



ARTIGOS COMPLETOS	2272
RESUMOS DE PESQUISA	2573

ARTIGOS COMPLETOS

A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO.	2274
A FIGURA DO PREPOSTO COM ADVENTO DA REFORMA TRABALHISTA	2279
A INCOMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA REMIÇÃO POR LEITURA NA EXECUÇÃO PENAL.....	2292
A JUSTIÇA NEGOCIAL (<i>PLEA BARGAIN</i>) E A RUPTURA DA TRADIÇÃO JURÍDICA PENAL NO BRASIL	2297
A MULTIPARENTALIDADE SOB A ÓTICA SOCIAL E JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ..	2306
A PROBLEMATIZAÇÃO NO ENSINO JURÍDICO.....	2318
A RELAÇÃO DE CONSUMO E A RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: ASPECTOS GERAIS.....	2323
A TUTELA ANTECIPADA E OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CORRELATOS	2340
A TUTELA PROVISÓRIA A LUZ DO CPC DE 2015 E SUA APLICABILIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	2344
A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER, QUANDO SUA CONSEQUÊNCIA SE TORNA ALGO FATAL: FEMINICÍDIO	2350
ALIENAÇÃO PARENTAL: DISTORÇÃO DOS VALORES FAMILIARES	2355
ANÁLISE SUCINTA DAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS AMBIENTAIS ADVINDAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	2371
ASPECTOS GERAIS SOBRE A DESJUDICIALIZAÇÃO E OS ATOS DE DIVÓRCIO, USUCAPIÃO E INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAIS	2382
ASPECTOS GERAIS SOBRE PRÁTICAS ABUSIVAS COM ÊNFASE NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS	2391
AUXÍLIO-RECLUSÃO	2403
BLOCOS ECONÔMICOS: UNIÃO EUROPEIA.....	2412
CASAMENTO DO MENOR DE 16 ANOS NO CÓDIGO CIVIL: ATENDE A PRESERVAÇÃO DA FAMÍLIA?.....	2422
COMPLIANCE EM DIREITO	2431
DA PREVISÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	2439
DANO MORAL E SUA VALORAÇÃO NO ÂMBITO CÍVIL.....	2453
DIFERENÇA ENTRE DOLO INDIRETO E CULPA CONSCIENTE	2468
DIREITO DOS CONSUMIDORES PODEM SER RESGUARDADOS POR APLICATIVOS?	2478
ESTUPRO MARITAL: UMA VIOLÊNCIA CONTRA A LIBERDADE SEXUAL SILENCIOSA E ROMANTIZADA.....	2481
IMUNIDADES PARLAMENTARES: PRIVILÉGIO OU GARANTIA DE DEMOCRATIZAÇÃO.	2488
O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE	2492
O MOVIMENTO DA DESJUDICIALIZAÇÃO E A USUCAPIÃO DO ÂMBITO DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS	2496
O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: APLICABILIDADE NO DELITO DE FURTO	2501
O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO	2505
PRIMEIROS APONTAMENTOS SOBRE UM ESTUDO DA ADVOCACIA AUTOCOMPOSITIVA	2509
REVISÃO JUDICIAL DOS JUROS ABUSIVOS SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	2515

SISTEMA MULTIPORTAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	2529
TEORIA GERAL DOS RECURSOS NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL	2536
TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE: INÍCIO E SUA ESTABILIZAÇÃO	2549
UM OLHAR PRINCIPIOLÓGICO	2563

A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO.

Leandro Vieira Dos Santos, Luis Henrique Ramos Alves, Nathalia Horizonte Bacelar , Shirley Oliveira Lima Nomura

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: luishenriquer Alves@gmail.com

RESUMO.

A supremacia da Constituição e da segurança jurídica nas relações é algo dotado de total relevância no ordenamento jurídico brasileiro, para a concretização disto existe o que chamamos de Controle de Constitucionalidade de Leis, podendo ser realizado tanto na forma Difusa como na forma Concentrada, além disso podendo ser realizado de forma preventiva e repressiva. No presente artigo vamos dissertar com mais ênfase sobre o Controle Difuso, controle este que é realizado em cima de um caso concreto, tendo seus efeitos limitados às partes e não sendo dotado de efeito erga omnes. Com isso buscaremos discorrer sobre a possibilidade da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, fenômeno que acontece quando uma lei ou ato normativo federal ou estadual é declarado inconstitucional pelo STF de maneira incidental, ou seja, em sede de controle difuso a decisão passa a ter eficácia erga omnes assim como acontece no controle concentrado.

Palavras Chaves: Abstrativização; Controle; Concentrado; Difuso; Leis.

THE ABSTRACTION OF DIFFUSE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY

ABSTRACT.

The supremacy of the Constitution and the legal safety in relations is something that has full relevance in the Brazilian legal system, to achieve this there is what we call the Constitutionality Control of Laws, It can be performed in both Diffuse and Concentrated form, and can be performed in a preventive and repressive manner. In the present article we will focus more on Diffuse Control, which is performed on top of a specific case, having its effects limited to the parts and not having the erga omnes effect. With this we will seek to discuss the possibility of the abstractionization of the diffuse control of constitutionality, a phenomenon that happens when a federal or state law or normative act is declared unconstitutional by the STF incidentally, that is, in the case of diffuse control, the decision becomes effective erga omnes as it happens in concentrated control.

Keywords: Abstraction; Control; Concentrated; Diffuse; Laws.

INTRODUÇÃO.

O estudo do controle de constitucionalidade é importantíssimo para se entender a supremacia das normas constitucionais. A primeira noção que se deve ter sobre o controle de constitucionalidade é a de que sua existência se deu através das Constituições escritas, e é daí que surge a ideia de verificar a compatibilidade entre as leis aprovadas e o texto da Lei Maior.

Em nosso sistema, encontramos dois modelos de controle de constitucionalidade, o Controle Concentrado e o Controle Difuso. Dentro do controle concentrado encontramos uma análise das normas por meio de abstração, ou seja, não há um caso concreto por trás; seus efeitos serão *erga omnes* e vinculantes. O controle difuso, é o controle realizado com base em um caso concreto, ou seja, há um caso e através desse caso nasce a discussão acerca da inconstitucionalidade de uma norma, entretanto seus efeitos são *inter partes*.

Acontece que atualmente vem ganhando notoriedade a teoria da abstrativização do controle difuso, por meio da qual o Supremo Tribunal Federal passa atribuir efeitos *erga omnes* para uma norma que foi declarada inconstitucional por meio da via difusa, ou seja, a decisão deixa de ser *inter partes* e passa a ser *erga omnes*.

O objetivo do presente artigo é realizar uma análise sobre o controle de constitucionalidade difuso e a abstrativização realizada pelo STF através da decisão que declara uma norma inconstitucional pela via difusa.

METODOLOGIA

O presente artigo foi produzido através de um levantamento bibliográfico e jurisprudencial sobre o Controle de Constitucionalidade, focando, entretanto, no controle difuso e a possibilidade de abstrativização de seus efeitos. Para tal pesquisa foi se utilizado doutrinas, biblioteca virtual, artigos eletrônicos e jurisprudência. Foi se utilizado ainda o método hipotético dedutivo, uma vez que buscamos construir e testar uma possível resposta a uma situação, através da análise da legislação vigente, doutrina e entendimento jurisprudencial.

RESULTADOS.

Os resultados consistem que atualmente vem crescendo em nosso ordenamento jurídico a defesa da aplicação da teoria da abstrativização, de modo que o Supremo Tribunal Federal possa, em sede de controle de constitucionalidade incidental, declarar uma norma inconstitucional e está inconstitucionalidade ser dotada de efeitos *erga omnes*.

DISCUSSÃO

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A primeira noção que se deve ter sobre o controle de constitucionalidade é a de que sua existência se deu através das Constituições escritas, e é daí que surge a ideia de verificar a compatibilidade entre as leis aprovadas e o texto da Lei Maior.

Historicamente, é possível identificar três grandes modelos para garantir a supremacia da Constituição: o modelo norte-americano, o modelo austríaco e o modelo francês. Entretanto, aqui no Brasil, o controle de constitucionalidade foi implantado paulatinamente, sob influências estrangeiras, mas principalmente da Europa. Seu desenvolvimento gerou um sistema *sui generis*, isto é, com características próprias.

A Constituição imperial de 1924 não previa o controle de constitucionalidade, contudo, assegurava um Poder Moderador, que era exercido pelo Imperador a fim de manter a harmonia entre os poderes. A Constituição de 1891, introduziu em nosso sistema o controle judicial de constitucionalidade, como herança do padrão estadunidense. A Constituição de 1934 manteve o controle de constitucionalidade difuso, incidental e repressivo. Quanto a Constituição de 1937, de caráter autoritário e centralizador, o Chefe do Executivo ficava responsável a dispor sobre todas as matérias, inclusive emendas constitucionais, através de decretos-leis.

Com a redemocratização do país, a Constituição de 1946 conservou diversos institutos do controle de constitucionalidade. No regime da Constituição de 1967/69, foram mantidos, com mínimas alterações, os dispositivos constitucionais encontrados da Constituição de 1946 com a alteração da Emenda Constitucional nº16/65 referentes ao controle de constitucionalidade. E, enfim, chegamos à Constituição de 1988, vigente atualmente, cujas particularidades serão expostas a seguir.

O controle de constitucionalidade é adstrito ao Princípio da Supremacia da Constituição, isto é, a existência de um escalonamento normativo é condição imprescindível para a efetiva supremacia constitucional, de forma que a Constituição, hierarquicamente, ocupe o topo da pirâmide normativa e sirva de fonte para que o legislador nela encontre conteúdo, forma e exigências necessárias para executar sua função.

Além disso, nas Constituições rígidas, como a brasileira, onde o processo para alterá-las é mais difícil que o da Lei ordinária, nelas (MORAES, 2017) o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la.

Dessa forma, o controle de constitucionalidade caracteriza-se como uma ferramenta do Direito Constitucional que visa verificar a compatibilidade (conformidade) de leis e atos normativos com a Lei Maior. Em síntese, o controle de constitucionalidade, funciona, então, como garantia da supremacia dos direitos e garantias previstos na Constituição, além de controlar a legalidade das leis e atos a fim de que não suprimam o previsto, isto é, tornando tudo aquilo contrário à constituição, inconstitucional.

CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle Concentrado de constitucionalidade é também conhecido como controle abstrato de constitucionalidade, pois a sua principal essência é realizar o controle de forma abstrata, ou seja, não se preocupa em analisar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo por meio de um caso concreto, possui assim como objetivo a busca da obtenção da invalidade de um lei ou ato normativo, a fim de garantir a segurança das relações jurídicas e até mesmo como uma concretização da própria garantia constitucional da segurança jurídica. Acontece que dentro desse controle a busca pela inconstitucionalidade e invalidação da lei ou ato normativo é o objetivo principal da ação.

Interessante salientar que (MORAES, 2016) essa espécie de controle de constitucionalidade surgiu em nosso país através da Emenda Constitucional nº 16, de 6-12-1965, que passou a atribuir ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar e processar lei ou ato normativo federal ou estadual eivada do vício da inconstitucionalidade, sendo que era apresentada pelo Procurador Geral da República, apesar de já existir a representação interventiva com a Carta Magna de 1934.

Cumprir frisar que atualmente a competência para se analisar tal inconstitucionalidade é do Supremo Tribunal Federal, uma vez que conforme o artigo 102, I, a) (BRASIL, 1988) compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Necessário entendermos que o controle de constitucionalidade concentrado possui um objeto, ou seja, o que poderá ser objeto do controle. Alexandre de Moraes (2016, p. 767) preceitua que:

Haverá cabimento da ação direta de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital, no exercício da competência equivalente à dos Estados-Membros, editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal e que ainda estejam em vigor. O Supremo Tribunal Federal não admite ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo já revogado ou cuja eficácia já tenha se exaurida (por exemplo: medida provisória não convertida em lei), entendendo, ainda, a prejudicialidade da ação, por perda do objeto, na hipótese de a lei ou ato normativo impugnados virem a ser revogados antes do julgamento final da mesma.

Devemos ainda, levar em consideração os efeitos que esse controle traz através de sua aplicação no ordenamento jurídico. O controle concentrado de constitucionalidade quando é realizado e é declarado que uma lei é inconstitucional, haverá efeitos *erga omnes* (gerais), *ex tunc* (retroativos), vinculantes e repristinatórios, ou seja, a partir do momento que a norma for declarada inconstitucional essa decisão valerá para todas as pessoas. MORAES (2016) preceitua que uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá então efeitos retroativos e para todos, dissipando, desde a sua origem, o ato que for declarado inconstitucional.

Faz-se necessário ainda entendermos quem são os legitimados a propor uma ação que busque analisar a constitucionalidade de uma lei em sede de controle de concentrado de constitucionalidade. A própria Constituição Federal (BRASIL, 1988) traz em seu artigo 103 que são legitimados a propor: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Partido Político com Representação no Congresso Nacional; Confederação Sindical ou Entidade de Classe de Âmbito Nacional.

CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle difuso de constitucionalidade procura de forma incidental solucionar litígios acerca de determinada norma incompatível com a Constituição Federal, de forma que a norma objeto de impugnação será a causa de pedir da ação e não o pedido principal. Em outras palavras, para que haja o exercício do controle difuso em determinada ação, torna-se necessário ter-se um caso no qual o mérito não é direcionado à declaração de inconstitucionalidade, pois estaríamos nos referindo ao controle concentrado, mas quando nos referimos a um *incidenter tantum* a análise que deverá ser feita faz menção ao fundamento do pedido.

Logo, o controle difuso que pode ser conhecido por suas outras nomenclaturas como aberto, incidental, concreto ou também via de defesa ou exceção, ostenta uma linha de atuação paralela da

reproduzida pelo Supremo Tribunal Federal em vias de controle abstrato, isso porque suas diferenças são apreciáveis desde a relação de nomes que apresenta, até os efeitos de suas decisões.

Desta forma, o controle difuso pressupõe a existência de um litígio concreto com a presença de partes conflitantes. Observa-se que aqui não se tem como objetivo a preservação da Constituição Federal e sim a tutela dos direitos e garantias individuais do cidadão comum, podendo figurar como requerente tanto pessoa física quanto jurídica titular do direito lesado, bastando apenas apresentar a capacidade requerida por lei.

Quanto ao objeto de apuração do controle realizado por via de exceção, qualquer norma editada após a Constituição Federal de 1988 e que conflite com esta ao ponto de impedir o anseio particular da parte, possui caráter impugnativo. A competência para julgamento de processos que versem sobre tal assunto é de qualquer juiz, seguindo o procedimento comum ou ordinário, podendo chegar ao Supremo Tribunal Federal pela via recursal.

Em relação aos tribunais, faz-se necessário a observância da cláusula de reserva de plenário, a Constituição Federal em seu artigo 97 expõe que, em casos de uma corte julgar inconstitucional determinada norma deverá fazê-lo por meio do órgão especial ou de seu pleno por maioria absoluta de seus membros. Para reconhecer a constitucionalidade da norma não há necessidade de remeter a questão ao plenário.

Os efeitos da norma julgada como inconstitucional equivalem à nulidade, retroagindo a data de sua edição, sendo assim os efeitos da ação quanto ao tempo são *ex tunc*. No tocante às partes, os efeitos em regra serão *inter partes*, pois a decisão que se obtém alcança somente o caso concreto posto em juízo.

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.

Na doutrina constitucionalista vem crescendo o estudo sobre a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Por meio dessa teoria insurge o pensamento de que o Supremo Tribunal Federal pode conferir eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes a uma norma declarada inconstitucional pela via difusa, isto é, uma norma que através da análise de um caso concreto obteve a sua inconstitucionalidade e passará a ter eficácia *erga omnes*.

Acontece que a divergência maior recai sobre o art.52, X, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que preceitua que: Compete privativamente ao Senado Federal: suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, ou seja, a lei declarada incidentalmente como inconstitucional para passar a ter eficácia *erga omnes* necessita de uma resolução do Senado Federal suspendendo a execução de tal norma.

Por meio da Teoria Abstrativização, essa resolução do Senado Federal somente seria um meio de divulgação de que uma norma foi declarada incidentalmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, a norma declarada incidentalmente inconstitucional terá eficácia *erga omnes* independentemente da edição de resolução pelo Senado Federal. Por meio desse pensamento o art.52, X, da CF sofreu uma mutação constitucional.

Podemos perceber ainda que, através de uma análise sucinta de um contexto histórico, concluímos que com o passar dos tempos a tendência vem sendo no sentido de conferir eficácia vinculante para os demais órgãos do poder judiciário as decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal, podemos a título de exemplo citar as súmulas vinculantes que entraram em nosso ordenamento jurídico através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

Com isso, entendemos que a teoria da abstrativização do controle difuso pode trazer benefícios para um processo de inconstitucionalidade, uma vez que possui uma funcionalidade muito grande de modo que alcança valores processuais buscados pela Constituição Federal de 1988, quais sejam, inafastabilidade da jurisdição, economia processual, celeridade processual, isonomia processual e além disso o mais importante, qual seja, segurança jurídica das decisões, uma vez que teremos um sistema judiciário decidindo de maneira uniforme acerca de uma questão.

CONCLUSÃO

Através do presente artigo científico conclui-se que, a teoria da abstrativização do controle difuso vem crescendo e ganhando grande notoriedade entre os constitucionalistas, uma vez que faz com que as decisões verificadas em controle incidental de constitucionalidade sendo dotadas de eficácia *erga omnes* e passem a ter eficácia vinculante aos órgãos do poder judiciário.

Com relação ao que preceitua o artigo 52, X, da Constituição Federal, a respeito da competência do Senado Federal em suspender a execução de normas declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, podemos notar que vem crescendo o entendimento de que houve uma mutação constitucional, por meio da teoria da abstrativização, e até mesmo até mesmo pela aplicação das súmulas vinculantes.

Por fim, podemos concluir que, através da teoria da abstrativização, possuímos uma aplicação melhor e mais abrangente das garantias processuais, garantias que estão elencadas principalmente no artigo 5º da Constituição Federal, dentre elas a garantia da Segurança Jurídica, garantia tão buscada atualmente em nosso sistema, sendo assim a aplicação da abstrativização deve ser sempre buscada dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCKIMIN DUTRA, Carlos Roberto de. A evolução histórica do controle de constitucionalidade de leis e seu papel no século XXI. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Revista Jurídica, 2003. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/470_arquivo.pdf. Acesso em: 22/07/2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20/07/2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 35. ed. São Paulo: Saraiva: 2009.

GOMES, Anderson Ricardo. Crítica à tese da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/125/358>. Acesso em: 26/07/2019.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 20.ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à lei n. 9882, de 3.12.1999. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 32.ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2016.

ORTEGA, Flávia Teixeira. Breve resumo de controle de constitucionalidade - abstrato e difuso. Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/306633425/breve-resumo-de-controle-de-constitucionalidade-abstrato-e-difuso>. Acesso em: 25/07/2019.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 4. ed. Rio de Janeiro: Método: 2009.

SLAIBI FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Banco do conhecimento, 2008. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136. Acesso em: 22/07/2019.

A FIGURA DO PREPOSTO COM ADVENTO DA REFORMA TRABALHISTA

Natália Alves De Santana

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: nattalia.santana@hotmail.com

RESUMO

O objetivo deste trabalho intitulado “A Figura do Preposto com Advento da Reforma Trabalhista” - é identificar quais são suas abrangências, sua efetividade, as vantagens e desvantagens desta alteração, bem como coletar informações atualizadas sobre o tema que sofreu alteração pela Nova Reforma Trabalhista. Tendo como objetivos específicos da pesquisa, identificar aspectos gerais do Preposto, sua aplicação antes e depois da Reforma Trabalhista; identificar quais são seus efeitos jurídicos; analisar a figura do preposto profissional, bem como identificar o reconhecimento da norma diante da jurisprudência. Para tal fim, o projeto desenvolvido utilizou para sua realização o método dedutivo, partindo de circunstâncias gerais para particulares, motivando uma análise da Norma Infraconstitucional da Consolidação das Leis do Trabalho, para análise dos problemas que se colocam quando da sua aplicação prática. Considerando seu caráter qualitativo, se procedeu analisando a luz da doutrina os fatos geradores da alteração legislativa, utilizando pesquisa bibliográfica, realizada a partir de obras doutrinárias, artigos eletrônicos, legislação e jurisprudência, obtendo ao seu final uma visão geral e atual sobre o tema.

Palavras-chave: Preposto. Audiência Trabalhista. Reforma Trabalhista. Preposto Profissional.

THE FIGURE OF THE PREPOSTO WITH ADVENT OF THE LABOR REFORM

ABSTRACT

The purpose of this paper entitled “The Figure of the Labor Reform Mayor” - is to identify its scope, its effectiveness, the advantages and disadvantages of this change, as well as to collect up-to-date information on the subject that has been changed by the New Labor Reform. Having as specific research objectives, identify general aspects of the Prefect, its application before and after the labor reform; identify what their legal effects are; analyze the figure of the professional mayor, as well as identify the recognition of the norm before the jurisprudence. To this end, the project developed used for its realization the deductive method, starting from general circumstances for individuals, motivating an analysis of the Infraconstitutional Norm of the Consolidation of Labor Laws, to analyze the problems that arise when its practical application. Considering its qualitative character, proceeding analyzing the light of the doctrine the facts that generate the legislative change, using bibliographic research, conducted from doctrinal works, electronic articles, legislation and jurisprudence, obtaining at its end a general and current view on the subject.

Keywords: Preposto. Labor Audience. Labor Reform. Professional Preposto.

INTRODUÇÃO

O Preposto é uma ferramenta de representação utilizada pelo empregador de uma empresa diante de um processo judicial trabalhista. A Lei n.º 5.452/43, dispõe no artigo 843 e seus parágrafos, que, na audiência de julgamento trabalhista, é necessário que estejam presentes o reclamante e o reclamado. Ocorre que a lei faculta ao empregador a possibilidade de este nomear uma terceira pessoa para representa-lo na referida audiência, caso esteja impossibilitado de comparecer.

Deste modo, determinada pessoa é escolhida pelo empregador da empresa para representa-lo na audiência de julgamento trabalhista, suprimindo a ausência do sócio ou do proprietário da empresa.

Dentro desse cenário, com advento da Reforma Trabalhista, houve diversas e significativas alterações na Lei n.º 5.452/43, inclusive em relação à figura do preposto. Anteriormente à Reforma Trabalhista, a lei exigia que o preposto tivesse a condição de empregado da empresa, entendimento este que era inclusive abordado na Súmula nº. 377 do TST. Com a adoção do § 3º, no artigo 843, da CLT, a lei

passou a admitir a representação do empregador por preposto não empregado de sua empresa, ou seja, o empregador pode escolher qualquer pessoa para representa-lo na audiência de julgamento trabalhista, desde que tenha conhecimento dos fatos (art. 843, § 1º, da CLT). Com tal possibilidade, surgiu uma nova figura de representação, o denominado *preposto profissional*.

Este trabalho, portanto, orientar-se-á no sentido de buscar uma visão geral e atual sobre o tema.

Diante deste salto normativo, buscou-se reunir informações com o propósito de responder ao seguinte problema de pesquisa: “A novidade trazida pela Reforma Trabalhista instrumentalizada pela Lei nº 13.467/17 no que tange à possibilidade de utilizar-se de preposto não empregado, irá facilitar a atuação das empresas nas audiências trabalhistas ou tais modificações não estimulam o comparecimento da empresa na audiência, trazendo dificuldade para a solução dos conflitos?”.

Parte-se da hipótese de que qualquer empregador pode se fazer representar na audiência trabalhista por preposto não empregado, desde que tenha conhecimento dos fatos.

O objetivo geral deste trabalho é identificar se a alteração trazida pela Reforma Trabalhista em relação a figura do preposto interfere de modo positivo ou negativo nas relações trabalhistas, apresentando como objetivos específicos aspectos gerais do Preposto, sua aplicação antes e depois da reforma, análise da figura do preposto profissional, e por fim, identificar o reconhecimento da norma diante da jurisprudência.

O tema é de suma importância, haja vista a presença de discussões doutrinárias acerca da existência de pontos negativos e positivos inerentes à alteração legislativa. Com objetivo de atrair atenção para o tema, o trabalho apontará todos esses pontos apresentados de forma aprofundada e ainda será realizado estudo da figura do preposto profissional.

Não obstante, o presente estudo justifica-se ainda pela importância acadêmica e científica, pois contribui com a superação de lacunas no conhecimento além de coadjuvar a reflexão do tema junto à academia, despertando interesse e debates.

O projeto desenvolvido utilizou para sua realização o método dedutivo, partindo de circunstâncias gerais para particulares, motivando uma análise da norma infraconstitucional da Consolidação das Leis do Trabalho, para que se analise os problemas que se colocam quando da sua aplicação prática. Considerando seu caráter qualitativo, se procederá analisando à luz da doutrina os fatos geradores da alteração legislativa, utilizando para tanto, pesquisa bibliográfica, realizada a partir de obras doutrinárias, artigos eletrônicos, legislação e jurisprudência.

MÉTODOS

A metodologia utilizada para elaboração do presente trabalho consistiu em pesquisa bibliográfica e consulta as legislações pertinentes, especialmente, a própria Lei Processual Trabalhista e a Constituição Federal, tal pesquisa inclui também a doutrina pátria, além de julgados relevantes dos tribunais estaduais e superiores.

RESULTADOS

Nas audiências de Instrução e Julgamento realizadas na esfera trabalhista encontra-se, algumas vezes, a presença do preposto, que nada mais é do que o representante de uma empresa diante de um processo judicial. O empregador institui o preposto para praticar algum ato por delegação em seu nome. Sua função na audiência aparenta ser simples, mas reveste-se de relevância, uma vez que substitui a falta do sócio ou proprietário da empresa na audiência trabalhista.

A Consolidação das Leis do Trabalho trata da figura do preposto no artigo 843, §§ 1º e 2º, que dispõe:

Art. 843 - Na audiência de julgamento deverão estar presentes o reclamante e o reclamado, independentemente do comparecimento de seus representantes salvo, nos casos de Reclamatórias Plúrimas ou Ações de Cumprimento, quando os empregados poderão fazer-se representar pelo Sindicato de sua categoria.

§ 1º É facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o proponente.

§ 2º Se por doença ou qualquer outro motivo poderoso, devidamente comprovado, não for possível ao empregado comparecer, poderá fazer-se representar por outro empregado que pertença à mesma profissão, ou pelo seu sindicato.

Com advento da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467 de 2017), referido artigo teve o § 3º acrescentado, o qual preleciona que “o preposto a que se refere o § 1º deste artigo não precisa ser empregado da reclamada”. Aludido parágrafo será tratado mais adiante.

Assim, como dispõe o §1º do referido artigo, o preposto deve ter efetivamente o conhecimento dos fatos, ou seja, ele deve conhecer a rotina da empresa e dos funcionários, deve ter conhecimento sobre a vida do empregado que demanda contra a empresa, ter conhecimento do processo que está em andamento, quais verbas o funcionário está reivindicando para que consiga preparar a defesa da empresa, deve prestar respostas claras sem contradição, e diante disso, o preposto não pode apontar desconhecimento dos fatos, bem como, não pode confessar a favor do empregado, sob pena da empresa reclamada ser condenada nos termos do alegado pelo empregado. (GIOMETTI, P. 2018, não numerado).

O preposto é a personificação da figura do empregador na audiência de Instrução e Julgamento, portanto, é exigido que ele tenha conhecimento dos fatos para evitar a incidência da confissão ficta, ou seja, tudo aquilo que é alegado pelo preposto obriga o empregador. (GIOMETTI, P. 2018, não numerado).

Nesse sentido, recente decisão proferida pelo E. Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. PROCESSO REGIDO PELA LEI 13.015/2014. ASSÉDIO MORAL. **CONFISSÃO FICTA. PREPOSTO SEM CONHECIMENTO DOS FATOS. De acordo com o § 1º do artigo 843 da CLT, o preposto deve ter conhecimento dos fatos, sob pena de a Reclamada restar fictamente confessa, com a consequente presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte adversa.** No caso examinado, conforme destacado pelo Tribunal Regional, o preposto demonstrou desconhecimento sobre os fatos que deram ensejo ao pedido de indenização por assédio moral. Como cediço, o desconhecimento pelo preposto dos fatos objeto da demanda equivale à recusa a prestar depoimento, circunstância que atrai, na espécie, os efeitos da ficta confissão (artigo 843, § 1º, da CLT). Logo, correta a condenação da Reclamada ao pagamento de indenização por assédio moral. Recurso de revista conhecido e não provido. (grifo nosso).

(TST - RR: 108342620145010226, Relator: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 28/06/2017, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/06/2017).

Sendo assim, a parte reclamada pode se fazer representar na audiência de Instrução e Julgamento Trabalhista por preposto, ressalvada a parte final do §1º do artigo 843 da CLT. Caso o preposto indicado não demonstre conhecimentos dos fatos, a parte reclamada poderá sofrer pena de confissão, uma vez que a audiência tem como objetivo o esclarecimento dos fatos, pois a parte documental escusa de audiência. (LIMA, M.; LIMA, R. 2017, p. 135).

A regra geral prevista no processo do trabalho é a legitimidade do empregado e do empregador para figurar no processo como parte, entretanto, há casos em que terceiros a essa relação também podem assumir tal posição. É o caso dos herdeiros, que por transmissão cobram os direitos do trabalhador em juízo em razão de sua morte. (NASCIMENTO, A. 2011, p. 198).

À vista disso, até que ponto o preposto faz parte da relação jurídica? Nessa perspectiva, Teixeira Filho, M. (2017, p. 146), ressalta que embora a lei prevê a *substituição* do empregador pelo preposto, isso não ocorre de fato, de modo que o texto legal apresenta um pequeno equívoco. Ora, se realmente ocorresse a substituição de fato do empregador pelo preposto, este se transfiguraria ao estado de parte na relação processual. Sendo assim, trata-se na verdade de mera *representação*, uma vez que o preposto não é parte no processo em que atua.

Nesse caso, temos que o preposto não integra efetivamente a relação jurídica estabelecida entre as partes, tratando-se apenas de um terceiro que tem *função de representação*, como bem aponta aludido autor. Sendo assim, o preposto está mais ligado ao processo em si do que às partes.

Devemos ressaltar ainda, que o preposto não é representante da parte no *processo*, e sim, unicamente no momento da *realização da audiência*. (JORGE NETO, F.; CAVALCANTE, J. 2015, p. 459).

Diferente do instituto da representação processual, é a substituição processual mencionada no §1º, do artigo 843 da CLT. Como visto anteriormente, Teixeira Filho, M. (2017, p. 146) retrata o uso do termo substituição como um equívoco no texto legal. A substituição processual está prevista no artigo 18, parágrafo único do Código de Processo Civil que dispõe:

Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.

Podemos notar que, a substituição processual na verdade ocorre quando o sujeito atua na defesa de uma pretensão alheia, mas em seu próprio nome e interesse dentro do processo. No caso previsto no mencionado artigo, o substituto processual é parte no processo, podendo inclusive o substituído intervir como assistente litisconsorcial, assim como dispõe o parágrafo único.

Muito se discute em relação à possibilidade de o advogado acumular a função do preposto, ou seja, neste caso, atuaria como advogado e preposto do reclamado simultaneamente. Entretanto, tal modalidade não é permitida entre os juízes que utilizam a previsão contida no artigo 3º do Regulamento Geral do Estatuto da OAB e no artigo 23 do Código de Ética e Disciplina da OAB como fundamentação do indeferimento. O artigo 23 do CED dispõe que “é defeso ao advogado funcionar no mesmo processo, simultaneamente, como patrono e preposto do empregador ou cliente”. (CISNEIROS, G. 2018, p. 125).

Referido autor entende que caso não haja mais de um advogado na procuração, a opção mais viável seria a da cumulatividade, mesmo que tal atuação contrarie Regulamento Geral do Estatuto da OAB, uma vez que este regulamento não é lei. Seu entendimento foi reconhecido pelo TRT que admitiu a atuação simultânea com base no princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, inciso II, da CF:

RECURSO DE REVISTA. PREPOSTO. ADOGADO. ATUAÇÃO SIMULTÂNEA. REVELIA. **Este Tribunal tem se orientado no sentido de que é possível a atuação simultânea nas funções de advogado e preposto, ainda que no mesmo processo, desde que o advogado seja empregado da reclamada.** Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (grifo nosso).

(TRT, 2ª Turma, AIRR 1555-19.2010.5.09.0651, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data do Julgamento: 14/09/2012). (Sem grifos no original).

Sendo assim, entende-se que diante da não aplicabilidade da Súmula 377 do TST, em face do §3º do artigo 843 da CLT, a possibilidade de o advogado acumular as duas funções tornou-se direito do reclamado, uma vez que não há qualquer requisito de validade para tanto (CISNEIROS, G. 2018, p. 125).

DISCUSSÃO

Em relação à representação da microempresa ou empresa de pequeno porte, o art. 54 Lei Complementar n. 132/2006 facultou ao “empregador de microempresa ou de empresa de pequeno porte fazer-se substituir ou representar perante a Justiça do Trabalho por terceiros que conheçam dos fatos, ainda que não possuam vínculo trabalhista ou societário”. (LEITE, C. 2017, p. 663).

De acordo com Santos, E.; Hajel Filho, R. (2017, p. 263) a representação do empregador doméstico pode ser feita por qualquer pessoa, desde que seja absolutamente capaz e que tenha conhecimento dos fatos relacionados à demanda.

O Tribunal Superior do Trabalho adotou por sua SBDI-1, a OJ nº. 99, a qual previa que o preposto deveria ser necessariamente empregado da parte reclamada, salvo se este fosse empregador doméstico, assim enunciada:

PREPOSTO EXIGÊNCIA DA CONDIÇÃO DE EMPREGADO. – Res. n.º 146/2008, DJ 28.4.2008, 2 e 5.5.2008.

Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado. Inteligência do art. 843, § 1º, da CLT e do art. 54 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006. (grifo nosso).

Essa OJ mais tarde foi convertida na Súmula nº. 377 do TST, que passou a ampliar a possibilidade de representação por parte do empregador por preposto não empregado também para as microempresas ou empresas de pequeno porte, que recebeu a seguinte redação:

Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, ou contra micro ou pequeno empresário, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado. Inteligência do art. 843, § 1º, da CLT e do art. 54 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. (grifo nosso).

Ocorre que, referida súmula ficou sem fundamento de validade quando o § 3º, do artigo 843 foi acrescentado para admitir o preposto não empregado da parte reclamada (empregador/empresa). (LIMA, M.; LIMA, R. 2017, p. 135).

Após a Reforma Trabalhista, o § 3º do art. 843 da CLT passou a admitir preposto não empregado, que já era admitido em relação ao empregador doméstico, a Micro Empresa e Empresa de Pequeno Porte, conforme art. 53 da LC n.º 123, tornando sem fundamento a OJ n.º. 99 e a Súmula n.º. 377, ambas do TST (LIMA, M.; LIMA, R. 2017, p. 135).

Segundo Teixeira Filho, M. (2017, p. 146), antes da alteração no sistema de representação, houve calorosa discussão na doutrina e jurisprudência pátria acerca da necessidade ou não do preposto ser empregado da pessoa que representa em juízo.

Para Schiave, M. (2018, p. 116) o § 3º, do artigo 843, da CLT encerra essa discussão sobre deter ou não o preposto, condição de empregado do empregador.

Nesse sentido, dispõe o § 3º, do artigo 843, da CLT:

Art. 843 - Na audiência de julgamento deverão estar presentes o reclamante e o reclamado, independentemente do comparecimento de seus representantes salvo, nos casos de Reclamatórias Plúrimas ou Ações de Cumprimento, quando os empregados poderão fazer-se representar pelo Sindicato de sua categoria.

§ 3º - O preposto a que se refere o § 1º deste artigo não precisa ser empregado da parte reclamada. (grifo nosso).

Como vimos, a nova norma não faz qualquer ressalva, não cabendo ao intérprete fazê-lo quando o Legislador não perpetra restrições. Neste caso, desde o dia 11 de novembro de 2017, o empregador tem a prerrogativa de se fazer representar em audiência por qualquer pessoa que tenha conhecimento dos fatos. Lembrando que as alterações realizadas pela Reforma Trabalhista não retroagem a data anterior (CPC, artigo 14), de acordo com a Teoria do Isolamento dos Atos Processuais (CISNEIROS, G. 2018, p. 123).

Vale ressaltar que referida alteração não afasta a previsão feita na parte final do § 1º do mesmo artigo, analisado anteriormente. Sendo assim, até mesmo o preposto não empregado deve ter conhecimento dos fatos e suas declarações irão obrigar o reclamado.

Consoante preleciona Lima Meton e Lima Rodrigues (2017, p. 136), se o preposto escolhido não demonstrar conhecimento dos fatos na audiência, o reclamado poderá sofrer pena de confissão.

Assim dispõe o artigo 844, § 5º da CLT:

Art. 844 - O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e **o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.** (grifo nosso).

§ 5º Ainda que ausente o reclamado, presente o advogado na audiência, serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados.

Preliminarmente, cabe a nós fazer a distinção de revelia e confissão para compreender ao que efetivamente estará a parte reclamada sujeita, no caso de indicar preposto que não tenha conhecimentos dos fatos alegados na demanda.

Vejamos, de acordo com Teixeira Filho, M. (2017, p. 157), revelia e confissão são institutos diversos, ainda que quase sempre estão interligadas. Revelia nada mais é do que um ato processual causado pela ausência injustificada de contestação no prazo estipulado em lei. Já a confissão, é a aceitação (presumida ou expressa, voluntária ou provocada) por uma das partes, de fatos contrários aos seus interesses e favoráveis ao adversário.

De acordo com referido autor, o efeito da revelia é a presunção de veracidade dos fatos narrados na exordial.

Para Lima Meton e Lima Rodrigues (2017, p. 140) o § 5º, do artigo 844, da CLT, não revoga o “*caput*”, ou seja, mesmo que presente o advogado na audiência, e aceitos a contestação e eventuais documentos apresentados, o Magistrado declarará à revelia e a confissão do reclamado se ele não estiver presente ou não indicar preposto que conheça os fatos daquela demanda. Em razão da confissão, o juiz encerra as provas sem prejuízo do contraditório em relação as provas trazidas pelo revel e a confissão ficta torna-se relativa, tendo em vista que esta não prevalecerá contra prova documental.

Já para Schiave, M. (2018, p. 123), o § 5º, do artigo 844, da CLT, exalta o contraditório, a ampla defesa e o acesso a ordem jurídica pelo reclamado, de modo que diante do não comparecimento do reclamado ou de seu preposto haverá confissão ficta, mas não à revelia, tendo em vista que ainda que

ausente, o reclamado apresentou contestação e outros documentos por meio de seu advogado, ou seja, houve ânimo de defesa. Motivo pelo qual, a Súmula n.º 122 do TST fica revogada.

Este também é o entendimento de Teixeira Filho, M. (2017, p. 169), dispondo que a regra estipulada no § 5º, do citado artigo é de boa lógica, tendo em vista que a revelia se caracteriza pela ausência de defesa, não faria sentido considerar revel quem elaborou contestação e a levou em juízo; e justa, pois o reclamado se atentou em oferecer contestação, manifestando o seu “*animus*” de apresentar defesa, reagindo, desse modo, as alegações feitas na exordial.

No que tange à revogação da Súmula n.º 122 do TST dispondo que “*A reclamada, ausente à audiência em que deveria apresentar defesa, é revel, ainda que presente seu advogado munido de procuração (...)*”, aludido autor afirma ser insustentável tal ponto de vista, uma vez que, como dissemos anteriormente à revelia se caracteriza pela ausência injustificada de contestação; sendo assim, se o advogado do réu, no prazo legal, estiver portando a contestação (defesa escrita) ou até mesmo produzi-la oralmente, não há que se falar em revelia. Seguindo essa perspectiva, podemos apontar o entendimento semelhante do tribunal, que no caso de não comparecimento do reclamado e de seu advogado em audiência, em razão de recurso interposto por revel, anula o processo por entender que estava presente em razão da prova documental produzida em grau de recurso, ou seja, está presente mais uma vez, o ânimo de defesa (Súmula n.º 8 do TST).

Referido autor ainda enfatiza que a aceitação da contestação e dos documentos no caso previsto no § 5º, deste artigo, não é uma mera faculdade atribuída ao magistrado, mas sim uma imposição, ou seja, eventual recusa do magistrado caracterizará constrangimento do exercício do direito Constitucional da ampla defesa, prevista no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

A nosso ver, a interpretação mais acertada é aquela feita por Schiave e Teixeira Filho, valendo-se da ideia de que diante do não comparecimento do reclamado/preposto haverá confissão ficta, mas não revelia, pois houve a apresentação de contestação e eventuais documentos, nos termos do § 5º, do artigo 844, da CLT.

É notória a divergência doutrinária em vários pontos alterados pela Reforma Trabalhista, em especial a figura do preposto e seus efeitos enquanto não empregado da parte reclamada.

Também por este prisma é o entendimento do renomado Schiave, M. (2018, p. 116/117), que divide os principais fundamentos apontados pela doutrina para apoiar ou criticar a condição de empregado do preposto, asseverando que aqueles que entendem como desnecessário o preposto ser empregado do reclamado, apontam como principais argumentos, dentre outros:

(a) a falta de previsão legal, tendo em vista que a norma não exige essa condição;

(b) a impossibilidade imposta ao empregador de acesso à justiça quando este não pode ou não tem condições de nomear empregado para representa-lo na audiência trabalhista;

(c) o fato de que uma pessoa próxima ao reclamado pode conhecer com maior riqueza de detalhes os fatos daquela relação de emprego do que um empregado;

(d) e por fim, apontam que o risco da escolha de seu representante é inteiramente e exclusivo do empregador em nomear preposto que não tenha conhecimento dos fatos.

Conclui o autor, mencionando os principais argumentos utilizados por aqueles que entendem que o preposto deve ser empregado do reclamado, quais sejam:

(a) necessidade real de o preposto conhecer os fatos que geram determinada demanda;

(b) o princípio da oralidade do processo do trabalho;

(c) a busca da verdade real, tendo em vista que o preposto empregado tem maior possibilidade de relatar a realidade de fato do contrato de trabalho;

(d) evitar a criação da figura de prepostos profissionais, junto com a moralização do processo do trabalho.

Teixeira Filho, M. (2017, p. 146) integra a corrente de pensamento que exige do preposto a qualidade de empregado da pessoa que representa em juízo. Referido autor aponta um fundamento de direito e outro de fato para justificar seu posicionamento, de direito porque o § 1º do art. 843 da CLT faz menção primeiro ao gerente, e depois ao preposto, nos levando à ideia de que na relação de emprego o gerente não pode se desvincular desta, logo, entende-se que o representante do empregador (preposto) deve ter vínculo empregatício com este, caso contrário não haveria motivo para que o legislador fizesse menção ao gerente, bastando que dissesse que a representação poderia ser feita por qualquer pessoa; e fundamento

de fato porque implicaria permitir o exercício da procuradoria judicial por quem não está legalmente autorizado a fazê-lo, abrindo margem a preposição profissional.

Do mesmo modo, Schiave, M. (2018, p. 117) faz essa interpretação teleológica e sistemática dos artigos 843 e 844 da CLT, junto com o princípio da oralidade para sinalizar que o preposto seja empregado do representado para que conheça dos fatos e facilite ao magistrado o acesso aos fatos mais importantes do processo.

Ocorre que todos os argumentos utilizados por estes doutrinadores foram fulminados diante da introdução do § 3º, do art. 843, da CLT, declarando que o preposto do empregador não necessita mais ostentar a condição de empregado do empregador.

Dentre todas as situações apresentadas, é imprescindível analisar de que forma a Jurisprudência Pátria se comporta ante a alteração legislativa que permite preposto não empregado na audiência trabalhista. Nesse sentido, é o entendimento dos Tribunais Regionais do Trabalho:

ACÚMULO DE FUNÇÃO. PLUS SALARIAL. **PREPOSTO QUE NÃO DEMONSTRA CONHECIMENTO SOBRE OS FATOS. CONFISSÃO FICTA.** PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE. ART 843, § 3º, DA CLT. **Se o preposto declara desconhecer, ainda que de forma aproximada, as funções exercidas pela reclamante, fato sobre o qual se espraia a tutela jurisdicional, presume-se verdadeira a alegação contida na inicial** de que a autora acumulou as funções de atendente e supervisora, em face da aplicação da pena de confissão ficta, nos termos do artigo 843, § 3º, da CLT. (TRT-17 - RO: 00002624020175170006, Relator: WANDA LÚCIA COSTA LEITE FRANÇA DECUZZI, Data de Julgamento: 14/03/2018, Data de Publicação: 16/04/2018). (grifo nosso).

JAVIER & MORAES LTDA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE PROCESSUAL. **As audiências realizadas após 11-11-17 devem observar o previsto no art. 843, § 3º, da CLT, conforme art. 12, § 1º, da IN 41/2018 do TST.** Caso em que não foi oportunizada prova necessária ao respaldo da alegação da parte ré, ocorrendo a violação dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. **Verificado o cerceamento de defesa, deve ser decretada a nulidade da decisão, desde o momento em que declarada a pena de confissão à demandada. Recurso da reclamada provido para decretar a nulidade do processo desde a declaração da pena de confissão imposta à ré, determinando o retorno dos autos à origem para a regular prosseguimento e instrução do feito.** (TRT-4 - RO: 00204640720175040004, Data de Julgamento: 03/09/2018, 10ª Turma). (grifo nosso).

AÇÃO DE CUMPRIMENTO. SINDICATO PROFISSIONAL. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. PREPOSTO. INEXIGÊNCIA DE VÍNCULO ADMINISTRATIVO OU TRABALHISTA COM A ENTIDADE. **O art. 75, item VIII, do CPC, estabelece que a pessoa jurídica será representada em juízo, ativa e passivamente, por quem os respectivos atos constitutivos designarem ou, não havendo essa designação, por seus diretores. No caso, o Estatuto Social do autor diz que compete ao Presidente "Nomear preposto para representar o Sindicato em atos extrajudiciais ou em processos judiciais" (art. 24).** A conclusão a que se chega é que foi conferido ao Presidente do sindicato a prerrogativa para livre indicação de preposto para atuar nos processos judiciais, não havendo necessidade que o representante tenha algum vínculo com a entidade, seja de ordem administrativa ou trabalhista. **Incidência, ainda, do art. 843, § 3º, da CLT.** (TRT-3 - RO: 00110142320175030051 0011014-23.2017.5.03.0051, Relator: Manoel Barbosa da Silva, Quinta Turma). (grifo nosso).

REPRESENTAÇÃO EM AUDIÊNCIA POR PREPOSTA QUE NÃO É EMPREGADA. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO QUE APLICOU AS PENAS DE REVELIA E CONFISSÃO FICTA À RECLAMADA. ASSÉDIO PROCESSUAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. **Não se vislumbra o cometimento de qualquer ato ilícito pela reclamada ao apresentar como preposta, em audiência realizada em 04/06/2018, pessoa que não é sua empregada, a teor do art. 843, § 3º, da CLT (incluído pela Lei 13.467/2017) e do art. 12, § 1º, da Instrução Normativa 41/2018, do TST, nem tampouco ao pedir a reconsideração da decisão na própria assentada, sem provocar nenhuma postergação desarrazoada do processo. Recurso parcialmente provido para excluir da condenação o pagamento de indenização por assédio processual.** (TRT: RO – 0001281-30.2017.5.06.0122, Relator: José Luciano Alexo da Silva. Data de julgamento: 31/01/2019. 4ª Turma). (grifo nosso).

PREPOSTO QUE NÃO É EMPREGADO - **RECLAMAÇÃO TRABALHISTA ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.467/2017** – REVELIA – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Diante da confissão do preposto, em audiência, de que não ostenta a condição de empregado da empresa Demandada, escorreita se revela a sentença hostilizada ao decretar sua revelia, aplicando a pena de confissão ficta à ora Recorrente. Em seguida, imperioso registrar que o Colendo TST, através da Resolução n.º 221, de 21/06/2018, editou a Instrução Normativa n.º 41, que dispõe acerca das normas da CLT, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 13.467/2017 e sua aplicação ao Processo do Trabalho, encontrando-se assim estabelecido em seu artigo 1º: **“A aplicação das normas processuais previstas na CLT, alteradas pela Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017, com eficácia a partir de 11 de novembro de 2017, é imediata, sem atingir, no entanto, situações pretéritas iniciadas ou consolidadas sob a égide da lei revogada.** (TRT – 0001139-11.2017.5.20.0001, Relator: Vilma Leite Machado Amorim, Data de Publicação: 25/09/2018). (grifo nosso).

Assim sendo, referida modificação trabalhista abre as portas para a criação de uma nova figura, qual seja, o preposto profissional.

No meio jurídico, contamos com os advogados autônomos, que atuam em outros Estados ou cidades para deliberados escritórios advocatícios. Do mesmo modo, poderá ocorrer na esfera das empresas no que tange as audiências trabalhistas, surgindo então, a figura do preposto profissional.

E até mesmo a modalidade do preposto profissional não fica apartado das discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Em concordância com o uso do preposto profissional Negreiros, I. (2018, não numerado), afirma que o preposto profissional facilita a atuação destes quando da representação, de modo que reafirma sua importância como profissão que deve ser reconhecida sem agredir os direitos dos trabalhadores. Assevera ainda que, além de proporcionar o surgimento de uma nova profissão no mercado de trabalho, não se exige formação acadêmica para seu exercício, mas tão somente conhecimentos básicos de direito e conhecimento dos fatos geradores da demanda.

Aludido autor trata a figura do preposto profissional como uma grande causa a ser defendida, tendo em vista que o preposto profissional é um importante benefício atribuído a empresa, não só pelo aspecto processual de ser representado perante o Poder Judiciário por um profissional especializado, mas também porque diminui os custos que seriam gastos pela parte reclamada, possibilitando maior sobressalente para possíveis investimentos.

No mesmo sentido é o entendimento de Pantaleão, S. (2018, não numerado), prelecionando que referidas mudanças podem melhorar de forma considerável a atuação de muitas empresas nas audiências trabalhistas, inclusive empresas que possuem filiais alastradas por todo país, e que, antes de tal previsão possuíam grande orçamento para deslocar empregados para atuarem nas reclamatórias trabalhistas. Sendo assim, considerando que não haverá mais esse deslocamento, resta a redução de custos por parte da empresa.

Supracitado autor ressalta ainda a importância do cuidado que o empregador deve ter no sentido de orientar o preposto sobre os fatos geradores daquela lide, tendo em vista que, diferentemente do que ocorre com os empregados, os prepostos profissionais não tem contato com a parte reclamante e desconhecem a realidade fática da empresa reclamada, e como mencionado anteriormente, tudo que for dito na audiência pelo preposto, obriga o empregador, e caso haja contradição e/ou o preposto não conheça de fato a situação ali presente, estará constituída a confissão por parte do empregador.

Observa-se que o principal argumento utilizado pela doutrina que entende ser viável a figura do preposto profissional, consiste no fato de que sua utilização reduz os custos que seriam gastos pela empresa, bem como, evitaria que o empregador sofresse os encargos da revelia.

Vale ressaltar que, atualmente, em rápida averiguação feita nos mecanismos de pesquisas disponíveis no sistema global de redes de computadores, podemos nos deparar com diversos sites criados para facilitar a busca do empregador por um preposto profissional, bem como a existência de cursos de qualificação de prepostos. Os prepostos profissionais utilizam dessa ferramenta para demonstrar o conhecimento técnico que possuem, diferenciando-os dos prepostos comuns, alegando que com a contratação de um preposto profissional a experiência e qualificação é garantida, e a empresa não necessitaria dispor de um funcionário para executar a demanda.

Em contrapartida aos ideais apresentados até então, Teixeira Filho, M. (2017, p. 146/147) entende que admitir que a representação seja exercida por quem não tem vínculo com o quadro de funcionários da empresa, de fato implica permitir o exercício de uma espécie de preposição profissional. Fazendo rápida comparação da figura do preposto profissional com a hipótese dos contabilistas e dos contadores, tem-se que em defluência de serem rotineiramente designados como prepostos de seus clientes, acabavam por polir-se na matéria de Direito do Trabalho e até mesmo em questões processuais.

Referido autor entende que o preposto profissional tem uma certa familiaridade processual, e em decorrência desta, são extremamente habilidosos, medindo cada palavra na ocasião de seu interrogatório, sendo que alguns prepostos até mesmo formulam conclusões pessoais. Ocorre que, o fato de o risco da indicação do preposto ser do empregador, tendo em vista que as declarações do preposto o obrigam, não deveria causar uma impressão favorável a quem estivesse habituado com a realidade prática. Quando o preposto é empregado da empresa, este não teria condições de atuar em juízo em nome de outros empregadores, ou seja, haveria uma limitação referente ao contrato de trabalho.

Conclui o autor dizendo que somente por motivos excepcionais se deveria concordar que o preposto não fosse empregado do reclamado, isto porque quando não houver necessidade, é provável que se veja ser reproduzida novamente a situação do contador ou contabilista mencionada anteriormente, em que uma mesma pessoa comparecia em juízo para representar diversos empregadores, em diversas audiências e processos, tornando-se um problema, pois nessas situações, o magistrado não via utilidade no interrogatório do preposto (que nada tinha relação com o caso), frustrando assim, a razão pela qual se busca ouvir o polo passivo da demanda. Exemplo disso, são casos em que o preposto se mostra conhecedor de normas processuais e se sente à vontade para discordar do magistrado.

Não obstante, referido autor ainda levanta a questão de que permitir prepostos não empregados, além de estimular a formação de prepostos profissionais, poderia inclusive, ensejar a criação da figura do *preposto de plantão*, que permanecerá nas dependências dos fóruns, com a finalidade de se colocar à disposição de quem dele precisar. (TEIXEIRA FILHO, M. 2017, p. 147).

No que tange a esta discussão doutrinária, Beatriz Olivon (2018, não numerado) faz menção à uma decisão da Justiça do Trabalho proferida após o implemento da Reforma Trabalhista que negou o uso de preposto profissional na audiência trabalhista. Na decisão proferida, a Magistrada Daniela Lustoza Marques de Souza entendeu que apesar da Lei Trabalhista permitir preposto não funcionário do empregador, a lei não a dispensa de ter conhecimento das condições de trabalho que geraram o processo. Referida decisão demonstra a polêmica em torno do assunto, considerando que diversas empresas passaram a oferecer os serviços de prepostos profissionais para atuarem nas audiências trabalhistas, há um choque direto com o entendimento recente, que poderá dificultar a pacificação do entendimento da aplicabilidade da norma.

Citada autora aduz os autos de nº. 0000708-02.2017.5.21.0016 analisados pela MM. Juíza que tratam a respeito de um ex-funcionário que alegou ter trabalhado como pintor por quase dois meses quando foi demitido sem justa causa e assinou o termo de rescisão do contrato de trabalho sem receber qualquer verba trabalhista da empresa. Na audiência, a Juíza questionou a empresa (que era representada por advogado) a respeito da situação do preposto apresentado, constatando que se tratava de preposto profissional.

Em sentença proferida, no que tange aos termos do artigo 843, § 3º da CLT, consoante, “o preposto não precisa ser empregado da parte reclamada”, detalha a magistrada: “*O permissivo legal não autoriza que 'qualquer pessoa' possa atuar como preposto, pois há necessidade de que esta possua posição de fala em juízo acerca das atividades desempenhadas pela ré, o que não é o caso da preposta trazida à audiência deste processo judicial*”. (OLIVON, B. 2018, não numerado).

Destaca ainda a MM. Juíza, que o processo em epígrafe foi ajuizado antes da vigência da Reforma Trabalhista, e que a empresa reclamada demonstrou intenção de diminuir os custos do processo quando decidiu não enviar um preposto que pudesse de fato manifestar-se acerca da reclamação proposta, considerando, diante da situação, caracterizada a confissão da empresa reclamada em relação aos fatos apresentados, bem como, aceitou parte dos pedidos ajuizados pelo reclamante. (OLIVON, B. 2018, não numerado).

O entendimento da magistrada encontra respaldo nas palavras de Teixeira Filho, M., que como dito anteriormente entende que a permissão da atuação de preposto profissional retira a credibilidade do interrogatório da parte reclamada, ou seja, a representação perde a segurança.

Em contrapartida, Rodrigues, J.; Vieira, J. (2018, não numerado) apontam que a posição da magistrada é equivocada, uma vez que não encontra respaldo legal e contraria os princípios trazidos pela Reforma Trabalhista, além de trazer insegurança jurídica, uma vez que as empresas reclamadas não podem ficar à disposição da interpretação subjetiva dos magistrados. Acresce ainda que em relação ao entendimento da magistrada, há relevante diferença entre conhecimento dos fatos pelo preposto e conhecer as atividades da ré. No que tange ao caso concreto, se a empresa elegeu um preposto que não reúne condições de descrever as atividades da empresa e os fatos da demanda, caberia a juíza, tão somente, aplicar a pena de confissão ficta e não considerar a hipótese de revelia por se tratar de preposto profissional, tendo em vista que o princípio da legalidade restaria ferido.

Vale ressaltar que, diante da discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da utilização de preposto profissional pela empresa que figura como ré nas reclamações trabalhistas, existem entendimentos de que o preposto não empregado seria aceito apenas nos processos distribuídos após a entrada em vigor da nova lei trazida pela Reforma Trabalhista. (RODRIGUES, J.; VIEIRA, J. 2018, não numerado).

Há inclusive sugestão de alteração da Súmula 377 do TST, que dispõe:

Súmula 377/TST - **Sugestão da nova redação:** PREPOSTO. CONDIÇÃO DE EMPREGADO (alterado o item I e incluído o item II em decorrência da Lei nº 13.467/2017). (grifo nosso).

I - Relativamente às ações trabalhistas propostas até 10 de novembro de 2017, é indispensável que o preposto seja empregado do reclamado, exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, ou contra micro ou pequeno empresário, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado. Inteligência do art. 843, § 1º, da CLT e do art. 54 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. (grifo nosso).

II - Nas ações ajuizadas a partir da vigência da Lei nº 13.467/2017, em 11 de novembro de 2017, o preposto não precisa ser empregado (art. 843, § 3º, da CLT). (grifo nosso).

Como visto, o assunto é recente e passível das mais variadas interpretações. Tendo em vista que nem mesmo o Tribunal Superior do Trabalho se posicionou acerca do tema, as empresas reclamadas devem agir com a máxima cautela quando da contratação de preposto profissional, devendo instruí-los com maior número de informações sobre as partes, o caso, e qualquer outro meio que possa elucidar os fatos da demanda.

Em vista dos argumentos apresentados, produzir o presente trabalho de pesquisa foi de suma importância para ampliar os conhecimentos do autor sobre o tema, que é recorrente na realidade profissional de sua área de estudo.

Os efeitos da escolha de um preposto não empregado estendem seus reflexos não só para o empregador, mas também aos demais indivíduos presentes na audiência de julgamento trabalhista. É de suma importância, tanto para o advogado como para os empregadores terem conhecimento de como os atos praticados nas audiências trabalhistas podem afetar de forma negativa ou positiva na solução de determinado conflito, tendo em vista que a escolha equivocada de um Preposto para representação, poderá fazer com que o empregador sofra os efeitos da Revelia ou da Confissão Ficta.

Assim, reforça-se a importância do tema apresentado não só para os empregadores, mas também para os advogados que após entender as peculiaridades do tema, melhor poderão aconselhar seu cliente na escolha de um preposto empregado ou não, bem como para os magistrados, que poderão fazer uma melhor análise quanto a aplicação da revelia ou da confissão ficta, a depender de cada caso concreto.

Partindo do objetivo de identificar se a alteração trazida pela Reforma Trabalhista em relação a figura do preposto, interfere de modo positivo ou negativo nas relações trabalhistas, verificou-se que a figura do preposto não empregado surgiu para descomplicar e dar maior agilidade na representação do empregador na audiência de julgamento trabalhista.

Em que pese o entendimento dos renomados doutrinadores que apoiam a condição de empregado do preposto, como dito anteriormente, a própria norma trabalhista já não faz qualquer ressalva quanto a essa possibilidade, não cabendo ao interprete criar restrições.

Há princípio observou-se uma resistência por parte dos magistrados e da doutrina em aceitar preposto não empregado, atualmente podemos notar com o surgimento das últimas decisões que os juízes estão desmistificando sua convicção de que o preposto não empregado estimula o não comparecimento da empresa na audiência, inclusive já temos decisão que deixou de aplicar a revelia por se tratar de preposto não empregado que não tenha conhecimento dos fatos, aplicando tão somente a pena de confissão ficta.

Para Teixeira Filho, M. (2017, p. 146) a representação pelo preposto é algo muito útil no processo trabalhista, uma vez que muitos empregadores não contam com tempo para comparecer em juízo, pois não podem se afastar de suas atividades sem gerar graves atribuições administrativas.

Por isso, conclui-se que é recomendável que sempre que possível o empregador utilize de preposto empregado, para afastar qualquer possibilidade de sofrer com os encargos da confissão ficta. Mas, caso não seja possível, é altamente recomendável o empregador fazer-se representar por preposto não empregado, seja profissional ou não, tendo em vista que está possibilidade foi criada principalmente para não deixar empregadores que não possuam condição de comparecer na audiência ou não tenha recursos para tal, desamparados e conseqüentemente prejudicados.

Da mesma forma, o empregador deve agir com cautela quando da contratação de preposto profissional, devendo instruí-lo com maior número de informações sobre as partes, o caso, e qualquer outro meio que possa elucidar os fatos da demanda, com intuito de afastar a condenação por confissão ficta.

É importante ressaltar que a lei não obriga os empregadores utilizarem preposto não empregado, mas permitiu que o empregador realizasse essa escolha da maneira que melhor for lhe atender.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Universidade Unoeste, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram esta conquista. Ao Prof. Dr. Marcio França Teixeira pela oportunidade e apoio na elaboração deste trabalho.

Por fim, declaro não haver qualquer potencial conflito de interesse que possa interferir na imparcialidade deste trabalho científico.

REFERÊNCIAS E CITAÇÕES

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª Turma. Acórdão. Recurso Revista n.º 10834-26.2014.5.01.0226. Recorrente: Café Três Corações S.A. Recorrido: Thiago Domingues dos Santos Carvalho. Relator: Douglas Alencar Rodrigues. 28 de junho de 2017. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/474219893/recurso-de-revista-rr-108342620145010226/inteiro-teor-474219912?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 18 de set. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 2ª Turma. Acórdão. Recurso Revista n.º 1555-19.2010.5.09.0651. Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos. 14 de setembro de 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/169059987/trt-2-judiciario-21-11-2017-pg-4295?ref=topic_feed>. Acesso em: 04 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 5ª Turma. Recurso Ordinário Trabalhista n.º 0011014-23.2017.5.03.0051. Relator: Manoel Barbosa da Silva. 01 de março de 2018. Disponível em: <<https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/552166910/recurso-ordinario-trabalhista-ro-110142320175030051-0011014-2320175030051?ref=serp>>. Acesso em: 04 de abr. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 10ª Turma. Recurso Ordinário Trabalhista n.º 0020464-07.2017.5.04.0004. Recorrente: Javier & Moraes LTDA – ME. Recorrido: Marcio da Conceição Javier. Relator: Janney Camargo Bina. 03 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631887070/recurso-ordinario-ro-204640720175040004?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 17ª Região. Recurso Ordinário Trabalhista n.º 0000262-40.2017.5.04.0006. Recorrente: Raia Drogasil S.A. Recorrido: Jakeline Santos Pelingrino. Relator: Wanda Lúcia Costa Leite França Decuzzi. 14 de março de 2018. Disponível em: <<https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/621555437/recurso-ordinario-trabalhista-ro-2624020175170006?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 6ª Região. Recurso Ordinário Trabalhista n.º 0001281-30.2017.5.06.0122. Recorrente: BRK Ambiental – Região Metropolitana do Recife SPE S.A. Recorrido:

Ronaldo José de Lima e RC Albuquerque Construções LTDA - ME. Relator: José Luciano Alexo da Silva. 4ª Turma. 31 de janeiro de 2019. Disponível em: <<https://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/670368765/recurso-ordinario-ro-12813020175060122?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 20ª Região. Recurso Ordinário Trabalhista n.º 0001139-11.2017.5.20.0001. Recorrente: Pronto Express Logística LTDA. Recorrido: Glauber Silva Nunes. Relator: Vilma Leite Machado Amorim. 25 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://trt-20.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/649184646/11391120175200001/inteiro-teor-649184656?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

BRASIL. Lei complementar n.º 123. de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 23 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação jurisprudencial n.º 99 da SBDI-1. Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. Disponível em: <<https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=tst-sdi-i&num=99>>. Acesso em: 23 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n.º 377. Res. 146/2008, DJ 28.04.2008, 02 e 05.05.2008. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-377>. Acesso em: 23 jan. 2019.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n.º 13.105, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.

BRASIL. Código Civil. Lei n.º 10.406, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Lei n.º 5.452, 1 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.

CISNEIROS, Gustavo. Processo do trabalho sintetizado. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

GIOMETTI, Patrícia Esteves Jordão. O preposto sob a nova ordem trabalhista. Migalhas, 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI277924,31047-O+preposto+sob+a+nova+ordem+trabalhista>>. Acesso em: 18 set. 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, M.; LIMA, R. Reforma trabalhista: entenda ponto por ponto. São Paulo: LTr, 2017.

NEGREIROS, Ítalo. Reforma trabalhista e a figura do preposto profissional. Jota, 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/reforma-trabalhista-e-a-figura-do-preposto-profissional-10052018>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

JORGE NETO, F.; CAVALCANTE, J. Direito Processual do Trabalho. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVON, Beatriz. Justiça do trabalho nega uso de preposto profissional em audiência. Valor Econômico, Brasília, 22. fev. 2018. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/legislacao/5339019/justica-do-trabalho-nega-uso-de-preposto-profissional-em-audiencia>>. Data de acesso: 11. nov. 2018.

PANTALEÃO, Sergio Ferreira. Contratação de preposto profissional ou preposto intermitente com a reforma trabalhista. Guia Trabalhista, 2018. Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/Preposto-profissional-preposto-intermitente.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

RODRIGUES, Jéssica; VIEIRA, Jacques. Reforma trabalhista: preposto não empregado. Primeiras interpretações. Migalhas, 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI275788,41046Reforma+Trabalhista+preposto+nao+emprego+Primeiras+interpretacoes>>. Acesso em: 11. nov. 2018.

SANTOS, E.; HAJEL FILHO, R. Curso de direito processual do trabalho. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei nº. 13.467/2017. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017.

A INCOMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA REMIÇÃO POR LEITURA NA EXECUÇÃO PENAL.

Myllena Silva, Luis Henrique Ramos Alves, Jessica Fernanda Alves Cavalcante, Eduardo Buzetti Eustachio Bezerra

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: msmyllena@outlook.com

RESUMO

A remição por leitura é um benefício concedido pelo juiz da execução criminal, que consiste na dedução ou cômputo de parte do tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade de um sentenciado pelo trabalho ou leitura. As penas privativas de liberdade admitidas constitucionalmente no país estão previstas no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e se revelam pela retirada do condenado do convívio social, privando-o, temporariamente, de seu direito de locomoção (ir, vir, ficar e permanecer). No contexto atual, tem ganhado força a aplicabilidade da remição da pena privativa de liberdade por leitura, ou seja, o sentenciado que cumpre a sua pena tem a possibilidade de diminuir o tempo de restrição à liberdade através do estudo de livros. Todavia, surge a incerteza quanto à sua constitucionalidade, uma vez que a concessão deste benefício poderia infringir os postulados da igualdade e isonomia, pois muitos presos são analfabetos ou alfabetizados sem cursos regulares. Desse modo, existe inquietude quanto ao enfrentamento da discussão e o questionamento se tal política criminal não seria benefício apenas para parte da população carcerária. O método aqui empregado foi o hipotético-dedutivo, que objetiva a partir de um panorama genérico, obter pontos conclusivos particulares. A pesquisa se desenvolveu pelo método investigativo de análise bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

Palavras Chaves: Remição, Incompatibilidade, Igualdade, Isonomia, Leitura.

THE INCOMPATIBILITY CONSTITUCIONAL GIVES REMISSION PER READING AT PENALTY EXECUTION.

ABSTRACT

Redemption by reading is a benefit granted by the judge of criminal execution, which consists in the deduction or reckoning of part of the time spent serving the deprivation of liberty of a sentenced person for work or reading. The custodial penalties constitutionally admitted to the country are provided for in Article 5 of the Federal Constitution of 1988, and reveal themselves by removing the convict from social life, temporarily depriving him of his right to movement (go, come and stay). In the current context, the applicability of the redemption of the deprivation of liberty penalty for reading has gained strength. In the current context, the applicability of the redemption of the deprivation of liberty penalty for reading has gained strength, that is, the sentenced who fulfills his penalty has the possibility of reducing the time of freedom restriction by studying books. However, uncertainty arises as to its constitutionality, since granting this benefit could infringe the postulates of equality and isonomy, because many prisoners are illiterate or literate without regular courses. Thus, there is concern about facing the discussion and questioning whether such a criminal policy would not benefit only part of the prison population. The method employed here was the hypothetical-deductive, which aims from a generic overview to obtain particular concluding points. The research was developed by the investigative method of bibliographical, legislative and jurisprudential analysis.

Keywords: Redemption, Incompatibility, Equality, Isonomy, Reading.

INTRODUÇÃO

As penas privativas de liberdade são espécies de sanções que retiram temporariamente o direito de locomoção de uma pessoa que cometeu um delito dentro da sociedade, *verbi gratia*, ir, ficar, estar e permanecer, sendo que todas possuem amparo constitucional, pois estão previstas no artigo 5º da Constituição Federal. Como frisado, são sanções temporárias, ou seja, não detêm caráter perpétuo e, em nosso ordenamento jurídico, possuem o patamar máximo de 30 anos.

No decorrer do cumprimento da pena privativa de liberdade, o sentenciado busca meios de diminuir o seu tempo de execução de pena e, com isso, readquirir o direito à liberdade plena. Referida pretensão possui espeque na Lei nº 7.210/84, conhecida como Lei de Execução Penal, que trouxe uma gama de benefícios ao condenado, sempre visando sua reintegração ao convívio social. São exemplos de benefícios constantes da sobredita legislação a remição de pena pelo trabalho do preso, estudo e leitura. Nossa pesquisa enfrentará a necessária análise sobre a estrutura do instituto específico da remissão pela leitura.

O objetivo do presente artigo científico é discorrer sobre a forma de execução das penas privativas de liberdade, com evidência sobre seu aparato constitucional, além disso refletir sobre a possibilidade de remição da pena privativa de liberdade por meio da leitura, verificando se esta alternativa está de acordo com o texto constitucional brasileiro. Busca-se, também, refletir sobre a eventual infringência aos princípios constitucionais da igualdade e isonomia.

METODOLOGIA

A pesquisa será construída pela metodologia investigativa de análise bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, com foco no direito dos presos à remição de pena, com discussão sobre a legalidade e constitucionalidade do instituto da remição por leitura. O método de abordagem utilizado será o hipotético dedutivo, que a partir de premissas gerais, poderá obter pontos conclusivos particulares.

RESULTADOS

Os resultados consistem no fato que, atualmente, vem crescendo em nosso ordenamento jurídico, principalmente no juízo da execução criminal, a possibilidade de remição da pena privativa de liberdade pela leitura. Entretanto, foi possível deliberar que o direito à remição por leitura fere princípios constitucionais como a igualdade e isonomia, diante da evidência de disparidades de tratamento entre sentenciados que não possuem um nível educacional suficiente e razoável para a fruição da benesse.

DISCUSSÃO

DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Dentre as sanções penais elencadas em nosso ordenamento jurídico, dispostas no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, a mais comum é a privativa de liberdade, a qual consiste em retirar o condenado do convívio social, privando-o, temporariamente, de seu direito de locomoção.

Atualmente, o ordenamento jurídico pátrio adotou a teoria mista e da dupla finalidade da pena, que preceitua que a pena deve ter o caráter de retribuição e prevenção, segundo as lições de Cleber Masson, é o que se evidencia com o artigo 59, *caput*, do Código Penal.

Ainda segundo o referido autor, a partir do caráter preventivo da pena, extrai-se a função ressocializadora, através da qual foram criados diversos direitos aos presos, visando sempre a sua ressocialização plena para a futura reinserção na sociedade.

DA REMIÇÃO DE PENA

Durante a execução penal, um dos direitos conferidos aos sentenciados é a remição da pena. Segundo Cleber Masson (2015), “a remição é o benefício, de competência do juízo da execução, consistente no abatimento de parte da pena privativa de liberdade pelo trabalho ou pelo estudo”.

O texto original da Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal, previa apenas a possibilidade da remição da pena pelo trabalho, consistente no abatimento de 01 (um) dia de pena, a cada 03 (três) dias trabalhados, com jornada diária de 06 (seis) a 08 (oito) horas.

Com o decorrer do tempo e a evolução da sociedade, visando ainda mais a ressocialização do apenado, passou-se a discutir a possibilidade da remição da pena também pelo estudo, discussão esta que ganhou mais força com a edição da Súmula 341 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo da execução de pena sob regime fechado ou semiaberto”.

Com a edição da Lei nº 12.433/2011, que alterou em parte a Lei de Execução Penal, restou consolidada tal discussão, conferindo disciplina jurídica ao instituto da remição por estudo.

Assim, nos termos do artigo 126 da Lei nº 7.210/1984, com a nova redação dada pela Lei nº 12.433/2011, terá direito ao abatimento de 01 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência

escolar, seja esta de atividade de ensino fundamental, médio, profissionalizante ou de requalificação profissional, divididas, no mínimo, em 03 (três) dias.

É fato que as sociedades estão em constante evolução e, por isso, uma nova discussão se iniciou acerca do instituto da remição, sendo esta, a possibilidade da remição por leitura de obras literárias.

DA REMIÇÃO POR LEITURA DE OBRAS DE LITERÁRIAS.

De acordo com Cleber Masson:

Na esfera da União, a Portaria Conjunta 276/2012, do Conselho da Justiça Federal (CJF) e da Diretoria-Geral do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) do Ministério da Justiça disciplinou a remição por leitura para os presos de regime fechado custodiados em penitenciárias federais de segurança máxima.

Na seara do Poder Judiciário, a Resolução CNJ 44/2013 dispõe sobre atividades educacionais complementares para fins de remição da pena pelo estudo e estabelece critérios para a admissão pela leitura. (2015, p.724)

Na sequência, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução 44/2013, dispôs nestes termos:

Art. 1º Recomendar aos Tribunais que:

(...)

V - estimular, no âmbito das unidades prisionais estaduais e federais, como forma de atividade complementar, a remição pela leitura, notadamente para apenados aos quais não sejam assegurados os direitos ao trabalho, educação e qualificação profissional, nos termos da Lei n. 7.210/84 (LEP - arts. 17, 28, 31, 36 e 41, incisos II, VI e VII), observando-se os seguintes aspectos:

(...)

e) procurar estabelecer, como critério objetivo, que o preso terá o prazo de 21 (vinte e um) a 30 (trinta) dias para a leitura da obra, apresentando ao final do período resenha a respeito do assunto, possibilitando, segundo critério legal de avaliação, a remição de 4 (quatro) dias de sua pena e ao final de até 12 (doze) obras efetivamente lidas e avaliadas, a possibilidade de remir 48 (quarenta e oito) dias, no prazo de 12 (doze) meses, de acordo com a capacidade gerencial da unidade prisional;

Em que pese a regulamentação acerca do assunto, bem como a significativa contribuição da leitura para a ressocialização do indivíduo, acrescentando valores à sua formação, não deve ela ser considerado meio hábil à remição de penas.

