da Terapia Comunitária é: tratar o dependente não como alguém que merece punição, repreensão e desaprovação, mais sim como um indivíduo que merece ajuda e atenção da comunidade que o cerca.

No espaço da Terapia Comunitária, vários domínios da vida do indivíduo e da coletividade podem ser trabalhados, sejam eles familiar, profissional, comunitário ou cultural. A abordagem possui o intuito de promover encontros interpessoais e intercomunitários, objetivando valorizar as histórias dos participantes, a restauração da autoestima e da confiança em si, a aplicação da percepção dos problemas e possibilidades de resolução, tendo como base o estímulo para o desenvolvimento ou criação de uma rede de solidariedade. (<http://www.obid.senad.gov.br>).

O que favorece a prevenção, o tratamento e a reinserção social dos usuários, dependentes e suas famílias é a possibilidade de expressão dos conflitos, medos e dúvidas, em um ambiente onde não ocorram julgamentos, mas sim, se valorizem as diferenças individuais e as experiências de vida de cada um.

4. CONCLUSÃO

O consumo de drogas é um fenômeno complexo, que pode ter origem nas mais diversas motivações, como a curiosidade, sentimentos íntimos, problemas psicológicos, recreação, a atração por fortes emoções, comportamentos violentos e criminosos, a necessidade de autoafirmação, por protesto, a busca de bem-estar fisiológico, entre outros. Dessa forma, qualquer política relativa ao tema deve levar em consideração essa complexidade, para a elaboração de leis, ações e programas.

O uso abusivo de substâncias entorpecentes constitui, nos dias de hoje, um problema social, dentro do qual se encontram os mais diversos conflitos: entre liberdades individuais e coletivas; conflito cultural; saúde pública; criminalidade; violência; soberania do Estado; e interesses financeiros.

Desenvolver um modelo alternativo de controle de drogas, que objetive a minimização dos riscos concretos à saúde, tanto pública quanto individual, e que ao mesmo tempo, respeite direitos e liberdades individuais e salve os interesses coletivos: esse é o desafio enfrentado pela sociedade atualmente.

Embora o legislador reaja diante do aumento de criminalidade de forma sistemática, criando, cada vez mais, novos tipos de incriminações, o que se conclui, ao contrário, é sobre a necessidade de diminuição na atuação do Direito Penal. Afinal, a prática delitiva constitui um fenômeno sociopolítico, vinculado às condições sociais, no qual o sistema punitivo pouco obtém êxito. Dessa forma, é inútil tentar evitar certas ações tornando-as delituosas.

O dependente químico tem o direito ao recomeço, devendo-se primar pela reestruturação de sua vida de cabeça erguida e sem que seja assombrado pelo medo de ser apontado como um marginal, pessoa de alta periculosidade, devido ao fato de ter se envolvido com drogas. Cabe à sociedade apresentar a esse indivíduo novas oportunidades de recomeçar, seja no meio social, familiar ou profissionalmente, para que o mesmo possa mostrar e, ao mesmo tempo, enxergar que é capaz de traçar um novo rumo na sua história.

A dependência química não é um hábito, nem um vício, tampouco um sintoma de transtorno de personalidade, mas sim uma enfermidade primária crônica, progressiva e de terminação fatal, que atinge todos os aspectos do indivíduo – físico, mental, emocional, espiritual e social – e que requer uma abordagem na integração destes elementos em um tratamento global.

Diante disso, conclui-se como uma reforma necessária, urgente e fundamental àquela relacionada à forma de como se vê e se trata o dependente químico. Atualmente, a incursão na conduta de posse de drogas para uso pessoal é campo de aplicação do Direito Penal, uma vez que previsto como fato ilícito típico pela Lei n. 11.343/2006.

Embora o tipo penal não preveja sanção de pena privativa de liberdade, o usuário, quando condenado, responde através de penas alternativas, quais sejam: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Esse fato evidencia o caráter punitivo adotado pela política atual, tendo em vista a política proibicionista vigente.

Algumas correntes, por outro turno, defendem que seja adotada uma abordagem ainda mais severa com relação a esse indivíduo, entendendo que o mesmo deve responder criminalmente e, se condenado, ter sua liberdade privada, para que, dessa forma entenda o caráter prejudicial do consumo, uma vez que além de estar trazendo malefícios para si mesmo, o usuário estaria incentivando e fortalecendo o tráfico de entorpecentes, violando, assim, bens jurídicos da coletividade.

Entretanto, esse entendimento se mostra inadequado, principalmente diante de dois fatores: a) o usuário sofre de dependência química, que é definida pela medicina como uma “doença”; b) o sistema prisional tem se mostrado ineficaz na res-

socialização de presos, então o que se diria sobre as chances de sucesso do sistema no que concerne a um preso-doente.

Assim, é a partir do insucesso das medidas alternativas atualmente adotadas, para a diminuição do consumo de drogas no Brasil, tampouco para os danos por ele causados; e da total impossibilidade de se obter algum benefício com a inserção do dependente no ambiente carcerário; que se passa a questionar sobre a viabilidade de a referida conduta não ser mais tratada como crime (descriminalização), podendo ser objeto de aplicação de outras medidas, retirando, assim, o usuário dependente da clandestinidade à qual está inserido no atual estágio do desenvolvimento da sociedade brasileira.

A descriminalização do uso, mas não a legalização do comércio, pode interferir em três conflitos marcantes no que diz respeito ao tema: o conflito entre o usuário e o traficante; o entre o usuário e o Estado; e entre o usuário e a sociedade em geral.

Um motivo determinante para a defesa da descriminalização do uso é a questão que concerne sobre a necessidade de se traçar a distinção jurídica entre os participantes centrais do fenômeno: o usuário e o traficante (fornecedor). A discussão nesse sentido é de suma importância, uma vez que, estando em um papel ilegal, o usuário fica à mercê dos interesses do traficante e dificilmente manifesta a sua insatisfação. Com a retirada do caráter ilícito da conduta do usuário de drogas, este poderá recorrer aos meios oficiais, o que deixaria o fornecedor mais vulnerável à aplicação da lei. A medida também reduziria a oportunidade de corrupção de servidores estatais (policiais, por exemplo), uma vez que, com a descriminalização, o livramento de punições não serviria mais como “moeda de troca”.

A adoção de uma política de descriminalização se mostra uma medida sensata, eis que pode oportunizar a redução dos conflitos que tem como participantes os dependentes de drogas e o Estado. A extinção de uma categoria criminal geradora de conflitos e ineficiente na contenção do consumo pode trazer benefícios, principalmente, diante da situação crítica na qual o sistema jurídico-criminal brasileiro se encontra.

A descriminalização do uso de entorpecentes fortaleceria, ainda, o processo de tratamento do uso abusivo e indevido como doença, sendo que o tratamento dessa forma é o que demonstra uma melhor relação de custo e benefício, quando se objetiva a redução do consumo. Infelizmente, nos dias atuais, o usuário de drogas tende a não procurar ajuda, uma vez que conhece o caráter ilícito de sua conduta.

O que se propõe, diante disso, é a adoção de um sistema semelhante ao adotado por Portugal, que manteve a ilegalidade da conduta de usar e portar entorpecentes, apenas operando na descriminalização. Assim, o usuário responderá, porém não mais na esfera criminal. Por lei, o usuário agora é considerado doente crônico que

precisa de tratamento, mas há sanções penais para traficantes e produtores de drogas. Nesse modelo, o Ministério da Saúde é quem coordena as ações de prevenção e tratamento, que são articuladas com diversas áreas do governo.

Decorridos 10 anos da implantação da descriminalização, Portugal registra resultados positivos, como, por exemplo, o número recorde de toxicodependentes em tratamento, resultado direto da diminuição da estigmatização social anteriormente existente. Outro dado interessante é que na última década o principal grupo de infectados, no país, com o vírus HIV deixou de ser o dos dependentes de drogas, para passar a ser o dos heterossexuais e dos homossexuais.

No mais, um dos argumentos de quem vai contra a descriminalização é de que a política menos severa desencadearia um aumento ainda maior no consumo de drogas; tese que foi derrubada por uma pesquisa realizada, que revelou que o uso de droga em Portugal fixou-se entre os mais baixos da Europa, sobretudo quando comparado com Estados com regimes de criminalização apertados.

Seguindo o modelo adotado por Portugal, que ampliou a rede nacional de tratamento e implementou um abrangente sistema de redução e prevenção de danos para que os atuais resultados fossem registrados, a simples descriminalização não basta para resolver o problema enfrentado atualmente no Brasil. O sistema permite o resgate de recursos que eram gastos na criminalização (em processos e detenções, já que 60% deles envolviam consumidores), canalizando-os para o tratamento.

A reestruturação deve ser completa, de forma que programas de Redução de Danos e tratamento continuados pela rede de saúde pública devem ser implantados de forma efetiva e qualificada, a fim de possibilitar o apoio ao indivíduo, de forma a atenuar os malefícios trazidos pelo consumo das drogas. Assim, se oportunizará que o dependente mantenha ou readquira a plenitude física, psicológica e social.

Ainda, um trabalho importantíssimo a ser realizado é o de mobilização familiar e comunitária, para que a pessoa em tratamento não seja excluída de sua comunidade ou estigmatizada pelo fato de ser diagnosticada como dependente. As políticas desenvolvidas devem ter como um dos alvos a superação do estigma atribuído aos indivíduos em tratamento, como pessoas fracas de caráter ou delinquentes, de forma a contribuir para que a comunidade assimile esta problemática como uma questão de saúde.

O sucesso na mudança nunca é garantido, porém manter a situação do jeito que está é inadmissível, uma vez que o sistema se mostra cada vez mais ineficaz.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA, Luis Jaime. *OEA defende abordagem de saúde pública para drogas ilícitas*. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/oea-defende-abordagem-de-saude-publica-para-drogas-ilicitas,9c5c781acf2be310VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>>. Acesso em: 11 mar. 2013.
- ANDRADE, Arthur Guerra de. *Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuários e dependentes de drogas*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2011.
- ARAUJO, Tarso. *Almanaque das drogas*. São Paulo: Leya, 2012.
- ARRUDA, Samuel Miranda. *Drogas: aspectos penais e processuais penais*. São Paulo: Método, 2007.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. *Diário da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 18 set. 2012.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal - parte geral*. 3. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- LEAL, João José. *Controle penal das drogas: estudos dos crimes descritos na Lei 11.343/06*. Curitiba: Juruá, 2010.
- MAIA NETO, Cândido Furtado. *Direitos humanos do preso: lei de execução penal, Lei nº 7.210/84*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- OBSERVATÓRIO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS. *Informações sobre drogas/definição e histórico*. Disponível em: <<http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/index.php>>. Acesso em: 11 mar. 2013.
- _____. *Informações sobre drogas/tipos de drogas*. Disponível em: <<http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/index.php#definicao>>. Acesso em: 11 set. 2013.
- PEREIRA, Elaine Lúcio. *Processo de reinserção social dos ex-usuários de substâncias ilícitas*. Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/esmp/publicacoes>>.

/edi001_2012/artigos/18_Elaine.Lucio.Pereira.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2013.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SILVEIRA, Dartiu Xavier. *Um guia para a família*. Brasília: SENAD, 2003.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Uso de drogas e sistema penal: entre o proibicionismo e a redução de danos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

PRESTAÇÃO DE TRABALHO A TERCEIROS

Daiana Samanta Marmitt³⁶

Jane Gombar³⁷

Resumo

O presente artigo detém o objetivo de elucidar a figura da terceirização e suas variações, o trabalho temporário e as cooperativas de trabalho. Utilizando-se da metodologia de pesquisa bibliográfica, destilaram-se os pensamentos de diversos doutrinadores, a fim de definir suas características, seus conceitos, seu meio de utilização, seus efeitos, assim como, definir suas figuras diferenciadas de terceirização temporária e cooperativa de trabalho. Partindo-se do pressuposto de que em sua essência a terceirização se trata da subcontratação de mão de obra, onde o tomador de serviços se desvincula das obrigações trabalhistas que lhe seriam correspondentes, no caso de uma contratação direta, torna-se tal instituto uma afronta à essência do Direito do Trabalho, que presa o vínculo de emprego na forma tradicionalmente bilateral. Diante deste caráter excetivo, a terceirização contém inúmeras restrições e requisitos para sua utilização, que acaso desrespeitadas, incidem altas condenações no judiciário trabalhista, tanto para as empresas terceirizadas quanto às tomadoras de serviço, inclusive no âmbito da Administração Pública, o que traz grande polêmica no meio jurídico. Por ser um instituto relativamente novo, que se desenvolveu rapidamente diante de sua imensa utilização no cenário econômico e empresarial, necessita uma maior observância pela sociedade, sejam os indivíduos, acadêmicos, empresários ou trabalhadores. Pois, do interesse de todos (e se não o é, deveria ser) que hajam mais postos de trabalho, sem que se submeta os trabalhadores a relações precárias, que se criem novas empresas, possibilitando assim, o aquecimento da economia, com o aumento da captação de recursos aos cofres públicos, sem que haja conflitos por falta da devida agnição à legislação pertinente.

36 Aluna da graduação Unisc, do curso de Direito. E-mail: samanta.marmitt@hotmail.com

37 Doutora formada pela Università degli Studi Roma Tre. Professora adjunta da Universidade Federal de Pelotas (UFPel) e Professora da Universidade de Santa Cruz do Sul. E-mail: jane_gombar@hotmail.com.

Palavras-chave: terceirização; trabalho temporário; cooperativas de trabalho.

1. TERCEIRIZAÇÃO

A expressão terceirização não se trata de terceiro no sentido jurídico, como um estranho à relação, mas sim no sentido de interveniente, intermediário, Delgado (2012) lembra que tal instituto teria surgido no meio da administração empresarial, quando se visava a descentralização de certas atividades para outras empresas terceiras a tal empresa e não propriamente no cenário jurídico.

Martins (2003) explica de forma sucinta a origem e utilização de cada um dos demais termos utilizados para denominar a contratação de terceiros pela empresa para prestação de serviços ligados a sua atividade-meio, mas como, e, pelas razões, que o próprio refere, “irei empregar o termo *terceirização* por força do costume e de assim estar sendo adotado na prática” (MARTINS, 2003, p. 21, grifado original).

Leia-se o conceito de terceirização dado por Delgado (2012, p. 435), de que seria,

o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação just-trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno, insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços just-trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. **A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido** (DELGADO, 2012, p. 435, grifo próprio).

Visando lucro, agilidade e melhora na produção é que as empresas terceirizam inúmeras atividades-meio, podendo a tomadora de serviço ter como focar em suas atividades-fim, despreocupando-se com atividades secundárias e ainda barateando o produto final, o que torna a terceirização tão atraente aos empresários. Por tais razões, consolidou-se que a terceirização foi criada no contexto empresarial, mas por gerar efeitos no meio jurídico, especificamente no trato das relações de trabalho, acaba por ser regulada no âmbito da legislação trabalhista. Martins (2003, p.

44) refere ser “um aperfeiçoamento das técnicas de produção com vista no barateamento do produto final da empresa, não podendo essa situação ser ignorada pelo Direito, principalmente pelo Direito do Trabalho”. O autor ainda afirma que a existência deste sistema de produção, ao gerar a criação de novas empresas, traz o aumento na arrecadação de impostos, o que beneficia, além dos trabalhadores e as empresas, os cofres públicos. Criticando tal posicionamento, Zangrado (2008, p. 1032), refere que;

no campo puramente humano, a prática demonstrou que o prestador de serviços não labora com o mesmo comprometimento do “empregado” clássico. A razão se encontra na própria temporariedade da prestação do serviço. Enquanto o empregado clássico se “integra” à empresa, como instituição e “veste a camisa” [...], o terceirizado não cria vínculos maiores com o tomador dos serviços. (Grifado original).

Diante deste cenário, os países mais desenvolvidos já falam em quarteirização, que se trataria de uma nova forma de terceirização, também chamada terceirização gerenciada, consiste na contratação de uma empresa terceirizada, distinta das demais e especializada em gerenciar outras empresas terceirizantes. Por administrar os inúmeros fornecedores das terceirizantes, com altos custos trabalhistas, traz uma economia de recursos para a empresa tomadora de seus serviços (MARTINS, 2003).

Zangrado (2012) refere que as empresas tem tomado o caminho inverso, ou seja, decidiram que a terceirização não vem atendendo às suas necessidades e assim, estão retomando a administração das funções antes terceirizadas. O autor também faz menção às atividades quarteirizadas, mas criticando-as, referindo que “tudo isso não passa de um gravíssimo erro. Sem se conhecer os limites do serviço que se pretende terceirizar, não há condições de sequer medir ou prever resultados” (ZANGRADO, 2012, p. 1033). (Grifado original).

Sobre a retomada dos serviços na forma tradicional, pelas empresas tomadoras de serviço, Martins (2003, p. 22, grifado original) não discorda, referindo que, “o que vinha ocorrendo é o que chamavam de *resserviço*, que seria pagar por um produto ou serviço e ter de refazer tudo novamente, com mão-de-obra própria”.

Zangrado (2012) adverte quanto aos riscos que o tomador de serviços corre na relação contratual terceirizada, devendo este se cercar de todos os cuidados para que o ônus não supere o bônus desta relação, pois, a terceirização mal administrada, é frequentemente objeto de condenações trabalhistas, além de, por inúmeras vezes, mascarar altos custos com recolocação de pessoal, envio de pessoal, taxas fixas, etc.

1.1 Caracterização

A terceirização não possui definição em lei, nem há norma jurídica que trate do tema. Como já visto, seria uma estratégia da administração empresarial que acaba gerando problemas na ordem jurídica, especialmente no campo trabalhista.

Delgado (2012), deixa clara a dificuldade do legislador em definir a terceirização no meio jurídico, quando acabam criando conceitos que não batem com a verdadeira essência de tal espécie de contratação.

Sobre o assunto, Zangrado (2008) menciona que este aspecto empresarial é que tem determinado a conceituação da terceirização, e critica;

[...] apesar dos esforços da jurisprudência e da doutrina, é fácil verificar que a terceirização não se conforma a um conceito jurídico preciso. A razão desse insucesso é a teima em buscar uma ‘definição’ jurídica, pela criação de uma série de dogmas jurisprudenciais, quando o fenômeno na verdade diz respeito à técnica de administração de empresas (ZANGRADO, 2008, p. 1006). (Grifado original).

O autor ainda refere quanto à classificação da terceirização em lícita e ilícita, relacionada basicamente com a definição das atividades em atividade-meio e atividade-fim. Sustenta que o gênero da atividade é irrelevante para a terceirização, uma vez que tal aspecto diz respeito muito mais a produtividade empresarial que a caracterização da relação entre obreiro e tomador de serviços. O autor firma seu entendimento de que o que deveria caracterizar tal relação seriam outros aspectos tipificadores da relação de emprego, como o da subordinação e pessoalidade (ZANGRADO, 2002). Quanto a subordinação na terceirização,

[...] (ou “dependência”, na redação do art. 3º da CLT), significa que a prestação dos serviços é feita de forma dirigida pelo empregador, o qual exerce o poder de direção. O empregador é quem corre os riscos da atividade exercida e o empregado, justamente por não ser trabalhador autônomo, exerce sua atividade não por conta própria, mas sim alheia (ou seja, com subordinação jurídica ao empregador) (GARCIA, 2013, p. 9). (Grifado original).

Já, em relação a pessoalidade, que se trata de requisito da relação de emprego, que é proibida na terceirização, significa que a prestação dos serviços é feita por trabalhador, sem que seja substituído constantemente por terceiros, aspecto este relevante ao empregador, que o contratou tendo em vista a sua pessoa. Como se nota, contrato de trabalho caracteriza-se por ser *intuitu personae* (GARCIA, 2013).

Ou seja, “para o tomador, não deve importar a pessoa de quem está efetivamente prestando os serviços terceirizados, mas sim a atividade empresarial contratada, sendo irrelevante qualquer substituição de trabalhadores da prestadora” (GARCIA, 2013, p. 10).

Camino (2004) alerta que a relação civil entre terceirizante e tomadora de serviços, tem por objeto o serviço que deverá ser prestado, sem qualquer preferência por trabalhador, o tomador não pode opinar na escolha do obreiro, pois a relação de trabalho fica restrita ao trabalhador e a empresa terceirizante. Sendo que os dois contratos (natureza civil e trabalhista) não se comunicam. Outrossim, relevante as palavras de Garcia (2012), citado por Garcia (2013, p. 10) de que é “aplicável ao Direito do trabalho o princípio da primazia da realidade, no sentido de que importa a efetiva verdade dos fatos, e não a simples forma ou denominação atribuída ao negócio jurídico”, deste modo, se ocorrer a comprovação de que a terceirização se mantinha irregular, desrespeitando os requisitos de falta de pessoalidade e subordinação, de nada importará a juntada da documentação firmada entre as partes, o vínculo direto do trabalhador com o tomador dos serviços será reconhecido por se configurar a nulidade prevista nos ditames do art. 9º da CLT.

Agora, a fim de analisar a caracterização da terceirização em atividades lícitas e ilícitas, passemos a aclarar no que consistem as tão mencionadas atividades-meio e as atividades-fim.

1.1.1 Atividades-meio e atividades-fim

Consenso entre todos os doutrinadores é que a Súmula nº 331 se fez permissiva à terceirização em atividades-meio, que são:

aquelas atividades complementares ou suplementares, mas que não representam o objeto social da empresa, não sendo diretamente necessárias para a consecução dos fins empresariais, apesar de que para os mesmos contribuirão indiretamente (ZANGRADO, 2008, p. 1008). (Grifado original).

Em relação às atividades-fim da empresa, nos dizeres de Zangrado (2008, p. 1008), “diríamos que se entende por atividades-fim aquelas que se traduzem no próprio objeto social da empresa, ou são essenciais para a sua consecução, embora a ele não necessariamente limitadas”.

Martins (2003, p. 47) diz que “difícil de admitir, é a terceirização da atividade-fim do empreendimento, pois aí a empresa não estaria prestando serviços, mas fazendo arrendamento do próprio negócio”. Como o autor exemplifica, “uma empresa

que tem por atividade a limpeza, não poderia terceirizar os próprios serviços de limpeza” (MARTINS, 2003, p. 133). Pois neste caso, se entenderia apenas como uma forma de contornar os custos com encargos trabalhistas, que se configurada, mais uma vez se estaria diante de situação de nulidade. No entanto Martins (2003) refere que certas atividades-fim podem ser terceirizadas, dando como exemplo a produção automobilística e as empresas de compensação bancária. Isto seria possível porque há outros aspectos a serem analisados, como lembra Delgado (2012), a ausência de pessoalidade e subordinação, que devem, necessariamente, circundar as atividades terceirizadas, pois estes dois itens, é que irão determinar se a terceirização é lícita ou ilícita.

Criticando a restrição da Súmula nº 331 à terceirização das atividades-fim, Martins (2003, p. 133) diz que,

não se pode afirmar, entretanto, que a terceirização deva restringir-se à atividade-meio da empresa, ficando a cargo do administrador decidir tal questão, desde que a terceirização seja lícita, sob pena de ser desvirtuado o princípio da livre iniciativa contido no art. 170 da Constituição. A indústria automobilística é exemplo típico de delegação de serviços de atividade-fim, decorrente, em certos casos, das novas técnicas de produção e até da tecnologia, pois uma atividade que antigamente era considerada principal pode hoje ser acessória.

Corroborando tal argumentação, Martins (2003) dá como exemplo o das costureiras que prestam serviços em sua própria residência para empresas de confecção. Tais trabalhadoras autônomas, não são consideradas empregadas, desde que não haja subordinação, podendo, aí, serem consideradas empregadas em domicílio, nos termos do art. 6º da CLT.

Concluindo-se que na prática, ocorre a terceirização de atividades-fim, apesar da doutrina e a jurisprudência afirmarem, “que a terceirização de atividade-fim, em princípio, não é admitida” (GARCIA, 2013, p. 08), pois para ambas valem os requisitos da impessoalidade e não subordinação, no que for compatível com a forma contratada.

1.1.2 Terceirização lícita e ilícita

Alertando que enquanto a contratação de força de trabalho se mantiver predominantemente no formato clássico, a terceirização em caráter lícito será exceção, Delgado (2012) ensina que as hipóteses de terceirização lícita estão hoje, elencadas na já mencionada Súmula nº 331 do TST, que dispõe:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral (<www.tst.gov.br>). (Grifado original).

O autor separa em quatro grupos, delimitados em meio aos incisos da Súmula supramencionada, as situações da terceirização lícita.

a) O primeiro seria a contratação de trabalhador temporário, por empresa interposta, regimentados pela Lei nº 6.019/74 e prevista no inciso I. Tal forma de contrato será estudada em subcapítulo próprio devido a sua modalidade peculiar, mas diga-se de antemão que é a única espécie de terceirização em que a subordinação e pessoalidade são com o tomador do serviço, mesmo se mantendo o vínculo empregatício com a empresa de trabalho temporário, além de o Estado deter um rígido controle sobre tais empresas interpostas através do MTE.

b) O segundo seria restrito as atividades de vigilância, que no antigo Enunciado nº 256 seriam apenas as atividades de vigilância bancária, quando indicava a Lei nº 7.102/83. Mas hoje, o inciso III, faz menção, genericamente a atividades de vigilância inserindo no tipo legal qualquer segmento de mercado de trabalho que contratem serviços de vigilância de empresas especializadas, por intermédio da vigilância de forma inteiramente lícita. Tal abrandamento feito pela Súmula foi assimilado inteiramente pelo legislador, que em 1994 alterou a Lei 7.102/83, cabendo lembrar que vigilante pertence a categoria diferenciada (DELGADO, 2012). Para a existência regular de tais empresas, é obrigatório seu registro e de seus vigilantes no Ministério da Justiça (na Polícia Federal).

c) O terceiro grupo trata das atividades de limpeza e conservação também referidas no inciso III, foi uma das primeiras atividades a ensejar a terceirização, mesmo antes de existir previsão legal a definindo como lícita. Tal referência possuía redação semelhante na Lei nº 5.645/70, que tratava de tais atividades terceirizadas no âmbito da Administração Pública.

d) E o quarto e último grupo de atividades lícitas, seriam as atividades especializadas ligadas as atividades-meio do tomador, já vistas anteriormente.

Lembrando, que os quatro grupos, à exceção do trabalho temporário, devem respeitar a impessoalidade e ausência de subordinação entre o tomador dos serviços e obreiros.

Quanto a terceirização ilícita, esta se trata das situações de subcontratação não incluídas na Súmula, nestes casos sequer é suscitada a situação da empresa interposta, o que vai se analisar será o vínculo empregatício direto entre o tomador dos serviços e o obreiro (DELGADO, 2012). Constatada a situação de ilicitude tratar-se-á apenas dos efeitos, das consequências, trazidas pela tentativa de burlar a legislação celetista.

1.1.3 Efeitos

A Súmula nº 331, I, traz como efeito a punição da subcontratação ilegal com o reconhecimento de vínculo empregatício direto com a empresa tomadora de serviços, respondendo a terceirizada solidariamente em caso de eventual condenação trabalhista, na forma do art. 942 do Código Civil (CAMINO 2004).

Cabe frisar que também há a previsão de responsabilidade subsidiária ao tomador dos serviços na Súmula nº 331, em seus incisos IV e VI. Neste caso, o reconhecimento do vínculo direto com o tomador do serviço, não ocorre, o vínculo empregatí-

cio com a empresa terceirizada fica intocado (DELGADO, 2012), do mesmo modo que na situação específica da Administração Pública, que será esmiuçada à frente.

Tal previsão se embasa nos conceitos de culpa *in eligendo* que é “a falta de cuidado que vem expressa na má escolha de determinada pessoa, quando presente entre elas vínculo de subordinação” (<www.lfg.com.br>). E da culpa *in vigilando* que é a falta de cuidado que “caracteriza-se pela inobservância do dever de vigiar determinada pessoa sujeita à fiscalização” (<www.lfg.com.br>). Neste sentido, leciona Camino (2004, p. 240) que “ambas as espécies o tornarão incurso no art.927 do Código Civil e demandarão a sua responsabilização subsidiária”.

Grande parte da doutrina dá conta de que a responsabilidade subsidiária na terceirização subsiste pela aplicação analógica do art. 455 da CLT, que trata da obrigação do empregador pagar, subsidiariamente, pelos encargos devidos pelo subempregado aos obreiros.

Zangrado (2008) critica a imputação de responsabilidade subsidiária ao tomador de serviço, pela jurisprudência, alegando que o que se tenta pelo Poder Judiciário é a imputação de uma responsabilidade solidária imprópria, quando obriga quem não é empregador a pagar pelo débito do real empregador. Embasando sua contrariedade no posicionamento doutrinário de que a solidariedade não pode ser presumida, mas sim perfectibilizada por lei ou contrato firmado entre as partes, alega que também ocorre violação ao princípio da legalidade, onde ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. O autor ainda afirma que por dar ao trabalhador terceirizado o benefício da subsidiariedade com o tomador dos serviços, fere-se o princípio da isonomia. Critica a analogia feita com o art. 455 da CLT, uma vez que segundo as regras de analogia e hermenêutica, tal relação com o dispositivo celetista seria descabido face sua natureza obrigacional plenamente civilista. Não obstante, Zangrado (2008) refuta as argumentações de que a culpa *in vigilando* e *in eligendo*, ensejam a responsabilidade subsidiária do tomador, uma vez que seria necessária, para a constatação de culpa *in eligendo*, a comprovação de que o tomador dos serviços, mesmo após verificar que as certidões negativas de ações e débitos trabalhistas e outras mais, demonstravam se tratar de empresa inadimplente, ainda assim fez questão de contratá-la. O autor se justifica acrescentando que, “não se pode falar que o tomador dos serviços tivesse eleito mal a prestadora, ou [...] teríamos que admitir que o empregado também incorreria na mesma culpa, ao escolher seu empregador” (ZANGRADO, 2008, p. 1025).

No caso da culpa *in vigilando*, o autor questiona o fato de a própria jurisprudência vedar o tomador de serviço a gerir as atividades do trabalhador terceirizado e depois o responsabilizá-lo pela falta de fiscalização dos mesmos. Portanto, não caberia “imputar culpa a quem não fez o que não era sua obrigação” (ZANGRADO,

2008, p. 1026). O autor acredita que imputando-se tal obrigação ao tomador, estar-se-ia ferindo o princípio do contraditório e a ampla defesa, pois como muitas vezes ocorre, a empresa prestadora de serviço fecha as portas e desaparece sem deixar vestígios, sendo citada por edital e, ato contínuo, declaradas revel. Deste modo, como o tomador é litisconsorte passivo, acaba tendo que se defender na ação, mas sem quaisquer documentos a corroborar sua defesa, visto que não tinha controle e sequer acesso sobre cartões ponto, recibos, contrato de trabalho, etc. Sabendo desta situação, os reclamantes se excedem nos pedidos, podendo em alguns casos o tomador arcar com estes custos.

Arremata Zangrado (2008, p. 1020) que, “falece ao órgão do Poder Judiciário a capacidade de impor solidariedade [...] nas obrigações entre o prestador de serviços e o tomador de serviços, salvo previsão expressa no contrato, ou na lei”. Mas reconhece que na prática, o que ocorre, é que apesar da grande quantidade de empresas prestadoras de serviços, a maioria delas se mantém devido a um único contrato com uma grande empresa tomadora de seus serviços, e quando tal contrato é rompido ela some, desaparece, sem pagar qualquer direito trabalhista a seus empregados, o que ocasionou a criação da regra do inciso IV da Súmula nº 331.

Ainda, é possível a punição do tomador de serviço com a situação do salário equitativo, que também pode ocorrer na terceirização lícita.

Regida pelo princípio da isonomia salarial com sustentação no art. 7º, XXXII, da Constituição de 1988 (<www.planalto.gov.br>) que determina a “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”, é que emerge a equiparação salarial.

Tal instituto já possuía previsão na CLT que a todo trabalho de igual valor corresponde salário igual, sem distinção de sexo (art. 5º). E ainda, no capítulo referente à remuneração, se tem o art. 461 e seus parágrafos, que garantem aos trabalhadores de idêntica função, de mesma atividade, ao mesmo empregador, em mesma localidade, igual salário, sem distinção por sexo, cor, nacionalidade e idade, desde que observado o tempo em que se encontram na empresa (diferença não superior a dois anos), advertindo que se há quadro de carreira e havendo trabalhador readaptado por motivo de deficiência estes não servem de paradigma.

Santos (2011, <www.conteudojuridico.com.br>) refere que, “a contratação mediante terceirização não pode criar padrão de contratação inferior àquele que caracteriza o trabalhador submetido a contrato empregatício típico”.

Claro que o simples fato de existir diferença salarial entre o trabalhador terceirizado e o empregado direto da tomadora de serviços, não autoriza por si só a incidência de equiparação salarial, no entanto, no caso da terceirização ilícita, o trabalhador que exerce a mesma função do empregado do tomador de serviço, terá

direito a todas as verbas trabalhistas em igualdade com o colega de mesma função quando do reconhecimento do vínculo empregatício direto com o tomador (DELGADO, 20012).

Contrário, Martins (2010), citado por Santos (2011, <www.conteudojuridico.co m.br>) aduz: “no meu entendimento não é possível haver equiparação salarial ou igualdade de salário entre empregado de empresa prestadora de serviços e empregado pertencente à tomadora, pois os empregadores são distintos”.

Em relação ao trabalho temporário, é pacífico que o trabalhador neste regime tem garantida a equiparação salarial ao colega de mesma atividade.

Quanto aos efeitos de possível reconhecimento de vínculo ou responsabilidade subsidiária contra entes e órgãos estatais, veremos à frente.

1.1.4 Terceirização na Administração Pública

Nossa CF de 1988 determinou em seu art. 37, II e §2º, que ninguém será investido em cargo ou emprego público em entidades da Administração Pública, sem aprovação em concurso público. Assim insurgiu por anos a discussão a respeito da antiga redação da Súmula nº 331, que determinava o reconhecimento do vínculo direto com o tomador de serviço, mas que até então não fazia ressalva à Administração Pública (DELGADO, 2012).

Existem várias correntes para delimitar o tema, todas polêmicas, mas Delgado (2012) traz uma corrente intermediária, a qual determina que se deve dar regular validade a Constituição, ao referir que tal corrente colocaria em confronto o art. 37, II e §2º, o art. 5º *caput*, primeira parte, somado ao inciso I, do mesmo dispositivo e ao art. 7º, XXXII. Ou seja, a vedação de investidura em cargo ou emprego público sem a prévia aprovação em concurso público, em contraponto aos princípios da igualdade e isonomia. Afirma Delgado (2012, p. 457):

a resposta está na garantia da observância da isonomia [...] no núcleo da relação jurídica trabalhista pactuada, afastando-se os efeitos perversos e discriminatórios tentados pela terceirização ilícita. O afastamento desses efeitos antijurídicos da terceirização ilícita suporia assegurar-se ao trabalhador terceirizado todas as verbas trabalhistas legais e normativas aplicáveis ao empregado estatal direto que cumprisse a mesma função no ente estatal tomador dos serviços. Ou todas as verbas trabalhistas legais e normativas próprias à função específica exercida pelo trabalhador terceirizado junto ao ente estatal beneficiado pelo trabalho. Verbas trabalhistas apenas – sem retificação, contudo, de CTPS quanto à entidade empregadora formal, já que este tópico é objeto de expressa vedação constitucional. (Grifado original).

Assim, não teria o trabalhador prejuízos com a prestação de trabalho e a administração estatal manteria asseguradas suas prerrogativas constitucionais de ingresso em cargos públicos.

Garcia (2013) menciona a decisão exarada pelo STF, que julgou procedente o pedido formulado na ADC-16, onde se pleiteava a validade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, que previa a responsabilidade total da empresa contratada, pelos encargos resultantes de contrato com empresa terceira (fiscais, trabalhistas, etc.), impedindo que qualquer inadimplência da empresa afetasse ou transferisse qualquer responsabilidade ao ente estatal contratante.

Ainda assim, [...] é possível dizer que a exclusão da responsabilidade subsidiária da Administração Pública apenas pode ser aplicada quando esta tenha cumprido todos os preceitos da norma relativa a licitações e contratos administrativos, inclusive fiscalizando a empresa ou ente prestador dos serviços contratados, no sentido de verificar o regular adimplemento dos direitos trabalhistas (GARCIA, 2013, p. 15).

Deste modo, a automática fixação da responsabilidade estatal em caso de inadimplemento de prestadoras de serviço para com seus empregados, foi determinada a incabível. O que levou o TST a reeditar a Súmula nº 331, incluindo no inciso V, a previsão de condenação dos entes estatais apenas de forma subsidiária, caso comprovada a culpa destes no cumprimento de suas obrigações, especialmente na fiscalização sobre a empresa prestadora dos serviços, a qual continua em vigência (DELGADO, 2012).

2. TRABALHO TEMPORÁRIO

Editada em 1974, a Lei nº 6.019, passaria a abranger a terceirização no âmbito privado, nos moldes do Trabalho Temporário, que está conceituado na própria lei como “aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços” (art. 2º, Lei 6.019/74, <www.planalto.gov.br>).

Tal forma de trabalho não pode ser confundida com o contrato a termo, uma vez que entre tomador e trabalhador temporário não há relação de emprego, pois o trabalhador é empregado da empresa de trabalho temporário, ao passo que o trabalhador admitido por contrato a termo tem vínculo empregatício direto com o tomador de seus serviços, sem interveniência de outro sujeito (NASCIMENTO, 2010).

O trabalho temporário se difere, ainda, em muito, da terceirização comum, pois enquanto a terceirização admite apenas a subcontratação de mão de obra para execução de atividades-meio, o trabalho temporário, é comumente utilizado para contratação de mão de obra para atividades-fim. Inobstante, têm-se a peculiaridade existente na relação entre tomador de serviços e trabalhador, onde não se tem vínculo empregatício pelo fato deste se dar com a empresa terceira, mas a pessoalidade ocorre diretamente entre os dois, ou seja, no aspecto fático, o vínculo ocorre entre tomador e trabalhador sem que se vinculem no contrato de trabalho, o que é inaceitável na terceirização típica. Ainda, o trabalhador temporário é substituto do empregado direto do tomador, que se encontra afastado, ou esta ali para aumentar a produção, como se mais um empregado fosse, duas situações que lhe deixa submetido às mesmas condições do empregado, inclusive recebendo as mesmas ordens, cobranças, por vezes desempenhando a mesma função, sendo justo que aufera renda equivalente aos demais colegas de função equiparada, assim adentrando o já referido princípio da isonomia salarial (CAMINO, 2004).

Mas, criticando a regularização do trabalho temporário, Manus (2007, p. 73) refere que,

em tese, tal regulamentação serviria para evitar abusos dos empregadores, no sentido de, em certas épocas do ano, utilizarem-se de trabalhadores eventuais, ou avulsos, como vimos, para atender ao aumento de serviços, vindo, por diversas formas, a prejudicar os direitos dos empregados. Todavia, a regulamentação do trabalho temporário tem como principal defeito estimular o trabalho por curtos períodos, em oposição a um princípio básico de Direito do Trabalho, que é o da continuidade da prestação de serviços. Assim é que, sendo a contratação pelo tomador de serviços com a empresa de serviços temporários mais barata do que a admissão de empregados, serve a referida lei como forma de desestimular os empregadores a aumentar a oferta de empregos, o que é indesejável à coletividade.

Cabe lembrar que a utilização desta forma de contratação, é restrita às hipóteses lidas no art. 2º da referida Lei, não podendo ser utilizado indiscriminadamente, o que limita sua incidência. O enquadramento em uma das duas hipóteses é requisito para sua forma lícita, que não ocorrendo, autorizam o reconhecimento do vínculo previsto na Súmula nº 331, inciso I (DELGADO, 2012).

Os contratos da empresa de trabalho temporário, deverão ser obrigatoriamente escritos, devendo o contrato com a tomadora dos serviços conter as razões da contratação e o contrato celebrado com cada trabalhador deverá conter a relação de todos os seus direitos, previstos no decorrer da Lei nº 6.019/74, restando nula qual-

quer cláusula que vede uma possível contratação direta entre o trabalhador, pela empresa tomadora de serviços. Além disso, é obrigatória a anotação da CTPS com a informação de sua condição de trabalhador temporário (ZANGRADO, 2008).

Há de se lembrar, que apesar da duração máxima da contratação ser de três meses, ainda é possível sua prorrogação, uma única vez e desde que autorizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, quando atendidos os requisitos da Portaria nº 550/10 do MTE (ZANGRADO, 2008).

As empresas de trabalho temporário, para funcionarem de acordo com a legalidade, devem obrigatoriamente ser registradas no MTE. Pois, caso a empresa contratada, não se encontrar com tal registro regularizado, pode o tomador dos serviços desta, arcar com uma condenação cara, em que o vínculo empregatício se formara diretamente entre ele e o trabalhador (CAMINO, 2004).

Já, acerca dos direitos a que tem o trabalhador temporário, a Lei os menciona nas alíneas do art. 12: remuneração equivalente ao dos colegas de função, jornada limitada a oito horas e em caso de excedente acréscimo em 20%, férias, repouso remunerado, adicional noturno, indenização por dispensa sem justa causa e recolhimentos previdenciários.

Quanto ao direito a indenização por dispensa sem justa causa ou término do contrato, previsto na alínea f do comentado art., não mais se aplica após o advento da Constituição de 1988, pois passou a se utilizar o FGTS (Camino 2004).

Sobre alterações dos direitos previstos, comenta Zangrado (2008, p. 669) que:

[...] a jurisprudência vem admitindo a concessão de outros direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal de 1988 para generalidade dos trabalhadores, como o 13º salário proporcional, acréscimo de 1/3 de férias proporcionais; licença-paternidade, FGTS, adicional noturno, salário-família, e licença à gestante, etc. Se o contrato for extinto antes de seu término previsto, o aviso prévio não é devido, tampouco a indenização de 40% do FGTS. A estabilidade da gestante ou do acidentado não é aplicável, por se tratar de contrato por tempo determinado. Aplicam-se ao trabalhador temporário os atos e circunstâncias mencionados nos artigos 482 e 483 da CLT, sejam praticados ou ocorridos entre o trabalhador e a empresa de trabalho temporário ou entre aquele e a empresa tomadora dos serviços (Lei n. 6.019/74, art. 13).

Como quebras e falências ocorrem diariamente no cenário empresarial, no ramo das empresas de trabalho temporário não seria diferente, assim, o art. 16, determina a responsabilidade solidária entre a tomadora e a esta espécie de terceirizada no caso de falência, cabendo a qualquer uma delas o pagamento de todos os encargos trabalhistas devidos. Tal dispositivo é mais uma forma de obrigar as toma-

doras a bem escolher a empresa de trabalho temporário com quem vai contratar, talvez, seja exatamente por tal motivo se tenha o art. 14 da mesma Lei (<www.planalto.gov.br>), referindo que “as empresas de trabalho temporário são obrigadas a fornecer às empresas tomadoras ou clientes, a seu pedido, comprovante da regularidade de sua situação com o Instituto Nacional de Previdência Social”. Além disto, Camino (2004), já trouxe, à época, o entendimento da jurisprudência de que o correto seria imputar às empresas de trabalho temporário a responsabilidade subsidiária ao tomador dos serviços nos casos de simples inadimplência, o que tem se aplicado, mas pela agora Súmula nº 331, IV, que engloba qualquer espécie de terceirização.

Hoje o MTE fiscaliza as empresas de terceirização e de trabalho temporário, sendo que em 2010, a partir da edição da Portaria nº 550 do MTE, ficou determinado que as empresas de trabalho temporário deveriam, além de requisitar no referido órgão, autorização para funcionamento e autorização para prorrogação do contrato, remeter informações mensalmente sobre os dados cadastrais, numa espécie de relatório onde constariam os contratos em vigência, além do número de contratos prorrogados, e tudo o mais que fosse relevante ao MTE (art. 7º da Portaria nº 550/2010).

3. COOPERATIVAS

As sociedades cooperativas são empresas de corpo diferenciado desde sua constituição, que se dá por intermédio de uma assembleia realizada por seus fundadores ou por instrumento público, quando todos voluntariamente de acordo, devendo seus atos constitutivos serem arquivados, na Junta Comercial do local ou região onde se encontram, e publicados, para que tenham validade. Nas sociedades cooperativas, não há diferenciação dos sócios pelas cotas, sendo que os votos se contam por cada sócio, um homem, um voto (CARDONE, 2007).

Existem várias modalidades de cooperativas, no entanto a modalidade que nos interessa é a cooperativa de trabalho. A fim de apresentar um conceito de cooperativa de trabalho, cito Martins (2003, p. 45), que afirma, “cooperativa é a sociedade de pessoas que têm por objetivo a organização de esforços em comum para a consecução de determinado fim”.

Em dezembro de 1994, a Lei nº 8.949 alterou a redação do art. 442 da CLT acrescentando o parágrafo único, que previa nova hipótese de subcontratação de mão de obra (DELGADO, 2012), quando o dispositivo determina que “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo emprega-

tício entre ela e seus associados, nem entre eles e os tomadores de serviços daquela” (art. 442 da CLT, <www.planalto.gov.br>).

A Lei nº 5.764 de 1971 que regula as cooperativas de modo geral, já referia que “qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados” (art. 90, Lei nº 5.764/71, <www.planalto.gov.br>), mas, mesmo sendo clara o suficiente, o legislador criou o parágrafo único ao art. 442 da CLT que de forma redundante, suscitou inúmeras dúvidas, gerando sua interpretação incorreta logo de início, inclusive por juízes, como menciona Alemão (2012, p. 32):

o parágrafo cooperador levanta uma dúvida que pode induzir a erro o leitor que não conhece o princípio da primazia da realidade. Se a relação de trabalho é *realmente* de cooperado, não existe vínculo de emprego com ninguém por não existir a própria subordinação. No entanto, essa norma inserida na CLT gerou mudança de atitude de muitos juízes que na época passaram a indeferir pedidos de declaração de vínculo de emprego, mesmo quando preenchidos os requisitos legais para tal (Grifado original).

Hoje, mesmo após o firmamento da jurisprudência no sentido de que o parágrafo único do art. 442 não se sobreporia ao art. 3º e art. 9º da CLT, sendo possível o reconhecimento do vínculo empregatício entre cooperativa e cooperado, o projeto da recente Lei nº 12.690, de julho de 2012, detinha o interesse de revogar o dispositivo conflituoso, no entanto, o artigo que expressava tal intenção, foi vetado, quando da publicação do texto final da lei, mantendo-se atualmente em vigor o dispositivo celetista (ALEMÃO, 2012).

O que se percebe, é que detinha o legislador, a intenção de retirar as relações cooperativistas do rol empregatício, quando estas fossem legítimas, e não apenas criar um artifício jurídico para que empresas burlassem a CLT. Observe-se o que ensina Delgado (2012, p. 331) “a lei favoreceu o cooperativismo, ofertando-lhe a presunção de ausência de vínculo empregatício; mas não lhe conferiu um instrumental para obrar fraudes trabalhistas”.

Tal espécie de sociedade passou a ser utilizada de forma incorreta, apenas para contornar os encargos trabalhistas, sendo necessária assim, a criação de meios para que se reconhecesse uma relação cooperativa legítima, como os princípios da dupla qualidade, onde o cooperado é ao mesmo tempo cliente e associado, e o da retribuição pessoal diferenciada, onde teria o sócio cooperado vantagens, facilidades para trabalhar, que caso estivesse sozinho não teria (DELGADO, 2012).

Na nova Lei nº 12.690/2012, em seu art. 1º, percebe-se que o legislador deixou bem evidente a vigência da Lei nº 5.764 de 1971, isto porque, ainda que trate especificamente de cooperativas de trabalho, tais figuras mantêm-se como uma coope-

rativa, da mesma forma que as demais, portanto dá-se o mesmo sentido à menção da vigência do Código Civil.

A Lei inova em muitos aspectos, um deles quando taxa e enumera quais os princípios que regem as cooperativas de trabalho em seu art. 3º, ainda, quando tenta definir um conceito jurídico de cooperativa de trabalho em seu art. 2º, que seria a sociedade constituída por trabalhadores para exercerem suas atividades laborativas ou profissionais em proveito comum, com autonomia e autogestão para que obtenham melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e melhores condições gerais de trabalho.

Alemão (2012) refere ser um problema a aplicação prática desta lei, pois nosso ordenamento jurídico possui mais de uma cooperativa de trabalho, como as cooperativas sociais da Lei nº 9.867/99, que se dá entre pessoas que se encontram em desvantagem no mercado de trabalho, que mesmo não se enquadrando na definição dada pela nova lei, no artigo acima, não se encontram irregulares.

A lei delimita (no art. 4º) em duas, as possíveis espécies de cooperativas de trabalho. As cooperativas de produção e de serviço (esta última para prestação de trabalho a terceiros, forma que daremos prioridade na análise), do mesmo modo que exclui outras cooperativas do rol regulado por esta lei, (art. 3º). Deste modo, questiona Alemão (2012) se caberia a tais cooperados, como os da Lei nº 9.867/99, os direitos previstos no art. 7º da Lei nº 12.690/12. E ainda critica: “é como se o empregado só tivesse direitos trabalhistas se o seu empregador preenchesse certos requisitos” (ALEMÃO, 2012, p. 37). Agora, no que tange aos direitos trabalhistas dos cooperados, muito próximos aos direitos dos empregados, repare os ditames de Silva (2012, p. 19):

a diferenciação entre o regime jurídico (trabalhista) do empregado e o do cooperado foi sensivelmente diminuído, na medida em que a lei da cooperativas de trabalho (Lei 12.690/12) estendeu a estes relevante rol de direitos trabalhistas, [...]. Criou –se mais uma hipótese de trabalhadores não empregados (regidos por normas de direito civil) detentores de normas e direitos análogos aos trabalhistas aos trabalhistas clássicos, em função da peculiaridade da situação em que se encontram. Aproximou-se os dois regimes (trabalhista e cooperativo) através de diálogo normativo alvissareiro, tendo como fito a ampliação irrestrita do princípio da dignidade humana do trabalhador.