A execução penal, segundo Norberto Avena, nos termos do artigo 2º da Lei nº 7.210/1984, possui natureza jurisdicional, aplicando-se, por consequência, todos as garantias decorrentes do princípio da jurisdicionalidade, dentre os quais, o princípio da legalidade e da isonomia.

Com relação à submissão ao princípio da legalidade, observa-se que o instituto da remição de pena é regulamentado pela Lei de Execução Penal, em seus artigos 126 a 130, os quais não fazem qualquer menção a possibilidade de remição de pena através da leitura, não devendo está, portanto, ser equiparada a remição por estudo.

Ainda acerca do princípio da legalidade, Anabela Miranda Rodrigues (2001, p.67) ensina que “a mesma necessidade de segurança jurídica que fundamenta o princípio da legalidade impõe que os direitos e deveres recíprocos da administração penitenciária e dos reclusos sejam legalmente catalogados. É uma verdadeira exigência do Estado de Direito”.

A função de legislar sobre a execução penal é típica do Poder Legislativo, com fundamento no art. 24, inciso I, da Constituição Federal, não podendo a Portaria Conjunta 276/2012, do Conselho da Justiça Federal (CJF) e da Diretoria-Geral do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) do Ministério da Justiça, muito menos a Resolução 44/2013 do CNJ, serem equiparadas às normas jurídicas, sob pena de evidente desrespeito ao princípio da legalidade previsto no artigo 5º, da Constituição Federal.

Neste sentido decidiu o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo:

É inegável que o hábito da leitura colabora com o desenvolvimento pessoal e cultural, razão pela qual, ainda que não seja possível remir os dias almejados, é importante que o sentenciado nunca perca o nobre hábito de ler.

A leitura deve ser incentivada a todos os presos, não com a intenção de remir a pena ou de conseguir qualquer benefício, mas sim como estímulo ao prazer da leitura e do aprendizado.

Ademais, ainda que a LEP venha ser alterada futuramente, ampliando ainda mais as possibilidades de remição de pena, é importante que sejam definidos critérios objetivos para a concessão do benefício, sob pena de banalizar a leitura, fazendo com que os sentenciados leiam apenas para diminuir a pena e não por prazer e para aprender. (TJM SP - AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL nº 0002796-43.2006.9.26.0010 – Primeira Câmara - Rel. Min. ORLANDO EDUARDO GERALDI – J. 02/12/2014).

Além disso, a concessão da remição de pena pela leitura fere o princípio da isonomia, previsto do *caput*, do artigo 5º da Carta Magna, pois estaria beneficiando apenas uma parcela da sociedade carcerária, visto que, a quantidade de presos analfabetos, alfabetizados sem cursos regulares ou com ensino fundamental incompleto, representa cerca de 61% de toda população carcerária no Brasil.¹

Imagine a situação, dois presos cumprindo pena na mesma unidade prisional, um alfabetizado e o outro analfabeto, apenas um deles teria acesso a remição por leitura. Indubitável que, para fins de benefício, tal situação não admite tratamento diferenciado.

Neste sentido, Luiz Régis Prado, Denise Hammerschmidt, Douglas Bonaldi Maranhão e Mário Coimbra (2011, p. 26) afirmam que “o princípio da isonomia tem inteira aplicação no âmbito da execução criminal, no sentido de que nenhum condenado sofra discriminação de natureza racial, social, religiosa ou política (artigo 3º, parágrafo único, da LEP) ”.

Outrossim, considerando a superlotações das penitenciárias brasileiras e a falta de formação adequada aos funcionários responsáveis pelo processo de ressocialização do condenado, verifica-se a falibilidade do sistema de avaliação da remição por leitura, uma vez que a resenha feita por um sentenciado pode ser facialmente compartilhada com os demais.

CONCLUSÃO

A pena privativa de liberdade traz, em seu bojo, alguns institutos do direito brasileiro que possibilitam a diminuição do tempo de privação do direito de locomoção do condenado, visando, justamente, cumprir com a sua finalidade de ressocialização, sendo a remição de pena por leitura, um desses institutos.

Ocorre que a remição pela leitura de obras literárias, pode, ao mesmo tempo, reservar um direito benéfico a um sentenciado e colocar os demais em condição de desigualdade, ferindo o princípio da isonomia que assegura o tratamento dos desiguais na medida de sua desigualdade, haja vista a grande parcela da população carcerária não possuir uma educação básica; em verdade, majoritariamente sequer são alfabetizados.

Além disso, inexistente regulação legal específica quanto ao referido instituto, tendo este derivado de Portaria e Resolução, fato que, por si só, já demonstra a usurpação do Poder Legislativo, a quem caberia normatizar as regras de execução penal.

Portanto, o instituto legal da remição por leitura aqui estudado se mostra incompatível com o ordenamento jurídico e, em especial, com a Constituição Federal, ferindo dois de seus princípios mais basilares, sendo estes a igualdade e a legalidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1998. Vade Mecum. 25. ed. São Paulo: Saraiva, p. 4-108, 2018.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. 25. ed. São Paulo: Saraiva, p. 416-471, 2018.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Dispõe sobre a execução penal. Vade mecum. 25. ed. São Paulo: Saraiva, p. 1418-1432, 2018.

¹ De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, Junho/2016.

MASSON, CLEBER. Direito penal esquematizado – Parte geral – vol.1 / Cleber Masson. – 9.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

AVENA, NORBERTO. Execução penal / Norberto Avena. – 5. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

RODRIGUES, ANABELA MIRANDA. Novo olhar sobre a questão penitenciária. São Paulo: RT, 2001.

PRADO, L. R.; HAMMERSCHMIDT, D.; MARANHÃO, D. B.; COIMBRA, M. Direito de Execução Penal, 2ª edição, São Paulo: RT, 2011.

A JUSTIÇA NEGOCIAL (*PLEA BARGAIN*) E A RUPTURA DA TRADIÇÃO JURÍDICA PENAL NO BRASIL

Samira Monayari Bertão

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: monayari.adv@gmail.com

RESUMO

A globalização e as novas tecnologias digitais revolucionam a cada dia as manifestações legislativas na seara jurídica mundial e a ruptura das barreiras da dicotomia estabelecida pela Civil Law e Common Law. Aqui no Brasil observa-se uma crescente alteração do modelo tradicional da Civil Law desde a promulgação do Código de Processo Civil em 2015 com a adoção do sistema de precedentes originário da Common Law. Mas, há alterações no processo penal também, com a justiça negociada através da delação premiada na Lei dos Crimes Hediondos editada em 1990 e outros institutos com ciclos de endurecimento ou abrandamento da resposta penal estatal. Trata-se o presente artigo da análise do *plea bargain*, outro modelo estrangeiro de resposta penal estatal, inserido nas recentes políticas criminais brasileiras, que acaba por alterar as características do sistema criminal aqui vigente, e provoca, conseqüentemente, o abandono do processo penal clássico pautado na Civil Law.

Palavra chave: Plea Bargain; Justiça Negociada.

NEGOTIAL JUSTICE (PLEA BARGAIN) AND THE BREACH OF CRIMINAL LEGAL TRADITION IN BRAZIL

ABSTRACT

Globalization and new digital technologies are revolutionizing the legislative manifestations in the world law and the breaking of the dichotomy barriers established by Civil Law and Common Law. In Brazil, there is a growing change in the traditional model of Civil Law. since the promulgation of the Code of Civil Procedure in 2015 with the adoption of the Common Law precedent system. But there are changes in criminal proceedings as well, with business justice through the award-winning waiver of the Heinous Crimes Act of 1990 and other institutes. with cycles of hardening or slowing down of the state criminal response. This article deals with the analysis of plea bargain, another foreign model of state criminal response, inserted in the recent Brazilian criminal policies, which ends up altering the characteristics of the criminal system in force here, and consequently, the abandonment of the classical criminal process. based on Civil Law.

Keyword: Plea Bargain; Business Justice.

JUSTICIA NEGOCIAL (PLEA BARGAIN) Y LA INCUMPLIMIENTO DE LA TRADICIÓN LEGAL PENAL EN BRASIL

RESUMEN

La globalización y las nuevas tecnologías digitales están revolucionando las manifestaciones legislativas en el derecho mundial y la ruptura de las barreras de dicotomía establecidas por el Derecho Civil y el Derecho Común. En Brasil, hay un cambio creciente en el modelo tradicional de Derecho Civil. desde la ,,sistema de precedentes del Derecho Común. Pero también hay cambios en los procesos penales, con la justicia empresarial a través de la exención galardonada de la Ley de Delitos Atroces de 1990 y otros institutos. con ciclos de endurecimiento o desaceleración de la respuesta penal estatal. Este artículo aborda el análisis de la declaración de culpabilidad, otro modelo extranjero de respuesta penal estatal, insertado en las recientes políticas penales brasileñas, que termina alterando las características del sistema penal en vigor aquí y, en consecuencia, el abandono del proceso penal clásico. basado en el derecho civil.

Palabra clave: Plea Bargain; Justicia empresa

INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa o instituto do *plea bargain* originário do sistema penal do Common Law e sua influência e adoção na prática processual penal brasileira. O *plea bargain* é uma das ferramentas mundialmente utilizada pela justiça negocial ou consensuada, que já tem outros de seus institutos adotados como política criminal por aqui na Lei dos Crimes Hediondos (1990), na Lei dos Juizados Criminais e Suspensão do Processo (1995), na Lei de Proteção de Vítimas e Testemunhas (1999) e mais recentemente, na Lei do Crime Organizado (12.850/2013) que trouxe a delação premiada e a mudança da resposta penal estatal.

Na iminência da aprovação do chamado pacote anticrime de autoria do Ministro de Justiça, Dr. Sérgio Fernando Moro, já na pauta do Congresso Nacional para regulamentação do processo legislativo, com discussão das propostas e análise da constitucionalidade das medidas, é importante tecer algumas considerações históricas e conceituais do *plea bargain* no modelo norte-americano.

É nessa seara, diante do enorme interesse midiático em torno do instituto e seu impacto na Operação Lava Jato conduzida pela Polícia Federal e pela Justiça Federal, o presente estudo sob o enfoque ao processo penal possui o escopo de relacionar as consequências do fenômeno global de informações à estratégia penal punitiva do *plea bargain*.

Assim, partindo-se da premissa de que o instituto do *plea bargain* no processo penal brasileiro não pode passar despercebido, dada sua importância na realidade contemporânea mundial, busca-se entender os fatores de surgimento e fortalecimento do instituto na prática processual ianque que incentivam sua adoção como uma política criminal brasileira.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Como dito, vivencia-se com a Operação Lava Jato, após quase cinco anos de incansáveis trabalhos da Polícia Federal, Ministério Público e Judiciário, um importante momento histórico em relação ao processo penal brasileiro pós delação premiada e acordos de leniência que devolveram grandes montantes ao Erário e colocaram vários corruptos na cadeia. Ou seja, mesmo para os leigos em processo penal, é possível constatar, no mínimo, que a atual tentativa de reforma legislativa se diferencia bastante de toda a evolução histórica penal de mais de quinhentos anos.

Para Medina (2016) há que se estar atento para o atual marco do ordenamento processual penal. Um momento de extrema relevância que, inevitavelmente, conduz às reflexões sobre o passado histórico da tradição jurídica brasileira. É inegável que essa evolução tem como ponto de partida a tradição jurídica dos colonizadores portugueses.

Assim, tomando como base as Ordenações Afonsinas, datadas de 1379, é possível identificar, além da figura do inquérito como elemento investigativo, o auto de querela, a denúncia e a forma de ofício do Estado, como formas de instaurar o procedimento criminal. Em seguida, é possível constatar, por meio das Ordenações Manuelinas, a existência das inquirições devassas gerais e especiais. As devassas gerais representavam as apurações generalizadas ocorridas em janeiro de cada ano, a fim de que pudessem encontrar o paradeiro dos crimes incertos. Já as devassas especiais, representavam a apuração de crimes, cujos fatos eram específicos, mas de autoria ainda não conhecida. Nessa época, ligados a essas formas de apuração, a prática de tortura e de detenções indiscriminadas era bastante utilizada como método para obter confissões, sintetiza Lima (1992).

Posteriormente, no Brasil Colônia, a influência significativa portuguesa se consagrou através das Ordenações Filipinas (1595), legislação sancionada por Felipe I de Portugal e confirmada por D. João IV. Tal regramento nada alterou em matéria penal a estrutura inquisitorial da ordenação anterior. Após a grande influência inquisitorial portuguesa na época colonial, importante marco identificado foi a Reforma Liberal brasileira ocorrida já com a Independência do Brasil, principalmente em 1827. Nesse momento, relevante conquista foi a criação de Juízos de Paz, que diferentemente dos juizes nomeados pelo Rei, eram eleitos pelo povo brasileiro, representando sua autonomia diante do poderio imperial (DAVID, 2006, p. 331).

Tal importância se deu em virtude da existência de sujeitos eleitos pelo povo que possuíam as atribuições de conciliação em matérias civis, de polícia, de apuração de infrações penais, de interrogatório dos investigados e de formação do conjunto probatório a ser analisado pelo magistrado, previstas no Código de Procedimento Criminal de 1832 (FLORY, 1986, p. 97).

Somente em 1841, a inovação liberal da codificação penal sofreu relevante alteração com a Lei n. 261/1841 que limitou as atribuições dos Juízes de Paz. Ou seja, essa lei representou a retomada da

autoridade do Chefe do Executivo em relação às conquistas liberais, as atribuições policiais e judiciais de formação de culpa passaram a ser exercidas pelos Delegados de Polícia indicados pelo Governo e não mais por pessoas eleitas popularmente, leciona Almeida Jr (1959, p. 194).

Importante lembrar nessa retrospectiva histórica que em 1871 foi promulgada a Lei n. 2033, regulamentada pelo Decreto n. 8824/1871, com a previsão de regras sobre a prisão preventiva, a fiança, o *Habeas Corpus*, e, em especial, a separação da atividade policial da atividade judiciária.

Com a Proclamação da República Brasileira, em novembro de 1889, foi elaborada a primeira Constituição Republicana de 1891 que trazia uma gama de direitos e garantias para o acusado diante da persecução criminal. E, mesmo sem uma codificação única, os Estados Federativos, de maneira autônoma, passaram a respeitar o direito de inviolabilidade do domicílio e de sigilo de correspondência, o direito de julgamento por juiz natural, previamente estabelecido por lei, o direito de ampla defesa e contraditório, o direito de limites às prisões não definitivas, dentre outros garantidos no texto constitucional (ALMEIDA JR, 1959, p. 235).

Diante desse cenário de grande autonomia dos entes federados cresceu a necessidade de uniformizar as regras processuais penais em todo Território Nacional e foi editado o Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689) em outubro de 1941, durante o autoritarismo do Estado Novo com regras mais repressivas da atuação estatal.

Dentre as novas regras mais rígidas está a possibilidade do julgador em busca da verdade real ter iniciativa na produção de provas; a permissão para que o Magistrado possa alterar a tipificação dada pela Acusação (mesmo para infrações mais graves); a diminuição de hipóteses de nulidades processuais; o alargamento das hipóteses de flagrante delito (presumido e impróprio); e a obrigatoriedade, em certos casos, da decretação da prisão preventiva (arts. 156, 383, 563, 566, 302 e 312, do CPP), todos frutos de um regime autoritário (MEDINA, 2016).

Contudo, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma tentativa de adaptação do referido Codex aos princípios democráticos previstos na nova ordem constitucional brasileira. De tal feita que, se faz possível identificar um elemento diferenciador, justamente no papel mais ativo do Poder Judiciário e das garantias processuais, mesmo sem prévia alteração na legislação processual penal.

Na lição de Medina (2016), hoje, há duas linhas de abrandamento das normas originalmente autoritárias: as alterações oriundas do processo legislativo e o ativismo judicial,

Quanto às alterações legislativas, podem ser citadas as seguintes modificações: o direito ao silêncio do acusado durante o interrogatório (Lei n. 10.792/03); não havendo defesa técnica particular constituída de réu revel, o processo criminal deverá ficar suspenso até seu comparecimento (Lei n. 9.271/96); importância de se preservar o local da infração penal até a chegada dos peritos criminais (Lei n. 8.862/94) e a obrigatoriedade de remessa de cópia do auto de prisão em flagrante, em até 24 horas, para a Defensoria Pública, caso não haja defesa técnica constituída (Lei n. 11.449/07). Já em relação à postura ativa do Poder Judiciário, necessário citar, dentre inúmeros exemplos, algumas decisões do Supremo Tribunal Federal - STF: diante da verificação de prejuízo ao réu, houve a anulação de toda a instrução por falta de defesa (HC 72.317-PB de 02/05/95); em virtude de falta de intimação do Defensor, a instrução criminal foi anulada (HC 89.176-PR de 22/08/06); a determinação de ilegítima da prova oriunda de gravação clandestina sem ordem judicial de conversa telefônica (HC 80.949- RJ de 30/10/01); pelo fato de não ter sido oportunizada a manifestação acerca do *sursis* processual da Lei n. 9099/95 ao acusado, o processo criminal foi cancelado (HC 76.688-RS de 07/04/98); e o relaxamento da prisão provisória por prazo de encarceramento excessivo (HC 80.379-SP de 18/12/00). (grifamos)

Observa-se que no processo evolutivo há forte tendência de superação do tradicional modelo penal inquisitório, com a adoção de garantias das liberdades individuais e institutos originários de modelos da tradição jurídica da Common Law, como a delação premiada e o *plea bargain*, ora estudado.

Desde a influência das Ordenações Portuguesas, a essência do perfil inquisitorial brasileiro possui um traço bastante forte. A busca da verdade real orientou quase sempre as apurações sobre as infrações cometidas. O *jus puniendi* sempre foi calcado num modelo onde a autoridade pública traçava a resposta punitiva estatal. Isso se mostrava regra até 2013 porque com a aprovação da nova Lei do Crime Organizado (Lei n. 12.850/13), o instituto da colaboração premiada e sua aplicação no âmbito da investigação criminal pela Polícia Judiciária, houve uma ruptura na política criminal brasileira. E, também, o Projeto de Lei PL

8045/2010 do Senado Federal que trata do novo Código de Processo Penal, já tramita pelo Congresso Nacional com nuances desses dois institutos jurídicos (delação premiada e *plea bargain*), originários de uma tradição jurídica completamente diferente da brasileira (MEDINA, 2016).

Cabe ressaltar que na legislação especial penal vigente existem regras que remontam aos institutos, porém, a importância da aplicação conjunta da delação premiada com a amplitude da possibilidade de acordo entre acusação e defesa (*plea bargain*) defendida no “pacote anticrime” do Ministro Sérgio Moro não encontrará precedentes nessa evolução jurídica penal.

Assim, é imprescindível que todos os Operadores do Direito conheçam o *plea bargain* como uma ferramenta alheia à tradição pátria, que está prestes a ser incorporada, ou, não sendo nesse momento, certamente será em outro próximo, posto ser inevitável a implementação dessa resposta penal estatal largamente utilizada nos Estados Unidos da América.

Tal afirmativa, é a essência dessa pesquisa acadêmica.

DO CONCEITO DO PLEA BARGAIN

Plea bargain, *plea bargaining* ou *plea bargain agreement* é o modelo de justiça criminal consensual ou negociada que se desenvolveu na tradição do sistema jurídico anglo-americano que permite e incentiva o acordo e a negociação entre o acusado de um crime e o Ministério Público (promotor ou procurador). No Brasil, por força de uma decisão do STF (em 2018), o acordo também pode ser feito com o Delegado de Polícia, sem a presença do Ministério Público.

No sistema americano, o réu (*defendant*), necessariamente sob a orientação de advogado, admitindo a existência de provas mínimas sobre sua culpabilidade (responsabilidade), aceita fazer a negociação (*agreement*); confessa sua participação no crime (*pleading guilty*) com o propósito de alcançar algum benefício penal (redução da pena, perdão judicial, regime mais favorável, etc.). Em suma, *plea bargain* é a possibilidade de negociação criminal que tem por objeto recíprocas concessões a partir da confissão do acusado (*guilty plea*) (GOMES, 2018).

Literalmente, *plea bargain* pode ser traduzido como uma barganha de argumento ou de desculpa, ou seja, trata-se de um instituto jurídico no qual há uma troca quando o criminoso negocia sua confissão (se declara culpado) para ter benefícios e redução de pena, a critério do órgão acusador (Ministério Público, Judiciário e outros). Há, em verdade, uma mutualidade de concessões de todos os envolvidos para a legalidade do acordo voluntário.

Plea bargain tem aparecido em inglês nas discussões recentes porque ainda não tem uma tradução aceita no Brasil. É um acordo entre a acusação e a defesa em que o réu faz uma confissão judicial em troca de uma pena mais branda para evitar o julgamento.

Alguns autores sugerem traduzir o *plea bargain* por transação penal, pois é um tipo de uma transação penal no processo penal brasileiro. Porém, o entendimento de *plea bargain* nos EUA conflita com o conceito de transação penal no Brasil. Por exemplo, no Brasil, a transação penal é uma medida despenalizadora aplicável às infrações de menor potencial ofensivo (pena máxima de até 2 anos). Nos EUA, é uma medida penalizadora, embora amenizadora da pena para qualquer crime podendo incluir até prisão perpétua (o réu pode aceitar uma pena prisão perpétua para escapar da pena de morte) (MELO, 2019).

O *plea bargain* é medida modernizadora que atende ao anseio de ao oferecer a gestão do próprio destino, longe do paternalismo de uma justiça monopolizada pelo processo e de uma falsa proteção de interesse dos envolvidos na lide.

A proposta de acordo penal no Brasil pode ser uma eficiente e econômica solução para o controle da criminalidade, da desburocratização, aceleração e simplificação da Justiça. Assim, o Judiciário ganha fôlego para se concentrar em casos mais importantes, evitando o aumento da impunidade e empregando melhor seus recursos. E, além de tais vantagens, uma justiça pactuada contempla a hipótese de que o acordo entre réu e Estado dará às vítimas reparações rápidas e adequadas (GERBER, 2019).

Para Medina (2016) o *plea bargaining* trata-se de uma espécie de justiça negociada ou consensual, sintetizando um acordo entre o acusado e acusador, com participação ou não do magistrado, a fim de realizar concessões recíprocas, formalizando-se, conseqüentemente, a declaração de culpa (*guilty plea*) por parte do acusado ou a declaração do mesmo de não contestar a acusação (*plea of nolo contendere*). Ou seja, a declaração de culpa é um elemento necessário, porém não imprescindível deste instituto. Tal afirmação demonstra ser a *guilty plea* um meio de atingir vários objetivos, como por exemplo, uma

negociação entre Ministério Público e o réu, para que este revele o paradeiro do fornecedor em um crime de tráfico de drogas.

Logo, o *plea bargaining* visa à declaração de culpa, de forma prática, para efetivação de um objetivo maior. Também, o referido conceito é amplo no tocante à participação do magistrado na negociação, pois existem justamente ordenamentos estatais que preveem essa possibilidade. Já no *plea of nolo contendere* o acusado afirma que não rebaterá os argumentos do autor, aceitando, assim, o resultado do julgamento.

A diferença existente entre essas duas formas seria que, enquanto a decisão que condena com a declaração de culpa tem relevância no juízo civil em relação a um possível processo buscando perdas e danos, no caso de *nolo contendere plea* a condenação não pode servir de base para condenar no juízo civil, sendo, neste caso, mais vantajoso ao acusado.

DAS MODALIDADES PLEA BARGAIN

Observa-se que nos conceitos acima, uma gama de hipóteses de aplicação do instituto do *plea bargain*, dependendo da política criminal de cada país, sua adaptação e regulamentação.

Assim, para facilidade de entendimento, na presente pesquisa o *plea bargain* é definido como um acordo (ou negociação) entre o acusador e o condenado, representado por seu advogado, onde o réu concorda em confessar a culpa em troca de uma pena menor do que a que poderia pegar se fosse a julgamento. Essa é a definição que está tramitando nas Casas Legislativas no Projeto de Lei do Ministro Sérgio Moro (pacote anticrime) sob análise.

Na lição do jurista português Pedro Albergaria (2007, p. 22), no tocante às modalidades, é interessante partir de uma distinção entre a *charge bargaining* ou *charge concession* e a *sentence bargaining* ou *sentence concession*, admitindo-se ainda, por não terem diferenças estanques, e sejam modalidades mistas:

A *charge bargaining* seria a negociação da imputação propriamente dita. Assim, ao obter a declaração de culpado, o Ministério Público assume o compromisso de desclassificar a acusação por outro tipo penal, cuja sanção seja mais branda. Em relação a essa desclassificação, há a possibilidade de duas submodalidades. A primeira delas é a *charge bargaining* qualitativa ou vertical, na qual o Ministério Público altera a acusação para uma imputação de menor sanção dentro ou não da mesma categoria de crimes. Já a *charge bargaining* quantitativa ou horizontal caracteriza-se na não imputação de um fato realizado pelo acusado, no caso de se tratar de vários crimes. Nessa lógica, a título de curiosidade, o membro do MP utiliza seu poder de seleção, *screening out*, reduzindo o número de imputações tanto antes da formalização da acusação, *pré-screening*, quanto depois, *pos-screening*, ao retirar do processo e arquivá-lo, renunciando, assim, a persecução penal. A *sentence bargaining* consiste na negociação da própria sanção penal. O membro do Ministério Público propõe ao magistrado uma alteração na natureza da sanção, como por exemplo, a substituição de pena privativa de liberdade por uma multa; ou a diminuição do tempo de prisão; ou não se opor a certa atenuante apresentada pela defesa do acusado. Por óbvio, a forma mista seria uma cumulação dessas diferentes formas propostas anteriormente. (grifamos)

Assim, o sucesso das partes (acusado e acusador) dependerá do poder de barganha de cada um e da modalidade de *plea bargain* escolhida, que pode ser:

a) charge bargaining: minimização da acusação, onde o acusador (promotor) concorda em reduzir a acusação mais grave original para uma menos grave, em troca da confissão judicial. Por exemplo, o promotor pode propor a troca de uma acusação de violação de domicílio por uma de invasão de bem imóvel de menor potencial ofensivo;

b) count bargaining: um acordo (ou negociação) para reduzir o número de acusações, ou seja, uma transação onde o acusador (promotor) concorda em retirar uma ou mais acusações constantes da denúncia em troca da confissão. Por exemplo, o promotor pode acusar o réu de roubo e agressão, depois propõe a retirada da acusação de roubo e mantém a de agressão com o consentimento do réu;

c) fact bargaining: uma negociação dos fatos relatados na acusação, ou seja, em troca da confissão judicial do acusado, o acusador (promotor) concorda em fazer um acordo com omissão ou modificação de um ou mais fatos da acusação que poderiam afetar a pena que seria imposta ao acusado. Por exemplo, o réu foi preso com 5 kg de cocaína (crime grave que configura tráfico de entorpecentes e pena de até 20

anos de prisão) e o promotor pode acusar o réu de posse de quantidade menor em troca da confissão de culpa, o que minimizará sua pena;

d) *sentence bargaining*: uma negociação da sentença quando o acusado (promotor) concorda em recomendar uma sentença mais leve do que a prevista para o crime cometido, se o acusado se declarar culpado ou *nolo contendere*. Por exemplo, o réu pode confessar a infração de resistir à prisão e o promotor recomendar ao juiz a aplicação de sentença de pena alternativa à prisão.

No modelo ianque existe outras duas modalidades de negociação: *contingent plea bargaining* e a *package plea bargaining*. A primeira refere-se à promessa de uma vantagem por parte do Ministério Público em troca de uma declaração do acusado estar condicionada à efetivação do efeito dessa declaração na condenação do outro corréu (comparsa), ou seja, se a delação proferida por um dos réus foi fator importante para a sentença do outro acusado. Já *package plea bargaining* seria a proposta de benefícios por parte do Ministério Público sendo, entretanto, realizada somente se todos os acusados confessarem, ou seja, o MP retira o benefício em bloco caso todos os corréus não confessarem (MEDINA, 2016). Ressalta-se que, nessas duas modalidades acima mencionadas é necessária a pluralidade de agentes no polo passivo.

Dependendo da voluntariedade do acusado e do poder do órgão acusador (Ministério Público, Judiciário e outro) existem outras formas negociação possíveis para obtenção da declaração de culpa como: *date bargaining*, *fact bargaining*, *guideline factor bargaining*, *substantial assistance bargaining*, dentre outras. Também, como parte da negociação existe uma grande possibilidade de objetos a serem permutados de acordo com as vontades das partes.

Por fim é possível afirmar o *plea bargain* comporta a negociação consensual de inúmeras formas passíveis, contudo, com o mesmo objetivo: uma condenação aparentemente mais branda para um processo criminal mais célere e sem julgamento e recursos sucessivos.

DA ATUAÇÃO DO JUIZ

Para aprovar um *plea bargain* o juiz deve estabelecer que a negociação havida entre as partes (acusado e acusador) com o intuito de se evitar o julgamento e abrandamento das penalidades seja do interesse da Justiça. Ou seja, existem dois tipos de aceitação pelo juiz na negociação consensual:

a) o *plea bargain* não obriga o tribunal a aceitá-lo como tal proposto e discutido entre as partes porque o acordo é apenas uma recomendação do acusador (promotor). E, também, o acusado não pode retirar o acordo caso o juiz decida por prolatar uma sentença diferente do que a previamente concordada entre as partes.

b) o *plea bargain* obriga o tribunal a aceitar a recomendação do acusador (promotor), mas o juiz pode rejeitar o *plea bargain* caso não concorde com a sentença proposta. E, nesse caso, o acusado poderá sim, se retirar da negociação ou acordo.

Para Melo (2019) muitos juízes brasileiros não gostam do sistema de *plea bargain* porque sentem que estão exercendo um papel passivo. Normalmente, eles não têm acesso independente às informações da situação real dos fatos para que possam avaliar a força do caso contra o réu. Ou seja, o promotor e o réu/advogado controlam o resultado do caso através do *plea bargain*. Mas, outros juízes não se importam com isso, respeitando a vontade das partes envolvidas para uma justiça mais célere e eficiente.

Para Gomes (2019) há muitas críticas ao papel do juiz e relutâncias à adoção de mudanças na sistemática penal com o *plea bargain*. Isto porque tornaria o magistrado em mero homologador (carimbador) do acordo, sem tomar o devido cuidado de controlar a livre manifestação da vontade do acusado e outros aspectos relacionados à legalidade e razoabilidade da negociação, a despeito da tendência mundial da utilização desse instituto.

Apenas a título de ilustração, acrescenta o referido jurista que, o Juiz Federal Peter Messitte, do Distrito de Maryland, nos Estados Unidos afirmou, em palestra proferida no Brasil em 2017 que as delações premiadas têm alterado o papel da Magistratura norte-americana e que, no início dos *plea bargains*, os julgadores ianques se limitavam a homologar os acordos firmados. Mas, atualmente os juízes passaram a verificar minuciosamente as condições acordadas e citou, como exemplo, dois casos recentes relacionados a dois grandes grupos empresariais: um envolvendo a Odebrecht e outro sobre o Citigroup.

Em relação à empreiteira brasileira, o crime cometido foi evasão de divisas por meio do mercado acionário e envolveu membros do Ministério Público de três países (Brasil, E.U.U.A. e Suíça). Num primeiro acordo foi definida multa de R\$ 3 bilhões que, foi reduzida posteriormente, mesmo tendo sido homologada

pelo juiz do caso. Já sobre o caso do Citigroup, Messitte citou decisão do Juiz Jed Rakoff que não aceitou acordo proposto pelo Security Exchange Commission – SEC, uma espécie da nossa CVM (Comissão de Valores Mobiliários), ao banco e teve a decisão reformada pela Corte de Apelação sob o argumento de que a SEC, por ter cuidado das negociações seria a melhor entidade para definir a dosimetria das penas e benefícios.

Porém, o Juiz Rakoff afirmou, ao negar a homologação do acordo, que as balizas definidas não seriam justas e que não havia provas suficientes que comprovassem o fim da prática e dos ilícitos já cometidos, pois o Citigroup fora acusado de vender investimentos hipotecários e apostar que estes não teriam bom desempenho.

DAS RENÚNCIAS DO ACUSADO E DOS RECURSOS

Importante ressaltar que ao aceitar um *plea bargain* o acusado abre mão de alguns direitos e garantias constitucionais, e, cabe ao magistrado, antes da homologação do acordo e de sua sentença, a explicação sobre a renúncia do direito a julgamento pelo Tribunal do Júri, sem atrasos desnecessários; direito a um advogado (ou defensor público); direito de conhecer a natureza das acusações e as provas contra ele alegadas; direito ao silêncio (ou não se autoincriminar); direito de confrontar seus acusadores e de fazer inquirição cruzada.

Também, deverá o magistrado se certificar de que o acusado (réu) admite a conduta punível por lei alegada na acusação, entende e admite as acusações que pesam sobre ele e, por fim, se conhece as consequências do *plea bargain* e as sentenças que podem ser aplicadas se for a julgamento.

Com relação à renúncia recursal, o acusado (réu) perde o direito a recurso contra a sentença, uma vez que, no processo de *plea bargain*, abre mão de seus direitos constitucionais e legais conforme o entendimento prevaletente nos tribunais de recursos dos países que já adotam tal instituto, com base em precedentes das Cortes Superiores.

Contudo, a renúncia ao direito ao recurso não é aplicável a todos os casos concretos. Alguns tribunais de recurso têm decidido que certos direitos fundamentais e garantias constitucionais podem sobreviver à renúncia estabelecida no *plea bargain*. Por exemplo, o acusado (réu) pode alegar que lhe foi negada plena assistência advocatícia na fase de sentença, que sua sentença é discriminatória (focada na sua raça) ou, também, que a sentença excedeu o máximo permitido pelas normas penais, dentre outras alegações. Daí então, seu processo será revisto por tribunal de recursos, a despeito da renúncia explícita no *plea agreement* (MELO, 2019).

DAS VANTAGENS E DESVANTAGENS DO PLEA BARGAIN

Na lição de Melo (2019) a eliminação do julgamento, indiscutivelmente, é a grande vantagem do *plea bargain*, pois promove o esvaziamento dos fóruns criminais e dos Tribunais Superiores e que o acordo depende sempre da vontade do acusado e da oferta do acusador. Também, a tramitação é mais rápida nos processos criminais; a redução de custos (financeiros e gastos com pessoal); a certeza da condenação (confirmada na sentença e sem ônus da prova pela Promotoria); o esvaziamento das prisões (com penas menores, a rotatividade é aumentada e há redução do tempo prisional); um bom negócio para os réus culpados (redução de penalidade, pois nos Estados Unidos, as penas de prisão podem ser draconianas); e caso encerrado, significando que vítimas e testemunhas serão poupadas dos julgamentos nos tribunais e de um desfecho imprevisível.

Já as desvantagens são: enorme risco para inocentes para réus inocentes (não há complacência para o réu inocente, só para o criminoso confesso); o custo da inocência (não é raro que réus inocentes aceitem fazer o acordo por medo de pena mais grave no julgamento e maior tempo longe dos entes familiares); o *bluffing* da Promotoria (o blefe do acusador quando suas provas são fracas); coerção e tortura (a experiência ianque mostra que a coerção existe e sempre existirá na negociação do *plea bargain*); o dilema do prisioneiro quando há outro acusado (é do interesse de dois suspeitos confessar e testemunhar, mas a pior situação acontece quando um deles é inocente e o outro, culpado); e por fim, o favorecimento dos condenados ricos (os acusados de crimes de fraude ou corrupção podem contratar advogados especializados em contencioso, incluindo negociação consensual e acordo prejudiciais ao cliente).

Ao contrário, é possível que o negociador experiente consiga convencer o promotor a aceitar um *plea bargain* que é favorável a seu cliente, mas não é do interesse público nem do interesse da Justiça porque não reflete adequadamente a seriedade do crime).

O DESAFIO DO *PLEA BARGAIN* NA SEARA CRIMINAL BRASILEIRA

Para Gomes (2019) o pacote anticrime do Ministro Sérgio Moro tem o escopo de chegar também aos peixes grandes. Logo, no Brasil a adoção da Justiça negociada tem o desafio de superar resistências culturais e acadêmicas, sobretudo, da velha ordem colonialista, patriarcalista, patrimonialista, escravagista e extrativista, que é responsável pelos delitos mais danosos para a Nação, decorrentes do patrimonialismo mafioso que se enriquece pela corrupção, pelos desvios do dinheiro público e pelos privilégios perversos, às custas do restante da população. Na casta bandida composta pelos grandes delinquentes, espalhados por todo País em milhares de células, a regra vigente, semelhante à da Máfia italiana, é a da *omertà* (lei do silêncio). Diante da dificuldade de produção de provas contra essas castas, o êxito das investigações depende do sistema de incentivos contemplado no *plea bargain*. Sem esse instituto, a Justiça brasileira vai sempre se limitar ao *little fish* (peixe pequeno) e com os acordos de cooperação (*cooperation agreements*) e delação premiada (na Lava Jato, já permitidos) é possível chegar aos peixes grandes (*the little fish to catch the big fish*).

Ademais, é sabido que o Brasil subscreveu vários Tratados Internacionais nos últimos 20 anos relacionados com a criminalidade organizada e o combate à corrupção que ratificam a adoção do instituto do *plea bargain* para o bem coletivo.

Está pacificado na Convenção da Organização Unidas de 2003, ratificada pelo Congresso Nacional em 2005, no seu art. 37, o incentivo à utilização de ferramentas adequadas à negociação entre as partes, quando há a disposição de se colaborar com a investigação do delito maior de toda uma comunidade como nos crimes hediondos, de terrorismo e de tráfico internacional de drogas e pessoas. Contudo, os termos do acordo dependem de cada caso concreto e sendo fundamental que não haja desequilíbrio entre a colaboração e as consequências penais avançadas.

CONCLUSÃO

Como dito, alguns tipos de negociação consensual já existiam na realidade processual brasileira. Acordos entre os delatores e os juízes para diminuição de pena; regime prisional diferente; ou perdão judicial não são novidades, principalmente, no âmbito de concurso de agentes. Todavia, diferentemente da delação premiada já enraizada na prática brasileira o instituto da *plea bargain* é totalmente desconhecido no cenário processual penal brasileiro.

Assim, é certo que há resistência, mesmo dentro das Casas Legislativas, para que muitos corruptos se sintam protegido sob o manto da impunidade.

Apesar da transação penal ser, de certa forma um embrião, é inegável que tal amplitude de negociação consensual pelo menos da forma como está prevista no Projeto de Lei n. 8.045/2010 do Senado Federal que trata do novo Código de Processo Penal, não encontra precedentes até aqui.

Diante disso, a fim de consubstanciar a esperada introdução desse instituto, mister se faz, agora, que os Operadores do Direito busquem aprofundar o estudo do *plea bargain* e proponham sugestões e adaptações passíveis de serem introduzidas no novo Código de Processo Penal.

Os tempos mudam. As pessoas mudam. Os conflitos mudam. E a ciência do Direito, diante desse panorama deve se adaptar às tendências mundiais para irradiação de crimes graves e busca da paz social, mesmo que isso implique em rupturas às origens da Civil Law aqui vigente.

Ou seja, significa dizer que a busca de soluções para situações nunca antes vivenciadas deve ser constante, principalmente, com auxílio das tecnologias forenses modernas e na justiça mais célere e eficiente. A globalização mudou a realidade do cotidiano das pessoas e, indiretamente, o processo penal brasileiro e a resposta penal estatal.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining - Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina Brasil, 2007.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

DAVID, René. *O direito inglês*. 2. ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2006.

FLORY, Thomas. *El Juez de Paz y el Jurado em el Brasil Imperial, 1808-1871*. México: Fondo de Cultura Econômica, 1986.

GERBER, Daniel. Importação do sistema *plea bargain* divide opinião de criminalistas. Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-13/importacao-sistema-plea-bargain-divide-opinio-criminalistas>>. Acesso em: 12 ago, 2019.

GOMES, Luiz Flávio. Moro sugere “*plea bargain*” no Brasil. Ebook. Disponível em: <www.professorluizflaviogomes.com.br>.

LIMA, Roberto Kant. Tradição Inquisitorial no Brasil, da Colônia à República: da devassa ao inquérito policial. *Revista Religião e Sociedade*, Rio de Janeiro, v.16, n. 1/2, p. 99, 1992. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/handle/1/7996>>.

MEDINA, Ronaldo de Figueiredo. O processo de ruptura da tradição jurídica brasileira inserido no contexto da americanização do direito penal processual no Ocidente. Monografia de Curso de Pós-Graduação Lato Senso da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2015/RonaldodeFigueiredoMedina_Monografia.pdf>.

MELO, João Ozório de. Funcionamento, vantagens e desvantagens do *plea bargain* nos EUA. Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>>.

OLIVEIRA, Felipe Scaldini. A justiça consensual no Processo Penal: o modelo americano e o instituto da *plea bargaining*. Monografia de Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, Minas Gerais, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.ufjf.br:8080/xmlui/handle/ufjf/3320>>.

TEIXEIRA, Geraldo N. L. A colaboração premiada como instrumento do Ministério Público no combate às organizações criminosas. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Cad-MP-CE_v.01_n.01_t.02.02.pdf>.

A MULTIPARENTALIDADE SOB A ÓTICA SOCIAL E JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Giovana Bresqui Andrade, Ana Augusta Rodrigues Westin Ebaid.

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: giovanabandrade@hotmail.com

RESUMO

A definição de família vem sofrendo inúmeras alterações ao longo do tempo, apresentando-se como um modelo de grande importância para os institutos jurídicos, e devido a essas constantes mudanças surgiu o Direito Multiparental, que é uma forma de acolher as diversas formas de unidades familiares atuais. O presente trabalho tem como proposta apresentar a evolução do direito de família, sob a ótica social e jurídica no ordenamento brasileiro, através de uma ampla pesquisa jurídica, jurisprudencial e doutrinária, foi estudada a filiação multiparental e seus efeitos no mundo jurídico, de forma a explicar todas as teses e conceitos dados a tal direito. A metodologia consistiu de levantamento bibliográfico e os dados foram examinados com a aplicação do método hipotético-dedutivo. A principal mudança estudada e debatida foi nas Certidões de Nascimento, onde agora é possível efetuar a melhor satisfação da criança ao obter o nome de dois pais ou duas mães, pois leva em consideração a criação e não apenas a genética, deixando de lado os laços biológicos e satisfazendo a afetividade. Desse modo, conclui-se que a possibilidade do reconhecimento da multiparentalidade, em face dos princípios da dignidade da pessoa humana, da efetividade, bem como a permissão das mudanças nas certidões de nascimento, demonstram que o direito de família está evoluindo, ainda que de forma vagarosa, para uma adaptação à realidade social condizente com a atualidade.

Palavras-chave: MULTIPARENTALIDADE, FAMÍLIA, AFETIVIDADE, FILIAÇÃO.

MULTIPARENTALITY UNDER THE SOCIAL AND LEGAL OPTICS IN BRAZILIAN LEGAL ORDINANCE

ABSTRACT

The definition of family has undergone numerous changes over time, presenting itself as a model of great importance for legal institutes, and due to these constant changes came the Multiparental Law, which is a way to accommodate the various forms of family units. current. The purpose of this paper is to present the evolution of family law, from the social and legal point of view in the Brazilian order, through a broad legal, jurisprudential and doctrinal research. explain all the theses and concepts given to such right. The methodology consisted of bibliographic survey and the data were examined with the application of the hypothetical-deductive method. The main change studied and debated was in Birth Certificates, where it is now possible to affect the best satisfaction of the child by getting the name of two fathers or two mothers, because it takes into account the creation and not just genetics, leaving aside the ties biological and satisfying affectivity. Thus, it is concluded that the possibility of recognizing multiparent hood, in view of the principles of human dignity, effectiveness, and the permission of changes in birth certificates, demonstrate that family law is evolving, even if slowly, for an adaptation to the social reality consistent with the present.

Keywords: MULTIPARENTALITY, FAMILY, AFFILIATION, MEMBERSHIP.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem, como proposta, apresentar a evolução do direito de família sob a ótica social e jurídica no ordenamento brasileiro. Indubitável é que o significado de família passou por diversas alterações, com o passar dos anos, devido as novas interpretações e adequações da sociedade atual, passando a se enquadrar como um instrumento de crescimento pleno e estável para seus membros, deixando, de lado, o antigo paradigma adotado no Brasil, que apresentava como característica a

concentração do poder familiar inteiramente na figura paterna, tornando a mulher como portadora da função de cuidar dos afazeres domésticos, e se preocupar com a criação dos filhos.

Como forma de melhor compreender o tema abordado, buscou-se descrever a evolução do conceito de família, levando-se em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana e a afetividade como valor jurídico principal, atuando de uma forma mais ampla, no entendimento da formação dos vínculos socioafetivos parentais.

Verifica-se que, há tempos as famílias que não se enquadram nos modelos antes considerados tradicionais, se encontravam carentes de uma legislação específica. Por este motivo, a contribuição jurisprudencial é primordial, pois está busca suprir a omissão legislativa perante um tema tão atual e presente na sociedade.

Mediante os estudos realizados, foi constatada a necessidade de encontrar uma forma de tornar a multiparentalidade uma realidade, de modo que não seja necessário recorrer, sempre, ao Poder Judiciário, para resolver uma situação cada vez mais habitual.

O presente trabalho se justifica frente a necessidade de apresentar a diversidade e a evolução do direito de família através dos tempos, abordando, assim, a família multiparental.

Para contemporizar o estudo do tema, foi ressaltado o Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu aos cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais a possibilidade do registro da multiparentalidade, determinando a forma de sua ocorrência e a viabilidade de extrajudicialização de um direito já caracterizado no dia a dia da sociedade.

Diante disto, o presente trabalho tem como objetivo trabalhar com as possibilidades da aplicação da multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro, delineando as principais discussões doutrinárias que remetem ao tema.

METODOLOGIA

Trata-se de um levantamento bibliográfico, em que se busca uma análise do tema, a partir de obras já publicadas, propondo um confronto de ideias. Os dados foram examinados com a aplicação do método hipotético-dedutivo, isto é, partindo do geral para o particular e as informações coletadas analisadas e confrontadas de forma dialética.

Foram utilizados para a realização deste artigo, livros de doutrina, artigos de revistas especializadas, legislações, jornais e demais documentos que se mostraram úteis e concernentes ao tema.

A EVOLUÇÃO NO CONCEITO DE FAMÍLIA

A definição de família, de acordo com o Dicionário Larousse da Língua Portuguesa (2001, p.427) é: “um grupo de pessoas ligadas entre si por laços de casamento ou de parentesco; pai, mãe e filhos; grupo de parentes mais ou menos próximos; conjunto dos ancestrais ou os descendentes de um indivíduo; linhagem; filhos, prole”. Indubitável é que entre vários organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteraram no curso dos tempos.

A palavra família pode possuir diferentes significados para as diversas áreas das ciências humanas, como a antropologia, a filosofia, a sociologia ou o direito. A legislação brasileira não apresenta um conceito preciso de família, utilizando-se, assim, de três acepções, conforme enumera Maria Helena Diniz (2008, p.9), que são o sentido amplíssimo, o sentido lato e a acepção restrita, sendo estes aplicáveis, cada um, em diferentes aspectos das relações familiares, graduando os direitos e as obrigações de acordo com a proximidade do círculo familiar. Família, em sentido amplíssimo, seria aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. Já a acepção *lato sensu* do vocabulário se refere àquela formada “além dos cônjuges ou companheiros e de seus filhos, abrangendo os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins”. Por fim, o sentido restringe-se à família, a comunidade formada pelos pais e à da filiação.

Paulo Lobo (2009, p.2) desprende-se do conceito anterior, trazendo o conceito de família, não apenas enquanto instituição jurídica, mas também em sua importância social, em suas várias formas e variações:

Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de

família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins).

Desse modo, a família consiste na organização social formada a partir de laços consanguíneos, jurídicos ou afetivos, não contendo, apenas, uma definição fria, mas abrangendo todos os tipos sociais que permanecem e que poderão ser constituídos.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FILIAÇÃO

A filiação, assim como a família, tem passado por diversas mudanças conceituais ao longo do tempo. Também chamada de paternidade ou maternidade, a filiação é a principal ramificação da família. Proveniente de uma relação de parentesco, que historicamente era somente permitida em um núcleo familiar conjugal. Hoje a filiação sofre mudanças relevantes, capazes de impactarem na vida, personalidade, direitos e deveres do indivíduo como pessoa. Com base principiológica nos alicerces da Constituição Federal de 1988 e configurada no Código Civil, a paternidade ou maternidade tem diversas formas de manifestação. (RAGUZZONNI, 2018, p. 26)

No Brasil, foi somente com a proclamação da sua Independência, em 1822, com a promulgação da primeira Constituição em 1824, que estabeleceu, em seu art. 179, 2º 13, a igualdade de todos perante a Lei, que na prática tinha repercussão sobre todos os filhos, legítimos ou ilegítimos. Contudo o fim da diferença jurídica entre filhos foi trazida com a Lei nº 463, de 02 de outubro de 1847, que determinou a igualdade perante os filhos nobres e plebeus, para efeitos de sucessão. E, além disto, os filhos ilegítimos, espúrios passaram a ter os mesmos direitos atribuídos aos filhos ilegítimos naturais, cabendo-lhes o direito à herança, concorrendo com os filhos ilegítimos, desde que reconhecidos por meio de escritura pública ou testamento. (FUJITA, 2011 p. 18)

Mais tarde, com o advento do Código Civil de 1916, ainda foi mantida a ideia de que somente o casamento constituía a família legítima e classificava a filiação em quatro espécies: legítimos, legitimados, adotivos e ilegítimos.

Segundo os ensinamentos de Lisboa (2013, p.277), o filho legítimo era aquele concebido em decorrência das justas núpcias, isto é, o casamento regular. A filiação legitimada era a resultante do casamento dos pais, estando o filho concebido ou, depois de havido o filho, sendo este equiparado aos legítimos. Já o filho adotivo, não podia seus direitos equiparados aos do filho legítimo, caso a adoção não fosse plena, porém simples, como previa o revogado Código de Menores, de 1979. Filho ilegítimo ou bastardo, como era usual na época, era aquele não originário das núpcias, ou seja, concebido fora do casamento.

Contudo os filhos incestuosos e os adulterinos não podiam ser objeto de reconhecimento voluntário ou forçado, impedindo-os de concorrerem à sucessão hereditária e, até mesmo, aos alimentos. (FUJITA, 2011 p. 20)

Vale ressaltar-se que foi com o surgimento da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e seus princípios fundamentais que a isonomia de direitos e deveres entre filhos, oriundos ou não de casamento, ou por adoção, se tornou possível. Esta prevê a proibição de quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, §6º).

FILIAÇÃO BIOLÓGICA VERSUS FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A filiação pode ser dividida em filiação biológica e socioafetiva, sendo a primeira o vínculo genético existente entre pais e filhos. De acordo com o doutrinador Jorge Siguemitsu Fujita (2011, p. 63), “filiação biológica ou natural é a relação que se estabelece, por laços de sangue, entre uma pessoa e seu descendente em linha reta do primeiro grau”. Afirma, ainda, que “esse liame de sangue pode fazer-se presente por meio da reprodução natural ou carnal, ou pelas várias técnicas de reprodução humana assistida”.

A filiação resultante da reprodução humana, natural ou carnal, é definida pelo doutrinador como:

Aquela que envolve uma relação sexual entre um homem e uma mulher com a consequente concepção, pouco importando a sua origem: se ocorreu dentro do matrimônio, ou fora do matrimônio, ou entre noivos ou namorados, ou entre meros “ficantes” (termo contemporaneamente utilizado que significa aqueles que, ocasional e

descompromissadamente, decidiram ter momentos de intimidade sexual), dos quais resultaram a gravidez e o conseqüente nascimento de uma criança. (FUJITA, 2011, p. 63)

Já a filiação oriunda da reprodução assistida, segundo o doutrinador acima mencionado, não tem, como base, a cópula carnal, mas, sim, um “conjunto de técnicas que tem, como fim, provocar a gestação mediante a substituição ou a facilitação de alguma etapa que se mostre deficiente no processo reprodutivo”. (FUJITA, 2011, p. 63)

Portanto, a mutabilidade social e as séries de modificações da noção de família trouxe a necessidade do reconhecimento da paternidade afetiva, que passou a ser valorizada apenas após a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), que se pauta no princípio da igualdade entre os filhos. Esta pode estar presente no parentesco civil, como na adoção, no parentesco biológico e pode ainda expressar-se entre duas pessoas que não possuam qualquer vínculo genético ou legal. Esta espécie de filiação permite reconhecerem-se, como pai ou mãe, aqueles que se comportam como tais, independentemente de qualquer ligação biológica ou registral.

DA MULTIPARENTALIDADE

Conforme mencionado, o conceito de família sofreu inúmeras alterações ao longo do tempo, apresentando-se como um modelo de grande importância para os institutos jurídicos. Todavia a família contemporânea, muitas vezes renegada pela sociedade conservadora, vem-se distinguindo, cada vez mais, dessa concepção de família, adquirindo uma concepção variada, igualitária e, com essa base, a filiação afetiva veio surgindo, relacionada com essas ideias às discussões sobre a multiparentalidade.

CONCEITO E APLICAÇÃO DA MULTIPARENTALIDADE

Para entender o conceito de multiparentalidade, recorreu-se a reflexões já realizadas em publicação anterior, intitulada “Do Reconhecimento Voluntário de Paternidade ou Maternidade Socioafetiva” (2018) que as autoras utilizando das ideias de Abreu (2014), vislumbram:

A Multiparentalidade é a possibilidade jurídica conferida ao genitor biológico e/ou do genitor afetivo de invocarem os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade para garantir a manutenção ou o estabelecimento de vínculos parentais, permitindo, assim, a formação de vínculos socioafetivos parentais por toda a vida, ou a descoberta de liames biológicos a qualquer tempo. (ABREU, apud, ANDRADE, TRUKITI, EBAID, 2018, p 271)

Para aprimorar o conceito de multiparentalidade, as autoras acima mencionadas enfatizam os conceitos de Teixeira e Rodrigues (2010), ao observar que o conceito de multiparentalidade deve ser interpretado com base no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Nestes termos:

O princípio da dignidade da pessoa humana e multiparentalidade têm estreita relação, já que a segunda é uma das formas de concretização da primeira. Decorrendo, portanto, a possibilidade da formação de vínculos socioafetivos parentais por toda a vida, ou a descoberta de liames biológicos a qualquer tempo. Se o ordenamento jurídico transmudou-se para o viés personalista com a finalidade de tutelar a pessoa humana de forma mais concreta e abrangente possível, deve-se reconhecer a possibilidade da cumulação parental, para que o assento de nascimento reflita a exata realidade daquela pessoa, que no mundo da vida, tem múltiplas vinculações parentais, das mais diversas ordens. (Teixeira e Rodrigues, apud, ANDRADE, TRUKITI, EBAID, 2018, p 271)

A doutrina brasileira vem, paulatinamente, admitindo a possibilidade do instituto da multiparentalidade, aceitando a coexistência da filiação socioafetiva com a biológica, de modo que ambas produzam os mesmos efeitos jurídicos, incumbindo direitos e obrigações. Destarte, a multiparentalidade visa a garantir o direito da criança e do adolescente de terem e manterem todos os vínculos socioafetivos e biológicos reconhecidos, bem como de usufruírem de todos os efeitos jurídicos deles decorrentes.

Importante ressaltar-se que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) traz um conceito de família, que faz jus à possibilidade debatida neste artigo:

art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. [...]

Maria Berenice Dias (2013, p. 385) sustenta que o avanço da Medicina possibilitou as concepções geneticamente assistidas, não se admitindo apenas a biparentalidade da filiação, ficando, em evidência, os aspectos da multiparentalidade. Dessa forma, entende-se que a multiparentalidade decorre de uma ampliação dos conceitos de família, que surge diante do contexto da contemporaneidade e do surgimento de novos valores.

Para a ilustre desembargadora, o direito de a criança ou o adolescente terem retratado, em seu assento de nascimento, o espelho de sua família constitui elemento essencial para a formação e desenvolvimento de sua identidade pessoal, familiar e social. Sua identificação, no mundo, é indissociável daqueles que fazem parte da sua história, dos quais carrega o DNA em sua alma. E, para que haja a concretização desse direito – de ordem fundamental e personalíssima –, somente será possível com o reconhecimento judicial da família multiparental, mediante a fiel reprodução desta realidade no registro de nascimento.

No tocante à legislação, a multiparentalidade não se encontra regulada em dispositivos legais, mas as novas concepções de família vêm exigindo mais do Estado tutela e proteção. Por este motivo, o Recurso Extraordinário, nº 898.060 do Supremo Tribunal Federal, proferido pelo Relator Ministro Luiz Lux, reconheceu, expressamente, o instituto. No julgado, destaca-se o seguinte trecho:

A omissão do legislador brasileiro quanto ao reconhecimento dos mais diversos arranjos familiares não pode servir de escusa para a negativa de proteção a situações de pluriparentalidade. É imperioso o reconhecimento, para todos os fins de direito, dos vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos. (BRASIL, 2016).

A decisão do ilustre Relator foi baseada na conceituação adotada por Maria Berenice Dias (2016, p. 682), em seu livro “Manual de Direito das Famílias, *in verbis*:

Para o reconhecimento da filiação pluriparental, basta flagrar a presença do vínculo de filiação com mais de duas pessoas. A pluralidade é reconhecida sob o prisma da visão do filho, que passa a ter dois ou mais novos vínculos familiares. Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los, na medida em que preserva direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo o direito à afetividade.

O ministro Luiz Fux, em seu voto, sobre o RE nº 898.060, de São Paulo, enfatiza a dignidade da pessoa humana frente à omissão legislativa, conforme o seguinte trecho:

Tanto a dignidade humana, quanto o devido processo legal, e assim também o direito à busca da felicidade, encartam um mandamento comum: o de que indivíduos são senhores dos seus próprios destinos, condutas e modos de vida, sendo vedado a quem quer que seja, incluindo-se legisladores e governantes, pretender submetê-los aos seus próprios projetos em nome de coletivos, tradições ou projetos de qualquer sorte. (BRASIL, 2016)

Resta inequívoco que o instituto analisado não cria vínculos entre as partes, apenas os reconhece, para que estejam sujeitos aos direitos e às obrigações legais exigíveis, razão pela qual seu reconhecimento depende apenas da constituição dos laços.

MULTIPARENTALIDADE ENVOLVENDO CASAIS HOMOAFETIVOS

Outra inovação, no núcleo familiar, ocorreu com o reconhecimento das relações homoafetivas como entidade familiar. Esta foi a decisão da Corte Suprema (2011), ao julgar procedente o pedido formulado em duas ações de inconstitucionalidade, ajuizadas, respectivamente, pelo Procurador-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. O pedido tinha, como objetivo, excluir do artigo 1.723 do Código Civil qualquer significado que impedisse o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

O relator do caso, o Ministro Ayres Britto, asseverou que este reconhecimento deve ser feito de acordo com as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. Segundo

ele, a Constituição veda, expressamente, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem, o que nivela o fato de ser homem ou de ser mulher às contingências da origem social e geográfica das pessoas, da idade, da cor da pele e da raça, na aceção de que nenhum desses fatores acidentais ou fortuitos se coloca como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja. Afirmou que essa vedação também se dá relativamente à possibilidade da concreta utilização da sexualidade, havendo um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato, em si, da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; e c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo ou não.

Dessa forma, sendo reconhecido como entidade familiar, também tornou possível o reconhecimento da multiparentalidade em casos homoafetivos. Uma decisão marcante ocorreu em fevereiro de 2015, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que foi denominado como inovador pela parte autora como ação declaratória de multiparentalidade. No presente caso, um casal homoafetivo juntamente com o pai biológico requereram a ação em que lhe fosse autorizado o registro civil da recém-nascida como filha dos três autores.

No entanto a neonata fora registrada apenas como o nome dos pais biológicos. Desse modo, pretendiam a inclusão da segunda mãe com a inclusão dos respectivos avós maternos. Arguiram, no presente feito, que as mães e o pai da neonata haviam planejado, juntos, a concepção da criança nos mínimos detalhes. Contudo tiveram a petição inicial indeferida em razão de suposta impossibilidade jurídica do pedido.

Foi, então, na segunda instância, que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu a aplicabilidade do instituto, reconhecendo o pedido dos autores. Na decisão, o relator José Pedro de Oliveira Eckert, enfatiza a evolução do direito de família e a ausência legislativa perante o assunto, conforme ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. DECLARATÓRIA DE MULTIPARENTALIDADE. REGISTRO CIVIL. DUPLA MATERNIDADE E PATERNIDADE. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. JULGAMENTO DESDE LOGO DO MÉRITO. APLICAÇÃO ARTIGO 515, § 3º DO CPC. A ausência de lei para regência de novos - e cada vez mais ocorrentes - fatos sociais decorrentes das instituições familiares, não é indicador necessário de impossibilidade jurídica do pedido. É que "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). Caso em que se desconstitui a sentença que indeferiu a petição inicial por impossibilidade jurídica do pedido e desde logo se enfrenta o mérito, fulcro no artigo 515, § 3º do CPC. Dito isso, a aplicação dos princípios da "legalidade", "tipicidade" e "especialidade", que norteiam os "Registros Públicos", com legislação originária pré-constitucional, deve ser relativizada, naquilo que não se compatibiliza com os princípios constitucionais vigentes, notadamente a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo ou qualquer outra forma de discriminação (artigo 3, IV da CF/88), bem como a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (artigo 227, § 6º, CF), "objetivos e princípios fundamentais" decorrentes do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, há que se julgar a pretensão da parte, a partir da interpretação sistemática conjunta com demais princípios infraconstitucionais, tal como a doutrina da proteção integral o do princípio do melhor interesse do menor, informadores do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), bem como, e especialmente, em atenção do fenômeno da afetividade, como formador de relações familiares e objeto de proteção Estatal, não sendo o caráter biológico o critério exclusivo na formação de vínculo familiar. Caso em que no plano fático, é flagrante o ânimo de paternidade e maternidade, em conjunto, entre o casal formado pelas mães e do pai, em relação à menor, sendo de rigor o reconhecimento judicial da "multiparentalidade", com a publicidade decorrente do registro público de nascimento. DERAM PROVIMENTO. (SEGREGO DE JUSTIÇA) (TJRS, Apelação Cível n. 70062692876, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. José Pedro de Oliveira Eckert, DJ 25/02/2015)

Diante o exposto, não restam dúvidas de que o caso retrata a possibilidade da aplicação do instituto da multiparentalidade, que visa ao melhor interesse da criança, podendo esta criança usufruir da tripla filiação e dos direitos decorrentes do vínculo.

A MULTIPARENTALIDADE, NO REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS

Como consequência da discussão que o presente tema acarretou no mundo jurídico, a possibilidade de inserir-se, na certidão de nascimento, o nome de dois pais e uma mãe ou um pai e duas mães, acarretando grande discrepância no meio jurídico. Isto posto, a multiparentalidade ainda não encontra dispositivo legal expresso que a regule, sendo sua existência, no mundo do direito, regulada por meio da doutrina e da jurisprudência, bem como dos provimentos e enunciados.

Primeiro documento do brasileiro, a certidão de nascimento tradicional continha a filiação da criança com o nome do pai em cima e, logo abaixo, o da mãe. No entanto as relações de afeto têm configurado a estrutura das famílias e, também, a do documento oficial. Desse modo, decisões judiciais abriram novos caminhos, para que coexistisse no registro civil dos dois pais e uma mãe ou um pai e duas mães, sendo esta, a definição de famílias multiparentais.

A primeira decisão que deferiu a mudança no registro civil, aceitando, assim, o conceito de multiparentalidade ocorreu em Ariquemes, quando a juíza Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz proferiu sentença, reconhecendo a multiparentalidade em demanda de investigação de paternidade cumulada com anulatória de registro em face de dois pais, no registro de nascimento (o biológico e o socioafetivo). Ao decidir, ponderou a juíza:

[...] a pretendida declaração de inexistência do vínculo parental entre a autora e o pai registro afetivo fatalmente prejudicará seu interesse, que diga-se, tem prioridade absoluta, e assim também afronta a dignidade da pessoa humana. Não há motivo para ignorar o liame socioafetivo estabelecido durante anos na vida de uma criança, que cresceu e manteve o estado de filha com outra pessoa que não o seu pai biológico, sem se atentar para a evolução do conceito jurídico de filiação, como muito bem ponderou a representante do Ministério Público em seu laborioso estudo (RONDÔNIA, 2012, apud, ANDRADE, TRUKITI, EBAID, 2018, p. 272).

Nestes termos, os Tribunais começaram a reconhecer a multiparentalidade e a possibilidade de reconhecer, na certidão de nascimento, a filiação socioafetiva conforme decisão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (BRASIL, 2015) em decisão do magistrado Alcides Leopoldo e Silva Júnior:

MATERNIDADE SOCIOAFETIVA Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família - Enteadado criado como filho desde dois anos de idade Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuas, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade Recurso provido. (TJ-SP - APL: 64222620118260286 SP 0006422-26.2011.8.26.0286, Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior, Data de Julgamento: 14/08/2012, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/08/2012)

Contudo ressalta-se a necessidade de análise cautelosa de cada caso, conforme decidiu a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, em decisão do REsp. n.º 1.167.993/RS:

DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE AJUIZADA PELA FILHA. OCORRÊNCIA DA CHAMADA "ADOÇÃO À BRASILEIRA". ROMPIMENTO DOS VÍNCULOS CIVIS DECORRENTES DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE E MATERNIDADE RECONHECIDOS. 1. A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, e depende sempre do exame do caso concreto. É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica foi proclamada em um contexto de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversa da que ocorre quando o filho registral é quem busca sua paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada "adoção à brasileira". 2. De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. No caso de ser o filho - o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo – quem vindica estado

contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de "erro ou falsidade" (art. 1.604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de "adoção à brasileira", significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei. 3. A paternidade biológica gera, necessariamente, uma responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada "adoção à brasileira", independentemente da nobreza dos desígnios que a motivaram. E, do mesmo modo, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos da filha resultantes da filiação biológica, não podendo, no caso, haver equiparação entre a adoção regular e a chamada "adoção à brasileira". 4. Recurso especial provido para julgar procedente o pedido deduzido pela autora relativamente ao reconhecimento da paternidade e maternidade, com todos os consectários legais, determinando-se também a anulação do registro de nascimento para que figurem os réus como pais da requerente. (Recurso Especial n.º 1167993, Quarta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Luis Felipe Salomão. Julgado em 18/12/2012, publicado em 15/03/2013).

Assim como na jurisprudência, alguns enunciados foram criados, a fim de garantir os efeitos jurídicos da multiparentalidade, trazendo esse tema para a realidade no ordenamento brasileiro. O Enunciado n.º 6, do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), ratificou o que já vinha sendo entendido pela jurisprudência, igualando a parentalidade socioafetiva à biológica: "Do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental" (BRASIL, 2013).

No mesmo sentido, o Enunciado nº 103, da 1ª Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal - CJF, dispõe:

O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho. (BRASIL, 2002)

Para contemplar essas ideias, vale transcrever-se a inédita decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (2019), proferida pelo juiz Filipe Luis Peruca em ação de investigação e reconhecimento de paternidade cumulada pedido de tutela antecipada de alimentos provisórios (anexo 01), que decidiu, em suma, a inserção, na certidão de nascimento, o nome de gêmeos univitelinos, portadores do mesmo código genético. Ocorre que, por terem tal característica em comum, exames laboratoriais de DNA revelaram a compatibilidade da criança com os dois homens e, diante do impasse, já que nenhum destes se dispôs a responsabilizar-se pela paternidade, o magistrado determinou que ambos fossem incluídos na certidão de nascimento da criança e que pagassem, cada um, pensão alimentícia no valor de 30% do salário mínimo. Assim pontuou o ilustre magistrado:

Um dos irmãos, de má-fé, busca ocultar a paternidade. Referido comportamento, por certo, não deve receber guarida do Poder Judiciário que, ao revés, deve reprimir comportamentos torpes, mormente no caso em que os requeridos buscam se beneficiar da própria torpeza, prejudicando o direito ao reconhecimento da paternidade biológica da autora, direito este de abrigo constitucional, inalienável e indisponível, intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição da República). (GOIÁS, 2019)

O magistrado também elucidou que o conceito de família não deve ser realizado de forma técnica e imutável. Ao contrário, deve ser extraído, do contexto social, jurídico e psicológico, no âmbito da sociedade e levando, em consideração a consciência de coletividade da atualidade.

No julgado, destaca-se o seguinte trecho:

É bem verdade que, no caso *sub judice*, embora existam dois exames de DNA atestando a paternidade de ambos os requeridos com a autora, há, de outro lado, a negativa de ambos. Durante a instrução, não foi possível aferir, com segurança, qual dos dois requeridos manteve relações sexuais com a genitora da autora, tornando, pois, impossível concluir pela paternidade de apenas um dos réus. Assim, reputo que a saída que melhor atende os interesses da criança, cuja proteção e prioridade possui abrigo na Constituição

da República, é a multiparentalidade. Mas não por afinidade, e sim a ***multiparentalidade biológica ou genética***. (grifos constantes no original) (GOIÁS, 2019)

Destarte, incontestável é que a multiparentalidade está cada vez mais presente, tanto na jurisprudência quanto nos enunciados, servindo como ponte para o reconhecimento da multiparentalidade, bem como, a necessidade de que haja a criação de leis capazes de permitirem o registro extrajudicial no Registro Civil de Pessoas Naturais.

POSSIBILIDADE DE EXTRAJUDICIALIZAÇÃO

Diante do pronunciamento dos tribunais dos Estados, conforme mencionado, o CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2017) publicou, no dia 17 de novembro de 2017, o provimento nº 63, que institui regras para emissão, pelos cartórios de registro civil, da certidão de nascimento, casamento e óbito. Entre as medidas adotadas, está a possibilidade de reconhecimento voluntário da maternidade e da paternidade socioafetiva, que até então era possível apenas por decisões judiciais em poucos Estados, que continham normas reguladoras do assunto.

O provimento modifica, em seus artigos de 10 a 15, considerando a ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial da paternidade e da maternidade socioafetiva, os princípios da efetividade e da dignidade da pessoa humana, como fundamento de filiação civil e a possibilidade do parentesco resultar de outra origem que não a consanguinidade. Este visa, como resultado, a unificar, no território nacional, a autorização do reconhecimento voluntário da parentalidade socioafetiva perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais, tornando possível que este procedimento seja feito de forma extrajudicial, sem a necessidade da provocação das varas de família, da infância e da juventude.

Assim, no registro de nascimento, pessoas que contenham laços afetivos com a criança e se apresentem para o registro do bebê, voluntariamente, como pais ou mães poderão ter os mesmos direitos legais e obrigações que os pais biológicos ou adotivos. Porém o Conselho Nacional de Justiça impõe alguns requisitos, para que haja o reconhecimento da paternidade e da maternidade socioafetivas, devendo ser o requerente maior de 18 anos, independente do estado civil, salvo irmãos e ascendentes, e desde que sejam 16 anos mais velhos do que o filho a ser reconhecido.

Sendo assim, qualquer pessoa alegando laços de afinidade e afetividade com determinada criança e adolescente poderá ser reconhecida perante o cartório de registro civil e ter seu nome identificado no documento, podendo a certidão conter o nome de até dois pais e duas mães, e não havendo diferença jurídica entre eles. O pedido é irrevogável e só poderá ser desconstituído pela via judicial. (BRASIL, 2017)

O artigo 11 do Provimento nº 63 prevê que o reconhecimento será processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente. Nos casos onde o reconhecimento for tardio, tendo a criança mais de 12 anos, a medida exige seu consentimento.

No documento, o campo filiação terá a indicação dos nomes dos pais, que podem ser heterossexuais ou homossexuais, e os avós maternos e paternos serão substituídos pela nomenclatura ascendentes. As mudanças válidas para todo o território nacional tiveram que ser adaptadas até o primeiro dia do ano de dois mil e dezoito, quando se tornou obrigatório o novo formato na certidão.

Nota-se que, demonstrada a possibilidade do reconhecimento da multiparentalidade, em face dos princípios da dignidade da pessoa humana e da efetividade e permitindo as mudanças nas certidões de nascimento, bem como nas decisões dos grandes Tribunais, leva-se a acreditar que o direito está evoluindo, ainda que de forma vagarosa, para uma adaptação à realidade social encontrada nos dias atuais.

CONCLUSÃO

Em virtude dos fatos mencionados, entende-se que o presente trabalho buscou esclarecer e apresentar um novo conceito de família, aceito, atualmente, pelo ordenamento jurídico e, por tratar-se de um modo distinto de relação familiar, sofreu bastante represália pelos olhos dos mais conservadores. É indubitável que a família consista não apenas de laços consanguíneos, mas também de vínculos afetivos, não contendo apenas uma definição fria, mas, sim, um conceito que abranja todos os tipos sociais que poderão ser constituídos.

Notório é que, foi por meio dessa mutabilidade social e das séries de modificações da noção de família, que a necessidade de novas formas de parentalidade foram surgindo, como a parentalidade socioafetiva, possibilitando aos genitores uma equiparação aos sanguíneos.

Porém o instituto da multiparentalidade vai além do mero reconhecimento da filiação, visto que pretende garantir a efetividade de todos os direitos e deveres decorrentes desse vínculo, trazendo incontáveis reflexos que devem ser compreendidos em cada situação fática, ainda que o direito encontrado, para subsidia-lo, possa ser alterado, não podendo esse direito ser coibido, para que haja o reconhecimento da multiparentalidade.

Por sua vez, vale trazer-se a baila que há requisitos imprescindíveis a serem obedecidos no que tange à certidão multiparental, pois deve prevalecer o interesse do menor, e não somente da mãe ou do pai.

Deste modo, fica em evidência a proteção de um direito fundamental, atribuído àqueles que se viam desamparados por uma lei antiquada e conservadora. Ainda assim, observa-se que o direito precisa evoluir, muito, no tocante a esta matéria, pois não há uma legislação específica. No entanto não se pode deixar de reconhecer um grande avanço no Direito de Família, podendo ser facilmente identificado com o posicionamento dos pátrios tribunais por meio da jurisprudência.

Afinal, a lacuna legislativa não pode excluir o direito de inúmeras famílias que vivem em situações de vínculos afetivos, devendo estas serem amparadas com as formas que se encontrem possíveis.

Assim, resta nítido que, demonstrada a possibilidade do reconhecimento da multiparentalidade, em face dos princípios da dignidade da pessoa humana, da efetividade e como consequência a permissão das mudanças nas certidões de nascimento, bem como nas decisões dos grandes Tribunais, concluindo-se que o direito está evoluindo, ainda que de forma vagarosa, para uma adaptação à realidade social encontrada na contemporaneidade .

REFERÊNCIAS

ABREU, Karina Azevedo Simões de, “Multiparentalidade: conceito e consequências jurídicas de seu reconhecimento”. Disponível em: <https://karinasabreu.jusbrasil.com.br/artigos/151288139/multiparentalidade-conceito-e-consequencias-juridicas-de-seu-reconhecimento> . Acesso em: 07 jul. 2019

ANDRADE, Giovana Bresqui. A multiparentalidade sob a ótica social e jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. 2019. 49 f. Monografia (Trabalho de conclusão de curso) - Curso de Direito, Universidade do Oeste Paulista, Presidente Prudente-SP, 2019.

ANDRADE, Giovana Bresqui; TRUKITI, Giovana Yuki; EBAID, Ana Augusta Rodrigues Westin. Do reconhecimento voluntário de paternidade ou maternidade socioafetiva na certidão de nascimento. *Colloquium Socialis*, [s.l.], v. 2, n. 2, p.270-275, 1 dez. 2018. Associação Prudentina de Educação e Cultura (APEC). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5747/cs.2018.v02.nesp2.s0290>. Acesso em: 07 jul. 2019. <https://doi.org/10.5747/cs.2018.v02.nesp2.s0290>

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em 08 jul. 2019.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Enunciados do IBDFAM. Enunciado 06 – Do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes a autoridade parental. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em 11 jul. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STF, ADI 4277, Rel. Min, Luiz Fux, DJ 10.11.2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidental=11872>. Acesso em 11 jul. 2019

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.274.240 - SC (2011/0204523-7). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31746614&num_registro=201102045237&data=20131015&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 18 jun. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.167.993 - RS (2009/0220972-1). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=27293473&num_registro=200902209722&data=20130315&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 18 jun. 2019.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – CJF. Enunciados. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/734>. Acesso em 11 jul. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento n. 63. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n63-14-11-2017corregedoria.pdf. Acesso em: 07 jul. 2019.

DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice *et ali*. Multiparentalidade: uma realidade que a Justiça começou a admitir. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/artigos.php> p?cat=&subcat=&termobusca=&ordem=mais_antigos&pagina=35. Acesso em: 28 jun. 2019.

DICIONÁRIO LAROUSSE DA LÍNGUA PORTUGUESA. São Paulo: Ática, 2001.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FUJITA, Jorge Siguemitsu. Filiação. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2011. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/_books/9788522466917/cfi/0!/4/4@0.00:58.6. Acesso em: 25 jun. 2019

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Ação de investigação e reconhecimento de paternidade c.c. pedido de tutela antecipada de alimentos provisórios. Relator: Filipe Luis Peruca. 21 jun. 2019.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil: Direito de família e sucessões. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502218819/cfi/39!/4/4@0.00:60.5>. Acesso em: 26 jun. 2019.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 2.

RAGUZZONNI, Juliana Prates. Aspectos judiciais e extrajudiciais da multiparentalidade no registro civil de pessoas naturais. Trabalho de conclusão de curso. Universidade do Vale do Taquari, Rio Grande do Sul, 2018.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS, Apelação Cível n. 70062692876, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. José Pedro de Oliveira Eckert, DJ 25.02.2015.

RODRIGUES, Silvio. Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 88, p. 239-254, 1 jan. 1993. <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v88i0p239-254>

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça do Estado. Processo n. 0012530-95.2010.8.22.0002. Juíza de Direito: Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz. Decisão: 13 Mar. 2012. Acesso em: 28 jun. 2019

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Recurso Extraordinário 898060. Recorrente: A. N. Recorrido: F. G. Relator: Luis Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=480309> 2. Acesso em: 07 jul. 2019.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado, Processo n. 64222620118260286 SP 0006422-26.2011.8.26.0286, Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior Data de Julgamento: 14/08/2012, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/08/2012) disponível em: <http://tjsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22130032/ape-lacao-apl-64222620118260286-sp-0006422-2620118260286-tjsp>. Acesso em 07 jul. 2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas. In: Revista brasileira de direito das famílias e sucessões, v. 11, n. 10, p. 34-60, jun./jul. 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. O direito das famílias: entre a norma e a realidade. São Paulo: Atlas, 2010.

A PROBLEMATIZAÇÃO NO ENSINO JURÍDICO.

Lucas Whitaker Piai, Danielle Yurie Moura Da Silva

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: lucaspiai@hotmail.com

RESUMO

Com a evolução da sociedade e a dinâmica do mercado de trabalho atual, o sistema de ensino utilizado na formação jurídica atual é discutido. O objetivo deste trabalho é incitar o questionamento acerca do modelo vigente nos cursos de Direito do país, refletindo sobre sua compatibilidade com as exigências impostas ao profissional moderno. Ainda, propor a aplicação de metodologias ativas como a problematização como solução para o ensino jurídico defasado e projetar seus possíveis impactos na academia e nos profissionais formados com estes métodos. Neste sentido, houve a apreciação do tema por meio de observação de discussão doutrinária e jurisprudencial, visando-se compreender melhor o contexto educacional atual e a aplicabilidade do método PBL. Por fim, verifica-se crescente tendência no meio acadêmico de se inovar e fazer uso de novas metodologias que possibilitem abordagens diferentes e mais eficientes, resultando em um aprendizado mais sólido e adequado aos dias de hoje.

Palavras-Chave: Educação, Metodologias Ativas, Método PBL, Pedagogia, Ensino Jurídico.

THE PBL METHOD IN LEGAL EDUCATION.

ABSTRACT

As society and the job market dynamics advance, the system used in nowadays legal education is discussed. The goal of this paper is to induce questioning about current method used in law courses across the country, reflecting on its compatibility with modern professionals requirements. Still, proposing the application of active methodologies as solutions for the outdated problem of legal education and projecting their probable impacts on the academy and on the professionals that used these methods. In this sense, the subject of this paper has been appreciated by the observation of the jurisprudence and doctrine, aiming to better understand the present educational context and the applicability of the PBL method. Lastly, there is a growing tendency on the academic scenario to innovate and use new methodologies that enable different and more efficient approaches, resulting in a solid and more appropriate learning to the present days.

Keywords: Education, Active Methodologies, PBL Method, Pedagogy, Legal Education.

INTRODUÇÃO

Nos primórdios do estudo da pedagogia como ciência, reduzida parcela da população tinha acesso ao ensino em sua concepção formalizada, envolvendo professor e aluno. Assim, da mesma forma como ocorreu com diversos direitos fundamentais que hoje nos são assegurados, a educação era restrita àqueles que dispunham de poder econômico avantajado.

Com o natural desenvolvimento da sociedade, veio também a melhoria do serviço de ensino prestado e a evolução da ciência do ensino, a pedagogia. O direito à educação, agora consagrado, culminou na democratização do ensino, ocorrida principalmente no século XX, de modo que de ambiente limitado e elitista, a escola passou a ser local de comunhão de indivíduos de diferentes credos, grupos sociais e culturais.

Todavia, observou-se certa incompatibilidade do processo de ensino com a mudança ocorrida, visto que a educação à época vigente, moldada em padrões e idêntica a todos, não mais atendia à realidade dos alunos. Desta forma, crescente foram os questionamentos surgidos acerca do método de ensino utilizado, bem como a clara necessidade de alteração pedagógica na academia. (SANTOS, 2019).

E é justamente nesse contexto de necessária mudança que nos encontramos mais uma vez, em especial no ambiente jurídico, que há considerável tempo dá sinais de sua desatualização frente às novas metodologias de ensino.

Esta incompatibilidade atual se dá, em grande parte, pelo fato de a maioria dos cursos de Direito do país oferecerem ensino caracterizado como tecnicista. Dada a necessidade de o discente realizar diversos exames durante sua vida profissional, há um esforço, pelas Instituições de Ensino Superior, em melhor prepará-lo para este tipo de avaliação, como o Exame da Ordem dos Advogados do Brasil e o ENADE, dentre outros.

Desta forma, evidencia-se a popularidade da denominada transmissão do conhecimento, sendo o discente concebido como alguém de atitude preponderantemente passiva, fadado a absorver todo o conteúdo passado pelo professor. Neste modelo de ensino, chamado de aula expositiva, o docente é tido como o centro do conhecimento, responsável pela sua transferência aos alunos.

Porém, esse estilo de educação bancário e positivista cobra um preço alto: por ser excessivamente teórico, acaba por negligenciar o exercício prático do conteúdo, não gerando suficientemente estímulos que contribuam para o desenvolvimento de competências profissionais ligadas à reflexão e solução de problemas, capacidades essas que, inevitavelmente, serão exigidas do egresso no mercado de trabalho.

Durante seu tempo na faculdade o estudante é confrontado com enorme quantidade de conteúdo, pela metodologia tradicional. Entretanto, dado o pouco estímulo recebido em sua formação para o seu exercício, tem dificuldade em como lidar com essa bagagem na prática.

Exposta, assim, a falha do modelo vigente, é papel da pedagogia o rompimento de paradigmas e o aperfeiçoamento da educação, especialmente acerca das metodologias de ensino que atendam de forma mais satisfatória a realidade atual do contexto jurídico. Por meio da pedagogia, o docente tem papel fundamental neste processo, como bem afirma Santos (2019, p. 17): “Em resumo: o professor precisa saber ensinar para que estudantes aprendam, mas precisa aprender também, enfrentando sempre novas situações de aprendizagem e adequando seus métodos às necessidades dos estudantes.”

Superar as dificuldades e promover real mudança no ambiente acadêmico, a fim de que os estudantes estejam melhor preparados para o futuro profissional, são desafios especialmente importantes se considerarmos que, além de gerar conhecimento de ofício, o ensino também faz parte da formação íntima do indivíduo, influenciando seu próprio jeito de agir e de pensar.

Não se deve ter a concepção de que a educação é apenas a absorção de conteúdo pelo estudante. Deve ela ser tida, também, como meio de formação de cidadãos conscientes e críticos que, por meio desta percepção, sejam capazes de promover mudanças. Que transformem, além de si mesmos, outras pessoas e o meio onde estão inseridos. (FREITAS, 2000).

Uma possível solução para esta questão é uma das metodologias ativas chamada de problematização, ou método PBL, *Problem-Based Learning*, em inglês. É tida como uma “metodologia de ensino na qual os tópicos de aprendizado são identificados a partir da apresentação de um problema real ou simulado” (ARANTES; MUSSI, 2010, p. 22).

É caracterizada como uma metodologia ativa de ensino que, por meio da utilização de problemas reais ou simulados, visa desenvolver de forma mais eficiente as habilidades de resolução de problemas e, ainda, o pensamento crítico do estudante.

Sendo um método essencialmente participativo e focado na prática, e que por isso diverge do sistema tradicional utilizado de aulas teóricas expositivas, acaba por enfrentar certa resistência pela comunidade educacional brasileira, contudo, apresentando-se como alternativa viável ao já incompatível modelo vigente.

O presente estudo tem por objetivo refletir sobre a defasagem do ensino jurídico hodierno, bem como sobre utilização de metodologias ativas como ferramentas pedagógicas de aperfeiçoamento do processo de aprendizado, objetivando uma melhor e mais adequada formação que forneça aos estudantes as ferramentas necessárias para o correto exercício profissional.

A questão em tela é de extrema importância, tendo em vista que instigará novas discussões acerca do tema, proporcionando novos entendimentos e questionamentos, culminando, por fim, em novos apontamentos científicos e contribuições no âmbito de pesquisas.

MÉTODOS

O presente estudo fora realizado por meio do método hipotético-dedutivo, tratando-se de um método científico que se baseia em pesquisas de aspecto teórico e bibliográfico. Foram feitas diversas pesquisas bibliográficas, por meio de leituras, artigos eletrônicos e a observação do tema frente a realidade prática em que se insere. Após coletados, os dados obtidos foram confrontados e suas principais ideias foram destacadas, objetivando-se uma percepção mais realista do assunto, possibilitando que considerações pertinentes possam ser feitas acerca da problemática presente.

RESULTADOS

Os resultados advindos da reflexão do artigo em questão ressaltam a obrigatoriedade da discussão acerca da metodologia de ensino atualmente utilizada na grande maioria dos cursos de Direito no país, e o seu conseqüente reflexo na formação dos profissionais, bem como o impacto que a implementação de metodologias ativas causaria no processo de ensino e desenvolvimento de competências nos estudantes da área jurídica.

DISCUSSÃO

O ensino jurídico como é hoje, excessivamente baseado na aula expositiva tradicional, positivista e até engessada, tem como consequência certo prejuízo ao profissional quando este é exigido, na prática, a aplicar o conhecimento adquirido durante o período universitário.

Em decorrência, quando encontrar problemas reais, o bacharel pode ter dificuldades em processar todo o conhecimento visto na academia, pois não fora suficientemente estimulado neste tipo de competência diversa da teórica.

Nos dias atuais, contando com um mercado de trabalho que, invariavelmente, exige cada vez mais do profissional, em conhecimento e também em competências, a formação acadêmica apresenta-se como base essencial para que o estudante satisfaça esse nível de exigência.

Destarte, as falhas de uma formação universitária insatisfatória ou inadequada poderão acompanhar o egresso por toda sua carreira, prejudicando-o como profissional e talvez até como indivíduo.

Neste cenário, o positivismo é a base do ensino jurídico atual. Tradicionalmente, é exercido por meio de aula expositiva, na qual o docente, tido como centro do conhecimento, é responsável pela transmissão de todo conteúdo aos estudantes.

Como resultado desta transmissão do conhecimento, essencialmente baseada na aula expositiva, temos a reprodução, de forma automática e mecânica, do conteúdo memorizado. Figura o professor como centro do processo, e ênfase é dada no intelecto, nos conteúdos e na lógica. (ZANIN, 2009).

Esta pedagogia da transmissão, em linhas gerais, segundo Sica (2012, p. 59):

[...] trata o aluno como alguém que nada sabe a respeito de um tópico e que, por isso, deve apenas receber as informações transmitidas pelo professor e armazená-las. As aulas expositivas ministradas pelo professor são, por excelência, o meio pelo qual os alunos entram em contato com a disciplina jurídica no curso de Direito.

Evidenciada a insuficiência do método vigente, é necessário que se altere a metodologia de ensino que vem sendo utilizada nos cursos de Direito do país, a fim de que seja favorecido o florescimento e o desenvolvimento dos chamados profissionais reflexivos. Nas palavras de Contreras (1998, p. 118), estes: “enfrentam aquelas situações que não se resolvem por meio de repertórios técnicos; aquelas atividades que, como o ensino, se caracterizam por atuar sobre situações que são incertas, instáveis, singulares e nas quais há conflitos de valor.”

A fim de resolver ou, ao menos, mitigar esse problema, surge a solução do uso das metodologias ativas, dentre elas o PBL – *Problem-Based Learning*, ou problematização que, por meio de nova maneira de se apresentar o conteúdo ao aluno, visa captar sua atenção e entretê-lo durante o estudo, contribuindo para um aprendizado mais eficiente.

A problematização é concentrada principalmente no estudante, sendo caracterizada como um método ativo e colaborativo. Objetiva-se uma mudança na postura do aluno, que é estimulado com problemas, podendo ser reais ou simulados que, em pequenos grupos, sob a tutoria do docente, dedicam-se a descobrir maneiras de solucionar esses problemas, de modo que este procedimento pode influenciar positivamente no processo de aprendizagem. (MARTINS, 2002).

Segundo Soares (2008, p. 23), o método PBL:

[...] visa atender à necessidade tanto de professores como de estudantes, em relação ao ensino e aprendizagem. Do professor, porque estará adquirindo conhecimento relativo à educação. Do estudante, pois o método pode possibilitar, por meio da resolução de problemas reais ou próximos da realidade, a curiosidade, a busca, a pesquisa, tornando-o capaz de aprender a aprender, a ser crítico e obter uma aprendizagem duradoura.

Portanto, a implementação deste método ativo de ensino visa o desenvolvimento de competências que serão exigidos no mundo profissional. Se partirmos da premissa de que as exigências do mercado de trabalho já não são as mesmas, implica-se que a formação acadêmica também acompanhe essas mudanças.

Deve-se evitar a utilização exclusiva de aulas teóricas expositivas nos cursos de Direito e modernizar o ensino, de modo que este se adapte à demanda imposta ao profissional recém formado hodiernamente. Acerca dessa mudança de abordagem no método PBL, assevera Casale (2013, p. 38):

O PBL muda o foco do ensino para a aprendizagem, pois, além de estar centrado na resolução de problemas, promove a aprendizagem via atividade e descoberta, de modo que os estudantes interagem com os membros do grupo, engajados com o conteúdo do curso em uma iniciativa compartilhada de aprendizagem pela descoberta.

Isto posto, como método alternativo de ensino que é, a problematização acaba por levar ao aluno uma nova maneira de se almejar e utilizar conhecimento, sendo inovador na forma de ceder ao discente a maior parte da responsabilidade por seu aprendizado. É dele solicitado que assuma postura mais ativa no processo de ensino, o que resulta, por fim, em um profissional com comportamento diferenciado.

Aplicando a problematização, vislumbramos diversas implicações, estando entre elas o aluno que passa a dispor de método de ensino alternativo e inovador; a Instituição de Ensino Superior, que passa a elevar a qualidade do serviço de ensino prestado; e, por fim, a sociedade, que possuirá profissionais mais bem preparados e adequados para os desafios e problemas da vida jurídica.

Por conseguinte, notar-se-ão seus efeitos na competência profissional dos indivíduos formados e também em contribuições sociais, dado que a discussão sobre a utilização das metodologias ativas poderá ser estendida à sociedade através de publicações científicas e artigos de circulação local, regional ou até nacional.

Todavia, a utilização da problematização na educação jurídica pode ser considerada tarefa árdua se considerarmos que toda inovação enfrenta natural resistência, tanto dos professores quanto dos alunos, sendo mandatária a dedicação e perseverança dos profissionais e alunos empenhados nesta quebra de paradigmas tentada.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, observa-se que a metodologia de ensino adotada pelos cursos de Direito pátrios está, há muito, defasada. Encontra-se em dissonância com as novas perspectivas da pedagogia e, principalmente, com a necessária formação do profissional atual frente aos desafios encontrados após a conclusão do período universitário.

Vale ressaltar, contudo, que a sugestão da utilização do método PBL no ensino jurídico não implica necessariamente no abandono das aulas teóricas e expositivas, nas quais o professor figura como detentor do conhecimento e responsável por transmiti-lo.

Contudo, é essencial que lembremos que um dos objetivos da educação é não somente a memorização, pelo aluno, de um determinado conteúdo fixo, mas sim ensiná-lo a desenvolver e eventualmente dominar técnicas de raciocínio e de resolução de problemas, que serão por ele exercitadas durante toda a sua vida. Como afirmam Arantes e Mussi (2010, p. 37), imperiosa é a “necessidade de transformar a educação do profissional do Direito em saber Direito (raciocinar e interpretar) e não decorar Direito (...)”.

O método denominado Aprendizagem Baseada em Problemas – PBL mostra-se adequado à tarefa de melhor preparar os estudantes para a jornada em um mundo cada vez mais dinâmico e complexo, estimulando-os a desenvolverem competências relacionadas à resolução de problemas da vida real, contribuindo para que sejam profissionais mais capacitados.

Parece, assim, ser ótima solução ao problema enfrentado no ensino jurídico. A denúncia de sua crise já é um passo rumo à mudança, mas está já é feita há um bom tempo sem que nenhum avanço substancial tenha ocorrido.

Precisa-se que o professor deixe de ser concebido como o centro do processo de aprendizado, cedendo espaço ao aluno que, baseado nas metodologias ativas, é incentivado a assumir o protagonismo e efetivamente aprender de maneira mais dinâmica, sempre sob a égide de um docente que o estimule e o supervisione apropriadamente.

Não que o mestre deva perder sua importância. Muito pelo contrário. O uso do PBL implica que os professores se dediquem, estudem e se preparem para tomarem postura diferente. Ao invés de transmitirem conhecimento, passarão aos alunos a sede de conhecimento, algo muito mais complexo e trabalhoso de se executar.

Mudanças sempre encontram resistência, sendo necessário, assim, intensa dedicação dos interessados em causar uma alteração desse quadro falido de ensino: alunos e professores, juntos, devem desempenhar seus papéis a fim de que o objetivo de evolução do ensino seja atingido.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Artur C.; MUSSI, A. A. A. Aplicação do PBL no ensino do direito. Revista Vox Forensis, Espírito Santo do Pinhal, v. 3, n. 2, Abr./Jun. 2010.

CASALE, A. Aprendizagem Baseada em Problemas – desenvolvimento de competências para o ensino de Engenharia. 162 p. Tese (Doutorado) – Departamento de Engenharia de Produção da Escola de Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2013.

CONTRERAS, J. Autonomia de professores. São Paulo: Editora Cortez, 1998.

FREITAS, N. O. Ensaio sobre a educação brasileira e o ensino jurídico: o ensino jurídico na graduação. Revista OAB Goiás, ano XIV, n. 42, abr./jun. 2000. Disponível em: http://www.oabgo.org.br/Revistas/42/juridico_42.htm. Acesso em: 12 abr. 2019.

MARTINS, J. G. Aprendizagem baseada em problemas aplicada a ambiente virtual de aprendizagem. 2002. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

SANTOS, D. A. N. Curso de Especialização em Avaliação do Ensino e da Aprendizagem – Módulo II. Presidente Prudente: 2019.

SICA, L. P. P. P.; PALMA, J. B.; RAMOS, L. O. Reflexões sobre ensino do direito e avaliação no contexto brasileiro. Academia – revista sobre enseñanza del derecho. Buenos Aires, año 10, n. 20, 2012.

SOARES, Mara Alves. Aplicação do método de ensino Problem Based Learning (PBL) no curso de ciências contábeis: Um estudo Empírico. 2008. Tese (Mestrado) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto, São Paulo, 2008.

ZANIN, F. C. Direito e Pedagogia: aproximações interdisciplinares. Jus Societas, n. 1, v. 3, Ji-Paraná, 2009.

A RELAÇÃO DE CONSUMO E A RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: ASPETOS GERAIS

Tainara Andrea de Souza, Fábio Ferreira Morong

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: tainara_a@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo, objetiva realizar uma breve análise sobre as características gerais da relação de consumo à luz das regras consumeristas, partindo de suas particularidades históricas e promovendo uma revisão dos principais conceitos teóricos específicos que caracterizam a citada relação, demonstrando as circunstâncias das responsabilidades dos sujeitos envolvidos, de forma a compreender as posições doutrinárias e jurisprudenciais recentes, em relação as circunstâncias que norteiam a relação entre consumidores e fornecedores em geral. O método utilizado foi o dedutivo legal, aplicando-se a interpretação da legislação e doutrina. Conclui-se, que apesar de algumas inconsistências de ordem material e processual, o Código de Defesa do Consumidor, como microsistema jurídico, continua a desempenhar uma fundamental importância no que diz respeito ao norteamento da relação de consumo, assegurando o respeito ao cumprimento das normas, tanto pelos fornecedores/comerciantes, como também pelos próprios consumidores, harmonizando-se ainda, como um efetivo instrumento de responsabilização civil, decorrente de eventuais vícios e defeitos constantes em uma relação de consumo.

Palavras-chave: relação de consumo, código de defesa do consumidor, vícios, defeitos, responsabilidade civil

CONSUMER RELATIONSHIP AND CIVIL LIABILITY IN THE LIGHT OF THE CONSUMER PROTECTION CODE: GENERAL ASPECTS

ABSTRACT

The present article, aiming at a quick analysis on the same characteristics of the light consumption relation, its own priorities and promoting a review of the main specific theoretical concepts that characterize a relationship, demonstrating as circumstances the responsibilities of the subjects. recent jurisprudentials, in relation to the answer to understanding between consumer and suppliers in general. The method used was legal deductive, applying the interpretation of legislation and doctrine. It concludes that, despite some material and procedural inconsistencies, the Consumer Protection Code, as a legal microsystem, remains a fundamentally important basis in respecting the guiding of the consumer relationship, ensuring compliance with the standards as consumers / consumers. traders, as consumers themselves, further harmonizing themselves as an instrument of civil liability arising from successes and defects in a consumer relationship.

Keyword: consumer relationship, consumer protection code, addictions, defects, liability

INTRODUÇÃO

Mesmo na antiguidade, já era possível verificar-se certa uma proteção ligada ao consumidor, diante do desenvolvimento das relações comerciais, que inclusive já tinha previsão no Código de Hamurabi, que, foi o primeiro conjugado de normas escritas daquela época, cujo qual pregava por uma qualidade dos serviços prestados e proibia o lucro excessivo. A consequência da citada evolução, foi a concretização das relações de consumo, que restou solidificada no sistema jurídico, estando prevista e delineada desde a Constituição Federal de 1988, e posterior Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor tem por objetivo, de uma maneira geral, assegurar a proteção do consumidor e também do fornecedor, e que os produtos e serviços disponíveis no mercado de consumo, obedeçam a padrões de qualidade adequados, norteando ainda, como microsistema jurídico que é, as regras gerais da relação de consumo entre as partes.

Diante desse contexto, é certo que o referido dispositivo legal abrange conceitos importantes que sustentam não só a definição da relação de consumo, como também os mecanismos materiais e processuais, capazes de descrever as diversas formas de problemas que possam existir (vício ou defeito), bem como as consequências em forma de responsabilidade civil, administrativa e penal, respeitando os seus aspectos procedimentais como importante ferramenta de tutela aos interesses do consumidor e também fornecedor.

SÍNTESE HISTÓRICA

É de fundamental importância saber-se, que, mesmo na antiguidade, nas relações de consumo, era possível verificar se uma proteção diante do consumidor, apontando-lhe tal evidência para o antigo “Código de Hamurabi”, conjunto de leis criadas na Mesopotâmia, por volta do século XVIII, a.C., pois, mesmo que indiretamente, visava a proteger o consumidor e, até mesmo, uma garantia, mesmo que muito severa (OLÍMPIO, MORONG, CANZIANI, 2017).

Neste mesmo sentido, para a lei nº 233 do Código de Hamurabi, garantia ao consumidor, quando o arquiteto que construísse uma casa com paredes deficientes na sua estrutura teria a obrigação de reconstruí-las e de reparar os danos causados. Porém, se, conseqüentemente, a casa desabasse, tendo, como vítima fatal (morte), o chefe de família ou o filho deste, ao empreiteiro a pena seria de morte para um respectivo parente (FILOMENO, 2018).

Do mesmo modo, era estabelecido pena de multa para aqueles que entregassem coisa de espécie inferior àquela pré-estabelecida, ou vendessem por preços diferentes (Lei nº 698 do Código de Hamurabi) (FILOMENO, 2018). Ou seja, desde antiguidade já falava em relação de consumo, onde fixava a proteção do consumidor pelos defeitos e vícios de produtos ou serviços.

Com o passar dos anos, o intercâmbio de bens entre as pessoas foi se adequando à evolução da sociedade. Segundo OLÍMPIO, MORONG E CANZIANI (2017), A prática do escambo, por exemplo, embora não utilizasse moeda como pagamento, também era uma prática ainda arcaica do consumo, uma vez que era uma relação caracterizada pela troca de mercadorias. Os mesmos autores explanam que “Historicamente e de maneira geral, têm-se, portanto, uma ordem cronológica de desenvolvimento das relações comerciais, que se fortaleceram e se tornaram as relações de consumo hoje conhecidas e regulamentadas”. (OLÍMPIO, MORONG, CANZIANI, 2017)

Já em território brasileiro, as primeiras regras protecionistas brotaram na década de 30, com a Constituição de 1934, que abordava sobre uma ordem econômica dirigida para vivência digna dos cidadãos. Segundo SOUZA (2010), diversas normas nesse sentido foram surgindo, como a Lei de Economia Popular de 1951, a Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico (Lei nº. 4.137/1962 – Impulsionada pelo discurso do Presidente americano em 15 de março do mesmo ano), e a Lei da Ação Popular - Lei 4.717/1965. Após os anos 70, é que o direito do consumidor avançou no âmbito jurídico brasileiro, época em que foram criados os primeiros órgãos protecionistas para tratar de forma específica o tema.

Assim, o sistema jurídico mencionado evoluiu e instituiu normas principiológicas, ressaltando a vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor, ademais da conceituação de consumidor, fornecedor, produto e serviço, ônus probatório e a questão sobre responsabilidades, garantias, cláusulas e práticas abusivas, etc.; de modo que, essa amplidão de temas, passou a distinguir o código de defesa do consumidor como um microsistema jurídico/ multidisciplinar.

O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO NORMA DE ORDEM PÚBLICA E DE INTERESSE SOCIAL.

O Código do Consumidor (CDC) foi elaborado sob o princípio protecionista, em que caracteriza o presente diploma como uma norma de ordem pública e de interesse social nas relações contratuais consumeristas; importância esta que gera obrigações para o Estado, bem como, a todos os proprietários de estabelecimentos comerciais que exercem a função social empresarial por meio do fornecimento de produtos e de prestação de serviços (TARTUCE, NEVES, 2018).

Cabe destacar, que é evidente a proteção consumerista na Constituição Federal de 1998 (BRASIL, 1988), quando analisado o artigo 5º, inciso XXXII, que atribuiu ao estado a garantia da defesa do consumidor, bem como, o artigo 170, inciso V, do mesmo diploma, que enfatiza a relevância do direito do estado assegurar a defesa do consumidor, corroborando o alcance do artigo 1º do Código do Consumidor (BRASIL,1990).

Diante da importância do instituto e a massiva influência Constitucional, Moraes (2015, p.32), explica que a defesa do consumidor é como um direito e garantia de segunda geração. É certo que o princípio do protecionismo é a base do direito do consumidor, e gera os demais princípios extrínsecos e intrínsecos, contidos em nosso ordenamento jurídico, como o princípio da vulnerabilidade e hipossuficiência (art. 4º inciso I e art. 6º inciso VIII); Boa fé objetiva (art. 4º. inciso III); da transparência e informação (art. 4º caput e 6º inciso III) da função social do contrato, entre outros

Destarte, não resta dúvida de que o CDC é reconhecido como norma de ordem pública e de interesse social.

A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO COMO BASE DIRETA DO DIREITO CONSUMERISTA

Segundo Tartuce e Neves (2018), “para justificar a incidência do Código de Defesa do Consumidor, é preciso estudar a estrutura da relação jurídica de consumo, na perspectiva de seus elementos subjetivos e objetivos, ou seja, das partes relacionadas e o seu conteúdo”.

Tratando-se de relação jurídica, a doutrina tradicional conceitua o tema como (MORA PINTO, 1988):

toda relação jurídica existe entre sujeitos; incidirá normalmente sobre um objeto; promana de um fato jurídico; e a sua efetivação pode fazer-se mediante recurso a providências coercitivas, adequadas a proporcionarem a satisfação correspondente ao sujeito ativo da relação, isto é, a relação jurídica está dotada de garantia". São quatro, portanto, os elementos da relação jurídica: sujeito, objeto fato jurídico e garantia.

Apesar de não existir expressamente o conceito de relação de consumo inserida no Código de Defesa do Consumidor, do conceito acima, adaptando-se ao Direito Consumerista, denota-se que, segundo Donato (1993), a relação de consumo pode ser definida como “a relação que o direito do consumidor estabelece entre o consumidor e o fornecedor, conferindo ao primeiro um poder e ao segundo um vínculo correspondente, tendo como objeto um produto ou serviço”.

Com efeito, confere-se juridicidade à relação de consumo, por meio da identificação dos quatro elementos estruturais da relação jurídica. Como sujeitos ativo e passivo, a lei identifica respectivamente o consumidor e o fornecedor; como objeto sobre o qual recai tanto a exigência do credor como a obrigação do devedor, e existem o produto ou serviço (DINIZ, 2010).

Como aludido acima, o CDC não apresenta expressamente a aceção de relação de consumo, referindo-se somente aos seus elementos subjetivos e objetivos, o que, por si só, já permite o delineamento deste tipo de relação jurídica, motivo pelo qual, faz-se necessário seu estudo nesse trabalho.

Portanto, percebe-se que a relação jurídica de consumo realmente é um fator de sustentação primordial do Direito do Consumidor.

OS ELEMENTOS GERAIS DA RELAÇÃO DE CONSUMO

Uma relação jurídica somente pode ser qualificada como uma relação de consumo, se estiverem presentes os elementos subjetivos e objetivos, de modo que, na falta de qualquer um desses requisitos, haverá uma descaracterização da relação jurídica de consumo, afastando-a, portanto, do âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor (PAIVA, 2017).

Por isso, a continuação será estudada os mencionados elementos caracterizadores da relação de consumo.

OS ELEMENTOS SUBJETIVOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO: FORNECEDOR DE PRODUTOS E O PRESTADOR DE SERVIÇOS

No que diz respeito ao conceito de fornecedor, elemento subjetivo de uma relação de consumo, a doutrina não encontra maiores dificuldades em construí-lo. E, com efeito, ao definir *fornecedor*, FILOMENO (2018), reza que entende-se como tal, todo comerciante ou estabelecimento que abastece ou fornece habitualmente uma casa ou um outro estabelecimento dos gêneros e mercadorias necessários a seu consumo”.

Continua o citado jurista explanando que, por certo, que são compreendidos todos quantos propiciem a oferta de bens e serviços no mercado de consumo, de molde a atender às suas necessidades, pouco importando a que título, tendo relevância a distinção, apenas, como se verá, quando se cuidar da responsabilidade de cada “fornecedor” em casos de danos aos consumidores, ou então para os próprios

fornecedores, na via regressiva e em cadeia dessas responsabilidades, eis que vital a solidariedade para a obtenção efetiva da proteção que se almeja para os consumidores.

Por sua vez, para chegar-se ao conceito de consumidor, em princípio, é de fundamental importância analisar e compreender as posições adotadas por meio das três correntes trazidas pelas doutrinas: maximalista (objetiva), corrente finalista (subjetiva) e, por fim, a corrente Finalista Mitigada, também conhecida como Finalista Aprofundada (FILOMENO, 2018).

A Corrente maximalista, é considerada a mais ampla de todas, pois o fato de adquirir um produto ou serviço, já classifica o sujeito como um consumidor, não importando qual será o destino daqueles. A caracterização como consumidor, ocorre com apenas um ato de consumo, de maneira ampla, podendo ser para necessidades pessoais ou profissionais, com ou sem lucros (SILVA, 2008).

Esta teoria ampliou o conceito de destinatário final, prevista no Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), levando, em conta, apenas a destinação fática, com foco somente no objeto, enquanto a teoria finalista é o sujeito que adquire.

Inicialmente, ao referir-se ao Código de Defesa do Consumidor, é lançada uma ideia, de que é um regulamento Brasileiro somente para a sociedade consumerista. Ou seja, os profissionais que comercializavam os produtos não utilizavam esse benefício de proteção.

Já com a definição do artigo 2º da Lei Federal n.º 8.078/90, interpreta-se a aplicação de lei, de forma mais ampla possível, sendo direcionada para todos os agentes do mercado e não somente com aspectos de proteção exclusiva aos consumidores não profissionais, e, sim, para todos aqueles que adquirem um produto ou utilizam um serviço.

Portanto, de acordo com Marques (2006, p. 305), a teoria maximalista aparece no seguinte contexto:

A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro, quando adquire um produto ou utiliza um serviço.

Ou seja, essa aplicação é considerada meramente objetiva, não importando se a pessoa, física ou jurídica, tem ou não fim de lucro, quando adquire um produto ou utiliza um serviço.

No mesmo sentido, entende uma parte da doutrina, ao abordar o tema da corrente maximalista, apresentando, assim, as seguintes considerações:

Consumidor é quem adquire no mercado de consumo o produto ou serviço; aquele em razão de quem é interrompida a cadeia de produção e circulação de certos bens e serviços, para usufruir ele mesmo, ou terceiro a quem os ceda, das respectivas funções – ainda que esses bens e serviços possam ser empregados, indiretamente, no exercício de sua empresa ou profissão, isto é, ainda que venham a ser interligados, acessoriamente, à sua atividade produtiva ou profissional, coletiva ou individual, voltada ou não para o lucro [...] (SILVA, 2008, p. 8).

Assim, levando-se, em consideração, o pensamento de ambos os doutrinadores, entende-se que a teoria maximalista acolhe uma forma mais ampla para o conceito de consumidor. Ou seja, o consumidor não será apenas aquele que adquirir um bem para si próprio, mas para aquele que também adquirir bens ou serviços para a sua empresa, ou para o uso de sua profissão, não importando se for pessoa física ou jurídica, mas observando, apenas, o fato de adquirir um produto ou um serviço, sem observar o seu fim.

Tem-se notado que o Poder Judiciário também acolhe a citada corrente em alguns de seus julgamentos. Nesse sentido:

TJ. DÉCIMA QUARTA TURMA. APELAÇÃO CÍVEL Nº 10106120006684001 MG. RELATOR: EVANGELINA CASTILHO DUARTE. BRASÍLIA, 14/08/2013. EMENTA: INDENIZAÇÃO - VÍCIO REDIBITÓRIO - DANOS MATERIAIS E MORAIS - APLICAÇÃO DO CDC - TEORIA MAXIMALISTA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - DEFEITO EM PRODUTO - MAU USO - NÃO COMPROVAÇÃO - RECURSO IMPROVIDO. Seguindo o entendimento já manifestado pelo STJ, entendo que se deva adotar a exegese extensiva proposta pela corrente maximalista, de maneira a conferir o tratamento protecionista aos sujeitos que, conquanto não utilizem o produto para consumo pessoal, o fazem para viabilizar a atividade desenvolvida e gozam de notória vulnerabilidade em face do fabricante. A inversão do ônus da prova é, pois, um direito do consumidor de facilitação da defesa de

sua pretensão. Tal subsídio decorre do princípio norteador do Código de Defesa do Consumidor, qual seja, estabelecer um equilíbrio entre as partes. Por não ter a recorrente provado a culpa exclusiva do recorrido na quebra do braço da cadeira em razão de suposto mau uso e estando o produto dentro do prazo de garantia, deve mesmo ser mantida a r. sentença. "Para que se configure a relação de consumo, é necessário que a pessoa física seja destinatário final do produto ou serviço adquirido, ou seja, que não o tenha adquirido para o desenvolvimento de sua atividade comercial ou profissional. Ausente a prova do alegado defeito de fabricação, não procede o pedido de rescisão contratual e de indenização por danos materiais e morais." (v.v). (TJ-MG-AC:10106120006684001 MG, Relator: Evangelina Castilho Duarte, Data de Julgamento 14/08/2013, Câmaras Cíveis / 14ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 23/08/2013) (JUSBRASIL, 2013, não paginado).

Tendo em vista o acórdão observado, o Tribunal de Justiça mineiro demonstra a uma certa coerência ao aplicar a teoria maximalista para a caracterização da relação de consumo, pois entende estar buscando um equilíbrio, ou seja, está procurando a proteção mais ampla, e não somente àqueles que adquirem o produto ou serviço para uso pessoal, mas, sim, a todos os considerados hipossuficientes/ vulneráveis diante dos fornecedores.

No mesmo sentido, existem posições semelhantes também pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, onde uma parte da jurisprudência tem considerado o fator de vulnerabilidade e hipossuficiência característica essenciais para aplicação dessa corrente:

TJ-SP 30ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2034272-59.2018.8.26.0000 SP, RELATOR: MARIA LÚCIA PIZZOTTI, DATA DE JULGAMENTO: 11/04/2018. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO SANEADORA – INVERSÃO DO ÔNUS – APLICAÇÃO DO CDC – PESSOAS JURÍDICAS 1 – Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor diante da interpretação, em especial o artigo 3º, de forma teleológica, a partir da teoria maximalista, que impõe a aplicação da Lei 8.078/90 com base no reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, pessoa física ou jurídica, no mercado de consumo (art. 4º, inciso I). A agravante – ainda que seja pessoa jurídica de atuação internacional – contratou a prestação de serviços pelo réu, sua infraestrutura para realização de evento, de modo que fica reconhecida a relação de consumo; 2 – Aplicação do CDC, que não implica, contudo, em automática inversão do ônus da prova, mormente se não há controvérsia fática em debate, restando, em aberto, apenas decisão que questões de direito. Requisitos do art. 6º, VIII, CDC, que não foram preenchidos para fins de inversão. Incontroversos os fatos e a contratação. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (TJ-SP 20342725920188260000 SP, Relatora: Maria Lúcia Pizzotti. Data de Julgamento: 11/04/2018, 30ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 13/04/2018) (JUSBRASIL, 2018, não paginado).

Conclui-se, que a teoria maximalista traz que definição de consumidor é puramente objetiva, não importando se a pessoa é física ou jurídica, busca ou não o lucro, ou seja, só pelo fato de adquirir um produto ou utiliza um serviço, é considerado consumidora.

Já no que diz respeito a teoria finalista ou subjetiva, esta tem prevalecida nas decisões do Poder Judiciário brasileiro, sendo observado expressamente o texto do art. 2º do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (CAVALERI FILHO, 2015).

A corrente finalista é mais restritiva, visando à proteção dos vulneráveis e hipossuficientes, e para a qualificação do consumidor, é necessária, a destinação do elemento final, seja para uso pessoal ou familiar.

Por essa teoria, é considerado consumidor aquele que adquire, no mercado de consumo, um produto ou serviço, dando fim em sua comercialização. Sendo, assim, interrompida a cadeia de produção e circulação de certos bens e serviços (SILVA, 2008). Ou seja, é destinado ao uso do próprio consumidor, ou terceiro com quem ele conviva, de modo não profissional e sem visar lucros.

E de acordo com a doutrina:

"...é ele o destinatário final físico e econômico do produto ou do serviço, tal como entendido pelos finalistas. Em outras palavras, o consumidor não poderá utilizar o produto ou o serviço como insumo para a sua atividade lucrativa, pois assim tornará a relação civil, regida pelo Código Civil brasileiro. Essa é a ideia

majoritariamente defendida na doutrina e pacificada na jurisprudência pelo Superior Tribunal de Justiça.” (AFONSO, 2013, p. 48)

Para Marques (2006, p. 304):

Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família; consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar, de maneira especial, um grupo da sociedade, que é mais vulnerável. Consideram que, restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída sobre casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo, e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhes concede.

De forma congruente com o conceito da doutrina, estão as decisões dos STJ, que reiteradamente, tem interpretado, de forma majoritária, pela aplicação da teoria finalista. Neste sentido:

STJ. QUARTA TURMA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. Nº 1557043 SP 2015/0240213-2. RELATOR MINISTRO RAUL ARAÚJO, DATA DE JULGAMENTO: 26/03/2019. EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AQUISIÇÃO DE SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE JANTARES PARA INTEGRAR A COMERCIALIZAÇÃO DE PACOTES TURÍSTICOS. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CONFIGURADA. AGRAVO INTERNO PROVIDO PARA CONHECER DO RECURSO ESPECIAL E NEGAR-LHE PROVIMENTO. 1. Agravo interno contra decisão da Presidência que não conheceu do recurso especial por intempestividade. Reconsideração. 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, "o decreto da inadmissibilidade do agravo de instrumento, em razão do descumprimento da providência prevista no artigo 526 do CPC de 1973, condiciona-se à constatação do prejuízo da parte agravada" (AgInt no REsp 1.458.972/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/12/2018, DJe de 12/12/2018). 3. O Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo (teoria finalista ou subjetiva). Precedentes. 4. Descaracterizada a relação de consumo, mostra-se adequado o reconhecimento da competência do foro do lugar onde ocorreu o suposto ato ilícito (CPC/73, art. 100, V, a), que também coincide com o domicílio da pessoa jurídica demandada. 5. Agravo interno provido para conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento. (STJ-SP-AG: 1557043 SP 2015/0240213-2, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 26/03/2019, 4º TURMA, Data de Publicação: 11/04/2019) (JUSBRASIL, 2019, não paginado).

Assim, denota-se que a jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

À luz desta corrente, é importante mencionar também, que as pessoas jurídicas também podem ser consideradas consumidoras. Segundo José Reinaldo de Lima Lopes (1992,78-79), tendo o art. 2º do Código definido como consumidor toda pessoa física ou jurídica que *adquire* ou *utiliza* produto ou serviço *como destinatário final*, tal enfoque pode perder, a seu ver, “um elemento essencial, que no fundo é o que justifica a existência da própria disciplina da relação de consumo: a subordinação econômica do consumidor”.

Continua ponderando, que é certo que uma pessoa jurídica pode ser consumidora em relação a outra; mas tal condição depende de dois elementos que não foram adequadamente explicitados neste particular artigo do Código. Em primeiro lugar, o fato de que os bens adquiridos devem ser bens de consumo e não bens de capital. Em segundo lugar, que haja entre fornecedor e consumidor um desequilíbrio que favoreça o primeiro.

Nesse sentido também existem pronunciamentos dos Tribunais:

TJ. VIGÉSIMA NONA CAMARA DE DIREITO PRIVADO. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1032646-73.2015.8.26.0114. RELATOR: NETO BARBOSA FERREIRA, DATA DE JULGAMENTO: 17/06/2019. EMENTA: Fornecimento de energia elétrica — Ação de Indenização por

Perdas e Danos c .c. Repetição de Indébito e Lucros Cessantes - Sentença de parcial procedência – Apelação da autora, objetivando a majoração da indenização por danos morais e a condenação da ré ao pagamento em dobro do indébito – Relação de consumo - O fato da autora ser pessoa jurídica, por si só, não descaracteriza a situação de consumidora, posto que ela (suplicante) é destinatária final do serviço prestado. Com efeito, os serviços prestados pela ré são utilizados em benefício próprio, sem transformação ou beneficiamento na cadeia produtiva da suplicante - A repetição do montante cobrado e pago a maior é de rigor – Devolução em dobro, com fundamento no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor do montante cobrado a maior e pago indevidamente. Só pode repetir o indébito quem pagou e não quem foi simplesmente cobrado. A autora não só foi cobrada como pagou valores a maior – O C. STJ vem se manifestando no sentido de que a restituição, em dobro, do valor indevidamente cobrado e pago, independe da existência de dolo, má-fé ou culpa. Não houve, outrossim, na espécie, engano justificável por parte da ré. – Indenização por danos morais – Analisada a situação dos autos à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade e, considerando, ainda, o vem sendo decidido por esta C. Câmara, em situações análogas ao caso dos autos, afigura-se pertinente indenização fixada pelo Juízo a quo, pelo que inadmissível a pretensão de majoração – Recurso parcialmente provido. (TJ-SP-AC: 1032646-73.2015.8.26.0114. Relator: Neto Barbosa Ferreira, Data De Julgamento: 17/06/2019. 29ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/06/2019) (JUSBRASIL, 2019, não paginado).

Ou seja, considerando o contexto da teoria finalista, a qualidade de pessoa jurídica, por si só, não descaracteriza sua condição de consumidora, desde que ela seja destinatária final do serviço prestado, utilizando produtos ou serviços em benefício próprio, sem transformação ou beneficiamento em cadeia produtiva.

Por último, a corrente finalista mitigada ou aprofundada, considera consumidor o destinatário final das operações referidas no art. 2º do CDC, bem como aqueles que, ainda que não sejam destinatários final, participem da relação consumerista como intermediário quando houver inegável vulnerabilidade e ou hipossuficiência técnica, jurídica, econômica ou informacional das partes.

A doutrina manifesta-se a respeito, no seguinte sentido:

Desde a entrada em vigor do CC/2002, parece-me crescer uma tendência nova na jurisprudência, concentrada na noção de consumidor final imediato (Endverbraucher) e de vulnerabilidade (art. 4.º, I), que poderíamos denominar aqui de finalismo aprofundado. É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços, provada a vulnerabilidade, concluiu-se pela estimação final de consumo prevalente (MARQUES, 2010, a.c. p.100).

Observa-se que a teoria finalista pode ser abrandada a ponto de autorizar a aplicação das regras do CDC para resguardar, como consumidores, determinados profissionais (microempresas e empresários individuais), que adquirem o bem para usá-lo no exercício de sua profissão. Para tanto, há que demonstrar sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica (hipossuficiência).

Para Tartuce e Neves (2018), em análise de diversos julgados a respeito, entendem que a interpretação a favor da aplicação da citada corrente é louvável, por também levar em conta a dependência econômica nas relações interempresariais, como um critério ampliador das relações de consumo.

Importante ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, demonstrando uma nova tendência, vem admitindo a mitigação da teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor, nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), apesar de não ser destinatária final do produto ou serviço, apresenta-se em situação de vulnerabilidade.

Nesse sentido:

STJ. SEGUNDA TURMA. RECURSO ESPECIAL Nº 1730849 SP 2018/0052972-4. RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN, DATA DE JULGAMENTO: 07/08/2018. EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ENERGIA ELÉTRICA. CONSUMIDOR. TEORIA

FINALISTA MITIGADA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE, SÚMULA 7/STJ. 1. O STJ entende que se aplica a teoria finalista de forma mitigada, permitindo-se a incidência do CDC nos casos em que a parte, embora não seja destinatária final do produto ou serviço, esteja em situação de vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica em relação ao fornecedor, conforme entendeu a Corte de origem, no caso dos autos. 2. A recorrente alega também ofensa ao art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), porque o ônus da prova não poderia ter sido invertido em seu desfavor, tendo em vista a falta de demonstração da verossimilhança das alegações feitas pela recorrida e da hipossuficiência, tendo a Corte local consignado que "a autora trouxe aos autos documentos de dão conta da ocorrência de interrupção no fornecimento de energia elétrica, sem qualquer aviso prévio ou qualquer justificativa, fatos que ocasionaram a paralisação da produção, e, por conseguinte, prejuízos consistentes na perda de tempo e de matéria-prima (fls. 31/137). Diante da verossimilhança das alegações da autora e da sua hipossuficiência, impõe-se a inversão do ônus da prova". Como se vê, a instância de origem decidiu a questão com fundamento no suporte fático-probatório dos autos, cujo reexame é inviável no Superior Tribunal de Justiça, ante o óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial. 3. Quanto à responsabilidade pela interrupção do fornecimento de energia, aplica-se analogicamente a Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal, porque não impugnados os fundamentos adotados pelo Tribunal de Justiça no sentido de que a responsabilidade da EDP seria objetiva (§ 6º do art. 37 da Constituição Federal), e de que, subsidiariamente, não haveria excludente de responsabilidade do caso fortuito ou da força maior (parágrafo único do art. 927 do Código Civil). 4. Quanto à apontada violação ao art. 373, I, do Código de Processo Civil de 2015, porquanto a recorrida não teria provado a ocorrência de danos materiais, cito trecho do voto condutor: "Diferentemente do que alega a ré, tal cálculo não pode ser considerado unilateral, uma vez que ele foi confirmado pelo laudo apresentado pelo perito judicial (fl. 359). Conforme informado pela requerente - documentos de fls. 51 à 60 - tiveram prejuízo material no valor de R\$ 192.929, 88 (cento e noventa e dois mil, novecentos e vinte e nove reais e oitenta e oito centavos), em virtude da falta de energia. E não há nada que afaste a credibilidade deste laudo pericial, já que este foi produzido por perito oficial, o que garante imparcialidade no que tange as suas conclusões. E, como bem constou da sentença, o valor em questão se mostra proporcional ao porte da empresa (fls. 350/358 - fotografias), bem como à extensão do dano experimentado, em especial, à quantidade dos materiais perdidos (fls. 343/344). Não bastasse isso, a ré não produziu qualquer prova para contrariar o valor apontado na inicial e no laudo pericial, motivo pelo qual tal valor restou incontroverso". Aplicação, novamente, do óbice da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. 5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (STJ-SP-RE: 1730849 SP 2018/0052972-4. Relator: Ministro Herman Benjamin, Data De Julgamento: 07/08/2018. Segunda Turma, Data de Publicação: 07/02/2019) (JUSBRASIL, 2019, não paginado).

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, esta corrente está sendo cada vez mais aplicada, demonstrando, assim, um ajuste necessário para acompanhar a evolução das características da relação de consumo, de modo a tornar mais justo o tratamento entre fornecedor e consumidor.

DOS ELEMENTOS OBJETIVOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO: PRODUTOS E SERVIÇOS

Como toda relação essencialmente jurídica, qualquer relação de consumo, como já visto, pressupõe dois polos de interesses (consumidor ↔ fornecedor) e a coisa, objeto desses mesmos interesses, no caso produtos e serviços (FILOMENO, 2018).

Como bem demonstra Luiz Antonio Rizzatto Nunes (2007), o Código de Defesa do Consumidor não adentrou na grande divergência existente entre os civilistas, a respeito dos conceitos de bens e coisas, preferindo utilizar o termo produto. Explica o autor, que o conceito de produto é universal nos dias atuais e está estreitamente ligado à ideia de bem, resultado da produção no mercado de consumo das sociedades capitalistas contemporâneas. Conclui ponderando que é vantajoso o seu uso, pois o conceito passa a valer no meio jurídico e já era usado por todos os demais agentes do mercado (econômico, financeiro, de comunicações etc.).

No que tange a definição de vício, o § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) preceitua 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”. Pondera Filomeno (2018), que o Código de Defesa do Consumidor abrange todo e qualquer tipo de serviço, entendido como uma utilidade usufruída pelo consumidor, e prestada por um fornecedor determinado, num *facere* (fazer). O referido doutrinador exemplifica serviços como: os prestados por um eletricitista, encanador, pintor, coletivos de transporte, e outros tipos de transporte terrestre, aéreo, marítimo, lacustre, ferroviário, de dedetização, de turismo etc.

É curial salientar que tais elementos são importantes na classificação da responsabilidade civil pelo CDC, nos termos a seguir delineado.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

No que diz respeito a responsabilidade civil, o Código de Defesa do Consumidor agrupa a abordagem da responsabilidade civil no produto e no serviço. Nesse contexto, surgem a responsabilidade pelo vício ou pelo fato, sendo o último também denominado de defeito, de maneira que, a doutrina divide em quatro circunstâncias principais de responsabilidade civil, com escopo de compreender a responsabilidade civil dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços, sendo: Responsabilidade pelo vício do produto, Responsabilidade pelo fato do produto (defeito), Responsabilidade pelo vício do serviço, Responsabilidade pelo fato do serviço (defeito). (TARTUCE, NEVES, 2018).

Importante salientar que, a classificação de cada um deles influencia diretamente na questão de atribuição de responsabilidade civil. Por sua vez, denota-se claramente que tanto a doutrina quanto a jurisprudência, ainda incidem em uma certa confusão, o que acaba por acarretar níveis de responsabilização equivocados, consoante será analisado mais adiante.

DAS DEFINIÇÕES DE VÍCIO E DEFEITO DE PRODUTO E SERVIÇO E SUAS DIFERENÇAS RELEVANTES

Segundo Nunes (2017), em se tratando de definições, primeiramente cabe explicar que vícios são as características de qualidade ou quantidade, que tornam os produtos ou serviços inadequados ou impróprios para o consumo que se destina, ou diminua o seu valor, ou que contenham indicações no recipiente, embalagem, rotulagem que o distinguem do produto.

Importante salientar, que a informação deve se dar nos idiomas em que o fornecedor busca oferecer os seus produtos e serviços, de maneira mais clara o possível, para fácil entendimento. Com efeito, o vício pode também ser, aparente de fácil constatação já no simples consumo do produto ou serviço, e os ocultos, que não podem ser detectados na simples utilização, ou se aparecem algum ou muito tempo após o uso (SOUZA, MORONG, MIRANTE, 2018).

Ou seja, no *vício*, seja do produto ou do serviço, o problema fica adstrito aos limites do bem de consumo, sem outras repercussões (*prejuízos intrínsecos*) (TARTUCE, NEVES, 2017). Já o defeito, vai além do vício produto ou do serviço, pois atinge diretamente o consumidor em seu patrimônio, seja moral, material, estético ou da imagem.

Elucida assim a doutrina:

Uma consumidora e um consumidor comparecem no mesmo momento a uma loja de departamentos para adquirir um liquidificador. Após escolherem, resolvem comprar o mesmo produto, da mesma marca e modelo; ambas as unidades saíram da fábrica na mesma série de fabricação. Os dois vão para suas casas, cada um com seu liquidificador. Cada um, em sua residência, resolve utilizar o produto. Ele pretende fazer um bolo. Ela, um suco. Retiram o aparelho da caixa, passam uma água e preparam-se para acioná-lo. Ele pressiona o botão. O motor, de forma violenta, gira e uma das pás de liquidificação se quebra e sai voando, fura o copo e entra na barriga do consumidor. Ele tem de ser hospitalizado e por pouco não morre. Ela, por sua vez, pressiona o botão. O motor, de forma violenta, gira, e uma das pás de liquidificação se quebra e sai voando, fura o copo e cai no chão, sem atingir a consumidora. No primeiro caso, ele sofreu acidente de consumo. É defeito. No segundo, ela nada sofreu. Apenas o liquidificador deixou de funcionar. É vício. Utilizando-se desse exemplo, teremos que, no caso do consumidor que foi ferido, ele deverá acionar o fabricante do liquidificador para pleitear indenização pelos danos materiais e morais sofridos. E a consumidora poderá pedir a troca do aparelho

viciado por outro idêntico, mas funcionando adequadamente a) na loja onde ela o adquiriu; ou b) diretamente do fabricante (NUNES, 2017, p. 234).

Destarte, vale destacar que vício e defeito não se confundem, pois, o defeito é caracterizado por ser mais gravoso, onde de alguma forma atinge diretamente os consumidores, de modo que o vício é mais superficial, onde abrange somente o objeto, tornando-o impróprio ou inadequado para o uso que se propõe.

ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CDC

De acordo com os artigos 12 e 14 do CDC (BRASIL, 1990), irão responder pelos danos causados aos consumidores o fabricante, produtor, construtor, importador, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados, por defeitos decorrentes na fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento, ou seja, conhecidos como fornecedores (SOUZA, MORONG, MIRANTE, 2018).

Destarte, denota-se que a regra geral sobre responsabilidade civil à luz do CDC é objetiva e solidária, consoante prescreve seu artigo 7º.

Entende-se por responsabilidade objetiva, que todos responderão independentemente da existência de culpa, pelos danos causados aos consumidores por vícios ou defeitos oriundos desde sua fabricação, construção, ou mal condicionamento de seus produtos. (DINIZ, 2005)

No que tange a responsabilidade solidária, todos os fornecedores que integram a cadeia de consumo, podem também ser demandados pelo consumidor, para estarem respondendo pelos danos causados decorrente dos produtos ou serviços. (LISBOA, 2014)

Logo, observa-se que, em regra geral, a responsabilidade junto ao Código de defesa do consumidor, é um dever jurídico imposto para reparar os danos causados aos consumidores decorrentes dos defeitos ou vícios de produtos e serviços. Além disso, essa responsabilidade é objetiva e solidária, onde irão responder independente de culpa, pois assumiu o risco da atividade, podendo nesta hipótese qualquer fornecedor ser demandado para responder sobre o dano.

Ocorre que, por sua vez, o diploma legal constitui uma exceção à regra da solidariedade acima referida. Referida exceção à solidariedade atinge o defeito, nos termos dos artigos 12 e 13 do CDC, pois os aludidos dispositivos consagram a responsabilidade imediata do fabricante ou de quem o substitua nesse papel, bem como a responsabilidade subsidiária do comerciante. O art. 13 da Lei 8.078/1990, dita que: “O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I – o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II – o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III – não conservar adequadamente os produtos perecíveis”. (TARTUCE, NEVES, 2018).

Assim, resta evidente que ainda que o Código de Defesa do Consumidor estipule em seu art. 7º a responsabilidade solidária como regra, no caso específico do fato do produto, há expressa previsão (artigo 13) sobre as regras de solidariedade e subsidiariedade a serem aplicadas quanto ao fornecedor, produtor e comerciante. Ou seja, o sistema jurídico abrigou a tese da responsabilidade subsidiária em relação aos comerciantes no fato do produto. Por isso, percebe-se que o comerciante poderá ter sua responsabilidade equiparada a dos demais fornecedores, respondendo, de forma secundária, pela reparação dos danos causados aos consumidores oriundos de defeitos existentes nos produtos, porém, apenas e tão somente nas hipóteses descritas no artigo 13 do CDC. Contudo, pode o fabricante provar que houve culpa exclusiva do comerciante, excluindo a sua responsabilidade, nos termos dos artigos acima referidos.

Em relação a responsabilidade objetiva e solidária, como regra geral no CDC, a jurisprudência atual assim ilustra:

STJ. QUARTA TURMA. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1347316 PR 2018/0209842-3, RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO, DATA DE JULGAMENTO: 02/04/2019. EMENTA: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INDENIZATÓRIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ADMISSÃO DE PREQUESTIONAMENTO FICTO. NECESSIDADE DE INDICAÇÃO DE AFRONTA AO ART. 1.022 DO NCP. VEÍCULOS AUTOMOTORES. VÍCIO DO PRODUTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FABRICANTE E FORNECEDOR. PRECEDENTES DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. DANOS MATERIAIS E MORAIS. CABIMENTO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REVISÃO.

IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Fica inviabilizado o conhecimento de tema trazido no recurso especial, mas não debatido e decidido nas instâncias ordinárias, tampouco alvo dos embargos de declaração opostos, para sanar eventual omissão, porquanto ausente o indispensável prequestionamento. Aplicação, por analogia, das Súmulas 282 e 356 do STF. 2. Esta Corte de Justiça, ao interpretar o art. 1.025 do Código de Processo Civil de 2015, concluiu que "a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei" (REsp 1.639.314/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe de 10/04/2017). Precedentes. 3. A jurisprudência do STJ é no sentido de que é solidária a responsabilidade do fabricante e da concessionária por vício do produto, em veículos automotores, podendo o consumidor acionar qualquer um dos coobrigados. 4. O Tribunal a quo julgou nos moldes da jurisprudência pacífica desta Corte. Incide, portanto, a Súmula 83 do STJ. 5. Somente é admissível o exame do valor fixado a título de danos morais em hipóteses excepcionais, quando for verificada a exorbitância ou a natureza irrisória da importância arbitrada, em flagrante ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 6. No caso, o montante estabelecido pelo Tribunal de origem em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) não se mostra excessivo, a justificar sua reavaliação em recurso especial. 7. É impossível conhecer da alegada divergência interpretativa, pois a incidência da Súmula 7 do STJ na questão controversa apresentada é, por consequência, óbice também para a análise do apontado dissídio, o que impede o conhecimento do recurso pela alínea c do permissivo constitucional. 8. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ-PR-AG: 1347316 PR 2018/0209842-3, Relator: Ministro Raul Araújo, Data De Julgamento: 02/04/2019. Segunda Turma, Data de Publicação: 15/04/2019) (JUSBRASIL, 2019, não paginado).

STJ. SEGUNDA TURMA. RECURSO ESPECIAL Nº 1709539 MG 2017/0292269-1, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 05/06/2018. EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. TEORIA DA APARÊNCIA. TEORIA DA CONFIANÇA. EMPRESA NACIONAL QUE SE BENEFICIA DE NOME E MARCA ESTRANGEIRA. RESPONSABILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA. CONCEITO DE FORNECEDOR. PRÁTICA ABUSIVA. ARTS. 18, 34 E 39 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 265 DO CÓDIGO CIVIL. DEVER DE PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA. 1. Segundo consta dos autos, o consumidor adquiriu, no Carrefour de Uberlândia, um videogame Playstation III, 80 GB AX e um controle PS3, sem fio, dual shock, Sony AX, pelo valor total de R\$1.698,00. Em virtude de vício no produto, solicitou ao vendedor o envio do bem à assistência técnica do fabricante, o que não foi feito, sob o argumento de indisponibilidade, no Brasil, de tal serviço autorizado. A empresa Sony Brasil alegou não ter colocado o produto no mercado e que a responsável seria a empresa americana Sony Computer Entertainment America INC. 2. Extrai-se do acórdão recorrido que o entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, de que, se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelos vícios dos produtos que oferecem, anunciam ou comercializam. 3. Segundo o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, "não se revela razoável exigir-se que o consumidor, que adquire um produto de marca de renome mundial, como a SONY, tenha ciência de que a empresa SONY BRASIL S/A difere-se da SONY AMERICA INC., sendo possível a aplicação da teoria da aparência". 4. À luz do sistema de proteção do consumidor, a teoria da aparência e a teoria da confiança, duas faces da mesma moeda, protegem a segurança jurídica e a boa-fé objetiva dos sujeitos vulneráveis e dos contratantes em geral. Em consequência, atribuem força negocial vinculante à marca mundial em detrimento de ficções contratuais, contábeis ou tributárias que contrariam a realidade dos fatos tal qual se apresentam nas transações de consumo e, simultaneamente, embasam - como técnica de defesa judicial contra o consumidor-vulnerável - a fragmentação de pessoas jurídicas em mercado reconhecidamente globalizado. 5. Quando campanhas publicitárias massivas e altamente sofisticadas são veiculadas de maneira a estimular sentimento,

percepção e, correlatamente, expectativas legítimas dos consumidores, de um produto ou serviço único, que dilui e supera fronteiras nacionais - tornando irrelevante o país em que a operação comercial venha a se realizar -, justifica-se afastar a formalidade burocrática do nome do fornecedor ocasionalmente estampado na Nota Fiscal ou no contrato. Desarrazoado pretender que o consumidor faça distinção entre Sony Brasil Ltda. e Sony America Inc. Para qualquer adquirente, o produto é simplesmente Sony, é oferecido como Sony e comprado como Sony. 6. No Código de Defesa do Consumidor, a regra geral é a da responsabilidade civil objetiva e solidária. Não se sustenta, pois, a tese da recorrente, rechaçada pelo Tribunal a quo, de que o art. 265 do Código Civil, em casos de incidência das teorias da aparência e da confiança, afastaria a solidariedade do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor. É exatamente por conta da teoria da aparência e da teoria da confiança que os fabricantes de marcas globalizadas, por meio de seus representantes no Brasil, "respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade" (art. 18) que se apresentem nos bens de consumo ofertados. Não custa lembrar que, no microsistema do CDC, existe inafastável obrigação de assistência técnica, associada não só ao vendedor direto, como também ao fabricante e ao titular da marca global, em nome próprio ou por meio de seu representante legal no país. 7. Em vez de deixar o consumidor à míngua de remédio jurídico e financeiro, compete às empresas integrantes de grupos econômicos com operação mundial, ou regional, prever, em contratos comerciais que celebrem entre si, mecanismos de ressarcimento e compensação recíprocos para hipóteses como a dos autos. Investir maciçamente em marcas mundiais para, logo após, contraditoriamente e em detrimento de sujeitos vulneráveis, usar de artifícios jurídicos vetustos e injustos de uma contratualística ultrapassada (nos planos ético e político) para negar, no varejo dos negócios, o que, com afinco, se pregou a quatro ventos, caracteriza venire contra factum proprium (o proprium aqui significando a força comum e abrangente da marca globalizada), ou seja, prática abusiva, nos termos do art. 39 do CDC. Não se pode punir o consumidor que acredita em marca globalizada, mundialização essa que é estimulada pelo próprio titular da marca e que a ele favorece. 8. Logo, para fins legais, consoante dispõe o art. 34 do CDC e por força da teoria de aparência e da teoria da confiança, a Sony Brasil inclui-se no rol de fornecedores e, portanto, na cadeia de solidariedade prevista no art. 18 do CDC. Daí sua responsabilidade por vício de qualidade ou de quantidade em produtos que ostentem a mesma marca, obrigação genérica que inclui a de prestar assistência técnica - de início, não custa lembrar, foi esse o único pleito (modesto, legítimo e compreensível) do consumidor lesado. 9. No mais, o acolhimento da pretensão recursal demanda reexame do contexto fático-probatório, mormente para avaliar se o consumidor tinha consciência de que estava adquirindo mercadoria importada, devendo-se levar em consideração que, segundo o acórdão objurgado, o produto defeituoso foi comprado em território nacional. De igual maneira, é preciso revisitar o acervo probatório para aferir a gravidade da conduta que fundamentou o valor da multa aplicada pelo Procon. Incide, portanto, nesses pontos, o óbice da Súmula 7/STJ. 10. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido. (STJ-MG-RE: 1709539 MG 2017/0292269-1. Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 05/06/2018. Segunda Turma, Data de Publicação: 05/12/2018) (JUSBRASIL, 2018, não paginado).

No tocante a exceção à regra da solidariedade, os julgados manifestam-se da seguinte forma:

STJ. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1084280 RS 2017/0081736-0. RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, DATA DE JULGAMENTO: 29/02/2012. EMENTA: AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.084.280 - RS (2017/0081736-0) RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO AGRAVANTE: VANDERLEI BORGES VIEIRA ADVOGADO: RÉGIS NAIN HENTGES MORANDI - RS088870 AGRAVADO: IRMAOS ANDREAZZA LTDA ADVOGADO: DEBORA CRISTINA DE BONI - RS038457 DECISÃO 1. Cuida-se de agravo interposto por VANDERLEI BORGES VIEIRA contra decisão que não admitiu o seu recurso especial, por sua vez manejado em face de acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, assim ementado (fl. 106): Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação de indenização por dano moral. Leite contaminado. Comerciante. Ilegitimidade passiva. A responsabilidade do comerciante em razão de fato do produto somente ocorre se verificada uma das hipóteses do art. 13 do Código

de Defesa do Consumidor. Apelo não provido. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 166-173). Nas razões do recurso especial, aponta a parte recorrente, além de dissídio jurisprudencial, ofensa ao disposto nos artigos 489, IV e VI, e 1.022, II, parágrafo único, II, do Código de Processo Civil, argumentando que ao rejeitar os embargos de declaração, o Tribunal negou a prestação jurisdicional ao deixar de fundamentar a decisão recorrida deixando de analisar o principal argumento deduzido no recurso de apelação, qual seja, a responsabilidade de todos os integrantes da cadeia de consumo, bem como acerca do direito de regresso da recorrida em relação ao fabricante do produto impróprio para consumo. Sustenta também violação aos artigos 6º, VIII, 8º, 13, 18, § 6º, II, 39, VIII, e 88 do Código de Defesa do Consumidor, aduzindo a existência de responsabilidade solidária do comerciante e do fabricante do produto, e irresigna-se ante o reconhecimento da ilegitimidade passiva da agravada. Discorreu ainda que o não reconhecimento dos danos morais sofridos caracteriza violação aos artigos 186 e 927 do Código Civil. Contrarrazões ao recurso especial às fls. 266. É o relatório. DECIDO. 2. Inicialmente, observa-se que não se viabiliza o recurso especial pela indicada violação do art. 1.022 do CPC/2015. Isso porque, embora rejeitados os embargos de declaração, todas as matérias foram devidamente enfrentadas pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte recorrente. 3. Da leitura do acórdão recorrido observa-se que ele tratou de forma clara a controvérsia apresentada, lançando fundamentação jurídica sólida, mediante convicção formada do exame feito aos elementos fático-probatórios dos autos, para a solução adotada para o desfecho da lide. Apenas não foi ao encontro da pretensão do recorrente, o que está longe de significar ausência de fundamentação necessária a ensejar o reconhecimento de violação dos artigos 489, IV e VI, do Código de Processo Civil. 4. Trata-se na origem de ação de indenização por danos morais movida por consumidor contra supermercado de produtos varejistas por ter comprado cinco caixas de leite de uma marca considerada contaminada/adulterada por ocasião da fabricação do produto. O Tribunal local manteve a sentença do juízo de 1º grau que reconheceu a ilegitimidade do estabelecimento comercial e julgou extinta a ação sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do então vigente CPC, e o fez pelos seguintes fundamentos (fl. 108-109): No caso em tela a discussão está centrada na legitimidade ad causam do comerciante para responder ação indenizatória em decorrência da venda de produto contaminado. Tenho que não merece reforma a sentença e comungo do entendimento de que, tratando-se de responsabilidade pelo fato do produto, a responsabilidade do comerciante é, a despeito de solidária, subsidiária, caracterizando-se apenas nas hipóteses a que alude o artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor, aqui não configuradas. Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis. Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso. O artigo anterior, ao qual faz referência o art. 13 do Código de Defesa do Consumidor, trata da responsabilidade pelo fato do produto. Portanto, o comerciante será responsável se evidenciada qualquer uma das três hipóteses acima delineadas: a) fornecedor não poder ser identificado; b) produtos anônimos; c) produtos perecíveis mal-conservados, o que incorreu no caso concreto. A verdade é que a responsabilidade do comerciante, nos acidentes de consumo, é meramente subsidiária, pois os obrigados principais são aqueles elencados no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor. Ainda que o Código de Defesa do Consumidor estipule em seu art. 7º a responsabilidade solidária como regra, no caso específico do fato do produto, há expressa previsão sobre as regras de solidariedade e subsidiariedade a serem aplicadas quanto ao fornecedor, produtor e comerciante. Importa sinalar que o fato do produto ocorre naqueles casos em que a utilização do produto provoca danos ao consumidor, expondo a sua segurança e saúde, ou seja, trata-se de acidente de consumo, como na presente demanda. Assim sendo, quanto ilegitimidade do comerciante para responder solidária e exclusivamente em razão de fato do produto na hipótese em que o fabricante restou incontrovertidamente

identificado, verifica-se que o Tribunal julgou em consonância com a jurisprudência desta corte. Neste sentido, confirmam-se os precedentes: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. FATO DO PRODUTO. ILEGITIMIDADE ATIVA DO AUTOR E AFASTAMENTO DOS DANOS MATERIAIS. MODIFICAÇÃO DO ACÓRDÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO COMERCIANTE NÃO CONFIGURADA. FABRICANTE IDENTIFICADO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Insuscetível de conhecimento a insurgência acerca da alegada ilegitimidade ativa do consumidor para figurar na presente demanda, bem como no que concerne à comprovação dos danos materiais, porquanto a revisão das premissas firmadas pela Corte de origem demandaria revisão dos fatos discutidos na lide, providência descabida na estreita via do recurso especial, incidindo o óbice da Súmula 7 desta Corte. 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a condenação do comerciante como responsável solidário somente teria lugar caso o produtor não pudesse ser identificado, o que não ocorreu na espécie. 3. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 1016278/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 06/04/2017) ----- EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI 8.078/90, ART. 6º, INC. VIII. REGRA DE INSTRUÇÃO. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA. [...] 4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprio nexos causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida "preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade" (RESP 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.9.2011). 5. Embargos de divergência a que se dá provimento. (EResp 422.778/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 21/06/2012) Desse modo, estando o acórdão recorrido em conformidade com a jurisprudência do STJ, incide a Súmula 83 do STJ, impedindo o conhecimento do recurso por ambas as alíneas. 5. Tendo em vista a extinção antecipada do feito, sem exame do mérito, ante o reconhecimento da ilegitimidade passiva, ficam prejudicadas o exame das demais teses de fundo, em especial quanto às matérias relacionadas à suposta violação dos artigos 6º, VIII [facilitação da defesa], 8º [proteção à saúde e segurança], 18, § 6º, II, [vício do produto] 39, VIII [produtos em desacordo com normas oficiais], e 88, todos do Código de Defesa do Consumidor, bem como dos artigos 186 e 927 do Código Civil que tratam do dever de indenização. 6. Ante o exposto, nego provimento ao agravo. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 03 de abril de 2018. Ministro Luis Felipe Salomão Relator (STJ-RS-AG: 1084280 RS 2017/0081736-0. Relator: Ministro LUIS Felipe Salomão, Data De Julgamento: 29/02/2012. Data de Publicação: 10/04/2018) (JUSBRASIL, 2018, não paginado).