Frise-se que tais direitos trabalhistas, são diferenciados diante da condição dos trabalhadores cooperados, pois não são estes empregados e, portanto, cuide-se para não confundir com direitos advindos de vínculo empregatício, os direitos previstos no seguinte texto:

Art. 7º A Cooperativa de Trabalho deve garantir aos sócios os seguintes direitos, além de outros que a Assembleia Geral venha a instituir:

I - retiradas não inferiores ao piso da categoria profissional e, na ausência deste, não inferiores ao salário mínimo, calculadas de forma proporcional às horas trabalhadas ou às atividades desenvolvidas;

II - duração do trabalho normal não superior a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, exceto quando a atividade, por sua natureza, demandar a prestação de trabalho por meio de plantões ou escalas, facultada a compensação de horários;

III - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

IV - repouso anual remunerado;

V - retirada para o trabalho noturno superior à do diurno;

VI - adicional sobre a retirada para as atividades insalubres ou perigosas;

VII - seguro de acidente de trabalho.

§ 1º Não se aplica o disposto nos incisos III e IV do caput deste artigo nos casos em que as operações entre o sócio e a cooperativa sejam eventuais, salvo decisão assemblear em contrário.

§ 2º A Cooperativa de Trabalho buscará meios, inclusive mediante provisionamento de recursos, com base em critérios que devem ser aprovados em Assembleia Geral, para assegurar os direitos previstos nos incisos I, III, IV, V, VI e VII do caput deste artigo e outros que a Assembleia Geral venha a instituir.

§ 3º A Cooperativa de Trabalho, além dos fundos obrigatórios previstos em lei, poderá criar, em Assembleia Geral, outros fundos, inclusive rotativos, com recursos destinados a fins específicos, fixando o modo de formação, custeio, aplicação e liquidação.

§ 4º (VETADO).

§ 5º A Cooperativa de Trabalho constituída nos termos do inciso I do caput do art. 4º desta Lei poderá, em Assembleia Geral Extraordinária, estabelecer carência na fruição dos direitos previstos nos incisos I e VII do caput deste artigo.

§ 6º As atividades identificadas com o objeto social da Cooperativa de Trabalho prevista no inciso II do caput do art. 4º desta Lei, quando prestadas fora do estabelecimento da cooperativa, deverão ser submetidas a uma coordenação com mandato nunca superior a 1 (um) ano ou ao prazo estipulado para a realização dessas atividades, eleita em reunião específica pelos sócios que se disponham a realizá-las, em que serão expostos os requisitos para sua consecução, os valores contratados e a retribuição pecuniária de cada sócio partícipe (<www.planalto.gov.br>).

Repare que se fala sempre em retiradas, jamais em pagamento de salário, apesar de que tais retiradas não possam ser inferiores ao piso previsto para a função do

trabalhador (inciso I), com exceção de jornada inferior à comum, nos termos da OJ nº 358 do TST, ou ainda no caso de decisão em assembleia de cooperativas, conforme a referida carência de fruição, prevista no parágrafo 5º do mesmo art. (ALEMÃO, 2012). Criticando a previsão de tal dispositivo, Silva (2012, p. 27) assevera:

esse dispositivo (carência para alguns cooperados) se aplicado terá laivos de inconstitucionalidade, pois cria injustificável discriminação entre associados que laboram na cooperativa, o que é agravado pelo fato de que o que se permite que seja afastado pela assembleia são direitos inerentes à condição e a dignidade humana do trabalhador. Há incongruência na norma, uma vez que a assembleia não pode remediar o que a lei reconheceu como direitos mínimos para todos, inclusive em nível de tutela da própria integridade psicofisiológica do trabalhador (como no caso da duração do trabalho).

Mas, pelo fato de apenas determinados trabalhadores se enquadrarem em pisos, por sua função, por intermédio de lei federal ou estadual que o regule, e não participarem as cooperativas de convenções coletivas, menos ainda serem representadas por sindicato, acaba-se incidindo em geral o piso do salário mínimo nacional. Já, quando se fala em cooperativas de serviço, utiliza-se por analogia o art. 12, “a”, da Lei nº 6.019/74 (ALEMÃO, 2012). O autor, aturdido, finaliza referindo que: “chego à conclusão que a Lei pretende de fato regular as cooperativas fraudulentas, embora as mantenham nesta condição, pois como veremos mais adiante ela proíbe a intermediação de mão de obra (art. 5º)” (ALEMÃO, 2012, p. 34).

A delimitação da jornada de trabalho, fica a cargo do inciso II, que limita a jornada de trabalho, mas não faz menção às horas extras, e não suficiente, o parágrafo 4º, que tratava da forma que se procederia a delimitação do percentual de retribuição de horas adicionais, sofreu veto (ALEMÃO, 2012). Diante deste quadro, leiam-se as palavras de Alemão (2012, p. 35):

[...] não é possível delimitar a jornada do trabalhador subordinado sem fixar as horas extras, pois uma decorre da outra já que a mera proibição não poderá enriquecer sem causa o tomador de serviços. O que depende de lei ou negociação, é o percentual de acréscimo. Mesmo com o veto, se o cooperado trabalhar além do limite e sem a devida compensação, certamente ele terá direito às horas extras, mesmo que sem percentual de acréscimo, sob risco do enriquecimento sem causa do tomador. Por este ângulo o trabalhador explorado sempre terá a proteção do judiciário. É recomendável que as assembleias ou estatutos tratem desta questão por conta própria, pois o veto não proíbe a sua regulamentação pelas próprias cooperativas. É bom lembrar que veto presidencial não é uma proibição.

Quanto ao tema, observe-se a opinião de Silva (2012, p. 25) ao mencionar que,

embora legítima a preocupação da Presidência da República o item vetado não se afigura inconstitucional se interpretado sistematicamente com os demais preceptivos do projeto de lei. Na prática, a assembleia geral poderá estabelecer jornada de trabalho diversa do módulo geral das 8h diárias e 44h semanais, porque autorizada pelo inciso II do art. 7º, mas deverá respeitar os limites previstos neste dispositivo.

Em relação aos outros direitos previstos nos demais incisos, como menciona Alemão (2012), lembram em muito os direitos dos empregados celetistas, apesar de que a lei também não determina o meio que se deverá fixar o percentual aplicável. Além disto, o autor critica a criação de tantos direitos, pois no momento em que se aumentam as retiradas, diminui-se a renda do trabalhador, vez que é da força de trabalho que se gera a captação de recursos ao fundo da cooperativa.

Para garantir os gastos com os direitos do art. 7º, a lei obriga a cooperativa a “buscar meios” para tal, conforme §§2º e 3º do mesmo artigo, aprovado em Assembleia Geral. A norma permite criar fundos específicos para tal. Trata-se de uma medida de eficácia duvidosa, pois tal fundo acaba diminuindo as próprias retiradas ordinárias. O problema nesse caso é a possibilidade de se pagar a si próprio. Fica parecendo que neste caso se está criando direitos meramente formais, pois quem paga é o próprio beneficiário (ALEMÃO, 2012, p. 38). (Grifado original).

Em contrapartida a este posicionamento, Silva (2012) sustenta que a Lei protege o cooperado ao garantir todos estes direitos, que iriam de acordo com os princípios da dignidade humana, valorização do trabalho e não discriminação, principalmente quando prevê a garantia dos trabalhadores a efetuar retiradas não inferiores aos da correspondente categoria profissional, o que aniquilaria a criação e utilização do sistema cooperativo para fraudar e diminuir encargos trabalhistas na terceirização. Não satisfeito, o autor ainda refere:

o parâmetro da nova lei não é o salário dos empregados da empresa tomadora e sim o salário profissional (piso normativo) previsto em lei ou em instrumentos coletivos negociados, como a convenção e o acordo coletivos de trabalho, sendo devido em qualquer caso ao cooperado ao menos o respeito ao salário mínimo hora. O texto garante também ao cooperado a fixação de um sistema de limitação da duração do seu trabalho, seja no aspecto da duração diária, semanal e anual, ao instituir os tetos

de jornada de 8h por dia de trabalho, de respeito ao repouso semanal remunerado e da duração anual do labor (férias), respectivamente (SILVA, 2012, p. 25).

O parágrafo 6º, do art. 7º, menciona como devem se dar as atividades especializadas, previstas no objeto social das cooperativas de serviço, que irão se realizar fora da cooperativa, ou seja, na empresa tomadora de serviços.

[...] essas atividades de prestação de serviço devem estar submetidas a uma “coordenação”, a ser realizada por um coordenador, ao que tudo indica alguém da própria cooperativa de trabalho, que tenha mandato de um ano (ou ao prazo definido para realizar a atividade de prestação do serviço). Tanto é assim que o referido “coordenador” deve ser eleito em reunião específica pelos sócios que tenham interesse em realizar as atividades de prestação de serviço, na qual também devem ser expostos os requisitos para a realização da atividade, os valores contratados e a retribuição a ser recebida pelo sócio que participar (GARCIA, 2012, p. 14).

Outra inovação desta Lei é a previsão de normas de direito ambiental do trabalho, nos arts. 8º e 9º, determinando a observância das normas de saúde e segurança do trabalho vigentes (arts. 154 à 201 da CLT, Lei 8.213/91 e normas regulamentadoras do MTE), bem como determinando a responsabilidade solidária do contratante dos serviços e das cooperativas de produção ou serviço, no cumprimento de tais normas. Ignorados tais dispositivos, responderão solidariamente, cooperativa e tomador de serviço, sendo também de ambas a obrigação de emitir a CAT (SILVA, 2012). Neste contexto, pode se supor que, no caso da atividade do trabalhador cooperado ser prestada dentro da própria cooperativa, inexistente solidariedade, respondendo apenas a cooperativa, pois apenas a ela caberia a observância da legislação ao ambiente de trabalho.

Outrossim, sendo o trabalhador cooperado segurado obrigatório do INSS como contribuinte individual (art. 11, V, f, Lei nº 8.213/91 e art. 7º da CF de 1988), deve se observar que o seguro mencionado pela Lei nº 12.690/12 se trata do benefício de indenização pecuniária no caso de acidente a ser arcado pelas pessoas jurídicas responsáveis, não havendo que se falar em duplicidade de garantias, pois os benefícios são de natureza diferenciada (SILVA, 2012).

Quanto ao funcionamento da cooperativa, a Lei possui capítulo dedicado a enumerar todos os seus procedimentos obrigatórios, desde a previsão de sua atividade no corpo do Estatuto Social, passando pelos procedimentos e quóruns aplicáveis às assembleias, até os números mínimo e máximo de sócios cooperados, além de outros pormenores (arts. 10 a 16, Lei nº 12.690/12).

Em relação às penalidades aplicáveis às cooperativas criadas de má-fé, ou que deixem de cumprir com o disposto pela legislação pertinente, encontram-se agrupadas em capítulo próprio, composto, pelos arts. 17 e 18, Lei nº 12.690/12. Cabendo lembrar que no art. 5º desta Lei se inclui a vedação da utilização do cooperativismo para intermediação de mão de obra. Até porque, se “os cooperados prestam serviço apenas para uma empresa, cumprindo horários e regras internas da empresa, é possível provar que há vínculo empregatício e a empresa deverá pagar todos os direitos trabalhistas” (INDRIUNAS, 2007, <<http://empresasefinancas.hsw.uol.com.br>>).

A fiscalização das cooperativas e a aplicação das penalidades cabíveis são de responsabilidade do MTE, que pode determinar a fixação de multa em “R\$ 500,00 (quinhentos reais) por trabalhador prejudicado, dobrada na reincidência, a ser revertida em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT” (art. 17, §1º da Lei nº 12.690/12, <www.planalto.gov.br>), no caso de constatação da prática de subcontratação de mão de obra subordinada, ficando expostos as “sanções penais, cíveis e administrativas cabíveis, sem prejuízo da ação judicial visando à dissolução da Cooperativa” (art. 18 da Lei nº 12.690/12, <www.planalto.gov.br>). Por fim, no caso de condenação de sócio, dirigente ou administrador da cooperativa, em um dos crimes mencionados no dispositivo acima, fica o indivíduo inelegível para qualquer cargo dentro da cooperativa, pelo período de cinco anos a contar do trânsito em julgado da sentença (art. 18 §1º, da Lei nº 12.690/12).

Nos dispositivos 19 a 24, o legislador, por intermédio da criação do PRONACOOOP, no âmbito do MTE, visa o desenvolvimento e melhoria das cooperativas de trabalho, quando instituiu que tal programa apoiará a produção de diagnósticos e planos de desenvolvimento institucional para as cooperativas; a realização de acompanhamento técnico de suas participantes, visando ao fortalecimento financeiro, de gestão, de organização do processo produtivo ou de trabalho, a qualificação dos recursos humanos, além de outras ações que venham a ser definidas por um comitê gestor no cumprimento de suas finalidades (art. 19 da Lei nº 12.690/12).

As atribuições do PRONACOOOP estão instituídas no art. 20 da Lei, que ainda prevê a criação de um Comitê Gestor. Deverá tal comitê ser composto por membros escolhidos em números iguais dentre o governo e entidades representativas das cooperativas de trabalho (art. 20, §1º e §2º, da Lei nº 12.690/12).

A Lei ainda dispõe que os recursos utilizados para a implantação deste programa serão à expensas de dotações orçamentárias anuais, destinadas ao MTE, já os recursos utilizados para possibilitar as linhas de créditos, também previstas por esta Lei, sairão do FAT, de recursos da União, e de outros que possam ser disponibilizados pelo poder público (arts. 22 e 23, Lei nº 12.690/12).

Garcia (2012, p. 21) critica que a lei teria criado mais uma forma precária de trabalho, incentivando a criação de cooperativas de trabalho sem esclarecer precisamente o que são serviços especializados, sem vedar expressamente a terceirização em atividades-fim e permitindo que adotem qualquer objeto social.

Em contrapartida, Silva (2012), afirma que não há dúvida quanto a melhora no cenário das cooperativas com a edição da nova lei, que humaniza e valoriza os trabalhadores cooperados, em consonância com as proteções contidas na CF de 1988. Mas, por ser muito recente tal regulamentação, acredito que o entendimento mediato de Alemão (2012), seria mais razoável. Restaria a impressão que inicialmente a Lei queria afugentar as cooperativas fraudulentas com a criação de todos aqueles direitos trabalhistas do art. 7º, mas, no entanto, no decorrer de seu texto a Lei acabou abrindo espaço “para novas formas de precarização dos cooperados mais fracos, com a criação da figura do cooperado eventual” (ALEMÃO, 2012, p. 42), o que segundo o autor acabaria por agravar mais o cenário cooperativo, por gerar outras formas de exploração mais precárias ao trabalhador, e vantajosas ao explorador, apesar da cooperativa, em sua natureza, não visar lucro.

4. CONCLUSÃO

A terceirização surgiu em épocas de crise econômica, sendo uma saída criada pelos empresários para manter certa estabilidade em suas empresas, o que, inevitavelmente, trouxe reflexos severos nas relações trabalhistas quando passou a ser amplamente utilizado e difundido. Mas não pode apenas ser levado em conta o lucro imediato da empresa para se legalizar a terceirização, principalmente em atividades-fim, o que hoje é ilícito. Devem ser garantidos os direitos dos trabalhadores, do mesmo modo como deve se garantir a existência de postos de trabalho na forma direta, com vínculo empregatício, o Estado não pode abrir precedentes para o cenário empresarial extinguir com os empregados diretos para aderir a terceirização como regra, oprimindo a classe trabalhadora.

Mas que fique claro, não é a terceirização lícita o bicho papão dos empresários ou dos direitos trabalhistas. Apesar das normas existentes não atenderem simultaneamente aos interesses das três partes da relação, devem ser respeitadas, lembrando que a terceirização em si é regulada basicamente pela Súmula nº 331 do TST, face sua constante discussão no judiciário trabalhista, o que lhe faz merecer a criação de uma lei específica e que mantenha a terceirização em atividade-fim por tempo indeterminado como ilícita. Devendo as inovações apenas regularem questões que se encontram em discussão atual, e não abrir espaço ao que hoje é considerado ilegal,

mesmo que a contragosto do meio empresarial, como ocorre hoje com a recente Lei nº12.690/12. Lei esta que apesar de suas controvérsias parece deter boas intenções e provavelmente será revista em breve diante de tantas inovações, por vezes estranhas e até controversas.

5. REFERÊNCIAS

- ALEMÃO, Ivan. Comentários sobre a lei das cooperativas de trabalho (Lei 12.690 de 19.07.2012) à luz do direito do trabalho. In: SCLOSSERMACHER, H. F.; SCHLOSSERMACHER, S. M. (Dir.). *Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS, ago. 2012. p. 30-42.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.
- _____. Decreto-Lei n. 5452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.dji.com.br/decretos_leis/1943-005452-clt/clt442a456.htm>. Acesso em: 18 abr. 2013.
- _____. Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971 Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 dez. 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5764.htm>. Acesso em: 28 abr. 2013.
- _____. Lei n. 6.019, de 03 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 janeiro. 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em: 22 set. 2012.
- _____. Lei n. 12.690, de 19 de julho de 2012. Dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho; institui o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho - PRONACOOOP; e revoga o parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 8 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato_2011-2014/2012/Lei/L12690.htm>. Acesso em: 28 mar. 2013.
- _____. Súmula n. 331, do *Tribunal Superior do Trabalho*, de 21 de novembro de 1993. Revista em 27 de maio de 2011. *Diário de Justiça do Trabalho*, Brasília, DF,

2011. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 15 set. 2012.
- CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- CARDONE, Vanessa. *Cooperativas de trabalho: legalidade e subsistência*. São Paulo: Antiqua, 2007.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Responsabilidade da administração pública na terceirização de serviços. In: SCLOSSERMACHER, H. F.; SCHLOSSERMACHER, S. M. (Dir.). *Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS, abr. 2013. p. 07-20.
- _____. Cooperativas de trabalho: a Lei 12.690/2012 e o direito do trabalho. In: SCLOSSERMACHER, H. F.; SCHLOSSERMACHER, S. M. (Dir.). *Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS, out. 2012. p. 07-22.
- INDRIUNAS, Luís. Como funcionam as cooperativas no Brasil. *How Stuff Works*, São Paulo, 13 jun. 2007 (atualizado em 28 de novembro de 2008). Disponível em: <<http://empresasefinancas.hsw.uol.com.br/cooperativas-brasil1.htm>>. Acesso em: 01 jun. 2013.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MARRONI, Fernanda. Abrangência da Súmula 331 do TST: Responsabilidade subsidiária na Terceirização. *Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes*, São Paulo, 4 jul. 2011. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?s-story=20110704170139832&mode=print>. Acesso em: 07 dez. 2012.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. *A terceirização e o direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SANTOS, Dália Maria Maia. Análise da Equiparação Salarial na Terceirização. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 out. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.33548&seo=1>>. Acesso em: 24 maio 2013.
- SILVA, Paulo Renato Fernandes da. Considerações iniciais sobre a nova lei das cooperativas de trabalho. In: SCLOSSERMACHER, H. F.; SCHLOSSERMACHER, S. M. (Dir.). *Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS, set. 2012. p. 19-28.
- _____. *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. 3. ed. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2009.
- ZANGRADO, Carlos Henrique da Silva. *Curso de direito do trabalho: tomo II*. São Paulo: LTr., 2008.

O TRABALHO INFANTIL NO TABACO: uma análise sobre a responsabilidade das empresas fumageiras frente a erradicação do trabalho infantil na cultura do tabaco em Santa Cruz do Sul/RS

Cleidiane Sanmartim³⁸

Marli Marlene Moraes da Costa³⁹

RESUMO

O presente trabalho é resultado da pesquisa de campo realizada para a apresentação de Monografia e tem como tema “o trabalho infantil nas lavouras de tabaco de Santa Cruz do Sul, e a responsabilidade das empresas fumageiras frente a sua erradicação”, analisando à luz das normas que regulamentam a questão, qual a responsabilidade e a preocupação com a exploração da mão-de-obra infantil das empresas envolvidas no setor fumageiro, avaliando as formas e a eficácia da prevenção e erra-

38 Bacharela em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Integrante do grupo de pesquisa: “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, coordenado pela professora Pós-Doutora Marli Marlene Moraes da Costa, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC e certificado pelo CNPq. Email: kleidysan@hotmail.com

39 Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Burgos (Espanha), com bolsa CAPES. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC. Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Coordenadora do Grupo de Estudos “Direito, Cidadania e Políticas Públicas” da UNISC. Professora da Graduação em Direito na FEMA - Fundação Educacional Machado de Assis de Santa Rosa. Psicóloga com especialização em terapia familiar. Coordenadora dos Projetos de Pesquisa: “O Direito à Profissionalização e as Políticas Públicas da Juventude na Agenda Pública: desafios e alternativas para a inserção dos jovens no mercado de trabalho - um estudo no município de Santa Cruz do Sul - RS.” e “O Direito Vai a Escola: Consumo X Educação para cidadania de crianças e adolescentes na rede escolar do ensino fundamental”. Email: marlicosta15@yahoo.com.br

dicação do trabalho infantil, realizada através da pesquisa de campo por meio de questionários aplicados às empresas fumageiras de Santa Cruz do Sul, SINDITABACO, AFUBRA E MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO a fim de avaliar a situação encontrada na região. Este trabalho foi desenvolvido para conclusão do curso de Direito/UNISC, e para esta publicação foi dividido, cabendo aqui apenas a parte realizada através da metodologia de pesquisa de campo e análise jurídica do Termo de Compromisso. Além disso, o estudo vislumbra ainda, a análise dos programas ARISE e Crescer Legal, observando seus aspectos positivos e negativos.

Palavras-chave: criança; adolescente; trabalho infantil; tabaco.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A partir da publicação do Decreto nº 6.481, de 12.06.2008, que proibiu o uso de mão de obra de crianças e adolescentes menores de 18 anos na produção de tabaco, as empresas do setor passaram a preocupar-se com o problema e algumas precauções foram iniciadas conforme estabelece o artigo 2º, §2º do decreto, que estabelece a tomada de providências legais cabíveis a quem transgredir a proteção estabelecida pelo mesmo.

Sendo assim, de olho no futuro, a AFUBRA, o SINDITABACO e suas empresas fumageiras associadas no Estado do RS, firmaram um Termo de Compromisso perante o Ministério Público do Trabalho do RS (MPT-RS), em 15.12.2008, onde as empresas associadas são as Compromitentes e a AFUBRA e SINDITABACO são Intervenientes, a fim de regulamentar a Proteção da Criança e Adolescente na propriedade rural, visando à erradicação do Trabalho infantil e também a segurança do trabalhador por meio da obrigatoriedade do uso de EPI bem como a obrigação de fiscalizar seu efetivo uso, para aplicação de produtos tóxicos na lavoura de fumo.

Uma vez que é comprovado que manuseio com a planta causa tontura, vômito e mal estar, pois a nicotina é absorvida pelo organismo, causando vários problemas, inclusive, uma sensação parecida como a dependência que o cigarro causa, por exemplo, além de problemas com a saúde mental (CULTIVO DO VÍCIO, 2012 <<http://eduardocosomano.blogspot.com.br>>), prejudicando assim, ainda mais os infantes envolvidos.

Quanto a Erradicação do Trabalho Infantil na cultura do fumo, o termo de Compromisso em suas cláusulas estabelece que não podem trabalhar nesta cultura os menores de 18 anos; não podem aplicar agrotóxicos; as crianças e adolescentes com idade entre 6 e 18 anos com ensino fundamental incompleto deverão frequentar regularmente a escola, em turno e contra turno, esse último nas localidades que houver; a empresa fumageira que tiver contrato com o produtor de fumo, deverá cadastrar quantas crianças e adolescentes estão residindo naquela propriedade, independente de serem filhos, netos, sobrinhos, ou filhos de capatazes (MPT/RS 4ª Região, 2008).

Por conta disso o produtor deverá entregar a empresa em que tiver contrato vigente, o atestado de matrícula de registro para a próxima safra, atestado de frequência escolar ao final do ano letivo, que deverá ser de no mínimo 70% em turno ou contra turno, sob pena de não ser renovado o contrato. Por hora, essas exigências garantem ao produtor e à empresa a segurança e saúde das crianças e adolescentes envolvidos nesta cultura.

Sendo assim, mesmo com estas medidas, ainda é difícil erradicar o trabalho infantil, pois ainda há uma resistência cultural dos mais velhos que residem na propriedade rural, uma vez que eles questionam: “Por que eu trabalhei com meus pais nas lavouras de fumo, e hoje meus filhos não podem mais?”. Esta pergunta é mesmo difícil para uma família, que vive da monocultura do fumo responder sem revolta, mas já é possível hoje esclarecer esta questão.

Os Intervenientes do termo de compromisso, também pensaram na resistência cultural que haveria, promovendo então, os ciclos de conscientização, que se resumem a uma visita nas localidades, onde se reúnem os agricultores, empresas tabagistas e os intervenientes, que fazem o papel esclarecedor da questão.

Nestes ciclos é esclarecida aos produtores a importância do uso de EPI, e abordam o que as crianças e ou os adolescentes podem fazer na propriedade rural, já que se proibiu que ela trabalhasse no fumo, chegando à conclusão e explicando que a criança poderá ter tarefas, e o que é uma tarefa.

Por tanto, de muito valioso é a iniciativa da conscientização dos agricultores, uma vez que o mundo está se modernizando e o meio rural também está, não fazendo sentido que se informatize as propriedades e não conscientize os atores da propriedade envolvida.

Da região Sul, não são todas as empresas que aderiram ao TC, e a próxima fase do trabalho irá analisar com base nas pesquisas qual foi o motivo da adesão de apenas algumas empresas, pretendendo também analisar como as empresas que não estão envolvidas, fazem para combater o trabalho infantil na cultura.

2. O TRABALHO INFANTIL E OS MEIOS DE ERRADICAÇÃO E CONTROLE ADOTADOS PELO RIO GRANDE DO SUL

A assinatura do Termo de Compromisso firmado entre as empresas fumageiras do RS, AFUBRA e SINDITABACO, perante o MPT-RS da 4ª Região, foi considerado um avanço na área de erradicação do trabalho infantil, fazendo-se necessário uma análise aprofundada de suas cláusulas, para que se possa entender quais as vantagens, inovações e a finalidade que o TC traz consigo.

2.1 Análise jurídica do Termo de Compromisso firmado entre as empresas fumageiras, SINDITABACO, AFUBRA e MPT-RS

O Termo de Compromisso (TC) firmado entre as empresas do setor tabagista do RS, juntamente com a AFUBRA e SINDITABACO, perante o Ministério Público do Trabalho – RS (Procuradoria Geral do Trabalho da Quarta Região), tem como objetivo a prevenção, controle e erradicação do trabalho infantil e a utilização de Equipamentos de Proteção Individual – EPI.

O TC foi firmado em 15 de dezembro de 2008, com o intuito de estabelecer cláusulas à serem cumpridas por seus assinantes, a fim de regularizar os contratos das empresas com os produtores rurais, uma vez que a previsão legal específica referente ao Trabalho Infantil através do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, Constituição Federal e Convenções da OIT, bem como da legislação que prevê o uso de EPI constante na CLT, Instrução Normativa nº 31 do Ministério do Trabalho e NBR 4 da Anvisa, não era levada efetivamente ao conhecimento do produtor.

Sendo assim o Setor Tabagista teve a iniciativa de firmar este termo, para que os produtores passassem a conhecer melhor a legislação existente, bem como, cumprisse as normas nelas estabelecidas, criando as cláusulas que preveem o efetivo conhecimento da legislação e a conscientização destes produtores, amparando assim especificamente os contratos realizados entre empresa e produtor, os chamados contratos de safra.

O Termo de Compromisso prevê em sua primeira cláusula, que o produtor rural deverá cumprir em todo contrato de safra com a empresa, a seguinte cláusula:

o produtor rural obriga-se, em todas as fases da cultura do tabaco em folha, a cumprir o disposto no artigo 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, bem como nas normas previstas na Lei nº 8.069, de 13/07/90(Estatuto da Criança e Adolescente – ECA),

e de toda a legislação referente a não-utilização da mão de obra de crianças e adolescentes (MPT/RS 4ª Região, 2008, p.1).

Ao analisar a cláusula retro, há de se ressaltar que esta se mostra desnecessária, uma vez que a legislação é nacional, e não há utilidade em obrigar que o produtor as cumpra, uma vez que mesmo sem esta cláusula transcrita no contrato de safra, é obrigação do produtor rural não utilizar a mão de obra de menores de dezoito anos na atividade em questão.

Outra condição exigida no TC é a não manipulação de agrotóxico por menores de dezoito anos, maiores de sessenta e gestantes, que, acerca do manuseio, a NR 31 do Ministério do Trabalho e Emprego (MINISTÉRIO ESTADUAL DO TRABALHO E EMPREGO. 2005), publicada pela Portaria GM nº 86, de 03 de março de 2005, também já determina o limite de idade de 18 a 60 anos para o manuseio de agrotóxicos, inovando apenas na inclusão de gestantes neste rol, uma vez que é óbvio o prejuízo ao feto, se este, tiver contato através da mãe com os agrotóxicos, sendo esta uma questão de saúde.

Em relação às compromitentes, ou seja, AFUBRA e SINDITABACO, o TC prevê que elas se comprometam em realizar a orientação dos produtores, por meio dos orientadores e instrutores, alertando aos produtores a respeitarem a não utilização da mão de obra de crianças e adolescentes, em todas as fazes da produção do tabaco, prevenindo ainda a exposição destes infantes aos agrotóxicos utilizados na propriedade rural, seja na aplicação ou manuseio dos mesmos.

Para os produtores que não cumprirem as cláusulas previstas no TC que devem ser incluídas nos contratos de safra, estes deverão ser imediatamente alertados pelos instrutores das consequências, promovendo a conscientização e a regularização das condutas, registrando em documento com a ciência do produtor, todas as providências tomadas. Caso as irregularidades não tenham sido sanadas, o fato será feita a comunicação ao MTE – Ministério do Trabalho e Emprego, CEREST, Conselho Tutelar, e demais órgãos que trabalham na defesa das crianças e adolescentes, devendo ser comprovada a comunicação ao MPT e à AFUBRA, resultando neste caso, na não renovação de contrato com o produtor rural para a próxima safra.

Tal conduta mostra-se um meio eficaz de garantir que o produtor não utilize a mão de obra infantil nas lavouras de tabaco, uma vez que ele depende do contrato de safra, para manter o sustento de sua família, garantindo assim, a eficácia do controle.

Relativamente às crianças e adolescentes que moram na propriedade rural, com idade de até dezoito anos, estas deverão ser cadastradas e monitoradas a partir da assinatura do contrato de safra, a fim de realizar o controle real e efetivo das crianças envolvidas no processo, podendo assim direcionar as ações de prevenção e

erradicação, devendo as compromitentes realizar o monitoramento destes infantes através do atestado de matrícula escolar das crianças e adolescentes de seis à dezoito anos, residentes na propriedade, devendo ainda a cada final de ano letivo exigir o atestado de frequência escolar, que deverá ser de no mínimo 70%, combatendo assim a evasão escolar.

Nos casos em que a evasão for superior a 30%, o produtor estará descumprindo o contrato e estará sujeito a não renovar mais o contrato de safra, conforme alínea “d” e “e” da cláusula 3 do TC.

Em relação às ações sociais previstas no TC, as compromitentes deverão conscientizar os produtores da não utilização da mão de obra infantil na produção do tabaco e no manuseio de agrotóxicos, expondo e explicando quais são as consequências para o desenvolvimento do infante, que deverá ser feito através de reuniões, palestras, atividades culturais, entre outros meios expositivos, criativos e eficazes para a real conscientização.

Relativamente a esta cláusula, podemos vislumbrar a realização destes ciclos de conscientização, realizados pelas compromitentes em várias localidades. O que não se pode avaliar é se a conscientização se mostra eficaz, ou mesmo compreensível pelos produtores, uma vez que é necessário despertar o interesse dos mesmos em participar, fazendo entender a relevância da questão.

O TC prevê que as empresas compromitentes deverão doar cinco veículos para o Ministério do Trabalho e Emprego do RS para a efetiva fiscalização das cláusulas do TC e prevê ainda uma multa de duzentos mil reais para qualquer empresa que descumprir as cláusulas do instrumento.

Por tanto, ao fazer uma análise minuciosa do TC, podemos visualizar um instrumento que prevê o controle da mão de obra infantil na cultura do tabaco, que além de prever o que a lei maior já dispõe, obriga que os contratos de safra firmados com os produtores tenham a previsão da lei que protege os infantes e a sua proibição de utilizá-los na produção do tabaco. Ligeiramente podemos ainda vislumbrar um serie de consequências para os produtores e empresas que não cumprirem as cláusulas previstas, com a finalidade de impedir o trabalho infantil nas lavouras de tabaco do Rio Grande do Sul.

Sabe-se ainda que o mesmo TC foi assinado em Santa Catarina e Paraná, com a mesma finalidade, porém não tivemos acesso à ele, mas segundo notícias veiculadas nos sites das intervenientes, o mesmo já foi adotados nestes outros dois estados.

Do TC, resultou uma cartilha ilustrativa, que é distribuída aos agricultores em suas propriedades e também nos Ciclos de Conscientização, realizados pelas intervenientes, em parceria com as compromitentes, que segundo o disposto no TC deve

acontecer no mínimo quatro vezes por ano, com frequência mínima de 100 produtores rurais em cada evento.

Realizada a análise do TC, faz-se agora uma análise das respostas dos questionários aplicados às compromitentes e intervenientes, em relação ao controle e erradicação do trabalho infantil na cidade de Santa Cruz do Sul.

3. ANÁLISE DOS QUESTIONÁRIOS APLICADOS ÀS EMPRESAS FUMAGEIRAS, AFUBRA, SINDITABACO E MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – RS

A presente pesquisa foi aplicada às empresas fumageiras de Santa Cruz do Sul que assinaram o Termo de Compromisso, às que possuem atividade em SANTA Cruz do Sul e as que não participaram do TC, e às intervenientes AFUBRA, SINDITABACO e MPT-RS, a fim de avaliar se as cláusulas do TC estão sendo cumpridas para as empresas que participam dele, e para as que não participam, qual é a forma utilizada para combater e erradicar o trabalho infantil. Para as intervenientes, o objetivo foi conhecer a motivação para assinatura de tal instrumento, e quais os resultados obtidos até então.

Foram enviados questionários a quatro empresas de Santa Cruz do Sul que fazem parte do Termo de compromisso, e destas empresas, apenas três manifestaram interesse em responder.

São também três empresas com atividades em Santa Cruz do Sul e que não assinaram o instrumento, para estas também foram enviados questionários, e apenas uma delas manifestou interesse em responder.

Às intervenientes, foi aplicado questionário diverso das empresas, e todas responderam aos questionamentos, contribuindo significativamente para compreensão do objeto de estudo.

Início então com a análise da Empresa A, B e C, que assinaram o Termo de Compromisso firmado perante as intervenientes, AFUBRA, SINDITABACO e MPT-RS.

Ao ser questionado sobre a forma de promoção da erradicação do trabalho infantil na cultura, a “Empresa A” informou que participa do Programa Crescer Legal, em parceria com o SINDITABACO e AFUBRA, que segundo ela:

[...] tem o objetivo de prevenir e combater o trabalho de crianças e adolescentes na cultura do tabaco, por meio da conscientização dos produtores integrados e da sociedade, bem como do incentivo à educação dos filhos dos produtores e à qualificação do jovem rural com projetos sociais no âmbito da educação e do lazer.

A “Empresa B” informou que também faz parte do referido programa, e que se comprometeu em atuar, através de sua assistência técnica, orientando sobre a legislação específica ao trabalho infantil, a fim de prevenir esta prática ilegal, e nos casos que ferem a legislação, comunicar os órgãos competentes para que sejam tomadas as medidas legais cabíveis.

A “EMPRESA C”, informou que além de ser signatária do Programa Crescer Legal, participa também de um programa específico para a erradicação do trabalho infantil, chamado ARISE – Alcançando a Redução do Trabalho Infantil pelo Suporte à Educação, que é desenvolvido no Brasil e no Malawi, onde a empresa possui atividades, a fim de combater o trabalho infantil através da promoção educacional.

Em relação ao controle das crianças e adolescentes envolvidas nas propriedades da “Empresa A, B e C” destacaram que adota todos os mecanismos de controle firmados no TC, ou seja, cadastro de todas as crianças da propriedade rural, a comprovação de matrícula escolar, o atestado de frequência na escola não podendo ser inferior à 70%, e a conscientização através de seus instrutores, e caso não comprovadas tais condutas, serão tomadas as medidas previstas no TC, não sendo renovado o contrato de safra com o produtor.

Questionada sobre o motivo pelo qual a empresa se interessou a controlar o trabalho infantil na produção de tabaco, a “Empresa A”, informou que o trabalho infantil é prejudicial ao desenvolvimento do infante, em todos os aspectos, elencando as possíveis causas da exploração infantil nas lavouras de tabaco, podendo estar relacionada com os fatores “[...] atraso econômico, conservadorismo cultural, pobreza e baixa produtividade dos fatores de produção ou a falta de acesso às tecnologias.” Salientando que muitos destes fatores não mais estão presentes hoje, mas que o “[...] conservadorismo cultural ainda está muito arraigado nas famílias dos produtores rurais”.

Neste sentido a empresa justifica a adoção do controle do trabalho infantil dizendo que “[...] nada justifica em pleno século XXI que estas questões ainda perdurem, e que certamente não contribuem para o desenvolvimento de uma agricultura familiar sadia e sustentável”.

Já a “Empresa B” informou que o motivo está na política de responsabilidade social que a empresa adota, relacionada com a sustentabilidade da atividade tabagista no contexto global, bem como na agregação de valor ao produto final, uma vez que envolve cuidado ambiental com o não envolvimento de trabalho infantil, gerando assim trabalho digno a todos envolvidos na cadeia produtiva.

Neste mesmo sentido a “EMPRESA C”, destacou três grandes motivos que a levou a controlar o trabalho infantil, sendo eles:

a preocupação com a sustentabilidade da cadeia produtiva do tabaco no Brasil e no mundo;

O posicionamento de responsabilidade social adotado pela empresa no que diz respeito à proteção da criança e do adolescente em nível mundial, e;

O Termo de Compromisso assinado com o Ministério Público, que orienta as ações a serem tomadas pela empresa. A empresa é uma empresa que não mede esforços para alcançar os mais altos padrões de *Compliance* de suas operações no mundo (grifo no original).

A “Empresa A” ainda, salienta que pretende implantar uma política própria na empresa que conscientize ainda mais os produtores da importância do TC firmado, argumentando que é do produtor que depende o futuro do tabaco.

Com esta análise, pode-se vislumbrar, que as três empresas cumprem as cláusulas previstas no TC, e que estão preocupadas com o futuro da cultura, que cada vez mais fica ameaçada por diversos motivos, e um deles, se não o principal, é a utilização da mão de obra infantil em seu processo produtivo, o que reflete significativamente nas atividades da empresa, uma vez que a empresa é responsável pela qualidade do produto que oferece.

Passamos para análise das empresas com atividade em Santa Cruz do Sul que não assinaram o Termo de Compromisso.

A “Empresa D” relatou que promove a erradicação do trabalho infantil através da conscientização dos produtores rurais, por meio da assistência técnica prestada por seus orientadores agrícolas, e que ao final de cada ano os orientadores vão às escolas pegar os atestados de frequência escolar das crianças envolvidas no setor.

Questionada sobre o motivo que a levou a controlar o trabalho infantil, a empresa se manifestou dizendo que “é totalmente contra o trabalho infantil”, e que se encontrada situação de exploração da mão de obra infantil na propriedade, a empresa comunica o SINDITABACO, que faz a comunicação ao MPT-RS, e o produtor passa a não mais fazer parte do quadro da empresa.

Sendo assim, aparentemente, mesmo sem ter assinado o TC, parece que a empresa adota os mesmos mecanismos previstos no TC, talvez por analogia, ou por instrução do SINDITABACO, que é responsável pela distribuição das cartilhas de orientação, mas de qualquer forma, a empresa afirma fazer o controle do trabalho infantil nas propriedades.

Faz-se agora a análise das respostas aos questionários aplicados às intervenientes, AFUBRA, SINDITABACO e MPT-RS.

O MPT-RS da 4ª Região, de Santa Cruz do Sul, colaborou significativamente à pesquisa, a fim de esclarecer questões importantes para seu desenvolvimento. Questionado sobre o fato gerador para elaboração do TC firmado com as empresas fumageiras e intervenientes, afirmou sobre a existência de procedimento investigatório que possuía elementos indicando a existência de trabalho infantil no setor, e o não cumprimento de requisitos essenciais a saúde e segurança do trabalhador, levando assim a elaboração do TC com o setor envolvido, a fim de prevenir tais práticas.

O MPT-RS informou ainda que para a seleção das empresas que assinaram o TC, “foram selecionados três grupos. Primeiramente, atuou-se em face das empresas que atuavam no chamado Sistema Integrado, filiadas ao Sinditabaco. Depois às empresas não filiadas e, depois, às não integradas ou mistas”. Para as empresas que não firmaram o TC, o MPT pronunciou-se afirmando que “procurou-se cercar toda a cadeia produtiva e todas as empresas que atuam no setor. Assim que se toma conhecimento de alguma que atua e que não há procedimento, abre-se e faz-se o TAC”.

Note-se então que o MPT está em efetiva fiscalização, e assim que é encontrada uma empresa que não assinou o TC, abre-se um procedimento em que ela é incluída na assinatura, fazendo parte também desta iniciativa, obrigando-se então a controlar o trabalho infantil na cultura do tabaco.

A interveniente, AFUBRA respondeu ao mesmo questionário, porém elencou como fato gerador do TC, a vontade das três instituições (AFUBRA, SINDITABACO e MPT-RS), em levar ao conhecimento do agricultor as normas de utilização de EPI e o conhecimento ao Estatuto da Criança e do Adolescente, com a finalidade de evitar o trabalho infantil.

Quanto à seleção das empresas afirma que todas as empresas associadas ao SINDITABACO assinaram o TC, e quanto às empresas não associadas, ressalta que o MPT-RS convocou reunião, informando que elas desenvolvem trabalhos individuais e prestam contas ao Ministério Público, que é representado pelo MPT de Santa Cruz do Sul.

Ao também responder o questionário, o SINDITABACO esclareceu que foi firmado um Termo de Compromisso e não um Termo de Ajustamento de Conduta – TAC como definido nos questionários, informando que o fato gerador para assinatura do TC foi a contribuição de divulgação de boas práticas na produção do tabaco, informando ainda que para seleção das empresas que assinaram o TC, foi utilizado o critério de associação ao SINDITABACO, sendo que todas associadas firmaram o TC.

Em relação à questão de controle das empresas que não assinaram o TC, o SINDITABACO não se manifestou, mencionando se conhece ou não algum meca-

nismo destas empresas, e sobre a fiscalização destas empresas foi informado que os compromissos são acompanhados pelo MPT-RS.

Respectivamente, as respostas das intervenientes se contradizem em alguns pontos, porém pode-se levar em conta, a interpretação que cada um fez ao responder as questões.

O ponto mais controvertido foi a questão do fato gerador, em que o MPT-RS informa que resultou de uma investigação que concluiu haver a existência de trabalho infantil no setor, contra a declaração das demais intervenientes que afirmam, que este TC teve origem para esclarecer e alertar os produtores da legislação quanto ao tema e da proibição do uso da mão de obra infantil na produção de tabaco, não sendo mencionado em momento algum que houve investigação e indícios de trabalho infantil no setor.

Ademais, as intervenientes concordaram as respostas nos demais pontos, ficando apenas a dúvida quanto às empresas que não firmaram o presente TC. Das três empresas de Santa Cruz do Sul que não constam como comprometentes no TC, todas são associadas ao SINDITABACO, que segundo as respostas, foi um critério utilizado para seleção.

No entanto, é possível que as três empresas poderiam não estarem associadas na época da assinatura deste TC, mas e agora, elas assinaram outro TC como informado pelo MPT-RS que é feito? Questionado sobre a existência de outros Termos de Compromissos semelhantes firmados em outro momento, o MPT-RS não se pronunciou, ficando esta dúvida na pesquisa.

Por fim, após a análise de todos os dados colhidos, pode-se visualizar uma aparente sintonia entre os atores envolvidos, com pequenos pontos controversos, restando agora, analisar os objetivos dos programas mencionados pelas empresas do setor, que são empregados para controlar e erradicar o trabalho infantil, partindo então para análise dos Programas: Crescer Legal e ARISE.

3.1 Uma breve abordagem sobre os programas Crescer Legal e ARISE: pelo controle e erradicação do Trabalho Infantil

As empresas que assinaram o TC firmado em 2008, relataram em suas respostas à pesquisa, que são signatárias do programa Crescer Legal, e para tanto faz-se necessário compreender seu surgimento, seus objetivos e seu papel na sociedade.

Antes de se chamar Crescer Legal, o programa chamava-se “O Futuro é Agora!”, que surgiu em 1998, com o intuito de combater o trabalho infantil no fumo, sendo considerada uma iniciativa pioneira no Rio Grande do Sul (CRESCER LEGAL. 2011, <<http://www.crescerlegal.com.br>>).

“O Futuro é Agora!” foi um programa desenvolvido em parceria com as empresas fumageiras, SINDITABACO e AFUBRA, e se destacou no empenho da conscientização do produtor rural, tendo seus trabalhos ampliados em 2008, que foi ampliado para Rede Social, com a participação de agentes públicos, a fim de combater a exploração de mão de obra infantil na cultura do tabaco.

O programa ressalta sua missão que é:

contribuir com o cumprimento irrestrito e incondicional dos preceitos de proteção determinados pela legislação brasileira, buscando ser referência, de forma sustentável, na prevenção e combate ao trabalho de crianças e adolescentes na cultura de tabaco (CRESCER LEGAL. 2011, <<http://www.crescerlegal.com.br>>).

Este projeto inovador no setor possui uma rede de ações consideradas importantíssimas para a conscientização e prevenção do trabalho infantil na cultura do tabaco, uma vez que através dos ciclos de conscientização procura fortalecer ainda mais a prática de manter as crianças na escola, buscando despertar o interesse nos pais em proporcionarem um desenvolvimento saudável para seu filho.

Os principais valores do programa podem são: cooperação, diálogo, ética, legalidade, pluralidade, qualidade, inovação e transparência, o que resulta em uma ação forte e eficaz, que busca sempre o melhor para as crianças e adolescentes envolvidas na produção do tabaco, e é através desta rede bem direcionada que se faz a diferença, por se tratar de um programa organizado e bem estruturado, com os principais pilares: diálogo e ética.

O programa conta ainda com as empresas fumageiras associadas ao SINDITABACO, que são os agentes do programa, sendo importante seu papel, frente ao que se busca, uma vez que esta rede “tem o papel consultivo, ou seja, de orientar e creditar as diretrizes estratégicas e ações desenvolvidas pelo programa “ (CRESCER LEGAL. 2011, <<http://www.crescerlegal.com.br>>).

Especificamente o programa visa fortalecer o programa através destas parcerias com a rede associada, e aperfeiçoar as ações através da capacitação e aperfeiçoamento profissional das equipes de campo, dos instrutores e orientadores das empresas que fazem parte desta rede, a fim de facilitar a comunicação com os produtores rurais, de forma a conscientizá-los corretamente, através da divulgação do programa e de sua missão e objetivos.

Na área de desenvolvimento social, o programa tem como foco desenvolver ações de cunho educacional e social, promovendo empreendedorismo dos jovens rurais e o incentivo a ações executadas em turno extra na escola, além da busca por fomento na área de projetos educacionais, além disso, o programa trabalha para

“promover medidas de fortalecimento e acompanhamento da qualidade do processo pedagógico e da participação dos filhos dos produtores integrados, visando à igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” (OIT. 2012, <<http://www.oit.org.br>>).

Por fim, nota-se que o programa Crescer Legal, busca a qualidade de vida no meio rural, além de constantemente promover a educação e o fortalecimento da rede escolar através de projetos desenvolvidos no contra turno da escola, buscando sempre a conscientização dos atores envolvidos no processo de produção do tabaco.

Um pouco diferente, porém com a mesma finalidade, podemos encontrar o programa ARISE – Alcançando a redução do Trabalho Infantil pelo suporte à educação, que foi criado pela JTI, empresa fumageira, em parceria com a Winrock International, uma empresa especializada em desenvolvimento agrícola e a OIT, juntamente com as entidades governamentais e as comunidades produtoras de tabaco (OIT. 2012, <<http://www.oit.org.br>>).

O programa ARISE, foi lançado pioneiramente em Arroio do Tigre-RS em 08 de fevereiro de 2012, portanto, um projeto recente, mas que vislumbra bons frutos, uma vez que trabalha com fatores sociais e econômicos, e outros que podem interferir na produção, levando à utilização da mão de obra infantil, visando ainda aumentar ou melhorar a qualidade de vida destas famílias, através do incentivo à educação com qualidade e da eficaz conscientização dos produtores e infantes envolvidos.

Segundo a empresa Winrock International (WI),

os objetivos do programa ARISE são três: 1) redução do trabalho infantil através de melhorias na oportunidade de educação e conscientização, 2) promover o empoderamento econômico para comunidades produtoras de tabaco, e 3) promover um melhor quadro regulamentar para a redução do trabalho infantil. Cerca de 8.000 crianças e adultos em Malawi e Brasil são esperados para beneficiar do programa (WINROCK INTERNATIONAL. [2011?], <<http://www.winrock.org>>).