Pois bem, é salutar reiterar que o equivocado conceito de vício ou defeito de produto e serviço, influencia diretamente na questão de atribuição de responsabilidade civil. Por sua vez, denota-se claramente que tanto a doutrina quanto a jurisprudência, ainda incidem em uma certa confusão, o que acaba por acarretar níveis de responsabilização equivocados, provocando divergências entre julgados.

Destarte, diante de tal situação, seria necessária uma revisão conceitual capaz de direcionar tanto a doutrina quanto a jurisprudência, no sentido de alinhar as definições e assim, ser capaz de proporcionar julgamentos mais claros e objetivos, no que tange a responsabilidades dos sujeitos da relação de consumo, evitando a propositura de recursos com objetivo de sanar tais dúvidas e divergências, o que resultaria em uma melhor eficiência na resolução de conflitos envolvendo a relação de consumo.

CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, buscou-se realizar uma breve análise sobre as características gerais da relação de consumo à luz das regras consumeristas, partindo de suas particularidades históricas e promovendo uma revisão dos principais conceitos teóricos específicos que caracterizam a citada relação,

de forma a compreender as posições doutrinárias e jurisprudenciais recentes, no que diz respeito as circunstâncias que norteiam a relação entre consumidores e fornecedores em geral.

Restaram-se demonstradas as circunstâncias das responsabilidades dos sujeitos envolvidos, sendo apontadas, inclusive, algumas contradições conceituais entre vício e defeito de produto e serviço (elementos objetivos da relação de consumo), o que ensejam certas confusões no momento de atribuição de responsabilidades pelo Poder Judiciário.

O estudo ainda ressaltou a necessidade de uma revisão conceitual, capaz de direcionar tanto a doutrina quanto a jurisprudência, no sentido de alinhar as definições relacionadas aos referidos elementos objetivos da relação de consumo, e assim, ser capaz de proporcionar julgamentos mais claros e objetivos, no que tange a responsabilidades dos sujeitos da relação de consumo, evitando a propositura de recursos com objetivo de sanar tais dúvidas e divergências, o que resultaria em uma melhor eficiência na resolução de conflitos envolvendo a relação de consumo.

Conclui-se, que apesar de algumas inconsistências de ordem material e processual, o Código de Defesa do Consumidor, como microsistema jurídico, continua a desempenhar uma fundamental importância no que diz respeito ao norteamto da relação de consumo, assegurando o respeito ao cumprimento das normas, tanto pelos fornecedores/comerciantes, como também pelos próprios consumidores, harmonizando-se ainda, como um efetivo instrumento de responsabilização civil, decorrente de eventuais vícios e defeitos constantes em uma relação de consumo.

REFERÊNCIAS

- AFONSO, Luiz Fernando. Publicidade abusiva e proteção do consumidor idoso. São Paulo: Ed. ATLAS, 2013. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522480227/cfi/2!/4/4@0.00:55.8>. Acesso em: 12 ago. 2019.
- BRASIL. Constituição. Constituição da república federativa do BRASIL. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Decreto Lei 8.078/1990. Código de defesa do consumidor. Brasília: Senado Federal, 1990.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 14ª Turma. Apelação Cível nº 10106120006684001 MG. Relator: Evangelina Castilho Duarte. Brasília, 14 de agosto de 2013. Disponível em: <https://tjmg.jusBRASIL.com.br/jurisprudencia/116330136/apelacao-civel-ac10106120006684001-mg>. Acesso em: 22 set. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial N°: 1084280 RS 2017/0081736-0. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data De Julgamento: 29 de fev. de 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/564935696/agravo-em-recurso-especial-aresp-1084280-rs-2017-0081736-0>. Acesso em: 13 ago. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo Em Recurso Especial N° 1347316 PR 2018/0209842-3, Relator: Ministro Raul Araújo, Data De Julgamento: 02 de abr. de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/698206006/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1347316-pr-2018-0209842-3?ref=serp>. Acesso em: 13 ago. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Agravo Regimental. Recurso Especial nº 1386938 DF 2013/0157472-7. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 06 de novembro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusBRASIL.com.br/jurisprudencia/24660709/agravo-regimental-no-recursospecial-agrg-no-resp-1386938-df-2013-0157472-7>. Acesso em: 26 set. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Agravo Regimental. Recurso Especial nº 1557043 SP 2015/0240213-2. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, 26 de março de 2019. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/697847792/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1557043-sp-2015-0240213-2?ref=topic_feed. Acesso em: 13 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº: 1709539 MG 2017/0292269-1. Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 05 de jun. de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661806064/recurso-especial-resp-1709539-mg-2017-0292269-1>. Acesso em: 13 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, Recurso Especial Nº 1730849 SP 2018/0052972-4, Relator: Ministro Herman Benjamin, Data De Julgamento: 07 de ago. de 2018. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/673321629/recurso-especial-resp-1730849-sp-2018-0052972-4/inteiro-teor-673321634?ref=juris-tabs>. Acesso em: 13 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial. Nº 1195642 RJ 2010/0094391-6, Relator: Ministra Nancy Andrichi, 13 de novembro de 2012. Disponível em: <https://stj.jusBRASIL.com.br/jurisprudencia/22829799/recurso-especial-resp-1195642-rj-2010-0094391-6-stj>. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 30ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento nº 2034272-59.2018.8.26.0000. Relator: Maria Lúcia Pizzotti, Data de Julgamento: 11 de abril de 2018. Disponível em: <https://tj-sp.jusBRASIL.com.br/jurisprudencia/566708024/20342725920188260000-sp-2034272-5920188260000?ref=juris-tabs>. Acesso em: 22 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 15ª Turma. Apelação Cível nº 10223110166186001, Relator: Des. Maurílio Gabriel, Data de Julgamento: 08 de novembro de 2018 Disponível em: <https://tjmg.jusBRASIL.com.br/jurisprudencia/648749134/Apelacao-civel-ac10223110166186001-mg>. Acesso em: 28 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça. 29ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 1032646-73.2015.8.26.0114. Relator: Neto Barbosa Ferreira, Data De Julgamento: 17 de julho de 2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/722296262/apelacao-civel-ac-10326467320158260114-sp-1032646-7320158260114/inteiro-teor-722296285?ref=serp>. Acesso em: 13 ago. 2019.

CAVALIERI FILHO, S. Programa de direito do consumidor. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do Direito. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 516-517.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. Proteção ao consumidor: conceito e extensão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FILOMENO, J.G.B. Direitos do consumidor. 15. ed. rev., atual. e ref. São Paulo: Atlas, 2018.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARQUES, C. L. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, C. L.; BENJAMIN, A. H. V.; BESSA, L. R. Manual de direito do Consumidor. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

MELO, N. D. Dano moral nas relações de consumo. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria Geral do Direito Civil. 3ª ed. Portugal: ed. Coimbra, 1988. Vol.1 p. 168.

MORAIS, A. Curso de direito constitucional. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NUNES, R. Curso de direito do consumidor. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUNES R, Luiz Antonio. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.113.

OLÍMPIO, T. S., MORONG, F.F., CANZIANI, E. Breves apontamentos históricos e da evolução jurídica do direito do consumidor no Brasil. Colloquium Socialis, Presidente Prudente, v. 01, n. Especial 2, Jul/Dez, 2017, p.222-228. DOI: 10.5747/cs.2017.v01.nesp2.s0140. Disponível em file:///C:/Users/F%3%A1bio/Downloads/BREVES%20APONTAMENTOS%20HIST%3%93RICOS%20E%20DA%20EVOLU%3%87%3%83O%20JUR%3%8DDICA%20DO%20DIREITO%20DO%20CONSUMIDOR%20NO%20BRASIL.pdf. Acesso em 10 de ago. 2019.

PAIVA, Clarissa Teixeira. O que caracteriza uma relação de consumo: conceito e elementos. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 29 nov. 2014. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42006/o-que-caracteriza-uma-relacao-de-consumo-conceito-e-elementos>. Acesso em: 13 ago. 2019.

SILVA, J. A. Q. C. Código de Defesa do Consumidor anotado e legislação complementar. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOUZA, D. B.; Defesa e proteção ao consumidor: fundamentos, evolução e natureza jurídica. Âmbito jurídico, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8077. Acesso em: 20 ago. 2019.

SOUZA, T. A.; MORONG, F. F.; MIRANTE, M. H. P. Da responsabilidade civil do comerciante pelo defeito do produto ou serviço à luz do Código de Defesa do Consumidor. Colloquium Sociais, Presidente Prudente, v. 2, n. especial 2, p. 229-234, jul./dez. 2018. Disponível em: <http://www.unoeste.br/site/biblioteca/documentos/Manual-Normalizacao.pdf?v=7>. Acesso em: 01 mar. 2019. <https://doi.org/10.5747/cs.2018.v02.nesp2.s0283>

TARTUCE, F.; NEVES D. A. A. Manual de direito do consumidor: Direito Material e Processual. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

THEODORO JUNIOR, H. Prescrição e decadência. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

A TUTELA ANTECIPADA E OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CORRELATOS

Andreas Gabriel Ferreira Miranda

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E- mail: andreasferreira50@gmail.com

RESUMO

A sistemática processual de 2015, traz em seu bojo uma novidade no campo das tutelas de urgência, denominadas de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, esse mecanismo está inserido no bojo processual, como um mecanismo facilitador para a obtenção de um direito líquido e certo. Para a efetividade deste aparato processual, faz-se necessário a modulação deste com os princípios norteadores do sistema processual, por este motivo, deve se fazer a análise dos princípios processuais de forma correlata a tutela antecipada, para dessa forma, obter uma instrumentalidade formal adequada com o texto constitucional e eficiente no campo processual.

Palavras-chave: Tutela. Princípios. Correlação. Processo.

EARLY ADVANCE AND CORRELATED PROCEDURAL PRINCIPLES

ABSTRACT

The procedural system of 2015, brings in its core a novelty in the field of urgency guardianship, called advance guardianship required in advance, this mechanism is inserted in the procedural bulge, as a facilitating mechanism to obtain a right and net right. For the effectiveness of this procedural apparatus, it is necessary to modulate it with the guiding principles of the procedural system, for this reason, the analysis of procedural principles should be done in a manner correlated with the anticipated tutelage, in order to obtain an appropriate formal instrumentality. with the constitutional text and efficient in the procedural field

Keyword: Guardianship. Principles. Correlation. Process.

INTRODUÇÃO

Para a compreensão do mecanismo de tutela antecipada, faz-se necessário compreender a correlação deste mecanismo com alguns princípios, que norteiam a esfera processual, neste capítulo abordasse-a os princípios correlatos da tutela antecipada, pelos quais se consegue obter uma instrumentalidade formal.

O Código de Processo Civil de 2015, trouxe mudanças significativas no que tange a sistemática processual da tutela concedida em caráter antecedente, as chamadas tutelas provisórias, que possuem subdivisão em urgência e evidência, no âmbito deste estudo, foca-se na tutela provisória de urgência, aquela que se caracteriza com a natureza de antecipação, e de concessão em caráter antecedente, ou seja, a que proporciona a satisfação do direito antes do resultado final do processo, onde obtém-se de forma parcial ou total o bem jurídico pretendido na lide. (TRAVASSOS NETO, 2017, não paginado)

Os princípios processuais são um conjunto de garantias constitucionais, que de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais, e do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direito público subjetivos (ou poderes e faculdades processuais), mas que configuram, antes de mais nada, a salva guarda do próprio processo objetivamente considerado como fator legitimador do exercício da jurisdição

A busca pela efetividade de uma jurisdição célere é um dos problemas primordiais que a órbita judiciária tem sofrido na atualidade, dentre todas as tentativas feitas pelo legislador em garantir maior efetividade a justiça, surge no que tange, os princípios processuais consagrados pela Constituição Federal da República, as tutelas antecipadas, que buscam efetivar o inciso XXXV, do art.5º, da Carta, que garante o acesso a justiça e o devido processo legal, tornando o mecanismo de antecipação tutelar um organismo

correlato com a sistemática constitucional e que garante a efetividade do devido processo legal. (BAPTISTELLA FILHO, 2009, p.25-27)

O objetivo do presente trabalho é demonstrar a importância do mecanismo para a efetividade da prestação jurisdicional, conferindo a constitucionalidade necessária para que este não fira direitos básicos dos litigante. Correlacionando os princípios ao mecanismo para assim, conseguir-se obter a prestação célere e eficiente.

CELERIDADE PROCESSUAL

Entende-se por celeridade processual o tempo ágil para a solução de um litígio, e por este tempo hábil a efetividade dos demais princípios constitucionais, como a ampla defesa e o segundo grau de jurisdição. Ocorrendo a solução da demanda em tempo eficaz, ocorrerá a efetivação da jurisdição, sem comprometimento do próprio direito tutelado na lide.

A preocupação com a efetividade de prestação da jurisdição não é apenas uma preocupação da justiça brasileira, em consonância com tal dispositivo previsto na Carta Magna, a Convenção Americana de Direitos Humanos no pacto firmado em São José da Costa Rica prevê em seu art. 8º que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determine seus direitos de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (BRASIL, 1992)

Devido a lentidão processual frente as inúmeras demandas propostas ao judiciário, o sistema tornou-se moroso, surgindo grande preocupação para o legislador e os jurisdicionados. Na Carta da Nação, houve em vários dispositivos a consagração do princípio da celeridade processual, que por sua vez, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, efetivaram-se e tornou-se preceito fundamental das demandas cíveis. A previsão constitucional do art. 5º, XXXV, demonstra claramente a necessidade de um processo célere, ou seja, rápido e eficiente. O mesmo mostrou-se presente no CPC de 2015, quando, no art. 6º há a previsão da cooperação para efetividade e agilidade no julgamento das demandas. Torando a celeridade processual uma das bases do ordenamento processual civil. (FERREIRA,2011, não paginado)

A EC n. 45/2004, que reformou constitucionalmente o poder judiciário, incluiu o inciso LXXVIII no art. 5º da CF/1988: “ a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (DIDIER JR, 2015, p.98)

Correlacionando o princípio constitucional da celeridade processual, com o mecanismo da tutela antecipada, encontramos neste, o princípio da celeridade, a base fundamental para a existência daquele, o mecanismo da tutela antecipada. Em busca de condições que dessem base legal a existência da antecipação tutelar, para reparação de danos urgentes, mediante a intervenção do Estado-juiz, enfatiza-se à possibilidade concreta da existência de direito, que não pese ao judiciário a sua apreciação, caso seja inexistente, este entendimento une o fundamento do *fumus boni juris* ao princípio da celeridade processual, sendo um meio de tornar o outro eficaz.

Existe a necessidade serem sopesados os direitos fundamentais à celeridade processual e à segurança jurídica, devendo a celeridade processual ser colocada em primeiro plano a celeridade processual quando ocorrer qualquer uma das hipóteses previstas para ser concedida a antecipação de tutela[...] (BAPTISTELLA FILHO, 2009, p.25)

A tutela antecipada, ou a demonstração de urgência no atendimento da demanda devido perigo de dano, mostra a eficiência e necessidade de aplicação de tal princípio para bom funcionamento do poder judiciário e atendimento da demanda na lide, não observado tal fundamento constitucional a demanda torna-se inócua, sem validade jurídica, o que deixa o processo de concessão da tutela sem garantia de efetividade, burlando a segurança jurídica necessária para prosseguimento da ação.

A grande vontade ao legislar sobre a estabilização da tutela antecipada é a diminuição da morosidade de casos que por si só já estão resolvidos, quer por revelia, ou qualquer falta de contrarrazão, fazendo da estabilização mecanismo eficiente na preservação da exaustiva utilização do judiciário fazendo

valer a economia dos atos processuais e a segurança das garantias da tutela que concede um bem da vida em caráter antecedente.

DEVIDO PROCESSO LEGAL

O devido processo legal trata-se de um conjunto de garantias constitucionais, que de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais, e do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direito público subjetivos (ou poderes e faculdades processuais), mas que configuram, antes de mais nada, a salva guarda do próprio processo objetivamente considerado como fator legitimante do exercício da jurisdição.

A previsão do princípio do devido processo legal é constitucionalmente elencada no art. 5º da CF/1988 em seu inciso LIV, que prevê a impossibilidade de privação de liberdade e bens sem o devido processo legal. A expressão cujo nome carrega este princípio, pode ser compreendida como a possibilidade de restrição de direitos apenas nos casos em que esta privação for amparada por lei, respeitando os limites expressos na lei. O devido processo legal mostra-se efetiva garantia contra o exercício abusivo de qualquer espécie de poder. (DIDIER JR. 2015, p. 65)

CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Entende-se por contraditório e ampla defesa quando “o juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes[...], ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra [...] dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir no convencimento do juiz”. (CINTRA, GRINOVER e DIANAMARCO, 2015, p. 116).

O processo é um procedimento que possui por sua base um contraditório. A Constituição federal prevê o Princípio em seu art. 5º inciso LV, sendo este reflexo do princípio democrático na formação processual, tal princípio pode ser dividido em duas formas que garantem a efetividade processual sendo elas a participação e a possibilidade de influenciar nas decisões. Sendo a participação uma dimensão que traz formalidade deste princípio, e o direito de ser ouvido, de ter participação nos atos processuais, da comunicação e de poder de fala no processo, estas são garantias fundamentais dada as partes por meio do contraditório. (DIDIER JR, 2015, p. 82-83)

No caso de tutela provisória liminar de evidência é demonstrada a aplicação deste princípio de forma moderada e não taxativa como o proposto legal, visto que tal mecanismo admite a prolação da decisão sem a oitiva da parte contrária, neste caso, a lesão da garantia constitucional não existirá, graças a ponderação do legislativo, devido a própria estrutura que norteia a antecipação de tutela, como há perigo na demora, o contraditório em primeiro caso fica superado para efetivação do próprio mecanismo da tutela. (DIDIER JR, 2015, p. 86).

CONCLUSÃO

Conclui-se que os princípios processuais são inerentes a toda órbita jurídica, através deles, se consegue obter a efetividade da prestação jurisdicional, de forma célere, com primazia nas análises, além de, garantir um julgamento imparcial, motivado pelo princípio da imparcialidade do juiz.

A preocupação do Novo Código de Processo Civil, foi a de garantir eficácia e rapidez nas lides, com a criação do mecanismo de tutela antecipada esse intuito do legislador foi efetivado. O que demonstra a eficácia do mecanismo na solução rápida de conflitos.

A correlação é eficiente para assegurar as garantias básicas consagradas pela Carta da Nação. Que por meio de princípios norteiam as relações processuais, ligando-as aos princípios fundamentais da Nação.

Sendo assim conclui-se que o estudo das tutelas é eficiente, a sua constitucionalidade é demonstrada graças ao engajamento entre os princípios processuais e a utilização do mecanismo.

REFERÊNCIAS

BAPTISTELLA FILHO, Sergio Constante. A origem da tutela antecipada: Roma. *Ius et Iustitia*. v. 2, n. 1, p. 22-36. Araras, 2009.

BRASIL. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 04 fev. 2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil. 18. ed. Salvador: jusPODIVM, v. 1, 2015.

FERREIRA, Rodrigo Emiliano. Tutela antecipada: linhas gerais e requisitos para sua concessão. Jus. Dez. 2011. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/20599/tutela-antecipada-linhas-gerais-e-requisitos-para-sua-concessao>>. Acesso em: 04 fev. 2019.

TRAVASSOS NETO, Maurício de Andrade. A incompatibilidade da tutela antecipada em caráter antecedente com o princípio da primazia da decisão de mérito. Jus. Ago. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59727/a-incompatibilidade-da-tutela-antecipada-em-carater-antecedente-com-o-principio-da-primazia-da-decisao-de-merito>>. Acesso em: 04 dez. 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

A TUTELA PROVISÓRIA A LUZ DO CPC DE 2015 E SUA APLICABILIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Arthur Leonardo Silva Morais, Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi Oliveira

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: arthurleonardo1@hotmail.com

RESUMO

É de sabença que as normas infra legais devem estar em consonância com a Constituição Federal. Nessa toada, o presente trabalho buscou analisar, através de pesquisas bibliográficas, doutrinárias e análise de texto de lei os fundamentos constitucionais que deram ensejo a vigência do instituto da Tutela Provisória. Sendo possível concluir dessa maneira, que a medida provisória prevista no Código de Processo Civil detém vasta fundamentação constitucional, contribuindo para garantir mais segurança jurídica aos jurisdicionados e a população civil como um todo.

Palavras-Chaves: Tutela Provisória – Direito Fundamentais – Constituição Federal – Tutela de Urgência – Tutela de Evidencia.

ABSTRACT

It is well known that the infra legal rules must be in with the Federal Constitution. In this sense, the presente work sought to analyze, through bibliographical reserch, doctrinal and legal text analysis the constitutional foundations that gave rise to the Provisional Guardian Istitute. It can be concluded that the provisional measure provided for in the Code of Civil Procedure has a broad constitucional basis, helping to provide more legal certainty to the courts and civilian population as whole.

Keywords: Provisional Guardianship – Fundamental Laws – Federal Cosntitution – Urgency Guardianship – Evidence Guardianship.

INTRODUÇÃO

É certo, que para chegar a tutela final, o julgador deve formar sua convicção de modo completo, visando na medida do possível a verdade formal do conflito e a defesa de direitos gravados na Carta de Republica. Ocorre, que muitas das vezes tal proposta se torna impossível de acontecer, dada a urgência imposta por diversas situações jurídicas.

Nesse interim, a lentidão típica do Poder Judiciário pode agravar condição de quem se encontra em eminente violação de direitos e garantias constitucionais ou legais, de modo que sua morosidade, contribui para concretização de situações irreversíveis, ficando evidente a total ineficiência no Estado-Juiz que descumpre a garantia de resguardar a ordem jurídica e autoridade da lei.

Após a vigência da Constituição Federal de 1988, o instituto da Tutela Provisória sofreu constante evolução, chegando-se a forma atual. Entretanto, haja vista sua influência no procedimento judicial, a constitucionalidade da medida deve ser estuda a fundo, buscando conhecer os direitos e garantias fundamentais que estão agarradas ao instituto processual. E com esse escopo, se molda o presente trabalho.

METODOLOGIA

A metodologia empregada no presente artigo foi a dedutiva, dessa forma foi feito análise em livros, doutrinas, artigos científicos e texto de lei, buscando enriquecer a discussão proposta.

RESULTADOS

Não obstante, no tocante aos resultados obtidos, temos que a observância da Constituição Federal na aplicação em relação os incidentes na tutela provisória podem proporcionar maior segurança jurídica ao jurisdicionado, desde que aplicado com cautela pelo operador do direito em sua defesa, fazendo seu direito ser aplicado de imediato, evitando prejuízos futuros.

Assim, os resultados consistem em poder afirmar que o instituto da Tutela Provisória possui vasta fundamentação constitucional, possuindo basilar importância no ordenamento jurídico brasileiro. Tal conclusão foi possível de ser alcançada após a exposição da história da tutela provisória no direito processual brasileiro; a explicitação breve, sobre as noções da medida provisória; findando-se com explanação sobre os princípios constitucionais que motivaram a vigência do instituto jurídico.

DISCUSSÃO:

BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A TUTELA PROVISÓRIA NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

A palavra “tutela”, literalmente, significa proteção, defesa. Ao passo que o vocábulo “provisória”, expressa algo passageiro, de teor temporário.

Sob essa ótica, o significado de Tutela Provisória quase que por si só expõe sua essência, qual seja, a de proteger aqueles que estão na eminência de ter seu direito violado ou ameaçado, precisando urgentemente, em regra, do manto estatal até ver o conflito que se encontra envolto solucionado pelo Poder Judiciário.

Embora tal instituto ser de suma importância para o direito processual brasileiro, o mesmo é por deveras recente, tendo em vista que foi implantando tal como conhecemos hoje apenas com o advento do Código de Processo Civil de 2015, momento em que foi unificado o regime das medidas de urgência.

Vale expor que, inicialmente, o Código de Processo Civil de 1973 previa somente a utilização das tutelas cautelares preventivas em específicos capítulos do seu texto, a qual visava apenas proteger o direito material discutido na lide, sem deter caráter satisfativo (MENDES; SILVA, 2019, p. 31).

Entretanto, a prática forense indicava a necessidade de mudanças, visando proteger não apenas o resultado útil do processo, mas também afastar o perigo da demora na prestação jurisdicional aqueles que demonstrassem a plausibilidade do direito invocado, conforme cristalina explicação dos professores Mendes e Silva (2019, p. 28):

[...] a prática jurídica indicava a necessidade de algumas medidas que não se limitassem a assegurar o resultado prático do processo ou, tampouco, a realizar o direito afirmado pelo autor, mas concedessem, de forma antecipada, os efeitos do provimento jurisdicional. Diante dessa perspectiva, o CPC de 1973 passou, dentre outras reformas setoriais, pelo advento da Lei nº 8.952/1994, que, alterando a redação do artigo 273, trouxe a previsão da tutela antecipada no ordenamento processual, bem como, através da Lei nº 10.444/2002, pela posterior inclusão da fungibilidade das tutelas sumárias.

Tal mudança foi considerada uma verdadeira revolução no direito processual brasileiro, haja vista a carência que imperava no Código de Processo Civil de 1973 no que diz respeito ao fornecimento de mecanismos que possibilitassem antecipação dos efeitos da tutela definitiva quando da demonstração a urgência. Impedindo-se assim, que a morosidade processual prejudicasse o direito rogado pela parte requerente. (RODRIGUES, 2018, p. 17)

Conforme anteriormente explicitado, uma das principais mudanças que trouxe a vigência do Código de Processo Civil de 2015 foi a localização dos livros condizentes a tutela satisfativa e a tutela cautelar. Ao contrário da codificação anterior, o códex de 2015 unificou o regime das medidas de urgência, agora presente em apenas em um livro.

O Título I, ficou responsável pelas disposições gerais da Tutela Provisória, ao passo que o Título II expos toda a sistemática da Tutela de Urgência, findando-se com o Título III, que explanou sobre a Tutela de Evidência, sendo esta, considera por muitos como a maior inovação legislativa quando o assunto é Tutela Provisória.

Vale expor, que o advento do Código de Processo Civil de 2015 foi de grande valia no que se refere às Tutelas Provisórias, pois seus implementos deixaram o processo mais célere e eficaz, visto que “trouxe, então, uma tutela de urgência, de natureza antecipada ou cautelar, ambos antecedentes ou incidentes, e a tutela de evidencia” (MENDES; SILVA, 2019. p. 31).

NOÇÕES GERAIS DA TUTELA PROVISÓRIA

Como é notório no mundo jurídico, o Estado detém o monopólio da jurisdição, sendo ele o único responsável por resolver o conflito de interesses incidentes na sociedade e estabelecer a paz social. Neste sentido, Theodoro Junior (2016, p. 609), com brilhantismo que lhe é peculiar, expõe:

[...] o Estado de Direito não tolera a justiça feita pelas próprias mãos dos interessados, caberá à parte deduzir em juízo a lide existente e requerer ao juiz que a solucione na forma da lei, fazendo, de tal maneira, a composição dos interesses conflitantes, uma vez que os respectivos titulares não encontraram um meio voluntário ou amistoso para harmonizá-los.

Muito por conta de tal fato, a tutela final demanda tempo, pois normas processuais e constitucionais devem ser respeitadas na busca da lúdima justiça, somado à crescente judicialização dos problemas sociais que cada vez mais estão sendo levado ao crivo do Poder Judiciário. Enfim, o procedimento utilizado para chegar à tutela definitiva é lento.

Com este escopo surgiu as chamadas tutelas provisórias no direito processual brasileiro. Visando, nas precisas palavras de Mendes e Silva (2017, p. 02-13) “assegurar a efetividade do provimento final, com a finalidade de afastar o risco decorrente da morosidade do processo”.

O professor Leonardo Greco conceitua Tutela Provisória como sendo:

[...] aquela que, em razão da sua natural limitação cognitiva, não é apta a prover definitivamente sobre o interesse no qual incide e que, portanto, sem prejuízo da sua imediata eficácia, a qualquer momento, poderá ser modificada ou vir a ser objeto de um provimento definitivo em um procedimento de cognição exaustiva. (GRECO, 2016, p. 186)

Dessa forma, faz-se uma análise sumária da lide visando conceder ao requerente, provimento que seria revertido somente ao final do *iter* processual, invertendo-se assim, o ônus da demora que recairia sobre quem, em tese, teria mais probabilidade de vencer o conflito, tornando o processo mais justo e eficaz.

Insta salientar, que a Tutela Provisória é o gênero das quais são espécies a Tutela de Urgência e a Tutela de Evidência. A tutela de urgência se subdivide em antecipada e cautelar ao passo que a tutela de evidência possui apenas natureza antecipada.

Nesse sentido, a tutela antecipada ou satisfativa, é aquela que concede o bem jurídico discutido na lide antes de formada a convicção exauriente do julgador, isto é, confere a parte requerente, após devida demonstração do periculum in mora e o fumus boni iuris, o bem que seria entregue somente ao final do rito processual.

Assim expõe Fredie Didier Jr, Paula Sarno e Rafael Alexandria sobre o tema:

A tutela provisória satisfativa antecipa os efeitos da tutela definitiva satisfativa, conferindo eficácia imediata ao direito afirmado. Adianta-se, assim, a satisfação do direito, com a atribuição do bem da vida. (DIDIER JR.; SARNO BRAGA; OLIVEIRA, 2019, p. 691)

Em outra perspectiva, a tutela cautelar, tem como objetivo assegurar a eficácia do direito material discutido na lide, visando o resultado útil do processo. O professor Eduardo Arruda Alvim, de forma didática, diferencia a tutela antecipada da tutela cautelar, nos seguintes termos:

Para a primeira, trata-se do risco de dano no mundo empírico, isto é, o bem da vida em disputa se acha sujeito a perigo, ao passo que o perigo de dano cautelar representa o risco de que o processo, enquanto instrumento, sem mostre efetivo. (ALVIM, 2017, p. 68)

Nota-se, portanto, que ambos os institutos processuais têm sua eficácia pautada na urgência, motivo pelo qual da ensejo a concessão do bem jurídico antes mesmo de formalizado o contraditório e a ampla defesa.

Ocorre, neste caso, verdadeira ponderação de direitos/garantias constitucionais e/ou legais, com intuito de investigar qual melhor se enquadra no ordenamento jurídico vigente, em observância ao caso concreto.

Diferente da Tutela de Urgência, a Tutela de Evidência dispensa a demonstração de urgência e tem eficácia tão somente pela confirmação da plausibilidade do direito invocado, que de tão certo, justifica a concessão de plano.

O artigo 311 do Código de Processo Civil elenca um rol de situações que se, caracterizada, ampara o deferimento da medida. Novamente, Arruda Alvim, com conhecimento imensurável, assevera que:

Com isso, não apenas a urgência torna necessária a concessão de tutela provisória, mas também a probabilidade do direito, somado à insubsistência da defesa do réu, pôr não se

afigurar condizente com os princípios processuais de envergadura constitucional, subordinar aquele que provavelmente tem razão ao iter procedimental que se vê alargado por conduta protelatória do réu, por exemplo (cf. art. 311, I, do CPC/2015). (ALVIM, 2017, p. 30)

Em continuidade, pode observar-se que o instituto da Tutela Provisória deve ser estudado sobre um prisma constitucional, dada a relevância da matéria no ordenamento jurídico brasileiro. Demonstrando-se, que tanto a Tutela de Urgência quanto a de Evidencia possui fundamentos constitucionais.

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA TUTELA PROVISÓRIA

Inicialmente, pode-se dizer, que a tutela provisória nasceu objetivando ampara direitos fundamentais esculpidos na Constituição Federal de 1988, tais como o direito constitucional do acesso à justiça, o da razoável duração do processo e o da igualdade, todos previstos art. 5^a da Carta da Republica, entre outros.

O instituto da Tutela Provisória de Urgência, ganha fundamentação constitucional a prever o art. 5^a, inciso XXXV, da Carta Magna que “A lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, 1988, online)

Este princípio, conhecido também como inafastabilidade da jurisdição, prevê que o Estado-Juiz deve, de maneira efetiva, resolver o conflito de interesse levado a sua baila, mesmo que para isso, tenha que conceder sumariamente, medida que seria deferida apenas quando do julgamento definitivo.

O professor Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, expõe que “o texto constitucional ao aludir à ‘ameaça de direito’ consagrou o direito à tutela jurisdicional também para as situações de urgência, seja cautelar ou antecipatória” (RIBEIRO, 2018, p. 123).

Entretanto, vale expor que diferente do que vulgarmente podemos imaginar, tal concessão sumária do objeto litigioso não fere o princípio da igualdade, previsto no art. 5^a “*caput*” da Constituição Federal, pois, conforme narrado anteriormente, o deferimento da medida visa a mera distribuição do tempo do processo entre as partes, e não privilegiar o autor, o qual, via de regra, é o requerente do pedido.

O ato de dividir o ônus da demora do processo, é o mais claro exercício de igualdade processual, visto que o “bem da vida” seria entregue a aquele que demonstrasse maior verossimilhança dos argumentos apresentados, distribuindo-se com mais efetividade dessa forma, o ônus da demora do processo. A título de exemplo, tem-se a Tutela de Evidencia.

Novamente o professor Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, assevera sobre a Tutela Provisória de forma bem oportuna:

Bem se vê que o instituto nasceu para debelar uma situação de desigualdade, distribuindo melhor o ônus da demora do processo entre as partes, que antes recaía exclusivamente sobre as costas do autor. É a verdadeira expressão do princípio da igualdade material. (RIBEIRO, 2018, p. 52)

Por conseguinte, outra questão levanta discussão doutrinaria na seara dos princípios constitucionais e da Tutela Provisória, qual seja o respeito ao contraditório e a ampla defesa quando da concessão da medida excecional.

Há previsão de ambos os princípios no art. 5^a, inciso LV, da CF/88, o qual expõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios de recursos a ela inerentes”. (BRASIL, 1988, online)

Dito isto, vale dizer que a concessão da tutela provisória, de forma *inaudita altera parte*, não refere o princípio retro citado, pois sua aplicação faz-se de fundamental importância em casos em que há eminente urgência ou risco da parte contrária frustrar a eficácia da medida, de modo que a sua citação prejudicaria a efetividade da tutela jurisdicional (RIBEIRO, 2018, p. 46).

É relevante pontuar também, que a concessão do instituto provisório, sem oitiva da parte litigante deve ser excepcional, o processualista Leonardo Ferres da Silva Ribeiro defende que sempre deverá haver a audiência da parte contrária antes do deferimento da medida, salvo situações excepcionais, senão vejamos:

Tratando-se, portanto, da hipótese de tutela de urgência, cujo novo Código de Processo Civil é silente, a nosso ver, em ambas as hipóteses (tutela cautelar e tutela antecipada) deve haver audiência da parte requerida antes da concessão da medida, salvo em duas situações excepcionais: (i) quando a oitiva da parte contrária puder frustrar a eficácia da

medida ou (ii) quando a urgência do pedido é tal que não há tempo para aguardar a citação da parte contrária. (RIBEIRO, 2018, p. 46)

Observa-se a útil contribuição do ilustre professor, pois faz total sentido sua explanação, de modo que se observado pelos nobres julgadores, evitaria injustiças e conseqüentemente a criticada banalização do instituto provisório.

É imperioso destacar outrossim, que, embora seja de grande complexidade o assunto em tela, as previsões constitucionais supracitadas e as demais não abrangidas pelo presente trabalho, garantem segurança jurídica ao instituto, algo por deveras visado na sociedade democrática de direito.

O princípio em questão, qual seja, o da segurança jurídica, não está previsto expressamente no texto constitucional. Entretanto, encontra-se respaldo implicitamente, como por exemplo no próprio preambulo da Carta Magna e no corpo do art. 5º.

A professora e Advogada Nayara Dallefi, expõe sobre o tema em seu livro de forma brilhante, explicitando que:

A despeito do preambulo não possuir força normativa, mas estar no domínio político, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) Nº 2076-5 AC, o preambulo não deixa de proclamar ou exortar em igual sentido dos princípios estabelecidos na Constituição Federal. Portanto, se o preambulo é destituído de forma normativa, o mesmo não ocorre com os princípios estabelecidos, implícita e explicitamente na Carta Magna.

Continua argumentando ainda:

E, neste aspecto, o que se pode dizer e que não se esgota somente no preambulo a previsão da segurança e, assim, ela possui força normativa por ser encontrada no texto constitucional, no artigo 5º, como um direito inviolável, garantindo aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, juntamente com a vida, a liberdade, a igualdade e a propriedade. Estes, e todos dos demais direitos, e as garantias individuais ainda têm sua segurança jurídica reforçada ao serem reputados entre as cláusulas pétreas, a teor do artigo 6º, § 4º, IV (BRASIL, 1988).

Por fim, é importante salientar que, assim como toda decisão judicial, a que conceder ou revogar a tutela provisória deve ser fundamentada, comprovando o juiz a alteração na situação fática ou probatória.

Tal medida se extrai do texto constitucional (art. 93, inciso IX) quando prevê que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Observa-se que o dispositivo visa afastar arbitrariedade e impor segurança jurídica.

CONCLUSÃO

É mister consignar, que a tutela provisória é um dos mais importantes institutos processuais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, muito pela vivencia moderna, que não dificilmente, abarrotam o Poder Judiciário com conflitos infundados e carentes de relevância social, prejudicando-se assim, a tramitação eficaz dos processos cuja haja, de fato, pretensão resistida, contribuindo dessa maneira para a crescente popularidade da medida provisória.

Portanto, a tutela provisória deve ser usada estritamente em casos excepcionais, quando o direito invocado pela parte esteja sendo lesado ou em eminente ameaça, de modo que a inercia do Estado-Juiz possa prejudicar a efetividade da tutela jurisdicional.

Conforme exaustivamente elucidado no presente trabalho, o instituto da tutela provisória detém de fundamentação constitucional, entretanto, tal medida não deve ser aplicada de forma banal, visando sanar problemas atinentes a morosidade do Poder Judiciário, sob pena de ferir o relevante princípio da segurança jurídica.

No mais, é oportuno ressaltar a importância da medida no ordenamento jurídico brasileiro, pois sua previsão alcança a essência do Direito na sociedade, qual seja a de resolver conflitos, utilizando-se de preceitos constitucionais, morais e éticos, apontando a paz social e a vontade da lei.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. Tutela provisória. São Paulo: Saraiva, 2017, 68 p. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547219154/cfi/4!/4/4@0.00:8.41>>. Acesso em 25 jul. 2019.

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; POCHMANN DA SILVA, Larissa Clare. A tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro: a nova sistemática estabelecida pelo CPC/2015 comparada às previsões do CPC/1973. Revista de processo, São Paulo, v. 257, p. 02-13, jul. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_p rodutos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.257.11.PDF. Acesso em: 20 de jul. 2019.

DALLEFI, Nayara Maria Silvério da Costa. Da segurança jurídica da súmula vinculante no Brasil: contribuições/influências do sistema da common law e civil law. São Paulo: EDIJUR, 2017.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro: a nova sistemática estabelecida pelo CPC/2015 comparada às previsões do CPC/1973. In: DIDIER JR., Fredie. Tutela Provisória. Salvador: Juspodivm, 2 ed., 2018. Cp. 1, p. 27-50.

RODRIGUES, Ana Carolina de Souza. A tutela de urgência antecipada em caráter antecedente e as controvérsias envolvendo sua estabilização. 2018. 114 f. Monografia (Especialização) – Instituto de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência, do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: Teoria Geral do Processo Civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILINGOVSKI, Regina Rita Liberati (Coord.). Normas e padrões para trabalhos acadêmicos e científicos da Unoeste. Presidente Prudente: Unoeste – Universidade do Oeste Paulista, 2019.

A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER, QUANDO SUA CONSEQUÊNCIA SE TORNA ALGO FATAL: FEMINICÍDIO

Regiane Oliveira da Silva, Danielle Yurie Moura da Silva

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: regiane-olis@hotmail.com

RESUMO

O presente estudo tem como finalidade analisar a questão da mulher na sociedade e como o gênero feminino é visto na sociedade. Sabe-se que milhares de mulheres são vítimas do feminicídio, um crime referente à condição da mulher, que encontrou respaldo jurídico por meio da Lei Nº 13.104, de 9-3-2015. A metodologia aplicada foi legislação, blogs, livros, artigos publicados e notícias de mortes através do jornal do G1, pertinentes ao tema. Conclui-se que a visão de como a mulher era vista e tratada em meados do século XIII e como com o passar dos anos atuais houve inúmeras conquistas, mas o surgimento da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria Da Penha, foi a principal.

Palavras-chave: Mulher, Violência, Feminicídio e Direitos.

VIOLENCE AGAINST WOMEN WHEN THEIR CONSEQUENCE BECOMES SOMETHING FATAL: FEMINICIDE

ABSTRACT

This study aims to analyze the issue of women in society and how women are viewed in society. Thousands of women are known to be victims of femicide, a crime related to the condition of women, which was legally supported by Law No. 13,104 of 9-3-2015. The applied methodology was legislation, blogs, books, published articles and news of deaths through the G1 newspaper, relevant to the theme. It is concluded that the vision of how women were seen and treated in the mid-13th century and how over the years there have been numerous achievements, but the emergence of Law No. 11.340 / 2006, known as the Maria Da Penha Law, was the main.

Keywords: WOMAN, VIOLENCE, FEMINICIDE AND RIGHTS.

INTRODUÇÃO

No que tange aos direitos das mulheres muito se discute a respeito da violência física e psicológica vivida por elas durante o século XXI. Apesar dos anos de luta ainda está presente a não aceitação de que todos, sem distinção de raça, cor, gênero precisam ser respeitados. Isso porque o modelo de sociedade patriarcal ainda persiste nos dias atuais. Lins (2012, p. 42-43) apresenta porque esse modelo ainda persiste:

O patriarcado é um sistema autoritário tão bem-sucedido que se sustenta porque as pessoas subordinadas ajudam a estimular a subordinação. Ideias novas são geralmente desqualificadas e tentativas de modificação dos costumes são rejeitadas explicitamente, inclusive pelas próprias mulheres, que, mesmo oprimidas, clamam pela manutenção de valores conservadores. A abrangência da ideologia de dominação é ampla. Partindo da opressão do homem sobre a mulher, a mentalidade patriarcal se estende a outras esferas da dominação.

Assim a violência à mulher obteve uma marcante conquista com o surgimento da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha que objetiva proteger as mulheres de seus agressores com penalidades mais severas a fim de evitar que isso volte a ocorrer.

Outro grande avanço que as mulheres tiveram foi com o advento da Lei 13.104/2015, que alterou o teor do artigo 121§ 2º do Código Penal, trazendo uma nova modalidade de qualificadora, o feminicídio, que tipifica que o agente que comete homicídio contra mulher motivado ou pela violência doméstica ou por discriminação do gênero está diante desta qualificadora. Ressaltamos que a violência doméstica é o principal motivador desse tipo penal.

Por ser considerada uma qualificadora do homicídio, este delito também ganhou status de hediondo, tendo por consequência penalidades mais severas e direitos mais restritos.

A mulher em um contexto histórico, sempre batalhou para se conseguir e alcançar direitos que antes de 1922 era algo visto na sociedade como absurdo por exemplo a mulher votar, onde elas não eram consideradas como cidadãs e nem poderiam ir as urnas escolher o seus próprios candidatos, onde a sua aceitação em relação ao século de hoje vemos que o voto é algo simples mais que só foi passado esse direito a mulher no século XX.

Contudo apesar de inúmeras conquistas, a inferiorização da mulher ainda ocorre:

A mulher foi degradada, convertida em servidora, em escrava do prazer do homem e em mero instrumento de reprodução. Esse rebaixamento da condição da mulher, (...) tem sido gradualmente retocado, dissimulado e, em alguns lugares, até revestido de formas mais suaves, mas de modo algum eliminado. (ENGELS, 1997, p. 75)

Desta maneira, o presente artigo tem como objetivo refletir sobre a importância da conscientização dos direitos das mulheres e a partir disso, conseguir, mesmo que por meio de medidas impositivas, frear a intolerância e diminuir o número de mortes no Brasil.

Mostra-se, portanto, de extrema relevância para a sociedade, uma vez que fomentará novas discussões sobre o tema, possibilitando inclusive novas hipóteses que podem ajudar a evitar esse tipo de delito.

METODOLOGIA

O presente artigo realizou-se por meio do método hipotético-dedutivo, onde este se baseia em pesquisas de cunho teórico e bibliográfico. Deste modo foram feitas inúmeras pesquisas bibliográficas, por meio de leituras, artigos eletrônicos encontrados nas plataformas: Scielo e Google Scholar que permitiu a observação do tema frente à realidade que está inserido. Após a coleta dos dados confrontou-se as principais ideias tendo assim uma percepção mais realista do assunto, onde possibilitou considerações pertinentes à problemática proposta.

FEMINICÍDIO: INFORMAÇÕES GERAIS

Regularmente feminicídio e femicídio são usados como sinônimos para determinar a morte de uma mulher em questão do gênero feminino. Porém eles possuem diferenças de contexto e significado. Quando a palavra femicídio é exposta ela quer trazer o significado de que foi praticado homicídio contra uma mulher, mas em virtude dela ser mulher. Contudo ao se referir ao termo feminicídio significa dizer que a mulher foi assassinada por questão de gênero, ou seja, simplesmente por ela ser uma mulher. (RODRIGUES, 2015)

O feminicídio ocorre por meio da violência que deriva no latim da palavra “*vis*”, cujo significado sugere a ideia de vigor, potência, impulso. Também traz a ideia de excesso e de destemor. Então, mais do que uma simples força, a violência pode ser conceituada como o próprio abuso da força. (CAVALVANTI, 2007, p. 29).

Embora a Constituição Federal de 1988 descreva que homens e mulheres devem ser tratados com igualdade, em decorrência do Princípio da Isonomia, não se pode alegar que na sociedade atual ele é totalmente aceito e respeitado. Nota-se infelizmente ainda que persiste a ideia que a mulher é apenas um objeto, na qual devem ser tratadas como mercadorias, algumas chegando a ponto de serem proibidas de trabalharem e obrigadas a ficarem em suas casas cuidando dos filhos e de suas residências com serviços domésticos, não sendo respeitada por seus próprios maridos. Nas residências que perseveram estas atitudes machistas e patriarcais, é onde o Feminicídio mais ocorre, pois ofensas verbais e até físicas são extremamente comuns e neste tipo de relacionamento permanece o entendimento que o homem é um ser superior e que a mulher deve estar subordinada a eles. (ACAYABA, ARCOVERDE, 2019)

Desta maneira, seus parceiros com objetivo de destruir a vítima ou compeli-las para que se sintam obrigadas a aceitar o que eles têm a lhes oferecerem, torturam, estupram, uma vez que a relação sexual é feita sem o consentimento da vítima, chegando ao ponto, em muitos casos de serem mutiladas. Esse tipo de mutilação ocorre inclusive *post mortem*.

É comum os agressores justificarem a violência física ou psicológica culpando a bebida, ou que até mesmo fizeram aquilo por ciúmes. Assim, é importante abordar que essas justificativas não cabíveis para

amparar a agressão. Uma sociedade composta de atitudes machistas favorece as agressões e violência contra a mulher, mas, além disso, outros fatores como a classe social e a etnia contribuem para o aumento do desrespeito, e mesmo com o passar dos anos e sendo acrescentadas leis mais rígidas na legislação brasileira, ainda assim muitas mulheres são violentadas por serem mulheres. (MERELES, 2018)

Como já mencionado, a classe social também é um fator que contribui, e assim a classe baixa. Essas mulheres muitas vezes sofrem caladas quando levam um tapa, por medo de tomarem seus filhos ou até mesmo de morrer e acabam aceitando essa situação pela sua família. Este cenário só muda infelizmente quando elas são mortas, consumando o crime de feminicídio. (MERELES, 2018)

Em várias regiões brasileiras, em locais de extrema desigualdade social, conflito armado, favelas e em circunstâncias onde vigora a lei de um segundo estado, os feminicídios passaram a ser praticados como uma forma de punição exemplar, de demonstração de poder ou uma mensagem às mulheres para que se comportem e aos outros homens para mostrar quem está no comando. (ACAYABA, ARCOVERDE, 2019)

Além disso, compreende-se que a vítima de feminicídio somente poderá ser do sexo feminino, visto não se aplicar em caso de homicídio de transexuais. Pois de acordo com o princípio da legalidade não se pode utilizar de analogias *in malam parte*. (RODRIGUES, 2015)

Diferentemente do que se imagina, é mais comum ocorrer este tipo de crime em cidades pequenas, que não possui uma delegacia especializada da mulher, fazendo com que muitas mulheres deixam de denunciar o agressor por terem dúvidas de que realmente eles serão punidos por essa prática. Isto acontece geralmente, porque em cidades pequenas “todo mundo conhece todo mundo” então elas não se sentem seguras em denunciar seus companheiros por deduzirem que para o policial isso não tem importância, em alguns casos existem policiais que apoiam os agressores e não se importam em proteger a vítima. Inibindo assim a busca por proteção. (GALVÃO, 2017)

Merece ser salientado, por oportuno, que o feminicídio é uma das modalidades de homicídio qualificado, e também pode ser praticado por qualquer pessoa, seja ela do sexo masculino, ou mesmo do sexo feminino. Assim, não existe óbice à aplicação da qualificadora se, numa relação homoafetiva feminina, uma das parceiras, vivendo em um contexto de unidade doméstica, vier a causar a morte de sua companheira (GRECO, 2017, p. 69).

O art. 18 da Lei Maria da Penha estabelece que, recebido o expediente com o pedido da ofendida (repita-se, no caso do art. 14, II do Código Penal), caberá ao Juiz, no prazo de quarenta e oito horas conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência, determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso, e comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis.

Portanto, o feminicídio se enquadra em qualquer forma atentada de homicídio em que envolva o gênero feminino, não é necessário se encaixar na Lei Maria da Penha, pois está enquadrado somente as relações de convívio familiar.

DISCUSSÃO

Com o passar dos séculos a mulher conquistou mais respeito, oportunidade e liberdade, mas mesmo assim ainda são friamente violentadas por seus maridos ou companheiros ou namorados. (GALVÃO, 2017)

Nos últimos anos muitas mulheres foram assassinadas de forma brutal. Como exemplo cita-se o caso que ocorreu em um prédio de Guarapuava/PR, onde Tatiane Spitzner, advogada foi encontrada morta, assassinada brutalmente por seu marido, Luís Felipe, que está sendo processado pelos crimes de homicídio com as qualificadoras de asfixia mecânica, dificultar defesa da vítima, motivo torpe e feminicídio; além de cárcere privado e fraude processual. Nas palavras de HISING (2018): “O delegado responsável pela investigação, Bruno Miranda Maciozeki, afirma que imagens de câmeras de segurança - que não foram divulgadas - registram “agressões brutais e cruéis contra a vítima” na garagem do prédio”.

A vítima é o principal meio para que o agressor seja punido, os depoimentos e as declarações, mais todos os elementos essenciais sobre a agressão é essencial para que o Estado, que tem o dever de punir (*ius puniendi*) garanta a segurança de todos os indivíduos. As mulheres, vítima de agressão, devem ter uma segurança maior oferecida pelo Estado para poderem denunciar os agressores e assim a justiça possa ser aplicada, punindo-se o crime. Mas é importante também para todas as vítimas, serem os autores ou coautores serem punidos. (GRECO, 2017)

Portanto, para a violência contra a mulher diminuir, o Estado deve proporcionar uma maior segurança e proporcionar um processo mais célere mostrando aos verdadeiros criminosos que há punição contra este tipo de delito, levando-os a refletir suas atitudes. (GALVÃO, 2017)

O dever de investigar do estado é uma obrigação de meio e não de resultado como abordado no direito civil, onde é uma obrigação jurídica própria e não uma simples formalidade, onde buscam investigar e tentar evitar que esse tipo de violência tenha surgimento. Onde com a ocorrência deste tipo de crime, as autoridades tendo presente o mínimo de detalhes sobre este determinado crime, onde deve investigar o lugar que ocorreu o feminicídio e aplicar também outros procedimentos apropriados.

Deste modo, aquilo que estava no Código Penal não abrangia o alto índice de homicídios contra mulheres presentes na sociedade, havendo a necessidade de punir mais severamente ao indivíduo que cometesse tal delito, assim surgiu a previsão do feminicídio na forma qualificada, nas modalidades de motivo torpe e fútil.

O acusado começa o cumprimento de pena neste determinado crime em regime fechado, nos casos de condenações de oito ou mais anos de reclusão, sendo obrigado a permanecerem todos os dias na unidade prisional. São definidas quantas horas diárias de trabalho e de sol que o detento poderá ter.

O ciclo de violência é algo que surge em um primeiro momento com ofensas verbais, são agressões psicológicas, onde alguns homens machistas desqualificam e humilham a mulher, na qual vão do nível menos grave, mas são um caminho para a morte. Por isso, neste caso, a mulher deve deixar claro no primeiro momento destes comportamentos de que não vai aceitar nenhum tipo de violência. Porém, quando a vítima se cala com uma ofensa verbal, o agressor terá a liberdade de vir cometer vários tipos de agressões, fazendo com que sim eles se sintam mais poderosos e superiores ao gênero feminino.

CONCLUSÃO

Infelizmente o crime de feminicídio ainda é recorrente no Brasil, onde a cada 1 minutos mulheres são violentadas sexualmente e humilhadas verbalmente pela população e principalmente por seus companheiros e pessoas próximas. Essas mulheres tem medo de denunciar, então acabam sofrendo em segredo porque são friamente ameaçadas, proibidas de serem independentes, de lutarem pelos seus sonhos e acabam morrendo em silêncio e os culpados ainda as culpam por aquela morte.

Nota-se que houve uma evolução referente aos séculos passados no que diz respeito a proteção da mulher, como a delegacia da mulher que tem como objetivo proteger qualquer pessoa do sexo feminino vítima de violência. Entretanto, ainda que existam mais leis que punem mais severamente, esse crime continua ocorrendo, os agressores não se sentem intimidados com a lei e há também ainda um grande número de mulheres submissas, por dependerem economicamente e efetivamente deles.

Assim o Brasil necessita de mais estratégias de conscientização, com surgimento de Políticas Públicas de prevenção, combate e apoio às vitimas e criação de juzizados de violência doméstica e familiar em todas as comarcas, fazendo com que as mulheres se sintam mais seguras em denunciar e que com medidas preventivas ajudem a diminuir esse índice de mortes e proporcionar a elas uma vida tranquila e feliz.

REFERÊNCIAS

ACAYABA C. , ARCOVERDE L. Casos de feminicídio aumentam 76% no 1º trimestre de 2019 em SP; número de mulheres vítimas de homicídio cai. São Paulo. Publicado em: 29 abr.2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/04/29/casos-de-feminicidio-aumentam-76percent-no-1o-trimestre-de-2019-em-sp-numero-de-mulheres-vitimas-de-homicidio-cai.ghtml>. Acesso em 18 jul.2019 >. Acesso em: 17 jul.2019.

ENGELS, F. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. 14 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

GALVÃO P. Feminicídio #Invisibilidade Mata. Ed 1, 2017, 184 p. São Paulo. Disponível em: https://assets-institucional.ipg.sfo2.cdn.digitaloceanspaces.com/2017/03/LivroFeminicidio_InvisibilidadeMata.pdf Acesso em: 15 de jul. 2019.

GRECO, R. Código Penal: comentado. 10. ed. Niterói: Impetus, 2017. <https://doi.org/10.17230/nfp.13.88.1>

HISING E. O que se sabe do caso de Tatiane Spitzner, encontrada morta em prédio de Guarapuava. G1, PR. Publicado em: 02 Ago. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/campos-gerais->

sul/noticia/2018/08/02/o-que-se-sabe-do-caso-de-tatiane-spitzner-que-caiu-do-4o-andar-de-predio-em-guaparuava.shtml> Acesso em: 17 jul.2019.

LINS, Regina Navarro. A Cama na Varanda: arejando nossas ideias a respeito de amor e sexo: novas tendências. 6 ed. Rio de Janeiro: Best Seller, 2012.

MERELES C. Entenda a Lei do Femicídio e por que ela é importante. Disponível em: <<https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/atualidades-vestibular/entenda-a-lei-do-feminicidio-e-por-que-e-importante/>> Acesso em: 17 jul. 2019.

PORFÍRIO F. "Feminicídio": brasil escola. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/feminicidio.htm>. Acesso em 17 jul.2019.

RODRIGUES, S. Femicídio (ou femicídio): que palavra é essa? Publicado em 02 jul. 2015. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/sobre-palavras/feminicidio-ou-femicidio-que-palavra-e-essa/>>. Acesso em: 16 jul.2019.

ALIENAÇÃO PARENTAL: DISTORÇÃO DOS VALORES FAMILIARES

Dhanillo Vargas Santana

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: dhanillo_santana@hotmail.com

RESUMO

O presente trabalho trata da temática da Alienação Parental e faz uma análise acerca das várias formas de família no direito brasileiro, que prioriza o princípio do afeto como condição para a formação de família, e não apenas conceitos solidificados e imutáveis sobre a definição da palavra “família”. Apresenta-se o instituto da alienação parental, diferenciando-o da síndrome da alienação parental, a fim de não permitir confusão entre ambos os institutos, visto que um é um possível resultado do outro. São deduzidas as características do agente alienador, também do agente alienado e os possíveis resultados reflexos da prática criminosa da alienação parental. É discutida a lei 12.318/2010, Lei da Alienação Parental, comentando acerca de seus dispositivos legais. Por fim, examina-se a guarda compartilhada como forma de redução da alienação parental.

Palavras Chave: Alienação Parental. Síndrome da Alienação Parental. Família. Lei 12.318/2010. Criança e Adolescente. ECA.

PARENTAL ALIENATION: DISTORTION OF FAMILY VALUES

ABSTRACT

This paper deals with the theme of Parental Alienation and analyzes the various forms of family in Brazilian law, which prioritizes the principle of affection as a condition for family formation, and not only solidified and unchanging concepts about the definition of family. word "family". The institute of parental alienation is presented, distinguishing it from the parental alienation syndrome, in order not to allow confusion between both institutes, since one is a possible result of the other. The characteristics of the alienating agent, the alienated agent and the possible reflex results of the criminal practice of parental alienation are deduced. Law 12.318 / 2010, Parental Alienation Law, discussing its legal provisions is discussed. Finally, shared custody is examined as a means of reducing parental alienation.

Keywords: Parental Alienation. Parental Alienation Syndrome. Family. Law 12.318 / 2010. Child and teenager. ECA.

INTRODUÇÃO

Família. Palavra que representa muito mais do que apenas um conceito vago e representativo de um grupo de pessoas que convivem sobre o mesmo teto ou dividem uma mesma herança sanguínea. Percorre a seara do envolvimento sentimental, atrelando à esse sentimento único, valores por vezes inexpressíveis por meio de palavras simples e frases pré-moldadas.

Por estar em constante evolução quanto à sua estrutura, função e tratamento por parte do legislador, que emprega um importante valor à célula familiar, tanto no âmbito legal quanto no resguardo ao afeto.

Mas nem tudo são flores. Por vezes o relacionamento se dilui, se desgasta, e isso culmina em um corte de relações entre os companheiros, e inevitavelmente os resultados são refletidos na vida dos filhos. E se já não bastasse tal impacto de ver sua família se separar, em alguns casos o filho torna-se uma arma de ataque ao ex-companheiro.

Cada dia o aumento de divórcios é uma realidade. Cada vez menos têm durado os relacionamentos, e bases menos sólidas de um grupo familiar tem e solidificado. Como resultado disso, os problemas envolvendo os ex companheiros também encontram uma ceara fértil para existir.

Tais problemas ocorrem porque, muitas vezes, as separações conflituosas geram, em uma ou ambas das partes envolvidas, um sentimento de remorso e uma ambição desenfreada pela vingança pela dor que

carrega consigo no peito. E o meio utilizado, por vezes, é o filho em comum dos cônjuges conflitantes, resultando em um fato típico, jurídico e culpável denominado de Alienação Parental.

O simples afastamento do genitor com sua prole e a mácula, causada pela alienação, da imagem do ex companheiro, causa no psicológico da criança danos irreversíveis e traz ao genitor alienado, um sentimento de impotência por não poder desfrutar de todos os benefícios de ser pai ou mãe, que por vezes foi desejado e planejado por anos, sendo talvez um ideal de vida.

A implantação de falsas memórias, a criação de barreiras para a comunicação e outras artimanhas são utilizadas pelo alienador, com o intuito de atacar o companheiro ou ex companheiro (na esmagadora maioria dos casos), mas o alienador se esquece dos reflexos na criança. Tais reflexos suscitam a atenção tanto do âmbito legal quanto do âmbito médico, pois os malefícios trazidos ao psicológico da criança, terão um peso massivo pendente a um desequilíbrio mental.

O psiquiatra norte-americano Richard A. Gardner nomeou os efeitos alcançados pelo alienador bem sucedido, como “Síndrome da Alienação Parental (SAP)”. Ou seja, a criança que sofre a alienação parental pode vir a sofrer de tal síndrome, tendo seus direitos violados, pois tal prática denegrante afeta um dos princípios guilhões do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), sendo o Princípio do Melhor interesse da Criança, além de desrespeitar o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

Visto que essa prática criminosa da alienação parental tem aumentado no Brasil, houve a necessidade da criação de uma lei específica que desse uma segurança jurídica à criança e ao pai alienado. Essa lei baseia-se nos princípios constitucionais supracitados e também está em consonância com o Código Civil.

Com o advento da lei, materializou-se o conceito de alienação parental quando da lei promulgada e da sua entrada em vigência.

E principalmente, a criação da citada lei 12.318 de 26 de agosto de 2010, criou um alicerce sólido, que muito serviu como base para a previsão no Novo Código de Processo Civil acerca do tema da Alienação Parental, onde foram tipificados os meios de provas a serem utilizados no plano fático, a fim de conferir proteção à criança e adolescente que possam ser expostos à prática criminosa e repudiante de Alienação Parental.

METODOLOGIA

O desenvolvimento deste artigo foi efetivado por meio de leitura de doutrinas nacionais e internacionais, sempre de uma relevância significativa acerca do tema abordado. A partir dos dados obtidos, iniciou-se o processo de produção do artigo científico correspondente.

O método aplicado neste trabalho é o método dedutivo, que se embasa em discussões e dados pré alcançados por doutrinadores e até pelo poder judiciário. Esse método de pesquisa parte dos princípios reconhecidos como verdadeiros e possibilita chegar em conclusões lógicas.

DO INSTITUTO DO DIREITO DE FAMÍLIA

A família, considerada a base da sociedade, conforme o artigo 226 da Constituição Federal Brasileira, passou por diversas modificações no decorrer do tempo, até que se chegasse à realidade jurídica atual.

Pouco importa se a formação familiar é composta por pai, mãe e filho, ou pai e filho exclusivamente ou mãe e filho, como também pouco importa se ambos os companheiros vivem sob o regime de casamento, ou união estável.

“Na ideia de família, o que mais importa – a cada um de seus membros, e a todos a um só tempo – é exatamente pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar, onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores”. (DIAS e PEREIRA, 2003, p. 7).

Ou seja, existem valores inenarráveis que constituem a base para uma formação familiar e que são tão complexas que até para o legislador conferir proteção e direitos que englobem tantas variações na formação de um grupo familiar, torna-se um árduo trabalho.

Doutrina VENOSA (2003, p. 23) que “a família é um fenômeno fundado em dados biológicos, psicológicos e sociológicos regulados pelo direito”.

É de sabido caso, a complexidade das formações e do Direito de Família, como versa a doutrinadora Maria Helena Diniz:

“Direito de família é o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade

conjugal, a dissolução desta, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela. Diniz. (2005, p. 7).

Assim, o conceito de família vem alcançando, com o passar dos anos e o desenvolvimento da sociedade, cada dia uma nova definição e novas formações, dando cara nova e trazendo o assunto como contemporâneo a todo momento. O autor Lôbo declara (2017, p. 15):

No plano constitucional, o Estado, antes ausente, passou a se interessar, de forma clara, pelas relações de família, em suas variáveis manifestações sociais. Daí a progressiva tutela constitucional, ampliando o âmbito dos interesses protegidos, definindo modelos, nem sempre acompanhados pela rápida evolução social, a qual engendra novos valores e tendências que se concretizam a despeito da lei.

Considerado pelos livros de estudos o primeiro vínculo entre qualquer das espécies, em sua esmagadora maioria, família é definido como a união do macho da respectiva espécie, com a sua correspondente do sexo oposto, a fim de buscar a reprodução da espécie.

Totalmente instintivo, esse é o vínculo que com algumas nuances (Como em alguns casos de animais Hermafroditos ou animais que têm sua criação dos filhotes única e exclusiva do macho ou da fêmea) traz à tona o mais primitivo dos sentimentos possíveis.

Não é difícil encontrar vestígios de formação de famílias na antiguidade, tão antigos quanto a própria existência do ser humano.

Porém, a palavra Família, têm suas origens no latim da palavra “famulus” que queria dizer escravo e família era o conjunto de escravos pertencentes a um mesmo homem.

Essa definição advém da Roma antiga, que discutiremos logo mais sobre a época, que determinava que “famulus” (os escravos) eram parte da herança e seriam transmitidas com a morte, como se fora bens.

Muito embora o conceito de família tenha sido modificado constantemente, desde tais princípios de vestígios, ainda hoje se mantém a premissa de formação familiar, porém em sua primazia, só havia o ligamento parental no vínculo materno, por conta da incapacidade de definir claramente qual seria o “verdadeiro pai” dos filhos de cada uma das matriarcas, pois o caso de poligamia era a regra à época.

Essa questão da poligamia e o conceito de família se tornou mais parecido com o conceito contemporâneo, com a ascensão da igreja, e seus princípios cada vez mais sendo aceitos pela sociedade e tendo eficácia no plano fático.

Já em Roma, a família podia ser definida como apenas um agrupamento de pessoas as quais eram subordinadas ao poder depositado na figura masculina, sendo o pai, o principal indivíduo e o coordenador das ações e decisões ali estabelecidas, desde relações de contato até matrimônios e futuro matrimonial e profissional dos descendentes.

Almeida e Rodrigues Junior assim ensinam (2017, p. 543):

Um conjunto de pessoas sujeitas ao poder do “paterfamilias”, ora grupo de parentes unidos pelo vínculo de cognição, ora o patrimônio, ora a herança”
E justamente nessa fase histórica que é iniciada a fase que sofreu mudanças em seus conceitos, mas deu-se um valor maior aos frutos humanos da união da “família”, ou seja, os filhos.

Nessa época, há que se destacar que os filhos desempenhavam a função de “percursores” dos pais, e tinham a obrigação de cuidarem de todos os preparativos para o sepultamento e o poder de “guiar” a alma dos pais ao caminho do paraíso. Todo essa crença de cunho religioso, que desde os primórdios, guia o ser humano em várias de suas ações.

Porém ainda era muito distante do conceito atual de família, por conta do poder dado ao patriarca de ter os demais membros do agrupamento familiar como seus objetos possuíntes.

Foi então onde Roma, fez vanguarda e estabeleceu em princípios normativos, uma definição mais robusta do que poderia ser definido como família.

Isto porque, até então, a família era definida com base nos costumes e definições populares, passadas por gerações, mas sem um crivo legal. Assim, a base da família passou a ser o casamento, uma vez que somente haveria família caso houvesse casamento.

Já debatendo sobre o próximo momento histórico, no direito canônico, o poder máximo patriarcal de outrora foi delegado aos representantes da igreja católica.

O Sacramento do casamento, não poderia ser desfeito por nenhuma das partes, sendo apenas a morte a razão plausível para a dissolução conjugal. União essa que era simbolizada pela troca de alianças de compromisso entre os cônjuges.

Havia uma diferença abissal agora, em relação às definições de família até o momento e a nova definição de família. O Doutrinador Wald (2017, p. 456) versa:

Havia uma divergência básica entre a concepção católica do casamento e a concepção medieval. Enquanto para a Igreja em princípio, o matrimônio depende do simples consenso das partes, a sociedade medieval reconhecia no matrimônio um ato de repercussão econômica e política para o qual devia ser exigido não apenas o consenso dos nubentes, mas também o assentimento das famílias a que pertenciam.

Nesse período histórico, foi criada a definição mais próxima da definição legal atual de família, pois foi excluída a possibilidade da poligamia e o laço entre os participantes da relação, passaram a ter o escopo principal, causando uma valorização nos laços criados entre os participantes do âmbito familiar.

Com bases bem definidas e alguns princípios servindo como pilares, a definição de família ganhou força com a disseminação da crença no cristianismo e os países que tinham como sua mais presente crença, o mesmo cristianismo, acabou por importar muitas das definições e conceitos base da palavra “família”.

EVOLUÇÃO DO DIREITO NO BRASIL

O direito no Brasil, deu seus primeiros passos alguns anos depois dos fatos acima narrados, embora tenha sido utilizado como alicerce o que de mais proveitoso foi alcançado em tais marcos históricos, que constituem alguns dos mais importantes no âmbito jurídico, principalmente no direito de família.

Obviamente, assim como todas as áreas sociais, a busca pela evolução é constante e se faz presente paulatinamente no decorrer histórico. E o direito vêm sempre da mesma forma. Mas o foco principal é o âmbito do direito de família, que começou a dar seus primeiros passos nas constituições de 1824, 1891 e assim seguiu, até que um passo maior foi dado com a promulgação do Código Civil de 1916.

Com um rol específico acerca do direito de família, em sua parte especial, esse código trouxe para si, grandes características e marcas das evoluções históricas até ali vividas no âmbito nacional e também no âmbito internacional.

Com o cristianismo presente desde os princípios da estruturação do nosso país, seria difícil de imaginar um outro horizonte, se não a realidade de muitos conceitos cristãos, serem absorvidos e utilizados também aqui.

Discorre muito sobre o tema a ilustre doutrinadora Regina Beatriz Tavares da Silva demonstra em sua obra “Curso de Direito Civil – Direito de Família” as formas de enxergar do Direito brasileiro sobre o tema.

“O direito brasileiro conhece quatro espécies de grupos familiares:

- a) A entidade familiar criada pelo casamento entre pessoas de sexo diverso
 - b) A entidade familiar decorrente do casamento e da união estável entre Homem e Mulher
 - c) A entidade familiar decorrente da união de pessoas do mesmo sexo
 - d) A comunidade familiar, formada por apenas um dos genitores e seus descendentes.”
- (SILVA, 2017, p. 53).

Muitas são as definições de famílias pelos doutrinadores brasileiros, mas a definição acima citada abrange o que se tem por base mais sólida dessa definição.

Talvez uma das poucas áreas do nosso maravilhoso país que sempre esteja numa real busca pelo desenvolvimento e melhora dia após dia, seja o legislativo, que sempre em mãos competentes, buscou representar a evolução e a corrida humana pela evolução. Somos expoente nesse sentido e o regramento aqui imposto nos traz segurança nesse âmbito do direito de família.

Bastante completo e com mais os implementos das legislações específicas acerca do direito de família, o ordenamento jurídico brasileiro se faz um expoente na área do direito de família, sendo comparativo para diversos diplomas legislativos de outros países.

Com bases sólidas e com os preceitos estabelecidos de que ordenamentos legislariam acerca do tema, o direito de família no Brasil vêm se desenvolvendo e tendo cada vez mais um aparato mais completo para sanar as mais diversas cobranças sociais para resolução de problemas intrínsecos ao

convívio humano, ainda mais concentrado no direito de família, onde o contato inter-humanos se torna absoluto, pelo convívio diário.

Mas para um embasamento jurídico acerca do tema, vejamos o artigo 226 da Constituição Federal/88:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.
§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
§ 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.
§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.
§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1988, não paginado)

Mas a sociedade evolui constantemente, assim como já citado neste artigo, e novas definições de família são constantemente criadas, demandando assim, uma atualização constante dos diplomas legais para abranger a maior gama possíveis de conflitos.

DOS TIPOS ATUAIS DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A consideração de “família” nas civilizações ocidentais, sempre teve dois escopos muito claros para a sua definição, sejam elas: A consanguinidade e a união entre duas pessoas, formalizada através do casamento. Ainda que o Direito Romano tenha considerado o afeto como pressuposto do casamento, como brevemente explicitado anteriormente, os laços afetivos sempre foram deixados em segundo plano.

Entretanto, o Direito não é imutável, e deve primordialmente os anseios e costumes de determinado povo, sendo o caminho guia de muitos dos costumes criados em determinado grupo social.

Após séculos onde a legislação católica foi predominante e principal fonte jurídica das normas definidoras dos conceitos de família, o ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 introduziu uma nova realidade ao Direito de Família, reconhecendo como entidade familiar, além do casamento, as famílias monoparentais e as uniões estáveis.

Rolf MADALENO (2017, pag. 3-4) leciona:

E, se a família tem atualmente outro perfil que se alargou para além das fronteiras enlaçadas pela Constituição Federal com o casamento (CF, art. 226, § 1º); a união estável (CF, art. 226, § 3º) e a família monoparental, representada pela comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes (CF, art. 226, § 4º), cumpre então localizar essas famílias denominadas plurais e concluir sobre suas formações e seus efeitos.

Como resultado do desenvolvimento social, abriu-se o leque de opções para definir “família”, expandindo fronteiras e restando espaço ainda para novas definições.

Então surgiu-se a ideia de estabelecer-se que um dos fatores principais para tal definição, seria o afeto entre os participantes do grupo “família”. Nesse sentido, versa Maria Berenice Dias:

“As relações familiares são as mais sujeitas a mutações, pois regidas por costumes que se alteram cada vez em maior velocidade. O gradual afastamento da sociedade da moral judaico-cristã rompeu o modelo conservador da família, que dispunha de um perfil patriarcal, hierarquizado, patrimonial, matrimonializado e heterossexual. A revolução feminista, bem como o surgimento dos métodos contraceptivos e de reprodução assistida, produziu profundas alterações na estrutura familiar. O desafio foi abandonar o tradicional conceito de família, identificado exclusivamente com o casamento, e encontrar novos referenciais, para albergar as organizações que se formaram fora do laço da oficialidade. O

comprometimento mútuo decorrente de um elo de afetividade levou a doutrina a chamar de família a multiplicidade de vínculos que se identificam pelo afeto.” (Dias, 2003, p. 12-13)

O afeto transcende a própria família. O afeto não é um laço que une apenas os integrantes de uma família, mas é também um valor jurídico um sentimento que nutre as relações de amizade, companheirismo, solidariedade e humanidade.

É possível encontrar em várias doutrinas, inúmeras espécies de família. Mas existem algumas dessas mais consolidadas no direito brasileiro.

Família Formada Pelo Casamento

Talvez o modo mais clássico da formação familiar, dentre todos os outros meios de formação.

No ato do casamento, a formação de família é pautada na comunhão constituída pelo matrimônio. Na definição de Alexandre Miranda Oliveira, Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira (2010, pag. 25):

“(...) conceituamos o casamento como sendo um contrato de família, solene e especial, entre duas pessoas, que visam a uma comunhão de vidas. E justificávamos, afirmando que é um contrato, porque nasce com a vontade das partes de constituírem uma família exigindo tal consentimento. Porém não basta tal consentimento; é necessário à sua confirmação que sejam observadas as normas e procedimentos próprios, traçados pela lei, de molde a se aperfeiçoar. Por isto mesmo, solene e especial, já que existe forma específica para celebração (...)”