O projeto ARISE, foi desenvolvido especialmente para a empresa JTI (Japan Tobacco International), e trabalha com a redução do trabalho infantil no Malawi, na África do Sul e no Brasil, trabalhando em todos os lugares que a JTI compra a folha de tabaco, e, além disso, o programa também faz parte do Programa Crescer Legal (PÁGINARURAL, 2012, <<http://www.paginarural.com.br>>).

O Projeto visa ainda promover o trabalho decente dos produtores, através do Plano Nacional tripartite de Ação contra o Trabalho Infantil do Brasil, conhecido

como OIT-IPEC, que também trabalha na eliminação do trabalho infantil e na busca pela implantação de leis e políticas eficazes que combatam de forma real, o problema.

Muito embora, trate-se de um projeto recente, este conta com a forte parceria da OIT, o que lhe concede um reforço maior, uma vez que a OIT é uma organização seria e dedicada a tais problemas, promovendo a cada dia a erradicação do trabalho infantil e o incentivo à educação, concedendo assim a milhares de crianças e adolescentes um desenvolvimento seguro, saudável e uma vida promissora pela frente.

Sendo assim, com base nos dados analisados até então, faz-se mister adentrar o tema da diferenciação entre tarefa e trabalho infantil, bem como na seara da resistência cultural que envolve a problemática, a fim de melhor compreender tais dificuldades encontradas, conforme citado pelas empresas entrevistadas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o surgimento da cultura do tabaco no Brasil, e sua explosão na produção e comercialização, a utilização de crianças e adolescentes se tornou uma atividade rotineira em todo local de produção de tabaco e muito difícil de ser detectada, uma vez que se escondia nos galpões do interior das cidades.

Mundialmente conhecido, os três Estados do Sul, são os maiores produtores de tabaco já conhecidos, devido às formas de produção e os métodos utilizados na secagem da folha, o que torna o tabaco aqui produzido, o mais comprado e exportado.

Frente à problemática, foi escolhida a cidade de Santa Cruz do Sul – RS para efetuar a pesquisa com as empresas Fumageiras, e esta escolha se funda em um Termo de Compromisso firmado com as empresas Fumageiras da região, juntamente com AFUBRA e SINDITABACO, perante o MPT-RS a fim de promover o combate à utilização de crianças e adolescentes no processo produtivo do tabaco.

O TC, envolve diversas questões, e além de tudo obriga o produtor a cumprir a legislação pertinente, além de se comprometer em manter os infantes na escola, apresentando matrícula e atestado de frequência sob pena de não renovar contrato com a empresa.

Foi realizada pesquisa com as empresas que assinaram o TC que possuem atividades em Santa Cruz do Sul, e com as que não assinaram o TC, bem como com a AFUBRA, SINDITABACO e MPT-RS.

Ao analisar as respostas das empresas, foi possível detectar o interesse em promover a erradicação do trabalho infantil, bem como a participação das empresas nos programas Crescer Legal e ARISE. As intervenientes e o MPT-RS, tiveram di-

vergências nas respostas, porém, apresentam também a finalidade de erradicar a mão de obra infantil no tabaco.

Finalmente, pode-se concluir que as empresas Fumageiras e as intervenientes estão trabalhando sob fiscalização do MPT-RS, promovendo ciclos de conscientização com os produtores envolvidos, porém o que podemos visualizar ainda é a forte questão da resistência cultural envolvendo os produtores.

Esta resistência, dá-se devido a arraigada cultura pela qual eles mesmos passaram, sendo de difícil compreensão a impossibilidade de utilização de seus filhos no auxílio da manutenção da família, resistência esta que deve ser disseminada nos ciclos de conscientização realizados pelas intervenientes, bem como na assistência técnica oferecida aos produtores pelas empresas, buscando ainda a compreensão da importância de proporcionar o desenvolvimento saudável destes infantes, combatendo assim o êxodo rural.

É importante que se vislumbre novas perspectivas no sentido de despertarmos o interesse e a criatividade de nossas crianças e adolescentes e isso deve iniciar pela conscientização da própria família, depois pela escola, seguida pela rede social que deve fortalecer seu capital social para emancipar seus cidadãos.

Sabemos que através do brincar (do lúdico) que a criança desperta a sua criatividade, sendo a mesma uma das ferramentas mais importantes que poderá ser utilizada nas mais variadas fases de sua vida.

É importante deixar claro que não trata de ser favorável ao trabalho infantil, porém, não somos contra o exercício de tarefas pelas crianças e adolescentes, por entendermos que determinadas tarefas podem auxiliar no seu desenvolvimento social, físico e psíquico do infante, auxiliando ainda no despertar do interesse pela propriedade rural.

Além do mais, a própria OIT, defensora e multiplicadora na luta contra o trabalho infantil, considera ser positivo o envolvimento destes infantes em atividades que complementem seu desenvolvimento, conferindo-lhes experiências e responsabilidades, que também são condições essenciais para um bom desenvolvimento de um cidadão.

Sobretudo, há muito que se percorrer ainda, uma vez que trata-se de questão de difícil conceituação, não seria fácil para erradicá-la da sociedade. Existem diversos fatores que poderiam auxiliar na luta contra a exploração de crianças e adolescentes nas lavouras de tabaco, ou em qualquer outra cultura rural, como por exemplo, fortificar a rede pública escolar, oferecendo ao infante matérias atrativas para seu dia a dia no campo, que pudessem ser utilizadas não só por eles, mas que estes infantes pudessem estar repassando estes ensinamentos aos seus pais, a fim de auxi-

liarem na produção, incentivarem a diversificação da propriedades rural, bem como na informatização da propriedade.

Além disso, seria de extrema importância vincular a escola com a comunidade, realizando palestras, encontros, debates, a fim de conhecer os anseios da comunidade envolvida, a fim de resolver os conflitos e poder corretamente conscientizá-los da importância dos estudos para o desenvolvimento promissor de um cidadão, uma vez que é garantido pela Constituição, o direito de acesso de todos à escola, vislumbrando assim um futuro saudável à estes atores envolvidos na produção tabagista.

Sendo assim, em linhas conclusivas, pode-se afirmar que ainda há um longo caminho a percorrer, porém já estamos avançando, faltando apenas que todos se conscientizem do quão prejudicial é ao infante, trabalhar, pulando etapas de seu desenvolvimento, violando seus limites e sua qualidade especial.

Portanto, de olho no futuro, pode-se afirmar que lugar de criança é na escola!

5. REFERÊNCIAS

- CULTIVO DO VÍCIO. 2012. Disponível em: <<http://eduardocosomano.blogspot.com.br/2010/05/cultivo-dovicio.html>>. Acesso em: 19 nov. 2012.
- CRESCER LEGAL. 2011. *Histórico programa Crescer Legal*. Disponível em: <<http://www.crescerlegal.com.br/v1/index.php/programa/>>. Acesso em: 12 nov. 2012.
- _____. 2011. *Missão programa Crescer Legal*. Disponível em: <<http://www.crescerlegal.com.br/v1/index.php/programa/>>. Acesso em: 12 nov. 2012.
- _____. 2011. *Rede programa Crescer Legal*. Disponível em: <<http://www.crescerlegal.com.br/v1/index.php/programa/>>. Acesso em: 12 nov. 2012.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DO RIO GRANDE DO SUL, 4ª REGIÃO. Termo de Compromisso firmado entre as Empresas Fumageiras, AFUBRA, SINDITABACO e MPT/RS. [Mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <kleidysan@hotmail.com> em 19 abr. 2012.
- MINISTÉRIO ESTADUAL DO TRABALHO E EMPREGO. 2005. *Portaria nº 86, de 03 de março de 2005 - Norma Regulamentadora nº 31*. Disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D2E7318C8012F53EC9BF67FC5/NR31%20\(atualizada\).pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D2E7318C8012F53EC9BF67FC5/NR31%20(atualizada).pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2012.
- PÁGINA RURAL. 2012. Disponível em: <<http://www.paginarural.com.br/noticia/179739/programa-arise-inicia-qualificacao-da-segunda-turma-de-jovens-rurais-destaca-jti>>. Acesso em: 16 nov. 2012.

OIT. 2012. *Programa ARISE*. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/oit-firma-parceria-dita-para-redu-o-do-trabalho-infantil-na-agricultura-familiar>>. Acesso em: 13 nov. 2012

WINROCK INTERNATIONAL. [2011?]. Disponível em: <[http://www.winrock.org/fact/facts.asp?CC=63 34& bu=>](http://www.winrock.org/fact/facts.asp?CC=63%34&bu=>)>. Acesso em: 16 nov. 2012

O DIREITO AO ACESSO À BIODIVERSIDADE E SUSTENTABILIDADE SOCIOAMBIENTAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Monique Pereira⁴⁰

Salete Oro Boff⁴¹

Resumo

O presente artigo tem como tema central a biodiversidade como um todo. Destaca seu espaço na Constituição Federal e trata tanto de suas peculiaridades que abrangem os direitos individuais, uma vez que a qualidade ambiental é um direito fundamental e elemento que integra o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como analisa e defende os direitos ambientais decorrentes de uma natureza coletiva. Inicialmente, incorporam-se ao trabalho os principais fatores que compõem a diversidade biológica, bem como os principais eventos que de alguma forma buscaram uma resposta no que diz respeito à conscientização e a necessidade de proteção e preservação da biodiversidade. Além disso, traz-se o tema biopirataria, prática usual dos gigantes da indústria, um revés quando se fala em preservação da diversidade biológica brasileira.

40 Acadêmica do 10º semestre do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Endereço eletrônico: moniquep1102@hotmail.com

41 Pós-Doutora em Direito – UFSC – Área Propriedade Intelectual. Doutora em Direito - UNISINOS. Pesquisadora. Professora da Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado UNISC, Pós-Graduação da IMED – Faculdade Meridional e do Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo – IESA. Coordenadora dos Projetos de pesquisa “A construção de um marco legal para as inovações na área da biotecnologia” e “Novos modelos de desenvolvimento na democracia sustentável: dos limites e possibilidades das escolhas para reinvenção social”. Grupos de Estudos GEDIPI e GENTEM. Endereço eletrônico: salete.oro.boff@terra.com.br.

Palavras-chave: Biodiversidade; Biopirataria; Meio ambiente; Direitos fundamentais.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo, propõe-se a abordar as questões inerentes à diversidade biológica, tratando tanto das questões que concernem os direitos individuais, sendo a qualidade ambiental um direito fundamental e elemento que integra o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como analisar os direitos ambientais decorrentes de uma natureza coletiva. Para chegar-se a tal premissa, a pesquisa aborda questões como evasão ilícita da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados no Brasil, bem como a degradação ambiental contínua, decorrentes da busca incansável e insaciável pelo desenvolvimento econômico.

Nesse sentido, inicialmente se contextualiza o tema “biodiversidade”, buscando-se a definição do termo objeto de pesquisa, compactuando com a definição pacífica encontrada pela Convenção sobre Diversidade Biológica, um dos principais marcos regulatórios sobre o tema.

Na sequência apresenta-se a prática da biopirataria, consequência da busca incansável da economia em colocar no mercado produtos inovadores capazes de revolucionar a (bio)tecnologia: o comércio ilegal de animais, a criação de produtos comercializáveis por meio de recursos buscados na essência genética de plantas ou animais (bioprospecção). Na sequência, são ainda analisadas as legislações atuais protecionistas à prática da biopirataria e proteção do meio ambiente.

Por fim, analisa-se o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e toda sua implicação no âmbito jurídico pátrio, fazendo-se um apanhado de alguns dispositivos presentes na Constituição Brasileira que conferem proteção ao meio ambiente, com ênfase ao artigo 225, sendo este a grande novidade e marco da história constitucional ambiental brasileira.

O método adotado no presente artigo é o dedutivo, utilizando-se a técnica de pesquisa bibliográfica de vários autores renomados acerca do tema, bem como revisão de artigos e revistas especializadas, além de dissertações de mestrado condizentes com o tema.

2. PANORAMA GERAL DA BIODIVERSIDADE

Para dar início a um estudo sobre o acesso e ao espaço que a diversidade biológica encontra na esfera jurídica, faz-se necessário uma pequena explanação da definição do termo objeto de pesquisa.

Objetivamente, a diversidade biológica é a exuberância da vida na Terra - é o ciclo aparentemente interminável de vida-morte-transformação. O termo, utilizado pela primeira vez por Thomas Lovejoy em 1980, foi substituído pelo termo “biodiversidade” por Edward Osborne Wilson, no primeiro Fórum Americano sobre a Diversidade Biológica, em 1986.

São muitas as definições que determinam os aspectos dominantes da biodiversidade. Como forma de delimitar o tema, em seu artigo 2º, a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), criada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada em 1992 na cidade do Rio de Janeiro, ratificada no Brasil pelo Decreto 2.519, de 16 de março de 1998, define a biodiversidade como “a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro das espécies, entre espécies e de ecossistemas.”. Ainda dentro desta concepção, há de se frisar a inclusão da espécie humana como fundamental e totalmente dependente de todos os serviços e bens ambientais disponíveis na natureza.

A relevância do estudo do tema se dá por uma série de motivos, iniciando-se pela ameaça à biodiversidade proveniente das mudanças climáticas. “[...] poucos fenômenos globais e duradouros mostram-se tão ameaçadores à subsistência da vida no planeta quanto às mudanças climáticas, oriundas do aquecimento global ocasionado, por sua vez, pelo efeito estufa.” (ROCHA, CARVALHO, 2011) De outra parte, além da questão do aquecimento global, para Wilson (1997, p. 3) a urgência no estudo acerca da situação atual da biodiversidade se dá com base em três fatores:

[...] primeiro, o crescimento explosivo das populações humanas está desgastando o meio ambiente de forma muito acelerada, especialmente nos países tropicais. Segundo, a ciência está descobrindo novas utilizações para a diversidade biológica, que podem aliviar tanto o sofrimento humano quanto a destruição ambiental. Terceiro, grande parte da diversidade está se perdendo irreversivelmente através da extinção causada pela destruição de habitats naturais, também de forma mais acentuada nos trópicos. De maneira geral, estamos presos em numa corrida. Temos que nos apressar em adquirir o conhecimento sobre o qual basear uma política sábia de conservação e desenvolvimento para os séculos que estão por vir.

O ser humano vem fazendo uso desenfreado e incondicional da diversidade biológica que encontra a seu dispor. Sem a disponibilidade do acesso à biodiversidade natural e toda a reserva biológica do planeta, a vida humana pode correr sérios ou até insuperáveis riscos. (Dourojeanni, Pádua, 2001) Sua contínua degradação, acaba transformando a sociedade muito mais vulnerável, tendo em vista que, assim, as opções para possíveis mudanças ficam mais restritas (WEHAB, 2002). Dessa forma, a conservação e uso correto e sustentável da biodiversidade, se tornam pré-requisitos para o desenvolvimento.

Estimativas garantem que existem hoje, mas de 100 milhões de espécies de vida no planeta (ainda que dois milhões, pelo menos, sejam desconhecidas pelo ser humano). Por isso, atribui-se à biodiversidade um valor incalculável. Para se ter uma ideia, os serviços ambientais que compreendem a indústria de biotecnologia, pecuária, atividades agrícolas, florestais e pesqueiras, representam um valor econômico de cerca de 33 bilhões de dólares por ano, o que significa um valor duas vezes maior que o PIB mundial.

Por ser a biodiversidade um patrimônio da humanidade, essa o utilizava sem qualquer restrição. Isso, até a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente – Rio 92. A partir dessa data, “se difundiu a ideia de que os Estados nacionais têm direitos sobre seus próprios recursos biológicos, sendo responsáveis pela preservação de sua diversidade biológica e pela utilização sustentável desses recursos.” (ROCHA, 2003, p 167)

O primeiro encontro de grande relevância para que fossem discutidos os problemas ambientais à época, aconteceu em 1972. A Conferência Nacional de Estocolmo na Suécia contou com a presença de 113 países, que discutiram a relação do desenvolvimento com o meio ambiente, firmando os primeiros 26 princípios ambientais, pioneiros para a proteção do meio ambiente (Fiorillo, Pacheco, 1999). Foi em Estocolmo que se desencadeou a criação do PNUMA – Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, que viria a ser a primeira agência ambiental global.

Quatro anos após a promulgação da Constituição Federal no Brasil, aconteceu na cidade do Rio de Janeiro a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, mais conhecida como ECO-92, que “trouxe grande visibilidade pública e força política para a questão ambiental, inserindo definitivamente o meio ambiente entre os grande temas da agenda nacional e global” (SANTILLI, 2005, p. 43) Conhecido por a maior conferência realizada pela ONU, a ECO-92 entrou para a história do ambientalismo nacional e internacional. Durante a realização da ECO-92, 161 países assinaram a Convenção sobre Diversidade Biológica, ratificada no Brasil pelo Congresso Nacional em maio de 1994. Fiorillo (1999, p. 19), explica que a Convenção foi assinada com o fim de objetivar

[...] principalmente, a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, mediante ainda financiamento adequado.

Durante a mesma Conferência, aconteceu a Convenção sobre Mudança de Clima, que acabou sendo assinada por 166 países, incluindo Estados Unidos e Brasil. Essa Conferência visou a proteção da camada de ozônio, além de promover o desenvolvimento sustentável a proteção das condições climáticas do planeta, afetadas por todo tipo de degradação e atividades industriais. Todavia, o acordo não teve uma grande adesão de forma efetiva, tendo em vista que a emissão de gases que causam o efeito estufa não diminuíram de forma considerável pelos países que assinaram o acordo.

No decorrer da Conferência, também aconteceu a Agenda 21, um plano de ação voltado especialmente para o desenvolvimento sustentável, que contou com aproximadamente dois mil e quinhentas ações a serem implementadas. Os efeitos práticos dessa grande Convenção acabaram sendo conhecidos um pouco depois, mais precisamente em 1997, quando ocorreu a Conferência das Partes, oportunidade em que foi assinado o Protocolo de Kyoto, pactuado também pelo Brasil, onde foi firmado um compromisso firme de redução de emissões de dióxido de carbono e metano, problemática ímpar na mudança do clima global. (Milaré, 2011, www.online.unisc.br) Desse protocolo, aponta-se como resultado o chamado MDL (Mecanismos de Desenvolvimento Limpo), que criou o mercado de créditos de carbono, uma espécie de troca entre os países desenvolvidos e industrializados, em favor de economias pobres e países em fase de desenvolvimento.

Após a ECO-92, mais precisamente dez anos depois, os países pertencentes às Nações Unidas à época, organizaram, na cidade de Johannesburgo, na África do Sul, a Rio+10, chamada de Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável. De resultado deste evento, ressalta-se a criação, da Declaração de Johannesburgo para o desenvolvimento sustentável, e ainda o Plano de Implementação, que incluía metas relacionadas também ao desenvolvimento sustentável.

Em 2012, foi realizada na cidade do Rio de Janeiro, no Brasil, uma das maiores conferências realizadas pelas Nações Unidas. A Rio+20 foi uma forma encontrada para os países pertencentes à ONU ratificarem seus compromissos frente ao desenvolvimento sustentável. Vários foram os desfechos deste evento, entre mais de 700 ações firmadas por empresários e outros membros para problemas específicos, e um documento final gerado, contendo 53 páginas, assinado por 188 países. Segundo o Secretário-Geral da ONU, Ban-kimoon, “O documento final oferece uma base sólida

da para o bem-estar social, econômico e ambiental”. No entanto, Boff (2012, <http://www.ihu.unisinos.br>), refere:

[...] o grande tema da Conferência da ONU era ‘Que futuro queremos’. O documento final, entretanto, não nos fornece o mapa nem os meios de percorrê-la. Ele é medroso, sem ambições e sem sentido ético e espiritual da história humana. Refém de uma visão reducionista e até materialista da economia, não forjou um novo e necessário software social e civilizacional que nos desse esperança de um futuro que não fosse simplesmente o prolongamento do passado e do presente. Este deu tudo o que tinha que dar. Levá-lo teimosamente avante é empurrar-nos para a borda de um abismo que se abre lá na frente, num tempo não muito distante. (grifo do autor)

No Brasil, uma coisa se dá como certa: os brasileiros podem se orgulhar ao dizer que possuem a maior diversidade biológica do planeta. Além de toda sua riqueza em biomas, no Brasil, a biodiversidade move em ritmo acelerado a economia nacional, gerando energia, lucro, emprego, e renda.

Sua extensão territorial, que ocupa grande parte da América do Sul, faz com que o país possua três importantes zonas climáticas: o clima úmido no Norte, o semiárido na região Nordeste, e o clima temperado do Sul. Estes três climas diferentes trazem ao ecossistema grandes variações ecológicas, formando um mapa biogeográfico importante e distinto: a maior floresta tropical úmida do mundo, a Floresta Amazônica; a maior planície inundável do planeta, o Pantanal, o Cerrado de savanas e bosques; a Caatinga, os campos dos Pampas, e a Mata Atlântica. Afora isso, o Brasil possui ainda uma costa marinha de 3,5 milhões km², que inclui mais uma enormidade de ecossistemas.

Como se vê, a biodiversidade é um grande tesouro, praticamente pouco conhecido. Tanto é, que hoje no Brasil estão catalogadas apenas 11% de todas as espécies da fauna e flora existentes no seu território. As espécies conhecidas e registradas no Brasil representam 9,5% do total mundial, o que comprova a enorme riqueza da biodiversidade brasileira em comparação à biodiversidade presente no resto do mundo. Além disso, o país apresenta uma grande diversidade de povos e culturas. Povos indígenas e outros tradicionais, como quilombolas, pescadores, pequenos agricultores familiares e pescadores, praticam seu conhecimento e manejo à biodiversidade presente no ecossistema. Geração após geração, essas comunidades transmitem o uso que pode ser terapêutico de cada espécie, o famoso “conhecimento tradicional”.

Em que pese ser incalculável a quantidade de espécies presentes na biodiversidade brasileira, as ações do ser humano, que visam tão somente o desenvolvimento

econômico, fazem ter a certeza que esse número está diminuindo e ainda vai diminuir gradativamente:

No passado recente, usávamos machados para cortar árvores, agora utilizamos motosserras e correntões para rapidamente desmatar imensas áreas cobertas por savanas e florestas; capturamos enormes quantidades de peixes com navios guiados por sonares e dotados de imensas redes de captura; construímos hidrelétricas com lagos de milhares de quilômetros quadrados, que modificam a composição e a abundância de espécies e alteram a estrutura dos ecossistemas da região. (SCARIOT, 2011, p. 120)

Infelizmente, esse número vai diminuir ainda mais. Estimativas preveem que a população até 2050 crescerá em torno de 50%, e que a economia global quadruplicará. (Slingenberg, 2009) A demanda por energia, alimentos, madeira, ferragem, água, entre outros elementos disponíveis, crescerá em proporções gigantescas, o que causará impactos irreversíveis sobre a biodiversidade.

Como é o campeão em biodiversidade em relação ao resto do mundo, o Brasil detém uma responsabilidade muito grande: deve se utilizar de seus recursos de forma responsável, com intensificação de pesquisas, para que assim se possa buscar um melhor aproveitamento da diversidade biológica que tem disponível. Se reduzida, não somente compromete o desenvolvimento sustentável, mas os componentes naturais aqui presentes. Sua conservação se torna fundamental para garantir às futuras gerações brasileiras e a toda a humanidade incalculáveis benefícios à que têm direito.

Com base nas considerações acima, pode-se afirmar que a biodiversidade fornece ao homem um grande número de bens e serviços. Esses recursos precisam, mais do que nunca, de uma percepção especial de toda a sociedade para fins de promover a efetiva proteção ao meio ambiente equilibrado. Segundo a pensadora indiana Shiva (2003, p. 88),

[...] a crise da biodiversidade não é apenas uma crise de desaparecimento de espécies que tem potencial de criar dólares para grandes empresas, servindo de matéria-prima industrial. É mais fundamentalmente, uma crise que ameaça os sistemas de sustentação da vida e o sustento de milhões de pessoas nos países de Terceiro Mundo.

Para que alguma mudança aconteça verdadeiramente, esforços substanciais devem ser empenhados para reverter tal perda. Isso deve ser feito por meio de políticas efetivas e ações que integrem completamente a biodiversidade às políticas de planejamento de uso da terra, incorporando seu valor econômico na tomada de

decisões e implantando políticas que impeçam a perda da biodiversidade e promovam seu uso sustentável.

3. O IMPACTO DA PRÁTICA DA BIOPIRATARIA SOBRE A BIODIVERSIDADE

Se, por um lado a globalização permitiu às pessoas o acesso incondicional às tecnologias, às informações em frações de segundos, e rompeu com todos os limites de relações econômicas, por outro ângulo, também gerou uma série de prejuízos. Infelizmente, hoje todos os recursos da diversidade biológica são manejados não de uma forma sustentável, no qual o interesse socioambiental prevalece. A biodiversidade é dirigida sob o olhar dos gigantes capitalistas, de uma forma em que o crescimento econômico seja seu único propósito de existência.

O ser humano, mesmo que de acordo com a vontade de preservação e conservação dos recursos presentes na diversidade biológica, permanece focado no mercado: É a sistemática nefasta do capitalismo. Neste sentido, refletem Araujo e Tybusch (2007, p. 77), que “a atual economia de mercado contribui para a desigualdade social e, da mesma forma, para o desequilíbrio ambiental. O meio ambiente não é mera peça mercadológica, se faz necessária uma mudança de paradigma urgente”.

Os números são precisos quando se utiliza como exemplo a maior área de diversidade biológica do mundo, a Mata Atlântica:

[...] os fragmentos remanescentes da Mata Atlântica original continuam a deteriorar-se devido à retirada de lenha, ao corte ilegal de madeira, à captura ilegal de plantas e animais e à introdução de espécies exóticas. Além disso, a construção de represas para a produção de energia hidrelétrica contribuiu substancialmente para a perda de habitats e para mudanças ecológicas na região. Apesar da devastação ecológica e social provocada pela construção de represas, amplamente reconhecida, vários projetos hidrelétricos continuam sendo implementados. (GALINDO-LEAL, CÂMARA, 2005, pág. 4)

Além disso, nos últimos quatro séculos, as atividades do homem, desencadearam na extinção de aproximadamente 250 espécies de pássaros, anfíbios, mamíferos, e répteis. Essa informação sobe para cerca de 2 mil, contando as extinções ocorridas antes do século XVII. (Galindo-Leal, 2005, p.12).

O Primeiro Relatório Nacional sobre Comércio Ilegal da Fauna Silvestre elaborado pela Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres (RENCTAS) relaciona os principais animais procurados, daqui retirados e levados para o merca-

do internacional. Destes, pode-se citar como exemplo, aranhas que são comercializadas por até cinco mil dólares a unidade. Alguns besouros, no mercado internacional atingem o absurdo valor de até oito mil dólares por unidade. A espécie mais cara do mercado negro, a jararaca-ilhoa, pode ser vendida por até vinte mil dólares a unidade.

Além dessa prática de comércio ilegal de animais, a criação de produtos comercializáveis por meio de recursos buscados na essência genética de plantas ou animais, denominada bioprospecção, quando ilegal, também repercute negativamente para os efeitos exploração. Santilli (2005, p. 200), define o termo como “a atividade de bioprospecção envolve a coleta de material biológico e o acesso aos seus recursos genéticos em busca de novos compostos bioquímicos cujos princípios ativos possam ser aproveitados para a produção de novos produtos farmacêuticos, químicos e alimentares.”

Para que tal prática seja realizada de forma legal, faz-se necessário a repartição de benefícios, mediante uma espécie de pagamento para quem detém o conhecimento e a prática de tal substância da diversidade biológica.

Mister ressaltar, que nem toda evasão da flora configura-se biopirataria. Entretanto, quando o tráfico acontece, o país que tem sua diversidade biológica violada deve estar precavido para tomar as medidas legais.

Embora não exista uma definição jurídica para biopirataria, vários autores já trabalharam na busca para esclarecer do que se trata essa prática exploratória. Juliana Santilli (2006, p. 85), o conceitua da seguinte forma:

[...] é a atividade que envolve o acesso aos recursos genéticos de um determinado país ou aos conhecimentos tradicionais associados a tais recursos genéticos (ou a ambos) em desacordo com os princípios estabelecidos na Convenção sobre Diversidade Biológica, a saber: - a soberania dos Estados sobre os seus recursos genéticos, e - o consentimento prévio e informado dos países de origem dos recursos genéticos para as atividades de acesso, bem como a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados de sua utilização.

Para Lavorato (2005), “a biopirataria é o desvio ilegal das riquezas naturais (flora, águas e fauna) e do conhecimento das populações tradicionais sobre a utilização dos mesmos”. Shiva (2001, p. 27-28) volta séculos no tempo para explicar que o problema da biopirataria não é de hoje. Que essa prática nada mais é que um progresso do processo de colonização e exploração, pelos países do hemisfério Norte (desenvolvidos) aos países do Sul (em desenvolvimento).

Como se vê, a biopirataria, que há muito faz parte da realidade da diversidade biológica brasileira, nada mais é do que a exploração por um agente desenvolvido (seja representado por um país, uma empresa ou instituição científica), de recursos da biodiversidade, sem as devidas observações legais. O agente “biopirata” leva o recurso ao seu país, e efetua as mais diversas pesquisas e estudos acerca da maneira que aquele produto pode ser utilizado de forma. Após, esse agente cria uma patente, faz tal produto gerar uma enormidade de lucros, sem a devida repartição de benefícios com o país ou local de origem detentor do recurso.

No Brasil, o tema biopirataria há muito deveria ser levado a sério, porquanto para terceiros que aqui se instalam, lhes parece fácil se infiltrarem e obter informações de-
ras valiosas acerca da utilidade da biodiversidade aqui presente. Como exemplo fático, mister citar o caso Cupuaçu. A árvore encontrada na Amazônia há gerações é utilizada pelo Povo Tikuna, especialmente para alimentação e dores abdominais. A empresa japonesa Asahi Foods Co. Ltd. no ano de 2002, encaminhou e registrou a marca “cupuaçu”, que através do óleo das sementes da árvore suprarreferida, fabricou um tipo de chocolate, o “cupulate”. No ano de 2004, entretanto, o Escritório de Marcas e Patentes do Japão atendeu o apelo do GTA (Grupo de Trabalho Amazônico) e da Amazonlink, uma ONG do estado do Acre, anulando o registro da marca “cupuaçu”, sob fundamento de ser inviável registrar uma marca com o nome de uma fruta e matéria-prima.

A exemplo do Brasil, os países em desenvolvimento são os detentores dos recursos da biodiversidade, e os países desenvolvidos detém a capacidade de pesquisa para produção, o domínio da biotecnologia e das patentes. A Convenção sobre Diversidade Biológica criou alguns mecanismos que visam minimizar esses efeitos de desequilíbrio entre as forças dos países do norte sobre os países do sul: “consentimento prévio informado dos países de origem dos recursos genéticos e a repartição dos benefícios gerados pelas atividades de bioprospecção (...) a fim de identificar possíveis aplicações econômicas”. (SANTILLI, 2005, p. 199)

Entretanto, tais proteções, conferidas pela CDB são insuficientes. Como enfatiza Mont’Alverne (2012, p. 126): “Na verdade, as regras sobre o acesso a biodiversidade variam de um país para outro e as leis não são claras, quando são simplesmente insuficientes para negociar a repartição dos benefícios e garantir a proteção efetiva da biodiversidade no âmbito dos Estados fornecedores e usuários”.

Com a falta de regras claras e eficientes, os países detentores da biodiversidade ficam a mercê dos países desenvolvidos e detentores da biotecnologia, deixando o caminho livre para a exploração econômica e comercial dos produtos e processos retirados dos componentes da diversidade biológica de um determinado local, pelo simples fato de não existir nenhuma obrigação legal para repartição de benefícios. A pequena base legislativa existente acaba não garantindo uma segurança jurídica aos países usuários, nem para os fornecedores.

Para que esses recursos não sejam entregues de forma gratuita para os países desenvolvidos, o que deve se buscar é uma proteção jurídica efetiva, onde os processos exploratórios ilegais tenham penalidades mais severas, não somente administrativas e de valores econômicos muito baixos, mas também uma penalidade na esfera criminal.

O regulamento legal existente hoje para a que se tenha o desenvolvimento da biotecnologia, acabam não sendo claras e deixam “brechas” para a biopirataria.

A biopirataria ainda não se constitui como crime no Brasil, apesar da grande lesão que causa à diversidade biológica. Hoje, a conduta da biopirataria é passível apenas de sanções administrativas⁴².

A lei de biossegurança⁴³ visa estabelecer normas de segurança e meios de fiscalização para as atividades que envolvam organismos geneticamente modificados, mas não é efetivamente clara para regular as possibilidades de biopirataria.

O estado do Acre foi pioneiro no Brasil quando criou a primeira lei do país para o fim de combater à prática da biopirataria, em 1997⁴⁴. A lei estabeleceu que o acesso a estrangeiros à diversidade biológica do estado só seria permitido quando acompanhados de uma associação/instituição ou empresa da área de pesquisa. Logo depois, o estado do Amapá também seguiu o exemplo do estado vizinho e criou uma lei para proteger seus recursos⁴⁵.

Genericamente, no Brasil existem regras básicas que regulamentam o acesso à diversidade biológica: Decreto 2.519/98 (que promulgou a convenção sobre diversidade biológica), a Medida Provisória nº 2.186-16/01 (dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização), e os Decretos 3.945/01 (define o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético - CGEN e estabelece as normas para o seu funcionamento); 4.339/02 (institui princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade); 4.946/03; 5.439/05; 5.459/05; e 6.159/07.

Ainda está em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 7710/2010, proposto pelo Deputado Ricardo Tripoli. O projeto busca a criminalização e sanções penais adequadas à conduta do biopirata e aos atos que sejam lesivos à biodiversidade, à proteção e utilização sustentável do patrimônio genético.

42 Vide o Decreto nº 5.459 de 7 de junho de 2005.

43 Lei nº 11.105 de 2005

44 Lei Estadual n. 1235/97

45 Lei Estadual n. 388/97

Além das leis que já estão em vigor, o ordenamento jurídico brasileiro possui uma série de leis isoladas que também buscam conferir proteção aos elementos da biodiversidade. Como exemplo, pode-se citar a Lei nº 5.197/1967 (Lei de Proteção à Fauna brasileira), e que tem alguns de seus dispositivos alterados pela Lei 7.653/88. A Lei que confere proteção à fauna silvestre, seus recursos e animais ali presentes, ao determinar que estes são propriedade do Estado. Esta lei criou um novo mecanismo, no sentido de considerar crime a agressão à fauna. Ainda, coibiu a caça profissional e comercialização da fauna silvestre.

A Lei nº 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais) acaba por não conferir uma intensa proteção à diversidade biológica, porquanto abranda a situação do criminoso, possibilitando a fiança e a substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direito⁴⁶ a quem comete os crimes previstos nessa lei. Para as pessoas físicas e jurídicas que agredem o patrimônio da biodiversidade, acabam por não sentir os efeitos dessa lei. Os lucros gerados a partir da exploração acabam compensando as punições sofridas por tais criminosos. Essa lei deveria ter uma melhor observação pelo legislador. O direito penal poderia e tem o dever de exercer sua função, punindo toda e qualquer forma de apropriação indevida dos componentes da biodiversidade e do conhecimento tradicional. O extrator ilegal de plantas, o caçador de animais e qualquer pessoa que se apropria dos recursos naturais, deveria receber uma maior e mais efetiva punição.

O Código Florestal também é um exemplo de legislação protecionista à biodiversidade como um todo. Todavia, não há qualquer menção às práticas de biopirataria.

Portanto, apesar de existirem diversas normas reguladoras, que visam proteger o acesso à biodiversidade e deter a prática da biopirataria, o que se observa na maioria dos dispositivos é que a ordem prática os torna eficaz. Ainda falta no ordenamento jurídico brasileiro normas punitivas à prática da degradação da diversidade biológica e que sejam protetoras ao patrimônio genético do país.

4. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ACESSO À BIODIVERSIDADE COMO MEIO DE PRESERVAR O AMBIENTE E SUAS RIQUEZAS NATURAIS

Anteriores a 1988, as constituições brasileiras nunca deram destaque ou se importaram em trazer ao texto constitucional o termo “meio ambiente”, ou alguma

46 As penas restritivas de direito constantes da legislação em comento são prestação de serviço à comunidade, suspensão temporária de direito, suspensão parcial ou total de atividades, prestação pecuniária e recolhimento domiciliar.

norma que versasse sobre a questão da degradação ambiental. O verdadeiro início e decisivo passo para o Direito Ambiental Constitucional foi, sem dúvida, na Constituição de 1988. Além de formar um alicerce com questões importantes como ordem social e econômica, bem como o direito à saúde e desenvolvimento, faz uma consideração ao meio ambiente através de uma série de dispositivos. Como enfatiza Fiorillo (1999, p. 45), “encontramos na Constituição Federal brasileira a efetiva garantia de preservação e recuperação do mesmo, por meio de uma análise sistematizada de alguns dispositivos constitucionais”.

O art. 1º, inciso III, da Constituição Federal refere que vida digna é aquela que se vive com saúde, equilíbrio e qualidade. A concepção de saúde, conforme ensina Dallari, (1987, p. 35), se concretiza no “[...] direito de estar livre de condições que impeçam o completo bem-estar físico, mental e social, verificando as condições do meio ambiente, isto é, do lugar onde as pessoas vivem, trabalham, estudam e exercem outras atividades”. A partir de tal conceito, fica claro que a dignidade da pessoa humana, garantida pela CF/88, está atrelada à ideia de qualidade de vida e saúde do ser humano.

No seu art. 5º, a Constituição Federal trás um rol de direitos e deveres individuais e coletivos garantidos aos brasileiros e estrangeiros que residem no Brasil, no que dizem respeito ao direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Com a necessidade de sobrevivência e preservação das vidas existentes e futuras, o crescimento econômico deve estar ligado ao desenvolvimento sustentável. Assim, continuando a análise de alguns artigos constitucionais, o art. 170 trás a garantia do desenvolvimento econômico com o fim de assegurar a todos existência digna com observância a uma série de princípios.

Já o art. 218 da Constituição Federal, garante que “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”. Percebe-se que o legislador, com grande sabedoria soube levantar a questão do incentivo ao desenvolvimento científico, basta uma análise ao parágrafo 4º do referido artigo: “A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho”.

À proposito, verifica-se ser de suma importância todos os dispositivos supracitados à respeito da previsão de proteção à biodiversidade na Constituição Federal. Entretanto, uma norma é percebida como a menina dos olhos para a diversidade biológica no âmbito da Constituição: o artigo 225 aparece como o quilate constitucional para a proteção do meio ambiente.

Como grande novidade e marco da história constitucional brasileira, pela primeira vez há uma dedicação de um capítulo inteiro à proteção jurídica ao meio ambiente. O art. 225, *caput* da CF/88, assegura a todos o “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” A partir desse artigo, criou-se um direito constitucional fundamental ao acesso ao meio ambiente correto e ecologicamente equilibrado, conforme ensina Mirra, (1994, p. 13):

Como todo direito fundamental, o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é indisponível. Ressalta-se que essa indisponibilidade vem acentuada na Constituição Federal pelo fato de mencionar-se que a preservação do meio ambiente deve ser feita no interesse não só das presentes, como igualmente das futuras gerações. Estabeleceu-se, por via de consequência, um dever não apenas moral, como também jurídico e de natureza constitucional, para as gerações atuais de transmitir esse ‘patrimônio’ ambiental às gerações que nos sucederem e nas melhores condições do ponto de vista do equilíbrio ecológico.

Chegando ao ponto específico que tange a biodiversidade e patrimônio genético, o parágrafo 1º, inciso II do art. 225 da Constituição Federal afirma que incumbe ao poder público “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”, assegurando o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para os demais.

Dessa forma, ao fazer uma análise a Constituição brasileira, não se encontra apenas no art. 225 a proteção jurídica aos bens ambientais, e sim em outros dispositivos, como já ficou bem demonstrado. Isso se dá pelo fato de a Constituição não tutelar apenas os bens ambientais, e sim porque os bens ambientais e a qualidade de vida estão diretamente ligados aos fundamentos da dignidade da pessoa humana, à vida sadia, à cidadania, valores sociais do trabalho, entre tantos outros.

A Carta Magna, podendo muito bem ser denominada “verde”, traduz em seus dispositivos a preocupação em regulamentar o acesso do indivíduo e da coletividade ao meio ambiente equilibrado, porquanto se trata de um bem difuso, devendo ser objeto da proteção de toda a sociedade e principalmente do Estado, para o uso de toda a nação.

4.1 O direito fundamental do ser humano ao acesso ao meio ambiente equilibrado e saudável

Quando se constatou que era preciso preservar a biodiversidade para proteger e resguardar a vida sadia da humanidade, direitos básicos para subsistência, o homem estabeleceu algumas “combinações” com a natureza. Muito embora esses ajustes não sejam observados por uma parte dos homens, - seja na prática da exploração em massa, ou então na biopirataria, quando os recursos são retirados do seu *habitat* sem a devida autorização -, uma vez demonstrada a necessidade de proteção do meio ambiente, é natural que o ordenamento jurídico – principalmente a Constituição - acompanhasse a obrigação por uma mudança.

Muito embora não tenha sido incluso no quadro dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º, o meio ambiente goza de *status* de direito fundamental no Brasil, ideia que será defendida no decorrer deste capítulo.

Adverte Galvão Filho (2005), que a exclusão do direito ao meio ambiente do catálogo do Título II da Constituição (denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), trás a incerteza de sua fundamentalidade. Mateo (1991, p. 48), conclui que “não é fácil inserir o direito ao ambiente na rígida armadura dos direitos fundamentais no sentido técnico da questão”. Devido à localização geográfica interna do direito constitucional, o direito ao meio ambiente parece estar incluso apenas nas normas programáticas, figurando como princípio da política econômica e social do Estado, “não outorgando uma esfera de proteção especial aos indivíduos porque não poderiam estes efetivá-lo perante os tribunais, salvo aquele eventualmente regulamentado pela legislação infraconstitucional”. (PREDIGER, 2007, p. 24)

Cumpre salientar e deixar claro desde logo a natureza e o *status* de direito fundamental conferido ao meio ambiente. A fundamentalidade que ronda o artigo 225 da Constituição Brasileira é extremamente receptiva pela doutrina e jurisprudência. Medeiros (2004, p. 110) na sua obra afirma que “a doutrina e a jurisprudência consideram, indubitavelmente, o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um Direito Fundamental em nosso regime constitucional”. No mesmo diapasão, Sarlet e Fensterseifer (2010, p. 12) relacionam a tutela ecológica aos direitos fundamentais:

[...] a CF88 (artigo 225, *caput*, c/c o art. 5º, §2º) atribuiu à proteção ambiental e – pelo menos em sintonia com a posição prevalente no seio da doutrina e da jurisprudência – o *status* de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, além de consagrar a proteção ambiental como um dos objetivos ou tarefas fundamentais do Estado – Sociambiental – de Direito Brasileiro, sem prejuízo dos deveres fundamentais em matéria socioambiental.

Mister referir a redação dada pelo artigo 2º da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Desta forma, depreende-se que, mesmo não estando presente no rol do artigo 5º, o direito ao meio ambiente equilibrado e sadio, culminante na boa qualidade de vida dos indivíduos, é, comprovadamente, um direito que deve ser alcançado por todos. Morato Leite (2003, p. 91), justifica o tratamento de direito fundamental ao meio ambiente por possuir cunho intergeracional e extraterritorial:

A preocupação com a preservação ambiental ultrapassa o plano das presentes gerações, e busca proteção para as gerações futuras. É, de fato, a proclamação de um direito fundamental intergeracional de participação solidária e, como consequência, extrapola, em seu alcance, o direito nacional de cada Estado soberano e atinge um patamar intercomunitário, caracterizando-se como um direito que assiste a toda humanidade.

Como se vê, por se tratar de direito intergeracional, ligado ao bem estar e qualidade de vida de todos os homens, sem exceção, a proteção do meio ambiente acaba possuindo uma relação intrínseca com os direitos humanos. Forçoso salientar que a vida é uma das condições elementares para o exercício da dignidade da pessoa humana. Todavia, uma não se limita àquela, uma vez que dignidade não pressupõe apenas condições físicas e biológicas. A égide da existência humana é muito mais abrangente: pressupõe condições sociais, psíquicas, físicas, culturais e ecológicas adequadas. Dessa forma, com a aposição dos direitos sociais e ambientais, claramente se identificam as condições necessárias para se tutelar a dignidade da pessoa humana, que, conforme Sarlet e Fensterseifer (2010, p. 27), reconhecem “um *direito-garantia do mínimo existencial socioambiental*, precisamente pelo fato de tal direito abarcar o desenvolvimento de todo o potencial da vida humana até a sua própria sobrevivência com espécie, no sentido de uma proteção do homem contra a sua própria ação predatória”.

De tal sorte, um ambiente degradado e poluído acaba violando os dois principais direitos humanos conferidos ao homem: o direito à saúde e principalmente à vida. Nessa seara, Pozo (2000, p. 48-49), ensina que,

[...] o direito à vida é o mais fundamento de todos os direitos, já que se não há vida, não há existência, e portanto, não se tem nem direitos nem obrigações, nem nada.

Neste sentido, o direito à vida poderia ser considerado como um pré-requisito, não somente para o direito ao meio ambiente, mas para todos os demais direitos garantidos e garantizáveis [...] se poderia dizer que o direito à vida é dependente do direito humano ao meio ambiente.

Nesse interím, Bobbio (1992, p. 6), ao dissertar sobre novos direitos, enfatiza o direito fundamental ao meio ambiente, afirmando que “o mais importante deles é reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”.

Como se viu, após o longo processo de avanços e retrocessos, o direito ao meio ambiente equilibrado e sadio acabou alcançando a categoria de direito fundamental. Entretanto, a realidade continua sendo um pouco diferente.

Não são cem por cento efetivos os mandamentos constitucionais – e também das normas infraconstitucionais – que dão contorno ao direito ambiental. A natureza continua sendo degradada de forma feroz pelo ser humano, agredindo o direito fundamental constitucional ao meio ambiente equilibrado e sadio – além de todos os outros que a ele estão intimamente ligados, como o direito à vida, à dignidade – de forma contínua e escancarada. Dessa forma, a sociedade deu-se conta que a crise ambiental máxima se aproxima, “a partir da constatação de que as formas de organização e gestão econômica da sociedade estão em conflito com a qualidade de vida” (PREDIGER, 2007, p. 53)

Impor ao Estado o dever de tutelar o direito ao meio ambiente para todos, como um direito fundamental que é, deve-se impor também à coletividade o dever de gestão ambiental, fiscalizando e redobrando a cobrança a todos os membros da sociedade, pelo objetivo de uma eficaz educação ambiental. É o famoso “Estado democrático de ambiente”, defendido por Canotilho (2007, p. 5) como “a força normativa da Constituição ambiental dependerá da concretização do programa jurídico-constitucional, pois qualquer Constituição do ambiente só poderá lograr força normativa se os vários agentes – públicos e privados – que atuem sobre o ambiente o colocarem como fim e medida das suas decisões”

Portanto, a partir da premissa de que o direito é feito pelo homem e tem como destinatário maior o próprio homem, fica claro o reconhecimento do valor da natureza pelas leis do homem, considerando que o meio ambiente é um bem jurídico autônomo, dotado de respeito, não sujeito à mera apropriação e domínio, mas sim, elevado ao grau máximo de proteção especial, a fim de que se encontre a sadia qualidade de vida das mais diversas formas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho foi alinhavado com o objetivo de enfrentar a problemática trazida nas Considerações Iniciais.

Consoante foi demonstrado, a teoria antropocêntrica, que identifica o homem como sendo o centro do universo, ainda reinante, coloca a biodiversidade como meio para execução de objetivos, de contrair riqueza, e de fazer um saque aberto dos recursos naturais e ecossistemas globais.

Confirmando a hipótese levantada no início deste trabalho, a biodiversidade, apesar de contar com milhões de espécies vivas, vivendo em comunidade no nosso planeta, a partir de uma série de acontecimentos e catástrofes naturais, o homem vai percebendo, - e mais do que isso - aprendendo que, o meio ambiente dá, e irá continuar mostrando sinais de tolerância à poluição, exploração e devastação por ela sofrida.

O tema biodiversidade, após todos os eventos abordados neste trabalho, que culminaram para sua problemática ter maior e melhor visibilidade pela sociedade mundial como um todo, ainda carece de uma eficaz proteção jurídica. Mesmo que o Brasil conte com uma série de tratados, leis e decretos que objetivam proteger a sociobiodiversidade, sabe-se que ainda não é o suficiente. Uma nova percepção e marcos regulatórios acerca do meio ambiente é imprescindível para alterarmos o panorama da exploração e degradação ambiental que prepondera nas atividades econômicas brasileiras.

Além disso, observa-se que a prática da biopirataria, que iniciou quando da colonização dos países do sul pelos países do norte, ainda está longe de ser considerada uma “lenda urbana”, como referem alguns autores. Diversas condutas de biopirataria ainda são flagradas pelos países detentores da biodiversidade, principalmente o Brasil.

A Constituição Federal apareceu como o grande avanço do século, rompendo o descaso e a antiga tradição de deixar a temática ambiental em segundo plano. O direito conferido à coletividade, através da redação dada pelo artigo 225 foi uma forma inovadora de garantir e acrescentar um direito fundamental de terceira geração a todos os brasileiros, conferindo-lhes o direito ao acesso ao meio ambiente equilibrado e sadio. Garantir a segurança e bem-estar da sociedade, confirmam que a proteção e preservação ambiental são valores fraternos e pluralistas, sem qualquer preconceito.

Note-se que o Estado possui o dever de tornar concreto o direito fundamental que ele mesmo se propôs a tutelar, tanto no âmbito da Constituição Federal, quanto nas leis infraconstitucionais.

Portanto, o objetivo deste trabalho foi praticar uma reflexão acerca do espaço que a biodiversidade e o meio ambiente encontram no ordenamento jurídico, e o que culmina a falta de proteção e previsão deste.

A atitude que vem sendo tomada pela sociedade, de que o ser humano é ser integrante da natureza, é apenas o primeiro passo. Ainda, importante dar-se conta de que o coletivo está acima do individual. Portanto, tanto no âmbito acadêmico, quanto no profissional, parece a palavra “conscientização”, ser um marco para que entender, e então buscar uma solução, ao menos em parte, para os problemas atinentes ao meio ambiente e à biodiversidade.

6. REFERÊNCIAS

- ABRANTES, Joselito Santos. Bio (sócio) diversidade e empreendedorismo ambiental na Amazônia. Rio de Janeiro: Garamond.
- ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. Pensamento Sistêmico-Complexo na Transnacionalização Ecológica. In: ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de; VIEIRA, João Telmo (orgs.). Ecodireito: o Direito Ambiental numa perspectiva sistêmico-complexa. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.
- BOFF, S. O. ; ZAMBAM, N. J. Razões que fundamentam o modelo de desenvolvimento sustentável na sociedade contemporânea. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 106, p. 108-129, 2013.
- BOFF, S. O. ; ZAMBAM, N. J. Os direitos fundamentais e o exercício das liberdades substantivas. *Jurispoiesis* (Rio de Janeiro), v. 1, p. 355-372, 2012.
- BOFF, S. O. (Org.) . *Inovações em energias renováveis para a sustentabilidade: a necessária conciliação entre direitos intelectuais e interesses sociais*. 1. ed. Passo Fundo-RS: EdIMED, 2013. v. 400.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Biopirataria (CPIBIOPI). Presidente Antônio Carlos Mendes Thame e Relator Dep. José Sarney Filho. In: Centro de Documentação e Informação, Brasília, mar 2006. Disponível em <http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/cpi/Rel_Fin_CPI_Biopirataria.pdf>. Acesso em 30 mar 2013.
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Indicadores de Desenvolvimento Sustentável Brasil 2010. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.
- CANOTILHO, J. J Gomes; Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007.

- DEL POZO, Franco. *El derecho humano a un medio ambiente adecuado*. Universidad de deusto: Bilbao, 2000.
- DIEGUES, Antônio Carls & ARRUDA, Rinaldo S.V (orgs.) *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, São Paulo: USP, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DUTFIELD, Graham. Repartindo benefícios da biodiversidade: qual o papel do sistema de patentes? In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros. *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco ; RODRIGUES, Marcelo Abelha . *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável* . São Paulo : Max Limonad, 1997.
- GALINDO-LEAL, C.; CÂMARA. I.G. Atlantic forest hotspots status: an overview. In: Mata Atlântica : biodiversidade, ameaças e perspectivas. Carlos Galindo -Leal, Ibsen de Gusmão Câmara (Ed.); traduzido por Edma Reis Lamas. – São Paulo: Fundação SOS Mata Atlântica, 2005.
- LAVORATO, Marilena Lino de Almeida. Biodiversidade, um ativo de imenso valor: biopirataria, plantas medicinais e etnoconhecimento. São Paulo, 2005. Disponível em <http://www.maisprojetos.com.br/pdf/Biodiversidade_Imp.pdf>. Acesso em 05 abr 2013
- LEFF, Enrique. *Saber Ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 2002.
- LEWINSOHN, T. M.; PRADO, P. I. Biodiversidade brasileira: síntese do estado atual do conhecimento. São Paulo: Ed. Contexto, 2002.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme . *Direito Ambiental Brasileiro* . 8a ed. . São Paulo : Malheiros, 2000.
- MARTIN MATEO, Ramon. *Tratado de derecho ambiental*. Madrid: Trivium, 1991.
- MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente – Direito e Dever Fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; O acesso aos recursos genéticos e o protocolo de Nagoya. In: MARINHO, Maria Edelvacy P.; Renata de Assis Calsing. *Propriedade intelectual e meio ambiente*. Brasília: Dreams Gráfica e Editora, 2012.
- PREDIGER, André Eduardo Schröder. Da concretização do direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado. 2007. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Santa Cruz do Sul, 2007
- REDE NACIONAL DE COMBATE AO TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES. 1º Relatório Nacional sobre o Tráfico de Fauna Silvestre. Brasília, 2001. Disponível em:

- <http://www.renctas.com.br/files/REL_RENCTAS_pt_final.pdf>. Acesso em 07 abr 2013
- RIFKIN, Jeremy. O século da biotecnologia: a valorização dos genes e a reconstrução do mundo. Tradução de Arão Sapiro. São Paulo: Makron, 1999.
- RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. *Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore: uma abordagem de desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- SANTILLI, Juliana. *Patrimônio imaterial e direitos intelectuais coletivos*. In: MATHIAS, Fernando; NOVIUON, Henry de (Orgs.) *As encruzilhadas da modernidade: debate sobre a biodiversidade, tecnologia e cultura*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988.
- SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In Sarlet, Ingo Wolfgang (org). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- SCARIOT, Aldacir. Panorama da Biodiversidade Brasileira. In: GANEM, Roseli Senna;. *Conservação da Biodiversidade – Legislação e Políticas Públicas*. Brasília: Edições Câmara, 2011.
- SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Petrópolis: Vozes, 2001.
- SHIVA, Vandana. *Monoculturas da mente: perspectivas da biodiversidade e biotecnologia*. São Paulo: Gaia, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SLINGENBERG, Allister; BRAAT, Leon; VAN DER WINDT, Henny; RADE-MAEKERS, Koen; EICHLER, Lisa; TURNER, Kerry. Study on understanding the causes of biodiversity loss and the policy assessment framework: final report. 2009. Disponível em: <http://ec.europa.eu/environment/enveco/biodiversity/pdf/causes_biodiv_loss.pdf> Acessado em: 20 mar 2013.
- TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha; O direito ao meio ambiente equilibrado como direito fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- VIEIRA, Vinícius Garcia. *Direito da biodiversidade e América Latina: a questão da propriedade intelectual*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012.
- WEHAB Working Group. A framework for action on biodiversity and ecosystem management. World Summit on Sustainable Development. 2002. 36p. Disponível em: <http://www.un.org/jsummit/html/documents/summit_docs/wehab_papers/wehab_biodiversity.pdf> Acesso em: 20 mar 2013.

<<http://www.inpi.gov.br/images/stories/27-trips-portugues1.pdf>> Acesso em 01 mai 2013.

<<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-brasileira>> Acesso em 01 mai 2013.

A EFETIVIDADE DA TUTELA DE EVIDÊNCIA E SUA ORIGEM NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO

Marina Souza Esteves⁴⁷

Theobaldo Spengler Neto⁴⁸

RESUMO

O presente artigo pretende analisar as modificações que o novo Código de Processo Civil trará, e no que implicará essas alterações. Visa também demonstrar, que mediante aprovação do Projeto de Lei 8.046/2010, os benefícios que esta trará para sociedade e também para os Magistrados, à inovação da tutela de urgência e tutela de evidência, pois o intuito dessas modificações é desafogar as estantes do judiciário e dar mais celeridade à tutela jurisdicional.

A tutela de urgência e a tutela de evidência, em tese, substituirão o processo cautelar e a antecipação de tutela, cada qual com suas particularidades. Considerando essa nova concepção da demanda, o ordenamento processual civil brasileiro sofrerá modificações com a introdução de novas normas no sistema, dentre elas as tutelas supramencionadas. Com efeito, pretende-se analisar as tutelas atuais e futuras, bem como verificar se essa técnica proposta pelo Novo Código de Processo Civil, é adequada para dar maior efetividade ao processo, realizando as garantias processuais.

47 Estudante do 9º Semestre do curso de da Universidade de Santa Cruz do Sul. E-mail: mahesteves@gmail.com

48 Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2000), onde atualmente é professor-adjunto. Professor de Direito Processual Civil (Processo de Conhecimento, Processo de Execução, Procedimentos Especiais e Processo Cautelar) e de Direito Civil - Responsabilidade Civil. Vice-líder do Grupo de Pesquisas “Políticas Públicas no tratamento dos conflitos”, certificado ao CNPq. Coordenador do Centro de Pesquisas Jurídicas do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Sócio titular do escritório Advocacia Spengler Assessoria Empresarial – SC. E-mail: theo@unisc.br

Palavras-chave: processo cautelar; antecipação de tutela; novo código de processo civil; tutela de urgência; tutela de evidência.

1. INTRODUÇÃO

O Projeto de nº Lei 8.046/2010, por ser um novo paradigma no Direito Brasileiro, e um projeto ainda no aguarda de uma aprovação, bem como um assunto ainda de muitos questionamentos, há uma gama de assuntos a serem discutidos, porém, todos com escassa doutrina e jurisprudência.

O presente trabalho, busca demonstrar as similaridades e as mudanças que o Projeto do Novo Código de Processo Civil, principalmente, no que tange às tutelas de Urgência e Evidência, previstas nos arts. 269 ao 286 do novo Código de Processo Civil, na qual irão “substituir” o processo cautelar e a antecipação de tutela, sinalizando que, haverá a modificação da nomenclatura, mas, com praticamente os mesmos objetivos, irão influenciar em nosso ordenamento jurídico.

Elucidar também, que as tutelas de urgência e evidência representam efetiva tentativa do legislador de acelerar a entrega da prestação jurisdicional, ainda que ausente o perigo da demora.

Com o desenvolvimento deste trabalho, tenciona-se corroborar que o principal objetivo declarado do projeto de novo Código de Processo Civil é alcançar a celeridade da justiça. Sendo estas mudanças de alto valor e esperadas por todos, juízes, advogados e partes, pois com elas, a superlotação de processos em escaninhos dos cartórios, Tribunais e a morosidade excessiva da Justiça, tenderá a diminuir.

O Novo Código de Processo Civil, trará uma celeridade maior ao processo, sem com isso, cercear o direito, constitucionalmente protegido, ao contraditório e a ampla defesa.

No primeiro capítulo será apresentado os institutos atuais para a efetivação do direito, que são o processo cautelar e a antecipação de tutela, na qual possuem requisitos específicos para sua aplicação.

Já no segundo capítulo serão estudadas as tutelas de garantias previstas no Projeto do Novo Código de Processo Civil, quais sejam, a tutela de urgência e a tutela de evidência, apresentando posicionamentos doutrinários acerca do assunto.

Por fim, no terceiro capítulo serão estudadas as similaridades entre os institutos atuais e futuras, e suas implicações quando da aplicabilidade.

2. TUTELAS DE URGÊNCIA NO CÓDIGO PROCESSO CIVIL ATUAL

No Código de Processo Civil atual, a pessoa na qual busca seu direito de forma “instantânea” pode utilizar-se de três finalidades distintas: buscar o reconhecimento de seu direito, por meio do “processo de conhecimento”; a satisfação do seu direito, por meio do “processo de execução”; e a proteção e resguardo de suas pretensões, nos processos de conhecimento e de execução, por meio do “processo cautelar”.

As tutelas de urgência previstas no atual Código de Processo Civil é a tutela cautelar e a tutela antecipada, onde ambas estão inseridas na categoria geral das tutelas de urgência.

As medidas cautelares, atualmente, regem-se pelo disposto no Livro III do Código de Processo Civil, o qual dispõe 14 medidas específicas, estando estas medidas elencadas nos artigos 796 ao 812.

Dispõe Marques (2000, p. 466):

tutela cautelar, é o conjunto de medidas de ordem processual destinadas a garantir o resultado final do processo de conhecimento, ou do processo executivo. A tutela cautelar é modalidade da tutela jurisdicional, pelo que vem exercida através do processo de igual nome, isto é, do processo cautelar. Seu objeto é sempre outro processo, o qual recebe a denominação de processo principal. Para que este tenha o curso previsto em lei, sem sofrer efeitos do *periculum in mora*, é que se constitui antecipadamente, ou incidentalmente, o processo cautelar, que é sempre acessório, instrumental e provisório.

Já as tutelas antecipadas, ou na linguagem comum, a antecipação de tutela, seus requisitos para obtê-la estão elencados no art. 273 do Código de Processo Civil.

Existe uma fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, pois referem que as características de uma e de outra são as mesmas, aplicando-se à tutela antecipada, as normas sobre a tutela cautelar e vice-versa (WAMBIER, 2011,51).

Conforme Wambier e Talamini (2011, p. 51):

a lei 10.444, de 07.05.2002, inclui o §7º no art. 273, com o seguinte teor: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”. O texto deixa clara a antes mencionada fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar. Diversamente do que pode parecer com uma leitura rápida, a providência de natureza cautelar pode ser postulada ainda que não tenha expressado pleito em antecipação de tutela. Pode ocorrer de o autor

não ter pedido antecipação de tutela (até mesmo por eventualmente não lhe interessar tal antecipação), mas ter pedido providência de natureza diversa do provimento final almejado, com os requisitos suficientes para a concessão de medida cautelar.

Dá-se para dizer que o principal ponto em comum entre a medida cautelar e a de antecipação da tutela, é que ambas tratam-se de cognição sumária, incompleta, não exauriente, permanecendo no terreno da mera plausibilidade.

2.1 Tutelas Antecipadas (art. 273, Código de Processo Civil)

Por força da Lei nº 8.952/94, foram introduzidas ao Código de Processo Civil, as tutelas antecipadas, ou as antecipações de tutela, com o intuito de acelerar a prestação jurisdicional satisfativa, ganhando grande espaço no meio jurídico, “substituindo” de certa forma, as medidas cautelares, que além de gerar mais onerosidade para o autor da ação, era mais lenta e demorada, onde o direito, era assegurado somente final da lide, com sentença transitado em julgado, tendo que posteriormente ingressar com a ação principal, sendo a ação cautelar, apenas acessória.

Dispõe Wambier acerca da matéria (2008, p. 321):

a antecipação da tutela pretendida pela parte (quem, em princípio, somente ao final, com a sentença, é que seria deferida) consiste em fenômeno processual de raízes nitidamente constitucionais, já que, para que seja plenamente aplicado o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto na Constituição, é necessário que a tutela prestada seja efetiva e eficaz. A função da antecipação da tutela é a de permitir que a proteção jurisdicional seja oportuna, adequada e efetiva. Garantir efetividade de suas decisões é a contrapartida que o Estado tem que dar à proibição da autotutela.

O sistema processual deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo no processo e de inibir as defesas abusivas, que são consideradas, por alguns, até mesmo direito do réu que não tem razão. A defesa é direito nos limites em que é exercida de forma razoável ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor (MARINONI, 2000).

Nesse sentido dispõe Marinoni (2000, p. 31):

a necessidade de distribuir o ônus da prova decorre do princípio de que o juiz, mesmo em caso de dúvida resultante de carência de prova, não pode deixar de dar solução à causa. Se o juiz tem o dever de sentenciar, solucionando o mérito, alguém tem que pagar pela carência da prova que o impede de ter um juízo perfeito sobre o conflito de

interesses. O Código de Processo Civil fixou regra de que o autor deve provar o que alega, criando um processo que não toma em consideração as particularidades do direito material para a distribuição do ônus da prova. O processo de conhecimento é um procedimento neutro (e assim injusto), insensível às necessidades do direito material, também porque não permite ao juiz inverter o ônus da prova de acordo com a situação concreta que lhe é trazida.

O artigo 273 do Código de Processo Civil nos traz a previsão legal deste dispositivo, demonstrando maior flexibilidade ao assunto, e salientando que não há um momento exato para a postulação e o deferimento dessa tutela, podendo ocorrer em sede de liminar ou no curso do processo de conhecimento.

Para a concessão da antecipação de tutela, é necessário o preenchimento dos requisitos previstos no art. 273 do Código de Processo Civil, sob pena de indeferimento do pedido postulado na exordial. Sobre isso, relata a Desembargadora Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak (2013):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. REVISÃO DE CONTRATO. **PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INCABÍVEL. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 273 DO CPC PARA A CONCESSÃO DAS LIMINARES.** RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70054889357, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em 08/06/2013). (Grifado no original, grifo próprio).

Exige-se, para a antecipação a tutela, uma aparência de bom direito somada com o *caput* do art. 273, cumulativamente com os incisos I e II, somado ainda, ao *periculum in mora*, ou seja, ao perigo de que, não sendo concedida a medida, venha a decisão final a ser ineficaz, ou haja grande risco de isto ocorrer, mas lembrando, sinaliza-se, que a decisão interlocutória na qual o Magistrado antecipa os efeitos da tutela pleiteada, é provisória, baseada em cognição sumária, e passível e ser posteriormente confirmada ou infirmada (WAMBIER, 2008).

2.2 Do Processo Cautelar

Cautelar, no sistema atual do código de Processo Civil, ela tem em regra natureza de ação, mas temos como natureza de ação as ações de execução e as ações de conhecimento, sendo esta, uma classificação clássica. O objetivo de uma ação de conhecimento, seja procedimento comum, ou procedimento especial, é reconhecer

o direito, proferindo o Magistrado uma sentença declaratória, constitutiva, desconstitutiva ou condenatórias, todas essas sentenças compõem o bloco das ações de conhecimento (MARQUES, 2000).

No caso do processo de execução, é uma ação ou uma fase de ação de conhecimento, que tem por objetivo concretizar o direito, esta força o devedor a cumprir com a obrigação, seja fruto de um título extrajudicial ou de uma sentença proferida em uma ação de conhecimento. Sendo a ação de conhecimento e a ação de execução fáceis de identificar.

Quanto às cautelares, estas já têm outra conotação, pois têm um cunho subjetivo maior, porque o objetivo da cautelar é preservar, assegurar direitos, eu não vou cumprir nenhuma obrigação, e nem o Estado vai conhecer o direito, tendo em vista que a cautelar não resolve o problema, apenas assegura determinada situação, porque a solução de um caso concreto, eu busco em ação de conhecimento ou ação de execução, sendo a cautelar uma ação acessória, dependendo sempre de outra ação, porque a cautelar não é auto-suficiente.

Sobre o assunto, disciplina Marques (2000, p. 494):

o processo cautelar é o instrumento operacional de que se servem os órgãos judiciais para exercer e prestar a tutela jurisdicional cautelar. Como sucede com todo processo, também o cautelar consiste num conjunto de atos praticados pelo juiz e seus auxiliares, pelas partes e sujeitos processuais, a fim de que se componha o litígio cautelar e se dê a cada um o que é seu. Processo instrumental destinado a tutelar outro processo, processo cautelar se contrapõe, como *tertium genus*, ao de conhecimento e ao de execução. Embora dependente de outro processo, de que é instrumento de tutela, tem ele objeto próprio e distinto, qual seja, a composição de uma lide cautelar.

O código de processo civil, tecnicamente, nos diz que as cautelares podem ser preparatórias ou incidentais. As preparatórias são aquelas, nas quais eu promovo hoje uma ação cautelar e no futuro promovo uma ação principal. Enquanto as cautelares incidentais são àquelas promovidas no curso de uma ação de conhecimento, onde já existe uma ação em andamento e eu vou promover justamente perante àquele juízo. Quando preparatória, esta cautelar exige a propositura de ação principal, sob pena, de não intentada com a ação principal, a cautelar perder seus efeitos, melhor dizendo, morre, será extinta, porque se ela é acessória, e o principal não existe, ela perderá de forma total seus efeitos.

A atividade jurisdicional, quer aquela desenvolvida no seio do processo de conhecimento, quer a que se realiza no processo de execução, se destina, sempre ao sucesso. Dessa forma, diz-se que o norteador do sistema processual é o da efetivida-

de, no sentido de que todo aquele que invoca a tutela do Estado, por meio da jurisdição, deve receber uma resposta satisfatória, pouco importando, para esse fim, que seja uma resposta de procedência ou improcedência. Porque, se a jurisdição é, em princípio, inafastável e indelegável, ela deve dar uma resposta efetiva, isto é, que resolva a lide no sentido jurídico e prático (WAMBIER, 2008).

O processo cautelar possui inúmeras características, as mais comuns são: autonomia, instrumentalidade, urgência, provisoriedade, revogabilidade, fungibilidade, poder geral de cautela do juiz, medida liminar *inaudita altera parte* e contracautela.

É passível o entendimento de que os dois pressupostos para o processo cautelar, para a concessão de liminar e para obtenção de sentença de procedência, é o *fumus boni jûris* e o *periculum in mora*. Quem decide com base em *fumus* não tem conhecimento pleno e total dos fatos e, portanto, ainda não tem certeza quanto a qual seja o direito aplicável. Justamente por isso é que, no processo cautelar, nada se decide acerca do direito da parte.

3. TUTELAS DE GARANTIA, NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O projeto do Novo Código de Processo Civil (PL nº 8.046/10) trará grandes e significativas modificações e atualizações estruturais na legislação processual civil, tais como a alteração quanto às tutelas de garantia, onde a antecipação de tutela será substituída pela tutela de evidência, e as medidas cautelares, pela tutela de urgência, podendo estas tutelas ser preparatórias ou incidentais; e, ainda, “satisfativas”, que estão previstas no título IX, artigos 269 à 286 do PL 8.046/10.

O atual projeto não conta com um livro destinado ao processo cautelar. Trata-se de opção acertada. Também não disciplina tutelas cautelares nominadas. Teria sido ideal, todavia, que o Projeto mantivesse certas tutelas cautelares em espécie – o arresto, o seqüestro, as cauções, a busca e apreensão e o arrolamento de bens.

O projeto, também procurou outorgar o devido valor ao tempo no processo e distribuí-lo de forma partidária entre as partes independentemente do requisito da urgência, fundando-se para tanto apenas na maior ou menor evidência da posição jurídica sustentada por uma das partes no processo, regulando assim, o tema a título de “tutela de evidência”

De uma forma geral, tem-se a tutela de urgência àquela que é baseada na necessidade de uma satisfação prévia ou de uma cautela imediata para impedir o prejuízo do direito material ao demandante, sendo esta uma medida satisfativa e cautelar.

De outro lado, temos a tutela de evidência, que se evidencia quando o direito do demandante apresentar um grau, um nível muito grande de verossimilhança, de probabilidade de uma sentença final de procedência, então, o bem da vida do qual o demandante está desapossado, pode lhe ser entregue desde logo.

Sinaliza-se, que ambas as tutelas tem por finalidade atenuar eventuais danos emergentes que possam ocorrer em decorrência de circunstâncias de fato ao direito material, justamente pela prestação tardia da tutela jurisdicional.

3.1 Tutela de Urgência

As tutelas de urgência servirão para dar mais celeridade ao feito, para tornar mais efetiva a prestação jurisdicional, e para atender a necessidade da própria sociedade.

O nosso Código de Processo Civil atual, ele divide o código em três ações: ação de conhecimento, ação de execução e as cautelares.

Não mais se admite que a jurisdição se limite a dizer de quem é o direito, daí a preocupação constante em criar condições para o cumprimento das decisões de toda ordem. Nesse cenário as tutelas de urgência possuem uma importância fundamental, em alguns casos sem elas é impossível que ao final haja efetividade do direito via processo.

O novo Processo Civil possui as Técnicas Antecipatórias (liminares) e o Processo Único ou Sincretico como elementos para a materialização de uma tutela adequada, específica, efetiva e tempestiva como Direito Fundamental indeclinável do cidadão.

As tutelas de urgência representam formalmente essa técnica principalmente agora com o projeto do novo Código de Processo Civil.

Como refere Montenegro Filho (2011), não há alteração significativa no que toca aos requisitos legais exigidos para a concessão da tutela de urgência. A plausibilidade do direito corresponde ao *fumus boni jûris*, enquanto que o risco de dano irreparável ou de difícil reparação corresponde ao *periculum in mora*. Teria sido até mais adequado o uso das mencionadas expressões, segundo entendemos, que já estão enraizadas na cultura do operador do direito.

As tutelas de urgência, surgiram pela mudança de postura dos operários do direito e ampla facilitação de todos, sem exceção, a realização de seus direitos. O processo deve sempre tutelar os direitos, daí a importância de se compreender as tutelas de urgência como instrumento nesse sentido e no decorrer do mesmo deve haver a colaboração das partes e na medida do possível que se prestigie o contato pessoal, a imediatividade e concentração dos atos processuais, ou seja a oralidade na prática, infelizmente esquecida.

No projeto do Novo Código de Processo Civil, a tutela de urgência encontra-se consubstanciada no art. 283, onde disciplina que o juiz poderá prestar tutelas de urgência sempre que houver elementos que evidenciem a verossimilhança do direito e, conforme o caso, o perigo na demora da prestação jurisdicional ou o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (MARINONI, 2010).

A eliminação do livro próprio permitiu conferir o adequado tratamento à tutela cautelar, sendo certo que, quando antecedente, inicia o processo e na mesma relação processual instaura-se a ação principal.

3.2 Tutela de Evidência

O art. 285 do Projeto propõe-se a disciplinar a tutela de evidência, referindo que será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando: I ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido; II – um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva; III – a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou IV – a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.

No parágrafo único, lê-se que independerá igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob combinação de multa diária, de entrega de objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.

Na realidade, o que se tutela é o direito da parte, em razão dos diversos fatores previstos pelo art. 285, que indicam forte probabilidade ou certeza de existência daquele direito. *Évidence*, do francês, ou *evidence*, do inglês, significam prova, pois a evidência toca os limites da prova e será tanto maior quanto mais dispuser o seu titular de elementos de convicção, pois é evidente direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria (MARINONI; MITIDIERO, 2010).

Na doutrina, é possível encontrar uma ampla gama de situações em que o direito do demandante se revelaria evidente para o julgador, caso em que sujeitá-lo a todas as solenidades exigidas no procedimento legalmente previsto violaria a garantia da duração razoável do processo, na idéia de um tempestivo acesso à justiça (FUX, 2010).

Não há dúvidas de que hoje os trâmites processuais levam mais tempo do que deveriam, gerando assim, mora na tutela de seus interesses, encerra já por si uma

injustiça, advinda do incorreto manejo, seja pelo legislador ou pelo juiz, dos mecanismos processuais (FUX, 2010).

Diferentemente da tutela de urgência que tem como requisitos o “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, a tutela de evidência se caracteriza pela evidência do direito, como, por exemplo, “quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso” (art. 273, § 6º) ou sob a forma de penalidade quando se verifica o “abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (art. 273, II, CPC).

Dessa forma, verifica-se que a intenção da tutela de evidência é a celeridade processual. Pois, se o direito é evidente, justo que ele seja entregue ao seu portador imediatamente.

Assim, o intuito desse novo modelo postulatório que é a tutela de evidência, seria a afastabilidade da morosidade do sistema, com a entrega, cada vez mais rápida da atividade jurisdicional. Salienta-se, que assim acabariam os recursos descabidos (MONTENEGRO FILHO, 2011).

Conforme parecer proferido em junho de 2013 ao Projeto de Lei nº 6.015/05 e ao Projeto de Lei 8.046/10, pela Comissão Especial, ficou instituída a possibilidade de concessão da tutela de evidência, ou seja, de medida de caráter antecipatório que independe da demonstração do risco de lesão grave ou de difícil reparação.

Para o seu deferimento, basta que: fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido; ou que um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso; ou que a inicial seja instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou ainda que a matéria seja unicamente de direito e já exista tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante.

Inobstante isso, enquanto que na tutela de urgência o objetivo é evitar o dano ou seu agravamento, na tutela de evidência não restam dúvidas quanto ao direito invocado e não o entregar tão logo seja possível.

4. SIMILARIDADES DOS INSTITUTOS ATUAL E FUTURO

A tutela de urgência tem como fator primordial a busca da minimização dos efeitos que o curso natural do processo pode acarretar para o direito material pretendido. Desse caráter emergencial decorrem algumas características básicas semelhantes entre os institutos.

Uma das semelhanças é em relação à cognição sumária, é que surge a partir da necessidade de agilidade no julgamento, a tutela de urgência não permite ao magistrado a utilização de uma fase instrutória demasiadamente longa.

Outra similaridade é a provisoriedade, pois quando concedida a antecipação de tutela, ou a sentença cautelar, essas decisões não estão sujeitas à coisa julgada.

Quanto à revogabilidade, vale sinalar que as decisões fundadas em cognição sumária não poderiam, por lógica, acarretar em provimentos definitivos, dessa forma, a tutela de urgência é revogável a qualquer momento, desde que o juiz entenda que a situação que o fez deferir a medida cesse, ou não mais possa resultar em um efeito grave ou de difícil reparação ao requerente. Assim alterados os fatos ou o quadro instrutório em que se tenha embasado a decisão anteriormente proferida, outra deverá ser prolatada em seu lugar.

E também, quanto à reversibilidade, porque como o Magistrado não se baseia em cognição plena para julgar, a tutela até então concedida, poderá ser revogada a qualquer tempo, retornando ao *status quo*.

Sobre isso, segue decisão do Desembargador Tasso Soares Delabary (2013):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. **ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DESAPARECIMENTO DE SEUS PRESSUPOSTOS. REVOGAÇÃO.** A concessão da antecipação de tutela deve ser concedida quando presentes os pressupostos da verossimilhança da alegação e o perigo de dano ou difícil ou incerta reparação. Hipótese dos autos em que as condições para a manutenção da antecipação de tutela na origem desapareceram, em face da prova produzida que demonstra a relação de direito material entre as partes. **Antecipação de tutela revogada.** Precedentes jurisprudenciais. AGRADO PROVIDO. Agravo de Instrumento Nº 70054891775, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 05/06/2013. (Grifado no original, grifo próprio).

Depreende-se da decisão supracitada, que no instituto vigente, que é o da antecipação de tutela, não preenchido os requisitos legais constantes no art. 273 do Código de Processo Civil, é possível a reversibilidade da tutela deferida anteriormente, voltando assim, ao *status quo*.

Quanto à questão da reversibilidade da decisão, verifica-se ser possível, conforme se depreende das decisões supramencionadas, pois para que a tutela antecipada seja considerada reversível, é necessário que haja possibilidade do retorno ao *status quo*, ou seja, as consequências ocorridas em decorrência da antecipação da tutela deverão ser revertidas ao estado em que estavam antes da concessão da medida.

Em relação a esses novos institutos, sugere o expositor alteração na redação do parágrafo único do art. 272 com vistas a regular de modo mais apropriado a competência para decidi-las. Assim, propõe, de um lado, que, enquanto ainda não estiver interposto o recurso, o beneficiário da decisão recorrida requererá a medida de tutela no juízo que prolatou a decisão e, de outra parte, que, se o requerente é aquele que interpôs ou interporá o recurso, a medida deverá ser pleiteada perante o tribunal competente para o julgamento do recurso (Projeto de Lei 8.046/2010).

4.1 Tutela de Evidência = Antecipação de Tutela?

A tutela de evidência, traz a similaridade em relação à antecipação de tutela no que tange à violação de um direito líquido e certo, bem como o impedimento de exercício por um particular, dando a possibilidade a este agente, de ingressar para ter-lhe o seu direito atendido.

A tutela da evidência vem consubstanciada no art. 278 do Projeto do novo Código de Processo Civil, trazendo quatro possibilidades de concessão, duas que já estão previstas no Código de Processo Civil atual, no art. 273, e as outras duas, inovadoras. Prevê o caput do art. 278 do Projeto de Lei “A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação”, deixando assim claro, que a urgência não é um pressuposto para a obtenção de tutela quando baseada na evidência, eliminando assim uma possível interpretação equivocada na combinação do caput do atual art. 273 com seu inciso II e § 5º.

Esta tutela, possui, na verdade, o mesmo regramento da ação constitucional do mandado de segurança, na qual exige a violação ou à direito líquido e certo do impetrante, para que possa ser avaliado.

Inobstante isso, salienta-se que a tutela de evidência poderá ser requerida apenas contra um particular, diferente do mandado de segurança, que ataca decisão proferida por ente público.

A tutela de evidência é dotada basicamente dos mesmos regramentos da antecipação de tutela, acrescentando apenas algumas inovações.

A tutela da evidência, que substitui a vigente antecipação de tutela, prescinde, por sua vez, da comprovação do “*periculum in mora*”.

Sabe-se que para o deferimento da tutela da evidência, que está prevista no artigo 278 do anteprojeto, dependerá da demonstração do preenchimento de requisito isolado.

Sabido que, atualmente, a tutela antecipada exige a demonstração da prova inequívoca da verossimilhança da alegação e do “*periculum in mora*” ou da prova inequívoca da verossimilhança da alegação e do manifesto propósito protelatório do réu,

sem descuidar da situação em que a antecipação da tutela pode ser deferida apenas mediante a verificação de que o pedido ou parte dele se tornou incontroverso.

Analisando o dispositivo, verifica-se que a tutela da evidência quase sempre exigirá a formação prévia da relação processual, o que significa, que não poderá ser deferida antes da citação do réu, já que o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu somente pode ser caracterizado após a citação, diferentemente do que ocorre atualmente no processo, onde a antecipação de tutela ocorre antes da citação do réu.

5. CONCLUSÃO

O novo formato do processo cautelar e da antecipação de tutela, que virão sob a nomenclatura de tutela de urgência e tutela de evidência, respectivamente, impulsionarão os processos no judiciário, pondo fim na morosidade através de sua eficácia no novo formato proposto pelo Senado Federal.

De outro norte, sinaliza-se que enquanto na tutela de urgência o objetivo é evitar o dano ou seu agravamento, na tutela de evidência não restam dúvidas quanto ao direito invocado e não o entregar tão logo seja possível.

Assim, evidencia-se que o novo Processo Civil possui Técnicas Antecipatórias (liminares), bem como o Processo Único ou Sincrético como elementos para a materialização de uma tutela adequada, específica, efetiva e tempestiva como Direito Fundamental indeclinável do cidadão.

Em modificação ao atual Código de Processo Civil, a tutela antecipada substituída pela tutela da evidência não exigirá o preenchimento do requisito *periculum in mora* ou prova inequívoca da verossimilhança da alegação e do manifesto propósito protelatório do réu, mas sim do requisito isolado, onde percebemos ainda no novo art. 278 que a tutela da evidência sempre exigirá a formação prévia da relação processual, ou seja, não antes de citado o réu que deverá tomar conhecimento do processo, do pedido.

A tutela da evidência não exige o preenchimento dos requisitos supracitados, o que é absolutamente diferente do sistema atual, já que a tutela antecipada exige a demonstração do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (caput do art. 273), exceto quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso (§6º do art. 273) ou quando ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (inciso II do art. 273).

A tutela da evidência também ocorrerá no processo único antecipadamente ou no curso do processo, lembrando que no novo instituto o abuso de direito de defesa

ou o manifesto propósito protelatório do réu só pode ser caracterizado após sua citação. Ainda assim, o pedido só poderá se tornar incontroverso após o decurso do prazo para contestação.

Também foi mantida pelo projeto do novo CPC a antecipação da tutela, por sua vez, na tutela da evidência, quanto à sua concessão de forma parcial e/ou na pluralidade de pedidos, respectivamente, no atual art. 273, §6º e futuramente no art. 278, II.

Enfim, percebem-se alterações significativas nos requisitos para concessão da tutela antecipada e da tutela da evidência, excluindo-se por considerar-se óbvio que seja por decisão elaborada de modo “claro e preciso, as razões do seu convencimento” (art. 273, §1º, CPC) e ainda saindo de seu futuro texto a não concessão da tutela da evidência quando houver “perigo de irreversibilidade do provimento antecipado” (art. 273, §2º, CPC).

Sinaliza-se, que no Projeto do Novo Código de Processo Civil, há a possibilidade do juiz antecipar o provimento, seja de cunho cautelar ou satisfativo (antecipatório de tutela), somente consubstanciado na evidência do direito afirmado pelo autor (tutela da evidência). Deixaria o sistema, portanto, de exigir para todas as situações a urgência ou o periculum in mora, bastando à verossimilhança das alegações ou o *fumus boni iuris* que, a partir daqui, foram fundidos na palavra evidência, acabando, ainda, com a dramática discussão para distinguir um e outro requisito do modelo atual.

Dessa forma, na sistemática proposta pelo Projeto do CPC, o que se apresenta é a tutela de urgência, em substituição à medida cautelar e a tutela da evidência, substituindo a tutela antecipada, onde deixam clara a opção do legislador em deixar de lado o formalismo avivado, para identificar a “real natureza” da medida em prol da finalidade e a utilidade desta.

6. REFERÊNCIAS

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000.

WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de; TALAMINI, E. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; TALAMINI, E. *Curso avançado de processo civil*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- _____.; MITIDIERO, D. F. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. *Manual do Processo de conhecimento*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. *Projeto do novo código de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2011.
- FUX, Luiz. *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa: (reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil)*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- BRASIL. *Agravo de Instrumento Nº 70054891775*. Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 05/06/2013
- _____. *Agravo de Instrumento Nº 70054942305*. Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em 08/06/2013.
- _____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 8.046, de 2010*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 20 out. 2013.

O PAPEL DA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO BRASILEIRO E SUAS IMPLICAÇÕES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Patrícia Fernanda Goldschmidt⁴⁹

Caroline Muller Bittencourt⁵⁰

RESUMO

Este artigo aborda a temática do papel da repercussão geral no recurso extraordinário brasileiro e suas implicações no controle difuso de constitucionalidade. Utilizando-se da técnica de pesquisa bibliográfica, através do método hermenêutico, buscou-se analisar se o recurso extraordinário apreciado pelo STF teria efeito *erga omnes* quando do seu pronunciamento, aproximando-se assim dos efeitos do modelo de controle concentrado de constitucionalidade. Foram abordadas questões históricas e evolutivas relativamente ao RE, bem como temas atrelados ao próprio recurso em questão tais como requisitos de admissibilidade, e ainda, realizou-se a análise de dados oriundos do Supremo Tribunal Federal acerca do tema. Toda a análise realizada faz crer que a repercussão geral transcende a questão de mero requisito de cabimento ou admissibilidade recursal, conseguindo ser meio capaz de impor a todos as decisões que em função dela foram emanadas, servindo de forma a frear a distribuição de RE ao STF. É, ainda, pelo que se vê dos resultados da pes-

49 Acadêmica de Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul, estudante do 10º semestre. E-mail: pfg_pati@yahoo.com.br.

50 Doutora em Direito, Professora do PPGD- mestrado e doutorado Unisc da disciplina de Teoria do Direito e da graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul e Universidade de Passo Fundo. Pesquisadora vinculada ao CNPq coordenadora do grupo de pesquisa “A decisão Judicial a partir do normativismo e suas interlocuções críticas”. Subcoordenadora do curso de Direito Unisc de Sobradinho/RS. E-mail: carolinemb@unisc.br

quisa, meio de aproximação dos efeitos do modelo de controle difuso de constitucionalidade ao modelo de controle concentrado de constitucionalidade.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade; Efeitos objetivos; Recurso Extraordinário; Repercussão geral; Supremo Tribunal Federal.

1. INTRODUÇÃO

Muitos países, buscando a compatibilidade de suas leis infraconstitucionais para com a Carta Maior, adotaram mecanismo denominado de controle de constitucionalidade.

Atualmente, no Brasil, em razão da Constituição Federal vigente adotou-se o modelo misto de controle de constitucionalidade, que atrela as características do modelo de controle difuso de constitucionalidade as características do modelo de controle concreto de constitucionalidade.

Nesta situação, para o funcionamento efetivo do modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, e no que concerne a via difusa, tem-se o RE, que é o meio capaz de levar à apreciação do STF um caso concreto, de partes. Entendeu-se por criar mecanismos de admissibilidade para o cabimento destes RE, inserindo-se na legislação, bem como na própria CF/88, dentre outros requisitos, a repercussão geral. Este requisito de admissibilidade e cabimento emana efeitos importantes aos RE que são apreciados pelo STF, tendo aplicação prática relevante.

O desenvolvimento deste trabalho se justifica pela sua importância acadêmica, jurídica, social, porque capaz de trazer esclarecimentos a estudantes e operadores do Direito quanto ao assunto abordado, que é extremamente contemporâneo e prático, porém, infelizmente, muitas vezes tratado com superficialidade pelas academias. Sua grande interferência no meio social é importante eis que há efeitos concretos surtindo na sociedade brasileira em razão das decisões proferidas pelo STF e a abordagem do tema traz novos entendimentos acerca da função de fato exercida no julgamento dos RE, bem como sua discussão trará novos conceitos acerca da sua função de fato exercida no julgamento dos RE, e os entendimentos deste Tribunal sobre as questões relativas a repercussão geral, o que inclusive facilitará a compreensão do sistema por aqueles que atuam no meio jurídico.

Os efeitos das decisões prolatadas pelo STF devem ser de conhecimento geral, em especial dos estudantes e operadores do Direito, que poderão com olhar crítico posicionar-se acerca do assunto que nos dias de hoje, torna-se cada vez mais de imprescindível conhecimento e compreensão.

2. DAS ORIGENS HISTÓRICAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O **controle difuso de constitucionalidade** teve origem norte-americana, e sobre ele Mendes e Branco (2011) informam que possibilitava a qualquer instância judicial com a incumbência de julgar um caso em concreto, o poder-dever de decidir a respeito da aplicação de determinada lei se a entender divergente da ordem constitucional em vigor.

Segundo menciona Moraes (2010) o modelo difuso de controle de constitucionalidade surgiu, então, nos idos de 1803, momento em que restou consagrado o Estado de Direito, nos Estados Unidos da América, quando houve o famoso julgamento do caso Marbury x Madison, e com isso a possibilidade de ampla revisão judicial. Este julgamento foi conduzido pelo então Juiz-Presidente Marschall, que por sua vez entendeu que deveria haver, nos casos concretos, o respeito da constituição do estado. Baseando-se na decisão proferida neste caso nominado como US Court 137 – 1803, Moraes (2010, p. 720, grifos próprios) acrescenta

[...] que o Juiz Marschall da Suprema Corte Americana afirmou que **é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. E ao fazê-lo, em caso de contradição entre a legislação e a Constituição, o tribunal deve aplicar esta última por ser superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo.**

Por tudo isso Mendes e Branco (2011) sustentam que a singeleza deste modelo, quando possibilita ao juiz da causa verificar a constitucionalidade ou não de determinada lei, foi preponderante para a sua tomada em vários países do mundo.

Relata Ferreira Filho (2011, p. 65) que no controle difuso de constitucionalidade, o efeito dado a decisão abrangeria apenas as partes litigantes, assegurando que “a decisão que afasta o ato inconstitucional não beneficia a quem não for parte da demanda em que se reconhecer a inconstitucionalidade. É o chamado efeito particular, ou *inter partes*”

Já no que toca ao **controle concentrado de constitucionalidade** este originou-se do modelo europeu (austriaco), e confere a um órgão jurisdicional superior ou a

uma corte constitucional a incumbência para o julgamento de questões constitucionais. Marinoni (2012, p. 733, grifos próprios) afirma que

[...] este sistema, previsto na Constituição da Áustria, de 1920, é devido ao gênio de Hans Kelsen, que elaborou o seu projeto a pedido do governo. Kelsen, ao menos na época, tinha uma concepção formalista da Constituição, vendo-a como norma jurídica que se coloca no vértice do ordenamento, entendido como sistema hierárquico organizado por graus ou, esquematicamente como uma escala sobre a qual se coloca diversas fontes do direito. **Kelsen entendeu ser necessário prever, na Constituição, um órgão competente para analisar a compatibilidade da produção legislativa com as normas constitucionais.** Assim a Constituição Austríaca, de 1920 criou uma Corte constitucional [...] habilitada a realizar o controle de constitucionalidade das leis.

Inspirados pelas palavras de Kelsen, Mendes e Branco (2011) declinam que se não há previsão constitucional de anulação de atos inconstitucionais, dita constituição não tem força cogente; e para tanto não interessa qualquer sanção ou penalidade àquele que promulgou o ato contrário a lei maior, pois isto não o extingue do ordenamento jurídico, e neste sentido se dá a importância da existência de um órgão competente para anulá-los. E, neste sentido ressaltam Marinoni e Mitidiero (2012, p. 30) que

[...] no direito alemão, ao contrário do que ocorre no direito brasileiro e no direito estadunidense, o Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) alemão exerce um controle monopolístico sobre a constitucionalidade dos atos normativos (*monopolisieren Normenkontrolle*), denominado de *Verwerfungsmonopol*. No sistema alemão, as decisões do BVerfG têm eficácia vinculante (*Bindungswirkung*) por disposição legal, conforme se vê do § 31, 1, da Lei do Tribunal: “As decisões do Tribunal Federal Constitucional vinculam os órgãos constitucionais federais e estaduais, bem como todos os Tribunais e autoridades administrativas”. As decisões do Tribunal Constitucional têm força de lei (*Gesetzeskraft*).

Acrescentam, ainda, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 31) que o aprofundamento no conhecimento do sistema alemão é bastante importante, pois como alegam “não é somente a parte dispositiva do precedente que é vinculante. Muito mais importante é o fato de que os motivos determinantes [...] da decisão vinculam as decisões futuras”. Assim a decisão emanada teria eficácia contra todos, sendo, portanto, *erga omnes*.

No Brasil o controle de constitucionalidade foi adotado pela Constituição de 1891 e quanto a isso, Marinoni (2012, p. 741, grifado no original) informa que “não

foi por acaso que o controle de constitucionalidade foi com ela sedimentado, já que a sua semente foi lançada com a ‘Constituição Provisória da República’ de 1890 [...]”. Menciona Silva (2012) que o sistema jurisdicional estabelecido pela Constituição de 1891, amparou-se nos modelos trazido pelos Estados Unidos, agasalhando o critério de controle difuso por via de exceção, o que prospera até os dias atuais.

Já no que se refere ao controle concentrado de constitucionalidade no Brasil tem-se como grande marco a EC 16/1965, sendo que sobre ela Dantas (2012, p. 52) refere que é

[...] a modificação constitucional que transformou o nosso sistema de controle de constitucionalidade em híbrido, atribuindo-se ao STF, o poder de exercer tal controle também em abstrato, seguindo a linha do sistema austríaco, também a competência originária adquiriu grande relevância.

Informa Tavares (2012) que com esta EC foi acrescentada ao nosso ordenamento nacional a representação de inconstitucionalidade, cujo intento era o de tornar a lei inaplicável. Para o ajuizamento desta ação, o único que possuía legitimidade era o Procurador-Geral da República, que por seu turno representava toda a coletividade.

Segundo Mendes e Branco (2011) **a EC nº 16, de 26/11/1965, ao mesmo tempo em que instituiu a representação interventiva, também estabeleceu o controle abstrato de norma, tanto estaduais quanto federais.** O grande avanço, na verdade, veio com a vigência da CF/88. Afirma Tavares (2012, p. 304) que “um complexo sistema de controle de constitucionalidade” foi instalado no Brasil com a sua superveniência.

Assevera Marinoni (2012, p. 757) que a nova Constituição buscou a manutenção da força do controle difuso de constitucionalidade, reservando o RE às questões constitucionais, e tornou-se ampliado de modo significativo o sistema de controle concentrado.

Mendes e Branco (2011) informam que no controle de constitucionalidade misto está abrangido os dois controles de constitucionalidade existentes, os quais já foram mencionados, sendo o difuso e o concentrado. Neste modelo de controle permite-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário a possibilidade de deixar de aplicar a lei nas ações e processos judiciais; e ao STF (ou a Corte Constitucional) a capacidade para declarar a (in)constitucionalidade de ações que tenham cunho abstrato ou concentrado.

Neste sentido, somente pela via difusa de controle de constitucionalidade se discutirá a respeito da via de exceção; e as demais (por ADIn e por iniciativa do juiz) serão objetos do controle de constitucionalidade concentrado.

Ademais, Dantas (2012) refere que incumbia ao STF, até o ano de 1988, guardar, proteger as leis federais, tanto as infraconstitucionais quanto as constitucionais; e, Dantas (2012, p. 52, grifos próprios) conclui que “neste período, ficou claro para o STF o problema que decorria do nosso modelo federal: **uniformizar sozinho uma vasta gama de ramos do direito federal aplicado por tribunais diversos, estaduais e federais**”.

3. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

Como visto o RE é o meio processual capaz de levar ao STF a questão constitucional controvertida num caso em concreto, e por isso, importante a sua verificação, bem como a averiguação do papel do STF no controle difuso de constitucionalidade. Neste sentido, atentando para o controle difuso, Siqueira Júnior (2011, p. 192) refere que o “controle concreto de constitucionalidade é apreciado pelo STF por intermédio do RE. O RE é um instituto de direito processual constitucional, pois é o meio adequado para provocação da jurisdição constitucional em concreto”.

Para Dimoulis e Lunardi (2011, p. 305, grifos próprios) “**esse recurso apresenta particular interesse por ser o ponto de encontro entre o modelo concreto e o modelo abstrato**, já que é julgado pelo STF, que cuida também das ações de controle abstrato”.

O STF ciente de sua incumbência tem importante compromisso com o Brasil, qual seja, o de preservar a Carta Constitucional que a todos submete, garantindo assim sua integridade, e evitando, segundo Mello Filho (2011, p. 15) com que o “pragmatismo governamental ou de mera conveniência de grupos, instituições ou estamentos” imperem e acabem por ferir o sentido e a essência da Lei Maior.

Leciona Dantas (2012), ratificando o entendimento supracitado, que até o ano de 1988 o encarregado pela conservação da integralidade do direito federal em geral era o STF, a ele incumbia a guarda da Constituição e das leis infraconstitucionais; contudo, após a promulgação da CF/88, e com ela a criação do Superior Tribunal de Justiça, a competência de última instância foi dividida, sendo que transferiu-se ao novo órgão a responsabilidade pelo zelo do direito federal infraconstitucional; e ao STF, o compromisso de cuidar da Carta Maior.