UNIÃO ESTÁVEL

Segundo as palavras de Alexandre Miranda Oliveira, Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira (2010, pag. 85): “(...) tem-se que a união estável é aquela que não concorre com o casamento, ou seja, é aquela união livre de forma expressa em lei, em que um homem e uma mulher, desimpedidos para se casar (...)”.

A união estável tem seu reconhecimento pela Constituição Federal de 1988, mas apenas no ano de 1994, a Lei nº 8.971 regulou este instituto, impondo a exigência de pelo menos 5 (cinco) anos de convivência entre os companheiros ou a existência de um filho resultante da união, para que o reconhecimento fosse concedido.

Porém, no ano de 1996, foi promulgada a Lei nº 9.278, que afastou a necessidade de tempo mínimo de convivência entre os companheiros, para a declaração da união.

FAMÍLIA MONOPARENTAL

A família monoparental é aquela constituída pelo pai ou pela mãe e seus descendentes, não importando se o fato de apenas um dos pais estar presente decorrer por motivo de viuvez, separação ou apenas ser solteiro.

Essa espécie de formação familiar está descrita especificamente no art. 226, § 4º: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”.

O doutrinador Rolf MADALENO (2013, pag. 9):

Famílias monoparentais são usualmente aquelas em que um progenitor convive e é exclusivamente responsável por seus filhos biológicos ou adotivos. Tecnicamente são mencionados os núcleos monoparentais formados pelo pai ou pela mãe e seus filhos, mesmo que o outro genitor esteja vivo, ou tenha falecido, ou que seja desconhecido porque a prole provenha de uma mãe solteira, sendo bastante frequente que os filhos mantenham relação com o progenitor com o qual não vivam cotidianamente (...)

O caso que mais recorrente de família monoparental, é a mãe ou pai separados que decidem-se não terem mais uma união estável ou casamento, e convivem com seus filhos, sob sua guarda e cuidados.

É bem antigo esse instituto da família monoparental, porém durante muito tempo foi marginalizada por não considerarem como um grupo familiar formado apenas por um dos pais.

ADPF 132 E ADI 4277 – RECONHECIMENTO DO CASAL HOMOAFETIVO

Na data de 25 de fevereiro de 2008, sob autoria do Governador do Rio de Janeiro, a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) de nº132 foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal com o argumento de que direitos fundamentais constitucionalmente protegidos estavam sendo violados, tais princípios como o da dignidade da pessoa humana, princípio da isonomia e direito à liberdade.

Corroborou com tal pedido a ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) de número 4277, proposta pra Procuradoria Geral da República na data de 02 de julho de 2009 e recebida pelo Ministro Gilmar Mendes com o enfoque principal de tal propositura sendo a declaração por parte do STF para o reconhecimento da união homoafetiva também como entidade familiar.

E finalmente nas datas de 04 e 05 de maio de 2011, ocorreu a votação das respectivas ADPF e ADI, com a decisão de que seria reconhecida a união homoafetiva como equiparada à união estável entre pessoas de sexos diferentes.

Enquanto o legislativo cochila, o judiciário faz valer os princípios constitucionais da liberdade e da igualdade. O julgamento da ADPF 132 e ADI 4277 em conjunto representou a demonstração mais clara e precisa da quebra de paradigmas e significou um avanço no Direito de Família brasileiro.

O STF (Supremo Tribunal Federal) trouxe com tal julgamento conjunto, o entendimento do casal homoafetivo como entidade familiar, e por reflexo, conferindo à essa forma de união, os direitos de deveres inerentes a qualquer outra forma de entidade familiar.

Ambas as ações acima citadas foram julgadas procedentes por unanimidade, e fez-se claro que a votação, além do cunho legal, havia também o cunho social, onde o poder judiciário explicitava o apoio a luta contra o podre preconceito e a discriminação.

Houveram sim, algumas retaliações quanto à decisão proferida pelo STF, onde alguns “conservadores” (de preconceito) se diziam contra o entendimento da suprema corte, utilizando-se estes de argumentos infundados, mas mesmo com uma parcela da sociedade opondo-se à decisão, os princípios norteadores da Carta Magna se materializaram na representatividade da decisão judicial das ADPF e ADI respectivas.

Quanto ao casamento, é possível afirmar que é permitido o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo. A base jurídica para tal assertiva se encontra no art. 1726 do Código Civil de 2002, que versa: “Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.” (Lei nº 10.406 de 10/01/2002).

Vale a ressalva de que o casamento homoafetivo não necessariamente precisa passar pelo estágio da união estável para depois converter-se em casamento, mas também há a possibilidade de que o contrato de casamento seja firmado diretamente, sem a comprovação da união estável anterior.

Ou seja, o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo é sim permitido, como um efeito direto da decisão do STF. E com a resposta positiva ao questionamento, inclui-se mais uma forma de união familiar aos cuidados e proteção do art. 226 da Constituição Federal de 1988.

Uma definição mais sólida de todo o debatido até agora, fica claro que a definição de família nos modelos mais atuais, se entende como um local perfeitamente propício ao desenvolvimento da dignidade da pessoa humana que resulta em um melhor ambiente para o desenvolvimento, também a segurança de que o respeito aos direitos intrínsecos à existência serão respeitados com base nos princípios que buscam assegurar o mais completo aparato para o amolde da personalidade do indivíduo, de forma livre, pura e democrática.

Sendo assim, fica claro que a definição de família vai muito além das definições estipuladas nos códigos e legislações de qualquer que seja a entidade federativa, e cada vez mais firma-se o conceito de família, na base sólida do afeto, devendo o direito acompanhar as evoluções constantes na sociedade.

ALIENAÇÃO PARENTAL

No art. 229 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, não paginado) em sua primeira parte, é versado que “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores...”.

Sendo assim, fica claro que a Constituição Federal, nossa Magna Carta estabelece o dever dos pais de manter o zelo e se responsabilizar pela criação do filho, dando-lhes carinho, amor, afeto e educação necessária para o desenvolvimento adequado da criança e conseqüentemente, nenhuma sequela futura seja deixada nessa criança, que colherá os frutos de sua formação em sua vida adulta, transparecendo o resultado dessa somatória na sua vida em sociedade.

E quando a Magna Carta estabelece que os pais têm o dever, não exclui da responsabilidade o casal eventualmente separados ou em litígio, apenas frisa que a criança tem o direito de serem amadas e amar aos seus genitores de forma livre e pura, mesmo estando sob a guarda de apenas um deles.

Mas a maturidade e o discernimento necessário para a divisão da vida conjugal com a ligação de pai/mãe para filho, não é uma regra. Muitas vezes, como fruto de um descontentamento pelo fim de um relacionamento, um dos pais, ou até ambos, acabam sobrecarregando a criança fruto da relação, com o peso da imagem do outrora amor eterno, mas que agora tornou-se rival para a vida, tentando espelhar nessa criança o ódio e o remorso sentido pelo término.

Rodrigo da Cunha Pereira (2010, p. 75) explica que “[...] uma sutil maldade humana praticada pelos pais que não se entendem mais e usam os filhos como vingança de suas frustrações, disfarçadas de amor e cuidado”.

E em regra, assim acontece o fenômeno jurídico conhecido como a Alienação Parental.

A definição legal de Alienação Parental, foi disposta na lei 12.318/2010, em seu art. 2º:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental 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. (Lei 12.318/2010).

Definido está, e de fácil compreensão. Na sequência dos artigos da lei, foram explanados de maneira mais ampla, as ações que se enquadram, o devido processo para alcançar a aplicação da lei e as sanções passíveis de serem aplicadas nos transgressores.

No novo Código de Processo Civil também há previsões legais acerca do tema da Alienação Parental, mas há a ressalva de que a lei é recente (2015) e inclusive tem como um pilar basilar para versar sobre o tema, a própria Lei 12.318 de 2010.

As hipóteses trazidas pelo art. 2º da lei 12.318/2010 são exemplificativas, pois “tanto o conceito como as hipóteses e os sujeitos que podem incorrer na prática de alienação, não se restringindo apenas aos genitores [...]” (FREITAS, 2014, p. 35).

Sendo assim, podem haver outras maneiras de praticar a alienação parental, mesmo não estando previsto na lei.

A doutrinadora Juliana SOUZA (2014, p. 129), descreve ações recorrentes do genitor alienante, nos casos de alienação parental:

a) denigre a imagem da pessoa do outro genitor; b) organiza diversas atividades para dia de visitas, de modo a torná-las desinteressantes ou mesmo inibi-las; c) não comunica ao genitor fatos importantes relacionados à vida dos filhos (rendimento escolar, agendamento de consultas médicas, ocorrência de doenças, etc.) d) toma decisões importantes sobre a vida dos filhos, sem prévia consulta do outro cônjuge (por exemplo: escolha ou mudança de escola, de pediatra, etc.); [...] i) obriga a criança a optar entre a mãe ou o pai, ameaçando-a das consequências, caso a escolha recaia sobre o outro genitor; [...] n) sugere à criança que o outro genitor é pessoa perigosa; o) omite falsas imputações de abuso sexual, uso de drogas e álcool; p) dá em dobro ou em triplo o número de presentes que o genitor alienado dá ao filho; r) não autoriza que a criança leve para casa do genitor alienado os brinquedos e as roupas que ele mais gosta [...].

Essa prática denegrante, tem como especialidade manchar a imagem de um dos polos de uma relação parental, executado o ato de denegrir, por um terceiro personagem, que implanta ideias e falsas informações na mente do filho, neto ou qualquer vínculo existente entre o alienador, mesmo que provisório, e o menor envolvido.

A doutrinadora e ex magistrada Maria Berenice Dias (2017, mariaberenicedias.com.br), versa sobre o tema em seu site pessoal, da seguinte maneira:

Quando da ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, o sentimento de rejeição ou a raiva pela traição, surge um enorme desejo de vingança. Desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro perante os filhos. Promove verdadeira “lavagem cerebral” para comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram da forma descrita. O filho é

programado para odiar e acaba aceitando como verdadeiras as falsas memórias que lhe são implantadas.

Por vezes, um pai ou uma mãe ou até ambos, são corrompidos pelo ódio e na tentativa de vingança contra seu ex companheiro, utiliza como arma a vida de uma criança ou adolescente, cortando-lhe a possibilidade de desfrutar plenamente do convívio familiar. Esse resultado sendo fruto de ações impensadas, e que comprometem o psicológico da criança que sofre com essa prática asquerosa.

Exemplos palpáveis que podem ser descritas como típicas dessa conduta, por exemplo: “Seu pai não paga a pensão porque ele não gosta de você”, ou “Sua mãe não queria que você nascesse!”.

Consegue-se chegar ao ponto, de destruir a vida e o bom convívio de uma criança, com seu pai, mãe, avós, tudo em nome do orgulho e pelo bel prazer de “descontar” em um inocente, o ódio e a amargura guardada, as vezes por anos, resultante de um relacionamento frustrado.

Sendo tão preocupante ver que crianças e adolescentes, estavam perdendo e se desvinculando de parte importante da sua história, por razões tão fúteis como a amargura advinda de um relacionamento que “não deu certo”, um clamor foi ganhando força, exigindo que fosse criado um mecanismo específico para o combate à essa prática repudiante.

Muito debatido foi, antes que a legislação vigente no Brasil possuísse disposições específicas acerca desse tema.

Até que em 26 de agosto de 2010, a Lei 12.318 houve um grande avanço em relação ao Direito de Família, mais especificamente no combate à alienação parental.

Existia essa lacuna no direito até a criação de uma lei específica, mas não há clamor jurídico que não seja ouvido, desde que coerente. Gerou-se resultados satisfatórios quanto aos seguidos debates e discussões sobre a necessidade de legislação específica e satisfeito foi o pedido de juristas e operadores do direito com a lei 12.318/2010, sancionada pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

LEI 12.318 – LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Finalmente, no ano de 2010 entrou em vigência a Lei 12.318, que em seus artigos define de forma ampla sobre a alienação parental como uma interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida por um dos genitores, pelos avós ou por qualquer pessoa que tenha sob sua autoridade a criança afim de imputar uma repudia desse, ao seu genitor (pai ou mãe).

É necessário ressaltar que anteriormente ao ápice do combate à alienação parental (Lei 12.310), os juízes se embasavam em outros amparos legais para estabelecer sanção e determinar um critério punitivo.

Dentre os utilizados, estão o art. 227 da Constituição Federal, onde estão dispostos, de forma clara e objetiva, os deveres do Estado, da sociedade e da família em relação à criança. Outro amparo é encontrado no art. 1634, II, que versa sobre o poder dos pais de ter em sua companhia e guarda, seus respectivos filhos, e no art. 1632, dispõe que não deverá a separação ou o divórcio, alterarem as relações entre os filhos e seus pais.

Evidente que assim como em qualquer outro tema discutido em júri, os princípios norteadores do Direito devem ser presentes em todas as fases do processo. “Evidentemente, a prioridade de tramitação haverá de garantir o direito ao contraditório, que não restará violado se o juiz determinar a execução das medidas provisórias necessárias para a higidez psíquica da criança ou adolescente [...]” (MADALENO E MADALENO, 2013, p. 105).

Como se já não bastasse todos os trâmites legais a serem seguidos, citados acima, ainda há mais um empecilho ao bom funcionamento da aplicação da justiça, que se encontra na dificuldade do magistrado de identificar ao certo, casos onde ocorra a alienação parental.

Por conta dessa dificuldade, o magistrado lança mão de uma prerrogativa que lhe cabe, e incumbe à um especialista da área, seja por meio de perícia psicológica ou biopsicossocial, de acordo com o art. 4º da lei 12.318/2010.

O magistrado não tinha um respaldo tão grande judicialmente, então por vezes se privava de decisões acerca do tema, por insegurança ou até por não haver meios para prosseguir com o julgado.

As hipóteses trazidas pelo art. 2º da lei 12.318/2010 são exemplificativas, pois “tanto o conceito como as hipóteses e os sujeitos que podem incorrer na prática de alienação, não se restringindo apenas aos genitores [...]” (FREITAS, 2014, p. 35).

Sendo assim, podem haver outras maneiras de praticar a alienação parental, mesmo não estando previsto na lei.

DANOS CAUSADOS NA CRIANÇA ALIENADA

Segundo o doutrinador Madaleno, (2013, p. 53) “o modo como os pais enfrentam um processo de divórcio ou dissolução de sua união é determinante para verificar como seus filhos se comportarão no futuro [...]”.

Sendo assim, se os pais se separam e seguem sua rotina e vida com naturalidade, os filhos entenderão a situação e lidarão com o fato da separação, de maneira bem mais tranquila.

Mas se por outro lado, os pais se comportam de modo parcial, tendenciosamente expondo o aborrecimento que estão sentindo pela outra parte, isso fará com que a criança ou adolescente compartilhem esse sentimento negativo e se afastem de quem se afastou do lar, compadecendo-se a criança por quem está ao seu lado.

Talvez pela proximidade maior, essa criança veja com outros olhos quem está ao seu lado, criando um sentimento de companheirismo maior, crendo mais facilmente no exposto por quem está ao seu lado, dando margem a um pensamento correto ou também a uma versão distorcida da realidade, afinal de contas, a história será contada do ponto de vista única e exclusivamente de uma das partes da relação.

A alienação parental é uma agressão psicológica, que os pais praticam contra os filhos, por vezes inconscientemente. Pode-se equiparar esses atos dos pais, avós, ou qualquer pessoa que tenha sob sua vigilância a criança como uma espécie de “Bullying Familiar”. Define o doutrinador:

A síndrome da Alienação Parental é o Bullying Familiar ou Bullying nas Relações Familiares, pois o agressor acaba colocando o filho e o ex-cônjuge em constante estado de tensão, impingindo terrível sofrimento a ambos. É nessa trajetória que o agressor acaba fazendo duas vítimas: a criança, que é constantemente colocada sob tensão e programada para odiar o seu genitor, com um profundo sofrimento durante todo o processo, e o ex-cônjuge tendo sua imagem completamente destruída perante o filho e amargando um enorme sofrimento. (GOMES, 2013, p. 44).

Como se todo esse transtorno não lhes fosse suficiente, outro dano causado, é a perda de parte importante da sua vida, onde a criança apenas deve ser criança, e essa deixa de ser, para se juntar ao arsenal de ataque do genitor alienante na busca desenfreada de afligir o agente alienado.

Madaleno em sua doutrina de Direito de Família, diz MADALENO E MADALENO (2013, p. 54) que: “Se tornam crianças que não têm tempo para se ocupar com as preocupações próprias da idade, cuja infância lhe foi roubada pelo desatinado e egoísta genitor que o alienou de um convívio sadio e fundamental”.

Não muito diferente desse escopo em relação ao tema, versa o doutrinador Rodrigo Pereira, sobre os males que podem advir da ação delitativa da alienação parental:

O fenômeno da alienação parental traz consigo graves consequências socioemocionais aos filhos. Sentimento de baixa autoestima, insegurança, depressão, medo, afastamento de outras crianças, transtorno de personalidade são apenas alguns exemplos. O mal causado pela alienação parental aos filhos tem dimensão muito maior. (PEREIRA, 2013, p. 32).

E as consequências são sentidas pelo resto da vida tanto do alienado quanto da criança.

Talvez de uma maneira até mais incisiva na criança, pois, no caso de futuramente perceber que foi induzida a erro por um de seus genitores ou sob quem estivesse sua guarda, pois o rancor já gravado em seus sentimentos por uma das partes envolvidas, ganha a companhia de outra rusga por quem o alienou e lhe privou de viver plenamente.

SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL (SAP)

Todo o transtorno pelo qual passa a criança que sofre com a alienação parental, tem um preço a ser pago. E esse preço por vezes é bem alto, e o pior que essa conta é paga por quem não tem culpa pelos acontecimentos que resultaram nos danos.

As crianças e adolescentes que sofrem com a alienação parental, podem desenvolver uma síndrome, que o professor Richard A. Gardner do Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Columbia, em Nova York, Estados Unidos da América nomeou em 1985 como Síndrome da Alienação Parental.

Lecionava:

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. (1985, não paginado, apud Gigliano, 2017, pag. 614)

Uma das hipóteses é a Síndrome da alienação parental, que não pode ser confundida com a alienação parental, pois aquela advém dessa.

Madaleno e Madaleno (2013, p. 51) esclarece:

De acordo com a designação de Richard Gardner, existem diferenças entre a síndrome da alienação parental e apenas a alienação parental; a última pode ser fruto de uma real situação de abuso, de negligência, de maus-tratos ou de conflitos familiares ou seja, a alienação, o alijamento do genitor é justificado por suas condutas (como alcoolismo, conduta antissocial, entre outras), não devendo se confundir com os comportamentos normais, como repreender a criança por algo que ela fez, fato que na SAP é exacerbado pelo outro genitor e utilizado como munição para injúrias. Podem, ainda, as condutas do filho ser fator de alienação, como a típica fase da adolescência ou meros transtornos de conduta. Alienação é, portanto, um termo geral que define apenas o afastamento justificado de um genitor pela criança, não se tratando de uma síndrome por não haver o conjunto de sintomas que aparecem simultaneamente para uma doença específica. (Madaleno e Madaleno 2013, p. 51).

Em sua doutrina acerca do tema da síndrome da alienação parental, Xaxá (2008, p. 19) esclarece:

Alienação Parental é a desconstituição da figura parental de um dos genitores ante a criança. É uma campanha de desmoralização, de marginalização desse genitor. Manipulada com o intuito de transformar esse genitor num estranho, a criança então é motivada a afastá-lo do seu convívio. Esse processo é praticado dolosamente ou não por um agente externo, um terceiro e, não está restrito ao guardião da criança. Há casos em que a Alienação Parental é promovida pelos Avós, por exemplo, sendo perfeitamente possível que qualquer pessoa com relação parental com a criança ou não, a fomente. (XAXÁ, 2008, p. 19).

A Síndrome da Alienação Parental traz riscos para a criança. Muda suas ideias sobre o conceito de família, distorce a imagem de seus genitores e causa danos por vezes irreversíveis. Danos esses, que talvez nunca possamos mensurar, pois só a criança ou adolescente que passa por situações como essa, podem descrever, e provavelmente ainda sem exatidão, os danos e males que o bel prazer de pais descontrolados causam em suas vidas.

Não há como definir uma verdade absoluta nos resultados da alienação, pois como versa a frase de autor desconhecido, "cada cabeça uma sentença", ou seja, não há como estabelecer uma regra de resposta exata, que sempre acontecerá, mediante a ocorrência da alienação parental.

A criança ou o adolescente que sofre com tal síndrome, pode desenvolver desde uma repudia pelo genitor alienado, individualizando o sentimento negativo à uma pessoa apenas, ou aplicar a essa regra do ódio, em um grupo indeterminado de pessoas, limitando a vida da criança e prendendo-a em grilhões sentimentais, impedindo-a de viver.

DA ALIENAÇÃO PARENTAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

A fim de evitar o massivo potencial danoso aos envolvidos, desde perda de direitos constitucionais até danos psicológicos, reflexo da prática da alienação parental, o poder legislativo começou a se preocupar mais com o tema e começou a ver com outros olhos o assunto da alienação parental.

E não apenas o poder legislativo nacional passou a ter mais atenção ao assunto, no poder judiciário também houveram importantes mudanças no posicionamento e julgamento acerca do tema.

Demonstrações de amadurecimento e desenvolvimento do tema alienação parental, do ponto de vista jurídico é claro e um ótimo exemplo é o fato de que o Código Civil de 2015 trouxe em sua redação, artigos específicos acerca da alienação parental e direito de família.

Outro ponto a destacar é a mais frequente utilização do princípio do melhor interesse da criança, nas decisões judiciais de litígios familiares. A busca pela segurança jurídica é diária e não poderia ser diferente, pois quem tem seus direitos afetados por outra pessoa, deverá ter a confiança no poder punitivo no Estado, que se utiliza dos diplomas legais para embasar suas decisões e possíveis sanções aos transgressores.

DIREITO DE FAMÍLIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Como trouxe inovações o novo código de processo civil de 2015.

Em seu capítulo X, mais especificamente no título III, foi tratado o tema dos procedimentos especiais para a resolução legal da demanda processual do direito de família.

No código de processo civil anterior, não haviam especificações quanto a qualquer método especial nas ações que tratam do direito de família, mesmo sendo esse, um assunto tão sensível e que merece tanta atenção, por tratar de relações inter-humanos em suas relações afetivas no ambiente familiar.

Fernanda Tartuce (2015, pag. 10) discorre que: “O novo CPC reconhece a importância social das lides familiares e destaca um capítulo para abordá-las; trata-se de uma iniciativa pioneira, especialmente considerando a omissão dos Códigos anteriores em termos de sistematização da matéria.”

E não há dúvidas de que essa redação do novo código de processo civil é um avanço imenso, visto que o direito de família tem suas particularidades que o coloca em uma situação delicada, pois na maioria dos casos, é dentro do âmbito familiar que se desenvolve o psicológico do indivíduo, refletindo toda a informação absorvida nas demais relações que venha a desenvolver fora do círculo familiar.

Mais especificamente, no art. 699 do CPC de 2015 (Código de Processo Civil) é vislumbrado que: “Quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista.”

Este artigo respeita o que vem disposto no art. 5º, “*caput*” da Lei 12.318 de 2010 (Lei da Alienação Parental), que versa: “Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.”

Esta necessidade de um especialista estar presente para a oitiva do depoimento do incapaz é recente, pois anteriormente ao código, era facultativo o requerimento do juiz de um especialista na área.

Porém, a palavra “deverá”, presente na segunda metade do art. 699 do código de processo civil fechou as portas para a livre expressão de vontade do magistrado quanto a necessidade de um especialista acompanhá-lo e dar-lhe suporte indispensável, sem o qual teria uma margem tão grande de decidir o melhor, do ponto de vista jurídico, para todas as partes envolvidas.

Corroborando com o afirmado no art. 699, o disposto no art. 694, “*caput*”, também do código de processo civil, legislando que: “Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.”

É um avanço significativo na busca pela resolução do conflito legal, da maneira menos gravosa possível, pois passou a munir o magistrado de meios mais efetivos na resolução da lide.

Porém, há que se ressaltar que o magistrado não está condicionado ao laudo profissional que o auxilia no processo, pois o princípio do livre convencimento motivado, que rege o direito processual não perde sua eficácia.

Não pode o magistrado, porém, olvidar-se do princípio do melhor interesse da criança, cabendo ao juiz, o trabalho de dosar, mediante suas convicções baseadas no decorrer do processo, a aplicação mais próxima do perfeito de cada um desses dois institutos, que são os princípios do livre convencimento motivado e o princípio do melhor interesse da criança.

PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O princípio do melhor interesse da criança é um dos princípios norteadores do magistrado, no momento de proferir decisão acerca de uma lide que envolva uma criança ou adolescente.

O referido princípio deu seus primeiros passos no ordenamento jurídico brasileiro a partir da adoção da Declaração dos Direitos da Criança pela Assembleia das Nações Unidas em 20 de novembro de 1959 e ratificada no Brasil, seguindo a exigência legal.

Então, seguindo as diretrizes da Declaração dos Direitos da Criança e do Adolescente, no Brasil criou um aparato legal, o qual concede à criança um papel importante dentro da família "que deixou de ocupar o papel de apenas parte integrante do complexo familiar para ser mais um membro individualizado da família humana." Barboza (2000, p. 203).

Extraí-se esse princípio de dois diplomas legais, sendo eles a Constituição Federal (1988, não paginado), em seu art. 227:

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

E também dos artigos 3º, 4º e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA):

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.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Tal princípio não está expresso em nenhum diploma legal no ordenamento jurídico brasileiro, sendo um princípio doutrinário e jurisprudencial, mas sua aplicação ocorre com frequência no plano fático.

Porém possui um significado aberto e mutável, uma vez que é uma variante que se adapta em diferentes padrões, necessitando de uma análise caso a caso para a aferição do que é a melhor escolha a ser feita em defesa da criança ou do adolescente.

Isso porque, as variações culturais, sociais e até psicológicas, de cada criança, variam entre si, causando a sensibilidade do magistrado de caso a caso ir adequando o princípio à realidade.

O princípio do melhor interesse da criança desempenha papel fundamental na seara jurídica brasileira, guiando decisões legais, dando vazo á diplomas legais a fim seguir por um caminho mais vantajoso ao menor e traz o alento de que há um respaldo legal que norteia o direito, dando voz e representando o menor, concedendo-lhe o que é seu, o direito de ser criança.

O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA COMO MEIO IMPEDITIVO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Com o interesse de compelir a prática da alienação parental, o poder judiciário encontrou no instituto da guarda compartilhada, um meio impeditivo de satisfatória eficácia.

Os diplomas legais tem em suas descrições, como deve agir o magistrado na hipótese da prática criminosa da alienação parental, mas não prevê expressamente um meio efetivo com fim a impedir que tal fato.

Com tal impasse em mãos, o poder judiciário em comunhão com doutrinadores, passou a julgar e estabelecer a guarda compartilhada como um bom meio de coibir os intentos de alienação da criança, encontrando base para a definição de guarda compartilhada como regra, na lei nº 11.618 de junho de 2008 que deu nova redação à artigos do Código Civil de 2002 e estipulou a guarda compartilhada como a regra em casos de litígio e desacordo acerca da guarda da criança.

A guarda compartilhada existe com o fim de compreender o bem dos filhos, que tem o direito de desfrutar do carinho, afeto, amor e ter o papel paterno e materno, não devendo ser apenas alvo de uma disputa judicial e por vezes de ego, como se fosse um objeto inanimado e desprovido de sentimentos.

Pode-se então, dizer que a guarda compartilhada pode ser uma aliada muito efetiva na luta contra a alienação parental, por aproximar e fortalecer os laços entre pai/mãe e filho(s), preenchendo brechas que poderiam ser preenchidas com sentimentos negativos da criança para com seu genitor alienado.

Evidente que todo esse desdobramento e busca por seguir o princípio do melhor interesse da criança, por meio de soluções pensadas e a busca pelo não óbvio a fim de compreender o ser humano e proteger o menor incapaz, seria bem menos complexo se os genitores entendessem que talvez a maior responsabilidade que um pai traz consigo é o dever de amar seu filho, olvidando-se de qualquer outra nuance que lhe cause um sentimento contrário a esse, principalmente nos casos em que a criança não tem dedução alguma nas mazelas que assolam a vida dos pais.

Afinal de contas, a utilização do instituto da guarda compartilhada da criança, nada mais é que uma tentativa do judiciário e do legislativo de aproximar a criança dos laços de onde nunca deveria ter se afastado, sendo esses, os laços do amor familiar.

CONCLUSÃO

A família exerceu variadas funções durante todo o histórico de sua existência. Passou por diversas mutações, principalmente em relação a sua formação e por quem fez parte desse importante grupo social.

Historicamente a família teve um domínio patriarcal durante a maior parte da existência deste instituto, inclusive no Brasil. Porém com a ascensão da luta por igualdade da mulher e a valorização dos direitos das crianças, todo o poder exacerbado que era conferido ao patriarca familiar, foi se esvaindo e dando lugar a uma imagem de família mas igualitária, se vista do escopo de deveres e direitos e muito mais equilibrada, fundando-se esta nos pilares do afeto e laços sentimentais entre os participantes em comum de um grupo familiar.

Tais direitos foram concretizados principalmente na Constituição Federal de 1988, que estabeleceu o princípio da igualdade, dando paridade em direitos e deveres entre os inclusos no grupo familiar. E a Constituição Federal serviu como mola propulsora para daí em diante, meios específicos de guarda de direitos intrínsecos ao direito de família fossem, por parte do legislador, sendo criados e postos em prática.

E como a legislação necessita estar sempre contemporânea aos fatos que possam tolir o pleno direito de um indivíduo, a Lei 12.318 de 2010 que versa sobre a Alienação Parental veio suprir uma lacuna legal que existia e que dava margem a prática criminosa que trazia incontáveis transtornos à criança e um imensurável dano ao genitor alienado.

Mas não restringem-se os meios protetivos dos direitos individuais do alienado, apenas à Lei de Alienação Parental. O Estatuto da Criança e do Adolescente passou a ter um importante papel na luta contra essa prática ilegal da alienação, pois completaram-se os diplomas legais formando um elo entre o princípio do “Melhor interesse da Criança” defeso do Estatuto da Criança e do Adolescente e a tipificação legal da Alienação Parental da Lei 12.318/10.

Essa prática criminosa não é recente e ocorre desde muito tempo. Mas a criação da lei, foi como uma resposta do legislador a necessidade do reconhecimento da ilegalidade que ocorria sob seus olhos e a demonstração de que há a tentativa de coibir e diminuir possíveis sequelas que a alienação parental pode trazer à criança.

Incrível pensar que a prática da alienação parental, que tem um potencial tão gravoso ao psicológico da criança envolvida, decorre de desarranjos emocionais do próprio alienador, que não soube lidar bem com o término de um relacionamento ou alimenta alguma rusga em detrimento do genitor da criança, e acaba transformando uma vida inocente e um caráter em formação, como massa de manobra no qual o único intuito é infligir no alvo da alienação, no caso o genitor alienado, danos correspondentes ao tamanho do sentimento negativo que carrega consigo o alienador.

E como mais uma tentativa de coibir a prática, o poder judiciário tem estipulado nas ações de guarda, a guarda compartilhada, buscando estreitar os laços entre os genitores e sua prole, buscando assim criar uma barreira solidificada pelo afeto e que consiga isolar ao máximo a criança ou adolescente, das mazelas causadas pela alienação parental.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, R. B.; RODRIGUES JÚNIOR, W. E. Direito civil: famílias. 2º Ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: A família na travessia do milênio. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000. p. 201-213.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988, p.1, anexo Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 27 Nov. 2018
- BRASIL. [Estatuto da criança e do adolescente (1990)]. Estatuto da criança e do adolescente [recurso eletrônico]: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, e legislação correlata. 13ª. ed., Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 24/04/2019
- BUOSI, C. C. F. Alienação parental: uma interface do direito e da psicologia. Curitiba: Juruá, 2012.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito Civil: Direito de Família. www.mariaberenice.com.br
- DIAS, M. B. Homoafetividade – o que diz a Justiça! As pioneiras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos às uniões homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- DINIZ, M. H. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. 19.ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002) e o Projeto de Lei 6.960/2002). São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Direito de família. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, v. 5. 2007.
- FREITAS, Douglas Phillips. Alienação parental: comentários à lei 12.318/2010. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 165 p.
- GOMES, J. L. P. Síndrome da Alienação Parental – O Bullying Familiar. Leme/SP: Imperium Editora e Distribuidora de Livros, 2013.
- LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 7ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MENDONÇA, Martha. Filhos: amar é compartilhar. In: VITORINO, Daniela; MINAS, Alan (Org.). A morte inventada: alienação parental em ensaios e vozes. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 109-114.
- OLIVEIRA, A.; ORTEGA, A.; MOLOGNI, M. Normas e padrões para trabalhos acadêmicos e científicos da Unoeste. 3. ed. eletr. ampl. Presidente Prudente: Unoeste – Universidade do Oeste Paulista. 2018.
- PALERMO, Roberta. Ex-marido, pai presente: dicas para não cair na armadilha da alienação parental. São Paulo: Mescla, 2012.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Alienação parental, novo CPC e o Ministério Público. Revista Consultor Jurídico, 15 de maio de 2016. Disponível em Acesso em: 20 Abr. 2019
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Alienação Parental: uma inversão da relação sujeito e objeto. In: DIAS, Maria Berenice (Org.) Incesto e Alienação Parental de Acordo com a Lei 12.318/2010. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Richard A. Gardner, O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de síndrome de alienação parental (SAP)? Disponível em: <<http://www.mediacaoparental.org>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de família: de acordo com a Lei 10.406, de 10.01.2002. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOUZA, Juliana Rodrigues de. Alienação parental: sob a perspectiva do direito à convivência familiar. Leme: Mundo Jurídico, 2018.

TARTUCE, Fernanda. Possibilidade de diversas sessões consensuais no juízo familiar. Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família. 19. ed., fev./mar. 2015.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; OLIVEIRA, Alexandre Miranda. Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. 2 ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2010.

TRINDADE, Jorge. Síndrome da Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice (Org.) Incesto e Alienação Parental de acordo com a Lei 12.318/2010. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: direito de família. v. 6. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. Direito civil. 4. Ed. São Paulo: Atlas S.A., 2004.

ANÁLISE SUCINTA DAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS AMBIENTAIS ADVINDAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Gabriela Dias de Oliveira, Fábio Ferreira Morong

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: gaby.dias.oliveira@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo, objetiva efetuar uma breve análise sobre as características gerais da relação entre a ação civil pública e o Novo Código de Processo Civil, partindo do pressuposto específico do Direito Ambiental. Ademais, tem como escopo a revisão dos principais conceitos teóricos que caracterizam a citada relação, demonstrando as consequências advindas da Lei nº 13.105/2015 no âmbito de tais ações no Direito Ambiental, de forma a compreender as posições doutrinárias e jurisprudenciais recentes. O método utilizado foi o dedutivo legal, aplicando-se a interpretação da legislação e doutrina. Conclui-se, que apesar de algumas inconsistências de ordem material e processual, o Novo Código de Processo Civil, continua a desempenhar uma fundamental importância, atuando como norma subsidiária às Ações Civis Públicas na proteção ao meio ambiente. Assim, em que pese necessite de melhoras em relação a determinados critérios técnicos processuais, o referido Código proporcionou relevantes consequências positivas em sede de ação civil pública, especialmente no tocante a adequação de suas normas ao microsistema processual inerente à Ação Civil Pública ambiental.

Palavras-chave: Ação Civil Pública; Novo Código de Processo Civil; alterações; Direito Ambiental

BRIEF ANALYSIS OF MAJOR CHANGES IN ENVIRONMENTAL PUBLIC CIVIL ACTIONS ADDED TO THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

ABSTRACT

This article aims to make a brief analysis of the general characteristics of the relationship between public civil action and the New Code of Civil Procedure, based on the specific assumption of Environmental Law. In addition, its scope is to review the main theoretical concepts that characterize this relationship, demonstrating the consequences arising from Law No. 13.105 / 2015 within the scope of such actions in Environmental Law, in order to understand the recent doctrinal and jurisprudential positions. The method used was the legal deduction, applying the interpretation of legislation and doctrine. It is concluded that, despite some material and procedural inconsistencies, the New Code of Civil Procedure continues to play a fundamental role, acting as a subsidiary rule to Public Civil Actions in protecting the environment. Thus, in spite of the need for improvements in relation to certain procedural technical criteria, the referred Code provided relevant positive consequences in public civil action, especially regarding the adequacy of its rules to the procedural microsystem inherent to environmental Public Civil Action.

Keywords: Public Civil Action; New Code of Civil Procedure; changes; Environmental Law

INTRODUÇÃO

Diante de tais alterações advindas do Novo Código de Processo Civil em vigor desde 18 de março de 2016, várias mudanças passaram a vigorar,

Trazendo ao microsistema processual civil ambiental brasileiro uma nova forma de lidar com os novos problemas que percorriam a esfera processual, especialmente no que se refere às Ações Civis Públicas Ambientais.

A reflexão sobre o tema é fundamental, uma vez que o microsistema civil ambiental proporciona a efetivação da tutela ambiental, garantindo facilidades no acesso à justiça, economia processual, diminuição nas decisões judiciais conflitantes e ampla tutela dos interesses ambientais.

O presente trabalho busca apontar e efetuar uma análise perfunctória das alterações/ inovações trazidas à Ação Civil Pública Ambiental com o advento do Novo Código de Processo Civil. Desta feita, tem como finalidade o estudo das particularidades do microsistema processual civil ambiental, pontuando as alterações ocorridas nas Ações Cíveis Públicas Ambientais, após a implantação do Novo Código de Processo Civil Brasileiro.

METODOLOGIA

O desenvolvimento deste artigo foi efetivado através de leituras da legislação nacional, jurisprudências pertinentes e doutrinas relevantes. A partir dos dados coletados de livros, artigos de revistas especializadas, jurisprudências, os mesmos serão sistematizados segundo os objetivos propostos, para então obter-se a produção científica correspondente.

O método aplicado neste trabalho é o método dedutivo, que parte de uma generalização para uma questão particularizada. Segundo Gil (2008), este método de pesquisa parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões em virtude unicamente de sua lógica. É o método proposto pelos racionalistas, segundo os quais só a razão é capaz de levar ao conhecimento verdadeiro, que decorre de princípios a priori evidentes e irrecusáveis.

BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA A RESPEITO DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO AMBIENTAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS RELACIONADOS À AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O meio ambiente equilibrado está incluso nos direitos fundamentais previstos no texto constitucional de 1988. Tanto que em seu artigo 225 a carta *magna* (BRASIL, 1988), ressalta o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Ao longo da história da humanidade os direitos fundamentais sofreram transformações no que se refere ao seu conteúdo, titularidade e eficácia. E a doutrina costuma dividi-lo em quatro gerações. Incluem-se nos direitos de primeira geração os concernentes à liberdade, que surgiram entre os séculos XVII e XVIII, e compreendem direitos civis e políticos inerentes ao ser humano, com o objetivo de defesa destes quanto às ingerências do governo.

Logo após a Segunda Guerra Mundial, no século XIX, através da influência socialista, surgem os direitos sociais, que buscavam uma igualdade material entre os cidadãos, chamados de direitos de segunda geração. A partir do século XX, com o amadurecimento de valores da sociedade nascem os direitos de terceira geração, compreendendo os direitos coletivos e difusos, que de acordo com Cunha (2012), apresentam como principal característica o fato de não se concentrarem no homem em sua individualidade, mas sim na coletividade.

A concepção do direito ambiental como um direito fundamental previsto na Constituição Federal, gerou a necessidade de uma tutela efetiva para o meio ambiente, uma vez que o desenvolvimento da sociedade gerou grave desequilíbrio ecológico. Assim, foram criadas normas protetivas ao meio ambiente em todo o globo terrestre, incluindo-se o Brasil, que possui uma das legislações mais completas na área ambiental.

Contudo, a fim de se atingir resultados concretos na tutela do meio ambiente, um moderno sistema processual se faz necessário. Com este intuito, no Brasil adotou-se a utilização de um microsistema processual ambiental, integrando a Constituição Federal, com a lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) e com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), aplicando-se subsidiariamente a estes o Código de Processo Civil.

Em sua obra, Antunes (2010) destaca que:

Os diplomas legais mais importantes para que o cidadão possa exercer o controle da correta aplicação das leis de proteção ambiental são, sem dúvida, a ação popular, a ação civil pública e a própria lei de improbidade administrativa. Essas ações judiciais, especialmente a ação civil pública, têm possibilitado que o povo questione as autoridades perante uma Corte de Justiça.

A Ação Civil Pública é utilizada para tutelar os interesses protegidos pela norma processual constitucional, aqui destacada o meio ambiente ecologicamente equilibrado, e somente pode ser proposta por algumas pessoas jurídicas, previstas no artigo 5º da Lei 7.347/85, bem como pelo Ministério Público, conforme artigo 129, inciso III, da Constituição Federal.

Segundo Dinamarco (2001):

A ação civil pública tem grande relevância para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, diante de sua vocação inata de proteger um número grande de pessoas mediante um único processo. Ela simultaneamente contribui para a eliminação da litigiosidade contida e para o desafogamento da máquina judiciária, mediante a eliminação de inúmeros processos individuais. É ainda um meio de dar efetividade ao princípio da igualdade entre as pessoas, na medida em que evita a loteria judiciária gerada pela diversidade de entendimentos jurisprudenciais sobre a mesma matéria".

As alterações no sistema processual civil brasileiro ocorridas com a implantação do Novo Código de Processo Civil em 18 de março de 2016, acarretaram mudanças no microssistema processual ambiental, uma vez que o Código de Processo Civil é aplicado subsidiariamente à Constituição Federal e às normas infraconstitucionais de direito coletivo, especialmente, a Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor, para a efetivação da tutela ambiental.

ASPECTOS GERAIS SOBRE A PROTEÇÃO JURÍDICA AMBIENTAL

A principal função do direito ambiental é defender e preservar meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme dispõe o artigo 225 da Constituição Federal. A Carta Magna, incumbe tanto o Poder Público quanto à própria coletividade, além da preservação a correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental (artigo 14, "caput", da Lei 6.938/81).

Segundo Morong (2014), as ações humanas sobre o meio ambiente afetaram a evolução da terra e seus ciclos naturais, tendo como resultado um grande desequilíbrio ecológico. Assim, a legislação nacional prevê que os transgressores, independentes de culpa, deverão indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, para tanto deverá ser proposta uma ação cível, de acordo com o artigo 14, § 1º, da Lei 6.938/81.

Nessa esteira, importante salientar que o Direito Ambiental consiste, sucintamente, no conjunto de normas jurídicas que visam proporcionar um meio ambiente equilibrado ecologicamente e que garanta qualidade de vida e dignidade humana. Diante de tal patamar, diversos são os conflitos que consubstanciarão lides e ensejarão a intervenção judicial. Porém, é certo que a experiência forense evidencia uma intensa discussão sobre o direito ambiental, por meio das ações coletivas ou ações civis públicas.

Em sede de jurisdição civil, existem dois sistemas de tutela processual: o Código de Processo Civil aplicável às lides individuais e o microssistema processual coletivo, destinado à tutela coletiva (RODRIGUES, 2015).

As particularidades da tutela judicial dos direitos difusos requerem regras processuais próprias. Para tanto é utilizado o microssistema processual coletivo, constituído formado pela interação entre a Constituição Federal, a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, aplicando-lhes subsidiariamente o Código de Processo Civil.

A Ação Civil Pública é um dos principais meios judiciais de proteção ambiental, sendo que são legitimadas para propor este tipo de ação, somente às pessoas jurídicas elencadas no artigo 5º, da Lei 7.347/85. Segundo Antunes (2010), dentre os bens jurídicos tutelados pela lei da Ação Civil Pública, o meio ambiente é o que merece melhor destaque e o que permite a maior ampliação do instrumento processual em análise.

O processo, como instrumento de direito material, só se legitima se for hábil ao fim a que se propuser. Levando-se em consideração que preferencialmente deve-se visar à preservação do meio ambiente, evitando danos a ele, ao invés de apenas uma indenização em pecúnia ao final do processo, uma da medida processual pode ser destacada, qual seja, a antecipação de tutela.

Dantas ensina que (2004):

As novas regras estabelecidas em sede de antecipação de tutela, por força da Lei n. 10.444/02, são aplicáveis, subsidiariamente, à ação civil pública ambiental, nas hipóteses em que a medida não tenha sido concedida *in initio*. É que, havendo disciplina própria

no tocante ao tema, no sistema coletivo (Lei n. 7.347/85, art. 12 e Lei n. 8.078/90, art. 84, § 3o), deve ser prestigiada a sua utilização e, somente no caso da concessão da medida se dar a posteriori, é que seria de se recorrer à disciplina normativa do CPC. Nestas situações, portanto, inteiramente aplicáveis revelam-se as novas normas dos §§ 3º, 6º e 7º do art. 273 do CPC ao sistema da ação civil pública em matéria de defesa do meio ambiente.

Com efeito, a ação civil pública ambiental constitui verdadeiro instrumento processual democrático, sendo um dos mais eficazes instrumentos de repressão às práticas predatórias ao meio ambiente e, em específico à fauna silvestre, bem ambiental de suma importância e de impacto determinante e peculiar dentro de nosso ecossistema. (MARQUES, 2012).

Existe sempre, como se costuma observar na doutrina do Direito Processual, a necessidade de plena aderência do processo às características e às necessidades do direito material a ser protegido (DINAMARCO, 2016), que, no caso ora examinado, se destina à efetiva proteção do meio ambiente.

Por essa razão, a aplicação das normas do novo CPC ao processo coletivo ambiental só pode ter lugar para aperfeiçoar a disciplina do processo coletivo ambiental, como instrumento de tutela do Direito Ambiental e de proteção do meio ambiente; nunca para enfraquecer esse microsistema de processo coletivo. Essa é a premissa fundamental na matéria. (MIRRA, 2017).

Assim, a proteção jurídica ambiental está totalmente integrada à harmonia entre a disciplina processual civil e a lei que instituiu a Ação Civil Pública.

ANÁLISE SUCINTA DAS ALTERAÇÕES REFERENTES ÀS TUTELAS DE URGÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (NCPC)

Diante das alterações ocorridas no Código de Processo Civil em 2002, surgiram modelos de tutelas de urgência mais benéficos para os conflitos em massa do que os contidos na Lei 7.347/85, em seus artigos 4º e 12, que portanto, devem ser aplicados no que couber às Ações Cíveis Públicas.

Segundo Rodrigues (2015), pode-se resumir da seguinte forma:

As tutelas de urgência relativas à ação civil pública podem ser buscadas em “ação cautelar” autônoma, sem a aptidão de produzir coisa julgada (art. 4º) ou incidentalmente à demanda principal (art. 12). Podem ser elas tanto antecipatórias quanto cautelares, aplicando-se plenamente a fungibilidade (art. 273, § 7º, do CPC). Podem ser concedidas, independente da urgência, quando configurado comportamento abusivo ou protelatório do réu, ou a incontrovérsia parcial do pedido (CPC, art. 273, II e § 6º). Sua efetivação obedece ao princípio da atipicidade de meios, cabendo ao magistrado encontrar as técnicas, requeridas ou não, que melhor possam servir à concretização daqueles comandos.

Estas regras de antecipação de tutela acima descritas, estavam previstas no Código de 1973, com as devidas alterações efetuadas pela Lei nº 10.444/02. Acontece que, encontra-se em vigor no ordenamento jurídico nacional o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

Em sua obra Caputo (2015) compara os artigos anteriormente citados no Código de Processo Civil de 1973 com os atualmente vigentes da seguinte forma:

Tabela 1. Comparação entre o CPC 1973 e o NCPC 2015

CPC 1973	CPC 2015
Art. 273. ... § 3o A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4o e 5o , e 461-A. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)	Art. 297. ... Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber. Art. 519. Aplicam-se as disposições relativas ao cumprimento da sentença, provisório ou definitivo, e à liquidação, no que couber, às decisões que concederem tutela provisória.
Art. 273. ... § 6o A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Incluído pela Lei nº 10.444, de	Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I – mostrar-se incontroverso; ...

7.5.2002)	
Art. 273. ... § 7o 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. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002).	Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

A regra da fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada, então previstas no art. 273, §7º, do CPC de 1973, e não aparece da mesma forma no novel diploma (Cunha, 2015). Para Rodrigues (2015), trata-se da possibilidade de que seja deferida medida cautelar ainda que o autor da demanda haja requerido a prestação de tutela antecipada.

A possibilidade de aplicação da referida fungibilidade, por certo, trouxe um evidente esvaziamento do processo cautelar ambiental. (DANTAS, 2010).

No NCPC, o Magistrado deve analisar a natureza da tutela de urgência requerida, a fim de adequar o pedido de tutela cautelar ou antecipada ao procedimento (antecedente) cabível: cautelar (arts. 305 a 310) ou antecipatório (arts. 303 e 304) (CUNHA, 2015).

O Código de Processo Civil é aplicável às ações civis públicas ambientais no tocante ao sistema de recursos, cabendo ao juiz conferir efeito suspensivo, visando evitar danos irreparáveis (artigo 14, da LACP).

Quanto aos recursos disciplinados no Novo Código de Processo Civil, diz Aprigliano (2015):

O CPC/2015 não inovou de forma relevante em relação ao cabimento dos recursos, com a única ressalva do agravo de instrumento, como será visto. Em termos nominiais, o único recurso extinto é o dos embargos infringentes, que foi transformado em técnica de julgamento das apelações julgadas por maioria e que, em termos práticos, representa, na verdade, uma ampliação da sua aplicação, comparativamente ao regime do CPC/1973. O recurso de agravo foi mais bem explicitado e, por isso, dividido em três tipos. O *agravo de instrumento*, como modalidade de recurso cabível de forma imediata contra certas e específicas decisões interlocutórias (art. 1.015). O *agravo interno*, cabível contra as decisões monocráticas do relator, no âmbito dos tribunais. Por fim, o *agravo em recurso especial ou extraordinário*, meio cabível para impugnar a decisão do relator que, nos Tribunais Superiores, negar seguimento aos recursos especiais e extraordinários.

Portando, a funcionalidade da ação civil pública ambiental qualifica-a como um dos mais importantes instrumentos processuais destinados à efetiva e eficiente proteção ao meio ambiente, sendo as tutelas um modo de exercê-la. Tal mudança gerou discussões entre doutrinadores atuais, pois tornou menos rígido os elementos que são exigidos para a antecipação da tutela, contudo, passou a exigir expressamente toque meritório do pedido inicial para as tutelas cautelares, sendo desrazoável segundo alguns.

BREVES CONSIDERAÇÕES ESPECÍFICAS ACERCA DA LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM E INTERESSE DE AGIR NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL - EM ESPECIAL, O RELEVANTE PAPEL DESEMPENHADO PELA DEFENSORIA PÚBLICA

Com o Novo Código de Processo Civil, parece ter havido expressa supressão da possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, permanecendo assim, somente a legitimidade ad causam e o interesse de agir. A legitimidade ativa ad causam e o interesse de agir afiguram-se condições da ação, dentro de uma perspectiva onde se adotou a teoria do trinômio (pressupostos processuais, condições da ação e mérito).

Existem doutrinadores que defendem o desaparecimento das condições da ação no Novo Código de Processo Civil, propugnando pela existência tão somente de pressupostos processuais e mérito. Segundo Didier (2014), a legitimidade ad causam e o interesse de agir passariam a fazer parte dos pressupostos processuais.

Já Cunha (2014), entende que as condições da ação como categoria autônoma deixaria de existir com o texto projetado, sendo que a legitimidade ordinária da parte estaria relacionada ao mérito (procedência ou improcedência do pedido), e a legitimidade extraordinária da parte, juntamente com o interesse de agir, integrariam os pressupostos processuais.

A legitimidade para agir, segundo clássica doutrina de Armelin (1979), seria uma qualidade jurídica que se agrega à parte no processo, emergente de uma situação processual legitimante e ensejadora do exercício regular do direito de ação, se presentes as demais condições da ação e pressupostos processuais, com o pronunciamento judicial sobre o mérito do processo.

No tocante a referida condição da ação, em se tratando da tutela de interesses difusos (p. ex., meio ambiente), Mancuso (2013) define como:

Questão premonitória a ser enfrentada, quando se trata da legitimação para agir em tema de interesses difusos, é a do questionamento acerca da própria autonomia daquela categoria processual, em face do interesse de agir. É que, segundo certos autores, a legitimação para agir corresponde ao aspecto pessoal e direto do interesse de agir, e, assim, estaria ela, em verdade, subsumida na compreensão desta última categoria.

Ainda segundo o mesmo autor, a origem dessa relação entre legitimidade e interesse, advém do fato de que a primeira, embora seja uma categoria processual, esgota seu conteúdo a partir da situação jurídica de direito material que lhe é subjacente. Destarte, a lei processual credencia os colegitimados ativos para a ação civil pública, como por exemplo, em matéria ambiental, nos termos do artigo 5º da Lei 7.347/1985; mas é o direito material que define o que seja o meio ambiente, em sua vertente naturalística, prevista no art. 3º, I da Lei 6.938/1981.

Ainda tratando-se de legitimidade, pode ser classificada em ordinária ou extraordinária, essa última, ainda, em subordinada ou autônoma, sendo a autônoma (exclusiva ou concorrente – essa última modalidade em primária ou secundária). É ordinária a legitimidade quando há coincidência entre as partes da relação de direito material e de direito processual. Extraordinária, por sua vez, quando ausente tal coincidência.

De acordo com Medina e Wambier (2013), nas ações coletivas, inexistente identidade entre o titular do direito material e o legitimado para agir em juízo, razão pela qual se poderia afirmar, sob certo ponto de vista, que, no caso, se estaria diante de legitimidade 'extraordinária', (especialmente em se tratando de ação relativa a direitos individuais homogêneos). A utilização da expressão 'legitimidade extraordinária', no caso, só não é precisa porque, em se tratando de ações coletivas, o que ocorre normalmente é a ausência de coincidência entre a legitimidade para a causa e o titular do direito material. Assim, a ausência de tal coincidência é que ordinariamente acontece em situações desse gênero.

Em específico à matéria ambiental no que tange à legitimidade ativa ad causam, Dantas (2006) descreve:

A tese é bastante plausível. Com efeito, examinando-se a literalidade do art. 6º, do CPC, não se encontram dificuldades para justificar a legitimação extraordinária nas ações coletivas ambientais, onde se tem exatamente um autor (o legitimado ativo), que, autorizado por lei, vai a juízo em seu nome próprio, defender direito alheio (no caso, da coletividade como um todo ou da categoria/classe).

Na interpretação de Alvim (2014), aparece outra diferença, pois no processo clássico, de índole individualista, o substituto arca com todos os ônus processuais, mas o mesmo não ocorre nas ações coletivas, por força do que estabelecem os artigos 18, da LACP, e 87, do CDC.

Todavia, deve ficar evidente que, nas ações coletivas para a defesa de direito metaindividuais, o eixo de análise deixa de ser a titularidade do direito material e passa a ser o reconhecimento da representação adequada, no processo, para proteger e tutelar esses direitos.

Por sua vez, a Lei n. 11.448, de 2007, acrescentou ao rol de legitimados a Defensoria Pública, possibilitando à instituição a defesa dos interesses coletivos, individuais homogêneos e nos interesses difusos, em especial, o do meio ambiente (BRASIL, 2007).

Segundo os doutrinadores Didier e Zaneti (2014):

É triste, para dizer o mínimo, ler, na petição inicial da ADI n. 3943, que a legitimação dada à Defensoria Pública 'afeta diretamente' as atribuições do Ministério Público. O Supremo Tribunal Federal deveria se provocar para resolver outros tipos de questão. O curioso é que não consta que a mesma CONAMP tenha alegado a não-recepção pela Constituição dos velhos dispositivos da Lei de Ação Civil Pública, que conferem a órgãos despersonalizados e a associações privadas; não estariam eles 'afetando diretamente' as atribuições do Ministério Público?.

Aqueles que entendem ser a Defensoria Pública desprovida de legitimidade ativa ad causam para a propositura da ação civil pública, no que concerne à defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, partem da premissa de que a finalidade seria apenas e tão somente a salvaguarda dos direitos e interesses dos necessitados (desprovidos de recursos econômico-financeiros), tal qual desenhado na legislação, e, com interpretação restritiva. (ZAVASCKI, 2014).

Destarte, Dantas (2010) coloca em pauta até que ponto a Defensoria Pública poderá atuar na defesa de direitos da coletividade, especialmente quando os mesmos forem indivisíveis, hipótese em que a tutela pretendida poderá beneficiar, simultaneamente, necessitados e não-necessitados.

Portanto, em matéria de defesa do meio ambiente, não há dúvidas que tal fato ocorrerá, especialmente considerando que o bem tutelado se apresenta sob a forma de direito difuso, atinente, portanto, à coletividade como um todo. Deste modo, é praticamente impossível separar os beneficiados por uma prestação jurisdicional de procedência de uma ação civil pública ambiental promovida pela Defensoria Pública (como de resto, por qualquer legitimado), de modo a que somente os necessitados pudessem ser atingidos pelos efeitos da sentença.

BREVE ANÁLISE AO DIREITO ESSENCIAL À FUNDAMENTAÇÃO POR DECISÕES AMBIENTAIS ÍNTEGRAS E COERENTES - ART. 489, § 1º, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Novo Código de Processo Civil traz relevante inovação paradigmática, ao traçar roteiro preciso e denso (vinculativo e exemplificativo - ex vi do art. 489, § 1º) em relação à fundamentação da decisão judicial (vincula o juiz ao dever de fundamentação, desenhando hipóteses exemplificativas). (BRASIL, 2015).

Em específico tópico, o legislador trouxe o dever do magistrado em fundamentar e não motivar as suas decisões, isso, sem sombra de dúvida, irá propiciar o aumento da eficiência do ato decisório, que, aliás, somente será legítimo se abrigar a participação dos partícipes do processo, seja ele individual ou coletivo, s.m.j. (NUNES, 2013).

Além disso, a redução da fundamentação das decisões à mera motivação pelo magistrado, poderia tão somente reforçar, mais uma vez, a velha tese do 'livre convencimento' do juiz, que, sob o argumento de decidir conforme a sua própria consciência, colocaria em risco não apenas a validade, mas a eficiência e legitimidade da decisão. (HUMBERTO, DIERLE, FRANCO, QUINAUD, 2015).

Dessa forma, conclui-se que tal problema se agrava ainda mais, em se tratando de demandas coletivas, em especial aquelas inerentes à defesa do meio ambiente (interesse difuso), já que o meio ambiente equivale à própria vida. Por isso, quanto mais profunda e densa a fundamentação utilizada pelo juiz em suas decisões em prol do meio ambiente, mais eficiente será a tutela dos bens ambientais finitos, que, à evidência, garantem a sobrevivência de todos.

DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO COLETIVO AMBIENTAL NO NOVO CPC

O processo coletivo ambiental, como se sabe, é o instrumento por excelência de acesso à Justiça em tema de meio ambiente, por intermédio do qual se permite à sociedade obter a proteção da qualidade ambiental pela via do exercício da jurisdição. Daí por que é importante analisar quais as repercussões do novo Código de Processo Civil sobre as ações coletivas ambientais. (MIRRA, 2017).

Ademais, como já visto anteriormente, o novo CPC tem aplicação supletiva e subsidiária no processo coletivo ambiental, sendo supletiva quando não há no microsistema do processo coletivo disciplina para a matéria, e subsidiária quando existe disciplina da matéria no microsistema do processo coletivo, mas essa disciplina é menos abrangente ou incompleta (DIDIER; ZANETI, 2016).

Além disso, as normas fundamentais do processo civil, estabelecidas principalmente nos artigos 1º a 11 do CPC, que são normas que transpuseram para o diploma processual princípios e regras processuais inscritos na Constituição Federal, têm, igualmente, vocação para serem aplicadas a todo o sistema de Direito Processual Civil e, bem assim, ao microsistema do processo coletivo (BUENO, 2016).

No que se refere ao tema da distribuição do ônus da prova, propriamente, vale mencionar, de início, que o novo CPC manteve a regra tradicional do Direito brasileiro, no sentido de que ao autor da demanda incumbe a prova do fato constitutivo do seu direito e, ao réu, a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (artigo 373, caput). Tal é a denominada distribuição estática do ônus da prova, ou seja, distribuição do ônus da prova previamente definida pelo legislador, independentemente das peculiaridades do caso concreto, a partir, ainda, da posição da parte na relação processual (DALL'AGNOL, 2015).

Essa regra tem aplicação, por certo, ao processo coletivo ambiental, ao lado das hipóteses de inversão do ônus da prova admitidas pelo ordenamento jurídico (RODRIGUES, 2016).

Registre-se, no ponto, que o Superior Tribunal de Justiça, antes mesmo da alteração legislativa trazida pelo novo CPC, já havia decidido que, em matéria ambiental, têm incidência a inversão do ônus da prova, com base no artigo 6º, VIII, do CDC ou nos princípios da precaução e do *in dubio pro natura*, bem como a distribuição dinâmica do ônus da prova, em função das especificidades do caso concreto (STJ, 2009).

Entretanto, é necessário frizar que demandas coletivas de responsabilidade civil por danos ambientais, em que, na avaliação da prova do dano e do nexo causal, se impõe, frequentemente, a adoção de juízo de simples verossimilhança, calcado em probabilidade, sem que se possa exigir certeza absoluta. A certeza exigida, na matéria, é sempre uma certeza relativa (GOLDENBERG; CAFFERATTA, 2001).

Em hipóteses como as acima descritas, comprovada a verossimilhança ou a credibilidade do dano ao meio ambiente e/ou do nexo causal entre a atividade lesiva e aquele, não se fará necessário, a rigor, o emprego das regras concernentes à atribuição diversa ou à inversão do ônus probatório para o julgamento de procedência da demanda, diante da suficiência da prova produzida, à luz da convicção judicial exigida. Nesses casos, é encargo do réu de demonstrar, de maneira cabal, a inexistência da degradação ambiental ou da relação de causalidade desta com a atividade reputada danosa, como fato impeditivo do direito do autor, e não propriamente da atribuição diversa ou da inversão do ônus da prova. (MIRRA, 2017).

A recente Súmula 618 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), publicada em 30/10/2018, veio para esclarecer certos pontos que geraram grande repercussão na seara jurídico-ambiental a respeito da inversão do ônus da prova, chancelando tal possibilidade nas ações de degradação ambiental, visando prevenir desvio de finalidade e garantir o resultado útil do processo, sendo possível somente em ações que visem reparação de danos ambientais (casos de meras violações formais não ensejam sua aplicação, sendo necessário haver mínima materialidade do dano, apresentada pelo autor da ação, para que se possa cogitar a eventual aplicação). (GRIZZI; FREIRE, 2018).

A partir daí, doutrinadores divergem a respeito de qual a melhor solução cabível, sendo Brito (2018) favorável a Sumula 618:

É preciso retomar a dignidade da legislação e respeitar os limites do direito posto. A inconformidade com a solução legal deve ser resolvida pela mobilização do Legislativo, não sendo admissível buscar atalhos no Judiciário, sob pena de abandonarmos as conquistas democráticas em prol de uma temerária juristocracia que dificilmente podemos controlar.

Para tanto, pode-se concluir que tal medida visa a impedir que um juiz tenha tanto a atividade de julgar como a de legislar, ainda que *a priori*, pareça ser ambientalmente favorável. A repulsa ao ativismo tem como alvo não a visão ambientalmente tida por mais positiva, mas sim o resguardo da própria noção de democracia.

AS MUDANÇAS VIGENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (NCPC) REFERENTES À LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL

No tocante a liquidação de sentenças proferidas nas ações civis públicas Ambientais, também é aplicável às regras do Código de Processo Civil, uma vez que a LACP nada dispõe sobre o assunto, e o CDC somente o faz quanto à defesa de interesses individuais homogêneos (MAZZILLI, 2015).

A liquidação de sentença está prevista no artigo 509 e seguintes do NCPC, podendo-se destacar que quando se trata apenas de cálculo aritmético, a liquidação foi simplificada, podendo o credor promover o cumprimento da sentença.

Com a finalidade de garantir efetividade à tutela ambiental, é necessário proceder ao cumprimento ou à execução do ato jurisdicional prolatado, seja sentença ou decisão antecipatória de tutela dotada de eficácia. Dantas (2010) ensina que:

Transitada em julgado a sentença de procedência da ação civil pública ambiental, é de se promover seu cumprimento nos mesmos autos em que proferida (CPC, ar. 475-I, c/c LACP, art. 3º e 11, e CDC, art. 84). O mesmo se diga da decisão que no bojo de uma demanda como a mencionada, antecipa os efeitos da tutela pleiteada. [...] Em sede de defesa do meio ambiente, a questão relevante que se coloca diz respeito à providências a serem adotadas em caso de descumprimentos das obrigações impostas no TAC. Com referência a

título executivo extrajudicial, a consequência parece lógica, em uma situação como esta, é no sentido de que o ente firmatário do termo deva promover a respectiva ação de execução, com fulcro nos artigos 631 e 632 ou, ainda, 642 e 643 do CPC, conforme se trate de obrigação de fazer ou de não fazer, já que a entrega de coisa nesta seara parece inteiramente incabível.

As regras para o cumprimento de sentença de procedência da ação civil pública ambiental no NCP estão previstas no artigo 513. Quanto ao que se refere à execução, não houve modificações, sendo o previsto nos artigos 631, 632, 642 e 643 do Código de Processo Civil de 1973, o mesmo disciplinado nos artigos 813, 815, 822 e 823 do Código de Processo Civil de 2015, respectivamente.

CONCLUSÃO

Diante do exposto no presente artigo, foram estabelecidas brevemente as relações entre a ação civil pública e o Novo Código de Processo Civil, utilizando-se, para tanto, do diálogo das fontes (Constituição Federal, Lei de Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor, Código de Processo Civil vigente, Novo Código de Processo Civil e outras legislações correlatas).

É certo que a ação civil pública ambiental é considerada um instrumento de efetivo exercício da cidadania ambiental, bem como as tutelas de urgência e tutela de evidência. Além disso, foram desenvolvidos alguns aspectos inerentes à legitimidade ativa ad causam e interesse de agir, verificando-se a existência de uma outra modalidade de legitimidade, qual seja, a legitimidade autônoma, em se tratando de interesses difusos e coletivos, afastando-se, com isso, do clássico direito processo civil de cunho individualista.

Ademais, foram sucintamente expostos os aspectos relacionados ao artigo 489 do Novo Código de Processo Civil, relacionado especificamente ao direito essencial à fundamentação das decisões ambientais, observando que tal dispositivo deve ser bem compreendido e aplicado pelo magistrado, seguindo-se o substancial roteiro vinculativo e exemplificativo desenhado pelo legislador, como consequência de um contraditório substantivo (garantia de influência e não surpresa nas decisões judiciais).

A nova sistemática processual adota princípios que devem nortear toda a interpretação sobre o próprio Código. Assim, é que a primazia do mérito e a eficiência autorizam a alteração da ordem processual, desde que inexista ofensa à desejada boa-fé.

Dessa forma, afigura-se viável e até desejável a alteração das etapas processuais, seja por consenso entre as partes, seja por conveniência e praticidade verificadas pelo magistrado.

Outrossim, a alteração da ordem processual encontra campo fértil no direito ambiental, com ênfase às ações coletivas e civis públicas, entretanto, desde que não se prejudique a defesa do meio ambiente, inexistirá óbice para eventuais modificações e/ou antecipações no rito dos processos que versam sobre referidas ações.

Além disso, tal reforma legislativa apresenta vantagens quanto a escolha do legislador pela eficiência do processo e desprezo pela exagerada adoração às formas, porém é preciso ainda recordar que tal abrangência pode dar liberdade a abusos de poderes e que, dessa forma, precisam ser controladas

Conclui-se, portanto, que o Novo Código de Processo Civil, em que pese necessite de melhoras em relação a determinados critérios técnicos processuais, proporcionou relevantes consequências positivas em sede de ação civil pública, especialmente no tocante a adequação de suas normas ao microsistema processual inerente à Ação Civil Pública ambiental.

REFERÊNCIAS

Alvin, A.. Manual de direito processual civil. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Antunes, P. de B. Direito Ambiental, 12 ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010.

Aprigliano, R. de C. Artigo 994. In: Tucci, J. R. C., Ferreira Filho, M. C., Aprigliano, R. de C., Dotti, R. F., Martins, S. G, coordenadores. Código de Processo Civil Anotado, 1. ed, Paraná: OAB Paraná, 2015.

Armelin, D.. Legitimidade para agir no direito processual brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

Brasil. Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11448.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.

Brito, L. A.; Monteiro, L. A.. Revista de Direito Ambiental. vol. 89, p. 154. São Paulo, Ed. RT, 2018).

Bueno, C. S.. Manual de Direito Processual Civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016

Caputo, P. R. S. Quadro Comparativo: CPC/1973 com o NCPC, 1 ed., Belo Horizonte, 2015.

Cunha, A. S. Introdução ao estudo do direito, 1 ed., São Paulo : Saraiva, 2012.

Cunha, L. J. C.. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão ao debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/sera-o-fim-da-categoria-condicao-da-acao-uma-resposta-a-fredie-didier-junior/>. Acesso em: 25 jul. 2019;

Cunha, G. A. Anotações aos artigos 294 a 299. In: Código de Processo Civil Anotado, 1. ed, Porto Alegre: OAB Rio Grande do Sul, 2015.

Dall'agnol, A. J. J.. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, v. 788, p. 93-95.

Dantas, M. B. Ação Civil Pública e Meio Ambiente: teoria geral do processo, tutela jurisdicional e execução/cumprimento. 1 ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

Dantas, M. B. Reforma do CPC e efetividade do processo civil ambiental. *Gênese. Revista de Direito Processual Civil*, v. 33, p. 12-25, 2004. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18325-18326-1-PB.pdf>. Acesso em: 18 de junho de 2016.

Didier, F. J.; Zaneti H. J.. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 47-60 e 110.

DINAMARCO, P. S.. Ação civil pública. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINAMARCO, C. R.. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2016

Gil, C. A., Métodos e Técnicas de Pesquisa Social. 6ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.

GOLDENBERG, I. H.; CAFFERATTA, N.. *Daño ambiental: problemática de su determinación causal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001

GRIZZI, A. L.; FREIRE, L. V.. Inversão do ônus da prova e ações de degradação ambiental: Súmula 618 do STJ - Aplicação da Súmula não deve resultar em banalização de ações ambientais manifestamente infundadas. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/inversao-do-onus-da-prova-e-acoes-de-degradacao-ambiental-sumula-618-do-stj-31122018>. Acesso em: 01 ago. 2019.

MANCUSO, R. C. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, C. L.. Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Mazzilli, H. N. A defesa dos interesses difusos em juízo. 28ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

Medeiros, F. M.; SANTOS, L. C. Peculiaridades do processo civil ambiental. Colloquim Humanarum, Presidente Prudente, v. 12, n.1, p.141-154, jan/mar 2015. <https://doi.org/10.5747/ch.2015.v12.n1.h194>

Morong, F. F. El régimen jurídico de las licencias y autorizaciones ambientales en España y Brasil: análisis jurídico-ambiental derivado de los aspectos novedosos de la normativa general de la Unión Europea sobre prevención y control integrados de la contaminación. 1. ed. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2014.

Mirra, A. L. V.. A distribuição do ônus da prova no processo coletivo ambiental e o novo CPC. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-12/ambiente-juridico-onus-prova-processo-coletivo-ambiental-cpc>. Acesso em: 02 ago. 2019.

NUNES, D.; BAHIA, A.; CÂMARA, B. R.; SOARES, C. H.. Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PRIEUR, M.. *Droit de l'environnement*. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1991

Rodrigues, M. A. Direito Ambiental Esquematizado, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

RODRIGUES, M. A. Processo Civil Ambiental. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016

STJ – 2ª T. AgRg no REsp 1.192.569/RJ – j. 19/10/2010, rel. mn. Humberto Martins (inversão do ônus da prova com base no princípio da precaução)

Humberto, T. J.; Dierle, N.; Franco, A. M. B; Quinaud, P. F. Novo CPC: fundamentação e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, T. A. A.; MEDINA, J. M. G.. Parte geral e processo de conhecimento. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ZAVASCKI, T. A.. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela de direitos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. <https://doi.org/10.22456/2317-8558.51180>

ASPECTOS GERAIS SOBRE A DESJUDICIALIZAÇÃO E OS ATOS DE DIVÓRCIO, USUCAPIÃO E INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAIS

Rafaela Parpineli De Oliveira, Fábio Ferreira Morong

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: rafaceciliaoliveira@hotmail.com

RESUMO

É de conhecimento geral a lentidão do Sistema Jurídico brasileiro, a demora no trâmite de um processo simples e o descaso pelo princípio da celeridade. Há algum tempo, portanto, vem sendo criadas Leis que visam desafogar a máquina judiciária, transferindo alguns atos, como divórcio, inventário e usucapião, para Serventias Extrajudiciais. Essa transferência de competência do Judiciário para o âmbito administrativo trouxe grandes mudanças, facilitando a vida de quem precisa resolver pendências não contenciosas, uma vez que os custos e o tempo são significativamente menores. O novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor recentemente, consagrou a ideia de autocomposição, jurisdição voluntária e procedimentos administrativos sempre que preenchido os requisitos. Nesse diapasão, consagrou-se a ideia de desjudicialização ou extrajudicialização, tendo como escopo, a redução de demandas judiciais onde não há a presença de litígio, por meio dos Ofícios Registrais e Notariais. O objetivo deste trabalho é compreender e demonstrar as consequências dessa transferência de competência do Poder Judiciário para a esfera administrativa, elucidando a ideia da desjudicialização ou extrajudicialização, e apontando seu resultado, com enfoque especial para os atos de divórcio, usucapião e inventário. O presente trabalho empregou pesquisas à legislação nacional, sites de órgãos Judiciários e Administrativos, pareceres, votos, portarias, provimentos e opiniões relevantes ao tema, utilizando o método dedutivo para estruturar as informações obtidas. Conclui-se, que a desjudicialização representa um avanço na solução de conflitos, na medida em que desafoga o Judiciário, permitindo a atuação administrativa, sendo mais célere e eficaz, beneficiando os cidadãos que dependem de tais serviços.

Palavras-chave: Desjudicialização, Extrajudicialização, Cartórios, Inventário, Divórcio, Usucapião, Serventias Extrajudiciais.

GENERAL ASPECTS ON JUDICIALIZATION AND EXTRAJUDICIAL DIVORCE, USUCAPITION AND INVENTORY

ABSTRACT

The slow pace of the Brazilian legal system, the delay in the process of a simple process and the disregard for the principle of celerity are well known. For some time, therefore, Laws have been created to unburden the judiciary, transferring some acts, such as divorce, inventory and adverse possession, to Extrajudicial Servanties. This transfer of jurisdiction from the judiciary to the administrative level has brought about major changes, making life easier for those who need to resolve non-contentious disputes, as costs and time are significantly lower. The new Code of Civil Procedure, which came into force recently, enshrined the idea of self-composition, voluntary jurisdiction and administrative procedures whenever the requirements were met. In this tuning fork, the idea of dejudicialization or extrajudicialization was established, having as its scope the reduction of judicial demands where there is no presence of litigation, through the Registry and Notarial Offices. The objective of this paper is to understand and demonstrate the consequences of this transfer of jurisdiction from the judiciary to the administrative sphere, elucidating the idea of dejudicialization or extrajudicialization, and pointing out its result, with special focus on acts of divorce, adverse possession and inventory. This work employed research to national legislation, websites of judicial bodies and Administrative, opinions, votes, ordinances, provisions and opinions relevant to the subject, using the deductive method to structure the information obtained. The conclusion is that dejudicialization represents an advance in conflict resolution, as it relieves the judiciary, allowing administrative action, being faster and more effective, benefiting citizens who depend on such services.