Em que pese o entendimento deste trabalho seja de que a incumbência do STF transcende ao exercício de ser um mero tribunal recursal, sendo o verdadeiro guardião da Constituição, em face a aproximação de efeitos de ambos os modelos de controle de constitucionalidade como adiante será visto (já que com a inclusão da

repercussão geral pela EC 45/2004, e em função de conferir-se efeitos *erga omnes* às decisões, inclusive com o sobrestamento de outros feitos de questão constitucional idêntica, etc.), isto não torna o STF uma Corte Constitucional tal qual o modelo descrito por Kelsen, e neste sentido Silva (2012, p. 558, grifos próprios) informa que em nosso país seguiu-se

[...] o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério de controle difuso por via de defesa com o critério de controle concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, incorporando também agora timidamente a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 102, I, a, e III, e 103). **A outra novidade está em ter reduzido a competência do STF à matéria constitucional. Isso não o converte em Corte Constitucional. Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso [...]. Segundo, porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico [...]**

Este recurso singular, de características próprias está previsto no artigo 102, III e alíneas da CF/88, trazendo diversas qualidades marcantes e de muitas especificidades, ou seja, seu cabimento está previsto no citado artigo, devendo as questões versadas no recurso “encaixarem-se” no seu rol taxativo. O artigo 102, III da CF/88 (2013, www.planalto.gov.br) assim dispõe

Art. 102 - Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante RE, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Outro ponto importante do RE e que merece ser destacado é o fato de que com ele não se pode discutir o conjunto probatório, as razões fáticas da lide. Isto ocorre em função de que os tribunais superiores devem analisar as questões de direito propriamente ditas e não as questões de fato sobre as quais versam as lides, ou seja, não devem ater-se a análise das provas. Tal entendimento é inclusive sumulado pelo próprio STF, conforme enunciado 279 e neste sentido Tavares (2012) acrescenta que há “a impossibilidade de reabrir discussões de ordem fática ou dependentes de prova”.

Para que o RE possa ser recebido e apreciado pelo STF é imprescindível que a parte recorrente cumpra com certos e determinados requisitos de admissibilidade, tais como cabimento, admissibilidade, pré-questionamento e também o requisito de admissibilidade denominado de repercussão geral, objeto deste estudo.

Destaca-se conforme Theodoro Júnior (2009) que é o STF que exclusivamente deve apreciar a ocorrência ou não da repercussão geral, não cabendo esta análise ao presidente do tribunal local pronunciar-se sobre a questão, ressalvados a ele o exame dos pressupostos gerais e normais de cabimento dos recursos. A **repercussão geral**, que foi incluída no sistema jurídico brasileiro em razão da EC 45/2004, e consta desde então na CF/88 no art. 102, §3º (2013, www.planalto.gov.br):

Art. 102. Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]
§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Após, no ano de 2006 sobreveio regulamentação pela Lei 11.418/2006, e, para Ferraz (2011, p. 80), “de novo pressuposto para o conhecimento do recurso, a repercussão geral passou à condição de verdadeiro instrumento processual, ganhando efeitos transcendentais semelhantes, mas ainda mais abrangentes que os que já vinham sendo produzidos”, seja pelas decisões do STF, seja da Turma Nacional de Uniformização, produzidas no âmbito dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001). Dita regulamentação inseriu os artigos 543-A e 543-B no CPC.

Segundo Ferraz (2011, p. 80) “este novo instrumento processual insere no controle difuso de constitucionalidade componente de natureza objetiva, capaz de evitar infundáveis decisões sobre um mesmo tema pela Corte Constitucional”, e neste sentido ainda se refere que se verificada e conferida à questão a relevância necessária, esta será levada a julgamento pelo plenário do STF, e seu resultado conduzirá futuras decisões sobre as questões idênticas futuras postas à análise da Corte, inclusive nas instâncias recursais ordinárias e especiais. Importa ainda mencionar que estas decisões se contrariadas importarão em retratações ou tornarão prejudicados os recursos que desafiarem as decisões conformes.

Leciona Moraes (2010, p. 596) que a EC 45/04 determinou que a todo aquele que interpuser RE incumbe demonstrar a repercussão geral da questão constitucional suscitada ao caso, conforme impõe a legislação, tendo por objetivo o exame, pelo Tribunal da admissão do recurso e que **somente poderá haver a recusa pela manifestação de dois terços de seus membros**, de acordo com o que disciplina o

artigo 102, §3º da CF/88, o que segundo Ferraz (2011) corresponde a oito votos **negando a existência da repercussão geral**.

Neste ensejo, Dimoulis e Lunardi (2011, p. 309) relatam que “a repercussão geral é um filtro processual. [...] Este filtro recursal procura diminuir o número de processos julgados pelo STF [...] evitando recursos repetitivos”. Para Dantas (2012, p. 259, grifado no original)

[...] boa doutrina tem empregado aqui a palavra de que o legislador argentino se valeu para estabelecer semelhante instituto: *transcendência*. Diz-se, pois, que as questões constitucionais discutidas no caso devem transcender o interesse das partes processuais.

Desta forma, a repercussão geral é um dos requisitos de admissibilidade do RE que tem por objetivo restringir o acesso ao STF, permitindo que o mesmo analise casos de flagrante cunho constitucional e que tenham a relevância já ressaltada, ou seja, que apresentem-se como transcendentais ao litígio posto dentre as partes, afetando sim uma coletividade de pessoas. Verifica-se, portanto que a inserção da repercussão geral no controle difuso de constitucionalidade trouxe ao sistema uma forma de otimizar o tempo e o julgamento das questões lhe posta sob análise, sendo que os RE que tenham repercussão geral, ou seja, que extravasam os limites individuais da lide, para tocar a coletividade, mesmo que pequena, serão analisados pelo STF; todavia aqueles que apenas envidarem esforços por almejar anseios particulares dos indivíduos que compõem o litígio não serão dignos de julgamento, pois o STF não pode ser destinado a satisfazer as vontades particulares dos cidadãos, justamente porque sua função vai além de ser um mero tribunal recursal.

4. A REPERCUSSÃO GERAL E SEUS EFEITOS OBJETIVOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme Ferraz (2011) o controle difuso de constitucionalidade foi modificado largamente quando houve adotado no STF o sistema de admissibilidade dos RE, que baseia-se pela existência da repercussão geral da questão constitucional atrelada ao caso. Estas mudanças ocorreram não apenas no STF, como também nas demais instâncias recursais (ordinárias e especiais).

Para Tavares (2012) nas discussões travadas anteriormente a EC 45/2004, relativamente a reforma do Judiciário sempre falava-se em um meio de limitação do acesso ao STF pela via recursal. E neste sentido, acrescenta-se que não há possibilidade de inferir lista sobre todos os casos em que a repercussão geral estará presente

eis que este critério é bastante aberto. Verifica-se que a CF/88 remete a lei ordinária aprovada sob o número 11.418, datada de 19 de dezembro de 2006. Contudo, dita lei faz depender de uma jurisprudência consolidada, e neste sentido Tavares (2012, p. 371, grifado no original) menciona que

[...] já é possível descobrir alguns critérios e diretrizes que balizam as decisões do STF nesse ponto, como a já referida idéia de “interesse público”, bem como projetar outros elementos importantes na caracterização de um tema como contendo repercussão geral.

Para Ferraz (2011, p. 77) “mais do que um novo requisito de admissibilidade, a repercussão geral introduziu inédito regime de processamento de recursos e de geração de efeitos sobre as ações individuais fundadas em idêntica questão constitucional”.

É importante dizer que o início de execução do regime da repercussão geral teve como marco a emenda regimental nº 21 de 03 de maio de 2007 aduzindo Ferraz (2011, p. 82) que “este é o marco normativo e temporal das modificações operadas em todo o sistema de processamento dos recursos extraordinários, no STF”, pois foi decidido por este Tribunal que a exigência da demonstração de repercussão geral na petição de RE somente se aplicaria aos acórdãos publicados após a data de 03 de maio de 2007, podendo inclusive ser verificada sua presença nos recursos anteriormente interpostos aplicando-se o disposto nos §§ 1º e 3º do artigo 543-B do CPC. Apenas seria inaplicável o teor do § 2º do artigo 543-B do CPC que tange a inadmissão automática de recursos, isto porque a lei processual não poderia exigir a presença deste requisito de admissibilidade que fora incluído pela legislação após a interposição do recurso. Ademais, quanto a inserção de repercussão geral no ordenamento jurídico pátrio, Ferraz (2011, p. 81) ainda dispõe que

[...] trata-se de mecanismo de racionalização do trabalho de todo o Poder Judiciário. O RE a cuja matéria o STF tenha negado repercussão geral, ainda que traga como fundamento a análise de uma questão constitucional, não será considerado admissível, aplicando-se esta decisão para todos os demais sobre o mesmo tema que não deverão ser encaminhados à Corte. Semelhante raciocínio valerá para os eventuais agravos de instrumento direcionados a admissibilidade do RE, que ficam prejudicados.

Acrescenta Ferraz (2011) que se a repercussão geral for reconhecida, os recursos que versem sobre as mesmas questões devem ser sobrestados, pois aguardarão a decisão a ser proferida no **caso líder** pelo STF o que levará a um procedimento unânime com aquele que vier a ser decidido, o que evita inseguranças jurídicas, repetições intermináveis de decisões e de procedimentos preparatórios e subse-

quentes, o que também extermina a necessidade de envio de todas as ações individualmente ao referido Tribunal.

Diante disto, verifica-se que os recursos sobrestados ficam na dependência do julgamento daquele caso escolhido como o líder. Tão logo julgado, o caso líder refletirá nestes sobrestados, e também naqueles processos que futuramente serão interpostos. Necessário informar e de acordo com Ferraz (2011) que as decisões primeiras do STF sobre repercussão geral ocorriam em Plenário (e ainda ocorrem conjunta ou separadamente ao julgamento do mérito, através de questões de ordem), o que com o tempo necessitou de maior agilidade, surgindo então o chamado **Plenário Virtual**, sistema criado pelo próprio tribunal, que entrou em funcionamento no segundo semestre de 2007 na intenção de discutir e votar a respeito da repercussão geral. Theodoro Júnior (2009, p. 649, grifado no original) refere que o STF, autorizado pela Lei 11.418/2006 implementou o “*e-STF (software)*” como instrumento de processamento eletrônico do recurso extraordinário.

Refere Dantas (2012, p. 298, grifado no original) que “o art. 323 e ss. do RISTF introduzem procedimento para aferição da *repercussão geral*” que caberá preliminarmente ao relator, que tem a incumbência de, em não sendo caso de inadmissão monocrática, sujeitar aos demais ministros, pela via eletrônica já citada para que se manifestem acerca da repercussão geral.

Assim, e ainda de acordo com Ferraz (2011) quando o *leading case* for selecionado e o relator proceder em sua análise, o mesmo será registrado no sistema já com o entendimento pela presença ou não de repercussão geral; tão logo isso aconteça, é disponibilizado pelo sistema tanto para a Corte quanto para o público em geral, passando então a fluir o **prazo de 20 dias para manifestação de todos os ministros**, igualmente por via eletrônica. Posteriormente ao decurso do prazo, o sistema apura os votos, obedecendo o preceito constitucional de 2/3 dos membros para que se inadmita a repercussão geral, lançando-se de forma automática o julgamento, que por sua vez estará disponível no portal, tanto para outros tribunais, quanto para a comunidade jurídica.

Verifica-se, portanto que o legislador, ao instituir a repercussão geral no RE buscou limitar a sua subida para análise pelo STF, possibilitando ao mesmo órgão jurisdicional a faculdade de apreciação apenas das questões que efetivamente tenham cunho constitucional e que demonstrem a relevância econômica, política, social e jurídica, transcendentais às pessoas envolvidas no caso concreto. Isto se confirma ainda mais pela possibilidade de sobrestamento daqueles recursos extraordinários que versem sobre a mesma questão constitucional tratada pelo caso líder; sendo que da decisão dele emanada propagará seus efeitos àqueles sobrestados, podendo o tribunal aplicar o novo entendimento proferido pelo STF naquele caso específico.

Ademais a inserção do plenário virtual em nosso ordenamento jurídico buscou a praticidade para o julgamento da repercussão geral, tornado o seu julgamento mais ágil. Contudo, este sistema virtual suscita algumas dúvidas, pois trouxe também certa informalidade na discussão da matéria sujeita (ou não) a repercussão geral, o que certamente demandará maior esforço e disponibilidade dos Ministros para a tomada de decisões, já que será realizada pela forma virtual, sem a necessária discussão efetiva da questão posta à análise de repercussão geral, o que requererá maior esforço para o amadurecimento da posição de cada Ministro a ser tomada ao caso em questão.

Em função da necessidade de demonstração daquilo que efetivamente está ocorrendo no STF, busca-se junto a sua página na *internet* dados que possam demonstrar a sua realidade. Tais dados são baseados em decisões, jurisprudências do próprio tribunal.

Constata-se pelos números que o STF está abarrotado de demandas, indo ao encontro das constatações já anteriormente ofertadas por Dantas (2012, p. 89, grifado no original e grifos próprios) que na oportunidade mencionou diante dos dados encontrados que

[...] nada obstante as tentativas de solução para a *crise*, que examinaremos, abaixo, o número de recursos que chegam ao STF há muito tempo assumiu proporções insustentáveis, revelando a necessidade inexorável de uma solução drástica ante a falência do sistema, **que atualmente impede o exercício minimamente saudável das elevadas atribuições da Corte.**

Neste sentido, os dados atualizados até a data de 25/02/2013 a respeito do **volume de processos distribuídos** junto ao STF (2013, www.stf.jus.br) demonstram-se alarmantes conforme Tabela 01:

Ano	Processos Distribuídos	AI Distribuídos	RE Distribuídos	ARE Distribuídos	Soma de AI, RE e ARE	%AI/Total Distribuído	%RE/Total Distribuído	%ARE/Total Distribuído
2013*	2.178	154	310	1.274	1.738	7,07%	14,23%	58,49%
2012	43.190	6.084	5.640	25.835	37.559	14,09%	13,06%	59,82%
2011	38.109	14.530	6.388	8.661	29.579	38,13%	16,76%	22,73%
2010	41.014	24.801	6.735	-	31.536	60,47%	16,42%	-
2009	42.729	24.301	8.348	-	32.649	56,87%	19,54%	-
2008	66.873	37.783	21.531	-	59.314	56,50%	32,20%	-
2007	112.938	56.909	49.708	-	106.617	50,39%	44,01%	-
2006	116.216	56.141	54.575	-	110.716	48,31%	46,96%	-
2005	79.577	44.691	29.483	-	74.174	56,16%	37,05%	-
2004	69.171	38.938	26.540	-	65.478	56,29%	38,37%	-
2003	109.965	62.519	44.478	-	106.997	56,85%	40,45%	-
2002	87.313	50.218	34.719	-	84.937	57,51%	39,76%	-
2001	89.574	52.465	34.728	-	87.193	58,57%	38,77%	-
2000	90.839	59.236	29.196	-	88.432	65,21%	32,14%	-
1999	54.437	29.677	22.280	-	51.957	54,52%	40,93%	-
1998	50.273	26.168	20.595	-	46.763	52,05%	40,97%	-
1997	34.289	16.863	14.841	-	31.704	49,18%	43,28%	-

TABELA 01: Volume de processos distribuídos

Note-se que em 2007 foram distribuídos 112.938 processos junto ao STF, o que foi gradativamente diminuindo em razão da repercussão geral. Em 2012, foram distribuídos 43.190 processos o que corresponde a 38% do total daqueles processos distribuídos em 2007, ou seja, diminuição de aproximadamente 2/3 de processos distribuídos; demonstrando que o mecanismo da repercussão geral tem surtido os efeitos esperados quando de sua criação.

Mesmo assim, verifica-se que a distribuição de processos em geral é bastante elevada, de fato chegando a patamares preocupantes; sendo aqueles ligados ao controle difuso de constitucionalidade (RE, agravo de instrumento e agravo de instrumento em recurso extraordinário) distribuídos em maior quantidade do que outros.

Já no que concerne a análise da **repercussão geral face aos ramos do direito**, requisito constitucional de admissibilidade do RE, e no que concerne aos ramos do direito para os quais sua presença é de fato constatada, de modo genérico, verifica-se dos **dados estatísticos e relatórios** constantes do *site* do STF (2013, www.stf.gov.br) e conforme gráfico abaixo elaborado que a maior parte é reconhecida primeiramente ao ramo do **direito administrativo e matérias de direito público contando com 33% do total**, aqui envolvendo os entes políticos brasileiros; em segundo lugar, ficando o ramo de **direito tributário contando com 29% do total**; e, em terceiro lugar, o ramo do **direito processual civil e do trabalho contando com 13%**, o que perfaz o percentual de 75% do total de casos, sendo que os demais ramos do direito permanecem dentro do restante (25%), a saber, conforme Figura 01:

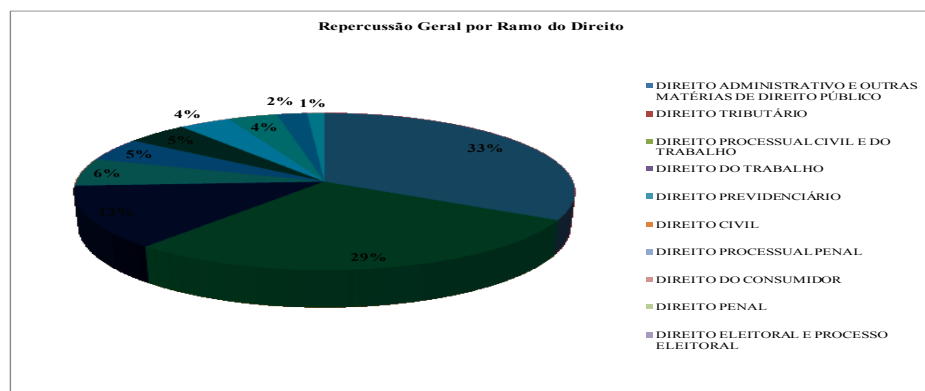


FIGURA 01: Repercussão Geral por Ramo do Direito

Já no que concerne aos **ramos do direito em que há o reconhecimento da existência de repercussão geral**, verifica-se pelos **dados estatísticos e relatórios** disponibilizados no *site* mantido pelo STF (2013, www.stf.gov.br) que o ramo do **direito tributário** é o que mais se destaca quanto ao reconhecimento da repercussão geral, perfazendo montante de 33% do total; em segundo lugar tem-se o ramo do **direito administrativo e outras matérias de direito público**, aqui envolvendo

os entes políticos brasileiros, contando com 30% do total; e em terceiro lugar, tem-se **direito processual civil e do trabalho** contando com 13% do total, o que perfaz 76% da totalidade de repercussão geral reconhecida no que concerne aos ramos do direito, a saber, consoante tabela elaborada, conforme Figura 02:

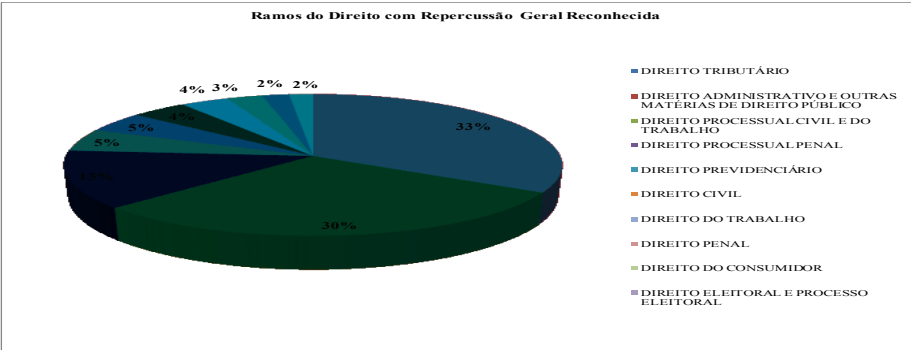


FIGURA 02: Ramos do Direito com Repercussão Geral Reconhecida

No que concerne aos **temas com repercussão geral reconhecida e com o mérito julgado**, e consoante os **dados estatísticos e relatórios** do STF (2013, www.stf.gov.br) tem-se que 30% dos casos originam-se do ramo do **direito administrativo e outras matérias de direito público**, aqui envolvendo os entes políticos brasileiros, contando com o primeiro lugar; já em segundo lugar, tem-se o **ramo do direito tributário** contando com 27% da totalidade; e em terceiro lugar contando com 18% do total, tem-se questões relativas ao **direito processual civil e do trabalho**, o que perfaz 75% do total dos casos. O restante, ou seja, 25% é distribuído aleatoriamente entre os demais ramos do direito (tais como civil, previdenciário, processual penal, etc.). Tais informações são assim verificadas pela Figura 03:

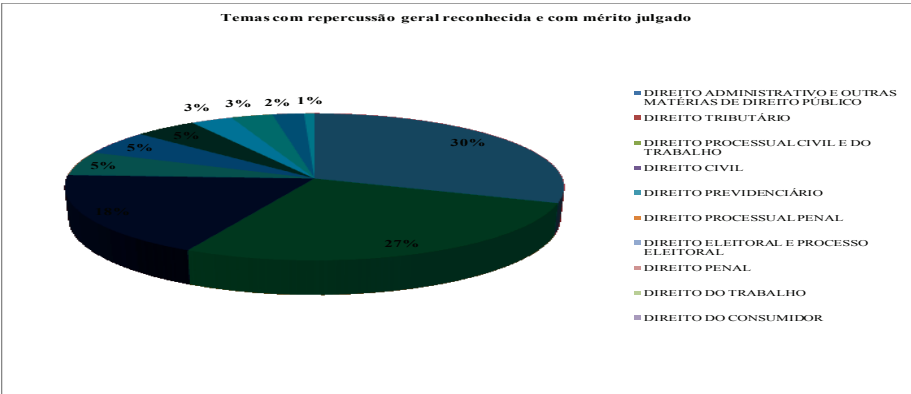


FIGURA 03: Temas com repercussão geral reconhecida e com mérito julgado

Também, conforme os **dados estatísticos e relatórios**, oriundo do STF (2013, www.stf.gov.br) consta os **temas com repercussão geral reconhecida e com mérito pendente de julgamento** e quanto a tais dados faz-se necessário destacar os seguintes apontamentos, senão vejamos: 26% dos casos referem-se a questões de **direito tributário**; 20% a **direito administrativo e outras matérias de direito público**, aqui envolvendo os entes políticos brasileiros; 11% sobre **direito processual civil e do trabalho**, o que perfaz 57% da totalidade dos temas; sendo que o restante é dividido entre outros ramos do direito, tais como direito processual penal, direito previdenciário, direito do trabalho, etc. Tais informações são constatadas pela Figura 04 que segue:

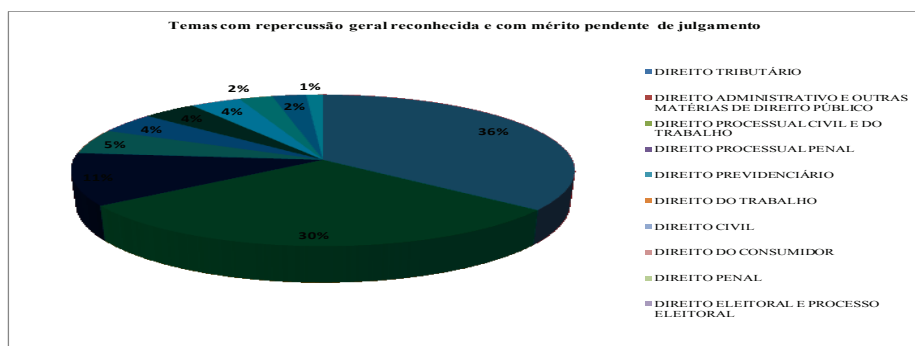


FIGURA 04: Temas com repercussão geral reconhecida e com mérito pendente de julgamento

Já no que concerne aos **temas com repercussão geral negada**, consoante os **dados estatísticos e relatórios** mantidos pelo STF (2013, www.stf.gov.br), novamente os casos em que mais se verificam as negativas são os que se referem a **direito administrativo e outras matérias de direito público**, aqui envolvendo os entes políticos brasileiros, contando com 40% da totalidade dos temas; **direito tributário**, contando com 17% da totalidade dos temas; **direito processual civil e do trabalho**, contando com 12% da totalidade dos temas, o que perfaz 69% da totalidade dos temas em que é negada a repercussão geral; a diferença havida refere-se aos demais temas existentes, tais como direito do trabalho, direito do consumidor, direito civil, direito previdenciário, direito penal e processual penal. Isso se verifica pela Figura 05 a saber:

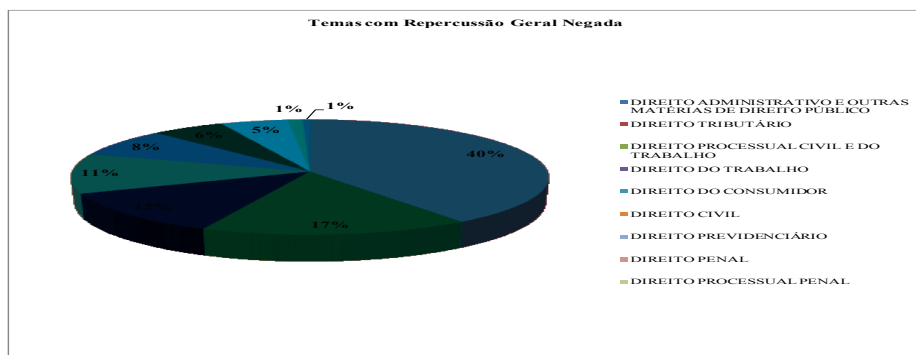


FIGURA 05: Temas com Repercussão Geral Negada

Assim se vê que as matérias mais analisadas pelo STF são aquelas referentes ao direito administrativo englobando aquelas que tratam de direito público, envolvendo União, Estados e Municípios, direito tributário e processual civil e do trabalho. Causa estranhamento o fato de as matérias em que há o reconhecimento e também a negativa de repercussão geral serem as mesmas, dadas as proporções apresentadas a cada uma, o que demonstra e ratifica que não há critérios específicos para o reconhecimento ou não de repercussão geral dos casos levados a apreciação do STF.

Outra questão bastante interessante e ainda no que se refere aos **dados estatísticos e aos relatórios** expostos pelo STF é aquele que diz respeito aos **processos sobrestados pela repercussão geral**. Detalhadamente referido Tribunal expõe a quantidade de processos que estão esperando o julgamento do caso líder, revelando a situação em que se encontram nossos tribunais: abarrotados de processos, esperando o julgamento da repercussão geral dos seus respectivos casos líderes para os seus casos específicos.

No Brasil inteiro se verifica a quantidade de 386.205 processos sobrestados, sendo que no Rio Grande do Sul há 27.441 processos sobrestados. O caso mais alarmante, pelo que se vê é do Estado de São Paulo, contando com cerca de 179.387 processos sobrestados; isto tudo conforme STF (2013, www.stj.jus.br) de acordo com Tabela 02:

Total de Processos Sobrestados pela Repercussão Geral por Tribunal		
Tribunal	Ult. Data de Atualização	Qtd. Processos
Juizado Especial Federal do TRF da 2ª Região	13/09/2011	8.682
Juizado Especial Federal do TRF da 3ª Região	13/09/2011	33.321
Juizado Especial Federal do TRF da 4ª Região	13/09/2011	29.877
Juizado Especial Federal do TRF da 5ª Região	13/09/2011	15.775
Superior Tribunal de Justiça	05/03/2012	1.998
Tribunal de Justiça da Bahia	26/03/2013	758
Tribunal de Justiça de Minas Gerais	05/06/2012	15.518
Tribunal de Justiça de Pernambuco	27/02/2013	1.065
Tribunal de Justiça de Santa Catarina	03/04/2013	2.827
Tribunal de Justiça de São Paulo	03/04/2013	179.387
Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro	20/03/2012	6.239
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte	20/09/2012	834
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	27/02/2013	27.441
Tribunal Regional Federal da 1ª Região	27/02/2012	8.609
Tribunal Regional Federal da 4ª Região	16/08/2012	32.870
Tribunal Superior do Trabalho	03/04/2013	21.004
Total Geral	03/04/2013	386.205

TABELA 02: Total de Processos Sobrestados pela Repercussão Geral por Tribunal

Assim se verifica que a situação do Poder Judiciário é extremamente grave frente a quantidade de processos existentes em tramitação e em aguardo de decisões do STF, o que, em certa medida, justifica todos os meios que até então foram encontrados para se evitar a subida de processos a mais, pois certamente no futuro, e pelos números até aqui apresentados, haverá um colapso do sistema judiciário pela quantidade de litígios havidos no Brasil.

O impacto existente pela repercussão geral por Tribunal, também se verifica dos resultados da repercussão geral dispostos pelo STF, onde consta que o total de processos impactados por tal requisito, critério de cabimento perfaz o montante de 100.068, sendo que o Tribunal onde mais houve processos impactados pela repercussão geral foi o do Rio Grande do Sul com 31.763 processos, o segundo o Juizado Especial Federal do TRF da 4ª Região com 10.698 processos e em terceiro lugar o Tribunal Superior do Trabalho com 9.019 processos impactados, a saber dos dados dispostos pelo STF (2013, www.stf.jus.br) consoante Tabela 03:

Total de Processos Impactados pela Repercussão Geral por Tribunal		
Tribunal	Ult. Data de Atualização	Qtd. Processos
Juizado Especial Federal do TRF da 2ª Região	13/09/2011	3.722
Juizado Especial Federal do TRF da 3ª Região	13/09/2011	4.004
Juizado Especial Federal do TRF da 4ª Região	13/09/2011	10.698
Juizado Especial Federal do TRF da 5ª Região	13/09/2011	4.961
Superior Tribunal de Justiça	05/03/2012	8.077
Tribunal de Justiça de Minas Gerais	05/06/2012	704
Tribunal de Justiça de Santa Catarina	18/04/2013	48
Tribunal de Justiça de São Paulo	18/04/2013	7.165
Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro	20/03/2012	5.630
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte	20/09/2012	3
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	27/02/2013	31.763
Tribunal Regional Federal da 1ª Região	27/02/2012	3.238
Tribunal Regional Federal da 3ª Região	20/12/2011	3.500
Tribunal Regional Federal da 4ª Região	16/08/2012	7.536
Tribunal Superior do Trabalho	18/04/2013	9.019
Total Geral	18/04/2013	100.068

TABELA 03: Total de Processos Impactados pela Repercussão Geral por Tribunal

Já quanto aos **números da repercussão geral** extraídos do *site* do STF (2013, www.stj.jus.br) tem-se que da totalidade dos processos enviados ao referido Tribunal para a análise da repercussão geral, em 70,25% dos casos há o reconhecimento da repercussão geral, 28,82% tem como negada a repercussão geral, e apenas 0,93% dos casos ainda estão em análise, conforme se vê da Figura 06:

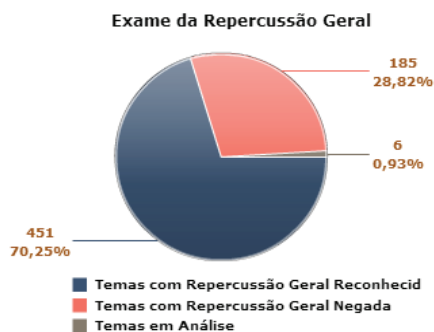


FIGURA 06: Exame da Repercussão Geral

Deve-se lembrar que neste tópico, os dados trazidos são unicamente referentes ao controle difuso de constitucionalidade, e por isso, não foram computados os dados do controle concentrado de constitucionalidade que envolve ações como ADIn, ADC e ADPF. Mesmo assim, somente pela análise dos dados referentes ao controle difuso de constitucionalidade verifica-se que o STF está totalmente sobrecarregado de processos. Em que pese tal sobrecarga, mantém-se como o cumpridor de seu dever constitucionalmente imposto, qual seja de analisar os casos em que haja controvérsias en-

volvendo tudo o quanto já destacado anteriormente. Outro dado interessante, extraído dos **números da repercussão geral** oriundos do *site* do STF (2013, www.stf.jus.br) e conforme Figura 07 é a demonstração dos **processos submetidos ao exame da repercussão geral por semestre**, e relativos ao período de 2007 até 2013:

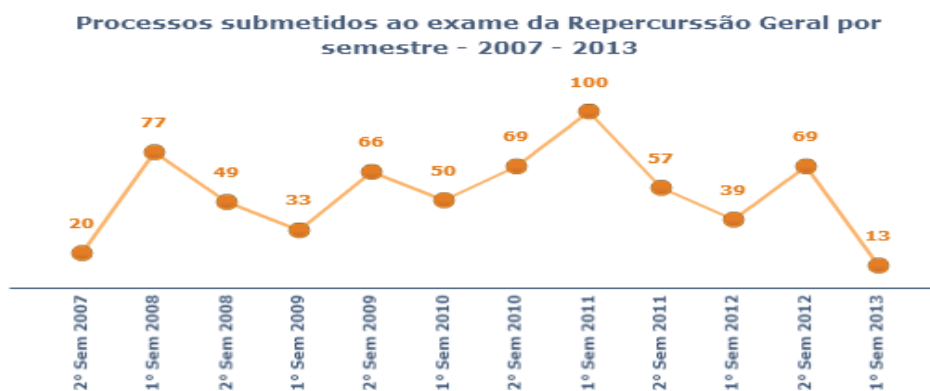


FIGURA 07: Processo submetidos ao exame da Repercussão Geral por semestre - 2007 - 2013

Consoante os dados colacionados verifica-se, por exemplo, que no 1º semestre de 2008 foram submetidos a exame da repercussão geral 77 processos e no 2º semestre tão-somente 49 processos, o que corresponde a 126 processos no ano referido submetidos a análise da repercussão geral. No ano de 2010, no 1º semestre foram submetidos a exame da repercussão geral apenas 50 processos, e no 2º semestre 69 processos, o que totaliza 119 processos submetidos a análise da repercussão geral. Já em 2012, no 1º semestre, apenas 39 processos foram submetidos à análise, no que concerne a repercussão geral; e no 2º semestre do mesmo ano, foi aumentado para 69 processos, o que no ano totaliza a quantidade de 108 processos submetidos à apreciação da repercussão geral.

Isto tudo demonstra que se tem diminuído gradativamente a submissão de processos a exame da repercussão geral. Importante dizer, que frente à quantidade de processos distribuídos anualmente a apreciação de processos e análise de repercussão geral é baixa, porém elevada frente a quantidade de Ministros (11) integrantes do STF.

Quanto ao julgamento do mérito dos RE envolvendo todos os temas, e aí, **implicitamente se entende que com o reconhecimento da repercussão geral sobre o caso**, constata-se que apenas 28,6% da sua totalidade foram julgados o mérito, e 71,4% ainda estão com o seu julgamento de mérito pendente frente ao tribunal, conforme Figura 08, oriunda dos **números da repercussão geral** disponibilizadas pelo STF (2013, www.stf.jus.br), a saber:

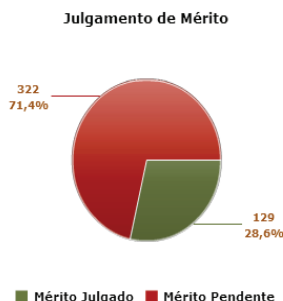


FIGURA 08: Julgamento de Mérito

Neste caso, ou seja, quanto aos **RE que tiveram o mérito analisados e julgados e com a repercussão geral reconhecida**, temos que no primeiro semestre de 2012 apenas e tão-somente 5 (cinco) processos foram julgados e que no segundo semestre de 2012 apenas 6 (seis) receberam julgamento de mérito, o que no ano representa apenas 11 julgados. Isto se vê dos **números da repercussão geral** disponibilizados pelo STF (2013, www.stj.jus.br), conforme Figura 09, a saber:

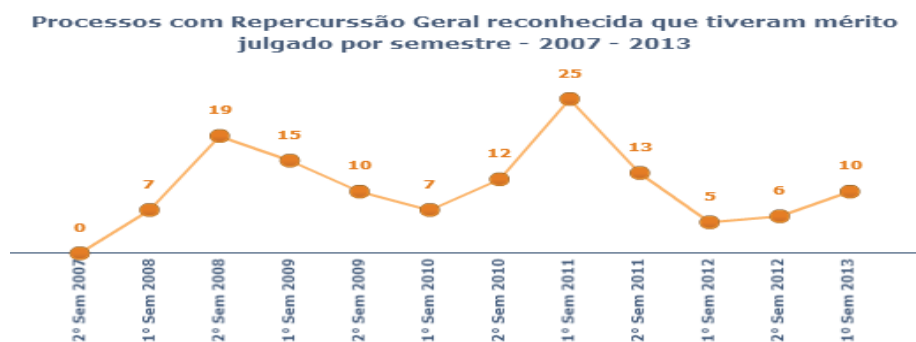


FIGURA 09: Processos com Repercussão Geral reconhecida que tiveram mérito julgado por semestre - 2007 - 2013

É de se notar que dos números apresentados anteriormente e relativos aos **processos submetidos ao exame da repercussão geral por semestre** é inúmeras vezes muito superior àqueles que efetivamente recebem o julgamento. Uma vez mais se vê que a quantidade de processos sobrecarrega o Tribunal, o que novamente reforça e justifica todas as questões impostas relativas ao cabimento do RE, de forma a dificultar o acesso ao Tribunal, que por sua vez encontra-se abarrotado de processos aguardando a sua apreciação (isto sem considerar os sobrestados).

Há de se inferir quanto a **distribuição de RE** junto ao STF, verifica-se que logo quando foi implementada a matéria da repercussão geral inúmeros eram os processos que não cumpriam com tal requisito de admissibilidade, pois no 2º semestre de 2007 haviam 17.324 RE sem preliminar de repercussão geral. Já atualmente no 2º semestre de 2012 apenas 251 constam como sem preliminar de repercussão geral, o que mostra que tal requisito vem sendo cumprido pelos advogados signatários dos referidos RE. Consta, portanto nos números da repercussão geral pelo STF (2013, www.stj.jus.br), e conforme Tabela 04, que:

Distribuição de Recursos Extraordinários por semestre

Período	Recursos Extraordinários Distribuídos				
	Total	Com Preliminar de RG		Sem Preliminar de RG	
		Quantidade	%	Quantidade	%
2º Sem 2007	20.002	2.678	13.39	17.324	86.61
1º Sem 2008	15.259	4.406	28.87	10.853	71.13
2º Sem 2008	6.483	2.738	42.23	3.745	57.77
1º Sem 2009	4.729	2.357	49.84	2.372	50.16
2º Sem 2009	3.721	1.728	46.44	1.993	53.56
1º Sem 2010	3.175	1.679	52.88	1.496	47.12
2º Sem 2010	3.662	2.461	67.20	1.201	32.80
1º Sem 2011	3.924	2.993	76.27	931	23.73
2º Sem 2011	2.635	2.136	81.06	499	18.94
1º Sem 2012	2.876	2.525	87.80	351	12.20
2º Sem 2012	3.290	3.039	92.37	251	7.63
1º Sem 2013	1.042	939	90.12	103	9.88
Total	70.798	29.679	41.92	41.119	58.08

TABELA 04: Distribuição de Recursos Extraordinários por semestre

Se verificou que o STF encontra-se em estado bastante delicado no que concerne a quantidade de processos existentes e pendentes de seu julgamento, o que justifica as questões de cabimento inseridas ao controle difuso, muito especialmente no que concerne a questão atinente a repercussão geral.

Constata-se, portanto que, pelos números apresentados, com o passar do tempo os operadores do direito têm entendido e assimilado a necessidade de demonstração de repercussão geral do caso suscitado e controvertido, cumprindo com o requisito imprescindível da repercussão geral. Também se verificou que o STF encontra-se em estado bastante delicado no que concerne a quantidade de processos existentes e pendentes de seu julgamento, o que justifica as questões de cabimento inseridas ao controle difuso, muito especialmente no que concerne a questão atinente a repercussão geral. Diante de todos os dados trazidos e conforme nos ensina Ferraz (2011, p. 105) neste momento do processo civil de resultados “surge a repercussão geral, cuja natureza e regime jurídico, na interpretação que vem fazendo a Suprema Corte, são muito maiores do que os de um pressuposto de admissibilidade recursal”.

Desta forma, o próprio constituinte derivado atentando para o futuro, entendeu por acrescentar ao artigo 102 da CF/88 o parágrafo terceiro que impõe ao recorrente a necessidade de demonstrar a repercussão geral do caso litigado, e conforme a EC 45/04. Assim, segundo orientações de Ferraz (2011, p. 105) profundas modificações foram trazidas por dita EC, acrescentando que “o próprio controle difuso de constitucionalidade, de características marcadamente individuais, sofreu o influxo da objetivação”.

Neste passo, Tavares (2012) acrescenta que esta objetivação seria na intenção de transformar um processo com características subjetivas em um processo eminentemente objetivo. Desta forma a objetivação aproximaria as regras do controle abstrato-concentrado daquelas do difuso-concreto, predominando nesta aproximação os elementos do controle abstrato-concentrado, daí sim, objetivando o controle difuso de constitucionalidade. Tavares (2012, 309) menciona que “a abstrativização é, contudo, apenas parte do fenômeno da objetivação”.

Neste sentido, atentando para a transcendência das questões, não é mais cabível entender que das decisões do STF fundadas em RE com reconhecimento de repercussão geral dada ao caso em litígio produza apenas efeitos *inter partes*. Muito ao contrário, estas decisões que carregam consigo o reconhecimento da repercussão geral acabam por emanar efeito *erga omnes*, atingindo a todos, de forma similar com relação aos efeitos ao controle concentrado. E aqui ambos os controles de constitucionalidade, tanto o difuso quanto o concreto, acabam por aproximar-se.

5. CONCLUSÃO

Objetivou-se principalmente analisar através da doutrina e jurisprudência (dados oriundos do *sito* mantido pelo STF) se o RE apreciado pelo STF terá efeito *erga omnes* quando houver pronunciamento por parte da cúpula do Poder Judiciário, aproximando-se dos efeitos do controle concentrado de constitucionalidade, em razão do seu pronunciamento acerca da repercussão geral do caso concreto.

No que concerne a repercussão geral é importante se destacar que foi implementada no ordenamento jurídico na intenção de refrear, condicionar, subjugar as distribuições de RE junto ao STF, atuando como espécie de filtro processual, objetivando diminuir o número de processos julgados pelo referido Tribunal, evitando assim recursos repetitivos.

A repercussão geral foi regulada pela lei 11.418/2006, inserindo no CPC os artigos 543-A e 543-B, declinando objeto bastante alargado e atinente a questões econômicas, política, social ou jurídica, motivo pelo qual cabe ao STF firmar entendimentos nesse sentido, incluindo-se as questões acerca da transcendência da demanda.

Outro fato marcante foi o surgimento do Plenário Virtual, sistema pelo qual se julgará a repercussão geral do tema a ser apreciado e escolhido como o caso líder, sobrestando aqueles que versem sobre as mesmas questões, deixando-os no aguardo da decisão daquele caso, junto aos tribunais de origem. O julgamento se dará dentro de 20 dias da questão posta pelo relator a sua análise, atentando-se ao preceito constitucional de 2/3 dos membros para que seja inadmitida a existência da repercussão geral.

Tudo isso, concluiu-se, visa conferir maior celeridade e facilidade no julgamento relativo à repercussão geral, demonstrando inclusive que o Tribunal em questão está orientado ainda pela modernização dos sistemas utilizando-se da ferramenta virtual *internet* para proceder aos julgamentos desta importante questão ou critério de cabimento do RE. Contudo, em que pese estes benefícios, concluiu-se também, que certamente a votação pela via virtual demandará maior esforço dos Ministros para a discussão da repercussão geral, pois esse novo sistema de votação trouxe certa informalidade que não poderá prejudicar a apreciação da repercussão geral, bem como no amadurecimento da decisão que será irrecorrível.

Pela análise dos dados provenientes do *site* do STF concluiu-se que o volume de processos distribuídos ao referido Tribunal é bastante elevado, assumindo proporções absurdas e alarmantes, o que justifica a inserção das questões de cabimento até então estabelecidas ao RE e seus agravos.

O que se destaca é que com o passar dos tempos, a distribuição dos RE junto ao STF tem diminuído, o que comprova a aplicação de todos os requisitos de cabimento, em especial da repercussão geral, que tem cumprido com a função para a qual foi criada, pois constatou-se que houve uma diminuição de aproximadamente 2/3 quanto ao volume de processos distribuídos, comparando-se o ano de 2007 para com o ano de 2012.

Pelo que se verificou, não há muitos critérios para a recusa e reconhecimento de repercussão geral em razão dos ramos do direito, sendo o seu julgamento bastante discricionário. Dadas as proporções, viu-se que os ramos do direito envolvendo matérias de administrativo e matérias de direito público (envolvendo todos os entes políticos do Estado), bem como no ramo do direito tributário e no ramo do processual civil e do trabalho são aqueles em que mais há apreciação de RE face ao reconhecimento da repercussão geral bem como surpreendentemente são os ramos do direito em que mais existem a sua negativa.

Como no Brasil atrelou-se as características de ambos os modelos de controle de constitucionalidade existentes, difuso e concreto, a princípio entender-se-ia que em cada via seria estabelecido os efeitos puramente existentes em cada modelo.

Todavia, em função de avanços nos entendimentos e pelas dificuldades enfrentadas pelo STF frente aos inúmeros processos a serem por ele julgados, acabou por se modificar as concepções no sentido de aproximação de efeitos.

Face à superveniência da repercussão geral no ordenamento jurídico brasileiro, como requisito, critério de cabimento, admissibilidade recursal, passou-se a conferir efeitos *erga omnes* às questões discutidas, ou seja, as decisões com esta eficácia submeteriam a todos os que futuramente dela recorrerem, evitando que o STF tenha que decidir casos em concreto que sejam repetitivos.

Tudo isto se vislumbra quando da análise dos casos líderes que quando decididos refletir-se-ão naqueles recursos sobrestados junto aos tribunais de origem. Aliás, estas questões respaldam-se principalmente nos processos impactados pelas decisões de repercussão geral conforme exposto, bem como pelo entendimento Doutrinário declinado.

Assim, conferindo efeitos *erga omnes* aos RE em função da ratificação da existência de repercussão geral do caso em concreto, aproxima-se o STF de um Tribunal Constitucional, conferindo efeitos genéricos, emanando efeitos de suas decisões à toda a coletividade de pessoas que litigam por questões similares ao caso líder. A aproximação de efeitos resta verificada entre o controle difuso e concentrado no Brasil, pois o STF na intenção de dar celeridade aos julgamentos, e como forma de minorar o já exacerbado volume de processos sob sua responsabilidade, entendeu por aplicar efeito *erga omnes* as decisões que já reconheceram a existência de repercussão geral ao caso. Assim, não precisarão analisar caso por caso para a verificação de repercussão geral, sendo que uma vez decidido terá eficácia contra todos.

Todavia, mesmo tendo conferido este efeito (*erga omnes*) também é de se notar que a parte necessita interpor RE para ver declarada para si a decisão almejada, ou seja, é necessário que seja realizado todo o processo para que se aplique o já decidido pelo STF ao caso de partes.

6. REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 mar.2013.
- _____. *Constituição* (1988). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 12 mar. 2013.
- _____. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>>. Acesso em: 28 fev. 2013.
- _____. *Estatísticas e relatórios*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=listas_rg>. Acesso em: 28 fev. 2013.

- _____. *Estatísticas e relatórios*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=sobrestadosrg>>. Acesso em: 28 fev. 2013.
- _____. *Números da repercussão geral*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>>. Acesso em: 28/02/2013.
- DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado; questões processuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- DIMOULIS, D.; LUNARDI, S. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2011.
- FERRAZ, Taís Schilling. *Repercussão geral: muito mais que um pressuposto de admissibilidade*. In: PAULSEN, Leandro. *Repercussão geral no RE: estudos em homenagem a Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O surgimento do controle judicial de constitucionalidade no direito comparado e a sua evolução no direito brasileiro*. In: SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MELLO FILHO, José Celso de. *O STF e a defesa das liberdades públicas sob a constituição de 1988: alguns tópicos relevantes*. In: PAULSEN, Leandro. *Repercussão geral no RE: estudos em homenagem a Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 26. ed., São Paulo: Atlas, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.
- SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL: UMA ANÁLISE DE SEUS PONTOS CONTROVERSOS E DA POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DO TESTAMENTO NA SUA LAVRATURA

Liége Fabiane Haas Krug⁵¹

Tatiane Kipper⁵²

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar o inventário extrajudicial, seus requisitos e formalidades, com o fim de se fazer uma verificação de seus benefícios e de seus pontos controversos, além de demonstrar também, a importância do Notário, o qual se vislumbra como o profissional que recebeu do legislador a confiança para desempenhar a função de efetivar a vontade das partes dentro do direito sucessório. Tal artigo resulta de pesquisas efetivadas durante e para a realização do Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, sendo que a escolha do tema se deu, justamente, porque o assunto ainda é, de certa forma, pouco discutido no meio jurídico. Para tanto, em um primeiro momento a preocupação foi o exame acerca dos requisitos para a lavratura da escritura, para em um segundo momento, perquirir o testamento em todas as suas formas legalmente possíveis, e, assim, posteriormente, estudar a possibilidade de utilização do testamento na lavratura da escritura pública de inventário extrajudicial. Através do método de pesquisa hipotético-dedutivo e da técnica da revisão bibliográfica, chegou-se a consideração final da importância da possibilidade da via administrativa para efetivar o inventário e partilha dos bens deixados pelo *de cujus*, e ainda

51 Aluna do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. E-mail: liegefkh@yahoo.com.br.

52 Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Pós- Graduada pela Faculdade IDC. Advogada. Professora do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. E-mail: tatianek.adv@hotmail.com

mais, da viabilidade de, em alguns casos específicos, do uso do testamento para tal, facilitando assim a realização do cumprimento da última vontade do ente falecido.

Palavras-chave: Inventário; Controversa; Testamento.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, cumpre salientar que o presente artigo resulta de pesquisas realizadas para a concretização do Trabalho de Conclusão do Curso de Direito, junto à Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. O estudo tem como objetivo analisar a possibilidade de execução de inventário extrajudicial, os requisitos para tal, e ainda, a viabilidade do uso do testamento na lavratura do mesmo. A escolha pelo assunto se reveste de importância, uma vez que a Lei nº 11.441/2007, devidamente disciplinada pela Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça, trouxe a alternativa pela via administrativa para a consecução do inventário e partilha de bens, e ainda, de se cumprir a última vontade do testador, na própria escritura de inventário e partilha de bens.

Assim, para discorrer sobre o assunto, se buscará demonstrar a importância deste instituto e o quanto ele trouxe celeridade para a efetivação do inventário e partilha de bens. Neste ponto, se verificará ainda, que para dar início na via administrativa, o advogado das partes, ao encaminhar o processo no Tabelionato, deve observar determinados requisitos que o Notário exigirá para a lavratura da escritura.

Em um segundo momento, será abordado o testamento, em suas várias formas, como disposição de última vontade, pois para a sua elaboração existem regras muito específicas a serem observadas, tanto no testamento público – que é aquele lavrado pela Tabela de Notas – quanto no particular ou no cerrado. Apesar de pouco usado pela população brasileira, este instituto é no mínimo surpreendente, pois faculta ao ser humano estender a sua vontade para depois de sua morte, tamanha a sua importância. Através dele, o testador pode mudar inclusive, a história de uma família inteira, por isso deve ser feito com muito apreço, uma vez que, qualquer requisito não observado poderá anulá-lo.

Por fim, através do método hipotético-dedutivo e da técnica da revisão bibliográfica, será feita uma análise da possibilidade ou não, do uso do testamento na lavratura da escritura pública de inventário extrajudicial e suas consequências. Além disso, demonstrar-se-á quais os riscos – se é que efetivamente existem – quanto à

probabilidade do cumprimento da disposição de última vontade do *de cujus* na escritura de inventário.

2. DO INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL: IMPORTÂNCIA E REQUISITOS

Antes do advento da Lei nº 11.441/07, o inventário sempre se realizava pela via judicial, com exceção da partilha que, se consensual, poderia ser feita através de escritura pública, para depois ser homologada pelo magistrado. Ou seja, o inventário judicial era o único meio formal de efetivar a transmissão da propriedade aos herdeiros ou legatários.

Buscando facilitar a vida do cidadão e desafogar o Poder Judiciário - para que este pudesse se concentrar na jurisdição contenciosa-, foi criado o projeto de Lei nº 4.725 de 2004, pelo então ministro Márcio Thomas Bastos, que mais tarde deu origem à Lei de nº 11.441, chamada Lei dos Inventários, Separações e Divórcios. A referida Lei foi sancionada pelo então Presidente da República do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva, aos 04 de janeiro de 2007, publicada e entrando em vigor no dia 05 de janeiro de 2007.

Portanto, a Lei nº 11.441/07, disciplinada pela Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), inovou o mundo jurídico no que diz respeito à matéria de sucessões e partilha de bens, trazendo a possibilidade de promover inventários, mesmo que o óbito tenha ocorrido antes de sua vigência, pela via extrajudicial. A função notarial torna-se então, mais expressiva em meio à sociedade, pois o que antes, só era possível através de homologação judicial, agora pode ser resolvido perante o Tabelião de Notas, consoante se depreende da seguinte citação (CAHALI et al, 2007, p. 56):

Até o advento da Lei 11.441/2007, o inventário era procedimento exclusivamente judicial. A partilha, que é uma das etapas do inventário, já podia ser realizada pela via administrativa, mediante a lavratura de escritura pública. Todavia, a escritura pública ficava condicionada à homologação judicial.

Com o objetivo de se uniformizar os procedimentos em todo o território nacional, constantes na referida Lei, e também com o intuito de se prevenir e evitar conflitos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), contando com a colaboração do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e da Associação dos Notários e Registradores do Brasil, publicou a Resolução nº 35/2007. Em nosso Estado, a

Corregedoria Geral da Justiça (CGJ) regulamentou a matéria por meio do Provisamento 04/2007, mediante o qual, restou alterada a Consolidação Normativa Notarial e Registral do Rio Grande do Sul, pretendendo orientar os profissionais da área e dar maior efetividade às providências necessárias (MIRANDOLLI, 2010).

Assim, o que se verifica, é a pretensão do legislador em facilitar a vida do cidadão com esta possibilidade de lavratura de inventários em Tabelionatos de notas. Se antes, mesmo havendo litígio, menores ou incapazes, com o inventário judicial se resolvia a situação do espólio, este novo procedimento – inventário extrajudicial ou administrativo – que é mais célere e menos oneroso, viabiliza a resolução da partilha dos bens entre os herdeiros com grande valia e eficácia.

No entanto, para a lavratura do inventário administrativo, como também é chamado o inventário extrajudicial, necessita-se serem cumpridos alguns requisitos. Em relação a tais pressupostos, de início cabe salientar que os artigos 982 e 983, ambos do Código de Processo Civil, estabelecem um norte para a lavratura de inventário, seja ele judicial ou extrajudicial.

Porém, é de suma importância para a lavratura deste último, a observância das condições expostas e disciplinadas, respectivamente, na Lei nº 11.441/07 e na Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Isso porque, a Consolidação Normativa Notarial e Registral também apresenta requisitos necessários à lavratura de escrituras de qualquer natureza, englobando assim, a lavratura da escritura de inventário e partilha de bens extrajudicial.

Assim sendo, o Tabelião tem a obrigação de observar os elementos obrigatórios à efetiva realização do ato, pois sem o cumprimento destes, a escritura de inventário e partilha de bens, será nula ou anulável, conforme preceitua o artigo nº 166, VII, do Código Civil.

O primeiro requisito se refere à incapacidade. Ou seja, não pode haver interessado incapaz na sucessão. Consequentemente, havendo menores de 18 anos e não emancipados ou incapazes, o inventário, obrigatoriamente, deve ser judicial. Nesse sentido, deve-se enfatizar que o pressuposto para o ato é a capacidade e não a maioridade. Em outras palavras, um menor relativamente capaz, porém emancipado, pode sim, ser parte no inventário administrativo, conforme artigo nº 12 da Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça.

Como segunda exigência, pode ser citada a necessidade de concordância de todos os herdeiros capazes, isto é, haver consensualidade entre as partes quanto a todas as questões pertinentes ao ato, ou seja, à escritura de inventário. (CASSETTARI, 2010).

Inobstante isso, o *de cujus* não pode ter deixado testamento, pois caso o tenha deixado, este deve passar pela chancela judicial, com a abertura e registro feito judicialmente, de acordo com o previsto nos artigos nº 1.126 a 1.134 do Código de Processo Civil.

Outro elemento imprescindível se refere à obrigatoriedade de partilhar todos os bens deixados pelo falecido, como forma de vedação à partilha parcial, isso porque, os herdeiros não podem concordar com a partilha de apenas parte do acervo, o que acarretaria na concordância parcial, o que é vedado no artigo nº 1.808 do Código Civil, ou ainda, na fraude a credores.

E mais, haveria transgressão ao previsto no artigo nº 1.791, parágrafo único, do Código Civil, que estabelece que a herança permanece indivisível até a partilha total dos bens. Porém, é difícil o Tabelião exercer algum controle, pois não há como saber se os bens apresentados são a totalidade do acervo. Levando em conta esta fragilidade, o entendimento do Colégio Notarial do Brasil e da Associação dos Notários e Registradores (ANOREG), é de que é possível a realização de partilha parcial, entendendo que é impossível o Tabelião fiscalizar se todos os bens do acervo estão sendo partilhados (CASSETTARI, 2010).

Vendo esta realidade e a dificuldade de fiscalização, o artigo nº 25 da Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça, determinou:

Art. 25. É admissível a sobrepartilha por escritura pública, ainda que referente a inventário e partilha judiciais já findos, mesmo que o herdeiro, hoje maior e capaz, fosse menor ou incapaz ao tempo do óbito ou do processo judicial.

Além disso, na realização do inventário extrajudicial, há a exigência da presença do advogado, o qual poderá ser comum a todos os interessados, ou que cada um seja representado pelo seu, de forma individual, ou ainda, que as partes estejam assistidas por defensor público, na hipótese da previsão do artigo 133 da Constituição Federal.

A presença do advogado decorre porque o mesmo é indispensável à administração da justiça, razão pela qual, o legislador tornou obrigatória a presença deste no inventário extrajudicial.

Como último requisito, pode ser citado a necessidade de ter sido o último domicílio do falecido no Brasil, e o fato de não ter bens no exterior, conforme regem o art. 10º da Lei de Introdução ao Código Civil e o art. 2º da Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça.

Tal ordenança se dá pelo fato de que todo o inventário feito no Brasil é regido por suas leis e não por leis de países estrangeiros, de forma que, se o *de cujus*, mesmo sendo brasileiro, residia fora do país, ao seu inventário serão aplicadas as leis do país onde este residia (CASSETTARI, 2010).

Não obstante os requisitos mencionados, há de se atentar também quanto aos documentos a serem apresentados para a realização do inventário extrajudicial, já que estes são de suma importância para a segurança jurídica do ato.

A Resolução nº 35 prevê nos seus artigos 20 a 24 que, para a lavratura da escritura de inventário, o Tabelião deve exigir das partes alguns documentos e como deve agir com relação a estes. Isto se faz necessário para evitar fraudes e falsificações no ato da lavratura da escritura e para que as partes tenham ciência da responsabilidade de suas declarações prestadas no ato (CASSETTARI, 2010).

O artigo nº 20 da mencionada Resolução prevê que as partes envolvidas na escritura e seus respectivos cônjuges devem estar devidamente nomeados e qualificados, conforme se extrai do dispositivo a seguir transcrito:

Art. 20. As partes e respectivos cônjuges devem estar, na escritura, nomeados e qualificados (nacionalidade; profissão; idade; estado civil; regime de bens; data do casamento; pacto antenupcial e seu registro imobiliário, se houver; número do documento de identidade; número de inscrição no CPF/MF; domicílio e residência).

Já o artigo de nº 21 regula que a escritura pública de inventário e partilha de bens deve conter a qualificação completa do autor da herança, ou seja, do *de cujus*, o regime de casamento pelo qual era casado, o pacto antenupcial e seu registro imobiliário, se existir, a data do falecimento do autor da herança, a data da expedição da certidão de óbito, o livro, a folha, o número da certidão e em qual Registro Civil consta o registro do óbito, e a referência ou declaração dos herdeiros de que o autor da herança não deixou testamento e outros herdeiros, sob as penas da lei (CASSETTARI, 2010).

Dentre os documentos que devem ser obrigatoriamente apresentados, o artigo nº 22 destaca os seguintes: a) certidão de óbito do autor da herança; b) documento de identidade oficial (leia-se carteira de identidade, carteira de motorista, CTPS ou carteira de identidade funcional) e CPF das partes e do autor da herança; c) certidão comprobatória do vínculo de parentesco dos herdeiros, para que realmente seja provado o vínculo, que às vezes é apenas de fato e não de direito; d) certidão de casamento do cônjuge sobrevivente e dos herdeiros casados e pacto antenupcial se houver, pois com esta comprovação verifica-se quanto ao real direito dos cônjuges; e) certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos; f) documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos se houver; g) certidão negativa de tributos; e, h) Certificado de Cadastro de Imóvel Rural - CCIR se houver imóvel rural a ser partilhado (CASSETTARI, 2010).

O artigo nº 23 expõe acerca da necessidade que os documentos apresentados pelas partes para o ato da lavratura da escritura sejam originais ou cópias autenticadas, salvo os de identidade das partes da escritura, que sempre devem ser originais.

E, por fim, tem-se ainda, o artigo de nº 24, que fala da obrigatoriedade do Tabelião de Notas, em fazer menção aos documentos a ele apresentados, para deixar

bem claro que cumpriu com a sua obrigação, evitando assim quaisquer problemas oriundos pela falta destes.

Outra questão de suma importância para a lavratura da escritura é quanto à cobrança dos impostos sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCMD, isso no que diz respeito à transmissão *causa mortis*. É obrigação do Tabelião, fiscalizar o recolhimento dos impostos devidos, sob pena de ter que pagá-los, caso não cumpra esta determinação, conforme prevê o artigo nº 134, VI do Código Tributário Nacional. Conforme ordena também o artigo nº 15 da Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça, o pagamento do imposto deve anteceder a lavratura da escritura (CASSETTARI, 2010).

As normas gerais referentes a tributos estão previstas na Constituição Federal, em seus artigos 145 a 162 e no Código Tributário Nacional, porém, é importante ressaltar, que é a Lei nº 8.821 de 27 de janeiro de 1989, que regulamenta a matéria referente à transmissão *causa mortis*.

É o Estado e o Distrito Federal quem recolhem os tributos relacionados a esta natureza de transmissão, conforme artigo nº 155, I da Constituição Federal, e, havendo no processo de inventário, ou seja, na escritura de partilha, ato de cessão onerosa de direitos, aí sim, incide o chamado ITBI – Imposto de Transmissão de Bens Imóveis, que é recolhido pela municipalidade competente (DIAS, 2011).

Um fato intrigante que acontece em relação ao ITCMD (Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos), é que a incidência ocorre sobre todo o patrimônio, apesar de este ser definido como resultado de ativo menos passivo, o que gera um enriquecimento sem causa do fisco, que não leva em conta as despesas com inventário, honorários advocatícios e nem sequer as dívidas deixadas pelo *de cujus*.

O ITCMD (Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos), conforme lembra Dias (2011), deve ser recolhido no Estado onde se localizam os bens do espólio, sendo que a alíquota do imposto pode variar de um Estado para outro. No Rio Grande do Sul, atualmente a alíquota praticada é de 4% sobre o valor calculado do monte-mor - sendo que a meação do cônjuge não é tributada por não se tratar de herança - conforme previsto nos artigos de nºs 1º e 2º da Lei nº 13.337 de 31 de dezembro de 2009, como se vê abaixo:

Art. 1º - Ficam introduzidas as seguintes modificações na Lei nº 8.821, de 27 de janeiro de 1989:

I - no inciso II do art. 4º, é dada nova redação à alínea “e”, e fica acrescentada a alínea “f”, conforme segue:

Art. 4º - [...]

e) na data da transmissão da nua-propriedade;

f) na data da formalização do ato ou negócio jurídico, nos casos não previstos nas alíneas “a” a “e”;

II - no art. 7º, fica revogado o inciso V, e é dada nova redação aos incisos II e VI, conforme segue:

Art. 7º - [...]

II - decorrente da extinção de usufruto, de uso, de habitação e de servidão, quando o nuproprietário tenha sido o instituidor;

[...]

VI - decorrente da extinção de usufruto, de uso, de habitação e de servidão, relativos a bens móveis e imóveis, títulos e créditos, bem como direitos a eles relativos, quando houver sido tributada a transmissão da nua-propriedade;

[..]

III - é dada nova redação ao art. 18, conforme segue:

Art. 18 - Na transmissão “causa mortis”, a alíquota do imposto é 4% (quatro por cento);

IV - é dada nova redação ao art. 19, conforme segue:

Art. 19 - Na transmissão por doação, a alíquota do imposto é 3% (três por cento).

[...]

Art. 2º - Fica estendida aos fatos geradores do Imposto sobre a Transmissão, “Causa Mortis” e Doação, de quaisquer bens ou direitos – ITCD -, ocorridos até a entrada em vigor desta Lei, a aplicação das alíquotas:

I - 4% (quatro por cento), sempre que a alíquota aplicável, em razão do disposto na legislação vigente até a entrada em vigor desta Lei, nos termos do art. 18 da Lei nº 8.821/1989, for superior a 4% (quatro por cento);

II - 3% (três por cento), sempre que a alíquota aplicável, em razão do disposto na legislação vigente até a entrada em vigor desta Lei, nos termos do art. 19 da Lei nº 8.821/1989, for superior a 3% (três por cento).

§ 1º - O disposto neste artigo fica condicionado a que:

a) o contribuinte solicite o benefício apresentando requerimento à repartição fazendária onde foi processada a avaliação;

b) o contribuinte efetue o recolhimento do total do imposto devido até 30 de junho de 2010.

§ 2º - O disposto neste artigo não autoriza a restituição ou a compensação de importâncias pagas até a data de início de vigência desta Lei. (Grifado original).

Até aqui se tratou somente a tributos que incidam sobre bens imóveis. Mas e quanto aos bens móveis, títulos e créditos? De quem é a competência tributária para estes? Há duas correntes em relação a este assunto.

A primeira defende que o imposto *causa mortis* deve ser recolhido no Estado em que for lavrada a escritura de inventário e partilha. O especialista em direito tributário Antonio Herance Filho, filia-se a esta corrente alegando o seguinte:

Como a lei 8.935/94, que regulamenta o art. 236 do Texto Magno, estabelece que é livre a escolha do notário de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio, no caso de o inventário ser realizado por escritura pública em Estado diverso do último domicílio do autor da herança, é certo que o produto da arrecadação dos tributos incidentes sobre as transmissões *causa mortis* fique com o Estado de localização da unidade notarial, relativamente aos bens móveis, títulos e créditos e o Estado de situação de bens, quando imóveis (HERANCE FILHO, 2007, p. 149-150).

Já a segunda corrente alega que, o imposto de transmissão *causa mortis*, relativo a bens móveis, títulos e créditos, deva ser recolhido no Estado do domicílio do *de cujus*. Quem defende esta corrente é Clayton Eduardo Prado, que diz:

Na hipótese de lavratura de escritura pública, considerando que os interessados podem escolher livremente o tabelião de notas, esse aspecto aleatório da regra notarial não pode interferir na competência tributária fixada pela Constituição Federal. Portanto, é fundamental constar da escritura o domicílio do autor da herança, a fim de se definir a competência tributária relativa ao imposto *causa mortis* incidente sobre bens móveis, títulos e créditos (PRADO, 2007, p. 51-58).

Apesar de existirem duas correntes, não se pode esquecer de que o artigo nº 1.785 do Código Civil prevê que a sucessão abre-se no lugar onde foi o último domicílio da pessoa falecida. O pensamento da primeira corrente abre às partes, perigosamente, a possibilidade de escolha de em qual Estado querem recolher os tributos relativos à transmissão *causa mortis*.

E, como cada vez mais, o patrimônio da população brasileira é composto por bens móveis e não bens imóveis, alguns Estados podem ter uma perda significativa de receitas. As partes fariam escolha, primeiro quanto ao Estado com legislação tributária mais branda, para depois, escolher o tabelionato. Poderia aí surgir, uma guerra fiscal entre os Estados, para atrair as pessoas que necessitam destes serviços.

Exposto tudo isso, analisado o inventário extrajudicial, seus requisitos e formalidades, se faz necessário para complementar o objeto deste estudo, traçar algumas linhas quanto ao ato de última vontade expresso em lei e que é de extrema importância no direito privado, qual seja, o testamento, que pode mudar grandemente a realidade de muitas famílias brasileiras. Sobre o testamento é que tratará o próximo tópico.

3. DO TESTAMENTO COMO ATO DE ÚLTIMA VONTADE E DA POSSIBILIDADE DE SEU USO NA ESCRITURA DE INVENTÁRIO

O testamento é um dos pontos mais relevantes do direito privado, pois nele é manifestada a maior dimensão de autonomia do particular, eis que existe a faculdade de o ser humano estender a sua vontade para depois de sua morte. O testador pode, inclusive, escolher qual o tipo de testamento que deseja fazer entre os ordinários previstos em lei (não especiais) (RODRIGUES, 2011).

Há de se lembrar, que existe um entendimento errôneo de que o testamento apenas dispõe sobre questões patrimoniais, quando na realidade, o mesmo também possui outras funções, conforme previsto no Código Civil. O artigo 5º, parágrafo único, inciso I, declara, por exemplo, que o testador pode emancipar filho com no mínimo 16 (dezeses) anos, se exercer o poder familiar com exclusividade. Já de acordo com o artigo 62 do Código Civil, o testador pode determinar a instituição de uma fundação.

E mais, o artigo 1.332 do Código Civil, expressa a faculdade que o testador tem de, querendo, instituir condomínio edilício sobre determinado bem de seu patrimônio, consoante pode se ver abaixo:

Art. 1.332. Institui-se o condomínio edilício por ato entre vivos ou testamento, registrado no Cartório de Registro de Imóveis, devendo constar daquele ato, além do disposto em lei especial:

I - a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estre-madas uma das outras e das partes comuns;

II - a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e partes comuns;

III - o fim a que as unidades se destinam.

Para se realizar um testamento basta que o interessado procure um Tabelionato de Notas, caso queira fazer um testamento público, ou, que siga os requisitos previstos em lei, para fazer um testamento público ou cerrado. Em todos os moldes

de testamento - a legislação apesar de não fazer menção-, é aconselhável a consulta a um advogado, pois a ordem jurídica requer certo formalismo para que o testamento não seja declarado nulo, razão pela qual, torna-se interessante a busca pela orientação deste profissional.

Quanto à capacidade de testar, deve-se observar ainda, conforme antes mencionado, e de acordo com o que prevê o artigo acima, que para que a pessoa possa testar, ela deve ser capaz para tanto e, ter pleno discernimento ao fazê-lo (art. 1.860 CC). Todavia, não significa que se o testador vier a perder esta capacidade, ainda que por tempo determinado, seu testamento venha a ser invalidado, conforme se pode ver no art. 1.861 CC (RODRIGUES, 2011).

O artigo 3º do Código Civil fala dos absolutamente incapazes, ou seja, daqueles que são a exceção quanto ao ato de testar, pois desde que previsto em lei, nada impede alguém da faculdade de testar. Porém, os mencionados neste artigo são vedados de testar. Nesse sentido, estabelece o artigo retro:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil. os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiveram o necessário discernimento para a prática desses atos;
os menores de 16 (dezesseis) anos;
os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Já o artigo 4º do Código Civil, prevê a situação dos relativamente incapazes, onde existe possibilidade de testar, dependendo do caso concreto, consoante disposição que segue:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: os maiores de 16 (dezesseis) anos e menores de 18 (dezoito) anos;
os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham discernimento reduzido;
os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
os pródigos.
Parágrafo Único – A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Nas situações do artigo acima, não se pode afirmar com certeza que tais pessoas não poderão testar. O que ocorre, é que deverá ser analisado cada caso concreto. Já os maiores de 16 (dezesseis) anos podem testar, conforme previsão do artigo 1.860, em seu parágrafo único do Código Civil, sem a assistência de seus representantes legais.

No que tange às regras a serem observadas, deve-se analisar também, se o testador não possui herdeiros necessários, pois neste caso, não pode ele dispor da totalidade de seus bens. Entretanto, se não possuir herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge), pode dispor da totalidade de seu patrimônio.

O companheiro, conforme ressalta Dias (2011), apesar de estar em grande desvantagem se comparado ao cônjuge, tem direito à concorrência sucessória, o que deve ser observado pelo testador, caso este resolva dispor de seu patrimônio.

Também não se pode deixar passar em branco, a regulamentação prevista no contexto do artigo 1.801 do Código Civil, eis que é importante ressaltar que há uma lista taxativa de pessoas que não podem ser beneficiárias no testamento, e, se tal ocorrer, tornam o mesmo nulo. São elas:

Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;

II - as testemunhas do testamento;

III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;

IV - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

Diante da exposição feita sobre as regras e formalidades a serem observadas antes da realização de um testamento, se faz necessário abordar os tipos de testamento previstos no Código Civil brasileiro, os quais são divididos em: testamentos ordinários, previstos nos artigos 1.862 a 1.885 (que engloba o testamento público, o cerrado e o particular); os codicilos, previstos nos artigos 1.881 a 1.885; e, os testamentos especiais, devidamente previstos nos artigos 1.886 a 1.896 (que se trata do testamento marítimo, do aeronáutico e do militar).

Como primeira modalidade de testamento pode ser citado o testamento público. Este encontra previsão no Código Civil nos artigos 1.864 a 1.867, e é assim chamado porque é lavrado pelo Tabelião de Notas, o qual, conforme previsto na Lei 8.935/94 (que regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro - Lei dos Cartórios) tem competência exclusiva para este ato (RODRIGUES, 2011).

Para a inteira validade do testamento, os requisitos essenciais previstos no artigo 1.864 do CC devem ser seguidos rigidamente, assim como os constantes no artigo 215, § 1º do Código Civil. Tais dispositivos preceituam as exigências para a lavra-

tura de uma escritura pública e ainda, os pressupostos enunciados nas Normas da Corregedoria Geral da Justiça, que o Tabelião deve obrigatoriamente observar.

Por se tratar de um ato solene, o testamento deve ser acompanhado integralmente por no mínimo duas testemunhas, consoante regra do artigo 1.864, II do CC (DIAS, 2011).

Porém, nem todas as pessoas podem ser testemunhas, uma vez que devem ter capacidade e legitimidade para o ato. E, cabe ao Tabelião de Notas, se certificar destes requisitos antes da lavratura do testamento e de todos os demais, previstos em lei.

Quando da lavratura do ato, este é registrado em livro próprio, de forma escrita, mecânica ou digitada, sempre na língua nacional. Todavia, se uma das testemunhas não souber o idioma nacional e o Tabelião não compreender o idioma desta, é necessário que durante o ato, tenha-se a presença de um tradutor juramentado (RIZZARDO, 2005).

Quanto aos analfabetos e aos incapacitados auditivos e visuais, conforme já mencionado, estes não são excluídos de efetuar testamento público, porém, há regras especiais para esses casos que devem ser observadas, previstas nos artigos 1.865, 1.866 e 1.867 do Código Civil.

Como outra espécie de testamento ordinário cita-se o testamento cerrado, sendo que este tipo visa manter total sigilo perante terceiros, inclusive testemunhas, e é uma modalidade prevista dentro dos testamentos ordinários. Tal modalidade se caracteriza por ser escrito de próprio punho ou até por meios mecânicos, pelo testador ou alguém a seu mando, e depois devidamente assinado pelo testador. No entanto, trata-se de um documento fechado, de acordo com os artigos 1.868 a 1.875 do Código Civil. Nesse sentido ensina Rizzardo (2005, p. 297):

Constitui este um testamento que visa manter total sigilo perante terceiros, tanto que nem testemunhas possui. Denomina-se também testamento secreto, e no Direito antigo era conhecido como místico, apresentando a vantagem de ficarem ignoradas as disposições que contém até a abertura, após a morte de seu autor. [...] Presta-se sobretudo para firmar certas disposições que podem trazer controvérsias ou oposições, e que não convém que sejam conhecidas em vida do testador, como aquelas sobre a deserção, o perdão ao indigno, a clausulação de restrições de bens, [...] a nomeação de tutor ou curador, o reconhecimento de filho [...].

Se alguém, a mando do testador, redigir o testamento, sua assinatura não será colhida, porém, deve constar a qualificação de quem o redigiu; todavia, a do testador é essencial para a validade do ato. Outra possibilidade é de fazê-lo por digitação,

sendo que neste caso e no caso de ser mecânico, todas as folhas devem ser numeradas e assinadas pelo testador, como requisito indispensável para a sua validade.

O maior risco do testamento cerrado é de extravio ou de violação, razão pela qual é interessante que o testador o faça em duas vias, sujeitando as duas à aprovação e que ambas sejam lacradas pelo Tabelião. O auto de aprovação feito pelo Tabelião, nada mais é do que ato do notário de declarar a autenticidade do testamento, que deve ser levado pessoalmente pelo testador àquele profissional, acompanhado de suas testemunhas, que não assinam o testamento, mas sim o auto de aprovação (RIZZARDO, 2005).

Depois de concluídas as fases do testamento, inclusive tendo o notário lido em voz alta e clara para todos os presentes o auto de aprovação, deve ser este fechado e costurado, colocando o tabelião, lacre nos pontos da costura. Aí então, este passa a valer e é entregue ao testador, ou se este preferir pode ficar aos cuidados do Tabelião, sendo que este lançará no seu livro, lugar, dia, mês e ano em que o testamento foi aprovado e entregue (RIZZARDO, 2005).

Dar-se-á pelo juiz, a abertura do documento, naturalmente após a morte do autor, sendo que o magistrado segue uma série de formalidades previstas em lei. Para pedir a abertura deste testamento a parte que o encontrar ou o testamenteiro, que é a pessoa nomeada pelo testador para fazer cumprir a sua vontade, deverá requerer a abertura, registro e cumprimento, através de uma petição (RIZZARDO, 2005).

Como última modalidade de testamento ordinário, tem-se o testamento particular. Considera-se particular, privado ou hológrafo, o testamento escrito de próprio punho pelo testador, que o lê e assina perante 03 (três) testemunhas idôneas, que também o assinam. Todavia, este ato não é tão secreto assim, pois pelo menos três pessoas saberão do seu conteúdo, eis que a leitura do mesmo é indispensável, e deve ser feita exclusivamente por este. Nesse sentido, expõe Rizzardo (2005, p. 315):

Somente após o testador ler o texto de suas disposições para as testemunhas é que as mesmas assinam. A leitura é ato indispensável, de exclusiva competência do testador, o que salienta a diferença quanto ao testamento cerrado. No texto do § 1º do art. 1876 consta ordenado que a leitura se faça por quem escreveu, só podendo fazê-lo o testador.

A forma e requisitos deste testamento estão previstos nos artigos 1.876 a 1.880 do Código Civil, e ele tem como característica principal a necessidade de ser redigido de próprio punho pelo testador. Mas ainda assim, admite-se sua confecção por processo mecânico (ser datilografado), ou, no caminho da modernidade, ser digitado, mas que deverá ser impresso, pois o documento deve ser assinado em todas as folhas pelo testador.

Objetivando-se efetivar a vontade do testador, após a sua morte, conforme preconizam os artigos de 1.877 e 1.878 do CC, é imprescindível a publicação em juízo do mesmo, a citação dos herdeiros do “*de cujus*”, e o chamamento das testemunhas para confirmar o testamento, e só assim o juiz considerará eficaz a vontade expressa no documento pelo falecido.

Poder-se-ia, inclusive, quanto ao escrito de próprio punho, achar este parecido com o testamento cerrado. No entanto, há entre eles grandes diferenças, a começar pelo quesito da participação das testemunhas e no ato da validação.

Por sua vez, no testamento cerrado, a quantidade de testemunhas é menor, são apenas duas e a elas não é dado o conhecimento do conteúdo do testamento, mas apenas é feita a leitura da declaração do Tabelião de que o testamento está devidamente aprovado, perante a presença dessas testemunhas.

Qualquer pessoa capaz e que saiba escrever pode testar por instrumento particular e também ser testemunha neste ato. Não obstante isso, excluem-se dessas práticas os analfabetos, os surdos-mudos, os mudos e os cegos, devido à exigência de que o testador deve ler o testamento perante as três testemunhas e estes tenham a condição de confirmar que o que está sendo lido é o que está escrito e ainda de assinar o testamento (RODRIGUES, 2011).

Após a contemplação dos tipos de testamentos ordinários previstos em nossa legislação, averiguar-se-á quais as formalidades para confeccionar um codicilo e quais os requisitos exigidos em lei para a lavratura dos testamentos especiais.

Quanto ao codicilo, previsto entre os artigos 1.881 a 1.885 do Código Civil, para melhor entendê-lo, se faz necessário, primeiramente, definir o que representa essa palavra de origem latina, que se traduz como pequeno escrito. Atualmente o codicilo está praticamente em desuso, embora mantido no Código Civil atual. Conforme comenta Dias:

O nome é esquisito: codicilo. Além disso, saiu de moda. A expressão tem origem latina. Diminutivo de codex, que significa “código”, daí, pequeno escrito. Apesar de denominado “testamento-anão”, testamento não é, ainda que ambos sejam instrumentos que trazem disposições de última vontade. O codicilo não tem as formalidades do testamento solene e não se confunde com a sucessão testamentária (DIAS, 2011, p. 375). (Grifado original).

Pelo que se pode observar na definição contida no parágrafo acima, trata-se de um escrito particular, sem grandes formalidades, que traz instruções e diretrizes de menor importância, atos de última vontade do *de cujus* e de interesse mais pessoal,

para serem respeitados e adotados após a sua morte, inclusive quanto ao seu enterro, se assim este dispor.

Além dos codicilos, outra maneira elencada pela ordem civil através da qual a pessoa pode manifestar a sua última vontade, refere-se aos testamentos especiais. A partir do artigo nº 1.886 do Código Civil, é apresentado o terceiro grupo de testamentos contidos no nosso Código Civil, que são os chamados testamentos especiais.

Como o próprio nome demonstra, são testamentos lavrados em condições de exceção e tem características especiais, que facilitam a sua elaboração, pois ocorre a diminuição de formalidades e requisitos exigidos na lavratura dos testamentos ordinários. Estes tipos de testamentos surgiram para que os viajantes em alto-mar, das aeronaves e os militares, pudessem também, dispor de suas disposições de última vontade. Rodrigues (2011) os conceitua como:

Os testamentos especiais surgiram para atender à disposição de última vontade, dos viajantes em alto-mar, das aeronaves e dos militares, procurando a eles assegurar o direito de testar. O motivo da especialidade, frente às espécies ordinárias é a redução das formalidades, dos requisitos e a facilitação na sua elaboração. (RODRIGUES, 2011, p. 160).

Seguindo a ordem do Código Civil, o primeiro testamento especial que se tem, é o testamento marítimo, mencionado no inciso I do artigo nº 1.886, seguido pelo testamento aeronáutico, devidamente previsto no inciso II, e por último, pelo testamento militar, constante no inciso III. Estes tipos de testamentos só podem ser utilizados quando da impossibilidade de se fazer uso dos ordinários, por isto o nome de “especiais”.

O marítimo, segundo a doutrina, praticamente não é aplicado hoje em dia. As regras para os testamentos marítimo e aeronáutico são bastante semelhantes, e consistem no testamento feito a bordo de navios ou aeronaves de guerra, ou mercantes, também de transporte, durante as viagens, sendo que desta maneira não podem ser realizados em caso de navio ancorado ou aeronave em solo (RODRIGUES, 2011).

Ante o perigo e iminente possibilidade de o navio vir a naufragar ou a aeronave a cair, pode alguém, como manifestação de sua última vontade, deixar o seu testamento. Contudo, no caso de navio será diante do comandante e de duas testemunhas, conforme preceitua o artigo nº 1.888 do CC, e obedecidas às regras do testamento público ou particular cerrado, sendo que o testamento será registrado no diário de bordo, e, ocorrendo este em aeronave, o comandante irá designar alguém para registrar as ordens do testador.

O artigo nº 1.889 do Código Civil refere que o testamento feito em navios ou aeronaves fica sob a guarda do comandante, que tem a obrigação de entregá-lo às autoridades administrativas do primeiro porto ou aeroporto nacional, e na entrega deste, devem exigir recibo, para poder averbá-lo no diário de bordo.

Outro fato relevante é o de que, se o testador não falecer ou desembarcar em terra, o testamento caduca em 90 (noventa) dias, conforme o artigo nº 1.891. Isto se dá devido ao fato de, desembarcando em terra, este ter a oportunidade de fazer outro testamento previsto de forma ordinária.

Já o terceiro tipo é o denominado testamento militar, cujas instruções estão devidamente previstas nos artigos nºs 1.893 a 1.896 do CC. Esta espécie de testamento veio do direito romano, porém com algumas alterações. Só pode ser efetuado em situação de guerra, por militares e todas as demais pessoas envolvidas no serviço das forças armadas em campanha, e no impedimento do testador de efetuar o testamento nas condições normais.

Existem 03 (três) formas possíveis de se fazer um testamento miliar: a) a primeira delas é o testamento semelhante ao público, na presença do comandante ou de oficial graduado; b) a segunda é o testamento particular ou cerrado, diante de duas testemunhas, de um auditor, ou de um oficial ou alguém que lhe faça às vezes, por ele designado; e, c) a terceira é a maneira nuncupativa, conforme previsto no artigo nº 1.896 do Código Civil, no qual, de forma verbal o testador expressa a sua disposição de última vontade, efetuada em campo de batalha ou estando o testador ferido e em perigo de morte, diante de duas testemunhas (RIZZARDO, 2005).

Como ocorre nos testamentos marítimo e aeronáutico, se o testador não vier a falecer de imediato ou em até 90 (noventa) dias depois de efetuado o testamento, este caduca, ou seja, perde sua validade, salvo se for revestido das formalidades previstas no parágrafo único do artigo nº 1.894 do Código Civil.

A formalidade prevista no artigo acima é a de que o auditor deve efetuar a anotação em qualquer parte do testamento quanto à sua apresentação pelo testador, informando o lugar, dia, mês e ano em que lhe foi apresentado, nota esta que será assinada por ele e pelas duas testemunhas.

Quanto a todos os testamentos aqui estudados, existindo alguma dúvida ou dubiedade quanto à interpretação da vontade do *de cujus*, aplica-se o contido no artigo nº 1.899 do Código Civil, ou seja, que prevalecerá a interpretação que melhor assegurar a vontade do falecido.

Conforme visto, o inventário era realizado tão somente na via judicial. Com a introdução da Lei nº 11.441 de 2007, veio a possibilidade de fazê-lo pela via administrativa. Este novo instituto facilitou, e muito, a situação daqueles que dependiam do Poder Judiciário para confecção do inventário e partilha de bens.

Com a introdução da Lei nº 11.441 de 2007, houve a alteração do artigo nº 982 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, que estabelece sobre a possibilidade de fazer inventário e partilha por escritura pública sem que esta tenha que posteriormente estar sujeita a homologação judicial. O artigo passou a ter a seguinte redação:

Art. 982. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário.

Parágrafo único. O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado comum ou advogados de cada uma delas, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Como se pode ver no artigo acima mencionado, é requisito o *de cujus* não ter deixado testamento, para fazer o inventário administrativo. O Tabelião deve certificar-se de que a pessoa falecida não deixou testamento para então dar início aos procedimentos para a confecção da escritura pública.

Todavia, não há como provar o que não existe, podendo inclusive o testador dispor de várias formas, até secretamente. Então, nada mais justo que o tabelião apenas aceite, para a lavratura do ato, a declaração dos herdeiros de que o morto não deixou testamento conhecido.

Dentro desta certeza, reza o artigo 3º da Resolução nº 35 do CNJ que as escrituras públicas de inventário e partilha de bens, não dependem de homologação judicial e são títulos hábeis, perante os órgãos que se fizerem necessários, substituindo desta forma, os formais de partilha.

Porém, a legislação, quando proíbe a lavratura de inventário extrajudicial caso tenha o falecido deixado testamento, sequer faz qualquer ressalva quanto ao conteúdo do testamento. Como viu-se neste trabalho, a disposição de última vontade do falecido pode conter apenas disposições não patrimoniais.

Contudo, se a abertura e o registro do testamento são levados ao poder judiciário, na ocasião do inventário, então já são conhecidas as suas disposições, e, se constatado que não houve nada disposto em relação a patrimônio, nada impediria de o inventário ser feito pela via administrativa, que é mais célere do que a judicial.

Numa primeira leitura, fria e literal da lei, conta-se que só será possível realizar a escritura de inventário e partilha de bens via tabelionato de notas, caso o interessado apresente uma certidão negativa comprovando a inexistência de testamento em nome da pessoa falecida ou que declare expressamente este fato, como já foi visto.

Mas, e se o *de cujus* deixou testamento e desejam os herdeiros, todos capazes, maiores e de comum acordo, que o inventário e a partilha de bens, seja lavrada por

instrumento público? Haveria esta possibilidade, se a lei diz que caso tenha deixado o falecido testamento, seu inventário deva ser judicial?

A resposta para estes questionamentos é sim. Apesar de gerar alguma insegurança no meio notarial e de existirem tabeliães que se neguem a lavrar a escritura se o *de cujus* não faleceu *ab intestato*, esta prática já ocorre em vários tabelionatos, pelo menos no Estado do Rio Grande do Sul. (CAHALI et al, 2007).

Como depois de feito o testamento, existe a necessidade de fazer inventário e partilha de bens, que pode ser feito após o procedimento de abertura, registro e cumprimento do testamento, a existência de testamento deixado pelo *de cujus* não poderia impedir a lavratura da escritura de inventário e partilha desde que seja entre herdeiros maiores e capazes, mas ela só terá efeitos plenos, após homologação judicial.

Há doutrinadores ratificando esta posição quanto à utilização do testamento. Para Cahali (2007), existe uma possibilidade de interpretar a primeira parte do artigo nº 982 do Código de Processo Civil, como afirmativa à lavratura de escrituras de inventário extrajudicial com a disposição de última vontade inclusa, desde que esta, esteja devidamente homologada, em outras palavras, que o testamento esteja devidamente registrado no Foro competente.

Para alguns Tribunais, como por exemplo, do Estado de São Paulo, há entendimentos diferentes, como vemos abaixo:

TJ/SP: Testamento. Válido. Conteúdo exclusivamente patrimonial. Herdeiros maiores e capazes. Ratio legis da Lei 11.441/07. Disposição já prevista no CC (art. 2.015). Entendimento, em sede de primeiro grau, da possibilidade de realização no extrajudicial.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Processo nº: 0052432-70.2012.8.26.0100

Abertura, Registro e Cumprimento de Testamento

Diante de toda a fundamentação acima, concluímos que é possível realizar o inventário extrajudicial mesmo havendo testamento, desde que (1) o testamento não contenha disposições patrimoniais; ou (2) o testamento disponha dos bens de forma a legá-los para pessoas maiores e capazes, excluídas as fundações. São Paulo, 05 de fevereiro de 2013.

Fabiano da Silva Moreno, Juiz de Direito.

A decisão antes referida usa como fundamentação a interpretação teleológica, que busca investigar o fim apontado pela lei como elemento fundamental para descobrir o sentido e o alcance da mesma. Vê-se que o magistrado busca fundamento para sua decisão na função social da lei 11.441/2007, que surge para facilitar e agili-

zar, sem fugir das normas impostas, a vida do cidadão que necessita fazer a partilha de bens deixados pelo espólio.

Todavia, em virtude da sua alta relevância social e tendo em vista o fim para o qual foi criada a Lei nº 11.441/2007, fazendo uma leitura interpretativa utilizando-se da hermenêutica constitucional, sem corromper os valores protegidos pela lei, concluir-se-á que será possível realizar o inventário e a partilha extrajudicial ainda quando existente testamento deixado pelo *de cujus*.

A proibição estabelecida através do artigo nº 982 do Código de Processo Civil, no que diz respeito à realização de escritura pública de inventário e partilha de bens extrajudicial quando existir testamento deixado em nome do *de cujus*, é uma vedação relativa e deve ser interpretada à luz da finalidade social para que foi criada a Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, privilegiando a sociedade brasileira.

Ainda, valorizando a função pública do notário e registrador brasileiro, que tem muito conhecimento na área do direito, pois este, como profissional, busca sempre resolver as questões da área sucessória da melhor forma possível e sem, é claro, desrespeitar a legislação vigente sobre a matéria (CAHALI et al, 2007).

Porém, se o testamento é devidamente homologado e registrado junto ao Foro competente, não há porque o notário se negar a lavrar a escritura, visto que estará, juntamente com a confecção da escritura, cumprindo aquilo que foi devidamente autorizado pelo juízo competente.

Mesmo com este registro do testamento, o tabelião deve fazer constar no corpo da escritura, que esta deve ser homologada judicialmente, para então, posteriormente, ser registrada nos órgãos competentes. Outra observância que se faz necessária, é a de que, caso o testamento deixado seja anulado, o inventário pode ser feito extrajudicialmente.

Conforme previsto no artigo nº 11 da Resolução nº 35, cabe ao Tabelião de Notas tornar público o acordo feito pelas partes através da escritura pública de nomeação, que pode inclusive, ser lavrada em ato apensado, antes da conclusão da escritura, quando assim se fizer necessário, porém, o Tabelião deve fazer nela constar que o interessado presta o compromisso de fielmente cumprir a função a ele outorgada.

Todavia, se for feita antes da escritura de inventário, a nomeação de interessado com poderes de inventariante, as partes envolvidas devem declarar, conforme previsto no Parágrafo Único do artigo 613-C da Consolidação Normativa Notarial e Registral gaúcha, de que estão cientes que tem o prazo de 60 (sessenta) dias para a realização da escritura de inventário e partilha, sob pena de, em caso de não atendimento a este cumprimento de prazo, o Tabelião remeter cópia da nomeação de inventariante ao juízo competente, conforme ordena o artigo nº 989 do Código de Processo Civil.

Para a representação do espólio, este interessado, devidamente nomeado não precisa de Alvará Judicial, visto que a Escritura de Nomeação de Inventariante veio em substituição a este na esfera extrajudicial. Isso pode ser retificado com base na decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proferida pela Des. Maria Berenice Dias, com a ementa a seguir mencionada:

SUCESSÕES. ESCRITURA PÚBLICA DE PARTILHA AMIGÁVEL. LEI Nº 11.441-2007. MOVIMENTAÇÃO DE VALORES DEPOSITADOS EM INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. DIREITO DOS HERDEIROS. Optando os sucessores pelo inventário extrajudicial, na modalidade contemplada na Lei nº 11.441-2007, e atendidos todos os requisitos, na elaboração da respectiva escritura pública de partilha, inclusive com o recolhimento dos tributos devidos, revela-se temerário e ilegal o agir de instituição bancária que se nega a autorizar a movimentação dos valores nela deixados pela de cujus. De posse do instrumento público os herdeiros tornam-se exclusivos proprietários do bem, possuindo título hábil para promover sua movimentação definitiva, se assim o quiserem. Justificada a necessidade de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. Não fixada multa diária nesse momento processual, assinando ao recorrido, porém, o prazo-limite de 48 horas para o devido cumprimento. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME. (Agravos de Instrumento Nº 70019664010, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 13/06/2007).

Não há porque as instituições negarem direito aos herdeiros, pois a escritura, conforme frisa Dias trata-se de título hábil para regularizar a propriedade e transmitir todos os direitos aos herdeiros, estes adquiridos através da escritura pública.

Por este motivo, a nova redação dada ao artigo nº 982 do Código de Processo Civil, torna a escritura pública de inventário e partilha de bens, título hábil para o registro imobiliário, para transferências de veículos, saques de valores bancários, recebimento de quaisquer ativos a que tenha direito o herdeiro legítimo ou testamentário, meeiro ou cessionário e todos os demais atos que antes eram permitidos somente com a expedição de alvará judicial e/ou formal de partilha.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Grande mudança trouxe a Lei nº 11.441/07 à sociedade brasileira, pois com a possibilidade, não obrigatoriedade, de realizar o inventário e a partilha de bens, bem como separações e divórcios amigáveis, junto aos Tabelionatos de notas, além

da desafogar as demandas judiciais, os próprios interessados contam com mais rapidez e eficácia à sua disposição.

A lei antes mencionada, devidamente disciplinada pela Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça, veio em momento oportuno, pois possibilitou às partes interessadas a faculdade de optar pelo Tabelionato de Notas, através da figura do tabelião, que tem a prerrogativa de formalizar a vontade das partes que o procuram, para promover inventário e partilha dos bens, se todos os envolvidos forem capazes e a partilha amigável.

O objetivo do legislador foi de desburocratizar e de tornar menos onerosa a partilha de bens, desviando do judiciário as questões referentes à sucessão hereditária sem litígio, para que este possa então dedicar-se às questões de necessitam realmente de sua intervenção.

Mesmo com mais alguns requisitos que aqui foram analisados, foi de grande valia a promulgação desta lei, pois possibilitou aos interessados, maior celeridade e eficiência na partilha dos bens. As partes são devidamente orientadas por seu advogado de confiança e podem tranquilamente resolver a partilha de bens deixados pelo *de cujus*.

Outra questão interessante vista neste trabalho, é a de que além da sucessão legítima há também a testamentária. Os brasileiros ainda olham com desconfiança para este instituto, o testamento.

Entretanto, ele abre a possibilidade de beneficiar partes que não tem outra maneira de se chegar ao acervo, mas que fizeram por merecer e também, de resolver questões de cunho não patrimonial, porém, de suma importância para o *de cujus*, e que deve ser observada.

A possibilidade de fazer a escritura de inventário com partilha de bens, ainda que o *de cujus* tenha deixado testamento está sendo cada vez mais aceita, conforme estudado no último capítulo.

Isso porque o testamento cumpriu todas as etapas para a sua efetiva realização, não há porque o tabelião se negar a lavrar a escritura, pois estará cumprindo o testamento, apesar da legislação ainda não prever expressamente esta possibilidade, porém, como vimos, já existem juízes e tabeliães que concordam com tal entendimento.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

- _____. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em: 20 maio 2013.
- _____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Vade Mecum Compacto. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. *Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007*. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Brasília, DF: Senado Federal, 2007.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Decisão de 1º grau*. Julgado em 05/02/2013. Disponível em: <<http://www.portaldori.com.br/2013/05/20/tjs-p-testamento-valido-conteudo-exclusivamente-patrimonial-herdeiros-maiores-e-capazes-ratio-legis-da-lei-11-44107>>. Acesso em: 02 jun. 2013.
- _____. *Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007*. Disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro. Conselho Nacional da Justiça, Brasília/DF, 26 de abr. 2007.
- _____. *Lei nº 8.821, de 27 de janeiro de 1989* (atualizada até a Lei nº 13.803, de 03 de outubro de 2011). Institui o imposto de transmissão “causa mortis” e doação, de quaisquer bens ou direitos. Brasília, DF: Senado Federal, 2007.
- _____. *Consolidação normativa notarial e registral*. Corregedoria-Geral da Justiça. Instituída pelo Provimento nº 32/06-CGJ. Porto Alegre: Norton, 2010.
- CAHALI, Francisco José [et al]. *Escrituras Públicas: separação, divórcio, inventário e partilha consensuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CASSETTARI, Christiano. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública*. Teoria e Prática. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MIRANDOLLI, Caroline. *Inventários, separações e divórcios consensuais no tabelionato de notas: uma nova concepção*. Reflexões sobre a Lei nº 11.441/2007. Porto Alegre: Norton Editores, 2010.
- PRADO, Clayton Eduardo Prado. *Imposto sobre herança*. São Paulo: Verbatim, 2009.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- RODRIGUES, Elza de Faria. *Testamentos: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CONTRATOS ELETRÔNICOS E O DIREITO DO CONSUMIDOR: DO SURGIMENTO AO DECRETO 7.962/2013

Cristiane Schardong⁵³

Veridiana Maria Rehbein⁵⁴

RESUMO

O presente artigo trata das maneiras de aplicação do Código de Defesa do Consumidor sobre os contratos eletrônicos de adesão, especialmente no que tange às cláusulas abusivas originadas nestes contratos. O que se pretende é analisar, apresentar e discutir os principais aspectos do tema proposto. O trabalho foi elaborado com base na leitura e fichamento da doutrina clássica do direito consumerista, bem como no estudo da literatura recente e relevante sobre a problemática em tela. Utiliza-se, basicamente, da exposição de teorias que abordam o tema, bem como do entendimento e opinião própria sobre o assunto. A matéria encontra relevância ao partir-se do pressuposto de que o comércio eletrônico é realidade cada vez mais presente na vida diária dos consumidores. Assim, a intenção é verificar como a legislação consumerista clássica, aliada aos ordenamentos recentes, está apta a dirimir conflitos e salvaguardar direitos originados nas relações de consumo eletrônicas.