Keywords: Disqualification, Extrajudicial, NotaryPublic, Inventory, Divorce, Usucapião, Extrajudicial Services.

INTRODUÇÃO

Com efeito, em tempos atuais, existe uma quantidade absurda de processos em trâmite pelo Judiciário, que prejudica a rotina dos órgãos julgadores, porém poderiam ser resolvidos pela via extrajudicial. Logo, a desjudicialização pode ser empregada para amenizar tal problema e melhorar o sistema e para isso, foram instituídas normas jurídicas almejando que determinados procedimentos fossem submetidos a uma desburocratização.

Por certo, os atos notariais e de registro estão presentes no cotidiano dos cidadãos, eis que desde seu nascimento ao falecimento, faz-se necessário se dirigir a um Ofício de Registro Civil; ou quando se adquire um imóvel; para dar autenticidade á documentos, entre outras necessidades. Assim, observa-se que, na maioria das vezes, são serviços eficientes, dotados de rapidez e econômicos, ao passo que, no Judiciário, quase sempre ocorre o oposto.

Diante disso, diversos serviços, anteriormente outorgados apenas ao Judiciário, foram transpostos para as serventias extrajudiciais, especialmente por meio das alterações introduzidas pela Lei nº 11.441 de 2007, a qual admitiu que o divórcio consensual, inventário, partilha, fossem realizados em Tabelionato de Notas. De igual forma ocorreu no campo do Registro Imobiliário, por meio da Lei nº 13.105 de 2015, que alterou a Lei de Registros Públicos, acrescentando o artigo 216-A, possibilitando o reconhecimento extrajudicial de usucapião.

O objetivo deste trabalho é compreender e demonstrar as consequências dessa transferência de competência do Poder Judiciário para a esfera administrativa, elucidando a ideia da desjudicialização ou extrajudicialização, e apontando seu resultado, com enfoque especial para os atos de divórcio, usucapião e inventário.

METODOLOGIA

O método aplicado neste trabalho é o dedutivo, que, de um modo geral, a partir de princípios, leis ou teorias consideradas verdadeiras e indiscutíveis, prediz a ocorrência de casos particulares com base na lógica, partindo de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal, ou seja, em virtude unicamente de sua lógica (GIL, 2008, p. 9).

A abordagem é a hermenêutica-dialética. A hermenêutica pode ser considerada como um técnica que compreende textos, em um sentido amplo: biografia, livro, artigo, narrativa, documento, dentre outros. Por sua vez, a abordagem dialética procura nos fatos os núcleos obscuros e contraditórios para realizar uma crítica em relação aos mesmos. O pensamento dialético compreende que a análise dos significados deve ser feita considerando as práticas sociais e ressaltando o condicionamento histórico das falas (MINAYO, 2010).

DA DESJUDICIALIZAÇÃO E EXTRAJUDICIALIZAÇÃO

Diante dos constantes conflitos existentes junto à população, é certa a consequência consubstanciada em um número excessivo de processos em trâmite pelo Judiciário, uma vez que todos estão buscando garantir os seus direitos de acesso à Justiça (OLIVERIA, MORONG, 2018). Tanto é verdade, que Neto (2016), ilustra a situação explanando que uma das frases das mais corriqueiras em quase todas as discussões, por mais simples que sejam é: eu vou te processar! Ou seja, essas poucas palavras revelam que a sociedade brasileira está habituada a se envolver em conflitos.

Por isso, a desavença sempre existirá, e, conseqüentemente todos aqueles que possuem ligação com os meios de resolução, terão sempre plausível número de conflitos para resolverem. (CHOSSANI, 2015).

O termo desjudicialização, refere-se à faculdade que as partes possuem para compor seus conflitos fora da esfera judicial, desde que sejam juridicamente capazes e que tenham por objeto direito disponíveis, na busca de soluções sem a tramitação habitual dos tribunais. (MARQUES, 2014).

Algumas atividades que antes eram outorgadas, com exclusividade, ao Judiciário, foram atribuídas, também, às Serventias Extrajudiciais, de modo que, essa transferência foi realizada com intuito de proporcionar agilidade a esses atos e desafogar os nossos Tribunais que estão abarrotados de processos, que muitas vezes, sequer possuem conflito entre as partes. (CHAVES; REZENDE, 2011, p. 316).

No Brasil, a desjudicialização foi consolidada já há algum tempo, o que possibilita ilustrar sua importância por meio da Lei nº 8.560/92, que se refere ao reconhecimento de paternidade perante os Cartórios de Registro Civil; Lei nº 9.514/97, que trata dos procedimentos de notificação do devedor e leilão extrajudicial nos contratos de alienação fiduciária; Lei nº 10.931/2004, que autoriza a retificação

administrativa dos registros imobiliários; Lei nº 11.441/2007, que tornou possível a realização de inventário, separação e divórcio consensuais e partilha pelas vias extrajudiciais, ou seja, pelos Tabelionatos de Notas. (MARQUES, 2014).

Por sua vez, desde a promulgação da Lei 11.441/07, que consente que os cartórios formalizem divórcios, partilhas e inventários, mais de 1,3 milhão de atos foram oficializados em tabelionatos de todo o Brasil até o ano de 2016. Desse total, 500 mil foram feitos apenas no Estado de São Paulo, de acordo com dados da central de dados do Colégio Notarial do Brasil (CNB). O CNB indica que a legislação, além de contribuir para tornar ágeis os procedimentos, ainda permitiu a redução de custos, sem perda de segurança jurídica. Conforme estudos realizados pelo Centro de Pesquisas sobre o Sistema de Justiça brasileiro (CPJus), têm-se evitado um custo de R\$ 3 bilhões à Justiça brasileira e de R\$ 1,2 bilhão ao governo paulista com estes atos. (OLIVERIA, MORONG, 2018).

De outro lado, o setor de Registro Imobiliário também evoluiu quando se trata da usucapião extrajudicial, que é abordada no artigo 216-A da Lei de Registros Públicos, que foi alterada pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015). (BRASIL, 2015).

As mencionadas legislações concebem uma proveitosa contribuição por parte do legislador, para amortizar o conglomerado de processos e viabilizar soluções mais rápidas para as ações pretendidas. O colapso do Poder Judiciário, representado especialmente por sua inacessibilidade, custo e morosidade, assenta imediatamente em evidência o primeiro objetivo almejado pela desjudicialização: simplificar a distribuição da Justiça e descongestionar os tribunais.

A celeridade na prestação jurisdicional e administrativa é direito fundamental, agora expresso pelo art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal/1988 por força da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que dispõe: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (BRASIL, 1988).

Luís Ramon Alvares (2016) destaca comentário do presidente da Associação dos Notários e Registrados do Brasil (Anoreg - BR), Rogério Portugal Bacellar:

O objetivo é agilizar as ações que não envolvam litígios, com a produção de benefícios de mão dupla: extrajudicialização dá aos cidadãos mais autonomia, menores custos e mais rapidez e, de outro lado, ainda contribui para reduzir a crescente pressão sobre os tribunais, na medida em que elimina processos sem conflito das mesas dos juízes.

Braga (2016) assevera que a desjudicialização ou extrajudicialização é um fenômeno que vem aparecendo no Direito Brasileiro nos últimos anos, que consiste em sumar, em elidir do âmbito jurídico atividades que tradicionalmente lhe cabem, deslocando-as para as serventias extrajudiciais.

Entre esses particulares, nota-se especialmente, os notários e registradores públicos. O principal objetivo das leis que trazem mudanças no sentido de desjudicializar é conferir aplicabilidade eficaz ao princípio constitucional da celeridade. Se sempre existirá o conflito, deve-se buscar um modo de prestar o melhor serviço na hora de resolvê-los.

Como ponderou Chossani (2015, p. 5): “Na qualidade de cristão, trago no coração as palavras de Jesus, ao afirmar que “bem-aventurados são os pacificadores”, leia-se: aqueles que promovem a paz; e, por assim ser, aplaudo (...) as Serventias Extrajudiciais”.

Assim, resta evidente que este novo conceito de prestação de serviços nasceu para auxiliar na evolução de medidas capazes de contribuir com a desburocratização e desafogar o Poder Judiciário, beneficiando todos os cidadãos.

DO DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL

O divórcio no Brasil, sempre foi questão muito polêmica, visto que o país possuía uma visão extremamente conservadora, onde o casamento era ato ‘sagrado’. (SANTOS, 2011). No entanto, com o passar de épocas, o divórcio foi se tornando objeto de litígios, envolvendo questões jurídico-sociais. (FRANCISCO, 2014).

Sua definição pode ser trazida à baila como um “ato através do qual se extingue o casamento, há uma alteração no estado civil dos cônjuges”. Ele é a solução para o casal que está em situação litigiosa. (RODRIGUES; FERREIRA, 2014, p. 218).

Em um primeiro momento, só se admitia o ‘desquite’, que não dissolvia o vínculo conjugal, mas apenas a sociedade. Era visível a grande influência da Igreja no Direito de Família. Como bem lembra Francisco (2014, p. 1), “permanecia a máxima: o que Deus uniu o homem não separa”.

No ano de 1997, foi promulgada a chamada Lei do Divórcio (lei n.º 6.515), que passou a disciplinar o assunto. Ainda assim, só era possível ocorrer o divórcio se precedido de separação judicial (após transcorridos 03 anos). (TARTUCE, 2017). O artigo 38 da Lei n.º 6.515 de 1977, previa que cada cônjuge poderia se divorciar apenas uma vez, ou seja, a dissolubilidade ainda não era total.

Uma questão importante é a levantada por Francisco (2014) em seu artigo: o que aconteceria com o indivíduo solteiro que se casasse pela primeira vez com uma pessoa divorciada? Ficaria aquele ‘preso’ ao matrimônio? Trata-se de uma situação esdruxúla.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o prazo de decorrência da separação judicial que, obrigatoriamente, antecedia o divórcio, caiu para 01 ano e consagrou, por fim, a possibilidade do divórcio direto, independente de separação judicial, desde que respeitado o prazo de dois anos da separação de fato (não mais de direito) (FRANCISCO, 2014).

A partir daí, portanto, o divórcio direto passou a proporcionar notável vantagem em relação à separação judicial, fracassando, aos poucos, a aplicação desta. Francisco (2014) explica no que consiste a separação judicial, que é uma causa de dissolução da sociedade conjugal, no entanto não rompe o vínculo matrimonial, não podendo nenhum dos cônjuges contrair novas núpcias.

Posteriormente, a Lei n.º 11.441 de 2007 trouxe a possibilidade do divórcio extrajudicial, facilitando ainda mais o procedimento, tornando-o um meio mais célere e dotado, também, de validade. (SANTOS, 2011). Em 2010, a Emenda Constitucional n.º 66 determinou uma verdadeira revolução na disposição do divórcio no Brasil, alterando a redação do artigo 226, § 6º da CF/88, simplificando o instituto do divórcio no Brasil. A redação original dispunha que, o casamento só poderia ser dissolvido pelo divórcio, após decorrido o prazo de 1 ano da prévia separação judicial, ou de 2 anos da separação de fato. Após a Emenda supracitada, o dispositivo passou a dispor, apenas, que o casamento civil poderia ser dissolvido mediante divórcio (direto). (TARTUCE, 2017).

Aprovada a Emenda, excluíram-se procedimentos desnecessários, consagrando os princípios da liberdade e da autonomia da vontade dos cônjuges. (LEITE, 2013).

A Lei 11.441/07 que autorizou a realização de separações e divórcios consensuais através de escrituras públicas lavradas em Cartórios de Notas desburocratizou os procedimentos e descomplicou a vida dos interessados ao permitir a eles escolher entre a via judicial (morosa) ou extrajudicial (célere) para a prática desses atos. (TARTUCE, 2017).

Assim como no inventário extrajudicial, aqui a presença de um advogado também é crucial. Outros requisitos necessários são: não ter filhos menores ou incapazes, a mulher não estar grávida (sendo dispensável exame para comprovação de tal fato, bastando a declaração da mesma) e não haver litígio. (FRANCISCO, 2014).

Assim, o Judiciário está sendo aliviado, para cuidar apenas dos casos onde há conflito entre as partes, pois, o mesmo se encontra sobrecarregado, sendo que muitas vezes esses processos precisam apenas de um pronunciamento simples, que reconheça o fim do matrimônio.

Perante os Tabelionatos de Notas, o procedimento se dá em poucos dias e com custo acessível, o que demonstra que possibilitar o feito nas serventias extrajudiciais foi um feito de eficácia plausível.

Segundo Francisco (2014), o IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) sustenta uma visão positiva sobre o assunto, já que diminui a interferência do Estado na vida privada do cidadão e há uma redução nas custas judiciárias.

Por óbvio, a experiência na prática demonstra que o procedimento (não apenas o de divórcio), por meio dos Tabelionatos de Notas traz maior satisfação do que aqueles que se dão pela via judicial, pelo fato de ser incomparavelmente mais célere.

DA USUCAPIÃO

Segundo Nader (2016, p. 123) a usucapião, em suma, é modalidade de aquisição originária da propriedade, móvel ou imóvel, caracterizado pela posse contínua e pacífica durante determinado tempo. O instituto da usucapião consiste em proporcionar segurança às relações jurídicas ao estabilizar as titularidades aparentes (situação de fato).

De fato, é um meio de aquisição do domínio/direito sobre uma coisa ou de uma propriedade através do seu exercício nas condições e prazos que a lei dispõe. (TARTUCE, 2017).

No que diz respeito às modalidades de usucapião existentes no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se citar: usucapião ordinária, usucapião extraordinária, usucapião constitucional ou especial rural – *pro labore*, usucapião constitucional ou especial urbana – *pro misero*, usucapião especial urbana coletiva e usucapião especial indígena. (TARTUCE, 2017).

USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

O procedimento de usucapião extrajudicial é o mais recente no ordenamento jurídico brasileiro, trazido pelo Novo Código de Processo Civil que, sem dúvidas, representa mais um grande avanço ao sistema jurídico pátrio. (OLIVERIA, MORONG, 2018).

O procedimento da usucapião extrajudicial apresentou-se como uma promessa de desjudicialização e simplificação dos procedimentos, com o intuito de torná-los mais céleres e efetivos. (KUMPEL, 2016).

Já havia previsão da possibilidade da aquisição de direitos sobre imóveis públicos pela via administrativa desde 2001 (Medida Provisória nº 2.220/2001), porém a usucapião administrativa somente surgiu com a Lei nº 11.977/2009, mais tarde modificada pela Lei nº 12.424/2011, e refletiu um avanço na desjudicialização brasileira. (BRAGA, 2016).

Sobre essa conquista, explica Braga (2016) que apesar de já existirem os dispositivos supracitados, apenas se reconhecia a aquisição do direito real de propriedade, nos casos onde prevalecia o interesse social e que tivesse ocorrido o registro do título de legitimação de posse, outorgado pelo Poder Público.

Foi com o advento do Novo Código de Processo Civil que passou a existir uma aplicação integral do procedimento extrajudicial, instituindo o art. 216-A, da Lei nº 6.017, de 31 de dezembro de 1973, que constituiu a lei de Registros Públicos. O referido artigo assim prescreve: “Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião (...)” (BRASIL, 1973).

O art. 1.071, do Novo Código de Processo Civil, modificou a redação do art. 216-A, da Lei de Registros Públicos, o qual passou a ter extensivo espectro de abrangência, se aplicando às diversas modalidades de usucapião. (BRAGA, 2016). No caso da usucapião, salvo quando houver lide estabelecida, a desjudicialização não só é constitucional e juridicamente possível, como é recomendável, sendo vista como uma forma de desafogar o Poder Judiciário de matérias que não são essencialmente pertinentes a este. (NETO, 2016).

É diante disso, que se percebe a importância dos cartórios notariais e de registro, que desempenham papéis importantes na sociedade. No caso da usucapião fica a cargo do Tabelião ou Registrador, presidir e realizar a qualificação jurídica do processo do reconhecimento da aquisição da propriedade imobiliária pela via extrajudicial, nos casos onde não há lide. (BRANDELLI, 2016).

Sobre as obrigações do tabelião ou registrador, dispõe Braga (2016, p. 5):

[...] Deverá fazê-lo, com base na natureza jurídica da função registral, promovendo a segurança jurídica, de maneira célere e eficaz, por meio da publicidade, especificidade e continuidade, conferindo eficácia às relações jurídicas noticiadas. Ademais, deverá atender aos princípios que permeiam a função registral imobiliária. Todavia, cabe ao notário colher e autenticar os fatos. A função registral e notarial são funções administrativas, públicas, exercidas por um particular, por sua conta e risco, mediante delegação estatal.

Aduzem Oliveira e Morong (2018) que o processo extrajudicial da usucapião é de cunho administrativo e deve ser presidida pelo Oficial do Registro de Imóveis, autoridade administrativa, que irá analisar o conjunto probatório, deferindo ou denegando o pedido ao final. Todavia, o Oficial deverá ater-se a questões apenas administrativas, não podendo analisar questões de caráter judicial.

Percebe-se, que foi dada uma amplitude de cognição ao Oficial do Registro de Imóveis, pois é justamente ele que irá reger o procedimento, formando sua convicção para decidir se anui ou não o pedido de reconhecimento da aquisição pela usucapião extrajudicial. (BRANDELLI, 2016).

LEGITIMIDADE E COMPETÊNCIA

A legitimidade ativa (requerente) pertencia, somente, àquele que tinha a posse *ad usucapionem*. Porém, esse entendimento foi ampliado se tratando da usucapião extrajudicial, passando a ter legitimidade

qualquer pessoa que tenha interesse jurídico justificado, legítimo e comprovado. Já a legitimidade passiva (requerido), no processo extrajudicial, será definida pelo pedido. (NETO, 2016, p. 498).

Conforme disposto no art. 216-A da Lei nº 6.015/73 de 31 de dezembro de 1973, a competência para o procedimento de usucapião pertence ao Cartório de Registro de Imóveis da comarca onde estiver situado o imóvel *usucapiendo*. (BRANDELLI, 2016, p. 70/71).

REQUISITOS

O inciso I, do artigo 216-A da Lei nº 6.015/73, de 31 de dezembro de 1973, dispõe que para instruir o pedido da usucapião extrajudicial, é imprescindível que o requerimento, que também é um requisito, esteja acompanhado da “ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias”, a pedido da parte interessada. A ata notarial é um instrumento de prova da Usucapião Extrajudicial. É um instrumento público, utilizado pelos Tabeliães como meio de obter e certificar atos e fatos. (BRAGA, 2016).

Outro requisito é a planta e o memorial descritivo com a assinatura do profissional habilitado, conforme impõe o inciso II do art. 216-A da Lei de Registros Públicos (BRASIL, 1973).

Além disso, juntamente com o requerimento, deverão ser apresentadas as certidões negativas que apresentem a situação do imóvel em questão. Essas certidões têm o intuito de verificar se há alguma ação que embarace o reconhecimento da ação de usucapião extrajudicial, ou que interrompa o prazo prescricional aquisitivo (BRASIL, 1973).

O inciso IV da Lei em estudo estabelece que o interessado também deverá anexar ao requerimento o “justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, continuidade, natureza e o tempo de posse, como, por exemplo, pagamento dos impostos”. (NETO, 2016, p. 502).

NOTIFICAÇÃO DOS LEGITIMADOS E CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO DE USUCAPIÃO

Depois de cumprido os requisitos e dado andamento ao procedimento administrativo, se a qualificação for positiva, o Oficial irá notificar os legitimados passivos, caso esses não tenham anuído espontaneamente no memorial descritivo, para que se manifestem concordando ou não com o pedido. O requerente é quem deverá solicitar a notificação, informando o endereço do notificado e deverá arcar com as despesas da notificação.

O Registrador irá notificar o legitimado passivo para concordar, dentro do prazo de 15 dias, a contar do recebimento da notificação. A notificação poderá ser feita pessoalmente, por meio do correio, não sendo admitida notificação por edital, e deverá estar acompanhada de documentos que permitam que o notificado avalie o pedido. (BRAGA, 2016).

Se o notificado estiver em lugar incerto e não sabido, ou esteja simulando sua ocultação para que não seja notificado, o pedido será negado, não podendo ser feito na via extrajudicial. Se após o prazo dos 15 dias o notificado manter-se em silêncio, presumir-se-á que o mesmo não concordou e, sendo assim, o Registrador negará o pedido, conforme disposto no art. 216-A, §2º, da Lei de Registros Públicos. (BRAGA, 2016).

Preenchidos todos os requisitos e estando a documentação em ordem, o Oficial formará sua convicção, que se positiva irá realizar o ato do registro da aquisição do imóvel. Conforme esclarece Braga (2016), se ao final das diligências, ocorrer de os documentos não estarem em harmonia, o Oficial não acolherá o pedido e irá elaborar nota devolutiva. Na hipótese de existir alguma impugnação, o Oficial deverá encerrar o procedimento extrajudicial e remeter ao juízo competente, de acordo o art. 216-A, §10, da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

Com efeito, foi muito bem vinda a alteração trazida pelo Novo CPC, que veio com a finalidade precípua de retirar do Poder Judiciário, a interferência nos casos em que se tratar de simples regularizações de ocupações urbanas livres de desembaraços e, claro, onde houver consenso.

Essa mudança tem, claramente, a intenção de simplificar a vida civil dos cidadãos, e tirar do Judiciário demandas que não necessitam do seu alvitre.

INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL

Segundo Chaves e Rezende (2011, p. 316), quando ocorre o óbito de uma pessoa, é realizado o seu inventário e conseqüente partilha dos eventuais bens entre os indivíduos que se qualificam, ou seja, os herdeiros.

Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim (2009, p. 299) ensinam que, “o inventário é o procedimento obrigatório para a atribuição legal dos bens aos sucessores do falecido (...)”.

Costa (2016) afirma que, antes do advento da Lei nº 11.441 de 04 de janeiro de 2007, este procedimento só se realizava via judicial, sendo bastante burocrático e moroso, além de envolver altos custos judiciais. Bem por isso, o inventário extrajudicial é dotado de benefícios, ou seja, celeridade, praticidade e economia. Silvio de Salvo Venosa (apud COSTA, 2016, p. 6), se posiciona sobre o assunto da seguinte forma:

Finalmente, a Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, atendeu nossos ingentes reclamamos [...]. É importante que se libere o Judiciário da atual plethora e feitos de cunho administrativo e o inventário, bem como a partilha, quando todos os interessados são capazes, podem muito bem ser excluídos, sem que se exclua o advogado de sua atuação.

Para que seja possível realizar o ato nestas Serventias, é necessária a capacidade dos herdeiros (não se confundindo com maioridade). Também é preciso não haver testamento, e sendo descoberto testamento posterior ao inventário extrajudicial, este será anulado, pois deverá ser protegida a última vontade do *de cujus*. (COSTA, 2016).

O processo de inventário é obrigatório, de acordo com o art. 611 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o Novo Código de Processo Civil, e seu início deve se dar nos primeiros 60 (sessenta) dias, contados a partir da data do fato ensejador de tal procedimento (morte). Importante destacar que, mesmo que a morte tenha ocorrido antes da entrada em vigor da Lei em estudo, é permissível realizar o inventário extrajudicial nos Tabelionatos de Notas.

Felipe Leonardo Rodrigues e Paulo Roberto Gaiger Ferreira (2014), recordam que para ser realizado o procedimento, extrajudicialmente, é necessário que as partes envolvidas sejam maiores e capazes, e que haja consenso entre eles quanto à partilha dos bens e com relação a quem será o inventariante, o falecido não deve ter deixado testamento e a escritura deve contar com a presença de um advogado.

Existe, também, a possibilidade de representação por instrumento público de procuração, com poderes específicos para tal ato, bem como a renúncia à herança, desde que expressa na escritura pública. (TARTUCE, 2017).

Se depois de lavrada a escritura pública, vier à tona outros bens do falecido, pode ser feita a escritura de sobrepartilha, que consiste na realização da partilha de um bem que deveria ter sido incluído no inventário que resta concluído. Devem-se acatar os mesmos requisitos observados na lavratura do inventário, com o aumento da apresentação do formal de partilha, da carta de adjudicação ou do processo de inventário. A sobrepartilha pode ser feita por via extrajudicial, mesmo que o inventário anterior tenha se dado judicialmente. (COSTA, 2016).

A escolha do cartório para realizar o ato é livre, não dependendo do local de domicílio das partes envolvidas, dos bens ou do óbito. (ATHAYDE, 2014).

Os valores pagos perante as serventias extrajudiciais variam de acordo com o Estado, que possuem diferentes percentuais de cobrança de impostos.

Assiste razão Filho (2015), ao afirmar que os beneficiados com o procedimento de inventário extrajudicial não são apenas os herdeiros, mas também o Judiciário, posto que se propõe menos ações nas varas de sucessões, caminhando assim para um alívio na máquina Judiciária.

Logo, de fato restam claros os benefícios práticos também em âmbito de inventário à luz das aludidas mudanças.

CONCLUSÃO

Por meio do presente artigo, foi possível realizar um breve entendimento a respeito das modificações de competências que vieram com intuito de desafogar a máquina Judiciária, transferindo os casos onde não há lide para as Serventias Extrajudiciais.

Assim, levando-se em consideração o que foi estudado, é possível perceber quão significativas foram às mudanças trazidas pelo Novo CPC e outras leis esparsas, quando simplificaram diversos procedimentos, permitindo que sejam realizados diretamente pela via Administrativa, a qual é, sem dúvidas, mais célere e igualmente eficaz, vez que seus Serventuários são dotados de fé pública.

A desjudicialização representa um avanço na solução de conflitos e contribui imensamente para desafogar o Poder Judiciário, liberando-o para cumprir apropriadamente a sua tarefa nas demandas que necessitam dele, além de ser uma nova forma de acesso à Justiça.

Conclui-se, que a desjudicialização representa um avanço na solução de conflitos, na medida em que desafoga o Judiciário, permitindo a atuação administrativa, sendo mais célere e eficaz, beneficiando os cidadãos que dependem de tais serviços.

REFERÊNCIAS

ALVARES, L. R. Extrajudicialização de procedimentos reduz em até 10 anos prazos de processos como divórcios e inventários. Portal do Registro de Imóveis, 2016. Disponível em: <https://www.portaldori.com.br/2016/06/21/extrajudicializacao-de-procedimentos-reduz-em-ate-10-anos-prazos-de-processos-como-divorcios-e-inventarios/>. Acesso em: 08 ago. 2019;

ATHAYDE, M. Inventário Judicial e Extrajudicial – qual a diferença e qual escolher? Descomplicando o Direito, 2014. Disponível em: <https://marceloathayde.wordpress.com/2014/11/26/inventario-judicial-e-extrajudicial-qual-a-diferenca-e-qual-escolher/>. Acesso em: 21 mai. 2018;

BRAGA, I. J. G. A Desjudicialização do Processo de Usucapião da Propriedade Imobiliária. 2016. 30 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, Rio Grande do Sul. Disponível em: http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2016/09/isadora_braga_2016_1.pdf. Acesso em: 01 abr. 2018;

BRANDELLI, Leonardo. Usucapião Administrativa. 1ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016;

BRASIL. Congresso Nacional. Lei de Registros Públicos. Lei n.º 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os Registros Públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L6015.htm>. Acesso em: 01 abr. 2018;

BRASIL. Congresso Nacional. Código de Processo Civil. Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 01 abr. 2018;

CHAVES, Carlos Fernando Brasil; REZENDE, Afonso Celso F. Tabelionato de Notas e o Notário Perfeito. 6ª. Ed. São Paulo: Millennium, 2011;

CHOSSANI, F. W. Cartório – A desjudicialização mora aqui. Colégio Notarial do Brasil, abr. 2015. Disponível em: <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NTU4MQ>. Acesso em: 05 abr. 2018;

CONJUR. Atos em Cartório retiram 1,3 milhão de processos da Justiça. In: Consultor Jurídico, 25 jul. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-25/atos-cartorios-retiraram-13-milhao-processos-justica>. Acesso em: 10 ago. 2019;

COSTA, G. S. C. Inventário Extrajudicial. Jusbrasil, 2016. Disponível em: <https://giselelg.jusbrasil.com.br/artigos/307624556/inventario-extrajudicial>. Acesso em: 10 abr. 2018;

GIL, C. A., Métodos e Técnicas de Pesquisa Social. 6ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.

KUMPEL, V. F. O novo CPC e suas Implicações na Atividade Notarial e Registral II: O Instituto da Usucapião Administrativa. Migalhas, abr. 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI237018,110490+novo+CPC+e+suas+implicacoes+na+atividade+notarial+e+registral+II+o>. Acesso em; 30 mar. 2018;

MARQUES, Norma Jeane Fontenelle. A desjudicialização como forma de acesso à Justiça. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 123, abr 2014. Disponível em:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14638&revista_caderno=21. Acesso em: 15 abr. 2018;

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). Pesquisa social: teoria, método e criatividade. 29. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010. (Coleção temas sociais). Resenha.

NADER, Paulo, Curso de Direito Civil v.4. 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016;

NETO, A. D. G. Cartório em Foco. Blog Cartório em Foco, set. 2016. Disponível em: <http://cartorioemfoco.com.br/desjudicializacao/#more-455>. Acesso em: 08 abr. 2018;

NETO, Arthur Del Guércio, O direito notarial e registral em artigos. 1ª. Ed. São Paulo: EDITORA YK, 2016;

OLIVEIRA. R. P; MORONG, F.F. A Desjudicialização E Os Atos De Inventário E Usucapião Extrajudiciais. Colloquium Socialis, Presidente Prudente, v. 02, n. Especial 2, Jul/Dez, 2018, p.30-36. DOI: 10.5747/cs.2018.v02.nesp2.s0252; <https://doi.org/10.5747/cs.2018.v02.nesp2.s0252>

OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. Inventários e partilhas. 22ª. Ed. São Paulo: Leud, 2009, p. 299;
TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 6ª. Ed. São Paulo: Método, 2017.

ASPECTOS GERAIS SOBRE PRÁTICAS ABUSIVAS COM ENFASE NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Vinícius Kleber Borges Martins de Oliveira, Fábio Ferreira Morong

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: vinicius_kleber@yahoo.com.br

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo explanar de forma sucinta e geral o conceito de prática abusiva nas relações de consumo, principalmente em se tratando de contratos pactuados entre consumidores, com alguns exemplos ilustrativos. Busca-se, através deste estudo, desmistificar esses abusos que há tempos são praticados por alguns tipos de fornecedores, pautada na má-fé a fim de obter vantagem econômica indevida. Com efeito, é importante informar o consumidor acerca deste tema, para que não mais se torne vítima de tais abusos, e possa sempre identificar as práticas danosas, e conseqüentemente evitar o prejuízo que essas condutas abusivas ocasionam a tantos consumidores. Por sua vez, o conhecimento jurídico disseminado de forma simples e objetiva, previne a sociedade de ficar à mercê daqueles que praticam essas ações. Conclui-se que as práticas abusivas mais comuns cometidas pelos fornecedores em relações contratuais, inclusive em contratos bancários, ainda prevalecem de forma intensa, a exemplo da venda casada, e que todo o aparato legal e judicial contra esses abusos, não são suficientes para evitá-los de forma eficiente, uma vez que, no âmbito desta relação de consumo, existem condições subjetivas que quase os obrigam a se submeter a tais práticas. Logo, é certo a necessidade de uma política pública voltada à uma questão informacional dirigida à conscientização dos consumidores, no sentido de torná-los cientes de tais práticas abusivas e assim, promover ações visando coibir tais condutas, valendo-se, se necessário for, dos órgãos administrativos, legislativos e judiciais.

Palavras chave: Práticas abusivas. Direito do consumidor. Consumidor final lesado. Informação

GENERAL ASPECTS ON ABUSIVE PRACTICES WITH ENFORCEMENT IN CONTRACTUAL RELATIONS

ABSTRACT

This study aims to briefly and generally explain the concept of abusive practice in consumer relations, especially in the case of agreements agreed between consumers, with some illustrative examples. This study seeks to demystify these abuses that have long been practiced by some types of suppliers, based on bad faith in order to obtain undue economic advantage. Indeed, it is important to inform the consumer about this subject, so that he will no longer become a victim of such abuse, and always be able to identify harmful practices, and consequently avoid the damage that these abusive behaviors cause to so many consumers. In turn, legal knowledge disseminated simply and objectively prevents society from being at the mercy of those who practice these actions. It is concluded that the most common abusive practices committed by suppliers in contractual relationships, including bank contracts, still prevail intensely, as in the case of married sales, and that the whole legal and judicial apparatus against these abuses is not sufficient to avoid them efficiently, since, within this consumption relationship, there are subjective conditions that almost oblige to submit to such practices. Therefore, the need for a public policy aimed at an informational issue aimed at raising consumers' awareness is certain, in order to make them aware of such abusive practices and, thus, to promote actions aimed at curbing such conduct, using, if necessary, administrative, legislative and judicial bodies.

Keywords: Abusive Practices. Consumer law. Injured end consumer. Information

INTRODUÇÃO

Em meio à hipossuficiência do polo consumidor e reconhecida supremacia da outra parte, nasce uma disparidade natural entre os entes contraentes. De um lado um mecanismo estruturado, com evoluídos processos industriais, elevado poder econômico e juristas especialistas, responsáveis por promover e

defender os interesses da empresa. Já do outro, o homem comum por muitas vezes desinformado, com poder de compra mínimo, e talvez submetido em condições de vida adversas.

Essa supremacia de uma das partes gera abusividade, logo surge a responsabilidade do Estado como consequência. É certo que o Estado intervém para assegurar, face à falha de funcionamento do mercado, que os consumidores recebam informações adequadas que os habilitem a exercer, de maneira consciente e livre, suas opções de consumo. Contudo, não basta somente a regulação do Estado por meio de Leis, haja vista a ignorância da outra parte e a necessidade eminente do consumo pontual, por isso a submissão à abusividade, inclusive, conscientemente em dadas situações.

Percebe-se, portanto, que o legislador pretendeu, de forma acertada, contemplar a boa-fé, ao invés de citar um rol taxativo de condutas tidas como abusivas. Dessa forma, preserva-se o princípio da livre pactuação entre as partes, atendidos os requisitos intrínsecos deste princípio.

O presente estudo tem como objetivo explicar de forma sucinta e geral o conceito de prática abusiva nas relações de consumo, principalmente em se tratando de contratos pactuados entre consumidores, com alguns exemplos ilustrativos, como de espécie bancária, levando informação ao maior número de consumidores para que possam resguardar seus direitos à luz do relação consumerista.

MÉTODO

Neste trabalho, o método aplicado é o método dedutivo, que parte de uma generalização para uma questão particularizada. Gil (2008) entende que este método de pesquisa parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões em virtude unicamente de sua lógica. Para elaboração do presente artigo, foram utilizadas as metodologias de pesquisa bibliográfica conceitual por doutrinas, além da análise de jurisprudências, legislações nacionais artigos científicos com pertinência ao tema abordado.

CONCEITO DE CONSUMIDOR: CARACTERÍSTICAS RELEVANTES À LUZ DA CORRENTE FINALISTA

De início, é necessário realizar uma breve análise sobre os aspectos gerais fundamentam a definição do conceito de consumidor, inclusive o conceito aplicado pelos tribunais, visando evitar equívocos e/ou distorções na caracterização das relações de consumo, haja vista uma diversidade de conceitos oriundos de objeto ideológico, econômico e sociológico.

Por sua vez, para chegar-se ao conceito de consumidor, em princípio, é de fundamental importância analisar e compreender as posições adotadas por meio das três correntes trazidas pelas doutrinas: maximalista (objetiva), corrente finalista (subjéctiva) e, por fim, a corrente Finalista Mitigada, também conhecida como Finalista Aprofundada (FILOMENO, 2018).

Com efeito, não é tarefa fácil definir o consumidor no sentido jurídico. Isto porque há certa tendência de aceitar a concepção econômica de consumidor, que nem sempre é transferida e acolhida pelo Direito, já que considerações políticas podem interferir nesse conceito, restringindo-o ou ampliando-o, o que compromete a margem de precisão que uma definição jurídica deve ter. (ALMEIDA, 2015)

O legislador instituiu a Lei nº 8.078/1990, que constitui o Código de Defesa do Consumidor, onde em seu artigo 2º, apresenta a definição do conceito legal. Corroborando ao entendimento referido diploma legal, AFONSO (2013, p. 48) estabelece o conceito de consumidor:

É ele o destinatário final físico e econômico do produto ou do serviço, tal como entendido pelos finalistas. Em outras palavras, o consumidor não poderá utilizar o produto ou o serviço como insumo para a sua atividade lu- criativa, pois assim tornará a relação civil, regida pelo Código Civil brasileiro. Essa é a ideia majoritariamente defendida na doutrina e pacificada na jurisprudência pelo Superior Tribunal de Justiça.

De forma congruente com o conceito da doutrina, estão as decisões majoritárias dos tribunais pátrios, que através de decisões reiteradas, têm pacificado o conceito de consumidor com base na teoria finalista, ou seja, como destinatário final do produto ou serviço. Neste sentido:

“BRASIL. Câmaras Cívil. Câmara Cível 5. CONCEITO DE CONSUMIDOR. ART. 2 DO CDC. TEORIA FINALISTICA MITIGADA DE CONSUMIDOR. CONSUMIDOR É O DESTINATARIO FINAL OU INTERMEDIÁRIO COM VULNERABILIDADE TÉCNICA, JURIDICA OU ECONOMICA. 1. Súmula 42 do TJPE: 2. O CDC em seu art 2º determina como consumidor toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. 3. O STJ adota para o conceito de consumidor a teoria finalística mitigada a qual considera

consumidor os destinatário final das operações referidas no Art. 2º do CDC bem como aqueles que ainda que não sejam destinatários final participem da relação consumerista como intermediário quando houver inegável vulnerabilidade Técnica, jurídica ou econômica das partes”.(TJ-PE - AGR: 3324438 PE, Relator: José Fernandes, Data de Julgamento: 05/08/2015, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 19/08/2015).

De forma reiterada à outra decisão congruente, há ênfase ao caráter da vulnerabilidade e hipossuficiência e suas espécies, como elemento essencial caracterizador da dita teoria. Assim entendem os Tribunais:

“BRASIL. Turma Recursal. Câmara Cível 21. A priori, impende ressaltar que a questão veicula típica relação de consumo, não pairando dúvidas quanto à relação jurídica existente entre as partes, inserindo-se o autor no conceito de consumidor (art. 2º do CDC), ao turno que a ré se enquadra no conceito legal de fornecedor (art. 3º do CDC). Ressaltando-se que, em que pese ser presumidamente vulnerável”. PROVIMENTO RECURSO. (TJ-RJ - APL: 02140132220178190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 22 VARA CIVEL, Relator: Des(a). ANDRE EMILIO RIBEIRO VON MELENTOVYTCH, Data de Julgamento: 13/11/2018, VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL).

Desta feita, os tribunais corroboram com o entendimento doutrinário, no que tange ao caráter do consumidor ser presumidamente vulnerável, frente ao fornecedor de produtos/serviços, em todos os seus aspectos, tanto de forma técnica, quanto jurídica ou econômica.

Por sua vez, é pertinente salientar um pequeno resumo sobre a definição de *fornecedor*, onde FILOMENO (2018), reza que se entende como tal, todo comerciante ou estabelecimento que abastece ou fornece habitualmente uma casa ou outro estabelecimento dos gêneros e mercadorias necessários a seu consumo.

DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Diz-se vulnerável, nas palavras de Rizzato Nunes (2017), aquele consumidor que é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa hipossuficiência, é real, concreta, e decorre de diferentes aspectos.

Nessas hipóteses, tem-se uma supremacia do fornecedor, que o incentiva a impor seu produto ao consumidor, sem permitir uma adequação do seu produto às peculiaridades de quem o adquirirá. A única coisa que pode ocorrer ao consumidor, é aceitar a oferta ou não. De sorte que em algumas situações fáticas, as próprias circunstâncias da vida real, excluem a possibilidade de decidir pela não aceitação.

O que se pretende mostrar no parágrafo acima, é que o público alvo dos contratos bancários, na grande maioria, o busca como única tratativa do seu problema, logo, a própria condição de vida desse tipo de consumidor já o coloca em uma situação de pouca opção.

Com efeito, pela leitura do art. 4º, inc. I, do CDC é constatada a clara intenção do legislador em adotar o consumidor, em todas as situações, na condição de vulnerável na relação jurídica de consumo (TARTUCE, 2018, p.33).

Na mesma esteira, pode-se assinalar a figura do consumidor hipervulnerável, ou seja, o instituto da “hiper-vulnerabilidade” que é atribuída aos idosos, crianças, analfabetos ou pessoas debilitadas de saúde”.

DIFERENÇA DE VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA

O conceito de vulnerabilidade e hipossuficiência em muito se diferenciam. Isso porque os fundamentos que determinam as duas qualificadoras, têm sua formação e aplicação diversa, a determinar-se pelo caso concreto.

Assim, mister conhecer o conceito delimitador da vulnerabilidade e da hipossuficiência, trazida pela doutrina, nas palavras do professor Afonso (2013, p. 73):

Já verificamos que vulnerabilidade, como conceito pré-jurídico e ontológico, constitui uma presunção legal, prevista no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor e admite a existência de uma fragilidade inerente ao consumidor no mercado de consumo. Ainda, a identificação dessa fragilidade do consumidor frente ao fornecedor de produtos e serviços é própria da relação de consumo.

Convergente no mesmo entendimento, sob o enfoque jurídico, ensina Chaves (apud Moraes 2009, p.125), que:

O princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade ou condição daquele(s) sujeito(s) mais fraco(s) na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venha(m) a ser ofendido(s) ou ferido(s), na sua incolumidade física ou psíquica, bem como âmbito econômico, por parte do(s) sujeito(s) mais potente(s) da mesma relação.

Entende-se então, que a vulnerabilidade é algo naturalmente inerente do consumidor, que não carece de provas para certificar sua fragilidade. Isto porque, no outro polo da relação estão os fornecedores, exercendo supremacia pela sua estrutura multidisciplinar de produção, negócio e comércio.

Por outro lado, conceito de hipossuficiência, estão nas palavras do professor Afonso (2013, p. 73, 74):

Hipossuficiência, por sua vez, é conceito técnico, jurídico-processual, e não se confunde com vulnerabilidade. O consumidor é vulnerável em qualquer condição, haja vista a presunção legal que não admite prova em contrário. Será hipossuficiente se presentes determinadas condições, ou seja, se além de vulnerável o consumidor mostrar-se mais fragilizado por determinadas e específicas condições, do ponto de vista técnico, jurídico ou fático. Como dissemos, a hipossuficiência é um conceito jurídico processual, uma qualidade especial do processo e objetiva permitir a aplicação do direito básico do consumidor às relações jurídico-processuais qualificadas como de consumo.

Imprescindível entender essa distinção de hipossuficiência e vulnerabilidade apresentada na doutrina, para que assim possa-se aplicar o conceito correto e determinado no caso concreto, defendendo o consumidor na medida de suas fragilidades, até o limite permitido pelo ordenamento jurídico.

Assim, uma vez que todo consumidor, por sua natureza, será considerado vulnerável, porém sua hipossuficiência deverá ser devidamente comprovada conforme o caso concreto, alcançando uma maior proteção legal.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim (2015, p. 77), bem resume o assunto:

A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores. A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do Código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do próprio Código como, por exemplo, a previsão de inversão do ônus da prova.

Admite-se então, a vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo, de forma espontânea, ou seja, em toda relação consumerista a qualidade de vulnerável já está presumida.

Contudo, a hipossuficiência deste, deverá ser analisada conforme o caso concreto, pois sua determinação está atrelada a fatores circunstanciais, e como consequência de seu reconhecimento a hipossuficiência garante benesses processuais, como a inversão do ônus da prova, por exemplo.

ESPÉCIES DE VULNERABILIDADE

O conceito de vulnerabilidade do consumidor, subdivide-se em espécies, uma vez que essa vulnerabilidade oriunda de diferentes motivos. Assim explica Nunes (2017, p. 610):

O consumidor é vulnerável na medida em que não só não tem acesso ao sistema produtivo como não tem condições de conhecer seu funcionamento, nem de ter informações sobre o resultado, que são os produtos e serviços oferecidos. Significa que o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. É por isso que, quando se fala em “escolha” do consumidor, ela já nasce reduzida. O consumidor só pode optar por aquilo que existe e foi oferecido no mercado.

Em um mercado onde essa prática é atributo de todos os mercadores, não há plena liberdade de escolha, pois o consumidor é levado a escolher àquela que ele conseguir preencher os requisitos necessários para contratar, e não o inverso, como deveria ocorrer. Por tais mecanismos dos fornecedores,

ocorre a vulnerabilidade do consumidor, que não tem poder de pactuação e apenas lhe cabe aceitar as condições impostas ou não.

Essa qualidade de vulnerável, natural e inerente do consumidor é seguida também pelas decisões jurisprudenciais. A propósito:

“BRASIL. Câmaras Cíveis. Câmara Cível 10. A atual jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, tem se assentado no sentido de ser aplicável a denominada Teoria Finalista Aprofundada ou Mitigada, que alarga o conceito de consumidor abarcando todo àquele que possua vulnerabilidade em face ao fornecedor, seja ela técnica, jurídica ou econômica. - Presente o requisito da vulnerabilidade do consumidor, imperiosa se faz a inversão do ônus da prova. - Recurso provido. Decisão reformada”. (TJ-MG - AI: 10056092029034001 MG, Relator: Mariângela Meyer, Data de Julgamento: 22/04/2014, Câmaras Cíveis / 10ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/04/2014).

Logo, o ordenamento jurídico brasileiro garante a vulnerabilidade ao consumidor, uma vez que no outro polo da relação jurídica, está o fornecedor detentor de toda informação, das técnicas de produção, bem como, regulador dos valores, mantendo supremacia sobre o consumidor.

VULNERABILIDADE DE ORDEM TÉCNICA

Embora o título remta ao pensamento de vulnerabilidade conceituada por uma única técnica, não é isso que ocorre. Tal instituto diz respeito aos meios de produção, cujo domínio é exclusivo do fornecedor. De forma que toda a estrutura, desde a fabricação até a oferta do produto, está intrinsecamente ligada ao objetivo dele, qual seja, a obtenção de lucro.

Resta ao consumidor, reduzida a possibilidade de negociar suas preferências, apenas escolher por aquele produto que lhe fora ofertado ou não. Sem podê-lo alterar de acordo com suas necessidades e preferências. (RIZZATO, 2017).

O doutrinador e professor Rizzatto Nunes (2019, p.177) continua elucidando a vulnerabilidade técnica como:

Está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação e distribuição de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido.

Logo, sem conhecer os meios de produção, os termos de constituição do contrato, por si só não permite visualizar quando as condições deste instrumento apresentam vícios e/ou defeitos, em seu prejuízo, deixando-os em uma situação de perigo.

VULNERABILIDADE DE ORDEM ECONÔMICA

Concretiza-se pela superioridade econômica do fornecedor frente o consumidor. Pautado em uma política de lucro em todas as operações, o fornecedor sempre imporá a sua vontade sobre a do consumidor.

Nas palavras de Nunes (2019, p.177):

Diz respeito à maior capacidade econômica que, por via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor. É fato que haverá consumidores individuais com boa capacidade econômica e às vezes até superior à de pequenos fornecedores. Mas essa é a exceção da regra geral.

Evidente essa vulnerabilidade, principalmente, nos contratos de adesão, e os submetidos à condições gerais, onde através da supremacia econômica do fornecedor, impõe a sua vontade ao consumidor, restringindo a livre pactuação entre eles. Por si só, tal mecanismo constitui condição gravosa ao consumidor, que aceitando o que lhe está imposto se submete ao prejuízo, por já estar em situação de vulnerabilidade.

VULNERABILIDADE DE ORDEM INFORMACIONAL

Caracteriza-se pelo controle das informações veiculadas a respeito do produto, por aquele quem o produz, e a forma como deve ser sabido pelos consumidores, limitando assim, o acesso as informações interessantes aos consumeristas.

A disposição das informações se sujeita unicamente ao crivo do fornecedor, colocando à disposição do mercado àquilo que lhes convém. Não se trata de informações enganosas, mas de informações exclusivamente benéficas ao produto. Nesta situação, o consumidor fica em posição de vulnerabilidade por não ter uma informação negativa do produto, limitando argumentos que formam o convencimento.

Assim leciona o professor Rizzato Nunes (2019, p.178):

É por isso que, quando se fala em “escolha” do consumidor, ela já nasce reduzida. O consumidor só pode optar por aquilo que existe e foi oferecido no mercado. E essa oferta foi decidida unilateralmente pelo fornecedor, visando seus interesses empresariais, que são, por evidente, os da obtenção de lucro.

Em tal hipótese, utilizando do grande poder de influência que os meios de comunicação têm, por alguns chamados de o quarto poder, o fornecedor divulga aquilo que seja benéfico ao seu produto, formando na consciência do consumidor apenas a opinião positiva sobre o produto ofertado, uma vez que não existe, pelo menos não nos grandes meios de comunicação, informação negativa sobre o mesmo.

Chaves (2015, p.57) ensina outra lição:

Nessa perspectiva de vulnerabilidade, o esclarecimento do consumidor sobre as cláusulas contratuais e demais condições do negócio deve satisfazer o entendimento do leigo de forma clara e objetiva. Não adianta a utilização de termos técnicos ou pouco conhecidos na linguagem popular; é preciso que o consumidor entenda todos os detalhes da negociação.

Ou seja, sem essa informação negativa, o consumidor fica impossibilitado de formar um critério de escolha, ficando à margem da única informação que chega até ele, aquela que é fornecida pelo ofertante, ou seja, àquela que ele queira que o consumidor saiba.

DA HIPERVULNERABILIDADE

Após esclarecimentos sobre vulnerabilidade e hipossuficiência, elementar tratar-se da hipervulnerabilidade, que, valendo-se da melhor doutrina, trazem-se os apontamentos de Schmitt (2014): “A hipervulnerabilidade pode ser definida como uma situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, em razão de características pessoais aparentes ou conhecidas pelo fornecedor.”

Dessa forma, entende o autor, que o consumidor que se encontra em uma situação mais gravosa, mais frágil, tanto de ordem pessoal como social, terá um agravante em sua vulnerabilidade natural de consumidor.

Entre esses, podemos incluir os idosos, as crianças, os analfabetos, os deficientes físicos. Pessoas que no seu modo de vida comum, já apresentam peculiaridades dificultosas se comparadas ao que a doutrina determina como homem médio comum.

O STJ já vem reconhecendo a existência dessa categoria socialmente frágil e a necessidade de uma especial proteção, conforme observado no REsp 931.513/RS, no qual pontua:

“BRASIL. Tribunal Regional Federal, Região 1. Proteção das pessoas com deficiência física, mental ou sensorial. Sujeitos hipervulneráveis. 3. A categoria ético-política, e também jurídica, dos sujeitos vulneráveis inclui um subgrupo de *sujeitos hipervulneráveis*, entre os quais se destacam, por razões óbvias, as pessoas com deficiência física, sensorial ou mental 9. A tutela dos interesses e direitos dos hipervulneráveis é de inafastável e evidente conteúdo *social*, mesmo quando a Ação Civil Pública, no seu resultado imediato, aparenta amparar *uma única* pessoa apenas. É que, nesses casos, a ação é *pública*, não por referência à quantidade dos sujeitos afetados ou beneficiados, em linha direta, pela providência judicial (critério quantitativo dos beneficiários imediatos), mas em decorrência da própria natureza da *relação jurídica-base de inclusão social imperativa*. Tal perspectiva que se apóia no pacto jurídico-político da sociedade, apreendido em sua globalidade e nos bens e valores ético-políticos que o abrigam e o legitimam realça a necessidade e a indeclinabilidade de *proteção jurídica especial* a toda uma categoria de

indivíduos (= critério qualitativo dos beneficiários diretos), acomodando um feixe de obrigações vocalizadas como *jus cogens*. 10. Ao se proteger o hipervulnerável, a rigor quem verdadeiramente acaba beneficiada é a própria sociedade, porquanto espera o respeito ao *pacto coletivo de inclusão social imperativa*, que lhe é caro, não por sua faceta patrimonial, mas precisamente por abraçar a dimensão intangível e humanista dos princípios da *dignidade da pessoa humana* e da *solidariedade*. Assegurar a *inclusão judicial* (isto é, reconhecer a legitimação para agir) dessas pessoas hipervulneráveis, inclusive dos sujeitos intermediários a quem incumbe representá-las, corresponde a não deixar nenhuma ao relento da Justiça por falta de porta-voz de seus direitos ofendidos”. Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª REGIÃO), Rel., p/ acórdão Ministro Herman Benjamim, Primeira Seção, j. em 25.11.2009, DJe 27.09.2010.

Porquanto, a proteção desses vulneráveis em condições fáticas de vida adversas, os hipervulneráveis, sobrevêm como uma espécie de “superproteção”, para garantir a igualdade destes, frente aos bem estruturados fornecedores.

Denota-se então, a concretização do princípio da igualdade, tratando desigualmente os diferentes à exata medida de suas desigualdades.

Logo, em uma cognição onde todos os fatores que corroboram em reafirmar a vulnerabilidade do consumidor, estão de forma explícita positivados no ordenamento jurídico pátrio, não há que se falar em paridade das relações de consumo sem invocar a Lei em favor do consumidor, trazendo a este último, efeitos processuais como inversão do ônus da prova, verossimilhança dos fatos, entre outros.

DAS PRÁTICAS ABUSIVAS: CARACTERÍSTICAS GERAIS

Dada a vulnerabilidade intrínseca e natural do consumidor, o legislador buscou satisfazer essa fragilidade com a advinda da Lei de Defesa do Consumidor, contrabalanceando as relações desse mercado, de modo a evitar as tais práticas abusivas.

A definição da aludida prática, vem muito bem elucidada nas palavras do professor Tartuce (2018, p. 215):

Deve-se entender que constitui prática abusiva qualquer conduta ou ato em contradição com o próprio espírito da lei consumerista. Como bem leciona Ezequiel Morais, “prática abusiva, em termos gerais, é aquela que destoa dos padrões mercadológicos, dos usos e costumes (incisos II e IV, segunda parte, do art. 39 e art. 113 do CC/2002) e da razoável e boa conduta perante o consumidor.

Denota-se que não há necessidade de se comprovar a natureza dolosa do ato para ser considerado abusivo, basta que este se destoe daquilo que é razoável à prática de mercado, não há que se falar em má-fé. A prática abusiva se consubstancia pela verdade fática (natureza objetiva) sem a necessidade de comprovação de dolo ou culpa (natureza subjetiva).

Dessa forma, as instituições financeiras aproveitam a vulnerabilidade do consumidor, ainda que momentânea, para incutir de forma artificiosa cláusulas contratuais que se constituem abusivas, conforme o rol exemplificativo do artigo 39, do CDC, sem que o consumidor perceba, ou quando este percebe não tenha como recusar, sofre o abuso de forma velada.

Diante disso, o presente estudo, sem a pretensão de exaurir o tema, porém, busca explanar algumas das práticas mais usuais nos contratos de maneira, geral, e em especial, em contratos do tipo bancários.

VENDA CASADA

Em busca de comercializar seus produtos/serviços, fornecedores utilizam-se das mais variadas estratégias, parte destes fornecedores se socorrem das práticas abusivas, dentre elas a venda casada.

Encontra-se disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor, onde estabelece em seu artigo 39, que: “É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos [...] (BRASIL, 1990).

De acordo com a doutrina, “veda-se que o fornecedor ou prestador submeta um produto ou serviço a outro produto ou serviço, visando um efeito caroneiro ou oportunista para venda de novos bens.” (TARTUCE, 2018, p. 470).

Na visão de Siqueira, Mendes e Morong (2017, p. 491-496):

O instituto da venda casada, principalmente no que tange sua caracterização como prática abusiva em relação à venda de pipoca no cinema, fere um direito básico do consumidor, qual seja, a liberdade de escolha. Por outro lado, as empresas cinematográficas gozam da livre iniciativa, prevista na Constituição Federal. Nota-se que o legislador foi categórico, não restando dúvidas de que o consumidor não está obrigado a adquirir um produto ou serviço estipulado pelo fornecedor, para que possa obter o que de fato deseja. Lamentavelmente, mesmo sendo vedada pelo Código de Defesa do Consumidor, a venda casada ainda é muito praticada pelos fornecedores.

Quando o fornecedor impõe meios que condicionam a aquisição de produto ou serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, ele furta o poder de decisão e escolha do consumidor, situação em que o consumidor se vê compelido a adquirir algo que não deseja para satisfazer-lhe àquela que era sua primeira vontade.

Em outras palavras, esta prática se concretiza quando o destinatário final do contrato é induzido a contratar um seguro do bem contratado, por exemplo, na mesma instituição do contrato de alienação, condicionando o êxito da alienação à compra desse segundo produto.

Outra forma da mesma prática é quando a oferta de outro produto, muitas vezes acessório do contrato, vem de forma velada, entremeada, incutida artificialmente, no contrato principal, e, pela vulnerabilidade do consumidor ela se concretiza.

O tema já está pacificado pelos tribunais pátrios, do ponto de vista que:

“BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Turma 3. VENDA CASADA. NÃO CONFIGURAÇÃO. Há venda casada quando o fornecedor condiciona a aquisição de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, sendo prática abusiva e vedada no mercado de consumo (art. 39, I, do CDC)”. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp 1385375 / RS. Min. Relator Marco A. Bellize. 17 maio 2016.

A doutrina e os julgados convergem no mesmo raciocínio, E não há dúvidas quanto a configuração da venda casa como prática abusiva, que lesa o consumidor tolhendo seu direito de compra e acarretando-lhe prejuízo econômico.

O abuso esta contido no fato do fornecedor limitar o poder de escolha do consumidor para concomitantemente usufruir vantagem econômica indevida. Ainda que o produto da “venda casada” seja benéfico ao consumidor, sua aquisição deve ser voluntária, pois senão, o destinatário final estará fadado aos interesses do fornecedor, e não a sua livre escolha conforme seus proventos lhe garantem a liberdade econômica.

O professor Flávio Tartuce (2018, p.483) explica isso, citando a tese já pacificada no poder judiciário:

Também com sentido elucidativo, a afirmação n. 9 constante da Edição n. 74 da ferramenta Jurisprudência em Teses do STJ, segundo a qual “considera-se abusiva a prática de limitar a liberdade de escolha do consumidor vinculando a compra de produto ou serviço à aquisição concomitante de outro produto ou serviço de natureza distinta e comercializado em separado, hipótese em que se configura a venda casada.

O legislador positivou tal ação em lei ordinária, (Código de Defesa do Consumidor, artigo 39, inciso I), tornando a prática além de abusiva, antijurídica, para garantir a proteção à liberdade econômica do consumidor, o seu poder de escolha.

PREVALECER-SE DA FRAQUEZA OU IGNORÂNCIA DO CONSUMIDOR

Embora o tema abordado possa parecer algo já protegido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, o legislador optou por também positivar no diploma do Código de Defesa do Consumidor (1990) tal proteção.

Que vem positivada no artigo 39, inciso IV do diploma legal acima citado, onde preceitua:

É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:
IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.

Acredita-se que pela evidente fragilidade da pessoa humana nestas condições, o que pela doutrina é caracterizado como situação de hipervulnerabilidade, o legislador buscou “super-proteger” àqueles que são “super-vulneráveis”.

O que se vê é a aplicação do princípio da equidade, justificando uma maior proteção para estes à medida de suas desigualdades.

Ao tratar do tema, Tartuce (2018, p. 500) entende da seguinte forma:

Nesse contexto, “Efetivamente, e por diversas razões, há que se aceitar que o grupo dos idosos possui uma vulnerabilidade especial, seja pela sua vulnerabilidade técnica exagerada em relação a novas tecnologias (home-banking, relações com máquina, uso necessário da internet etc.); sua vulnerabilidade fática quanto à rapidez das contratações; sua saúde debilitada; a solidão do seu dia a dia, que transforma um vendedor de porta em porta, um operador de telemarketing, talvez na única pessoa com a qual tenham contato e empatia naquele dia; sem falar em sua vulnerabilidade econômica e jurídica, hoje, quando se pensa em um teto de aposentadoria único no Brasil de míseros 400 dólares para o resto da vida. A título de exemplo dessas dificuldades, é comum a venda para idosos de planos de previdência privada que nunca poderão ser usufruídos, por razões óbvias. Muitos dos idosos que celebram contratos como esses mal sabem o teor dos instrumentos que estão assinando.

Os tribunais pátrios são unânimes, fundamentando suas decisões sob o mesmo raciocínio doutrinário. A seguir:

“BRASIL. Câmaras Cíveis. Câmara Cível 9. O fornecedor responde pelos danos causados ao consumidor quando restar configurada a prática abusiva de venda, prevalecendo-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento, ou condição social. Resta configurado o dano moral, em razão da ofensa da boa-fé dos consumidores. O quantum indenizatório deve ser fixado dentro dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, observando-se as circunstâncias do caso concreto”. (TJ-MG – AC:10005110010377001MG, Rel. Pedro Bernardes, data de julgamento: 13/09/2017, Câmaras Cíveis/9ª CÂMARA CÍVEL, Data de publicação: 27/09/2017.

Está pacificado na doutrina e pelos tribunais nacionais, o entendimento que constitui prática abusiva, o fornecedor se prevalecer da fragilidade do agente ao qual está pactuando, e de forma indevida obter vantagem econômica.

O que se busca com esta norma é proteger não só os consumidores vulneráveis, mas também os hipervulneráveis, que por sua condição fática nem sequer podem perceber à abusividade que estão sofrendo.

Valendo-se de um princípio basilar do ordenamento jurídico, a equidade entre as partes, o legislador busca suprir a hipervulnerabilidade dessa espécie de consumidor, garantindo a estes que suas fragilidades não possam ser ignoradas pelos fornecedores, ou mais, que não sejam meios de fornecedores impetrarem prejuízos sobre eles.

APLICAR FÓRMULA OU ÍNDICE DE REAJUSTE DIVERSO DO LEGAL OU CONTRATUALMENTE ESTABELECIDO

Tendo como prática abusiva o reajuste ou aumento diverso do que fora contratado, ou ainda, a utilização de fórmulas e índices de reajustes distintos dos permitidos em lei, o inciso XIII do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor, atende ao que já está descrito em nossa Constituição Federal.

Sabe-se que a Constituição Federal do Brasil (1988) é a Lei soberana, a qual norteia as leis complementares. Pois bem, observar-se-á o disposto no artigo 173, §4º:

Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei, § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

De forma cristalina, o abuso do poder econômico é matéria da Carta Magna, o que não se torna um pleonismo jurídico, quando se vê a mesma proteção em um diploma legal diverso. O pretenso legislador

busca o cumprimento efetivo desta matéria, por isso positivar este instituto em legislação complementar específica.

No âmbito das leis infraconstitucionais, rompe-se a barreira do abstrato que a Constituição Federal possui, gerando norma infraconstitucional reguladora com todas as especificidades que o tema carece.

O dispositivo normativo que reprime o abuso arbitrário dos lucros no Código de Defesa do Consumidor está previsto no artigo 39, inciso XIII.

Importante trazer à baila o estudo feito por Souza, Verner e Neves (2018, p.142) onde apontam:

Da simples leitura do dispositivo se conclui que é admissível convencionar a correção dos preços ajustados, mediante a aplicação de índices que reflitam o desgaste inflacionário, para que se preserve o conteúdo econômico da obrigação pecuniária. A correção, portanto, não representa aumento do preço, limitando-se a devolver-lhe, o que dele retirou a inflação. Quem paga corrigido paga o mesmo, e quem paga sem correção paga menos. Diz-se, ainda, e com inteira razão, que a correção não é um plus e sim um minus que se evita. No Brasil a correção monetária foi um inteligente mecanismo criado para enfrentar e suportar a espiral inflacionária, que já atingiu, no passado, patamares apocalípticos. Mesmo em regime de inflação controlada é prudente convencionar a correção do valor da obrigação pecuniária, o que se alcança com o cálculo e divulgação de indexadores, tais como, por simples exemplos, o IGPM, o IPCA ou o INCC. O Código Civil de 2002 permite a correção do valor das obrigações pecuniárias, como se vê do artigo 317. Mitiga-se, assim, o princípio do nominalismo, o que preserva o conteúdo econômico da avença. O que se veda, no inciso XIII, é que se utilize o fornecedor de índice diverso do legal ou contratualmente ajustado, o que surpreenderia o consumidor, podendo desequilibrar a equação econômica do contrato. Também não poderá o fornecedor enunciar vários índices oficiais, ajustando que a cada mês se aplique o que se revelar mais elevado, prática que se tornou comum no passado, especialmente no mercado da locação do imóvel urbano, e que hoje não mais se tolera. Conclui-se, então, que é possível indexar os preços, para preservá-los da corrosão inflacionária, vedando-se, entretanto, que se aplique fórmula ou índice diverso do avençado no contrato ou não permitido pela lei, como é o caso da variação cambial ou da vinculação ao salário mínimo.

Logo, é razoável que o contrato deva ter cláusulas que determinem a forma de reajuste e os índices a ele aplicados, com informação clara, para que reste ao consumidor se preparar para o devido reajuste e não ser surpreendido por alguma pecúnia não prevista.

Por sua vez, não há que se falar em prejuízo ao fornecedor, o que a norma objetiva é justamente não permitir arbitrariedades nos reajustes. A responsabilidade de lucro é do fornecedor, mas ele não pode se valer de condutas antijurídicas para tal fim.

Deve sim, exercer seu poder financeiro de modo a calcular taxas legalmente previstas que não impeçam sua lucratividade, e desde o início contratá-las com o consumidor sem margem para obscuridades e arbitrariedades para vantagem econômica indevida.

CONCLUSÃO

Durante o estudo foi possível observar que mesmo após a celebração do Código de Defesa do Consumidor, através da Lei Federal nº 8.078/1990, portanto um interstício temporal de 29 anos, ainda depara-se, infelizmente, com um cenário de condutas antijurídicas, eivadas de má-fé por parte de alguns fornecedores com o objetivo de vantagem econômica indevida sobre o consumidor.

As práticas abusivas não estão dispostas no Código de Defesa do Consumidor de forma taxativa, e sim, exemplificativa. Ou seja, tais práticas são tipificadas principalmente pelo elemento subjetivo má-fé, logo, toda prática que esteja eivada de má-fé será tida como abusiva, ainda que não esteja descrita no referido diploma legal.

O estudo se propôs a analisar algumas práticas abusivas mais comuns praticadas pelos fornecedores nos contratos de ordem geral, com pequena ênfase no tipo bancário, no intuito de esclarecer ao consumidor, situações fáticas e cotidianas em que possam ter sido vítimas.

Observa-se que todo o aparato judicial contra esses abusos, não é suficiente, uma vez que, nesse nicho de consumidores analisados existem condições subjetivas que quase os obrigam a se submeter a tais práticas. Tomando como exemplo àqueles que estão endividados, os que não têm conhecimento daquilo

que estão contratando e ainda outros, que não veem qualquer oportunidade de negócio senão está a qual o lesa, porém, lhe satisfaz uma outra necessidade, que por ele (consumidor) é prioridade.

Conclui-se, que as práticas abusivas mais comuns cometidas pelos fornecedores em relações contratuais, inclusive em contratos bancários, ainda prevalecem de forma intensa, a exemplo da venda casada, e que todo o aparato legal e judicial contra esses abusos, não são suficientes para evitá-los de forma eficiente, uma vez que, no âmbito desta relação de consumo, existem condições subjetivas que quase os obrigam a se submeter a tais práticas. Logo, é certa a necessidade de uma política pública voltada a uma questão informacional dirigida à conscientização dos consumidores, no sentido de torná-los cientes de tais práticas abusivas e assim, promover ações visando coibir tais condutas, valendo-se, se necessário for, dos órgãos administrativos, legislativos e judiciais.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Luiz Fernando. Publicidade abusiva e proteção do consumidor idoso. São Paulo: Ed. ATLAS, 2013. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522480227/cfi/2!/4/4@0.00:55.8>. Acesso em: 02 abr 2019.

ALMEIDA, João Batista. Manual de direito do consumidor. São Paulo: Ed. SARAIVA, 2015, 268 p. Disponível em : <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616844/cfi/61!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 15 fev. 2019.

BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos. Cláusulas abusivas nas relações de consumo. São Paulo: Ed. REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2015.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Das Clausulas Abusiva. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078compilado.htm. Acesso em 18 maio 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal,1988.

BRASIL. Normas e padrões para trabalhos acadêmicos e científicos da Unoeste. Disponível em: <http://www.unoeste.br/site/biblioteca/documentos/Manual-Normalizacao.pdf?v=7>. Acesso em: 25 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Nº 931513 RS 2007/0045162-7, Relator . Ministro Carlos Fernando Mathias, 25 de novembro de 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16804625/recurso-especial-resp-931513-rs-2007-0045162-7/inteiro-teor-16804626?ref=juris-tabs>. Acesso em: 11 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Nº 1385375 RS 2016/015378-1, Relator Ministro Marco A. Bellize, 17 de maio de 2016. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;resp:2016-05-17;1385375-1537081>. Acessado em 26 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça. (10. Câmara Cível). Agravo de Instrumento. Nº 10056092029034001, 22 de abril de 2014. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120609840/agravo-de-instrumento-cv-ai-10056092029034001-mg/inteiro-teor-120609881?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Recurso Especial. Nº 0004357-52.2017.8.07.0003. Relatora Ministra Sandra Reves, 20 de março de 2018. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/558026249/20170310044765-df-0004357-5220178070003>. Acessado em 27 fev. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula. Nº 297, 17 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.2680&seo=1>. Acesso em: 06 maio 2019.

CHAVES, Silvia Fernandes. A vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor nas contratações eletrônicas. Barueri: Ed. MANOLE, 2015, 147 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520452288/cfi/168!/4/4@0.00:60.0>. Acessado em: 08 abr. 2019.

FILOMENO, J.G.B. Direitos do consumidor. 15. ed. rev., atual. e ref. São Paulo: Atlas, 2018.

GIL, Antônio Carlos. Métodos e Técnicas de Pesquisa Social. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUNES, Rizzatto. Curso de direito do consumidor. São Paulo: Ed. SARAIVA, 2019, 910 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553607532/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>. Acessado em: 11abr. 2019.

NUNES, Rizzatto. Curso de direito do consumidor. São Paulo: SARAIVA, 2017, 944 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600793/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 02 fev. 2019.

SCHMITT, Cristiano Heineck. Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Ed. ATLAS, 2014, 217 p.

SIQUEIRA, Marcela Diene Roque Ávila, MENDES, Sérgio Mirante, MORONG, Fábio Ferreira. O consumo da pipoca no cinema e a venda casada: breves considerações. *Colloquium Socialis*. Presidente Prudente, V. 01. P. 491-496. Jul/dez, 2017.

SOUZA, Sylvio Capanema de; WERNER, José Guilherme; NEVES, Thiago F. Cardoso. Direito do consumidor. Rio de Janeiro: Ed. FORENSE, 2018, 495 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530981273/cfi/6/2!/4/2@0:0>. Acessado em 23 abr. 2019.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito do consumidor. São Paulo: Ed. MÉTODO, 2018, 997 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530978426/cfi/6/18!/4/2/4@0:0>. Acesso em: 26 fev. 2019.

AUXÍLIO-RECLUSÃO

Gabriel Felipe Rodrigues Damaceno

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: gdamaceno99@yahoo.com.br

RESUMO

O objetivo do trabalho é falar sobre o auxílio-reclusão e seus cabimentos, destacando, porém que no momento em que referido artigo esta sendo realizado, resta em vigor a Medida Provisória 871/2019, válida a partir de 18/01/2019, medida esta que no alcance de sua competência, modificou derivados artigos da lei 8.213/91, sendo que alguns deles se refere especificamente ao tema que será proposto. Assim, é de bom tom mencionar que ao longo do texto serão feitas explicações e comparações de como era e como está o entendimento com o advento da MP 871/2019. O procedimento foi realizado de forma prática, com fulcro de coletar um número maior informação possível, verificando quais ocasiões se dará o benefício e quem será privilegiado com o mesmo. Os efeitos se mostraram através de análises bibliográficas, partindo do pré-disposto que a sociedade é mantenedora do Direito supra, devendo a ela ser emposta quando tiver direito.

Palavras-chave: Auxílio Reclusão, Segurados, Dependentes, Medida Provisória, Sociedade.

AID-SECLUSION

ABSTRACT

The objective of the work is to talk about the reclusion aid and its attachments, highlighting, however that at the time referred to article is being carried out, it remains in force the Provisional Measure 871/2019, valid from 18/01/2019, measure this that within the scope of its competence, modified derivatives articles of the law 8.213/91, being that some of them refers specifically to the theme that will be proposed. Thus, it is good tone to mention that throughout the text will be made explanations and comparisons of how it was how is the understanding with the advent of MP 871/2019. The procedure was carried out in a practical way, with the focus of collecting as much information as possible, verifying which occasions will be given the benefit and who will be privileged with it. The effects were shown through bibliographical analysis, starting from the precondition that the company is the maintainer of the above Law, and should be vested in it when it is entitled.

Keywords: Aid-seclusion, insured, dependent, provisional measure, society.

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira vem desde os primórdios passando por derivadas evoluções, o Direito Previdenciário estando interligado diretamente com o fim social é uma delas, pautando e delineando temas específicos em busca de uma melhor forma de tratamento para a sociedade como um todo.

Sem dúvida alguma o auxílio reclusão foi e ainda é alvo de constantes mudanças e críticas pelo nosso país, ao passo que em determinadas ocasiões foi tratado de forma errônea e discriminatória, pois falar em auxílio reclusão não se deve entender como meramente uma “esmola” que o Estado defere, e muito menos um benefício ao preso, como é geralmente interpretado por leigos, pois, como veremos o auxílio em pauta é um benefício aos dependentes do segurado preso, para que este de forma correta não sofra com a ausência do agente, que na grande maioria das vezes é o único meio de sustento de sua casa.

Assim, compreender o tema é de grande relevância, visto que o auxílio-reclusão se trata de uma grande oportunidade para os dependentes do segurado para que possam de maneira justa se compor perante a sociedade e obter uma vida digna. Porém, como será visto não é todo segurado que poderá pré-dispor deste benefício aos seus dependentes, e nem todo dependente, poderá usufruí-lo, pois, para que isso ocorra é necessário uma série de requisitos que serão pautadas ao longo do texto.

Desta forma pode-se dizer que o objetivo do presente texto foi explicitar os benefícios que o auxílio-reclusão traz para aqueles que o detêm e suas consequências jurídicas, pois, embora complexo em sua natureza é simples em sua essência.