Palavras-chave: consumidor; comércio eletrônico; contratos eletrônicos de adesão; relação de consumo.

53 Bacharela em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. E-mail: cris.schardong89@gmail.com

54 Mestre em Direito. Professora do curso de Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Email: vrehbein@unisc.br

1 INTRODUÇÃO

O Direito do Consumidor percorreu um longo caminho até chegar em seu atual parâmetro de aplicação. Do Código de Hamurábi em XVIII a.C. às Revoluções Industriais do século passado, milhares de consumidores viram-se obrigados à lutar para que pudessem ser reconhecidos como sujeitos de direito ante às atitudes abusivas dos fornecedores, que, até então, detinham todo o poder de escolha da relação de consumo.

Com o advento da Era da Informação, impulsionada pelas revoluções dos anos anteriores, surgiu também a invenção que mudaria toda a maneira com a qual o ser humano opera e enxerga o mundo: a Internet. Passados alguns bons anos desde sua primeira instalação, é possível afirmar (através de uma análise superficial) que a maior parte das relações jurídicas geradas através da rede são as relações de consumo.

Realizar transações pelos meios eletrônicos, desde a contratação de serviços à compra de bens pessoais, atualmente é sinônimo de conforto e praticidade. É também o ápice do poder de escolha do consumidor. Todavia, ao proporcionar essa sensação de liberdade, acaba por também gerar o comum entendimento de que a Internet é uma espécie de “terra sem lei”.

A inexistência de limitações geográficas, bem como a ausência de informações pessoais relevantes dos fornecedores, parece levar os consumidores online à acreditarem que tais relações não podem ser abarcadas por uma prestação jurisdicional. Assim, o que se propõe é analisar a maneira com que o Código de Defesa do Consumidor (e suas ramificações) abarcam as relações de consumo originadas através dos contratos de adesão eletrônicos, aplicando-se a estes seus princípios e normas.

2. INTERNET, COMÉRCIO ELETRÔNICO E CONTRATOS ELETRÔNICOS

2.1 História da Internet, surgimento do comércio eletrônico e suas modalidades

Antes que se fale em relações eletrônicas de consumo, é preciso entender como tudo isso começou. O plano inicial da rede foi concebido durante a Guerra Fria, por iniciativa do Departamento de Defesa Norte-Americano, que pretendia utilizá-la como meio de comunicação entre suas diferentes bases. Ao final dos anos 70, men-

cionou-se pela primeira vez a palavra Internet, como abreviação de *internetworking* (interligação de redes). Em 1985 a Internet já estava presente em universidades e ambientes de trabalho, que haviam se deixado conquistar pelo correio eletrônico. Nos anos 90 surgiram os protocolos que permitiram a navegação entre páginas, lançando-se a *World Wide Web* (WWW), o que abriu-a para o mundo.

No Brasil, em 1991 surgiu a Rede Nacional de Pesquisas (RNP), que ainda é a “espinha dorsal” da web no país. A EMBRATEL (Empresa Brasileira de Telefonia) foi a responsável por liberá-la para o setor privado em 1995.

Assim que a Internet foi aceita e reconhecida como veículo de comunicação, percebeu-se que seu uso empresarial alavancava possibilidades nunca antes pensadas. O comércio eletrônico viu seu início quando da criação do protocolo HTTPS, que possibilitava o envio de dados criptografados para transações comerciais pela rede, gerando uma conexão segura. A estadunidense *Amazon* foi pioneira na área: desde 1995 vem comercializando através da web.

O comércio eletrônico abrange todas as atividades comerciais *online* que envolvem a troca de bens tangíveis (roupas e livros, por exemplo) e intangíveis (programa antivírus para o computador, por exemplo), através de etapas que passam desde a publicidade do anúncio até a compra (contratação), pagamento, envio e recebimento. Peixoto (2001, p. 10) define o comércio eletrônico como “[...] uma combinação de tecnologias, aplicações e procedimentos negociais que permitem a compra e venda *online* de bens e serviços entre governos, corporações privadas e o público”.

A nível nacional, pode-se citar as Lojas Americanas e Submarino como pioneiras nas vendas pela rede. Ainda, analisando-se dados da empresa E-bit (<<http://www.ebit.com.br>>), referência nacional no fornecimento de estatísticas sobre o comércio eletrônico brasileiro, é possível perceber o crescimento gritante do mercado virtual local. Em 2001, o faturamento anual do comércio eletrônico no Brasil foi de 0,54 bilhão de reais, ao passo que, em 2012, este atingiu cerca de 22,5 bilhões de reais. O número de consumidores virtuais pulou de 1.1 milhão (2001) para 43 milhões (2012).

O comércio eletrônico é dividido, pela doutrina, em três modalidades mais populares, quais sejam: B2B (*Business to Business*), B2G (*Business to Government*) e B2C (*Business to Consumer*). No presente trabalho, estuda-se as relações ocorridas no comércio eletrônico B2C, pois só nele ocorrem relações de consumo virtuais abarcadas pelo Direito do Consumidor. Isto porque a primeira modalidade ocorre entre empresas (negócio-a-negócio – B2B) e a segunda, entre empresa e governo (negócio-a-governo – B2G).

O negócio-a-consumidor (B2C) “é o comércio de mercadorias e serviços, bens físicos ou não, efetuados por meio eletrônico. [...] Ocorre com a efetivação de um

contrato de compra e venda entre a loja e o consumidor final” (PEIXOTO, 2001, p. 15). Suas modalidades de contratação serão estudadas adiante.

Ao analisar-se todas as informações fornecidas, é fácil perceber que nenhuma outra forma de transação comercial evoluiu tão rapidamente quanto o comércio eletrônico. Esse crescimento resultou no novo nicho de mercado que envolve os consumidores virtuais, cujas características, peculiaridades e direitos são próprios e merecem atenção especial.

2.2 Características gerais dos contratos – pressupostos e requisitos de validade aplicáveis aos contratos eletrônicos

Aos contratos eletrônicos cabem as características gerais dos contratos, aplicadas a todos os tipos de contratações realizadas sob a luz do ordenamento pátrio. As figuras necessárias para a validade dos negócios jurídicos estão previstas no art. 104 do Código Civil Brasileiro. São os elementos objetivos, subjetivos e formais, intrínsecos aos contratos e requisitos do negócio.

Ao tratar-se dos requisitos objetivos, temos que o objeto da contratação deve ser lícito e respeitar a lei, moral, ordem pública e bons costumes. Deve ser também possível, determinado ou determinável, mesmo no momento anterior ao contrato. Quando se fala em requisitos formais, trata-se da observação da forma prescrita ou não proibida em lei. Importante mencionar a forma livre para contratar prevista no artigo 107 do mesmo ordenamento. É ela quem dá a legitimidade para a contratação virtual. Os requisitos subjetivos dizem respeito à existência de, no mínimo, duas pessoas que tenham ânimo em contratar ou a evidência da existência desta vontade, bem como a capacidade dos contratantes para a vida civil.

Quanto à manifestação da vontade, no caso dos contratos eletrônicos, tem-se que esta se dá através do clique nos botões que contém os dizeres “aceito”, “sim”, “concordo”, “finalizar compra”, “comprar”, “confirmar”, “aceitar”, “continuar com a transação”, entre outros. Ela deve ser livre e consciente, sem vícios, dolo, coação ou erro. Encontra-se aí a validade dos contratos eletrônicos, uma vez que o Código Civil só exige forma especial para que a declaração seja válida quando a lei assim a exigir, por força do artigo 107 deste ordenamento.

Importante, ainda, dizer que o papel (na forma de contrato escrito ou impresso), é mera formalização da materialização do contrato, não sendo nula ou inválida a contratação que assim não o seja, quando presentes os demais pressupostos de validade (consentimento das partes, ânimo de contratar, objeto lícito).

2.3 Definição e classificação dos contratos eletrônicos

Considerando os pressupostos e requisitos gerais à pouco apresentados, é possível, agora, definir o que são contratos eletrônicos. Segundo Peixoto (2001, p. 88),

A expressão contrato eletrônico pode ser entendida como sendo todo o contrato que é celebrado por meio eletrônico. Logo, qualquer negócio jurídico que constituir, modificar ou extinguir direitos celebrado com o uso da tecnologia inerente à transmissão de dados incluídos na categoria de eletrônicos [...], não sendo observada a utilização de suporte físico para a exteriorização da vontade, poderá ser enquadrado na categoria de contrato eletrônico.

Estes dividem-se em diferentes categorias, seguindo a classificação apresentada pela doutrinadora Marisa Delapieve Rossi. São três tipos de contratos eletrônicos: intersistêmicos, interpessoais e interativos, sendo que, somente nesta última modalidade ocorre a relação de consumo propriamente dita.

As duas primeiras são relações jurídicas contratuais reguladas pelo Código Civil Brasileiro e não interessam ao presente estudo. Todavia, para fins de diferenciação, explica-se que as contratações intersistemáticas são aquelas realizadas automaticamente entre computadores, de acordo com a declaração de vontade das partes, após negociações prévias realizadas por elas. A rede será apenas o ponto convergente que sistematiza vontades anteriores. Sua utilização é larga no comércio atacadista.

Os contratos eletrônicos interpessoais, por sua vez, são aqueles nos quais todas as fases da efetivação do contrato são realizadas através da comunicação entre pessoas por meio de um computador. Nas conversas são estabelecidas as normas e regras do contrato, bilateralmente.

Por fim, passa-se à análise do contrato eletrônico interativo. Nesse tipo contratual, existe a comunicação entre uma pessoa e um sistema eletrônico de informações, previamente programado, unilateralmente, para determinado fim. As cláusulas do contrato são estipuladas pelo ofertante, e, via de regra, o aceitante não possui o condão ou de alterá-las (SANTOS; ROSSI, 2000).

Estão fortemente presentes no meio virtual, pois são nestes que se encaixam as vendas de lojas virtuais, acontecendo milhares de vezes ao dia. Através de simples cliques, se demonstra o interesse e ocorre a contratação, que se dará sob a égide do Direito do Consumidor.

3. DIREITO DO CONSUMIDOR

3.1 Breves considerações sobre a origem do Direito do Consumidor na história e do Código de Defesa do Consumidor no Brasil

Compartilhando do mesmo contexto político-social em que nascia a Internet (por volta da metade do século passado), veio o Direito do Consumidor a ser reconhecido como categoria jurídica e ramo de aplicação normativa. A partir das décadas de 50 e 60, com o aumento impressionante das linhas de produção e, conseqüentemente, das macroempresas e produtos, percebeu-se que o consumidor era, na verdade, a parte vulnerável da relação de consumo, ao contrário do antigo entendimento de que estes eram na verdade monarcas do mercado. (DE LUCCA, 2003).

Um dos grandes marcos de sua história é o discurso do então Presidente dos Estados Unidos, John Kennedy, no ano de 1962, no qual foi mencionada ao público, pela primeira vez, a proteção dos consumidores e acesso à direitos básicos de segurança, informação escolha (MIRAGEM, 2012). O tema “defesa do consumidor” era também assunto de debate no continente europeu. Com a criação da Comunidade Econômica Européia, surgiram as diretrizes de publicidade e responsabilidade civil por acidente de consumo, que vieram a inspirar o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro. (ALMEIDA, 2003).

No Brasil, mudanças efetivas passaram a ocorrer a partir de 1978, quando surgiu o PROCON - Grupo Executivo de Proteção e Orientação ao Consumidor de São Paulo. Em âmbito federal, foi criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, por meio do Decreto nº 91.469 em 1985.

Todavia, a grande revolução em termos de direito consumerista, à nível brasileiro, se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual a necessidade de consumir foi reconhecida como prerrogativa para existência digna do ser humano.

Assim, a *magna carta*, já em seu art. 5º, XXXII, preconizou a defesa do consumidor como direito e garantia fundamental. Seguindo-se a este, no art. 24, VIII, foi definida a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre o Direito do Consumidor. Nesta lógica, o art. 170, V do ordenamento estabeleceu a defesa do consumidor como um dos princípios da ordem e atividade econômica nacional. Todavia, foi o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que anunciou a edição de um Código de Defesa do Consumidor.

Através da promulgação da Lei nº 8.078, em 11 de setembro de 1990, tornou-se realidade o Código de Defesa do Consumidor brasileiro. O CDC preocupa-se com a Política Nacional das Relações de Consumo, cujo objetivo maior é o atendimento das necessidades dos consumidores utilizando-se de direitos constitucionais basilares, com a consequente resolução de conflitos de interesse. O Estado passa a ser o mediador da matéria, garantindo proteção aos interesses da parte mais fraca da relação (ALMEIDA, 2003).

3.2 Conceitos e princípios introduzidos pelo Código de Defesa do Consumidor

Um dos aspectos fundamentais do CDC é ter elencado, pela primeira vez, o conceito jurídico de consumidor e fornecedor, bem como o conceito de vulnerabilidade do consumidor como a parte fraca da relação de consumo. Ainda, foi inserido a inversão do ônus da prova em detrimento do fornecedor. Conceituou-se os vícios e defeitos dos produtos e dos serviços e delimitou-se a responsabilidade objetiva à todos os fornecedores participantes da cadeia de consumo.

Com o advento do Código foi possível definir com clareza os sujeitos da relação de consumo, a começar pelo seu artigo 2º, que definiu consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Ainda, equiparou a consumidor “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

O que se entende é que a compra ou contratação de serviço pode ser para uso próprio, familiar ou até para terceiros, desde que não se dê através de revenda, pois a operação de consumo deve encerrar-se no consumidor: é isto que tipifica o destino final. (ALMEIDA, 2003).

À definição de consumidor segue-se, no artigo 3º, a de fornecedor, que engloba mais segmentos que sua precedente. O ordenamento considera fornecedor 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”.

Nunes (2009, p. 86) coloca que “basta que a venda tenha como base a atividade regular ou eventual para que surja a relação de consumo”. Quando há atividade comercial, mesmo que eventual, existe a figura do fornecedor. Assim, as lojas virtuais também poderão ser consideradas como tal, tendo em vista que desenvolvem atividades típicas de fornecimento, porém, em ambiente online.

Os conceitos de produto e serviço também foram definidos no ordenamento em questão. No §1º, consta que “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”, ao passo que, no §2º, tem-se que “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Seguindo a lógica de apresentação e orientação do direito do consumidor ao ordenamento pátrio, veio o Código a definir, em seu segundo capítulo, os princípios que regem as relações de consumo (artigo 4º), bem como os direitos básicos do consumidor (artigo 6º). Ambos possuem papel essencial na proteção dos consumidores.

Ao serem analisados em conjunto com as prerrogativas previstas na *Magna Carta*, é possível elencar-se os principais fundamentos que o direito consumerista deve seguir, no seguinte rol de princípios, deveres e direitos: a) dignidade; b) proteção à vida, saúde e segurança; c) transparência; d) harmonia; e) vulnerabilidade; f) liberdade de escolha; g) intervenção do Estado; h) boa-fé objetiva; i) equilíbrio; j) igualdade nas contratações; l) dever de informar; m) proteção contra publicidade enganosa ou abusiva; n) proibição de práticas abusivas; o) proibição de cláusulas abusivas; p) conservação; r) modificação das cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais; s) revisão; t) prevenção e reparação de danos morais e materiais; u) acesso à justiça; v) adequada e eficaz prestação de serviços públicos e x) responsabilidade solidária.

Todos os princípios apresentados relacionam-se com a proteção do consumidor, independentemente do meio em que ocorre a relação de consumo. Todavia, suas principais ramificações, bem como todos os outros meios com que o Código de Defesa do Consumidor atua para proteger os consumidores virtuais, serão estudados adiante.

4. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR SOBRE OS CONTRATOS ELETRÔNICOS

4.1 O Contrato eletrônico interativo como contrato de adesão

Todos os assuntos mencionados anteriormente vem agora encontrar enlace, com o fim de demonstrar a maneira com que a legislação consumerista pode ser aplicada sobre os contratos eletrônicos. Assim, inicialmente, é preciso entender so-

bre os contratos eletrônicos interativos, já brevemente mencionados na primeira parte do presente trabalho.

É através da contratação eletrônica interativa que são possíveis as compras de produtos e contratações de serviços nas lojas virtuais. Elas acontecem na modalidade de comércio eletrônico *b2c* (negócio-a-consumidor) e resultam em verdadeiras relações de consumo, abarcadas pela legislação de defesa do consumidor, porém, havidas em ambientes virtuais.

Segundo Garcia (2004, <<http://jus.com.br/revista/texto/4992>>),

Trata-se da categoria mais comum de contratos eletrônicos, onde, de um lado, há uma pessoa desejosa em celebrar um determinado negócio jurídico, e, do outro, um equipamento de informática, previamente preparado para disponibilizar produtos e/ou serviços a todos que estiverem conectados à rede de computadores. É mister observar que a preparação do sistema computacional, que figurará em um dos pólos da futura relação jurídica, é feita num momento anterior, por uma pessoa, que estabelecerá, em seu computador, regras, condições e procedimentos para a contratação. Em geral, quando da efetiva celebração do contrato, feita entre uma pessoa interessada e o sistema eletrônico programado, a parte responsável por este último não terá ciência imediata de que o negócio jurídico for firmado.

Nos contratos eletrônicos interativos, o contratante (consumidor) não tem acesso às cláusulas e condições do negócio, que são estabelecidas de maneira prévia pelo fornecedor (contratado). Não pode modificá-las ou discuti-las, cabendo ao mesmo apenas aceitá-las ou não. É esta característica de unilateralidade que faz com que a doutrina entenda os contratos eletrônicos interativos como típicos contratos de adesão, podendo-se nomeá-los como contratos de adesão eletrônica.

Cláudia Lima Marques define os contratos de adesão, em sua maneira típica:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor) *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito.

Pode-se destacar como características do contrato de adesão: 1) a sua pré-elaboração unilateral; 2) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; 3) seu modo de aceitação, onde o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual. (MARQUES, 2005, p. 45).

Nos contratos de adesão celebrados via Internet o que se dá é o “fenômeno puro e simples da adesão ao contrato pensado e decidido unilateralmente pelo fornecedor” (NUNES, 2009, p. 619). Estes contratos são válidos, mesmo que o consumidor não leia seu conteúdo, pois houve consentimento expresso ao dar o seu aceite (clique no botão de “aceito” “confirma”, entre outros). Somente serão inválidos quando houver condição que afete a proteção contratual do consumidor, conforme se verá adiante.

4.2 Aplicação do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor aos contratos eletrônicos de adesão

Ao aprofundar-se no estudo sobre contratos de adesão, cabe mencionar que “a legislação consumerista de 1990 foi a primeira no Brasil a definir contrato de adesão, por serem estes típicos da sociedade de consumo” (NUNES, 2009, p. 618). O Código Civil Brasileiro de 2002 também fez menção a estes, em seus artigos 423 e 424. Todavia, dos contratos de adesão de ordem civil, não resulta relação de consumo, motivo pelo qual não serão aqui abordados. No Código de Defesa do Consumidor, estão previstos no artigo 54, que possui quatro parágrafos (tratados abaixo):

SEÇÃO

III

Dos Contratos de Adesão

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

O parágrafo primeiro (art. 54, § 1º) trata da inserção de cláusula no formulário. A lei ainda fala em uso de formulários, típicos da época em que não utilizava-se microcomputadores. Todavia, a intenção da norma é clara: ainda que sejam inseridas cláusulas novas no contrato de adesão que estava previamente definido, este fato não desfigura sua característica de adesão. (NUNES, 2009). Nos contratos eletrônicos de adesão, a inserção de novas cláusulas é extrema exceção, vez que a gritante maioria dos contratos é simplesmente aceita ou não pelo consumidor, tendo em vista que estes prezam pela sua celeridade.

No §2º do artigo 54 fala-se na cláusula resolutória, que não traz margem a erro: é direito exclusivo do consumidor a decisão de pôr ou não fim ao contrato. Assim, nos contratos eletrônicos de adesão, o consumidor poderá escolher se quer ou não continuar na relação jurídica. Caso decida encerrá-la, poderá simplesmente deixar

de realizar o pagamento do produto ou serviço contratado, sem que isto acarrete em prejuízo ao mesmo. “[...] A norma ressalva os direitos do consumidor estabelecido no §2º do art. 53, isto é, a devolução das quantias pagas, descontados eventuais prejuízos e vantagens” (NUNES, 2009, p. 621).

Dando continuidade, fala-se nas normas relativas às características da redação do contrato de adesão, contidas nos §3º e §4º do artigo 54, extremamente importantes nos contratos de adesão online, vez que os consumidores virtuais tem direito à entender inteiro teor, sentido e alcance do contrato ao qual estão aderindo.

Quando fala-se na utilização de “termos claros” nos contratos, o que se pretende é evitar o uso de linguagem demasiadamente técnica. Os termos do contrato deverão ser passíveis de entendimento pelo consumidor leigo, não podendo o fornecedor informar dados imprecisos ou usar vocábulos genéricos, termos vagos ou ambíguos.

Já o termo “Caracteres ostensivos” dirige-se àqueles contratos redigidos em tipografias minúsculas e difíceis de serem lidas à olho nu, que geralmente “escondem” ou “camuflam” informações importantes do contrato. A cláusula redigida desta forma não tem qualquer validade, diante o descumprimento pela contratada da obrigação legal de dar destaque às limitações do direito do consumidor.

A utilização de “Caracteres legíveis” dirige-se especialmente a informações manuscritas ou apagadas. Nos contratos de adesão online, poderá ocorrer a utilização de caracteres ilegíveis quando o fornecedor usar uma fonte de tipografia que não possa ser interpretada na língua comum do consumidor, quando tratar-se de contratos havidos entre fornecedor e consumidor brasileiros.

Cumpra salientar que, em relação aos caracteres ostensivos e legíveis, sua redação não deverá nunca ser realizada com fonte de tamanho inferior a 12 (doze).

Ainda, fala-se no destaque do §4º do artigo 54. Isto é: do destaque que deverá ser conferido às cláusulas que limitem o direito do consumidor, de modo que seja permitida sua imediata e fácil compreensão, como condição de validade do contrato de adesão. Conforme Nunes (2009, p. 625), “para ter destaque, então, o vocábulo, a frase, a imagem, etc., tem de se destacar claramente do contexto, como se fora um grande outdoor iluminado num local escuro”.

Por fim, importante falar na menção ao “contrato escrito”, prevista na redação do §3º do artigo em comento. Entende-se que “as regras dos parágrafos do artigo 53 dirigem-se primordialmente aos contratos escritos, mas todas as regras da Lei nº 8.078, sem exceção, aplicam-se a todo tipo de contrato, seja escrito ou verbal” (NUNES, 2009, p. 626). Isto é: também valem para os contratos havidos em ambiente virtual.

4.3 Princípios da proteção contratual do consumidor

A legislação consumerista é uma lei principiológica, aplicável à todas relações de consumo, independente do meio em que estejam sendo praticadas. É nesta “brecha” que “entra” o meio virtual: os princípios da lei consumerista abraçam as relações de consumo ocorridas na Internet através dos contratos de adesão eletrônicos.

Assim, analisar-se-á a maneira com que a proteção contratual do consumidor em contratos eletrônicos pode ser feita quase que exclusivamente através da simples aplicação principiológica desta legislação, indo além daqueles dispositivos (artigos 46 à 50 do Código de Defesa do Consumidor) que preveem de maneira geral tal protecionismo.

Menciona-se, para tal, os princípios basilares da conservação, equivalência, igualdade, cooperação, cuidado, protecionismo, boa-fé objetiva (confiança), informação e vulnerabilidade. Os três últimos são considerados, pela doutrina (à citar-se Fábio Ulhoa Coelho e Cláudia Lima Marques) como os basilares e mais importantes no comércio eletrônico.

A começar-se pelo princípio da conservação, pelo qual as cláusulas do contrato que estabeleçam prestações desproporcionais ao consumidor serão revisadas, modificadas ou declaradas nulas, sem extinguir-se a totalidade do contrato, mantendo-o em vigência. Basta que o contrato seja excessivamente oneroso ao consumidor para que este tenha direito à revisão de fatos posteriores ao pacto.

Equivalência, por sua vez, é a prerrogativa que pretende estabelecer o melhor equilíbrio contratual possível, visto que o consumidor é a parte mais fraca da relação, principalmente no que tange as prestações e contraprestações entre as partes e o objeto do contrato. Sua violação pode incorrer em nulidade da cláusula contratual.

Igualdade é o tratamento que o fornecedor deve dar aos consumidores, não os diferenciando entre si, oferecendo as mesmas condições a todos, à exceção daquelas pessoas que a própria Constituição Federal já dá tratamento diferenciado.

Dever de cooperação e cuidado também devem integrar os contratos consumeristas, no sentido de colaborar para que o contrato atinja o fim pelo qual foi firmado. Assim, vai contra tal princípio ação do fornecedor que gere dificuldades para que o consumidor tenha acesso ao que está sendo ofertado.

“Cuidado” é o dever que se relaciona com a segurança das partes, seja esta moral, patrimonial ou física, a fim de não resultar o contrato em danos indenizáveis.

O princípio de protecionismo visa à proteção e defesa dos consumidores acima de tudo. Nos contratos, é dizer que, em toda a cláusula em que houver dúvida (cláusulas ambíguas, vagas ou contraditórias) ou falta de esclarecimento, a interpretação será favorável ao consumidor.

Por último, vem-se listar os princípios da boa-fé, informação e vulnerabilidade do consumidor, diante de sua atenção e aplicação especial no comércio eletrônico.

O princípio da boa-fé está sedimentado no Código de Defesa do Consumidor em vários dispositivos, em especial nos artigos 4º, III e 51, VI. Deve ser interpretada como cláusula geral (condição para as demais) e princípio. É objetiva, pois trata-se de "regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo" (NUNES, 2009, p. 605).

Nos contratos eletrônicos, a boa-fé é basilar, tendo em vista que dificilmente consumidor e fornecedor irão conhecer-se, não podendo o consumidor saber da índole da pessoa que está por trás do estabelecimento virtual, por exemplo. Relaciona-se com a segurança do consumidor, quando este passar suas informações pessoais para o fornecedor, por exemplo. O fornecedor não poderá vazar dados sigilosos, tais como número do cartão de crédito ou cadastro de pessoas físicas do comprador. Também deve ter a boa-fé de enviar o produto adquirido ou prestar o serviço contratado após o recebimento do pagamento.

Ao falar-se em confiança, embora esta não esteja positivada na lei consumerista, temos que esta decorre dos princípios da boa-fé e transparência.

Confiança é chave para o desenvolvimento do comércio eletrônico. Para se firmar como alternativa de consumo, ele deve inspirar credibilidade. Muitos ainda desconfiam da compra virtual. Temem informar o número do cartão de crédito e vê-lo clonado (embora não se incomodem de entregar o mesmo cartão para o garçom em qualquer boteco ou para o frentista, em qualquer posto de abastecimento); receiam por sua privacidade (malgrado não consigam dizer claramente onde está o risco); intimidam-se com o excesso de tecnologia (e mal percebem, de pronto, as facilidades que ela proporciona). (COELHO, 2006, <<http://www.ulhoacoelho.com.br/site/pt/artigos/doutrina/54-direitos-do-consumidor-no-comercio-eletronico.html>>).

Ainda, Fábio Ulhoa Coelho aponta a confiança como meio de consolidar o hábito do consumo eletrônico. Assim, o estabelecimento virtual, seja qual for, deve inspirar credibilidade, que, por sua vez, só pode existir quando há transparência na relação de consumo.

Chega-se, então, no princípio da transparência e no dever de informar. Este último é a obrigação do fornecedor de prestar toda e qualquer informação acerca do produto ou serviço que está sendo objeto de contrato: suas falhas, defeitos, preço, riscos, qualidade, (entre outros). Isto engloba também a publicidade da oferta, na fase pré-contratual. A transparência, por sua vez, pode ser resumida como a obriga-

ção do fornecedor em conceder ao consumidor a oportunidade de conhecer o conteúdo do contrato antes de assumir qualquer obrigação.

A doutrina chegou ao consenso de que, ao celebrar contrato eletrônico, o consumidor deve ter acesso a (pelo menos) informações que permitam identificar o fornecedor (CNPJ, razão social, telefones para contato e nome dos responsáveis pelo estabelecimento virtual); ter descritas as características essenciais do produto (tamanho exato, peso, dimensões, cores, se corresponde ao produto exibido na imagem ou vídeo) e do serviço (como, quando e por quem será realizado); preço do bem e modalidades de pagamento (se há desconto no pagamento à vista, possibilidade de parcelamento no cartão de crédito, aplicação de juros no caso de parcelamento); gastos com a entrega (especificação das maneiras de envio, seja por correios ou transportadora, entre outros); como operar o direito de arrependimento.

Todas essas informações são necessárias face ao princípio da vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor, que se torna ainda mais frágil no comércio eletrônico. Cláudia Lima Marques, citada por Fábio Ulhoa Coelho (COELHO, 2006, <<http://www.ulhoacoelho.com.br/site/pt/artigos/doutrina/54-direitos-do-consumidor-no-comercio-eletronico.html>>) entende que a vulnerabilidade do consumidor na Internet aumenta, apesar da mesma trazer uma aparência de liberdade diante sua ausência de fronteiras. Afirma que a capacidade de controle do consumidor é diminuída, pois ao mesmo só é escolhido mostrar aquilo que interessa aos fornecedores. Aduz que não é possível identificar de maneira objetiva simulações e fraudes, bem como não é respeitado seu dever de informação (que muitos nem sabem possuir).

A hipossuficiência se relaciona à capacidade econômica e técnica do consumidor, que, via de regra, é inferior à do fornecedor.

4.4 Aplicação do Código de Defesa do Consumidor sobre as cláusulas abusivas dos contratos eletrônicos de adesão

Passa-se, agora, a analisar a presença de cláusulas abusivas nos contratos eletrônicos de consumo. É de conhecimento geral que os consumidores *online* estão mais propícios a “concordarem” com contratos de adesão sob os quais incidem cláusulas abusivas, isto porque a grande maioria dos consumidores tende a dar “menos peso” para as transações realizadas virtualmente.

Conforme Nunes (2009, p. 659), cláusulas abusivas serão todas aquelas cláusulas que atribuem vantagens excessivas ao fornecedor, o que acarreta, em contrapartida, na onerosidade exagerada do consumidor e desequilíbrio contratual da relação de consumo (veja-se que o desequilíbrio fático já ocorre, justamente por o consumidor ser a parte fraca da relação de consumo).

No Código de Defesa do Consumidor, há uma relação exemplificativa (veja-se bem: não trata-se de um rol taxativo) de tais cláusulas, no artigo 51 do ordenamento. Desta lista, serão estudadas só as cláusulas que são encontradas com maior ocorrência nos contratos eletrônicos.

Quando existirem, as cláusulas abusivas serão nulas de pleno direito, conforme exposto no *caput* do presente artigo. “Não há que se falar em cláusula abusiva que se possa validar: ela sempre nasce nula, [...] foi escrita e posta no contrato, mas é nula desde sempre” (NUNES, 2009, p. 655). Também são imprescritíveis, tendo em vista sua nulidade absoluta.

Fala-se, inicialmente, na cláusula de não indenizar (artigo 51, I): O fornecedor não pode ser exonerado de sua responsabilidade em indenizar os vícios de qualquer natureza e defeitos de qualidade do objeto contratado. A proibição absoluta do artigo refere-se aos vícios e defeitos dos produtos ou serviços, que deverão ser sempre sanados pelo fornecedor, não podendo ser estipulada cláusula que atenuar, renuncie ou disponha da responsabilidade do mesmo. São assim, abusivas,

[...] as cláusulas que desoneram o fornecedor de responder por sua inadimplência contratual, como o atraso na entrega do produto, a renúncia do consumidor por valor adiantado, a obrigação de o consumidor adimplir sem que o fornecedor o tenha feito, etc. (NUNES, 2009, p. 661).

A proibição relativa diz respeito à indenização que poderá ser limitada em situações justificáveis, sendo aplicada quando se trata de consumidor pessoa jurídica, pois são operações fora do padrão regular de consumo e geralmente assistidas por assessoria jurídica de ambas partes.

O artigo 51, II, fala do impedimento de reembolso, relacionando-se a dispositivos que impeçam ou subtraíam do consumidor o reembolso de quantia já paga, em caso de rescisão do contrato. Nos contratos eletrônicos de adesão, é comum o consumidor encontrar extrema dificuldade em adimplir tal Direito, tendo em vista que muitos estabelecimentos virtuais estipulam em seus contratos que o consumidor faça a troca de um produto ou serviço por outro disponível em sua loja, não possibilitando o reembolso do valor pago, o que é reputadamente abusivo.

O inciso III do artigo em tela fala da transferência de responsabilidade a terceiros, isto é: o fornecedor é o responsável pelo fato e pelo vício do produto ou serviço, e cláusula contratual não tem o condão de eximi-lo por meio da transferência a terceiros que não fazem parte da relação de consumo. É importante observar que os grandes portais de venda virtual (como o Mercado Livre), em que pessoa física

vende ou fornece serviços à pessoa física, há a responsabilização também do portal, em caso de responsabilidade pelo fato ou vício do produto.

No inciso IV, fala-se, então, das cláusulas iníquas (injustas, contrárias à equidade) e abusivas (que não conduzam com valores morais e sociais), resultando na desvantagem excessiva do consumidor. Neste dispositivo enquadram-se as cláusulas, encontradas nos contratos de adesão eletrônicos, que obrigam o consumidor a litigar no juízo determinado pelo fornecedor, bem como os dispositivos que permitam a alteração unilateral das cláusulas pelo fornecedor, sem que o contraente, após a adesão ao contrato eletrônico, possa manifestar concordância sobre a modificação. Aqui, cabe relembrar o princípio da boa-fé objetiva à pouco estudado. A equidade, por sua vez, relaciona-se com a igualdade contratual e equilíbrio das partes na relação obrigacional.

O ônus da prova, previsto no inciso VI do artigo 51, quer dizer que não pode ser estipulada cláusula que inverta o ônus da prova em prejuízo do consumidor. O consumidor deve provar seu dano e o nexo de causalidade entre este e o produto/serviço adquirido, ao passo que o fornecedor deve provar fato impeditivo, modificativo ou extinto do direito do consumidor. Isto é: deve provar que não colocou o produto no mercado, ou que não existia vício, ou, ainda, que a culpa foi exclusiva do consumidor (BONATTO, 2001, p. 59).

Passa-se, então, ao inciso X, no qual é tratada a variação unilateral de preço, também encontrada nos contratos eletrônicos interativos. Cláusulas que permitam ao fornecedor mudar (aumentar) o preço e condições do contrato serão abusivas. Isso também diz respeito aos índices de correção monetária: o fornecedor não pode escolher o “maior” índice de reajuste disponível, daí porque se fala em variação direta ou indireta do preço.

Em seguida se fala do contido no inciso XIII, qual seja, a cláusula de modificação unilateral do contrato. Esta também é encontrável nos contratos eletrônicos de adesão, sendo sancionada a conduta do fornecedor de modificar unilateralmente o conteúdo ou qualidade de contrato já aderido pelo consumidor, pois é necessária a vontade e o consentimento de ambos para que isto se materialize.

No inciso XIV do artigo 51 encontra-se a preocupação do legislador não só com a parte hipossuficiente da relação de consumo, mas também com o meio ambiente. Os contratos de adesão eletrônicos são bons exemplos do cumprimento desta cláusula, vez que, geralmente, não são impressos em papel, contribuindo para a preservação ambiental.

A desconformidade com o sistema protetivo, no inciso XV, diz respeito à proteção do consumidor, que deve se dar de maneira integral, não permitindo, nos contratos, cláusulas que estejam em desacordo com este sistema. Engloba-se, no

termo “sistema”, todas as normas de proteção ao consumidor, não só aquelas previstas na Lei 8.078/1990.

Em relação aos parágrafos do artigo 51, irá mencionar-se somente seus dois iniciais. O §1º possui três incisos e se dedica a explicar os casos em que se presume exagerada a vantagem do fornecedor. A redação do primeiro inciso (art. 51, §1º, I) deste parágrafo “ensina que é exagerada a vantagem que ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence” (NUNES, 2009, p. 666). Ou seja, qualquer cláusula, nos contratos de adesão eletrônicos, que violar os princípios da lei consumerista (já mencionados) poderá ser considerada abusiva.

O segundo inciso do parágrafo primeiro (art. 51, §1º, II) fala em ameaça do objeto ou do equilíbrio contratual. Esta dependerá da análise em seu caso concreto.

No terceiro inciso (art. 51, §1º, III) fala-se em onerosidade excessiva, que, no caso concreto, poderá ser posterior ao fechamento do pacto, em razão de fatos supervenientes. Nesta situação, pode ocorrer a declaração da nulidade ou a revisão da cláusula contratual e de seus efeitos, para corrigir o desvio.

O segundo parágrafo do artigo (art. 51, §2º) em comento fala na conservação do contrato, que relaciona-se diretamente com o princípio da conservação. Assim, a revisão dos contratos de adesão é alternativa de manutenção da relação estabelecida, podendo serem modificadas as cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais. Assim, será mantido o contrato.

Como maneira de encerramento deste subcapítulo, importante discorrer sobre como, no caso concreto, ocorrem abusividades em contratos de adesão eletrônicos e o que se pode fazer para resolvê-las. Para isso, cita-se o caso ocorrido na metade do ano de 2011, envolvendo o contrato de adesão do portal Mercado Livre, utilizado por milhares de brasileiros para comprar e vender produtos e serviços, funcionando como espécie de “balão” do comércio eletrônico. No fato, o Ministério Público do Estado do Rio De Janeiro propôs Ação Civil Pública na qual foi obtida liminar que declarou nulas as cláusulas abusivas dos contratos de adesão a esta página, conforme notícia contida no *site* do Ministério Público do Rio de Janeiro.

As cláusulas que foram anuladas determinavam que a empresa Mercado Livre não possuía nenhuma responsabilidade pelos negócios jurídicos realizados através de seu site, tampouco pela existência de vícios de fato nos produtos e serviços oferecidos. Também não davam lugar ao direito de arrependimento, estipulando a oferta de compra como irrevogável, entre outras cláusulas reputadamente abusivas.

Nessa situação, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor foi suficiente para dirimir a lide. Todavia, na época do caso em comento, ainda não se dispunha do Decreto 7.962/2013, que veio à complementar o Código de Defesa do Consumidor no que tange ao comércio eletrônico, conforme se estudará no próximo tópico.

4.5 O Decreto 7.962/2013 e as inovações nas regras para o comércio eletrônico

O motivo pelo qual foram apenas superficialmente abordados tópicos como o direito de arrependimento, bem sobre como poderia se efetivar o direito à informação clara e o atendimento facilitado ao consumidor no meio eletrônico é simples: em 15 de março do corrente ano de 2013 foi sancionado, pela então Presidenta da República Dilma Rousseff, o Decreto nº 7.962, que regulamenta a Lei nº 8.078/1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Este entrou em vigor dia 15 de maio de 2013, quando começaram a valer as “novas” regras para as contratações virtuais.

O decreto em comento veio à regulamentar a legislação consumerista no que tange ao comércio eletrônico, buscando complementar o ordenamento principiológico já existente, não revogando nenhuma regra do código consumerista.

No artigo inaugural (e seus incisos), consta que este irá regulamentar a Lei 8.078/1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico, abrangendo os seguintes aspectos: informações claras a respeito do produto, serviço e fornecedor; atendimento facilitado ao consumidor; e respeito ao direito de arrependimento.

Em seu segundo artigo, um dos mais importantes do ordenamento, fala-se sobre as informações que deverão ser disponibilizadas aos consumidores em meio eletrônico:

Art. 2º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações:

I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda;

II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato;

III - características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores;

IV - discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros;

V - condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e

VI - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.

Ali incidem claramente o princípio basilar da informação (transparência) no comércio eletrônico. O decreto fala em “devem” disponibilizar, ou seja: não é opção do fornecedor dar o acesso a essas informações. No Código de Defesa do Consumidor o dever de informar era apresentado de maneira generalizada, aplicável à todas relações de consumo. Agora, no Decreto 7.962/2013, fala-se em informações específicas para o comércio eletrônico, que devem sempre estar destacadas. A falta de qualquer uma ensejará dano ao direito do consumidor.

Também menciona-se o “local de destaque” e a “fácil visualização”. Local de destaque, então, não é dentro de uma subpágina do site à qual o consumidor só poderá chegar ao clicar em determinado link: as informações mínimas deverão ser estáticas na página, por exemplo: deverão encontrar-se no topo da página, que geralmente é o primeiro lugar visualizado pelo consumidor que faz compras no meio online. Fácil visualização, por sua vez, é não utilizar fontes tipográficas de tamanhos pequenos para repassar tais informações. De preferência, que sejam escritas em cor ou fonte diferente, para que o consumidor, ao procurá-las, encontre-as facilmente.

O artigo 3º do Decreto relaciona-se especialmente com as compras coletivas. Neles são disponibilizados aos usuários cadastrados no site ofertas periódicas de produtos ou serviços de empresas parceiras dos sites. Sua utilização é atrativa para os consumidores pois a organização de grupos de compras gera uma grande demanda, que permite às empresas reduzir os preços.

No artigo quarto, também extremamente importante, estão elencados os meios pelo qual deverá ser garantido o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico.

Art. 4º Para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, o fornecedor deverá:

- I - apresentar sumário do contrato antes da contratação, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, enfatizadas as cláusulas que limitem direitos;
- II - fornecer ferramentas eficazes ao consumidor para identificação e correção imediata de erros ocorridos nas etapas anteriores à finalização da contratação;
- III - confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta;
- IV - disponibilizar o contrato ao consumidor em meio que permita sua conservação e reprodução, imediatamente após a contratação;
- V - manter serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico, que possibilite ao consumidor a resolução de demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato;

VI - confirmar imediatamente o recebimento das demandas do consumidor referidas no inciso, pelo mesmo meio empregado pelo consumidor; e

VII - utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor.

Parágrafo único. A manifestação do fornecedor às demandas previstas no inciso V do **caput** será encaminhada em até cinco dias ao consumidor.

Esse regramento, ao falar sobre contratos eletrônicos, trouxe grande avanço ao direito do consumidor. Agora, deverá ser apresentado pelo menos sumário do contrato de adesão antes da contratação, com as cláusulas mais importantes (àquelas que limitam direitos) de maneira destacada. Importante falar que o contrato deverá ser disponibilizado ao consumidor em meio que permita sua conservação e reprodução, imediatamente após a contratação. Assim, o fornecedor deve também disponibilizar o contrato, podendo realizar isto de várias maneiras (e-mail, correio tradicional, através do perfil do cadastro do consumidor no site, etc.).

Também, deverão ser fornecidas ferramentas eficazes que permitam (em fácil acesso) a resolução de demandas, bem como a comunicação de dúvidas, reclamações, suspensão ou cancelamento do contrato. O regramento traz outra grandiosa novidade no que cinge ao prazo para responder a manifestação do fornecedor, que deverá ser de até cinco dias.

Chega-se, finalmente, ao exercício do direito de arrependimento pelo consumidor que contratou através do comércio eletrônico:

Art. 5º O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor.

§ 1º O consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados.

§ 2º O exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor.

§ 3º O exercício do direito de arrependimento será comunicado imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, para que:

I - a transação não seja lançada na fatura do consumidor; ou

II - seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura já tenha sido realizado.

§ 4º O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação imediata do recebimento da manifestação de arrependimento.

Antes de mais nada, cumpre-se relembrar o artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, que fala sobre o mesmo assunto. Nele consta que o “consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio (...)”.

Da análise, percebe-se que ambos estão harmonizados, pois o aspecto relevante das duas normas é a proteção do consumidor, assim, disponibiliza-se a ele o que a doutrina chama de “prazo de reflexão”. Basta a pura e objetiva desistência do consumidor para que se possa exercer o direito de arrependimento no comércio eletrônico.

Considerando-se que o Decreto 7.962/2013 não mencionou prazo específico, o que se pode entender é que o prazo de 7 dias do artigo 49 (CDC) continua valendo. Este prazo é um mínimo legal e nada impede que o fornecedor o amplie, levando em conta a tramitação que envolve o comércio eletrônico. “Se isso foi feito, passa a valer, então, como prazo de reflexão aquele garantido na oferta do vendedor” (NUNES, 2009, p. 646).

A manifestação de sua desistência, conforme Nunes, deverá ser objetiva, tendo em vista que a lei não obriga nenhuma maneira específica de manifestá-la. Assim, o consumidor poderá comunicar o fornecedor através de qualquer meio hábil de comunicação (telefone, Internet, e-mail, etc.), dentro do prazo mínimo de 7 dias.

Ainda, o artigo 6º do Decreto em comento diz:

Art. 6º As contratações no comércio eletrônico deverão observar o cumprimento das condições da oferta, com a entrega dos produtos e serviços contratados, observados prazos, quantidade, qualidade e adequação.

Aqui, é importante relembrar o artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor: a oferta vincula o fornecedor. Assim, a oferta deverá ser suficientemente precisa de modo a traduzir exatamente o que está sendo ofertado, sem publicidades enganosas e abusivas. “Oferecida a mensagem, fica o fornecedor a ela vinculado, podendo o consumidor exigir seu cumprimento forçado” (NUNES, 2009, p. 416).

O fornecedor do comércio eletrônico deverá cumprir com aquilo que oferece, seja prazo, quantidade, qualidade e adequação (isto é: o produto anunciado deve corresponder ao produto real).

Por último, fala-se no artigo 7º do Decreto 7.962/2013, que prevê a aplicação das sanções do artigo 56 da lei consumerista: “Art. 7º A inobservância das condutas descritas neste Decreto ensejará aplicação das sanções previstas no art. 56 da Lei nº 8.078, de 1990”. Este artigo também deverá ser analisado em conjunto com o re-

gramento do Código de Defesa do Consumidor, pois irão aplicar-se as sanções do artigo 56 de tal ordenamento (tais quais: multa, cassação do registro, suspensão temporária de atividade, imposição de contrapropaganda, entre outros).

Tendo em vista que o Decreto foi sancionado durante a produção do presente trabalho, ainda não se possui estatísticas reais das mudanças que ele representa. Porém, o que se pode afirmar é que, apesar do Código de Defesa do Consumidor estar suficientemente regrado para dirimir questões relativas ao comércio eletrônico, há muito existia a necessidade de um ordenamento mais preciso, com regramentos específicos e que atendesse às necessidades especiais do meio eletrônico.

5. CONCLUSÃO

Através do presente trabalho, tornou-se possível analisar o direito do consumidor pela ótica do consumidor virtual, seus detalhes, especialidades e características. Inicialmente procurou-se entender sobre os contextos de surgimento da Internet e do Direito do Consumidor como um todo, para, depois, passar-se a discorrer sobre como estes dois unem-se na proteção dos consumidores virtuais.

Termina-se o estudo com a feliz sensação de que, a cada dia que passa, os consumidores brasileiros buscam e refletem mais sobre sua situação de cidadãos de direitos que devem ser respeitados religiosamente pelos fornecedores.

Conclui-se, também, que o ordenamento jurídico brasileiro está suficientemente equipado para atender as relações de consumo formadas através dos contratos de adesão celebrados em meio eletrônico entre consumidores e fornecedores, seja através da simples aplicação de princípios, através da utilização do Código de Defesa do Consumidor sobre as cláusulas abusivas destes contratos ou, ainda, através de regra contida no Decreto 7.962/2013.

Pensa-se que, talvez, o papel final do direito consumerista seja inverter os pólos da relação de consumo, passando os consumidores a serem, reconhecidamente, sua parte mais forte.

6. REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Contrato de adesão no novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 8, n. 64, 1 abr. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3914>>. Acesso em: 21 maio 2013.

- ALMEIDA, João Batista de. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ANDRADE, Thiago de Oliveira. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos na internet. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 13, n. 76, maio 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7843>. Acesso em: 25 de maio de 2013.
- BERENGUER, Alexandre Vianna. Os contratos eletrônicos como relação de consumo. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 14, n. 2206, 16 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13164>>. Acesso em: 21 maio 2013.
- BONATTO, Cláudio. *Cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- BORGES, Frederico Alencar Monteiro. Contratos telemáticos: pontos controversos e os direitos do consumidor. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 18, n. 3532. 3 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23853>>. Acesso em: 21 maio 2013.
- BRASIL. *Código Civil (2002)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Código de Defesa Do Consumidor (1990)*. Lei 8.078 de 11/09/90. Brasília: Diário Oficial da União, 1990.
- _____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- _____. *Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013*. Regulamenta a Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Brasília: Diário Oficial da União, 15.03.2013.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Direitos do consumidor no comércio eletrônico. *Revista AASP*, n. 89. 2006. Disponível em: <<http://www.ulhoacoelho.com.br/site/pt/artigos/doutrina/54-direitos-do-consumidor-no-comercio-eletronico.html>>. Acesso em: 14 maio 2013.
- CORREA, Gustavo Testa. *Aspectos jurídicos da internet*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DE LUCCA, Newton. *Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DIAS, Jean Carlos. *Direito contratual no ambiente virtual*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.
- E-BIT. *Faturamento Anual do E-commerce no Brasil*. Disponível em: <<http://www.e-commerce.org.br/stats.php>>. Acesso em: 14 mar. 2013.

- GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. Da validade jurídica dos contratos eletrônicos. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 9, n. 264, 28 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4992>>. Acesso em: 21 maio 2013.
- GONÇALVES, Vinicius de Almeida. Algumas observações sobre a proteção ao consumidor em contratos online. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 18, n. 3480, 10 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23416>>. Acesso em: 21 maio 2013.
- LEINER, Barry M. et al. *Breve história da Internet*. 2012. Disponível em: <<http://www.aisa.com.br/historia.html#origem>>. Acesso em: 25 out. 2012.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MENDES, Marcos. O Comércio Eletrônico no Brasil. *Revista Científica da Universidade Federal do Pará*. 2008. Disponível em: <http://www2.ufpa.br/rcientifica/artigos_cientificos/ed_08/pdf/marcos_mendes3.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2012.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- NUNES, Luis Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PAOLIELLO, Cláudio de Mello; FURTADO, Antônio Luz. *Sistemas de Informação para Comércio Eletrônico*. 2004. Disponível em: <ftp://ftp.inf.puc-rio.br/pub/docs/techreports/04_27_paoliello.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2012.
- PEDRON, Flávio Barbosa Q.; CAFFARATE, Viviane M. Evolução Histórica do Direito do Consumidor. *Revista Jus Navigandi*. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/687/evolucao-historica-do-direito-do-consumidor>>. Acesso em: 20 out. 2012.
- PEIXOTO, Rodney de. *O Comércio eletrônico e os contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- RAMOS, Victor de Moraes. A validade dos contratos celebrados pela Internet (Contratos Eletrônicos). *Revista do curso de direito UNIFACS*. n. 105, 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/539/384>>. Acesso em: 30 nov. 2012.
- SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 9, n. 36, p. 105-129, out./dez., 2000.

- SILVA, Karine Behrens da. Proteção do consumidor no comércio eletrônico. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 16, n. 2814, 16 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18701>>. Acesso em: 21 maio 2013.
- SILVA, Rodrigo Brum. Considerações sobre Código de Defesa do Consumidor e seus principais princípios. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 17, n. 3315, 29 jul. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22208>>. Acesso em: 12 maio 2013.
- SOUZA, Vinicius Roberto Prioli de. Formação, pressupostos e a classificação dos contratos eletrônicos. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 12, n. 67, ago. 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6395>. Acesso em: 21 maio 2013.
- VANCIM, Adriano Roberto. O Contrato Eletrônico no Limiar do Século XXI. Artigos jurídicos. v.5, n. 62, 2009. Disponível em: <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/0112009.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2012.
- VEDOVATE, Ligia Lillian Vergo. Contratos Eletrônicos. *Revista Intertem@s*. v. 10, n. 10, 2005. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewArticle/331>>. Acesso em: 30 nov. 2012.
- WU, Tim. *Impérios da comunicação*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

LIMITES AO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ QUANTO À VALORAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

Raphaela dos Santos⁵⁵

Aline Burin Cella⁵⁶

RESUMO

O sistema de formação de convicção do magistrado é tema polêmico e controverso no mundo jurídico, porquanto é o livre convencimento motivado ou da chamada persuasão racional, atual sistema adotado pelo Código de Processo Civil brasileiro, que garante ao magistrado a liberdade de análise e decisão no caso concreto.

O presente estudo trata do livre convencimento do juiz e seus possíveis limites quanto à valoração da prova no processo civil, onde serão tratados aspectos gerais como: jurisdição estatal e a atuação do magistrado diante das funções a ele atinentes, frente à Constituição da República Federativa do Brasil, como forma de compreender o papel fundamental do juiz como aquele que exerce diretamente a atividade estatal.

Objeto central deste trabalho é analisar o poder de instrução do magistrado e seu juízo de ponderação diante dos princípios constitucionais das partes e, em vista disso, buscar-se-á compreender a importância do direito à prova, bem como o meio de analisar as disposições acerca da importância do devido processo legal, diante das garantias de ampla defesa e do direito ao contraditório.

Ainda, procurar-se-á responder relevante e comum questionamento acerca da celeridade e eficácia processual, perguntando-se se a aplicação do livre convenci-

55 Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Pós-graduanda em Direito Previdenciário pela Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul. Assessora de Juiz de Direito. E-mail: raphaelasantos@tj.rs.gov.br

56 Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professora dos Cursos de Graduação e Pós-graduação da UNISC, advogada. E-mail: alinecella@unisc.br

mento do juiz no exercício da atividade estatal tornaria o processo mais célere e eficaz, e a partir deste questionamento, abordar-se-á a eficácia e celeridade do processo diante de tantas etapas processuais, muitas vezes inibidas pelo magistrado.

Por fim, concluir-se-á que os limites ao livre convencimento do juiz quanto à valoração da prova e análise do caso concreto no processo civil será a própria preservação do contraditório efetivo e equilibrado, para que a iniciativa e liberdade do magistrado em nada prejudique a imparcialidade que o julgador deve ter.

Para atingir o objetivo do presente trabalho, utilizou-se o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento hermenêutico.

Palavras chave: livre convencimento motivado; jurisdição; provas; poder de instrução do juiz; valoração.

1. INTRODUÇÃO

Dentro do Estado Democrático de Direito que estamos inseridos o juiz é visto como gestor da função jurisdicional do Estado, podendo valer-se de todos os conhecimentos adquiridos não só na área jurídica, mas também daqueles adquiridos ao longo da sua vida para proporcionar aos jurisdicionados a decisão mais coerente dentro da ordem jurídica e, sobretudo, a sua efetividade.

A motivação das decisões judiciais está embasada no arcabouço de regras que sustentam o Estado de Direito, bem como às garantias constitucionais estampadas no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, somadas, ainda, à livre convicção do magistrado que pode valer-se de seus valores sociais e políticos para exercer sua função.

É assente, também, que se vive um momento de constitucionalização do processo, onde nunca os princípios e garantias constitucionais estiveram tão em evidência, e talvez jamais tenham sido tão consagrados. Assim, também quanto à aplicação da prova no processo no processo civil e sua valoração a ser realizada pelo magistrado não poderia ser diferente.

Dessa forma, considerando que o magistrado tem poder para decidir, levando em conta não somente a norma jurídica pura, mas também podendo exercer legitimamente o seu poder em concordância com os princípios de celeridade processual e do livre convencimento motivado, para instrumentalizar o andamento do processo segundo a manifestação soberana de sua convicção, questiona-se: o pleno exercí-

cio de tal convicção respeita ou ofende os princípios da ampla defesa e do contraditório garantido as partes? O exercício das atividades do juiz no desvelar processual tolhe direitos e garantias atribuídas aos demandantes, visto que a instrução probatória é plenamente garantida, porquanto em nosso ordenamento jurídico são resguardadas aos litigantes todas as provas em direitos admitidas?

Assim, com base nos questionamentos iniciais, percebe-se que o tema revela inquietude e gera, ainda, grandes incertezas.

2. A JURISDIÇÃO ESTATAL E A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO

Fazendo a análise semântica da palavra jurisdição, tem-se o prefixo “*juris*”, proveniente do latim que significa “direito”, e “*dição*” o significado de “dizer”. Assim, a palavra jurisdição literalmente representa, grosso modo, o direito de dizer, ou seja, a função declarativa do Direito. No entanto, o conceito de jurisdição é muito mais abrangente e a compreensão de seu real significado está envolto na atividade jurisdicional que se desenvolve o direito processual civil.

Neste sentido Luiz Rodrigues Wambier (2007, p. 37), que afirma que:

O estudo do direito processual civil exige, como conhecimento prévio, básico e indispensável, que se tenha noção daquilo que seja *jurisdição*. Afinal, é nesse ambiente, ou seja, no seio da atividade jurisdicional, desenvolvida pelos órgãos do Poder Judiciário, que se processará todo o desenrolar do conhecimento da matéria relativa ao processo civil.

Na atualidade, o exercício da atividade jurisdicional é de competência do Estado moderno que no exercício desta função se sub-rogará no direito dos titulares dos interesses em conflito, objetivando sua solução.

Para Ribeiro e Ferreira (2006, p. 145),

Jurisdição é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação de uma vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo. Seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).

Diz-se, portanto, que jurisdição é um poder/função atribuído a alguém e que seu principal objetivo é resolver a lide da forma mais adequada e com base no ordenamento jurídico vigente, cuja solução do problema se dará por heterocomposição, pois quem solucionará o problema será um terceiro visando resolver os conflitos de interesses de acordo com a vontade da lei.

A resolução dos conflitos de interesses será feita pelo Estado, através da figura do magistrado que por meio da característica chamada subjetividade, substituirá a vontade das partes pela dele.

A noção aproximada de jurisdição, assim, é a de que ela é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça e, via de regra, mediante o processo.

2.1 O magistrado e sua atuação em função específica atribuída pela Constituição da República Federativa do Brasil

A jurisdição não é autoaplicável e deverá passar pela ação de seus agentes. Na medida em que se imputa ao processo o papel de assegurar, por exemplo, a efetiva tutela do direito é preciso que o magistrado possua os meios necessários para concretizar este fim.

Desta forma, no exercício de suas funções, o juiz deverá sentir-se o intérprete da lei, porquanto estará desempenhando o papel do órgão que manifesta a sua vontade na solução do caso concreto e nisso consistirá a sua independência interna, dita independência jurídica, onde o juiz a ninguém e a nada se subordinará, senão à lei.

Logo, seguindo o método de trabalho instituído pelo legislador, ao qual se denomina processo jurisdicional, o magistrado buscará a aplicação do direito ao caso concreto, com a consequente eliminação das controvérsias e a pacificação social. Nessa seara, oportuno mencionar que a independência política do juiz está diretamente ligada às garantias constitucionais que lhe é dada pelo Estado como forma de assegurar que o magistrado exercerá suas funções com independência.

A primeira garantia que se pode destacar é a de que o juiz não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar, ou pelo teor das decisões que proferir, salvo os casos de impropriedade, ou excesso de linguagem. As demais garantias, de ainda maior importância, são as que garantem ao magistrado vitaliciedade, inamovibilidade, e irredutibilidade de vencimentos, estabelecidas no artigo 95, I, II e III da Constituição da República Federativa do Brasil.

Quanto aos poderes do juiz, destaca-se que eles podem ser agrupados de acordo com suas características, seja administrativa e jurisdicional. Neste diapasão Djanira Maria Radamés de Sá (1998, p.150) pontua que:

(...) a propriedade da distinção entre os poderes administrativos – ou de polícia – e poderes jurisdicionais instrutórios. Impõe-se a classificação, porquanto os primeiros o juiz os exerce não como sujeito da relação jurídica processual, mas como autoridade judiciária a quem sabe assegurar seu normal desenvolvimento. Os segundos é como sujeito processual, no exercício da função jurisdicional, que o juiz os exerce.

Logo, percebe-se que a independência, não somente do magistrado, mas do Poder Judiciário se reveste de características especiais, pois nela está a sua própria força, uma vez que é função específica do Poder Judiciário compor conflitos de interesses pela aplicação da lei aos casos concretos, e sendo assim, seus órgãos deverão gozar da mais absoluta independência, sem a qual não se sentirão em condições de exercer suas atribuições.

Por fim, ao magistrado está garantida a independência em relação à análise dos meios probatórios atinentes ao processo civil, bem como quando do momento de julgamento dos processos e valoração das provas neles admitidas.

3. MEIOS PROBATÓRIOS ATINENTES AO DIREITO PROCESSUAL CIVIL EM CONSONÂNCIA COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Considerando que para a busca da tutela estatal deve ser realizado o exercício a função jurisdicional que ocorre, como já visto, por meio da atuação dos órgãos da jurisdição, tem-se que o instrumento utilizado pelas partes para tanto é o processo. Neste sentido:

É o processo, portanto, na circunstância de ocorrer o descumprimento da norma (ou a ameaça de descumprimento), o veículo através do qual a parte buscará obter um provimento que garanta, em seu favor, a atuação da norma jurídica material. Para que isso ocorra, todavia, é necessário que o julgador tenha conhecimento dos fatos que autorizam a incidência da norma. Sem ter a exata noção dos fatos, é impossível ao juiz dizer a solução jurídica que a situação reclama”. (WAMBIER; TALAMINI, 2008, p. 449 e 450)

Desta maneira, a prova é, pois, o meio através do qual as partes levam ao conhecimento do juiz a verdade dos fatos que elas querem provar como verdadeiros. Marcus Vinícius Gonçalves (2012, p. 409) traz uma definição bem didática, aduzindo que “provas são os meio utilizados para formar o convencimento do Juiz a respeito da existência de fatos controvertidos que tenham relevância para o processo”.

E para acrescentar, ainda, o pensamento de Ovídio A. Baptista da Silva (2006, p. 295) muito contribui para a conceituação do tema em questão.

No domínio do processo civil, onde o sentido da palavra *prova* não difere substancialmente do sentido comum, ela pode significar tanto a atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência dos fatos formadores de seus direitos, quanto o instrumento por meio da qual essa verificação se faz. No primeiro sentido, diz-se que a parte produziu a prova, para significar que ela, através da exibição de algum elemento indicador da existência do fato que pretende provar, faz chegar ao juiz alguma circunstância que possa convencê-lo da veracidade de sua afirmação. No segundo sentido, a palavra *prova* é empregada para significar não mais a ação de provar, mas o próprio instrumento, ou o meio comum que a prova se faz.

A fase probatória, desta forma, é a oportunidade de o autor provar o fato constitutivo do seu direito e do réu arguir fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Neste liame, o processo serve para produzir decisão justa, conforme aquilo que foi reconstruído no processo e a real finalidade da prova é formar a convicção do juiz em torno dos fatos relevantes à relação processual, e sendo assim, o destinatário da prova será o juiz, uma vez que é este quem deverá se convencer da verdade dos fatos.

3.1 O poder de instrução do juiz

No processo civil o juiz tem poder instrutório, ou seja, pode determinar a produção de provas *ex officio*, significando dizer que não precisa ser provocado pelas partes para determinar a produção de provas. Esse poder não é subsidiário, mas sim complementar ao das partes, sendo assim paralelo, conforme dispõe o artigo 130 do Código de Processo Civil.

Argumentam Wambier, Almeida e Talamini (2007, p. 414), acerca do poder de instrução do juiz, dizendo que “em suma, o poder instrutório do juiz existe para assegurar a tranquilidade necessária para um julgamento adequado e razoável, quando a prova reunida no processo não for suficiente para seu convencimento.”

Assim, pertence às partes a iniciativa de enunciar os fatos e de produzir as provas de suas alegações, bem como cabe ao juiz atribuir-lhes o valor que merecerem e julgar a ação aplicando o direito ao caso concreto.

4. DISPOSIÇÕES ACERCA DO SISTEMA DE FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO DO JULGADOR E O SEU EXERCÍCIO QUANDO DA VALORAÇÃO DA PROVA

Ao analisar o caso concreto, o juiz não está desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos. Entretanto, sua apreciação não depende de critérios legais determinados *a priori*.

Isso porque o juiz somente decidirá com base nos elementos existentes no processo, mas os avaliará segundo critérios críticos e racionais, formando, assim, sua convicção pela livre apreciação da prova e o fato jurídico substancial dependerá, em grande medida, da prova apresentada em juízo.

Desta maneira, a valoração da prova a ser feita pelo magistrado obedecerá ao método probatório judiciário, o qual será formado por um conjunto de regras que serão vistas a seguir, cuja função não será apenas a de garantir os direitos das partes, mas sim a legitimação da função jurisdicional.

Na avaliação das provas, a doutrina majoritária seleciona três possíveis sistemas que podem orientar na conclusão do magistrado: o sistema da livre apreciação ou convicção íntima, o sistema da prova legal e o sistema da persuasão racional.

O sistema adotado pelo Código de Processo Civil Brasileiro é o do livre convencimento motivado ou da persuasão racional o qual pressupõem que, desde que motivadas suas decisões, o juiz possui total liberdade para valorar a prova apresentada e formar o seu convencimento de forma racional, conforme dispõem os artigos 131, 165, 436 e 458, inciso II, do Código de Processo Civil.

Todavia, importante salientar que o livre convencimento do magistrado não pode ser confundido com permissão para uma valoração subjetiva e isenta de critérios e controles.

Trata-se, ao contrário, de princípio de avaliação de provas que não exclui regras de admissibilidade na formação do material probatório, nem a submissão aos postulados da lógica e da experiência na apreciação deste mesmo material.

Dessa forma, o juiz examinará livremente as provas, mas submeter-se-á a algumas exigências formais, chamadas de limites, tais como: I – a necessidade de motivação da decisão; II – a necessidade de decisão de acordo com o que está nos autos, ou seja, de acordo com o que foi construído processualmente; III – a observação do

devido processo legal com o respeito ao direito do contraditório e da ampla defesa; IV – limitação do juiz à racionalidade⁵⁷; e V – o julgador, em sua motivação, não poderá violar as regras da experiência, ou seja, aquelas regras extraídas da observação daquilo que ordinariamente acontece, bem como não poderá o juiz contrariar o senso comum.

Logo, como o sistema de avaliação da prova é de livre convencimento motivado, este deverá ser o caminho pelo qual o julgador terá margem de discricionariedade da prova quanto à sua valoração, e desta maneira, deverá expor os motivos que formaram a sua convicção.

4.1 A regra do ônus da prova como saída para o juiz em estado de dúvida

Dentre as funções atribuídas ao magistrado está a obrigatoriedade de decidir o caso concreto. Isto significa dizer que o juiz deve apresentar em qualquer circunstância a solução do litígio que lhe é proposto, não podendo esquivar-se do encargo sob a alegação de não estar convencido sobre a veracidade dos fatos. Isso porque não se pode admitir que os conflitos eternizem-se até que as partes tenham meios para provar ou até que o juiz possa se convencer.

Desta forma, a regra do ônus probatório funcionará como regra de decisão quando o juiz não formar seu convencimento ou, em outras palavras, ficar em estado de dúvida.⁵⁸

Nesta linha de pensamento, Marinoni e Arenhart (2008, p. 270) explicam que:

A regra do ônus da prova se dirige *às partes e ao juiz*. Quando o juiz é o seu destinatário, importa para a *formação do seu convencimento* – uma vez que o juiz pode reduzir as exigências de prova, visando formar a sua convicção, conforme a situação concreta e a regra do ônus da prova – e para *a sua decisão*.

Referente, ainda, a tentativa de eliminação da dúvida do magistrado, ponto interessante a ser analisado, também, diz respeito ao princípio da verossimilhança preponderante, uma vez que algumas doutrinas abandonaram a regra do ônus da prova como critério

57 Por isso que este sistema também é chamado de Sistema da Persuasão Racional, como é o caso das decisões com base em cartas psicografadas, por exemplo, onde não pode o juiz decidir com base neste tipo de prova, pois é questão relacionada à fé, sendo assim insuscetível de contraditório.

58 Neste sentido, remete-se a seguinte decisão do STJ: STJ, 3ª T., REsp 422.778, rel. para o acórdão Min. Nancy Andrichi, j. 19.06.2007.

dirigente da decisão em caso de dúvida, “porque, para essas doutrinas, o julgamento pode fugir da regra do ônus da prova quando existir um grau de cinquenta e um por cento de certeza ou um *mínimo* de preponderância da prova” (Marinoni; Arenhart, 2008, p. 271).

Assim, a ideia central da doutrina da verossimilhança preponderante assevera que, ainda que mínima, a verossimilhança permite um julgamento mais racional e melhor motivado do que aquele que se baseia na regra do ônus da prova. Ou seja, a admissão de que o magistrado está convencido dos fatos por meio da verossimilhança das alegações de uma das partes praticamente elimina a impossibilidade de convicção, e consequentemente o estado de dúvida do juiz, que, em não se encontrando em estado de dúvida, não precisará aplicar a regra do ônus da prova no caso concreto.

Logo, neste contexto geral, interessante se faz observar o amplo poder de instrução, bem como de decisão que possui o magistrado, que mesmo em estado de dúvida, ou seja, quando as partes não logram êxito em apresentar a melhor reconstrução dos fatos e não convencem o juiz de suas alegações, mesmo assim, o ele poderá decidir de acordo com sua convicção por meio da verossimilhança das alegações, ou, ainda, aplicando a regra do ônus probatório.

4.2 O direito à prova como elemento constitutivo das garantias constitucionais do devido processo legal e contraditório

Ponto fundamental a ser destacado diz respeito à violação do direito à prova, uma vez que as sentenças proferidas contrariamente a quem tenha regularmente requerido provas indeferidas pelo magistrado violam as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, que são projeções do devido processo legal, também nesse caso violado.

O devido processo legal impõe ao julgador que seja oferecida igualdade de oportunidades processuais. Essa igualdade, no campo do direito à prova, revela-se na efetiva possibilidade de participação dos litigantes e significa, para o julgador, o dever de fazer observar a garantia do contraditório na exata medida em que autoriza as partes a encartar aos autos todos os elementos de que dispõe para atuar sobre seu convencimento.

Neste sentido pontua Eduardo Cambi (2001, p. 113):

Pode-se, então, afirmar que o direito à prova, embora não seja um dos institutos fundamentais do direito processual (jurisdição, ação, defesa e processo), ocupa posição de extraordinária grandeza no sistema processual, pois, sem ele, as garantias da ação e da defesa *careceriam de conteúdo substancial*; afinal, impedir que a parte tivesse direito à prova significaria privá-la dos meios legítimos de acesso à *ordem jurídica justa*, a serviço da qual o processo deve estar constitucionalmente predisposto. Por isso, pode-se concluir que o direito à prova é uma de-

corrência da ampla garantia do devido processo legal ou que, especificamente, é um dos elementos constitutivos das garantias constitucionais da ação e da defesa. Caso contrário, as garantias constitucionais da ação e da defesa teriam alcance restritivo e limitado, o que contradiria o sentido justo e democrático da Constituição brasileira de 1988.

Assim, o valor da justiça, inerente à garantia do devido processo legal, só se torna eletivo quando, no curso do processo, a ação e a defesa possam vir a ser adequadamente exercidas, uma vez que agir e defender-se através dos meios probatórios é uma condição necessária para a atuação das garantias constitucionais.

Ponto crucial é compreender que a decisão judicial somente legitimar-se-á por meio do procedimento, legalmente preestabelecido, pois possibilitará que as partes participem da formação do convencimento do juiz.

Ainda, o sistema processual poderá ser considerado legítimo quando observar os princípios constitucionais do devido processo legal, da isonomia e do contraditório, para que desta forma possa oportunizar aos destinatários da decisão judicial que se manifestem acerca de seus desejos e insatisfações, evitando a utilização arbitrária do poder estatal. Neste contexto, tal observação do direito à prova não irá assegurar apenas a participação dos interessados na formação da decisão judicial, mas também garantirá a qualidade desse provimento.

4.2.1 Quando o direito à prova não é observado pelo julgador: o cerceamento de defesa

Quando não observado o princípio constitucional do devido processo legal e a decisão judicial causar gravame ou prejuízo à parte em decorrência da violação do direito à prova, ocorre o que se chama de cerceamento de defesa.

Todavia, tal instituto somente se configurará quando o meio de prova de que a parte pretende valer-se em juízo seja pertinente, relevante e admissível, além de mostrar-se útil para a decisão da causa.⁵⁹

Neste sentido é entendimento de Eduardo Cambi (2001, p. 139):

59 Uma prova será pertinente quando recair sobre um fato controvertido que guarda alguma relação com o mérito da causa. Será relevante quando, recaindo sobre um fato controvertido e pertinente, corresponder a um fato abstratamente previsto pela norma aplicável ao caso concreto, e assim, poder ter a aplicação das consequências jurídicas genéricas e abstratamente previstas na norma legal. A admissibilidade, por sua vez, é um critério que diz respeito à legalidade da prova, referindo-se à forma como o meio de prova deve ser apresentado. Por fim, a utilidade da prova diz respeito à relação que aquele meio de prova poderá vir a ter com o contexto probatório.

O direito à prova não pode ser conhecido como um direito absoluto e incondicionado, devendo ser avaliado pelo juiz que, em decorrência de outros princípios e regras jurídicas considerados axiologicamente superiores, está autorizado a julgar antecipadamente o mérito do processo (art. 330 do CPC), quando as causas já estão “maduras” para a decisão, privilegiando, nesses casos, a celeridade e economia processual. Não incorre em cerceamento de defesa a decisão que aplica corretamente a regra contida no art. 330 do CPC. Servem de critérios para o julgamento antecipado do mérito: i) a *suficiência* da prova documental para o julgamento da causa; ii) a *desnecessidade* da produção de provas orais capazes de *influir decisivamente na solução do litígio e não imprescindíveis à boa realização da justiça*; iii) a ocorrência da revelia, desde que seja caso de aplicação da presunção de veracidade (efeito material da revelia; art. 319); enquadrando-se em uma das hipóteses previstas no art. 320 do CPC, mesmo na ausência da contestação, o juiz, havendo necessidade, ainda que o réu não integre a relação jurídica processual, deve dar prosseguimento ao processo com a realização da fase instrutória (art. 324 do CPC).

Assim, mister se faz esclarecer que o direito processual à prova não é absoluto nem incondicionado, porquanto ele será analisado pelo magistrado, quando da avaliação do caso concreto, investido de sua liberdade de decisão, que irá avaliar no contexto dos demais valores a serem consagrados no processo e poderá sacrificá-lo em detrimento da celeridade e da economia processual, estando até mesmo autorizado a julgar antecipadamente o mérito.

De toda sorte, o cerceamento de defesa caracterizar-se-á quando o juiz, entre outros casos, não oportunizar à parte a produção probatória e, depois, na sentença, julgar a ação improcedente por falta de provas, aplicando a regra do ônus probatório, ou ainda, quando o juiz valer-se de uma prova sem dar oportunidade a que ambas as partes se manifestem.

Nestes casos, quando o direito à prova for violado e a decisão judicial incorrer em cerceamento de defesa, a mesma será considerada eivada de nulidade absoluta⁶⁰, uma vez que a violação do direito à prova, por ser corolário das garantidas do devido processo legal – da ação, da defesa e do contraditório, instituídas no interesse da ordem pública, resulta em afronta à Constituição da República Federativa do Brasil, nossa Lei Maior.

60 A nulidade absoluta pode existir mesmo sem cominação expressa, bastando, para tanto, que a exigência formal tenha sido instituída no interesse da ordem pública.

Salienta-se, portanto, que mesmo que o magistrado possua ampla liberdade para decidir conforme sua convicção, o julgador precisará, ainda, seguir parâmetros legais norteadores que impedirão, justamente, casos de cerceamento de defesa, entre outros, bem como para que os destinatários da decisão judicial não fiquem a mercê da subjetividade do magistrado.

4.3 A aplicação do livre convencimento do juiz no exercício da atividade estatal torna o processo mais célere e eficaz?

Relevante e comum questionamento diz respeito à celeridade e eficácia processual frente à aplicação do livre convencimento do juiz no exercício da atividade estatal e fundamental é a conclusão se tal procedimento torna o processo mais célere e mais qualitativamente objetivo, bem como se é útil às partes.

Fabiana Marion Spengler (2010, p.162) nos apresenta entendimento interessante acerca da conceituação e aplicação da eficácia processual, diante da aplicação do livre convencimento do juiz. Para ela:

A busca pela fundamentação das normas jurídicas em uma norma hierarquicamente superior confere validade ao ordenamento jurídico e determina o estudo do Direito como uma ciência físico-matemática avaliativa que distingue entre juízos de fato e juízos de valor, excluindo, necessariamente, os últimos, uma vez que a cientificidade diz respeito a fatos e não a valores.

Assim, com relação à efetividade e eficácia do processo, Spengler (2010, p.161) afirma que,

Em outras palavras: mediante a teoria da norma fundamental, é possível observar as efetivas condições de produção de um saber jurídico variável e objetivo, de uma “ciência do Direito”, produtora de enunciados reveladores de uma verdade material e não produtora de algumas ilusões metafísicas. Para eliminar essas ilusões metafísicas faz-se necessário um marco teórico interpretativo, que outorgue objetividade aos dados normativos mediante um processo de organização sistemática.

Por conseguinte, Spengler (2010) defende, ainda, que o estudo do Direito assume uma atitude científica de fato e não de valor, e assim, eficácia e valor serão conceitos nem sempre inseridos num mesmo contexto.

Neste sentido, a eficácia do “processo” está relacionada ao juízo de fato e distante do juízo de valor, significando dizer que são dois tipos distintos de valoração,

onde o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar aos destinatários da prova a constatação do magistrado (SPENGLER, 2010).

Logo, por dedução, verifica-se que a eficácia do processo somente será alcançada quando observado o juízo de fato e, de certa forma, mesmo que minimamente, excluído o juízo de valor. Por conseguinte, segundo tal entendimento, vê-se que a aplicação do livre convencimento do juiz na atividade estatal não torna, em tese, o processo mais eficaz.

Assim, o que tornará o processo mais eficaz é a sua validade, ou seja, a qualidade da norma aplicada ao caso concreto, bem como o juízo de fato realizado pelo magistrado, uma vez que o juízo de valor, exercido por meio da aplicação do livre convencimento do magistrado está acessoriamente vinculado à validade da norma jurídica aplicada e, ainda, muitas vezes aquilo que é eficaz deve ser excluído pelo risco do arbítrio e a consequente imprevisibilidade que segue a este.

Todavia, não resta dúvida que a postura ativa do juiz no que tange à apuração da verdade, desde que observados os limites legais, concorre para tornar mais efetivo o processo.

Assim, o juiz no papel de representante do Poder Judiciário, sendo daquele que exerce concretamente a atividade estatal, em qualquer caso, não deve necessariamente esperar que se esgotem todas as oportunidades concedidas aos litigantes para que subministrem as provas de suas respectivas alegações, ou ainda, estar atrelado somente a vontade das partes, bem como ficar indiferente e inerte durante o andamento processual, da mesma forma não está o magistrado impedido de atuar quando as partes de omitirem, até porque, do contrário, dificilmente o magistrado poderia formar o juízo de fato do caso concreto, convencendo sobre a existência ou não dos fatos da causa.

Quanto à celeridade processual, Rui Portanova (2001, p. 149) muito bem leciona:

O sistema dos atos processuais almeja a celeridade na solução do conflito (tanto que resiste em voltar para trás, considerando a preclusão dos atos praticados ou não). O ponto forte, porém, é a garantia de um processo justo e de contraditório pleno e efetivo. Para tanto é indispensável a bilateralidade dos atos, a representação das partes por advogado, a plena publicidade dos atos processuais e a exigência que as partes se comportem com boa-fé processual.

Logo, a celeridade processual não está intimamente ligada à aplicação do livre convencimento do juiz, mas sim a fiel observância da garantia de um processo justo e de um contraditório pleno e efetivo, onde o papel do magistrado será o de melhor

analisar, dentro dos parâmetros legais, a necessidade do cumprimento de todas e etapas legais e consequentemente, por meio de sua convicção, sua possível celeridade.

4.4 Críticas acerca da eficácia da aplicação do livre convencimento do juiz no exercício da atividade estatal

Atualmente existe divergência acerca da aceitação ou não da aplicação do sistema legal adotado pelo Código de Processo Civil, qual seja, o do livre convencimento do magistrado quando do exercício da atividade estatal, mais precisamente no momento da valoração da prova no processo civil.

Neste sentido, como forma de ampliar os conhecimentos acerca do tema em tela, tendo em vista sua grande relevância jurídica, vislumbrou-se a necessidade de destacar os contrapontos do tema, apresentando-se as críticas acerca da aceitação e eficácia da aplicação do livre convencimento do juiz no exercício da atividade estatal como um todo e não atrelado somente à análise e valoração da prova no processo civil, mas sim, tendo o juiz o papel de intérprete da lei.

Alguns doutrinadores defendem que para existir uma maior segurança jurídica o magistrado não pode ter ampla liberdade de decisão, devendo ficar adstrito somente à observação da norma pura, ou seja, deve aplicar taxativamente a lei, como forma de preservar as garantias processuais das partes, tais como o direito a ampla defesa e o direito ao contraditório com a consequente observância de todas as etapas processuais previstas pelos códigos brasileiros. Este é o entendimento de Danilo Knijnik (2007, p. 3):

Não se deve fechar os olhos à experiência, da qual se extrai que nem tudo são vantagens no princípio da livre convicção do magistrado. Pode até ser trivial, mas o que para uns é claro para outros é incompreensível, e o que a uns parece justo a outros, injusto. Já aí insinuam-se, lado a lado das vantagens, certos custos, como, por exemplo, o risco do subjetivismo, circunstância que tem levado alguns juristas a defenderem a necessidade de ser prescrito, pela lei, o maior número de regras para a investigação da verdade através das provas, para se subtrair aos juízes, quanto se possa, a possibilidade de errarem e de proferirem decisões menos justas.

Neste liame, percebe-se que a questão suscitada versa acerca da possibilidade da discricionariedade atribuída ao magistrado estar diretamente ligado ao paradigma da subjetividade e, consequentemente, atribuir ao sujeito, tido como o intérprete, juiz ou tribunal, o poder de analisar as provas e conduzir o andamento processual como bem entender.

Todavia, em contrapartida, estão aqueles que defendem a liberdade do magistrado quando da valoração da prova e seu livre convencimento no momento de decisão do caso concreto, como forma de garantir o objetivo da atividade estatal de manutenção da integridade do ordenamento jurídico.

Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2009, p. 186), em análise a maior ou menor liberdade atribuída ao órgão judicial para a apreciação das provas, conforme uma escala que varia do chamado princípio da prova legal ao princípio do livre convencimento,

O exame do problema evidencia uma constante tendência evolutiva, não só com vistas à abolição de complicações, de formalismos, de retardamentos inúteis do procedimento, herdados da época medieval e barroca, mas principalmente em função de novos valores políticos e sociais e de nova concepção filosófica que, concede primazia à observação direta dos fatores e a um “método experimental” de conhecimento, intensificando o diálogo do órgão judicial com as partes.

Ou seja, a questão da análise da liberdade do magistrado quando do exercício da atividade estatal se trata de uma evolução dos retardamentos inúteis do procedimento, bem como da adaptação de novos valores políticos e sociais que intensifica a proximidade do órgão judicial com as partes processuais.

Neste sentido, também, entende-se, que o Direito não é mais uma ciência objetiva, impessoal ou atemporal, porquanto passou a buscar pela recondução à problemática de análise do fato concreto, por meio da utilização dos meios de persuasão e da retórica como forma de instrumento para a fundamentação das decisões, bem como para que a lei não seja aplicada taxativamente, mas sim, que haja maior interação entre as partes e o julgador. (PERELMAN, 1998),

Não obstante, Chäim Perelman (1998) entende que o Direito não pode se limitar à lei, bem como que a função do julgador, por sua vez, não se limita ao papel de “dizer” a lei, significando que a conduta do julgador deve comportar a interpretação não podendo ser feita tão somente a aplicação da lei. Assim, nas palavras do próprio teórico:

Se os juízes devem dizer o direito, e isso em conformidade com a vontade da nação, é um preconceito pensar que as leis exprimem tal vontade devem ser sempre interpretadas de acordo com a vontade do legislador que as votou, seja qual for a evolução dos costumes e das técnicas acontecida entrementes. Para evitar qualquer arbitrariedade na matéria, deve-se presumir que o legislador atual tem a mesma vontade que o legislador do passado. Mas, quando existem boas razões para acreditar que o legislador

atual não pode partilhar as opiniões do legislador antigo, e isto será tanto mais provável quanto as circunstâncias em que a lei foi votada terem sido mais ou menos profundamente alteradas, o juiz, procurando conformar-se com a vontade da nação, há de conformar-se, em última análise, à vontade presumida do legislador atual. (PERELMAN, 1998, p. 242):

Desta feita, conforme essas novas concepções apresentadas pelo Direito moderno que nos mostram um sistema dinâmico, no qual a autoridade que detém o poder, seja ela componente do legislativo, executivo ou judiciário, deve possuir liberdade de escolher a linha de conduta que melhor se adequar aos limites fixados pela norma superior, vê-se que apenas a norma constitucional, tida como fundamental, que estará isenta dessa adequação à outra norma.

Por tal razão, uma vez fixados os limites pela norma superior, a autoridade competente, ao exercer a sua função, deve ser dotada de liberdade de ação e, por conseguinte, poderes suficientes para selecionar qual o mecanismo mediante o qual melhor poderá desempenhar sua função.

Logo, a solução justa da lide não será obtida tão somente pela conformação do fato à lei, ou seja, ela não decorrerá de uma simples dedução silogística que, uma vez prolatada, deverá se impor à coletividade, mesmo que se apresente em verdadeiro disparate com os anseios sociais. A decisão justa será obtida considerando juízos de valores intersubjetivos e mediante uma síntese que o juiz deverá fazer acerca do valor, da solução, e de sua conformidade ao Direito.

Outrossim, no que atine à relação da produção e análise probatória, ainda dentro do contexto geral, é o entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque (2009) que a liberdade do magistrado está atrelada ao exercício da atividade jurisdicional como atividade destinada a eliminar as crises do direito material com justiça, ou seja, com a busca e consequente estabelecimento da verdade, ainda que formal, dos fatos ocorridos no caso concreto, a fim de que o processo seja julgado da forma mais justa possível. Logo,

[...] se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, deve o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-lo, pois somente se tal ocorrer a jurisdição terá cumprido sua função social. E, como o resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão do órgão jurisdicional, deve ele assumir posição ativa na fase investigatória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas procurá-los, quando entender necessário. (BEDAQUE, 2009, p.15)

Desta forma, na visão do autor, ninguém melhor do que o juiz, a quem está afeto o julgamento, para decidir sobre a necessidade de produzir determinada prova e nessa medida, considerando o escopo da atividade jurisdicional, a colheita de elementos probatórios interessa tanto ao juiz quanto às partes.

Assim, a participação do juiz na produção da prova e sua consequente aplicação de livre convencimento quando da análise do caso concreto, ao contrário do que se costuma afirmar, contribui sobremaneira para proporcionar uma real igualdade entre as partes no processo. Entretanto, desde que se preserve, obviamente, o contraditório efetivo e equilibrado, tal iniciativa e liberdade do magistrado em nada prejudica a imparcialidade do julgador.

Destarte, é assente, portanto, que se vive um momento de constitucionalização do processo, onde nunca os princípios e garantias constitucionais estiveram tão em evidência, e talvez jamais tenham sido tão consagrados, pois se sabe que todas as matérias a serem julgadas, bem como todas as leis a serem aplicadas devem partir da Constituição da República Federativa do Brasil. Assim, quanto à aplicação da prova no processo civil e sua valoração a ser realizada pelo magistrado não poderia ser diferente.

Todavia, a doutrina vem salientando que o livre convencimento não significa um convencimento propriamente “livre”, porquanto a liberdade de apreciação das provas embasada em um conjunto de regras a que o julgador deve recorrer no momento da valoração da prova.

Assim o convencimento livre não deve entender-se ou fazer-se equivalente a fechado critério pessoal e íntimo do julgador, mas a uma apreciação lógica da prova, que não está isenta de pautas ou diretrizes de caráter objetivo e deve ser sempre motivado.

5. CONCLUSÃO

O presente estudo, com enfoque no livre convencimento do juiz quanto à valoração da prova no processo civil, buscou, de maneira aprofundada, porém não exauriente, compreender os limites do magistrado no momento de sua formação de convicção para análise dos meios probatórios apresentados no decurso processual.

Como ficou demonstrado, o juiz, seguindo o método de trabalho instituído pelo legislador, ao qual se denomina processo jurisdicional, busca a aplicação do direito ao caso concreto, com a consequente eliminação das controvérsias e a pacificação social. Logo, é peça fundamental da atividade jurisdicional e, assim, quanto maior sua participação na atividade instrutória, seja tendo iniciativa probatória,

seja tendo ampla liberdade de análise e valoração probatória, mais perto se chegará da certeza e verdade real, que nada mais é o farol que, no processo, estimulará a superação das deficiências do sistema procedimental.

No presente artigo, a fim de se compreender qual é a liberdade do magistrado de analisar o caso concreto e decidir conforme seu livre convencimento e consequentemente quais são os seus limites impostos pela norma legal, procurou-se, primeiramente, compreender o ordenamento jurídico como um todo, buscando-se analisar a ideia de jurisdição estatal conceituando-a e pontuando acerca da tutela jurisdicional e seu modo de exercê-la. Por conseguinte, procurou-se analisar a atuação do magistrado dentro desta tutela jurisdicional, bem como sua função específica atribuída pela Constituição da República Federativa do Brasil, como forma de compreender sua fundamental importância como sendo aquele que exerce ativamente a atividade estatal, como um intérprete da lei.

Ainda, com o fito de demonstrar, de uma forma mais técnica, a área de atuação do magistrado, bem como sua extrema importância dentro da ritualística processual, analisou-se acerca dos meios probatórios atinentes ao processo civil, tema diretamente ligado ao objeto do presente trabalho, como forma de compreender a real finalidade da prova, que é a de formar a convicção do juiz em torno dos fatos relevantes à relação processual, e também, como forma de analisar o importante poder de instrução do magistrado no processo civil.

E, por fim, fez-se um apanhado geral do tema propriamente dito, realizando-se uma análise acerca da mitigação ao livre convencimento do juiz na apreciação e valoração da prova no direito processual civil brasileiro, trazendo críticas importantes acerca do estudo da formação e do exercício de convicção do julgador, estudando-se o seu poder de instrução e seu juízo de ponderação diante dos princípios constitucionais das partes dentro do processo civil, apresentando-se, também, disposições sobre o devido processo legal, bem como abordando o direito à prova como elemento constitutivo das garantias constitucionais: o devido processo legal e do contraditório, o que culminou na compreensão de que a Constituição vem representando, assim, o parâmetro de validade para o direito infraconstitucional, devendo o direito processual e os juízes, através da interpretação do direito e da utilização do processo, buscarem a concretização permanente que o valor da justiça deve assumir nos casos submetidos a julgamento.

Por conseguinte, analisou-se, também, como é feita a análise do juiz quando este se encontra em estado de dúvida, uma vez que dentre as funções atribuídas ao magistrado está a obrigatoriedade de decidir o caso concreto. Ou seja, o juiz deve apresentar em qualquer circunstância a solução do litígio que lhe é apresentado, não

podendo esquivar-se do encargo sob a alegação de não estar convencido sobre a veracidade dos fatos.

Isso porque não se pode admitir que os conflitos se eternizem até que as partes tenham meios para provar ou até que o juiz possa se convencer. Desta forma, restou demonstrado que, ainda que existam controvérsias acerca da análise dos meios probatórios através da verossimilhança das alegações, a regra do ônus probatório funcionaria como regra de decisão quando o juiz não formar seu convencimento ou, em outras palavras, ficar em estado de dúvida.

Do mesmo modo, procurou-se pontuar acerca do cerceamento de defesa das partes, quando o direito à prova não é observado pelo juiz, demonstrando que quando a decisão judicial incorrer em cerceamento de defesa, a mesma será considerada eivada de nulidade absoluta, uma vez que a violação do direito à prova, por ser corolário das garantidas do devido processo legal, instituídas no interesse da ordem pública, resulta em afronta à Constituição da República Federativa do Brasil, nossa Lei Maior.

Ponto importante abordado no presente estudo, também, foi o questionamento levantado acerca da celeridade e eficácia processual quando perguntado se a aplicação do livre convencimento do juiz no exercício da atividade estatal tornaria o processo mais célere e eficaz. A partir deste questionamento, abordou-se, sobre a celeridade do processo diante de etapas processuais muitas vezes inibidas pelo juiz, quando da análise do caso concreto, por este agir de acordo sua convicção e muitas vezes achar desnecessário seguir fielmente a ritualística processual, com o deferimento ou dispensa de meios probatórios, por exemplo, em contrapartida a suposta eficácia processual. Como resposta para tal questionamento, entendeu-se que a eficácia do “processo” está relacionada ao juízo de fato realizado pelo magistrado e distante do juízo de valor. Ou seja, são dois tipos distintos de valoração, onde o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar aos destinatários da prova a constatação do magistrado.

Assim, por dedução, verificou-se que a eficácia do processo somente será alcançada quando observado o juízo de fato e, de certa forma, mesmo que minimamente, excluído o juízo de valor. Por conseguinte, segundo tal entendimento, viu-se que somente a aplicação do livre convencimento do juiz na atividade estatal não torna, em tese, o processo mais eficaz. O que tornará o processo mais eficaz é a sua validade, ou seja, a qualidade da norma aplicada ao caso concreto.

Com este enfoque, para finalizar o presente estudo, buscou-se apresentar críticas e contrapontos acerca da aceitação e eficácia da aplicação do livre convencimento do juiz no exercício da atividade estatal como um todo, e não atrelado somente à análise

e valoração da prova no processo civil, mas sim, tendo o juiz o papel de intérprete da lei, onde restou demonstrado que apesar da evolução histórica dos sistemas de formação de convicção do juiz, atualmente ainda existe divergência acerca da aceitação ou não da aplicação do sistema legal adotado pelo Código de Processo Civil.

Isso porque alguns doutrinadores defendem que para que exista uma maior segurança jurídica o magistrado não pode ter ampla liberdade de decisão, devendo ficar adstrito somente à observação da norma pura, ou seja, deve aplicar taxativamente a lei, como forma de preservar as garantias processuais das partes, tais como o direito a ampla defesa e o direito ao contraditório com a consequente observância de todas as etapas processuais previstas pelos códigos brasileiros.

Todavia, em contrapartida, estão aqueles que defendem a liberdade do magistrado quando da valoração da prova e seu livre convencimento no momento de decisão do caso concreto, como forma de garantir o objetivo da atividade estatal, que, conforme já analisado no primeiro capítulo do presente estudo, é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico.

Assim, após a análise das doutrinas e teorias apresentadas, entendeu-se que a questão da análise da liberdade do magistrado quando do exercício da atividade estatal trata-se de uma evolução dos retardamentos inúteis do procedimento, bem como da adaptação de novos valores políticos e sociais que intensifica a proximidade do órgão judicial com as partes processuais. Outrossim, conforme as novas concepções apresentadas pelo Direito moderno, entendeu-se, também, que apenas a norma constitucional, tida como fundamental, que estará isenta da adequação à outra norma. Por tal razão, uma vez fixados os limites pela norma superior, a autoridade competente, ao exercer a sua função, deve ser dotada de liberdade de ação e, por conseguinte, poderes suficientes para selecionar qual o mecanismo mediante o qual melhor poderá desempenhar sua função

Dessa forma, conclui-se que ninguém melhor do que o juiz, a quem está afeto o julgamento, para decidir sobre a necessidade de produzir ou não determinada prova. Nessa medida, e considerando o escopo da atividade jurisdicional, a colheita de elementos probatórios interessa tanto ao juiz quanto às partes. Assim, a participação do juiz na produção da prova e sua consequente valoração por meio da aplicação de seu livre convencimento motivado quando da análise do caso concreto, ao contrário do que se costumava afirmar, contribui sobremaneira para proporcionar uma real igualdade entre as partes no processo. Entretanto, muito importante salientar que isso correrá desde que se preserve, obviamente, o contraditório efetivo e equilibrado, para que tal iniciativa e liberdade do magistrado em nada prejudique a imparcialidade do julgador que deve sempre motivar suas decisões tomadas por meio de seu livre convencimento.

6. REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 2, 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Elos, 1961.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. Vol. 1, 4ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BRASIL, Código de Processo Civil. In: *Vade Mecum Saraiva*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. Vol. 1, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. Vol. 3, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. Vol. 1, 14ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Traduzido por Hiltoimar Martins Oliveira. Vol. 1, 1ª ed. São Paulo: Classic Book, 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Traduzido por Paulo Capitano. Vol. 2. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 8. Tradução do original italiano: *Instituzioni di Diritto Processuale Civile*.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil: teoria geral do processo de conhecimento*. Vol. 1, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual brasileiro*. Vol. 2, 20ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Vol. 1, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MARINONI, L.G.; ARENHART, S.C. *Processo de conhecimento*. Vol. 2, 7ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. Vol. 1, 9ª ed. rev., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo-valorativo*. Vol. 1, 3ª ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PERELMAN, Chaim. *A lógica jurídica – nova retórica*. Traduzido por Virgínia Pupi. Vol. 1, 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Vol 1, 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Positivismo jurídico. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Positivismo_jur%C3%ADdico>. Acesso em 10 dez. 2012.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. Vol.1, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Teoria geral de direito processual civil: a lide e sua resolução*. Vol. 1, 2ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 1, 27ª ed., atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, O. A. B. da; GOMES, F. L. *Teoria geral do processo civil*. Vol, 1, 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação – por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Vol. 1, 1ª ed. Ijuí: Unijuí, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo*. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Direito, Estado e Democracia. Entre a (in)efetividade e o imaginário social. Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Vol. 1, n 4. Porto Alegre. Anual, 2006.

_____. *E o professor me disse: “isso é assim mesmo”*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-30/senso-incomum-professor-me-disse-isso-assim-mesmo>>. Acesso em 24 out. 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 44ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. 1, 44ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 486.

WAMBIER, L.R.; TALAMINI, E. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1, 10ª ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.