MÉTODOS

Derivada disciplina será estabelecido por intermédio de emanadas análises complexas, em vários meios tais como as bibliografias, doutrinas, leis e jurisprudências sobre tal tema em questão, também para a fim de maior abrangência, foi realizado alguns encontros com profissionais da área (Professores de Direito Previdenciário) para melhor entender o tema e aprofundar a tese e conhecer novas teorias. Foi analisado, e formatado de forma precisa, com escopo de trazer maior compreensão e informação em respeito ao título proposto, trazendo as maiores novidades e mudanças que o assunto sofreu como decorrer do tempo.

RESULTADOS

O trabalho em tela, traz a tona o importante instituto reconhecido pelo direito previdenciário (auxílio-reclusão). O foco do trabalho foi tentar dirimir dúvidas recorrentes sobre o tema, pautando-se sempre pelas alterações concebíveis pela Medida Provisória 871/2019.

Em linhas gerais, o artigo foi sendo desenvolvido paulatinamente, agregando conteúdo e informações retiradas de jurisprudências e doutrinas. Após a introdução, o texto de forma simples e preciso, elencou primeiramente o conceito e a história do auxílio reclusão, a fim de que os leitores se adentrem no tema, não ficando perdidos ao decorrer do trabalho.

Mais a frente, fora sendo tratados as características do auxílio-reclusão, bem como informando quem são os agentes que faram jus ao benefício e o tempo de duração do mesmo.

Por fim, foi falado sobre as mudanças que ocorreram com intermédio da MP 871/2019, trazendo dizeres doutrinários para fim de melhor elucidação.

DISCUSSÃO

CONCEITO

O Auxílio-Reclusão se trata de um benefício diferenciado, pois distinto dos demais benefícios, este será destinado aos dependentes do segurado. Porém, fato importante a se mencionar é que este último (segurado) deverá estar recolhido na prisão, não podendo estar recendo salário de empregador, ou algum outro benefício, devendo ser considerado na época da prisão segurado de baixa renda. Devendo ainda ser verificado a dependência econômica por parte do agente que irá usufruir dos valores adquiridos.

Sendo portanto, um benefício previdenciário outorgado para as famílias daqueles que por via de um mandado de prisão, acha-se apreendido, ou recluso pelo nosso sistema penitenciário, como é devido nos termos da lei 8.213/91 e Decreto 3.048/99.

HISTÓRIA

O auxílio reclusão, desde muito tempo se encontra aos redores na vida cotidiana de muitos cidadãos, todavia, juridicamente nosso sistema passou a acata-lo por intermédio do Decreto 22.872, de 29 de Junho de 1933, sendo portando recepcionado pela nossa atual Constituição Federal de 1998.

Sobre o referido Decreto, devemos destacar seu artigo 63, em seu parágrafo único, que assim explana:

Art. 63. O associado que, não tendo família, houver sido demitido do serviço da empresa, por falta grave, ou condenado por sentença definitiva, de que resulte perda do emprego, e preencher todas as condições exigidas neste decreto para aposentadoria, poderá requerê-la, mas esta só lhe será concedida com metade das vantagens pecuniárias a que teria direito si não houvesse incorrido em penalidade.

Parágrafo Único. Caso o associado esteja cumprindo pena de prisão e tiver família sob sua exclusiva dependência econômica, a importância da aposentadoria a que se refere este artigo será paga ao representante legal da sua família, enquanto perdurar a situação de encarcerado.

Com o advento do tempo, várias alterações a respeito do tema foram sendo realizadas, se diz que o ano de 1934 foi um ano de extrema relevância ao tema, visto que no ano supra dois decretos foram

realizados a fim de regulamenta-lo, elencando a partir de então que aquele que estivera associado e fosse preso, teria o direito a receber o auxílio-reclusão, que vinha pressagiado por meio do Instituto de Aposentadoria de Pensões dos Bancários, requisitos que foram bem abordados em seu artigo 67:

Art 67. Caso o associado esteja preso, por motivo de processo ou cumprimento de pena, e tenham beneficiário sob sua exclusiva dependência econômica, achando-se seus vencimentos suspensos, será concedida aos beneficiários enquanto perdurar esta situação, pensão correspondente a metade da aposentadoria por invalidez e que teria direito, na ocasião da prisão.

Assim, fácil observar de onde e como se chegou ao status que encontramos atualmente, devendo ser salientado as definições de Castro e Lazzari (2009, p. 15):

É segurado da Previdência Social, nos termos do art. 9º e seus parágrafos do Decreto n. 3048/99, de forma compulsória, a pessoa física que exerce atividade remunerada, efetivada ou eventual, de natureza urbana ou rural, com ou sem vínculo de emprego, a título precatório ou não, bem como aquele que a lei define como tal, observadas, quando for o caso, as exceções previstas no texto legal, ou exerceu alguma atividade das mencionadas acima, no período imediatamente anterior ao chamado “período de graça”. Também é segurado aquele se filia facultativa e espontaneamente à Previdência Social, contribuindo para o custeio das prestações sem estar vinculado obrigatoriamente ao Regime Geral de Previdência Social, contribuindo para o custeio das prestações sem estar vinculado obrigatoriamente ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS ou a outro regime previdenciário qualquer.

E desta forma, se chega aos dias atuais, sendo o benefício pautado e delineado pela lei 8.213/1991, bem como pelo Decreto 3.048/99, trazendo regras e princípios determinantes para que seja concebido pelo dependente do segurado como será tratado mais a frente em próximos tópicos.

BAIXA RENDA

Observa-se que não é somente preencher os requisitos acima para obter o benefício, pois, ainda é necessário que o segurado na época do fato seja considerado de baixa renda, sendo atualmente entendido aquele que não possua rendimentos superiores a R\$ 1.364,43 (um mil trezentos e sessenta e quatro reais e quarenta e três centavos). O segurado de baixa renda será analisado conforme o artigo 13 de emenda constitucional 20/1998, onde se referia que o segurado de baixa renda seria o agente que não recebe-se na época um rendimento superior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), que no qual deveria, bem como foi, atualizados conforme a previdência estipulasse, sendo que atualmente consiste no valor já mencionado (R\$1.364,43).

Sobre o tema baixa renda, assim elenca o Suprema Tribunal Federal, por meio de Recurso Extraordinário:

PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. ART. 201, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LIMITAÇÃO DO UNIVERSO DOS CONTEMPLADOS PELO AUXÍLIO-RECLUSÃO. BENEFÍCIO RESTRITO AOS SEGURADOS PRESOS DE BAIXA RENDA. RESTRIÇÃO INTRODUZIDA PELA EC 20/1998. SELETIVIDADE FUNDADA NA RENDA DO SEGURADO PRESO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. I - Segundo decorre do art. 201, IV, da Constituição, a renda do segurado preso é que a deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício e não a de seus dependentes. II - Tal compreensão se extrai da redação dada ao referido dispositivo pela EC 20/1998, que restringiu o universo daqueles alcançados pelo auxílio-reclusão, a qual adotou o critério da seletividade para apurar a efetiva necessidade dos beneficiários. III - Diante disso, o art. 116 do Decreto 3.048/1999 não padece do vício da inconstitucionalidade. IV - Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF - RE: 587365 SC, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 25/03/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO).

Sabendo disso, devemos analisar de qual forma será verificada, ou melhor como irá ser averiguado se o segurado preso recebia a época da prisão o montante estabelecido acima, assim, a regulamentação da caracterização da baixa renda do segurado preso veio descrito pelo artigo 80 da Lei 8.213/91, alterando o metido do Decreto 3.048/99, deixando de utilizar como forma de parâmetro o último salário de

contribuição antes da prisão e adotando a média dos 12 últimos salários de contribuição antes do recolhimento prisional (MPV 871).

RAZÃO SOCIAL

Referido benefício tem o escopo de fazer com que a saída do segurado de seu emprego, em razão da prisão, não deixe seus dependentes a mercê da sorte, desta forma, como já dito o benefício não se trata de auxílio ao preso e sim daqueles que dependam dele no momento da prisão, logo, o motivo pelo qual o segurado venha a ser preso não interferirá no acolhimento ao auxílio.

Assim, o que vale é garantir aos dependentes a sua sustentação pelo período do fato gerador.

Uma questão de grande dúvida e polemica se verifica sobre aqueles indivíduos maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos, se a eles valerá ou não a condição de “segurado”, a isso a doutrina é condizente em dizer que haverá nesses casos uma equiparação à condição de recolhido à prisão a situação do maior de dezesseis e menor de dezoito anos de idade que se encontre internado em estabelecimento educacional ou congênere, sob custódia do Juizado da Infância e da Juventude.

PERÍODO DE CARÊNCIA

O Período de Carência deve ser considerado como o número ínfimo de meses pagos pelo segurado ao INSS, para os mesmos, bem como seus dependentes desfrutem do direito de vir a receber um benefício.

Muito se discute a teor do início da carência, mas é fato expor que começará a ser computada a depender do tipo de atividade exercida e quando veio a ocorrer a filiação do ato, sendo suas pré determinações descritas na Lei 8.213/91, mais precisamente em seus artigos 24 a 27 da Lei 8.213/91.

Logo, o art. 24, da lei supra nos que: “Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências”.

Desta forma, fica evidente que para a permissão do benefício de auxílio reclusão, assim como alguns outros benefícios, tais quais, pensão por morte ou salário família, pouco importa o período de carência, em razão que sua concessão independe da mesma, não necessitando de um tempo específico a fim de o benefício seja concretizado, dizeres estes definidos no artigo 26 da lei em comento, devendo apenas o recluso comprovar a existência dos demais requisitos necessários.

Entretanto, é de bom tom mencionar que como já exposto anteriormente, resta em vigor a medida Provisória 871/2019, que no qual por meio desta, resultou derivadas alterações, sendo este ponto um desses, o qual será explicitado mais a frente.

DEPENDENTES DO SEGURADO

O auxílio reclusão é um benefício previdenciário que no qual será pago não ao segurado, mas sim para seus dependentes, quando o segurado vier ser preso. Para que ocorra o deferimento do supra benefício é necessário se ater para alguns requisitos essenciais.

Primeiramente analisa-se, que o benefício recairá aos dependentes do segurado, dependentes estes que estão elencados no artigo 16 e seguintes da lei 8.213/91, subdivididos em três classes, como se verifica a seguir:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave.

Devendo ser entendido que a primeira classe (inciso I) a dependência é presumida, logo não sendo preciso a comprovação de sua dependência para com o segurado, já por sua vez, os demais incisos (II e III), para que haja a concessão do benefício será necessário a comprovação de que estes dependiam economicamente a época da prisão.

Logo, os dependentes que se encontrem em mesma classe disputam em condições paritárias, ocorrendo aqui como bem dito o rateio do valor almejado pelos dependentes.

Possuindo dependentes em classe superior de qualquer das classes deste artigo, exclui do direito às prestações os das classes inferiores. Equiparam-se aos filhos mediante declaração escrita do segurado e desde que comprovada a dependência econômica o enteado e o menor que esteja sob sua tutela e não possua bens suficientes para o próprio sustento e educação. O menor sob tutela, somente poderá ser equiparado aos filhos do segurado mediante apresentação de termo de tutela.

A dependência econômica das pessoas da classe I é presumida e a das demais deve ser comprovada, salvo o equiparado ao filho (tutelado e enteado) que devem comprovar a dependência econômica.

Os dependentes do segurado desta forma, serão todos aqueles que sistematicamente dependam economicamente do segurado a época do fato gerador, tal qual no momento do recolhimento prisional, sendo agentes que mesmo não contribuindo diretamente a custear a seguridade, fazem jus ao benefício em tela, em razão ao grau de parentesco e afeto com o segurado.

Devendo destacar, que não comporta extensão interpretativa, ou seja, o rol é taxativo. Não existe a possibilidade de designação de pessoas pelo segurado como seu dependente, exceto é claro enteado menor tutelado que equipará a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

INÍCIO DO BENEFÍCIO

Como todo benefício existente, para que seja concedido o auxílio em questão, algumas observações deverão ser tomadas, ao propositar com a expedição do benefício, visto que não existe um prazo ou forma única de requerê-lo.

Assim, pode-se dizer que será devido a partir da efetiva prisão do segurado, desde que o dependente a requeira no prazo de até noventa dias desta, podendo ser a partir da data do requerimento, se o pedido for estabelecido depois de trinta dias.

Uma importante menção que se faz sobre o início do benefício é sobre sua concessão em relação aos dependentes menores ou incapazes, a esses a doutrina tem-se entendido que começará a ser contada do momento em que o segurado vier a ser de forma correta recolhido ao sistema prisional, não importando aqui o dia em que se foi requerido o auxílio.

E por fim, o Auxílio-reclusão será devido a contar da data do efetivo recolhimento do segurado à prisão, se requerido até trinta dias depois desta, ou da data do requerimento, se posterior.

REQUISITOS PARA CONCESSÃO E MANUTENÇÃO DO BENEFÍCIO.

Aqui será tratado de pontos específicos, de forma a ser entendido de quais serão todos os condões necessários a fim de que possa ser auferida a concessão do auxílio-reclusão, assim, a primeira compreensão do tema (embora já tratada anteriormente), diz que o segurado deve ser considerado de baixa renda, não podendo no momento da prisão estar recebendo benefícios como auxílio doença, ou aposentadoria, ou abono de permanência, nem mesmo estar recebendo pagamento de seu antigo patrão.

Outro ponto forte ao tema, se diz a respeito quanto a dependência (dependência esta monetária) que se tem os dependentes em relação ao segurado, aqui é importante expor que a verificação da dependência entre os agentes será feita, observando a época do fato da prisão, assim, pode-se dizer que há uma preexistência de dependência econômica, logo, a partir do momento em que este segurado esta recluso/preso, e venha a se casar (dependente encontrado no artigo 16 da lei 8.21/91) este não fara jus ao benefício, ao passo que não possuía dependência econômica no momento do fato gerador.

Pode-se dizer, ao efetivar o pedido do auxílio reclusão, deverá o dependente possuir consigo, objeto que comprove o devido recolhimento do segurado à prisão, objeto este sendo uma certidão que será firmada pela autoridade competente.

Se a afirmação obtida por meio da carcerária quando foi solicitado o benefício, admitir a identificação cabal do segurado recluso, não será preciso a apresentação de demais documentos. Todavia, sendo imperioso a demonstração desses documentos, caberá a identidade requerê-los.

De forma, trimestral será necessário que o dependente apresente ao INSS, comprovação de que o segurado ainda permanece em estabelecimento prisional, fazendo isso, através de documentação expedida pela unidade em que o segurado se encontra.

Iguala-se à condição de preso à prisão, aquele que obtiver idade entre 16 e 18 anos que foi a época do fato da idade internado em órgão conhecido como estabelecimento educacional, estando sob cuidados neste momento pelo Juizado de Infância e da Juventude.

A partir do momento em que o agente/segurado se encontrar em liberdade, caberá aquele que estiver em sua responsabilidade expor de forma célere a apresentação de alvará de soltura. Isso ocorre, pois, será a partir deste momento em que ocorrerá a cessação do benefício – como será melhor explicado mais adiante – para que não ocorra por obvio o recebimento indevido do auxílio a aquele agente.

Em algumas situações, poderão ser deparadas com ocorrências de fugas, transferências, liberdades prisionais por esses agentes, que se encontram na condição de segurados, nesses momentos, ficará o dependente ou responsável por ir até órgão competente (INSS), a fim de que seja solicitado a paralisação imediata do benefício, isso não significa que havendo nova prisão não poderá o mesmo solicitar o benefício novamente.

Por fim, em se tratando dos requisitos é de bom tom asseverar que a cota do Auxílio-reclusão será rateada igualmente aos dependentes da mesma classe.

DURAÇÃO DO BENEFÍCIO

Assim como a pensão por morte o auxílio-reclusão possui uma duração variável, isso ocorre, pois sua permanência não se dará de forma ininterrupta, pois o tempo em que o segurado gozará da mesma irá depender de alguns requisitos, tais quais idade e o tipo do beneficiário.

Para o(a) cônjuge, o(a) companheiro(a), o(a) cônjuge divorciado(a) ou separado(a) judicialmente ou de fato que recebia pensão alimentícia, sua duração será de 4 meses contando da época/fato do óbito, mas para que isso ocorra algumas características deveram ser analisadas como:

A) Se o segurado falecer contribuindo com menos de 18 parcelas ou;

B) Se o casamento ou união estável se iniciou em menos de 2 anos antes do falecimento do segurado.

Entretanto, esse período poderá ser maior, poderá ser aumentado, mas para que isso ocorra é necessário:

A) Que o óbito ocorra depois de vertidas 18 contribuições mensais pelo segurado e pelo menos 2 anos após o início do casamento ou da união estável; ou

B) Que o óbito decorra de acidente de qualquer natureza, independentemente da quantidade de contribuições e tempo de casamento/união estável.

Essas são as previsões elencadas no artigo 77 da Lei 8.213/91, onde em suas alíneas irá traçar que possuindo o cônjuge todos esses requisitos acima, o tempo em que o benefício perdurará em sua vida, irá depender da idade e que o mesmo possui, como elenca o artigo em comento:

Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais.

V - para cônjuge ou companheiro:

a) se inválido ou com deficiência, pela cessação da invalidez ou pelo afastamento da deficiência, respeitados os períodos mínimos decorrentes da aplicação das alíneas “b” e “c”;

b) em 4 (quatro) meses, se o óbito ocorrer sem que o segurado tenha vertido 18 (dezoito) contribuições mensais ou se o casamento ou a união estável tiverem sido iniciados em menos de 2 (dois) anos antes do óbito do segurado;

c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável:

1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade;

2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade; 3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade;

4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade;

5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade;

6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade.

Em se tratando dos inteiramente incapazes, o benefício será devido enquanto durar a deficiência ou invalidez, respeitando-se os prazos mínimos exigidos

Depois de 3 (três) anos, da publicação da Lei 13.135/2015 (18.6.2015), averiguando ainda o acréscimo ínfimo de um ano completo na média nacional única, para ambos os sexos, correspondente à expectativa de sobrevivência da população brasileira ao nascer, poderão ser fixadas, em números inteiros, novas idades quanto à duração dos benefícios, em ato do Ministro de Estado da Previdência Social, limitado o acréscimo na comparação com as idades anteriores ao referido incremento.

REGIME PRISIONAL

Para falar sobre o tema, será preciso fazer uma observação, visto que durante a realização de referido trabalho, está em vigor a medida provisória 871/2019, bem como já foi apontado. Desta forma passaremos a dispor e como se dava a concessão (em relação a esta característica) antes da MPV 871/2019.

Assim, para que haja o deferimento do referido benefício aos crimes anteriores a vigência da MPV 871/2019, o regime prisional do segurado poderia ser tanto o semiaberto como o fechado, o que de fato foi alterado, visto que no artigo 80 da lei 8.213/91, é claro ao afirmar que somente será concedido o benefício aos dependentes do segurado se este último ao tempo da prisão estiver cumprindo pena em regime somente fechado, assim é observado:

Art. 80. O auxílio-reclusão será devido nas condições da pensão por morte, respeitado o tempo mínimo de carência estabelecido no inciso IV do caput do art. 25, aos dependentes do segurado de baixa renda recolhido à prisão em regime fechado, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, pensão por morte, salário-maternidade, aposentadoria ou abono de permanência em serviço.

Logo, observa uma maior rigidez, a teor da medida provisória 871/2019, delimitando a possibilidade para obtenção do auxílio reclusão.

CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO

Agora será tratado as formas de cessação do benefício, pois como já fora observado não é um auxílio perpetuo, assim, suas formas de extinção são variadas como:

- A) Pelo falecimento do segurado, visto que é através dele que o benefício é adquirido;
- B) Quando o segurado que estiver preso sair da prisão, pois agora aquele dependente, terá de volta o agente que poderá manter suas condições básicas;
- C) Quando o agente dependente, perde esta qualidade, seja pela condição de idade ou mesma a perda da deficiência.

Aqui, deve ser lembrado a existência do direito de crescer, ocorrendo em caso de perda da qualidade de dependente, nesses casos, havendo mais de um beneficiário do auxílio-reclusão, o montante que faz referência a esta parte, será redirecionada aos demais dependentes da mesma classe.

NOVIDADES COM MEDIDA PROVISÓRIA 871/2019

As inovações advindas pela MP 871/2019, valendo-se da data de 18/1/2019, é que se o segurado preso estiver em gozo de salário-maternidade ou de pensão por morte o auxílio-reclusão não poderá ser estabelecido em prol dos seus dependentes.

Contudo tudo isso foi alterado pela MP 871/2019, instituiu que deverá ser apostado às prisões a contar de 18/01/2019.

Como bem explana Frederico Amado (ano 2019, Direito Previdenciário e Assistencial para Concursos do INSS, P. 8/9):

A regulamentação da caracterização da baixa renda do segurado preso passou a constar do artigo 80 da Lei 8.213/91, modificando a sistemática do Decreto 3.048/99, restando abandonado o critério do último salário de contribuição antes da prisão e adotando a média dos 12 últimos salários de contribuição antes do recolhimento prisional. Eis os dispositivos inseridos no artigo 80 da Lei 8.213/91: “§ 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se segurado de baixa renda aquele que, na competência de recolhimento à prisão tenha renda, apurada nos termos do disposto no § 4º, de valor igual ou inferior àquela prevista no art. 13 da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, corrigido pelos índices aplicados aos benefícios do RGPS. § 4º A aferição da renda mensal bruta para enquadramento do segurado como de baixa renda ocorrerá pela média dos salários de contribuição apurados no período de doze meses anteriores ao mês do

recolhimento à prisão”. Embora o critério de aferição de baixa renda seja mais justo, pois reflete a média dos salários de contribuição dos últimos 12 meses antes da prisão, ainda existem brechas que permitem manter a citada jurisprudência do STJ, pois não restou regulada a situação do segurado que não possui 12 salários de contribuição antes da prisão. Isso porque é possível que o segurado esteja no período de graça de 24 ou 36 meses no momento da prisão ou mesmo esteja em gozo de auxílio-doença por mais de 12 meses (com a segregação prisional, o auxílio-doença será suspenso) ou mesmo se auxílio-acidente e não tenha salário de contribuição registrado no último ano antes da prisão. Daí que, acaso o STJ mantenha a linha jurisprudencial, em inexistindo salário de contribuição nos últimos 12 meses antes da segregação prisional, certamente vai considerar o segurado sem renda e determinará a concessão do benefício do auxílio-reclusão aos seus dependentes.

Ainda continua dizendo que:

Suponha-se que um segurado tenha sido preso na pendência de ação estadual de investigação de paternidade no Juízo de Família ajuizada por um suposto filho menor. Neste caso, o infante poderá requerer a habilitação provisória no benefício de auxílio-reclusão, sendo reservada a sua cota-parte pelo INSS, evitando prejuízos ao Erário de pagamento em duplicidade acaso haja o reconhecimento da qualidade de dependente. Acaso a dependência seja negada, serão liberados os valores reservados aos demais dependentes, com a incidência da correção monetária. O mesmo se aplica na hipótese de ajuizamento de ação judicial para o reconhecimento de união estável perante o INSS como incidente processual, na hipótese em que o pedido principal da ação seja a concessão do auxílio-reclusão. Importante: O auxílio-reclusão dispensava sempre a carência, a teor do artigo 26, I, da Lei 8.213/91, tendo sido frustrada a tentativa da MP 664/2014 de inserir carência, pois não aprovada na Lei 13.135/2015. No entanto, a inserção de período de carência de 24 contribuições mensais para o auxílio-reclusão é fruto da MP 871/2019 (essa tentativa já foi feita pela MP 664/2014 e foi derrubada no Congresso Nacional no ano de 2015 na lei de conversão 13.135), operando-se somente para prisões a contar de 18/1/2019 (lei do tempo rege o ato jurídico). ... Considerando que o auxílio-reclusão possui carência de 24 recolhimentos mensais para ser deferido (MP 871/2019 – prisões a partir de 18/1/2019), nota-se que sempre será realizado o requisito das 18 contribuições mensais, pois, por óbvio, todo segurado que cumpriu a carência de 24 recolhimentos mensais terá antes realizado o pressuposto do cumprimento das 18 contribuições. Importante: Uma importante novidade surgiu com o advento da MP 871/2019 (art. 76, §3º, da Lei 8.213/91), aplicável ao auxílio-reclusão, que é pago nas mesmas condições da pensão por morte. É que, na hipótese de o segurado preso estar, na data de seu falecimento, obrigado por determinação judicial a pagar alimentos temporários a ex-cônjuge, ex-companheiro ou ex-companheira, o auxílio-reclusão será devido pelo prazo remanescente na data do óbito, caso não incida outra hipótese de cancelamento anterior do benefício” (para prisões a partir de 18/1/2019). ... A certidão judicial e a prova de permanência na condição de presidiário poderão ser substituídas pelo acesso à base de dados, por meio eletrônico, a ser disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça, com dados cadastrais que assegurem a identificação plena do segurado e da sua condição de presidiário (novidade da MP 871/2019). ... Importante: Com razoabilidade, a Medida Provisória 871/2019 previu que não será devido o auxílio-doença para o segurado recluso em regime FECHADO (esta regra não engloba regime aberto ou semi-aberto), tendo em vista que o preso estará sob a proteção do Estado, que deverá atender às suas necessidades básicas e tem custos que a sociedade já arca. (Direito Previdenciário e Assistencial para Concurso do INSS, pag. 9/10).

Como pode ser visto, muitas foram suas mudanças, que referida Medida Provisória abarca devendo os profissionais que atuam na área se atentar no momento de sua prolatação.

Portanto, fato é de se expor que o instituto do auxílio-reclusão, é de extrema relevância dentro do âmbito social, pois no teor de sua grandeza protege e auxilia famílias, que necessitam da ajuda do Estado, sendo umas das maiores contribuições que fazem jus a sociedade, como um benefício contraprestativo, com o objetivo de assegurar na íntegra o princípio da dignidade da pessoa humana, amparando os dependentes do segurado, trazendo a estes uma qualidade mesmo que ínfima para sua existência.

AGRADECIMENTOS

É com orgulho que finalizo este trabalho, ao qual foi feito com muito carinho e esforço, possuindo desde o início um foco que no qual se dava em esclarecer aos leitores a problemática da situação, suas complexidades, bem como a relevância do conteúdo para com a sociedade.

Como grande contribuinte para à elaboração do presente artigo, destaca-se os Professores de direito Previdenciário, pelo qual usando de suas majestosas aulas explicaram e apontaram sobre o tema, trazendo a este aluno que ora escreve, profunda pretensão de conhecer mais sobre o assunto e delinear por meio destas suas descobertas.

Dedico este trabalho aos meus pais, que sempre apoiaram e incentivaram minhas iniciativas e decisões.

Mãe, a sua fé inabalável e a forma como compreende as pessoas me inspiram.

Pai, você é um exemplo de força para mim, sua presença me traz segurança.

A minha namorada, que foi meu alicerce nesses cinco anos.

Aos meus irmãos que sempre estiveram ao meu lado nos momentos mais difíceis.

E a Deus, que sempre esteve olhando por mim lá de cima.

O autor declara não haver qualquer potencial conflito de interesse que possa interferir na imparcialidade deste trabalho científico.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, L. Livro de Direito Previdenciário. Disponível em: <https://livrodireitoprevidenciario.com/auxilio_reclusao/> Acesso 15/06/2019.

ALVES, Hélio Gustavo. Auxílio-reclusão: Direito dos presos e de seus familiares. 2d. São Paulo: LTr, 2017.

AMADO, F. Direito Previdenciário e Assistencial para Concursos do INSS. Editora Juspodivim. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/64b5cf33bbc3661fcd8b5a65f9d5ed1d.pdf> > Acesso em : 05/07/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 587365. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Santa Catarina, 2009. JusBrasil. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14714801/recurso-extraordinario-re-587365-sc>>_v Acesso em: 05/07/2019.

FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, L. Dreito da Seguridade Social. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2005.

AMBIEL, A. C. et al. Agrupamento de acessos e cultivares de três espécies de Brachiaria por RAPD. Acta Scientiarum, Maringá, v. 30, n. 4, p. 457-464, 2008. Disponível em: . Acesso em: 09 dez. 2008. <https://doi.org/10.4025/actasciagron.v30i4.5298>

BLOCOS ECONÔMICOS: UNIÃO EUROPEIA.

Fabiola Soares De Melo, Ana Augusta Rodrigues Westin Ebaid

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: fabiola.fah.melo@hotmail.com.

RESUMO

O objetivo deste estudo foi compreender acerca do funcionamento dos blocos econômicos, principalmente no tocante a União Europeia, um dos mais bem-sucedidos ajuntamentos de Estados que influenciou o surgimento até mesmo do Mercosul (Mercado Comum do Sul), que o Brasil faz parte.

Com a internacionalização, cada vez mais a união econômica e social beneficia o desenvolvimento Estatal em vários aspectos, como na expressão popular, “a união faz a força”.

O presente artigo visa auxiliar a compreensão deste bloco econômico de uma forma sentilha, que proporcione uma visão que englobe o direito internacional, cessão da soberania estatal e o funcionamento desta magnífica união.

Palavras-chave: blocos econômicos, União Europeia, internacionalização, união econômica, soberania.

ECONOMIC BLOCKS: EUROPEAN UNION

ABSTRACT

The aim of this study was to understand about the functioning of the economic blocs, especially with regard to the European Union, one of the most successful assemblages of states that influenced the emergence of even the Mercosur (Southern Common Market), which Brazil is part of.

With internationalization, economic and social union increasingly benefits state development in many ways, as in the popular expression, “union makes the gallows”.

This article aims to help the understanding of this economic bloc in a way that provides a vision that encompasses international law, the assignment of state sovereignty and the functioning of this magnificent union.

Keywords: economic blocs, European Union.

INTRODUÇÃO

Desde o princípio das primeiras civilizações organizadas o ser humano possui uma necessidade de viver em comunidade, deixando de viver como nômade para se aglomerar, evoluindo até a forma de sociedade atual.

Cada uma dessas mudanças podem ser motivadas pelo surgimento de novas necessidades que precisam ser supridas, sendo que, atualmente a necessidade predominante tem caráter econômico.

Durante essa evolução sempre existiu a necessidade de relacionamento entre grupos diferentes, que atualmente são as relações extra estatais, principalmente com o crescimento do capitalismo e conseqüentemente um comércio globalizado.

A revolução industrial influenciou estritamente na atual globalização, dando um salto de produtividade e consumo (demanda), alcançando uma escala global.

As inovações tecnológicas de meios de transporte, comunicação e localização também foram facilitadoras do grande salto industrial e consumista.

A habilidade de capitalizar no mercado global e explorar recursos globais dependeu de novas formas de transporte. Melhorias no transporte afetaram todos os tipos de produção industrial. A movimentação eficiente e barata de mercadorias foi instrumento do fornecimento dos suprimentos necessários para o aumento da produção e para a satisfação da demanda do mercado necessária para sustentá-lo. Essas mudanças tecnológicas ocorreram em um contexto global. (GOUCHER; WALTON, 2008, p. 55)

Dentro dessa nova esfera, surgiu a necessidade de união e aumento de relações entre Estados visando fortificação da economia e crescimento interno, dessa forma, alguns Estados, todos eles sendo soberanos, tendo em vista sua fragilidade sedem parte de sua soberania para auto-fortalecimento. Dessa maneira surgindo relações e dessas relações surgem blocos econômicos, que basicamente são facilidades comerciais ou sociais.

Essas uniões foram um marco pós guerra fria, principalmente com o surgimento da União Europeia como modelo, segundo Henrique Altemani de Oliveira e Antônio Carlos Lessa (2006, pg. 7):

O fim da guerra fria engendrou novas idéias, novas esperanças, novas percepções. Parecia substituir o mundo da segurança pelo do comércio, promotor da riqueza das nações. Parecia introduzir a governabilidade global em detrimento do Estado nacional.

Ante o exposto, surgiu uma necessidade de estudo das relações extra estatais, principalmente as ligadas com diferentes blocos econômicos, pois dessa forma se entende não somente a soberania, mas como tal cessão influencia a perpetuação e desenvolvimento de um Estado.

METODOLOGIA

O presente estudo será desenvolvido a partir do levantamento biográfico, seguindo o método dialético-dedutivo, com o emprego de pesquisa à diferentes legislações, doutrina, tratados internacionais, notícias, entre outros.

DISCUSSÃO

Existem várias justificativas para a para a formação destes blocos, uma delas foi o crescimento do capitalismo (pós-Guerra Fria), ou até mesmo a Guerra fria, outro motivo foi a descolonização dos países africanos, latino-americanos, entre outros, dessa forma, aumentando o regionalismo existente.

Os blocos econômicos são mercados regionais (formado por diferentes países) que tem como objetivo estimular suas economias, sendo a eliminação de obstáculos comerciais um de seus instrumentos.

São exemplos dessa eliminação as preferências aduaneiras (vantagens aduaneiras), a tarifa aduaneira comum (união aduaneira, mercado comum - zona onde se unifica as tarifas de importação e exportação dentro do seu território para determinados produtos ou até mesmo a extinção das tarifas aduaneiras, assim recebendo o mesmo tratamento fiscal), entre outras.

Tais blocos não possuem objetivos apenas econômicos (bens e/ou serviços), mas também sociais e políticos, como a livre circulação de pessoas.

Atualmente, identifica-se quatro diferentes tipos de blocos econômicos, sendo eles a Zona de Livre Comércio (redução total ou parcial de tarifas aduaneiras em relação aos Países que fazem parte de tal bloco), a união aduaneira (confluência da Zona de Livre Comércio com a fixação de uma Tarifa Externa Comum), o mercado comum (eliminação de tarifas e total livre circulação de bens, pessoas, mercadorias, capitais...) e a união econômica e monetária (moeda única com uma livre circulação de dinheiro).

Segundo o doutrinador Ricardo Seitenfus (2013, pg. 160):

Há integração entre diferentes Estados quando, de forma duradoura, são adotadas políticas econômicas comuns, mormente comerciais, com o objetivo de diminuir os entraves ao intercâmbio intrazona e diferenciá-lo dos vínculos estabelecidos com os Estados que se situam extrazona.

Dentre principais blocos econômicos a União Europeia foi o primeiro modelo bem-sucedido de integração, servindo de modelo para a formação do MERCOSUL (Mercado Comum do Sul).

Para chegar ao ponto de cooperação que está, a União Europeia passou por diversas modificações, sendo sua formação justificada pelas dificuldades geradas após a 1ª e 2ª Guerra Mundial, bem como, a Guerra Fria.

De BENELUX em 1943 com apenas 3 países integrantes, passou a ser uma potência, com a participação de 28 países (27 com a possível saída do Reino Unido).

Tabela 1. Países parte da União Europeia em ordem alfabética

Países parte da União Europeia			
Alemanha	Dinamarca	Grécia	Malta
Áustria	Eslováquia	Hungria	Países Baixos
Bélgica	Eslovénia	Irlanda	Polónia
Bulgária	Espanha	Itália	Portugal
Chéquia	Estónia	Letónia	Reino Unido
Chipre	Finlândia	Lituânia	Roménia
Croácia	França	Luxemburgo	Suécia

Fonte: Dados obtidos no site oficial da União Europeia - Europa.eu (https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_pt)

Este modelo provem de diversos tratados internacionais, que faziam unificações, fusões e ampliações, sendo o Tratado de Maastricht de 1992, que criou a atual União Europeia, bem como o Tratado de Lisboa de 2007, que deu a forma que atualmente possui.

El Tratado de Maastricht crea la UE, una nueva entidad (formalmente), sin personalidad jurídica internacional basada en las CCEE, y en la CE como espina dorsal, pero también en dos pilares de cooperación intragubernamental: PESC y la CAJI. [...]

En Maastricht, entre otras cosas, se amplía el ámbito competencial comunitario, con atribución de nuevas competencias a la CE, se crea una ciudadanía de la Unión para todas las personas que ostente la nacionalidad de un Estado miembro.(FERNÁNDEZ et al, 2018, pg.43).

Este bloco é um ente político que possui personalidade jurídica internacional, tendo como objetivos a cessão da soberania dos países membros em favor da União, bem como todos os valores relacionados a dignidade humana e desenvolvimento econômico, entre outros.

Para compreender tal cessão da soberania necessita-se compreender o significado da palavra soberania, que neste cenário possuiu um importante papel nas relações intracomunitárias.

Tal palavra expressa um sentido sempre associado com poder, sendo que atualmente tem várias ligações com princípios, de acordo com Kleber Couto Pinto (2013, pg. 66):

No âmbito externo, a soberania e seu exercício podem ser sentidos nas relações que o Estado mantém com os demais Estados. Nesse aspecto, nenhum Estado pode interferir nos assuntos internos dos demais. Na ordem internacional, os Estados se comprometem com o respeito mútuo, com o princípio da autodeterminação dos povos, da igualdade entre os Estados, e com o princípio da não intervenção, dentre outros. Pressupõe, desta forma, um não agir do Estado em respeito aos demais.

Para outros doutrinadores, bem como Liliana Lyra Jubilut (2010, pg. 33):

Tradicionalmente, a definição jurídica de soberania é ser o poder de dizer o Direito dentro de determinado território. Desse modo, tem-se que a soberania apresenta uma dupla face: (1) a face interna que trata da relação entre o Estado e seus cidadãos – na medida em que aquele regulamenta as relações entre esses, dado que delimita os poderes individuais e o poder a que cada cidadão deve obedecer, ou seja, a autonomia, e (2) a face externa que trata da exclusão de qualquer outro poder semelhante dentro de um determinado território, isto é, da relação entre o Estado soberano e os demais Estados, ou seja, a independência. A face externa da soberania separa, assim, o interno do externo sendo indispensável para o Direito Internacional, tendo em vista que esse ramo do Direito tinha, em seus primórdios, a função exclusiva de reger as relações entre os Estados.

O direito espanhol também disserta sobre o assunto e a conotação Até mesmo para o direito espanhol e seus doutrinadores a palavra soberania expressa poder, segundo Antonio Remiro Brotóns et al (2007, pg. 135):

La soberanía del Estado implica, hacia el exterior, la capacidad para participar directamente en las relaciones internacionales en condiciones de independencia - esto es, adoptando libremente las propias decisiones en el marco de las normas y obligaciones internacionales del Estado - e igualdad jurídica - *par in parem non habet imperium* - pese a las diferencias en orden político, económico, social, cultural o de cualquier otra especie que puedan darse entre los Estados.

Existem várias teorias acerca da soberania, sendo classificadas em grupos de sentido teórico ou racionalista.

As teorias teológicas se originam da religião, sendo o poder estatal relacionado ao poder de deus/deuses e entregue a realeza, dessa forma a reis e rainhas tem uma posição de superioridade a plebe (qualquer pessoa que não seja nobre).

Para Juliana Neuenschwander Magalhães (2016, p.38/39):

Na formulação teológica da ideia de poder divino (soberano) encontra-se presente a noção de realeza, ou seja, de poder secular, como um atributo a mais do poder divino: “E o Senhor será rei sobre toda a terra; naquele dia um será o Senhor, e um será o seu nome” (Zacarias, 14, 9). Do mesmo modo, mas de forma especular, assim como o poder de Deus, na Idade Média, é tal que não se restringe às coisas do céu, também o poder dos reis, na modernidade, passa a ser interpretado como supremo na medida em que tem sua origem no poder divino. Em ambas as descrições, a teológica, que quer apontar a superioridade do poder divino, e a política, que quer indicar a exclusividade do poder mundano soberano (porque fundado na vontade de Deus), o recurso para a justificação destas características está, no campo da religião, no universo político e, no campo político, no universo religioso.

Segundo Kleber Couto Pinto (2013, pg. 67):

As primeiras doutrinas que a questão da fonte ou origem do poder e seu exercício é dogmática, ou seja, empregam determinada crença espiritual em relação à titularidade do poder, sua origem e seu exercício. Assim, a justificação em relação à legitimidade do exercício desse poder deve ser aceita sem nenhum questionamento, seja de que ordem for.

Dentre estas, destacam-se as teorias do direito divino sobrenatural e do direito divino providencial. O poder é divino, portanto, não cabe qualquer questionamento humano ou no mundo real. O poder emana de Deus e por ele é exercido através de representante na terra e ponto final.

Já segundo a tese racionalista, ocorre uma análise racionalizada do poder, focando seu estudo no funcionamento e realidade.

Dividindo o estudo da soberania em diferentes grupos de análise, sendo elas a teoria da soberania absoluta do rei (poder do rei), teoria da soberania popular (poder provem do povo), teoria da soberania nacional (base no Estado e na ideia da nação), teoria da soberania do Estado (natureza jurídica da soberania), teoria institucionalista (poder exercido pelas instituições estatais) e teoria negativista da soberania (manda quem tem mais poder).

Alguns conceitos precisam ser destrinchados, pois podem ser considerados ramificações da Soberania e do estado em si.

Um deles é o conceito de nação, pois conforme o doutrinador Alexandre de Moraes, “*Nação*: agrupamento humano, em geral numeroso, cujos membros, fixados num território, são ligados por laços históricos, culturais, econômicos e linguísticos” (2017,pg. 223).

Comunidade pode ser um sinônimo de nação pois existe uma escolha livre, baseada em afeição e emoção.

Para outros, esse conceito pode ser considerado mais amplo:

Nação: termo nação é entendido como o povo homogêneo, como o conjunto de nacionais no sentido estrito. Estariam fora desse conceito, portanto, os estrangeiros. Não desfrutariam estes dos direitos políticos relativos à soberania. [...]

é exatamente esta a característica que difere a teoria da soberania popular da teoria da soberania nacional. Na primeira, o poder tem origem e exercício no homem indistintamente, nacionais e estrangeiros; na segunda, o poder soberano origina-se na nação. (PINTO, 2013, pg. 69)

A palavra soberania também pode estar ligada com o conceito de federação, sendo que Federação é uma forma de estado que cada um de seus integrantes abrem mão de uma parte de sua soberania para formar um único Estado, com autonomia e limitado por uma Constituição Federal. Um belo exemplo dessa forma é o Brasil, também chamado de República Federativa do Brasil, que possui em sua Constituição Federal a soberania como fundamento, sendo ela considerada cláusula pétrea.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

(BRASIL, 1988)

Ser considerada cláusula pétrea significa que não pode ser abolida, ou seja, não pode ser cancelada, o art. 60, §4, da Constituição Federal disserta sobre tal assunto:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

(BRASIL, 1988)

Tal palavra de origens derivadas do latim, italiano e até mesmo do francês, tem um significado mais amplo, é um poder estatal, que influencia não só a política como também o direito.

Em qualquer direito, de qualquer Estado existente tem a soberania como símbolo de poder estatal que influencia a política e o direito, um exemplo e o direito espanhol que considera a soberania como:

La soberania es el conjunto de competencias atribuidas al Estado por el DI, ejercitables en un plano de independencia e igualdad respecto de los otros Estados. Su manifestación más importante en las relaciones internacionales es la capacidad de los Estados para obligarse con otros y empeñar su responsabilidad internacional en caso de incumplimiento (BROTÓNS et al, 2007, pg. 127).

A União Europeia é o único bloco econômico que possui uma união econômica, política, com livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços, dinheiro, com um sistema de mercado comum de aplicação de leis em todos países membros, com uma moeda comum entre outros.

Dentro deste território existe o emprego de uma única moeda (união monetária, denominada de zona euro - moeda oficial em 19 dos 28 países membros).

A União Europeia é, atualmente, a *única* organização supranacional existente, o que é devido ao fato de estar dotada de um poder *superior* ao das autoridades estatais dos seus respectivos Estados-membros. Na supranacionalidade, os Estados transferem parte de suas competências legislativas para um órgão supranacional que, de acordo com um princípio de competência por atribuição, aprova regulamentos e diretivas que se aplicam uniformemente (e com primazia) em todo o espaço da União Europeia. Pode-se dizer que a característica mais marcante das organizações supranacionais é o poder que elas têm de criar seu próprio direito (suas próprias regras jurídicas) e de aplicá-lo direta e imediatamente aos seus Estados-membros, sem a necessidade de ser implementado internamente, por meio de espécies normativas conhecidas pelo Direito interno, como uma lei, um decreto, um regulamento etc (MAZZUOLI, 2019, pg. 576).

Quando se fala em União Europeia não se pode confundir com o Espaço Schengen (também denominada zona Schengen), pois nem todo Estado membro faz parte do espaço, dessa forma, possuindo políticas de livre circulação de pessoas.

Tabela 2. Países integrantes da União Europeia e do Espaço Schengen em ordem alfabética

Países parte da União Europeia	Países parte do Espaço Schengen
Alemanha	Alemanha
Áustria	Áustria
Bélgica	Bélgica
Bulgária	Chéquia
Chéquia	Dinamarca
Chipre	Eslováquia
Croácia	Eslovénia
Dinamarca	Espanha
Eslováquia	Estónia
Eslovénia	Finlândia
Espanha	França
Estónia	Grécia
Finlândia	Hungria
França	Islândia
Grécia	Itália
Hungria	Letónia
Irlanda	Liechtenstein
Itália	Lituânia
Letónia	Luxemburgo
Lituânia	Malta
Luxemburgo	Noruega
Malta	Países Baixos
Países Baixos	Polónia
Polónia	Portugal
Portugal	Suécia
Reino Unido	Suíça
Roménia	
Suécia	

Fonte: Dados obtidos no site oficial da União Europeia - Europa.eu (https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_pt)

A zona Schengen (também denominada espaço Schengen) foi criada em 1985 e é um espaço sem fronteiras internas, onde qualquer cidadão europeu ou de outros países podem circular sem a existência de sem controle fronteiriço, tendo seu controle focado nas fronteiras externas.

Com isso, pode-se observar uma cooperação política, econômica e jurídica.

Em relação a união jurídica, denominada também como direito comunitário, faz que dentro dos Estados membros se apliquem dois diferentes tipos de direito, o direito interno que são suas leis próprias e o direito comunitário, que são as leis que são aplicadas com preferência em todos que fazem parte.

La libre y voluntaria manifestación del consentimiento de los Estados de ser miembros de la Unión Europea y, en consecuencia, de obligarse por todos los Tratados constitutivos y por los actos de las Instituciones produce la atribución de competencias internas en favor de la UE. Esta atribución, en determinadas materias, y su ejercicio efectivo por las Instituciones, es el punto de partida de la existencia del ordenamiento jurídico de la Unión.

La pertenencia de un Estado a la UE produce una distribución de competencias entre el Estado miembro y la Unión; el Estado se reserva un conjunto de competencias bajo su soberanía y, por tanto, regidas por el Derecho nacional. Pero en materias cedidas rigen los Tratados y los actos de las Instituciones o derecho derivado. Luego, los ordenamientos jurídicos coexisten en el interior de cada Estado miembro (MARTÍN; NOGUERAS, 2016, pg. 409).

Tais leis são aplicadas em todos os membros de maneira prioritária e uniforme criando direitos e obrigações a seus assinantes, bem como, um sistema de reconhecimento de decisões judiciais que pode até ser realizado automaticamente entre tais países, visando assim, uma maior cooperação e harmonia jurídica.

Dentro da União Europeia existem assuntos polêmicos, sendo a saída do Reino Unido do rol de integrantes uma delas.

Chamado de BREXIT (British Exit) tal saída esta nas telas desde 2016, mas até o presente momento ainda não foi concluída, pois mesmo com a ativação do art. 50 do Tratado de Lisboa, necessita-se de um novo tratado com os termos da saída.

Artículo 50 - 1. Todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión.

2. El Estado miembro que decida retirarse notificará su intención al Consejo Europeo. A la luz de las orientaciones del Consejo Europeo, la Unión negociará y celebrará con ese Estado un acuerdo que establecerá la forma de su retirada, teniendo en cuenta el marco de sus relaciones futuras con la Unión. Este acuerdo se negociará con arreglo al apartado 3 del artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Consejo lo celebrará en nombre de la Unión por mayoría cualificada, previa aprobación del Parlamento Europeo.

3. Los Tratados dejarán de aplicarse al Estado de que se trate a partir de la fecha de entrada en vigor del acuerdo de retirada o, en su defecto, a los dos años de la notificación a que se refiere el apartado 2, salvo si el Consejo Europeo, de acuerdo con dicho Estado, decide por unanimidad prorrogar dicho plazo.

4. A efectos de los apartados 2 y 3, el miembro del Consejo Europeo y del Consejo que represente al Estado miembro que se retire no participará ni en las deliberaciones ni en las decisiones del Consejo Europeo o del Consejo que le afecten.

La mayoría cualificada se definirá de conformidad con la letra b) del apartado 3 del artículo 238 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

5. Si el Estado miembro que se ha retirado de la Unión solicita de nuevo la adhesión, su solicitud se someterá al procedimiento establecido en el artículo 49 (UNIÃO EUROPEIA, 2010)

O Reino Unido já não fazia parte da zona euro e do Espaço Schengen, sendo essas algumas razões que o levou a tal interesse de saída.

CONCLUSÃO

Os blocos econômicos surgiram como uma resposta ao crescimento do capitalismo e a necessidade de relações internacionais para fomentar os próprios mercados internos, sendo que a União Europeia foi o primeiro bloco e um dos mais importantes.

Seu estudo auxilia na compreensão outras uniões, como até mesmo a NAFTA (Tratado Norte-Americano de Livre Comércio) ou o MERCOSUL (Mercado Comum do Sul).

Tais uniões permitem um impulsionamento econômico e social de seus países integrantes, pois existe uma redução de tarifas e uma facilidade de locomoção dentro de seus membros (no caso da União Europeia existe uma livre circulação de pessoas).

No sentido jurídico, existe uma cessão de soberania por parte dos Estados membros em prol da União, dessa forma, existindo uma primazia do direito comunitário em relação as leis internas e próprias de cada membro. Este, é um sistema único que prega igualdade entre os integrantes.

Em nenhum outro modelo de bloco ocorre esse fenômeno de cessão, inclusive o uso de uma moeda única na maioria de seus integrantes.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que me deu a vida e me iluminou durante essa caminhada e a minha mãe Maria Aparecida Soares, que sem ela nada seria possível.

Agradeço também aos professores Maria Victoria Cuartero Rubio e Professor Jose Manuel Velasco Retamosa por ter me influenciado a escrever sobre assuntos relacionados ao direito internacional.

REFERÊNCIAS

BERMÚDEZ, Ana Carla. Entenda diferenças entre União Europeia, zona do euro e Schengen. Guia do Estudante. 2016. Disponível em: <https://guiadoestudante.abril.com.br/estudo/entenda-as-diferencas-entre-uniao-europeia-zona-do-euro-e-espaco-schengen/>. Acesso em: 17 junho 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em não conhecer da reclamação. Recurso Extraordinário - reclamação 11.243.Reclamante: República Italiana, Reclamado: Presidente da República, Interessado: Cesare Battisti.Relator: Ministro Gilmar Mendes.Brasilia/DF: 08 de junho de 2011.Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1495257>. Acesso em: 27 maio 2019.

BROTÓNS, Antonio Remiro; CORTADO, Rosa Riquelme; CALATAYUD, Esperanza Orihuela; DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier; DURBÁN, Luis Pérez-Prat. Derecho Internacional. 1ª edição. Valência/ES: Editorial Tirant Lo Blanch, 2007.

CUNHA, da, Paulo Ferreira. *Teoria geral do Estado e ciência política*. 1ª edição. São Paulo/SP: Saraiva Educação, 2018.

DIAS, Reinaldo. *Relações internacionais: introdução ao estudo da sociedade internacional global*. 1ª edição. São Paulo/SP: Atlas, 2010.

D'URSO, Flavia. *A Crise da Representação Política do Estado: Perspectivas da Soberania em Carl Schmitt, Michel Foucault e Giorgio Agamben*. 1ª edição. Barueri/SP: Editora Manole LTDA, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 31ª edição. Editora Saraiva, São Paulo/SP, 2012.

European commission. Schengen Area. [200-?]. Disponível em: https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen_en. Acesso em: 08 junho 2019.

Espanha. Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea. C 83/13. Data: 30 de março de 2010. Diário Oficial de la Unión Europea. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (BOE). Disponível em: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf>. Acesso: 21 junho 2019.

FERNÁNDEZ, Joaquín Alcaide; RAIGÓN, Rafael Casado; VARGAS, Marycruz Arcos; GARCÍA-REVILLO, Miguel García; ROJAS, Manuel Hinojo; MARTÍNEZ, Magdalena M.ª Martín; FRÍAS, de, Ana Salinas; GÓMES, Eva M.ª Vázquez. Curso de derecho de la Unión Europea. 3ª edição. Madrid/ES: Editorial Tecnos, 2018.

GOUCHER, Candice; WALTON, Linda. *História Mundial: Jornadas do Passado ao Presente*. 1ª edição. Porto Alegre/RS: Artmed® Editora S.A, 2018.

JUBILUT, Liliana Lyra. *Não Intervenção e Legitimidade Internacional*, 1ª edição. São Paulo/SP: Saraiva, 2010.

MAGNOLI, Demétrio. 1958, *Relações internacionais: teoria e história*. 2ª edição. São Paulo/SP: Saraiva, 2013.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *Formação do conceito de soberania: História de um paradoxo*. 1ª edição. São Paulo/SP: Saraiva, 2016.

MARTÍN, Aanceli Mangas; NOGUERAS, Diego J. Liñán. Instituciones y Derecho de La Unión Europea. 9ª edição. Madrid/ES: Editorial Tecnos, 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 12ª edição. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 2019.

MELO, Fabíola Soares de Melo. Soberania Estatal no Cenário Globalizado: Possíveis Conflitos Jurídicos Criados Dentro dos Grandes Blocos Econômicos. Trabalho de iniciação científica apresentado ao CPDI. Projeto de trabalho de conclusão do curso de direito que será apresentado até outubro de 2019. UNOESTE. Presidente Prudente/SP, 10 junho de 2019.

MORAES, de, Alexandre. *Direito Constitucional*. 33ª edição. São Paulo/SP: Atlas, 2017.

MOTA, Carlos Esplugues; MORENO, Guillermo Palao; CALABUIG, Rosario Espinosa; MASIÁ, Enrique Fernández; ALEMANY, Felipe Garín. Derecho del comercio internacional. 8ª edição. Valência/ES: Editorial Tirant Lo Blanch, 2015.

OLIVEIRA, de, Henrique Altemani. *Relações Internacionais do Brasil: Temas e Agendas - Vol.1*. 1ª edição. São Paulo/SP: Saraiva, 2006.

PENA, Rodolfo F. Alves. "O que é Bloco Econômico?"; *Brasil Escola*. 2019 Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/geografia/o-que-e-bloco-economico.htm>. Acesso em: 08 junho 2019.

PICAZO, Paloma García. Teoría Breve de Relaciones Internacionales ¿ una anatomía del mundo?. 5ª edição. Madrid/ES: Editorial Tecnos, 2017.

PINTO, Kleber Couto. *Curso de teoria geral do estado: fundamento do direito constitucional positivo*. 1ª edição. São Paulo/SP: Atlas, 2013.

ROSS, Jurandyr L. Sanches. Geografia do Brasil. 5ª edição. São Paulo/SP: Editora da Universidade de São Paulo, 2005.

SANTOS, Marcelo Rodrigues; FERREIRA, Pedro Cavalcante; PESSÔA, Samuel. Globalização e revolução industrial. 2015. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/conhecimento/conjuntura-economica/globalizacao-e-revolucao-industrial/>. Acesso em: 27 maio 2019.

SEITENFUS, Ricardo. *Relações Internacionais*. 2ª edição. Barueri/SP: Editora Manole Ltda, 2013.

SILVA, Alexandre Pereira. Os princípios das relações internacionais e os 25 anos da Constituição Federal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília/DF: Senado Federal. a.. 50. n. 200. p.15-32. out. - dez. 2013.

União Europeia. Países. [200-?]. Disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_pt. Acesso em: 08 junho 2019.

União Europeia. Países que usam o euro. [200-?]. Disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/euro/which-countries-use-euro_pt. Acesso em: 08 junho 2019.

União Europeia. Reino Unido. [200-?]. Disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/countries/member-countries/unitedkingdom_pt#brexit. Acesso em: 18 junho 2019.

CASAMENTO DO MENOR DE 16 ANOS NO CÓDIGO CIVIL: ATENDE A PRESERVAÇÃO DA FAMÍLIA?

Alexandre Silva Azevedo, Pedro Teófilo De Sá.

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: ale_azevedo10@outlook.com

RESUMO

Este artigo objetiva analisar se a proibição do casamento do menor de 16 anos, instituída pela decretação da Lei nº 13.811, de 12 de março de 2019, atende a preservação da família, constitucionalmente prevista. O artigo teve como norte pesquisas doutrinárias, análise de leis e da Constituição Federal de 1988, haja vista a pertinência e atualidade do assunto, de modo que foi necessário fazer uma rápida abordagem histórica do casamento, da família e a condição do menor perante o Estatuto da Criança e do Adolescente, para, por fim, verificar o tema na Constituição Federal, em decorrência da mudança do artigo 1.520 do Código Civil. Após a análise e o confronto com o princípio da preservação da família, verificou-se que a alteração legislativa infraconstitucional não pode ser sustentada diante da realidade social contemporânea.

Palavras-chave: Menor, casamento, preservação da família.

MARRIAGE OF MINOR UNDER 16 IN THE CIVIL CODE: MEETS THE PRESERVATION OF THE FAMILY?

ABSTRACT

This article aims to analyze whether the prohibition of marriage of children under 16 years, instituted by the decree of Law No. 13.811, of March 12, 2019, meets the preservation of the family, constitutionally provided for. The article was guided by doctrinal research, analysis of laws and the Federal Constitution of 1988, given the relevance and timeliness of the subject, so it was necessary to take a quick historical approach to marriage, family and the condition of the minor before the Statute of the Child and Adolescent, to finally verify the theme in the Federal Constitution, due to the change of article 1.520 of the Civil Code. After analyzing and confronting with the principle of family preservation, it was found that the law below the constitution legislative change cannot be sustained in the face of contemporary social reality.

Keywords: Minor, marriage, family preservation.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição de 1988 a formação e a preservação da família passaram a receber atenção especial do Estado, nesse aspecto acabou considerando a família com a base da sociedade, culminando no reconhecimento da união estável em entidade familiar, através do casamento.

De acordo com o Código Civil, existe a idade mínima para o casamento, chamada de idade núbil, qual seja, 16 anos de idade. Porém, o mesmo Código trouxe exceção para o casamento do menor, desde que atendidas às exigências legais, dentre elas o suprimento do consentimento quando não houvesse concordância dos pais.

Em alguns casos, quando a menor estivesse grávida, era possível aplicar a exceção à proibição do casamento antes da idade núbil.

Porém, em 12 de março de 2019 foi editada a Lei nº 13.811, que alterou substancialmente o teor do art. 1.520 do Código Civil, apresentando uma mudança rigorosa. Trata-se da proibição, em qualquer caso, do casamento de quem não tenha atingido a idade núbil, revogando a única exceção para o caso de gravidez.

A partir desse novo cenário, é preciso analisar o teor da referida lei, que alterou o artigo do Código Civil, se ela privilegia ou confronta com o Direito Constitucional, no que toca à preservação da entidade familiar, prevista no artigo 226, considerando a família a base da sociedade, além de ser ter especial proteção do Estado.

Para a análise do contexto apresentado deve-se estudar todo o contexto histórico do casamento e da família, em relação a seus conceitos e modelos, a fim de compreender o desenvolvimento e as mudanças vivenciadas na atualidade.

Ao fazer o estudo, há de se analisar o casamento do menor como entidade familiar prevista no artigo 226, §3º² da Constituição Federal, e a condição do menor perante o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O presente trabalho tem como objetivo analisar se a proibição do casamento do menor de 16 anos, instituída pela Lei nº 13.811, de 12 de março de 2019, atende a preservação da família, prevista no art. 226, §3º da Constituição Federal, considerando a condição do menor no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

METODOLOGIA

O método utilizado para o desenvolvimento deste artigo será o dedutivo, pautado em pesquisas de doutrinas e análise da legislação.

MENORIDADE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A menoridade é tratada no Código Civil de 2002, principalmente em seu artigo 5º, *caput*, onde aduz que a menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Nery (2014) explica que com a idade de 18 anos completos a pessoa atinge a maioridade plena, adquirindo capacidade de exercício, isto é, capacidade plena para praticar todos os atos da vida civil.

De acordo com Gagliano e Filho (2016), na ausência da capacidade de exercício tem-se a incapacidade civil, denominada capacidade de direito, seja absoluta ou relativa, significa dizer simplesmente uma capacidade genérica que afeta o poder de discernimento, por isso, o menor de 16 anos será representado pelo responsável legal (exatamente por ser absoluta a incapacidade), ao passo que, o maior de 16 anos e menor de 18 será assistido por seu representante (já que a capacidade é relativa).

No Código Civil de 1916 a menoridade cessava-se aos 21 anos, já o atual Código antecipou para 18 anos. Gonçalves (2018) ensina que o legislador entendeu que os jovens de hoje amadurecem mais cedo, em decorrência das circunstâncias da vida contemporânea, com os modernos meios de comunicação, incluindo-se os recursos de informática, que conduzem a uma precoce formação cultural e a uma prematura experiência de vida, o que justifica a redução contemporânea.

Além da previsão da capacidade, pode ser encontrado, no Código Civil de 2002, no art. 5º, § único I a V³, outra forma do fim da incapacidade, a emancipação (legal ou voluntária), tornando a pessoa plenamente capaz de praticar todos os atos da vida apesar da idade.

Nery (2014) ensina que a emancipação será legal por expressa determinação da lei, já a voluntária por concessão de ambos os pais, ou por sentença do juiz. Portanto, o Código traz duas modalidades a respeito do fim da menoridade: ao completar 18 anos e pela emancipação.

Registra-se um recorte epistemológico no tópico da emancipação, exatamente por não ser o foco central deste trabalho, mesmo considerando o fato de que o casamento do menor, analisado sob a ótica do tema proposto, passa pela emancipação.

Após algumas linhas sobre a menoridade, é indispensável que seja analisado o casamento no Código Civil atual.

CASAMENTO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 aborda o casamento minuciosamente, ou seja, praticamente narra os ditames para a sua celebração. Cabe observar que o casamento, considerado a entidade familiar mais tradicional regulada pelo Direito, ainda é previsto no atual Código como uma das únicas formas de constituir a família.

²Art. 226, § 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

³Art. 5º, § único. Cessará, para os menores, a incapacidade: I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II - pelo casamento; III - pelo exercício de emprego público efetivo; IV - pela colação de grau em curso de ensino superior; V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

É preciso ponderar o fato de que o Código Civil é feito para uma época, porém, a sociedade vem passando por constantes evoluções, basta lembrar as novas formas de constituição da família que podem ser admitidas, mesmo sem previsão no Código, mas com suporte na Constituição Federal de 1988.

HISTÓRICO

O casamento, trazido pelo Código Civil atual segue a esteira da origem Romana, e se sedimenta no direito brasileiro. Venosa (2017) explica que a origem da família Romana é instaurada pela identidade de culto, e não pela união pelo sangue; O *Pater* (pai) exercia a chefia da família por ser o orientador maior dos cultos. Naquela época, a mulher, durante a infância e a puberdade, era subordinada ao pai, e somente após o casamento ao marido.

Além do casamento religioso, visto como sagrado e com solenidades, Venosa (2017) apresenta outros a exemplo o da *Coemptio*: uma modalidade de *mancipatio* caracterizada por negócios de compra e venda, onde a mulher era comprada por quem exercia o pátrio poder e o *usus*, que era caracterizado pela submissão da mulher ao poder do marido, decorrido um ano de convivência.

Nesse contexto, Gonçalves (2016) explica que o ascendente comum vivo e mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz, visto que comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça. Portanto a família era, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional.

Observa-se que o casamento romano incentivava a procriação de filhos, para a continuação da celebração dos cultos, chegando a impor perdas e danos patrimoniais aos solteiros e aos casados sem filhos (VENOSA, 2017).

Nesse diapasão, Diniz (2019) aponta como uma das finalidades do casamento a procriação dos filhos, sendo uma consequência lógico-natural e não essencial do casamento.

Entretanto, no período da República, o chamado casamento *sinemanu*, ganhou grande efeito, exatamente por desonerar a mulher dos vínculos estreitos com a família do marido, tendo a lei reconhecido, sem qualquer outra exigência, nem mesmo a convivência. Posteriormente, o Cristianismo transformou o casamento, o que antes estava sendo denominado no sentido de posse, passou a ser denominado um sacramento (VENOSA, 2017).

No sentido de um casamento sagrado, Gonçalves (2016) contempla que os homens não poderiam dissolver a união realizada por Deus (*quod Deus conjunxit homo non separet*).

Pode observar-se que, independente do contexto histórico, o casamento sempre existiu e continua existindo contemporaneamente como forma constituição da entidade familiar, conforme prevê a Constituição Federal de 1988. A partir dessa formação faz nascer direitos e deveres entre as partes, haja vista tratar-se de negócio jurídico que não prescinde das formalidades legais.

FAMÍLIA

Para muitos, a família é a primeira célula de organização social da humanidade. Porém, com o passar do tempo seu conceito vem sendo modificado, como se verá mais a frente, principalmente à luz do Direito.

Diniz (2019) apresenta três conceitos fundamentais do vocábulo família: a amplíssima, a lata e a restrita. No sentido amplíssimo, o termo abrange todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluíros estranhos. A lata abrange, além dos cônjuges ou companheiros e de seus filhos, os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins. E a restrita é a família presente na Constituição Federal de 1988 no art. 226, §§ 1º e 2º⁴, como sendo o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, simplesmente os cônjuges e a prole, ao passo que, a entidade familiar na visão do art. 226, §§3º e 4º⁵, é a comunidade formada pelos pais que vivem em união estável, ou por qualquer dos pais e descendentes, a chamada família monoparental.

Gonçalves (2016) aduz no mesmo diapasão que *lato sensu*, o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção, compreendendo os cônjuges e os companheiros, os parentes

⁴Art. 226, § 1º. O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

⁵Art. 226, § 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

e os afins. Entretanto, a lei em geral se refere à família como um núcleo mais restrito, constituídos pelos pais e a sua prole, embora esta não seja essencial à sua configuração.

Nesse mesmo caminho, Farias e Rosenthal (2019), em uma concepção mais contemporânea e plural do Direito das Famílias, aliado a própria evolução da família, afirma ser um conjunto de normas-princípios e normas-regras jurídicas que regulam as relações decorrentes do vínculo afetivo, mesmo sem casamento, tendentes à promoção da personalidade humana, através de efeitos pessoais, patrimoniais e assistenciais.

De fato, até chegar nesse conceito jurídico atual, a família, ao longo do tempo, passou por inúmeras mudanças, tanto em conceito, quanto na sua própria composição.

HISTÓRICO DA FAMÍLIA

Engels *apud* Venosa (2017) esclarece que no grupo familiar das civilizações primitivas não haviam relações individuais, ou seja, as relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo. Entretanto, sempre a mãe era conhecida, mas se desconhecía o pai, permitindo afirmar que a família teve de início um caráter matriarcal, onde a mãe educava e alimentava a criança.

A formação da família monogâmica apareceu após as relações entre homens e mulheres de diferentes tribos, passando a constituir as relações individuais.

No Direito Romano a instituição da família formou-se do poder paternal ou marital, de modo que o *Pater* (pai) exercia o poder sobre a mulher, sobre os filhos e sobre os escravos, onde todos eram unidos para a perpetuação do culto familiar, surgindo, então, o afeto. Logo, a família romana se resumiria no casamento e no autoritarismo, que deu origem ao pátrio poder, ou hoje denominado poder familiar.

Para Gonçalves (2016), nesse mesmo sentido, o *pater familias* (pai de família) exercia sobre os filhos o direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), portanto, podia vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido.

Portanto, toma-se como ponto de partida o modelo patriarcal, hierarquizado e transpessoal da família, decorrente das influências da Revolução Francesa sobre o Código Civil brasileiro de 1916. Naquela ambientação familiar, necessariamente matrimonializada, imperava a regra “até que a morte nos separe” (FARIAS e ROSENVALD, 2019).

No Direito Canônico, com os ideais do cristianismo, se impôs que as famílias somente seriam constituídas por cerimônia religiosa, condenando as uniões livres. Durante a idade média as relações regiam-se exclusivamente pelo casamento religioso, o único conhecido (GONÇALVES, 2016).

Entretanto, no período da pós-modernidade, o romantismo ganha mais forças, de modo que se nota a família como sinônimo de afeto, onde o principal objetivo era a procriação visando os fatores econômicos de produção.

Farias e Rosenthal (2019, pág. 36) aduzem:

Funda-se, portanto, a família pós-moderna em sua feição jurídica e sociológica, no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade deles. Essência os referenciais da família contemporânea.

Com a Revolução Industrial surgiu um novo modelo de família, não mais como unidade de produção, mas com um âmbito espiritual, desenvolvendo valores morais, afetivos, espirituais e de assistência recíproca entre seus membros.

Para Venosa (2017), a industrialização transformou drasticamente a composição da família, com o homem indo para a fábrica e a mulher para o mercado de trabalho. Essa nova posição social dos cônjuges acabou gerando mais conflitos, somados as pressões econômicas, a desatenção e o desgaste das religiões tradicionais, o que fez aumentar o número de divórcios.

Pode-se perceber a evolução da família ao longo da história, de modo que, até nos dias atuais é possível notar o reflexo da população nas muitas civilizações. Com o passar do tempo, a humanidade foi evoluindo, o que interferiu fundamentalmente para uma constante inovação no Direito de Família.

O Código Civil de 1916 ao abordar a Família destacou o matrimônio como principal forma de constituição, não permitindo o divórcio. Para a época, a família era somente instituída pelo casamento civil, tendo como principal característica uma família hierarquizada e patriarcal.

Prevalecia a Supremacia do homem, considerado o responsável financeiro do lar, deixando a mulher em situação de submissão. Tal visão fica mais clara com a ideia trazida de que o indivíduo menor de 21

anos necessitava do consentimento de ambos os pais para se casar, porém havendo discordância, prevalecia a vontade paterna.

Atualmente a sociedade aceita uniões sem casamento, fazendo a legislação seguir as transformações sociais, acarretando mudanças significativas para a área jurídica. Outra evolução, diz respeito a casais homoafetivos, que, com o passar do tempo, passou a ter o reconhecimento judicial e legislativo, fato que demonstra a mudança no direito de família, deixando nítido que a Constituição Federal de 1988 foi considerada um divisor de águas para o direito de família, o que acabou influenciando a mudança de paradigmas, a exemplo do reconhecimento da união estável e da família monoparental, constitucionalmente prevista como entidade familiar.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve a exaltação dos princípios, como o da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade, e da instauração do Estado Democrático de Direito, levando a mudanças na sociedade, principalmente no Direito de Família, a ponto de ser defendido que surgia um novo direito de família no País.

Consequentemente surgiram leis garantidoras de Direitos, relativos à família, como a da união estável, separação judicial e divórcio, dos filhos havidos fora do casamento, alimentos e herança.

De fato, a Carta Máxima do país revolucionou e trouxe para uma sociedade em ascensão, a pluralidade de entidades familiares garantindo-lhes a proteção do Estado.

Após a Constituição de 1988 a família passa a ter outra conotação, isso graças as influências trazidas com a revolução industrial acerca do casamento.

O casamento é o centro do direito de família. Dele irradiam suas normas fundamentais. Sua importância, como negócio jurídico formal, vai desde as formalidades que antecedem sua celebração, passando pelo ato material de conclusão até os efeitos do negócio que deságuam nas relações entre os cônjuges, os deveres recíprocos, a criação e assistência material e espiritual recíproca e da prole etc. (VENOSA, 2017, 27)

No Código Civil de 2002 as modificações e os reflexos no Direito de Família podem ser claramente percebidos, embora conservados os requisitos para a sua celebração, como a habilitação e o registro, por exemplo. Essa nova família, contemporânea, atribuiu aos cônjuges a igualdade dos direitos e deveres, como se vê do teor do art. 1.511⁶, como resultado da promulgação da Constituição Federal de 1988, que acabou prevendo três espécies de entidades familiares.

ESPÉCIES DE ENTIDADE FAMILIAR

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, estabelece três espécies de entidades familiares.

Moraes (2018) explica que a primeira espécie de entidade familiar é constituída pelo casamento civil, ou religioso com efeitos civis, o que resulta do teor do art. 226, §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1988. A segunda é constituída pela União Estável, conforme determinação do art. 226 §3º, e a terceira é a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a chamada família monoparental, cuja previsão está no art. 226 §4º.

No mesmo sentido Lenza (2019) ensina que, a partir do texto da Constituição de 1988 que foi possível reconhecer a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. E que, posteriormente, foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a questão da união estável entre pessoas do mesmo sexo, no julgamento do Recurso Extraordinário RE 878.694, que trata da união estável de casal heteroafetivo, e do RE 646.721, que aborda a sucessão em determinada relação homoafetiva.

Observa-se também que foi a partir da Constituição Federal de 1988 que se reconheceu a família monoparental, entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Com isso, o Estado deveria assegurar proteção especial para as mães solteiras, os pais solteiros, a comunidade de pai ou mãe separados ou divorciados e eventuais filhos, as famílias instituídas por inseminação artificial, produção independente etc. (LENZA, 2019).

No mesmo sentido Gonçalves (2016) afirma que a entidade familiar passou a ser plural e mais singular apresentando várias formas de constituição a partir da promulgação da Carta Máxima de 1988.

⁶Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Diante disso, nota-se o avanço da concepção de entidade familiar, principalmente com a nova Carta que abriu novos horizontes no que se refere à constituição de família.

FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Ocorreu uma mudança natural após a Constituição Federal de 1988, já que com a sua promulgação consubstanciada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, o Direito de Família adotou a igualdade jurídica entre os cônjuges, desaparecendo o pátrio poder, agora denominado poder familiar.

Outra mudança trazida pelo Código, à igualdade jurídica de todos os filhos, presente na Constituição Federal em seu artigo 227, § 6º⁷. Observa-se que proíbe que possa haver distinção entre filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção. Preserva a igualdade jurídica de tratamento de todos os filhos, seja qual for à determinação de filiação.

Por fim, fugindo dessa linha de se espelhar nas mudanças da sociedade explicitas na CF/88, o Código Civil de 2002, optando pelo tradicionalismo, aborda o casamento como o pilar da família, deixando de se referir a outros modos de constituir família.

AUTORIZAÇÃO DO CASAMENTO

A Constituição Federal de 1988 aborda, sutilmente, o casamento em seu capítulo “Da Família, Da Criança, Do Adolescente, Do Jovem e Do Idoso”. Porém, em seu artigo 226, §§ 1º e 2º, dita que o casamento é civil, e que o casamento religioso tem efeito civil, ou seja, o casamento para a carta máxima traz as regras insculpidas no Código Civil, já mencionado anteriormente.

Então, de acordo com o disposto no art. 226, § 7º⁸ da Constituição Federal de 1988, o casamento e a formação da família fazem parte do planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Nesse ponto é preciso saber se a Lei nº 13.811/19 está em consonância ou desacordo com a previsão constitucional, a aponto de preservar a família.

Para elucidar a questão é preciso lembrar que o Código Civil de 2002, nos artigos 1.517 a 1.520 estabelece, em capítulo próprio, a capacidade para o casamento, quando trata da idade núbil, ou seja, a idade mínima legalmente para se casar será a de 16 anos, tanto para homem, quanto para mulher, exigindo autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais. Havendo denegação injusta, pode ser suprida pelo juiz.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) instituído pela Lei 8.069/1990 não aborda a capacidade para o casamento, porém, deixa claro que a família tem significativa importância para o desenvolvimento da criança. Nesse sentido, Liberati (2015) aduz que a família é o primeiro agente socializador do ser humano. A falta de afeto e de amor da família gravará para sempre seu futuro.

No artigo 19º, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) diz que toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educação no seio da sua família, ponderando a importância e a responsabilidade dos pais.

Já no artigo 4º¹⁰ do mesmo Estatuto, estabelece que é dever da família assegurar, com absoluta propriedade a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1990)¹¹.

Para Liberati (2015) o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) praticamente transcreve o artigo 227 da Constituição Federal, que determina que, primeiro, a família e, supletivamente, o Estado e a sociedade têm o dever de assegurar, por todos os meios, de todas as formas e com absoluta propriedade, todos os direitos inerentes à constituição de um homem civilizado.

⁷Art. 226, § 6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

⁸Art. 226, § 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

⁹Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

¹⁰Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

¹¹BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 de jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acessado em: 07 de agosto de 2019.

Portanto, a família tem o dever, e a criança um direito fundamental perante a legislação atual, e de fato, modernamente, além de assegurar a proteção integral, a família, acima de tudo, tem a propriedade de garantir um futuro melhor.

Desde o dia 12 de março de 2019, com a publicação da Lei nº 13.811, não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, mudando a redação do antigo artigo 1.520¹² do Código Civil, que previa, excepcionalmente, que seria permitido o casamento de quem ainda não tivesse alcançado a idade núbil, para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.

De fato, analisando a antiga redação do artigo 1.520 do Código Civil, nota-se a inutilização da exceção para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal, haja vista a revogação dessa previsão no Código Penal, pela Lei nº 11.106, de 2005.¹³

Entretanto, no caso de gravidez, surge um confronto com o Direito Constitucional da Preservação da Família, insculpido no artigo 226 da Carta Magna, que considera a família a base da sociedade, inclusive com especial proteção do Estado.

Rodrigues (2008) aduz que nesse diapasão é preferível, que o filho, produto dos amores do menor, ao nascer, encontre um lar constituído, ao invés de privá-lo desse lar, pela anulação do casamento de seus pais.

Outro confronto, agora no Código Civil, em seu artigo 1.551¹⁴, ao aduzir que, em caso de casamento resultante de gravidez, não se anulará o casamento por motivo de idade. Nota-se que embora haja entendimento contrário a proibição do casamento do menor de 16 anos, no próprio Código, não se pode deixar de registrar o descuido do legislador, uma vez que não houve alteração ou revogação de outros dispositivos pertinentes a matéria.

No cotejo da via constitucional é preciso ponderar que o direito maior, foi o de garantir o direito à formação da família e preservar a entidade familiar. Logo, ao proceder a análise da alteração discutida neste trabalho, confrontando-a com a Constituição Federal de 1988, com o Estatuto da Criança e do Adolescente corroborado pela falta de revogação dos demais dispositivos pertinentes ao tema, e os reflexos da realidade social que está em constante desenvolvimento, não parece que a alteração em estudo, no que tange à proibição ou limitação do exercício do direito do casamento, principalmente em caso de gravidez, tenha preservado o direito a família, previsto na Constituição Federal.

Não se pretendeu esgotar o tema, como de fato não foi feito. O tema necessitaria de outro estudo, com viés estritamente constitucional, porém, fica para um outro estudo.

CONCLUSÃO

O presente trabalho tinha como objetivo analisar se a proibição do casamento do menor de 16 anos atende ao direito constitucional da preservação da família. Após uma rápida análise da menoridade trazida no Código Civil de 2002, aliada à ideia de casamento, observou-se haver necessidade do consentimento dos responsáveis legais. Para melhor entender o tema fez-se uma rápida abordagem histórica do casamento e da família, exatamente por serem institutos intimamente ligados ao ponto central do trabalho, quando pode-se observar que desde a antiguidade a família sempre foi preservada pelo Estado, tanto que trouxe previsão no Código Civil de 1916, na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Após essa digressão pode-se observar que a Carta Máxima do Brasil aduz que a Família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado, fatos que vem corroborados com as exposições doutrinárias apresentadas no decorrer do trabalho.

Com isso, foi possível concluir que a Lei nº 13.811, de 12 de março de 2019, ao proibir o casamento do menor de 16 anos em caso de gravidez não atendeu a preservação da família, pois haveria uma

¹² Antigo Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.

Atual Art. 1.520. Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código.

¹³ Art. 5º. Ficam revogados os incisos VII e VIII do art. 107, os arts. 217, 219, 220, 221, 222, o inciso III do caput do art. 226, o § 3º do art. 231 e o art. 240 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

¹⁴ Art. 1.551. Não se anulará, por motivo de idade, o casamento de que resultou gravidez.

incongruência escancarada, qual seja o mesmo Estado que protege a Família, garantida constitucionalmente, impede a instituição de novas famílias com a edição de uma lei.

O que deve ser analisado é o cotejo constitucional enquanto mandamento maior, já que prevê e permite a formação da família, ao garantir e facilitar que a união estável, enquanto entidade familiar seja convertida em casamento. Logo, não se encontra restrição alguma quanto à idade, exatamente por ser a família a célula central do sistema. Não se está desconsiderando que o aspecto da idade é matéria infraconstitucional, mas sim, chamando a atenção para o fato de que, uma vez colocado sob análise, na modernidade, a formação da família e a idade, nota-se que negar a formação não evitará que as uniões aconteçam, mas estará demarcando um retrocesso no contexto histórico da atualidade.

Apesar da proibição do casamento, em qualquer caso, de quem ainda não alcançou a idade núbil, não houve qualquer outra alteração ou revogação de outro dispositivo no atual Código Civil, ou seja, por mais que o legislador tente acabar com o grande número de casamentos dos menores de 16 anos, a regra afronta não preserva o direito à formação da família e do direito da criança ser criada no seio familiar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 07 de agosto de 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acessado em: 07 de agosto de 2019.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 de jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acessado em: 07 de agosto de 2019.

DINIZ, M. H. Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família – 33. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. Curso de direito civil: famílias – 11. Ed. ver. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

GONÇALVES, C. R. Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral – 16. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, C. R. Direito civil brasileiro, volume 6: Direito de Família – 13. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

GACGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral – 18. Ed. ver., ampl. E atual. De acordo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência e com o novo CPC. – São Paulo: Saraiva, 2016.

LENZA, P. Direito Constitucional esquematizado – 23. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIBERATI, W. D. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente – 12. Ed. rev. e ampl. De acordo com a Lei 13.058, de 22.12.2014 – Malheiros editores, 2015

MORAES, A. Direito Constitucional – 34. Ed. rev. E atual. Até a EC n. 99, de dezembro de 2017 – São Paulo: Atlas, 2018.

NERY JUNIOR, N; NERY, R. M. de A. Código Civil comentado – 11. Ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

RODRIGUES, Silv. Direito Civil: direito de família: volume 6 – 28. Ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2008.

VENOSA, S. S. Direito Civil: Família. 17. Ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

COMPLIANCE EM DIREITO

Elidamar Batista Câmara, Licia Pimentel Marconi

Universidade do Oeste Paulista –UNOESTE – Email: elidamar63@hotmail.com

RESUMO

A sociedade contemporânea tem passado por intensas transformações tecnológicas, políticas e econômicas. Todas essas mudanças causam impacto tanto no Direito, em seus diferentes ramos de atuação, quanto nas organizações empresariais, as quais precisavam adaptar-se as novas exigências legais que lhe são feitas. Neste contexto, o presente artigo traz como temática de discussão o *compliance* em Direito aplicado ao contexto das organizações empresariais. Trata-se de um tema atual e relevante, muitas empresas tem aderido as práticas de *compliance*, abrindo assim um campo de atuação promissor para os profissionais de direito. Para abordar o tema proposto os seguintes objetivos foram delimitados: discutir sobre a prática de *compliance* no chamado Direito Corporativo ou Empresarial; evidenciar a necessidade crescente de que as empresas se adaptem as mudanças e exigências legais, estando em conformidade com as normas penais que regem o exercício de suas atividades; apresentar a influência do *compliance* no Direito Penal, destacando como este campo tem crescido em influencia no ramo direito. Evidencia-se a influência crescente do direito no âmbito organizacional através da nova tendência do *compliance*, a qual, por sua vez, influencia as práticas e campo de atuação dos profissionais do direito.

Palavras-Chave: Direito. Empresas. Regulamentação.

ABSTRACT

Contemporary society has undergone intense technological, political and economic transformations. All of these changes have an impact both on the law, on its different branches of activity, and on business organizations, which had to adapt to the new legal requirements made to it. In this context, this article brings as a topic of discussion the legal compliance applied to the context of business organizations. This is a current and relevant topic, many companies have adhered to compliance practices, thus opening up a promising field of action for law professionals. In order to approach the proposed theme the following objectives were delimited: to discuss about the practice of compliance in the so-called Corporate or Corporate Law; to demonstrate the growing need for companies to adapt to legal changes and requirements, in compliance with the criminal laws governing the conduct of their activities; present the influence of compliance in Criminal Law, highlighting how this field has grown in influence in the right branch. The increasing influence of law in the organizational sphere is evidenced through the new trend of compliance, which, in turn, influences the practices and field of action of law professionals.

Keywords: Law. Companies. Regulation.

INTRODUÇÃO

Falar em *compliance* implica necessariamente em falar em combate a corrupção e na manutenção de uma conduta ética. Isto porque, como explica Lira (2014), o termo *compliance*, originário do vocábulo inglês *to comply* e pode ser traduzido e entendido como “agir de acordo com uma regra, uma instrução interna, um comando ou um pedido” (p.01), em outras palavras, para que uma organização esteja em *compliance* deve estar em conformidade com as leis vigentes bem como com seus regulamentos internos.

Teixeira; Rios (2017) explicam ainda que todas as transformações tecnológicas, políticas e econômicas pelas quais a sociedade tem passado incidem diretamente sobre o Direito, em todos os seus ramos, especialmente o penal e o civil, bem como tem se refletido diretamente sobre o mundo empresarial, negócios e o mercado de trabalho. Neste contexto, crimes sofisticados de corrupção, lavagem de dinheiro, sonegações de impostos e outras infrações tem se perpetuado por empresas privadas e públicas, causando preocupação em todos os gestores idôneos e na sociedade em geral.

Considerando tais aspectos, o presente trabalho traz como temática de discussão o *compliance* em Direito aplicado ao contexto das organizações empresariais. Trata-se de uma área em ascensão nas

empresas, as quais têm buscado por profissionais com qualificação e competência para assegurar que suas incumbências legais estejam em dia, e não obstante, para assegurar que seus regulamentos internos sejam respeitados por todos os seus colaboradores. Trata-se, portanto, de um tema atual e relevante, cuja discussão é pertinente tanto para os profissionais da área do direito quanto para gestores e administradores.

A legislação obriga às empresas e seus gestores inúmeras responsabilidades legais, e além das normativas padronizadas para todas as organizações, existem muitos ramos com legislações específicas e entender todas estas normativas pode ser um trabalho difícil para a gestão das mesmas, não esquecendo igualmente a grande miríade de documentos e processos burocráticos com caminhos legais específicos a serem percorridos. A necessidade de estar em conformidade com as normas e regulamentos, aliada a dificuldades inerentes que isso impõe, levaram ao surgimento de um novo profissional: o *compliance*.

Tendo em vista a relevância do tema proposto, e considerando os conceitos necessários a sua correta compreensão, o presente estudo definiu os seguintes objetivos: discorrer sobre a prática de *compliance* no chamado Direito Corporativo ou Empresarial; evidenciar a necessidade crescente de que as empresas se adaptem as mudanças e exigências legais, estando em conformidade com as normas penais que regem o exercício de suas atividades; e apresentar a influência do *compliance* no Direito Penal, destacando como este campo tem crescido em influência no ramo direito.

O método escolhido é a pesquisa bibliográfica, com autores e pesquisadores atuantes preferencialmente na área do direito e da administração, visando assim abordar devidamente todos os conceitos necessários a compreensão do tema. Pretende-se, deste modo, prestar uma contribuição acadêmica ao entendimento de uma das mais importantes áreas de atuação profissional da contemporaneidade.

COMPLIANCE EM DIREITO: A LEI ANTICORRUPÇÃO E O COMPLIANCE EM ASCENÇÃO

A Lei Brasileira Anticorrupção, Lei 12.846/13, determina a responsabilidade civil e administrativa das empresas cujos colaboradores estiveram envolvidos com práticas de corrupção em órgãos públicos, independente da direção das mesmas ter ou não conhecimento do problema, obrigando assim as organizações a estabelecerem regulamentos internos quanto a suas práticas e quanto a conduta ética cumprindo-os com rigor, caso contrário, as empresas podem sofrer sanções graves, podendo prejudicá-las permanentemente, explicam Teixeira; Rios (2017).

A definição de corrupção encontrada no Dicionário Aurélio (2002) é “a alteração do estado ou das características originais de algo” ou “o comportamento desonesto, fraudulento ou ilegal que implica a troca de dinheiro, valores ou serviços em proveito próprio”. Medeiros (2016) explica que o termo corrupção provém do latim *corruptio*, em seu contexto original fazia referência ao cerne podre de um fruto, e por analogia já era usado como para questões morais da sociedade, podendo o termo ainda ter origem na palavra *rumpere* que equivale à expressão *corruptere*, ambas carregando igualmente um sentido de deterioração, depravação ou alteração.

Merece destaque a definição de Klitgaard (1994, p. 40), segundo a qual:

[...] corrupção é o comportamento que se desvia dos deveres formais de uma função pública devido a interesses privados (pessoais, familiares, de grupo fechado) de natureza pecuniária ou para melhorar o status, ou que viola regras contra o exercício de certos tipos de comportamento ligados a interesses privados.

Já o conceito legal de corrupção encontra-se no artigo 317 do Código Penal Brasileiro que descreve a corrupção passiva praticada por funcionário público, como sendo a solicitação ou o recebimento, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função e mesmo antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceita promessa de tal vantagem. A Lei Anticorrupção a conceitua tendo como embasamento atos considerados lesivos praticados contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, atos estes descritos taxativamente na norma.

Conforme Dias; Pereira (2018), as formas assumidas de corrupção variaram muito segundo o contexto histórico das diferentes sociedades e épocas, pois a definição do que pode ou não ser considerado corrupto varia muito conforme os valores, a moral e a ética de determinado povo, de forma que até mesmo atitudes hoje tidas como legais poderiam bem ser consideradas ilegais e corruptas por muitos povos diferentes.

Aires; Melo (2015, p.03) comentam a este respeito:

Devemos reconhecer que a corrupção política além de possuir faces variadas, seus padrões de incidência e fatores de percepção são cambiantes, intrinsecamente ligados aos contextos históricos. Neste paradigma é imprescindível estar ciente do desenvolvimento econômico, social e democrático do lugar examinado. Assim sendo, é preciso saber que muitas atitudes hoje consideradas como atos de corrupção, no passado não eram assim taxadas. O descontrole e a desordem instalados a partir desses atos, anteriormente vistos como comuns ou permitidos pelo Estado, que trouxeram a atenção das autoridades legislativas para a tipificação penal e a busca da punição dessas ocorrências.

Conforme Pessanha (2015), o fenômeno da corrupção possui aspectos jurídicos, sociais, culturais e políticos, sendo extremamente nociva a administração pública, a corrupção constitui-se ato de verdadeira perversidade cometido por tais pessoas contra os cidadãos de seu país. Como bem comenta Gerke; Borba; Ferreira (2016, p.158) “por sua natureza criminosa, atos de corrupção são omitidos por seus perpetradores e usualmente negados quando investigados ou descobertos; logo, é razoável estimar que apenas uma fração dessas práticas vem à tona”.

Neste contexto, a Lei Anticorrupção Brasileira, Lei 12.846/13, explica Argentin (2015), foi planejada com a finalidade principal de combater e coibir as práticas de corrupção possui aplicação a sociedades empresárias e sociedades simples, fundações, associações e até mesmo sociedades estrangeiras que disponham de filial ou representação em solo brasileiro, trazendo grandes impactos ao cenário empresarial. A Lei Anticorrupção prossegue o autor, foi fortemente influenciada pelo o acordo celebrado entre o Brasil e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), ocasião em que 36 nações se comprometeram a criar legislações eficientes para o combate da corrupção.

Portanto, segundo enfatiza Schramm (2018), a legislação determina muitas responsabilidades a serem cumpridas pelas empresas, o que faz com o *Compliance* adquira um papel de destaque no cenário de gestão contemporâneo, pois tais práticas visam prevenir as sanções decorrentes do descumprimento da lei, situação está que se torna ainda mais imprescindível tendo em vista que muitas organizações têm expandido seus ramos de atividade, ampliando seus projetos internos, o que torna necessário lidar com um ambiente regulamentador complexo e que se altera com grande frequência.

Entre as sanções previstas pela Lei Anticorrupção Argentin (2015) destaca a possibilidade legal de confiscação dos bens dos dirigentes, coautores e qualquer pessoa que tenha envolvimento com os crimes de corrupção bem como as multas que podem ser aplicadas as empresas, as quais podem atingir até 20% do faturamento total da organização envolvida. Conforme Campos (2014, p.161) “dentre as inovações trazidas pela Lei nº. 12.846/2013 estão a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas, o *compliance*, o acordo de leniência, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, bem como a rigidez das sanções”.

Conforme Gularte (2017, p.18) estes são os principais destaques da Lei Anticorrupção brasileira:

RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA: processo administrativo de responsabilização – PAR.

SANÇÕES ADMINISTRATIVAS: multa e publicação extraordinária da decisão administrativa.

ACORDO DE LENIÊNCIA: identificação dos demais envolvidos e obtenção célere de informações e documentos.

DELAÇÃO PREMIADA: Lei 12.850/2013. Benesse que “premia” com atenuação ou isenção de pena o acusado que colaborar com a investigação.

Portanto, o *compliance* ganhou grande relevância e teve um crescimento significativo em suas atividades desde então. Quanto a isto, Schramm (2018), explica que a cultura de *compliance* ganhou mercado muito tardiamente no Brasil, isto porque foi somente a partir da década de 1990 que as organizações brasileiras, tanto as públicas quanto as privadas, começaram a adotar esta prática, pois antes não havia grande preocupação com a transparência e a conduta ética, visto que nada obrigava as organizações a ser transparente com o público, realidade esta que começou a se transformar com as crescentes pressões sociais, até que se tornou uma obrigação legal a partir da Lei Complementar nº 131/2009 ou simplesmente Lei da Transparência.

A respeito do surgimento do *compliance*, Bottini (2013, p.01) comenta:

O impulso inicial ao *compliance* partiu das instituições financeiras e tomou corpo após os mundialmente famosos escândalos de governança (Barings, Enron, World Com, Parmalat)

e a crise financeira de 2008. A partir de então, diversos documentos foram expedidos por órgãos internacionais recomendando o fortalecimento de políticas de *compliance* empresarial, bem como inúmeras leis de diversos países instituíram a obrigação da instalação deste mecanismo de monitoramento interno. Nessa última linha, vale mencionar em especial os países que criaram ou incrementaram a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, fixando como parâmetro para a pena a existência de sistemas de *compliance* mais ou menos robustos, como é o caso da legislação espanhola (artigo 31 *bis* do Código Penal espanhol).

Desde então, conforme discorre Schramm (2018), muitas empresas aderiram ao *compliance*, de início, as organizações repassaram esta responsabilidade seus respectivos departamentos jurídicos, os quais ficaram responsáveis por interpretar os instrumentos legais e regularizar as operações organizacionais. Não obstante, com o passar do tempo, enfatiza o autor, as atividades de *compliance* se expandiram e se tornaram mais complexas, e atualmente demanda a participação integrada de diversos setores, integrando o departamento jurídico e suas atividades com os demais departamentos, incluindo o controle interno e a análise de riscos.

Nas palavras de Xavier *et al.*, (2017, p.02):

Compliance significa agir de acordo ou estar conforme a algo. Segundo o Conselho O Compliance é um programa que visa à prevenção e a minimização de riscos as quais as organizações estão expostas, muitos podem comprometer a efetividade do negócio trazendo diversos prejuízos para as organizações por não cumprirem legislações, normas, procedimentos, regulamentos.

E ainda, segundo Xavier *et al.*, (2017), as necessidades atuais do mercado tem exigido que as atividades de *compliance* transcendam a mera regularização de normas internas e externas. O autor destaca a necessidade crescente de aplicar o *compliance* aos processos organizacionais de uma forma geral, o que implica na necessidade de integração entre os processos jurídicos e os demais processos internos, para tanto, as empresas tem realizado o mapeamento cuidadoso de todos os seus processos, visando agir sempre em conformidade legal, e cuidando da imagem da organização no mercado.

Schramm (2018) enfatiza que os procedimentos de *compliance* além de adequar legalmente as atividades exercidas pela empresa também cumpre a importante função de fornecer informações assertivas e seguras sobre a atuação da organização além de manter a empresa funcionando propriamente, e deste modo, o *compliance* oferece uma oportunidade aos gestores de implementar boas práticas de gestão internas e construir uma boa imagem pública no mercado, especialmente perante seus clientes e consumidores.

Neste processo, segundo Campos (2014), os escritórios de advocacia contratados como terceirizados também são afetados pelas práticas do compliance, devido a esta necessidade de abarcar todos os processos da empresa, portanto, é igualmente essencial que os profissionais de direito que atuem em algum tipo de vínculo empregatício, prestação de serviços ou consultoria também se preparem para esta tendência.

No entanto, conforme Xavier *et al.*, (2017), muitas vezes percebem a atividade de compliance como um ônus, pois os custos são altos para a contratação de pessoal qualificado para realizar o diagnósticos, definir planos de ação e conduzir os procedimentos necessários, além disso, a depender da situação prévia da empresa, pode ser necessário mudanças em grande escala para regularizar a situação.

No entanto, Xavier *et al.*, (2017), destaca a importância de que as organizações aprendam a perceber este processo como um investimento que trará retorno em médio em longo prazo, como descontos em linhas de crédito, um retorno melhor de investidores e a valorização da empresa. Por fim, o autor enfatiza que os profissionais que desejam atuar nesta área com sucesso, além de cuidar evidentemente da regulamentação da empresa e sua adequação as normas legais vigentes, devem se ater a usar suas habilidades e conhecimentos em *compliance* para adequar também atividades próprias de uma organização como produtividade, eficiência e confiabilidade.

O COMPLIANCE E ABRANGÊNCIA DO DIREITO AO RAMO ORGANIZACIONAL

Conforme comenta Bottini (2013), com a ascensão da figura do profissional do *compliance* nas organizações, novas tendências administrativas têm surgido em um movimento de mutua influencia entre

o direito, especialmente o direito penal, e os processos de gestão organizacionais. O autor destaca que as empresas têm desenvolvido programas de *compliance* os quais se compõe de políticas que a orientação, a formação e a reciclagem de colaboradores, bem como de gestores e líderes onde os temas trabalhados abrangem questões como políticas de combate aos crimes de lavagem de dinheiro e a importância da manutenção de condutas pessoais éticas.

Neste contexto, conforme Bottini (2013), os programas internos de compliance visam:

[...] a elaboração de Códigos internos de conduta, organizar a coleta, sistematização e checagem de informações sobre clientes, empregados, parceiros, representantes, fornecedores e operações praticadas com sua colaboração ou assistência; o desenvolvimento de sistemas de comunicação interna e externa que facilite o repasse de informações sobre atos suspeitos; a implementação de sistema de controle interno de atos imprudentes ou dolosos, com mecanismos de apuração e sanção disciplinar.

Gularte (2017) enfatiza que o Direito Penal funda-se na responsabilidade pessoal e na culpabilidade, onde o crime é um fato típico, ilícito e culpável, onde a conduta humana para ser considerada criminosa deve estar agregada de elemento subjetivo consistente no dolo ou na culpa, portanto, o Direito Penal deve acompanhar a evolução e as transformações da sociedade, pois da concepção individual de conflito caminha-se para um entendimento de uma dimensão coletiva/transindividual.

Conforme Bottini (2013) há diversos modelos de *compliance* os quais são organizados e estruturados conforme o departamento e atividades da organização, nesse sentido existem setores de *compliance* que se destinam a questões trabalhistas, outros cuidam da regularização tributária, da questão das normativas ambientais e mesmo das questões relacionadas especificamente a sanções e penalidades, sendo possível falar inclusive do surgimento do *criminal compliance*.

O *criminal compliance*, segundo explica Sacerdo (2014), volta-se para a proteção do bem jurídico da ordem econômica, e nesse sentido sua atuação destoa dos meios tradicionais de tutela penal, pois o *criminal compliance* volta-se para a prevenção, ele visa evitar que os atos de violação legal aconteçam e assim manter a empresa em uma situação segura perante a lei, justamente por isso sua importância cresce constantemente, enfatiza o autor.

Bottini (2013) enfatiza que as normas administrativas que precisam ser cumpridas estão entre os principais determinantes dos riscos envolvidos em um negócio, sendo essenciais para averiguação de crimes culposos, ou ainda da temeridade de certos delitos dolosos como, por exemplo, a gestão temerária. Sacerdo (2014) discorre sobre o assunto comentando que recentemente no Brasil empresas especializadas em auditoria estão sendo responsabilizadas, mesmo que não criminalmente, por atos omissos e conivências em fraudes diversas, especialmente em instituições financeiras.

E todas essas implicações são fruto das mudanças pelas quais a sociedade vem passando, que levam ao surgimento de novas modalidades de crimes e conseqüentemente ensejam formas atualizadas de combatê-los. Conforme Forigo (2017, p.20):

Portanto, ao lado da criminalidade tradicional, há uma delinquência econômica que aumentou exponencialmente em virtude da abertura das economias, da redução das distâncias, das comunicações instantâneas, das facilidades e liberdades de trânsito de pessoas e capitais, bem como dos avanços tecnológicos colocados a serviço da moderna criminalidade. Além de a delinquência dolosa tradicional adquirir novas características a partir da adoção de novos instrumentos para produzir resultados lesivos, surgem novas modalidades delitivas que se projetam nos espaços criados pelo desenvolvimento da tecnologia, o que ocasiona, inevitavelmente, alterações na política criminal da sociedade e criação de novos tipos penais.

Portanto, o conceito de *compliance* traz quatro diretrizes principais que o sustentam, como explica Forigo (2017), sendo eles: a conduta, que pode ser compreendida como responsabilidade pelos atos cometidos contra a administração pública; o agente/pessoa jurídica; a pena, as quais podem ser pecuniárias, de reputação e restritivas de direitos; e a responsabilização, a qual atribui ênfase a responsabilidade objetiva pelos atos práticos em prol da pessoa jurídica.

Neste sentido, Forigo (2017) comenta que ao verificar um programa de Compliance, o que primeiramente se observa é que para o programa ser eficiente e eficaz precisa receber o aval incondicional dos altos executivos da organização e estes fazem o acompanhamento de todo o processo desde o

princípio até o seu término, e também se observa que as organizações costumam designar um profissional cuja responsabilidade é coordenar a área de *compliance*, e liderar toda equipe que estiver a sua disposição, e com muita frequência o profissional designado é da área do direito.

Conforme enfatizam Teixeira; Rios (2017, p.103):

O Direito penal, notadamente em sua perspectiva de proteção a bens incorpóreos, ex. vi., Direito Penal econômico, Direito Penal ambiental, Direito Penal Empresarial, etc., gradativamente se vale do partilhamento com o particular de políticas de prevenção da conduta delituosa. Mesmo em meio ao discurso de resistência de ampliação do Direito penal o que se depreende da leitura de alguns doutrinadores é a compreensão de que as novas modalidades de criminalidade demandam uma democratização das responsabilidades.

O profissional de *compliance*, esclarece Sacerdo (2014), precisa atuar como um investigador, o qual precisa dispor de uma boa capacidade de ceticismo para fazer a avaliação das informações e quando detectar o problema deverá saber primeiramente se houve uma violação legal e então determinar quais serão as consequências para a empresa. Salles (2011) enfatiza que na contemporaneidade existem novos aspectos legais a serem observados pelas empresas, como bens jurídicos universais, difusos e coletivos, direitos de coletividade, os quais são mais complexos e de regulamentação difícil, tornando imprescindível um bom entendimento da matéria para lidar com o tema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade muda e se transforma com o passar dos anos, as novas tecnologias, as mudanças políticas e econômicas, transformam a cultura humana e impactam diretamente sobre o modo de vida dos indivíduos. Neste sentido tanto o direito quanto a área corporativa acabam sendo influenciados por todos esses novos paradigmas, tendo de se adaptar as exigências dos novos tempos.

Os programas de *Compliance* constituem tanto uma inovação quanto uma exigência legal decorrente da Lei Anticorrupção brasileira, a qual implementou diversas medidas legais com vistas a coibir as práticas de corrupção bem como os crimes econômicos e financeiros, responsabilidade as empresas e seus proprietários/gestores/sócios/colaboradores pelos crimes culposos ou dolosos cometidos contra a administração pública.

Constata-se desse modo que o direito tem tanto influenciado as práticas de gestão das organizações quanto vem sendo influenciado pelos programas de *compliance* por elas desenvolvidos em um movimento mútuo que vem alterando as práticas profissionais em ambas as áreas. Os profissionais de direito vem se adaptando para acompanhar esta nova tendência, visto que trata-se de um campo bem lucrativo, inovador, porém de grande responsabilidade.

As organizações, por outro lado, tem buscando implantar as boas práticas do *compliance* para ficarem regularizadas, em dia com a lei, e com os próprios regulamentos internos. Assim, constata-se que o *compliance* vai além de apenas averiguar as normas legais e então adequar-se a elas, implica em promover atitudes que envolvam todos os colaboradores em suas boas práticas, primando pela conduta ética e estendendo a eficiência e a eficácia do *compliance* a todos os processos organizacionais.

Em tudo isso, as organizações buscam evitar problemas com lei, os quais prejudicariam sua imagem pública além de trazer sanções e punições legais, enquanto os profissionais de direito dispõe de um novo campo de atuação a ser explorado.

REFERÊNCIAS

AIRES, H. B; MELO, A. F. M. A corrupção política e o seu papel na formação da identidade política brasileira. 2015.

ARGENTIM, M. Considerações acerca da Lei Anticorrupção Empresarial Brasileira. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <<https://drmunir.jusbrasil.com.br/artigos/318178022/consideracoes-acerca-da-lei-anticorrupcao-empresarial-brasileira>>. Acesso em: 13/02/2019.

AURÉLIO. O mini dicionário da língua portuguesa. 4 ed. Aurélio, 7 impressão: Rio de Janeiro, 2002.

BOTTINI, P. C. O que é compliance no âmbito do direito penal? Boletim de Notícias ConJur, 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>>. Acesso em: 13/02/2019.

CAMPOS, P. T. Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei anticorrupção. Ribeirão Preto: Revista Digital de Direito Administrativo, Universidade de São Paulo, jul/2014. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/80943/pdf_10/>. Acesso em: 14/02/2019. <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v2i1p160-185>

DIAS, L; A; M. PEREIRA, M. S. Corrupção Política: uma história. Jusbrasil, jul/2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67950/corruptao-politica-uma-historia-brasileira/1>>. Acesso em: 13/02/2019.
FORIGO, C. R. O criminal compliance e a autoregulação regulada: privatização no controle e a criminalidade econômica. In: GUARAGNI, F. A; BACH, M. Direito Penal Economico: administração do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos. Londrina, 2017. Disponível em:

<https://www.researchgate.net/publication/326960815_O_Criminal_Compliance_e_a_autorregulacao_regulada_privatizacao_no_controle_a_criminalidade_economica>. Acesso em: 14/02/2019.

GEHRKE, G; BORBA, J. A; FERREIRA, D. D. M. A repercussão da corrupção brasileira na mídia: uma análise comparada das revistas *Der Spiegel*, *L'Obs*, *The Economist*, *Time* e *Veja*. Rio de Janeiro: Revista de Administração, fev/jun 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v51n1/0034-7612-rap-51-01-00157.pdf>>. Acesso em: 25/11/2018. <https://doi.org/10.1590/0034-7612158681>

GULARTE, C. M. L. Compliance e direito penal. ULBRA, 2017. Disponível em: <http://direitoentreciencias.com.br/wp-content/uploads/2017/12/Ulbra_Aula-Compliance-Penal.pdf>. Acesso em: 12/02/2019.

KLITGAARD, t. A corrupção sob controle. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

LIRA, M. P. O que é compliance e como o profissional da área deve atuar? Jusbrasil, 2014. Disponível em: <<https://michaellira.jusbrasil.com.br/artigos/112396364/o-que-e-compliance-e-como-o-profissional-da-area-deve-atuar>>. Acesso em: 13/02/2019.

MEDEIROS, A. M. Poder e corrupção. Sabedoria Política, jun/2016. Disponível em: <<https://www.sabedoriapolitica.com.br/ci%C3%AAncia-politica/poder-e-corrupcao/>>. Acesso em: 16/01/2019.

PESSANHA, M. V. M. Antecedentes jurídicos e políticos da corrupção brasileira: como nasceu e se consolidou a corrupção em nosso país. JUSBRASIL, mar/2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37008/antecedentes-juridicos-e-politicos-da-corrupcao-brasileira-como-nasceu-e-se-consolidou-a-corrupcao-em-nosso-pais>>. Acesso em: 15/02/2019.

SACERDO, L. Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: Tese de Doutorado. Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07122015-163555/publico/Leandro_Sarcedo_Tese_Versao_final.pdf>. Acesso em: 15/02/2019.

SCHRAMM, F. S. O compliance como instrumento de combate à corrupção no âmbito das contratações públicas. Florianópolis: Dissertação de Mestrado. Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, 2018. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4282318/mod_resource/content/0/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20-%20FERNANDA%20SCHRAMM%20%28ler%20pag.%20171%20a%20235%29.pdf>. Acesso em: 14/02/2019.

TEIXEIRA, A. L. R. S; RIOS, M. C. S. S. Compliance e Direito Empresarial Penal. São Luiz do Maranhão: XXVI Congresso Nacional do CONPED, 2017. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/acmnhs72/rydqq9691xpdx18q.pdf>>. Acesso em: 14/02/2019.

XAVIER, D. F. S. *et al.* Compliance como uma ferramenta estratégica para a segurança das informações nas organizações. São Paulo: VI SINGEP, Simpósio Internacional de Gestão de Projetos, inovação e sustentabilidade, nov/2017. Disponível em: <<https://singep.org.br/6singep/resultado/429.pdf>>. Acesso em: 14/02/2019.

DA PREVISÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Liliane Ventura Borges, Gabriela Rodrigues Da Silva Souza, Nayara Maria Silvério Da Costa Dallefi Oliveira.

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: lilialvesv@hotmail.com

RESUMO

O estudo do presente trabalho tem por objetivo a análise do instituto da Alienação parental no novo código de processo civil e o princípio da segurança jurídica, apontando para tanto, a existência de leis anteriores, como a lei nº 12.318/2010 a lei de alienação parental; o Estatuto da Criança e do adolescente e comentários jurídicos doutrinários sobre a temática e alguns entendimentos jurisprudenciais. Dessa forma, é imprescindível a conceituação do princípio da segurança jurídica, bem como uma breve explanação sobre a evolução histórica do direito de família brasileiro, enfatizando a presença da alienação parental ao longo dos anos. Demonstramos também, a existência do instituto da alienação parental no código de processo civil de 2015, sendo este apresenta um dispositivo legal de grande relevância jurídica. Por fim, foi realizada uma análise sobre a alienação parental com o princípio da segurança jurídica, e como esse princípio é aplicado no ordenamento jurídico em parâmetro com alguns dos demais princípios constitucionais, dentre eles o princípio da dignidade humana, e a observação do dispositivo do novo código de processo civil de 2015.

Palavras-chave: Alienação parental. Segurança jurídica. Processo Civil.

FORECASTING PARENTAL SALE IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE AND THE PRINCIPLE OF LEGAL SECURITY

ABSTRACT

The purpose of this study is the analysis of the parental alienation institute in the new civil procedure code and the principle of legal certainty, pointing to both the existence of previous laws, such as law nº12.318 / 2010, the alienation law parental; the Statute of the Child and the adolescent and legal doctrinal comments on the subject and some jurisprudential understandings. Thus, it is essential to conceptualize the principle of legal security, as well as a brief explanation about the historical evolution of Brazilian family law, emphasizing the presence of parental alienation over the years. We also show the existence of the parental alienation institute in the civil procedure code of 2015, which has a legal system of great legal relevance. Lastly, an analysis of parental alienation was carried out with the principle of legal certainty, and how this principle is applied in the legal order as a parameter with some of the other constitutional principles, among them the principle of human dignity, and the observation of the new Civil Procedure Code of 2015.

Keywords: Parental Alienation. Legal certainty. Civil lawsuit.

INTRODUÇÃO

O direito tem caráter mutativo e sua evolução se dá de acordo com o alteração do comportamento humano em sociedade.

Um dos mais antigos institutos tratadas no direito é a família, dessa forma acredita-se que a família é até mais antiga do que a própria formação do Estado (BIROLI, 2014).

A nossa Constituição Federal de 1988 trata da família de forma específica em um capítulo. Imprescindível mencionar que, as antiga Constituições brasileiras não tratava diretamente sobre a família. Observamos então ser a Constituição Federal de 1988 evolucionária.

A família é a base da sociedade e possui proteção estatal, conforme preceitua o art.226 da Carta Magna, existindo por meio de casamento ou união estável. Desse modo, existindo a família, pode-se dizer que há modalidades de famílias e estas se alteram paulatinamente ao longo dos anos. Exemplo disso é a

realidade das famílias homoafetivas, monoparentais, anaparentais e multiparentais, entre outras.

METODOLOGIA

O desenvolvimento deste artigo foi efetivado através de leituras da legislação nacional, jurisprudências pertinentes e doutrinas relevantes. A partir dos dados coletados de livros, artigos de revistas especializadas, jurisprudências, os mesmos serão sistematizados segundo os objetivos propostos, para então obter-se a produção científica correspondente.

O método aplicado neste trabalho é o método dedutivo, que parte de uma generalização para uma questão particularizada. Segundo Gil (2008), este método de pesquisa parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões em virtude unicamente de sua lógica. É o método proposto pelos racionalistas, segundo os quais só a razão é capaz de levar ao conhecimento verdadeiro, que decorre de princípios a priori evidentes e irrecusáveis.

DIREITO DE FAMÍLIA

Antes de abordarmos o estudo do tema do presente trabalho, se faz necessário, analisar os aspectos inerentes ao ramo do Direito de Família, para só então, compreender, a ordem em que a alienação parental se insere na normativa processual, adotada pelo NCPC.

DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Trataremos aqui de forma sistêmica e organizada, o mecanismo da alienação parental, ilustrando os moldes com que ela se forma, trazendo à tona sua origem, inserção no direito brasileiro e algumas decisões e entendimentos de cortes judiciais no Brasil.

ORIGEM

A alienação parental ou síndrome da alienação parental (SAP), foi descrita pela primeira vez por um psiquiatra forense norte-americano, que demonstrou em seus estudos a perturbação da infância ou adolescência em decorrência de uma separação conjugal, acompanhada de uma campanha feita por um dos pais para denegrir, rejeitar e estimular o ódio do filho para com o outro pai. Inicialmente, a alienação parental era estudada dentro dos liames subjetivos da psiquiatria forense, sendo essa a raiz de todo o instituto. (MONTEZUMA; PEREIRA; MELO, 2017, p.1206)

Com a propositura de Gardner (1985), surgiram três tipos de previsão de alienação parental, cada uma delas corresponde a um estágio de afastamento da criança do seu genitor alienado, e por consequência da dependência da criança para com o genitor alienante, o que gera a criança ou adolescente uma anulação da subjetividade de escolha sobre vínculo familiar, e eventual perda de laços parentais, ocasionados pela alienação.

Na propositura de Gardner (1985), houve patologização da SAP, não a inclusão dela na orbita jurídica, porém, esta descoberta se mostrou importante, pois assim se deflagrou uma campanha para incluir a SAP, como transtorno psiquiátrico, sendo esse estudo importante para a divulgação em todo o mundo dos problemas ocasionados pela alienação parental. (MONTEZUMA; PEREIRA; MELO, 2017, p. 1208)

Trata-se de uma campanha liderada pelo genitor detentor da guarda da prole, no sentido de programar a criança para que odeie e repudie, sem justificativa, o outro genitor, transformando a sua consciência mediante diferentes estratégias, com o objetivo de obstruir, impedir ou mesmo destruir os vínculos entre o menor e o pai não guardião, caracterizado, também, pelo conjunto de sintomas dela resultantes, causando assim, uma forte relação de dependência e submissão do menor com o genitor alienante. E, uma vez instaurado a assédio, a própria criança contribui para a alienação (MADALENO E MADALENO, 2013, p. 42).

A síndrome da alienação parental e a alienação parental são conceitos interligados, entretanto, não se confundem.

Xaxá (2008, p. 19) esclarece:

Alienação Parental é a desconstituição da figura parental de um dos genitores ante a criança. É uma campanha de desmoralização, de marginalização desse genitor. Manipulada com intuito de transformar esse genitor num estranho, a criança então é motivada a afastá-lo do seu convívio. Esse

processo é praticado dolosamente ou não por um agente externo, um terceiro e, não está restrito ao guardião da criança. Há casos em que a Alienação Parental é promovida pelos Avós, por exemplo, sendo perfeitamente possível que qualquer pessoa com relação parental com a criança ou não, afomente.

Madaleno e Madaleno (2013, p. 51) esclarecem ainda sobre o tema afirmando que:

De acordo com a designação de Richard Gardner, existem diferenças entre a síndrome da alienação parental e apenas a alienação parental; a última pode ser fruto de uma real situação de abuso, de negligência, de maus-tratos ou de conflitos familiares, ou seja, a alienação, o alijamento do genitor é justificado por suas condutas (como alcoolismo, conduta antissocial, entre outras), não devendo se confundir com os comportamentos normais, como repreender a criança por algo que ela fez, fato que na SAP é exacerbado pelo outro genitor e utilizado como munição para injúrias. Podem, ainda, as condutas do filho ser fator de alienação, como a típica fase da adolescência ou meros transtornos de conduta. Alienação é, portanto, um termo geral que define apenas o afastamento justificado de um genitor pela criança, não se tratando de uma síndrome por não haver o conjunto de sintomas que aparecem simultaneamente para uma doença específica.

Ainda existem outras formas de entendimento conforme compreende Pinho ao citar Gomes (2014, p. 46):

A Síndrome não se confunde com Alienação Parental, pois que aquela geralmente decorre desta, ou seja, ao passo que a SAP se liga ao afastamento do filho de um pai através de manobras do titular da guarda; a Síndrome, por seu turno, diz respeito às questões emocionais, aos danos e sequelas que a criança e o adolescente vêm a padecer.

Para Fonseca (2014, p. 129) o genitor alienante possui uma forma esquemática de proceder, que segue uma série de fases, nas quais podem se observar os seguintes pontos:

- a) denigre a imagem da pessoa do outro genitor;
- b) organiza diversas atividades para dia de visitas, de modo a torná-las desinteressantes ou mesmo inibi-las;
- c) não comunica ao genitor fatos importantes relacionados à vida dos filhos (rendimento escolar, agendamento de consultas médicas, ocorrência de doenças, etc.);
- d) toma decisões importantes sobre a vida dos filhos, sem prévia consulta do outro cônjuge (por exemplo: escolha ou mudança de escola, de pediatra, etc.); [...]
- e) obriga a criança a optar entre a mãe ou o pai, ameaçando-a das consequências, caso a escolha recaia sobre o outro genitor; [...]
- f) sugere à criança que o outro genitor é pessoa perigosa;
- g) omite falsas imputações de abuso sexual, uso de drogas e álcool;
- h) dá em dobro ou em triplo o número de presentes que o genitor alienado dá ao filho;
- i) não autoriza que a criança leve para casa do genitor alienado os brinquedos e as roupas que ele mais gosta [...]

Assim, aos poucos, o genitor alienante provoca na criança receios e afasta aos poucos o mesmo do convívio.

Em com certeza, essas atitudes trazem consequências para as crianças

Na área psicológica, também são afetados o desenvolvimento e a noção do autoconceito e autoestima, carências que podem desencadear depressão crônica, desespero, transtorno de identidade, incapacidade de adaptação, consumo de álcool e drogas e, em casos extremos, pode levar até mesmo ao suicídio. A criança afetada aprende a manipular e utilizar a adesão a determinadas pessoas como forma de ser valorizada, tem também uma tendência muito forte a repetir a mesma estratégia com as pessoas de suas posteriores relações, além de ser propenso a desenvolver desvios de conduta, com a personalidade antissocial, fruto de um comportamento com baixa capacidade de suportar frustrações e controlar seus

impulsos, somado, ainda, à agressividade com único meio de resolver conflitos [...] (MADALENO E MADALENO, 2013, p. 54).

A alienação parental é um fenômeno antigo, porém apenas em meados do século XX e início do Século XXI, foi que se tomou uma atenção mais específica no que tange a esse problema.

A retomada de necessidade de compreensão sobre o que é a alienação parental na atualidade surge graças as novas concepções de famílias, o que criou maior aproximação entre pais e filhos.

Além dos fatores sociais a busca da interferência estatal no âmbito familiar por meio do direito de família, mostrou-se um aparato fundamental para a judicialização dos casos de Alienação Parental, que com a criação da lei nº 12.318 surge no ordenamento jurídico brasileiro.

Inserção no direito brasileiro

No Brasil, a alienação parental vem sendo ventilada nos tribunais desde o ano de 2006, porém, seu surgimento no ordenamento jurídico pátrio e anterior, praticamente simultaneamente com a intensificação sobre a questão nos países europeus, que se deu em meados de 2002. (PINHO, 2010)

Em audiência pública, na Câmara dos Deputados, houve debate, entre outras questões, sobre a conveniência de tipificação penal da alienação parental. Prevaleceu à tese que atribui ênfase ao caráter educativo, preventivo e de proteção da norma, com a restrição da parte penal. Além disso, havia a dificuldade de tipificação direta dos atos de alienação parental, para efeito penal, considerando que, em muitos casos, pressupunha exame subjetivo de conduta, incompatível com a objetividade necessária para configuração do eventual ilícito penal e constatação de sua autoria. Esse tipo penal também não ofereceria maleabilidade para examinar os diferentes graus de alienação parental, suas motivações e relações com a dinâmica familiar, bem como recomendações de intervenção, caso a caso, segundo indicação pericial. (DANTAS, 2011, p. 14-15)

O primeiro projeto de lei a tratar do caso de alienação parental no Brasil foi o PL. Nº.4.053/08, que em 2009, foi aprovado pela Comissão de Seguridade Social e Família, e no senado pela CCJ, e seguiu para sanção Presidencial. Dando-se o início ao que viria a ser a Lei da Alienação Parental. (PINHO, 2010)

Com o advento da Lei nº 12.318/10 (Lei da alienação parental) e também, com a lei nº 13.058/14 (guarda compartilhada), houve maior intensificação sobre o assunto de Alienação parental no direito de família brasileiro.

Esses são marcos que demonstram a inserção da previsão da Alienação Parental nos diplomas judiciais brasileiros. (MONTEZUMA; PEREIRA; MELO, 2017, p.1210).

No ordenamento jurídico brasileiro, a lei da alienação parental traz de forma clara, o que o judiciário brasileiro compreende como sendo essa espécie de alienação, em seu art. 2º é expresso de forma clara o que a lei defende, também, quais condutas levam a caracterização de Alienação Parental, o referido artigo assim dispõe (BRASIL, 2014):

Art. 2º - Considera-se ato de alienação parental 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.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- 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 comavós.

Ao utilizar a nomenclatura genitor, há a demonstração clara de que o ato da alienação parental pode ter por alvo indistintamente pai ou mãe.

De maneira exemplificativa e não exaustiva a lei traz um rol exemplificativo do que é considerado alienação parental, além de admitir a prática direta pelos genitores, ou com auxílio de terceiros. (DANTAS, 2011, p.13)

A prática de qualquer destes atos fere o direito fundamental da criança ao convívio familiar saudável, constitui abuso moral contra a criança e o adolescente e representa o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, atingindo, secundária, ou mesmo paralelamente, também o pai. (PINHO, 2010)

Ainda na Lei de Alienação Parental, em seu art.4º, existe a previsão de como deve-se impetrar o incidente de alienação parental:

Declarado indício do ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério público, 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.

A criação dessa lei, gerou maior proteção à criança e adolescente, além de deixar mais claro a função do Estado na preservação da família, com o advento codificado desse instituto, as Constituições da República Federativa do Brasil, juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, tornaram-se mais eficientes no que tange as garantias individuais concedidas a todas as crianças nesses dois diplomas. (DANTAS, 2011, p. 13)

DECISÕES E ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

No ingresso do entendimento das decisões judiciais juntamente com a jurisprudência dos tribunais, necessário faz entender a forma como é compreendida na sistemática processual quando da prática de Alienação Parental, sendo reconhecida a alienação, o juiz, determinará a realização de perícia psicológica na criança ou adolescente, ouvido o Ministério Público. (PINHO, 2010)

1. A guarda dos filhos, nos termos do nosso ordenamento jurídico, é um dever dos pais de assistência educacional, material e moral, decorrente do poder familiar conforme previsão dos artigos 1.630 e 1.638 do Código Civil, a ser cumprido no interesse e em proveito do filho menor ou do maior incapaz, garantindo-lhe a sobrevivência física e o pleno desenvolvimento psíquico, de modo a atender o princípio constitucional de uma vida digna, insculpido no art. 1º, inciso III da Constituição Federal.
2. A guarda, portanto, deve ser concedida em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança. Nesse contexto, o bem-estar do menor se sobrepõe às prerrogativas puramente formais do poder parental, devendo ser averiguada a melhor forma de convivência e integração socioafetiva da criança, de modo a ser resguardado o seu desenvolvimento como ser humano por completo.
3. Buscando o atendimento do princípio do melhor interesse do menor, o Estatuto da Criança e do Adolescente (no art. 28, § 2º) recomenda a oitiva da criança e do adolescente na ação judicial em que se discute a sua guarda. Isso porque a criança e o adolescente são sujeitos de direitos e, como tais, deve lhes ser oportunizada a manifestação de sua vontade em Juízo, para que, se possível, seja respeitada a sua preferência, sendo observado o seu estágio de desenvolvimento e o grau de compreensão.
4. A alegação de cerceamento de defesa restou comprovada nos autos, uma vez que a genitora/apelante requereu a oitiva da adolescente de 14 anos em Juízo e esta havia manifestado junto ao Serviço Psicossocial do MPDFT o interesse de residir com mãe.
5. Há necessidade de realização de novo estudo psicossocial, pois existente pedido de guarda compartilhada e ambos os pais no primeiro estudo apresentaram condições de exercer o poder familiar, sendo apontadas vantagens e desvantagens na concessão da guarda unilateral para quaisquer dos pais. 6. Recurso conhecido.

Preliminar de cerceamento de defesa acolhida. Recurso provido para cassara sentença. (BRASIL, 2017)

Após feita a perícia que é designada pelo juiz, e realizada de forma ampla, atentando-se a entrevista pessoal, exame documental, etc. o resultado advindo desta, deve ser apresentado ao magistrado em 90 dias, acompanhados de laudos necessários a manutenção da integridade psicológicas do periciado.

Sendo caracterizada a alienação, o magistrado advertirá e multará o responsável. (PINHO, 2010)

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. MELHOR INTERESSE DO MENOR. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. ART. 1.584, § 3º, DO CC/2002. INTERESSE DA PROLE. SUPERVISÃO. DIREITO DE VISITAS. IMPLEMENTAÇÃO. CONVIVÊNCIA COM O GENITOR. AMPLIAÇÃO. POSSIBILIDADE. ALIENAÇÃO PARENTAL. PRECLUSÃO. 1. A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores. 2. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada em virtude da realização do princípio do melhor interesse da menor, que obstaculiza, a princípio, sua efetivação. 3. A verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso especial exigiria, por parte desta Corte, o exame de matéria fática, o que é vedado pela Súmula nº 7/STJ. 4. Possibilidade de modificação do direito de visitas com o objetivo de ampliação do tempo de permanência do pai com a filha menor. 5. A tese relativa à alienação parental encontra-se superada pela preclusão, conforme assentado pelo acórdão recorrido. 6. Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL, 2017).

Havendo a comprovação da alienação, o magistrado optará pela ampliação do regime de visitas em favor do genitor prejudicado, determinando intervenção psicológica monitorada, e até poderá decretar a perda do poder familiar por parte de quem aliena a criança ou adolescente. (PINHO, 2010).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITA. PRÁTICA DE ATOS TÍPICOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL PELA GENITORA GUARDIÃ. CONSTATAÇÃO MEDIANTE PERÍCIA PSICOLÓGICA. INVERSÃO DA GUARDA EM FAVOR DO GENITOR. POSSIBILIDADE. PRIMAZIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DA MAGISTRADA DA CAUSA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. 1. Nos termos do art. 2º, incisos I, II, III, IV e VI, da Lei nº 12.318/2016, a prática de alienação parental da genitora guardiã que realiza campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade, dificulta o seu contato com a criança e, ainda, apresenta denúncia infundada contra ele, no intuito de obstar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar do pai com a filha. 2. Evidenciado por meio de prova técnica e demais elementos de convicção já produzidos nos autos que a mãe tem se valido do poder de guarda para interferir negativamente na formação psicológica da filha, fazendo com que ela passe a repudiar a figura paterna, situação que denota início de instalação da Síndrome de Alienação Parental, não merece censura a decisão singular que, com amparo no art. 6º, V, da Lei nº 12.318/2010, determina a inversão da guarda em favor do pai, de modo a atender ao melhor interesse da infante. [...] malgrado se reconheça a gravidade da matéria enfrentada na espécie, não há como negar que a prova técnica e demais elementos de convicção já produzidos recomendam a reversão provisória da guarda da infante, diante da prática reiterada de atos alienantes por parte da genitora guardiã, ora agravante, em relação ao agravado. A propósito, importa mencionar que, durante a tramitação processual, a mãe da menor vem criando sucessivos embaraços visando dificultar o exercício do direito regulamentado de visitas e, por conseguinte, a convivência da criança com o outro genitor, motivada por medos pessoais que, até o presente estágio do processo, mostraram-se injustificáveis. Assim sendo, constato que eventual divergência em relação ao entendimento adotado pelo juízo a quo, tal como posta na lide, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos (existência ou não de alienação parental), o que inviabiliza o processamento do apelo extremo. Incidente, portanto,

o óbice da Súmula 279 do STF. Ante o exposto, nego provimento ao recurso extraordinário com agravo, nos termos do art. 932, IV, a, do CPC. Publique-se[...]. (BRASIL, 2018)

A normatização do entendimento jurisprudência, segue o mesmo caminho da doutrina, amparado pela compreensão psiquiátrica e social sobre a integridade física e moral da criança e adolescente, amparada pela defesa da CF, e do ECA, sendo de forma unânime e plenamente reconhecido nos tribunais brasileiros em todos os graus de jurisdição. (PINHO, 2010).

Desse modo, mencionamos que, embora muito corriqueira, a alienação parental os tribunais tem decidido de forma unânime quanto ao combate à alienação parenta alvejando uma maior segurança jurídica, ou pelo menos, algo próximo a ela.

ALIENAÇÃO PARENTAL NO NCP E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Faz-se necessário mencionarmos aqui, o liame entre a alienação parental e o princípio da segurança jurídica tendo como observação o no Novo Código de Processo Civil, relacionando as perspectivas no direito pátrio brasileiro em decorrência de algumas alterações do direito defamília.

PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica pode ser vista tanto em relações diretas com o poder público quanto entre particulares. É um dos mais importante princípios básicos e gerais do direito.

Para Canotilho (1998, p.1123), os princípios possuem significado especial:

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de, impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a, fáctica ou jurídica.

Neil MacCormick (2010, p.16), assevera que a segurança jurídica é considerada um valor, e, o coloca em posição de fundamentalidade para o Estado de Direito racionalizando a certeza jurídica e a segurança do cidadão ante as ordens do Estado, com a finalidade de o cidadão se autodetermine e viva em confiança recíproca.

A segurança jurídica trazida como princípio, está presente na maioria das constituições visando não somente a segurança, mas também a igualdade e o tratamento isonômico na aplicação do direito (DALLEFI, 2016).

Durante muito tempo a segurança jurídica foi almejada como direito fundamental em paralelo com a própria justiça. O que ocorreu com dessa forma com o direito francês, fortalecido com o passar dos tempos tornando-se um princípio de direito Constitucional (THEODORO JÚNIOR, 2008).

A nossa Carta Magna também menciona a segurança jurídica. Inicialmente no seu preâmbulo, vejamos: “instituir um Estado democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos[...].” (BRASIL, 1988).

Embora o preâmbulo Constitucional não possuir caráter normativo, em decorrência do julgamento da ADI nº 2076-5 AC, tal segurança foi reforçada e explicitada no próprio texto constitucional (DALLEFI, 2016).

A própria Constituição Federal de 1988, explicita em seu art. 5º, XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Desse modo, a Magna carta garante a segurança jurídica entre os direitos fundamentais dos brasileiros (BRASIL, 1988).

Esse princípio tem a finalidade básica de assegurar a estabilidade entre as relações já existentes, ante à evolução do Direito, em caráter jurisprudencial e legislativo, ou seja, é uma “garantia” de que o direito do cidadão uma vez consolidado será protegido e aplicado.

Desse modo, pode-se dizer que a segurança jurídica está relacionada com a igualdade e isonomia alvejando a proteção das partes no processo como bem preceitua Souza (1997, p.42) “Ambas as partes no processo devem possuir os mesmos poderes, direitos, ônus e deveres, isto é, cada uma delas deve situar-se numa posição de igualdade perante a outra e ambas devem ser iguais perante o tribunal.”

Nesse sentido, é importante frisar a importância de demais princípios, como o da dignidade humana, pois este está em igualdade com a segurança jurídica.

Além da existência do princípio da segurança jurídica de forma geral, a Constituição Federal de 1988 ainda assevera em seu art. 227 o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, que também se relaciona diretamente com a alienação parental.

Vejamos:

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

Posterior a importância desse dispositivo Constitucionalo ECA começou a ser projetado, tudo isso em razão da proteção e segurança das crianças e adolescentes.

Vale ressaltar que, o ECA além de visar o repúdio a todo e qualquer tipo de violência contra crianças e adolescentes, busca a compreensão da sociedade em proporcionar oportunidades aos jovens, de forma implícita.

VIII Dignidade humana

Assim como o princípio da segurança jurídica e a proteção integral à criança e ao Adolescente, é impossível não relembrar a dignidade humana, que também é assegurado Constitucionalmente.

Nota-se:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
III - a dignidade da pessoa humana;

No entendimento de Marreiro (2012, p.31) quanto a observação ao princípio da dignidade humana “A dignidade da pessoa humana é um valor intrínseco ao indivíduo, portanto, indisponível e irrenunciável. Sua efetividade é corolário do seu caráter supraconstitucional”

Desse modo, cabe ao Estado a criação e “manutenção” de mecanismos para que os cidadãos atinjam suas pretensões, incluindo as jurídicas.

Segundo o entendimento de Rodrigues (2012, p.67) a “Dignidade da Pessoa humana”, vem sendo discutido no meio jurídico há várias gerações.

Porém, somente nas últimas décadas o termo teve uma grande relevância no mundo jurídico, tornando-se, inclusive, um princípio norteador de todo o ordenamento jurídico, influenciando na aplicação dos demais princípios que estão condicionados a dignidade.

E no parecer de Barroso a dignidade humana é um “dos grandes consensos éticos do mundo ocidental”. Encontrando-se em evidência tanto em documentos nacionais e internacionais. “No plano abstrato, poucas ideias se equiparam a ela na capacidade de seduzir o espírito e ganhar adesão unânime” (BARROSO, 2010 p. 2).

Como já mencionado anteriormente, este é assegurado constitucionalmente, desse modo, vemos a grande relevância de sua existência no plano subjetivo, e de sua aplicabilidade na ótica da efetividade.

Insta salientar o comentário de Monteiro (2011, p.54), que “O princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios”. Assevera ainda ser este o “macro princípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos”.

Ainda na visão de Monteiro, tal princípio “enquanto valor universal humanístico passou a ser o fundamento das Constituições dos países democráticos, deslocando a finalidade do Estado para um único ponto, ou seja, o indivíduo” (MARREIRO, 2012.p.33).

Enquanto for observada a necessidade da aplicação da dignidade humana em toda e qualquer relação entre os indivíduos, qualquer discussão terá uma maior possibilidade de ser solucionado, haja vista esta ser de caráter fundamental e imprescindível nas relações entre a sociedade.

Afirmam alguns autores que a segurança decorre da dignidade, sendo que se o indivíduo é capaz de admitir e preservar a dignidade da pessoa humana, será possível a este a proteção dessa dignidade proporcionando-o segurança. Porém, na temática tratada, essa segurança deve ser proporcionada pelo Estado democrático de modo que tenha uma garantia que suas pretensões serão analisadas a julgadas na medida da mais lúdima justiça.

Assim, concluímos que a dignidade humana, embora seja um instituto relativamente novo no ordenamento jurídico, foi, e ainda está sendo, construído gradativamente com o decorrer dos anos, sendo que a humanidade percorre de geração em geração a busca pela compreensão entre os indivíduos. Esse instituto ganhou bastante relevância e acredita-se que futuramente a dignidade humana seja assunto mais corriqueiro entre as classes, não somente em relação a teórica mas também em sua efetividade.

ALIENAÇÃO PARENTAL E O NOVO CPC

A promulgação do novo código de processo civil, dada em 16 de Março de 2015, em razão da existência da Lei Federal nº 13.105 regulamentou e alterou vários dispositivos legais, bem como o aprimoramento de normas já mencionada em outros momentos pelos juristas processualistas.

A alienação parental é, para alguns, considerada uma forma de abandono afetivo causada pela irresponsabilidade de indivíduo que tem o dever legal de zelar e busca a convivência da criança ou adolescente com a família.

O novo código de processo civil, não trata especificamente da matéria da alienação parental. Mas considera a causa de extrema importância, haja vista a necessidade de especialistas no acompanhamento do processo, quando a causa estiver relacionada à alienação.

Vejamos: “art. 699. Quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista.” (BRASIL, 2015).

IX Da tipificação da alienação parental no NovoCPC

A alienação parental, como já conceituada anteriormente, inicialmente foi tratada como uma síndrome, a definição desta foi descrita por Macial (2010, p.12):

Sintetizando, a síndrome de alienação parental é um modo de programar uma criança para que ela passe a odiar um de seus genitores, sem haver justificativa para isso, de modo que a própria criança ingresse na trajetória desmoralizadora desse mesmo genitor.

Porém, cabe aqui mencionar que o tema é relativamente novo para a sociedade, sendo que originalmente tal assunto passou a ser abordado na década de 80, entretanto foi mencionado somente em 2008, com a proposição do projeto de lei nº 4.053/08 que conseqüentemente resultou a promulgação da Lei Federal nº 12.318/2010, a chamada Lei da Alienação Parental.

No entendimento de Dias (2010, p. 24): “A Síndrome de Alienação Parental é uma condição capaz de produzir diversas conseqüências nefastas, tanto em relação ao cônjuge alienado como para o próprio alienador, mas seus efeitos mais dramáticos recaem sobre os filhos”.

Vale também, por oportuno, relatar a lição de Costa (2012, p. 74) ao afirmar:

A Lei não tratou de Síndrome como, em regra, vinham fazendo os autores, ainda influenciados pelos estudos de Richard Gardner. Melhor que tenha sido assim, já que síndrome é conceituada como conjunto de sintomas e manifestações. A Lei, ao invés de falar em síndrome, tratou de prática de “ato de alienação parental” e o fez propositalmente com o objetivo de que a constatação e o enfrentamento da alienação parental se dê em muito antes de instaurada uma síndrome

Nesse mesmo diapasão leciona Jardim-Rocha (2009, p. 43) preleciona: “As conseqüências desse abuso emocional para a criança são devastadoras, pois durante a infância ou adolescência podem desencadear doenças psicossomáticas, depressão, ansiedade, nervosismo sem motivo aparente e agressividade”.

Embora, uma vez que o alienador pratica alienação parental, ferindo os preceitos constitucionais da Magna Carta e dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, sua

conduta ainda não é tipificada como crime.

Dessa forma, como já mencionado anteriormente, o Novo código de processo civil propicia em seus dispositivos os procedimentos que as ações decorrentes de alienação parental deverão ter. Exemplo de procedimento geral a ser seguido é a observação dos requisitos da petição inicial, tipificada no art. 319 do CPC/15.

Assim sendo, toda e qualquer designação referente a alienação parental deve ser observada no Código Civil/2002 e a Lei de Alienação parental nº 12.318/10.

A BUSCA POR MAIOR SEGURANÇA JURÍDICA

Além de a segurança jurídica ser fundamental em todo e qualquer Estado Democrático e Direito, a presença dessa nem sempre é realidade.

No caso do Brasil, podemos ressaltar a busca pela elevação de tal segurança, basta somente observarmos a evolução das leis Constitucionais, as infraconstitucionais e até mesmo as considerações doutrinárias e jurisprudências.

Notamos assim a existência do instituto da segurança jurídica nos dispositivos constitucionais ao longo da história, até ao texto da atual de nossa Constituição se evidenciando de forma explícita através do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, como defendida por autores que chamam este dispositivo constitucional de “trilogia da segurança jurídica”, sendo possível identificar a aparição da segurança jurídica em nosso ordenamento jurídico, haja vista nosso ordenamento conta com a existência dos três pilares da segurança jurídica.

Quiçá, seja o aumento da possibilidade do acesso às informações, conseqüentemente tornando os cidadãos mais exigentes com seus direitos que obrigue o Estado a proporcionar essa segurança. Porém, trata-se suposição hipotética e, na verdade, de fato o Estado não oportuniza tal segurança como deveria.

Mas, vale dizer que o Brasil evolui paulatinamente quanto à segurança jurídica.

Observamos a seguinte opinião de Jefferson Furtado (2010, p.3).

Hoje podemos dizer que o Brasil tem conquistado muito a segurança jurídica, pois o Estado Democrático de Direito não almeja só a legalidade de suas ações, mas também a proteção da confiança jurídica, a boa-fé nas ações do Estado e o preenchimento das expectativas geradas não só pelas Leis como também pelas decisões judiciais.

A importância da segurança jurídica também foi comentada pelo Ministro de STJ José Augusto Delgado, em palestra ministrada no XXI Congresso Brasileiro de Direito Constitucional:

A concepção pregada por todos os cientistas políticos dirige-se para a afirmação de que o homem necessita de um grau de segurança para poder conduzir, planificar e desenvolver os seus atos da vida civil, familiar e profissional. Ao Estado cabe a responsabilidade de assegurar esse estado de sentimento através da conformação dos seus atos administrativos, legislativos e judiciais com os ditames da segurança jurídica.

Nesse sentido observa-se que a segurança jurídica busca simplesmente a preservação de direitos e garantias fundamentais.

Na concepção de Miguel Reale (1968, p.87),

(...) se é verdade que quanto mais o direito se torna certo, mais gera condições de segurança, também é necessário não esquecer que a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas a vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança. Chego mesmo a dizer que a segurança absolutamente certa seria uma razão de insegurança, visto ser conatural do homem, único ente dotado de liberdade e de poder de síntese – o impulso para a mudança e a perfectibilidade, o que Camus, sob outro ângulo, denomina-se “espírito de revolta”.

Dessa forma, verificamos que o país está em constantemente luta por maior segurança jurídica de modo geral. Porém enfatizamos aqui a luta pela segurança jurídica ante a alienação parental, sendo que

o Estado ainda não proporciona todas as medidas de amparo aos indivíduos que sofrem tal tipo de prática (MACIEL, 2010).

CONCLUSÃO

Ultimamos então, que o princípio da segurança jurídica está diretamente relacionado aos direitos e garantias fundamentais do Estado Democrático, assim sendo Constitucionalmente assegurado, bem como a necessidade de criação, pelo Estado, de mecanismos que concedam aos cidadãos a possibilidade de ter seus respectivos direitos garantidos. E em se tratando da alienação parental, ter sua pretensão concedida.

Analisamos a presença da alienação parental corriqueiramente em situações cotidianas, que infelizmente é algo comum em nossa sociedade brasileira. Porém, ressaltamos também, a evolução do Estado com relação a busca pela maior segurança jurídica, ou seja, espera-se que em um futuro próximo os brasileiros estejam convictos de que suas demandas judiciais serão atendidas de forma justa e célere.

Nesse sentido, esperamos o crescimento do país no aspecto de conscientização sobre a alienação parental e combate aos casos existente, como bem preceitua Holmes (1858): “Não importa de onde viemos, mas sim para onde estamos indo!”.

A pretensão desse estudo foi buscar abranger de modo sucinto a evolução da segurança jurídica nos casos de alienação parental. Porém, nota-se que a aplicabilidade fática dessa, necessita de aprimoramentos.

Desse modo analisamos as considerações do Novo Código de Processo civil frente o dispositivo legal que regulamenta os procedimentos em processos envolvendo alienação parental em paralelo com a segurança jurídica.

Apontamos alguns entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, destacando a alteração histórica do direito de família brasileiro e suas nuances, destacando primordialmente como o conceito de família foi sendo alterado com o passar das Constituições brasileiras, utilizando o método hipotético dedutivo e apresentações bibliográficas.

Estudamos também, como o instituto da alienação parental foi inserido no Brasil e como esse instituto é atualmente.

Concluimos então, que embora não haja especificamente disposições a tratar da alienação parental no Novo Código de Processo Civil, o que deve ser levado em consideração é a existência da Lei específica e as garantias Constitucionais sobre a temática, bem como os entendimentos jurisprudenciais favoráveis ao luta contra a prática de alienação parental por qualquer dos genitores da criança ou adolescente.

Nesse sentido, promulgação da lei federal nº 12.318/2010 foi de extrema importância, agregando ao ordenamento jurídico um dos temas mais importante atualmente.

E o atual Código de processo civil de 2015 apresenta como se dá a aplicação de procedimentos adotados em casos com essa temática, buscando proporcionar uma maior segurança as partes.

Em síntese, o estudo teve por objetivo uma explanação, ainda que sucinta, sobre a necessidade de o Estado democrático de Direito proporcionar aos litigantes uma garantia, por meio da segurança jurídica, de que suas pretensões serão analisadas objetivando a justiça, principalmente quando tratamos da alienação parental.

Objetivamos também, observar como a Lei 13.105/15, o atual Código de processo civil, se portou ante essa realidade brasileira que cada vez tem ficado mais comum nostrribunais.

O estudo é de relevância jurídica, tendo em vista a necessidade de comentários sobre o tema de modo que busquemos a resolução dos casos envolvendo menores, crianças e adolescentes que sofrem ou sofreram alienação parental.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Valéria Maria de Carvalho. Novos modelos de família, Dom Total. Set. 2018. Disponível em:<<http://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/32973/novos-modelos-de-familia>>. Acesso em: 15 de set.2018

BORGES, Gabriella Carvalho. Histórico do direito de família no ordenamento jurídico

brasileiro. JUS. Fev. 2017. Disponível em:
 <<https://jus.com.br/artigos/56158/historico-do-direito-de-familia-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 15 set. 2018.

BRASIL, Código Civil. Coordenação de Flávia Alves Bravin. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____, Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015. Acesso em 23 jan. 2019 disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

_____, Constituição Federal. Coordenação de Flávia Alves Bravin. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL, STF. Agravo de Instrumento. Ação de regulamentação de visita. Prática de atos típicos de alienação parental pela genitora guardiã. Constatação mediante perícia psicológica. Inversão da guarda em favor do genitor. Possibilidade. Primazia do melhor interesse da criança. Livre convencimento motivado da magistrada da causa. Ausência de ilegalidade ou teratologia. Manutenção da decisão agravada. Agravo nº 1098062 GO. Relator Min. Edson Fachin. Brasília, 11 de junho de 2018. Acórdão.

Disponível em:
 el
 em:
 <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595883471/recurso-extraordinario-com-1098062-go-goias-5233258-4720168090000?ref=serp>>. Acesso em: 11 de nov.2018.

_____, STJ. Recurso Especial. Civil E Processual Civil. Família. Guarda Compartilhada. Melhor Interesse Do Menor. Impossibilidade. Súmula Nº 7/Stj. Art. 1.584, § 3º, Do CC/2002. Interesse da prole. Supervisão. Direito De Visitas. Implementação. Convivência com o genitor. Ampliação. Possibilidade. Alienação Parental. Preclusão. REsp nº.1654111. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 29 de agosto de 2017. Acórdão. Disponível em:
 <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/493426878/recurso-especial-resp-1654111-df-2016-0330131-5?ref=serp>>. Acesso em 11 de nov. 2018.

_____, TJ-DF. Direitos de família e processual civil. Ação de guarda. Ausência de produção de novo estudo psicossocial. Cerceamento de defesa. Princípio da proteção integral. Requerimento da oitiva da adolescente cuja guarda se discute. Ausência. Cerceamento de defesa configurado. Sentença cassada para oitiva da menor e realização de novo estudo pela secretaria psicossocial judiciária – sepsi. Apelação nº 0050997-16.2013.8.07.0016. Relator: Maria Ivatônia. Brasília, 19 de junho de 2017. Acórdão. Disponível em:
 em:<<https://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/501216376/20130111912469-Segredo-de-justica-0050997-1620138070016?ref=serp>>. Acesso em: 11 de nov. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2. Ed. Coimbra, Almedina, 1998.

COSTA, Sirlei Martins da. Violência sexual e falsas memórias na alienação parental. Revista brasileira de direito das famílias e sucessões, Porto Alegre, IBDFAM, ano XIII, n. 26, fev./mar.2012.

DALLEFI, Nayara Maria Silvério da Costa. Da segurança jurídica da súmula vinculante no Brasil: contribuições/Influências do sistema da common law e civil law. trabalho de curso. Disponível em:
https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1684/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Nayara%20Maria%20Silv%C3%A9rio%20da%20Costa%20Dallefi.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em 07 Mar. 2019.

_____. Família no neomodernismo- Uma crise ética? Disponível em:
http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/3/2016_03_1147_1166.pdf. Acesso em 07 de Mar.2019.

DANTAS, Stephanie de Oliveira. Síndrome da alienação parental. 2011. 59 f. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Paulista – UNIP. São Paulo 2011

DIAS, Maria Berenice (Coord.). Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver. 2. Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais - RT, 2010.

_____. Manual de direito das famílias. 10. ed. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DILL, M. A et al. Evolução histórica e legislativa da família e da filiação. Âmbito Jurídico. Set. 2018. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019>. Acesso em: 15 de set. 2018.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 26ªed. V.5. São Paulo: Saraiva, 2011

_____. Curso de direito civil brasileiro. 26ªed. V.5. São Paulo: Saraiva, 2011.

DRESCH, Márcia. A instituição familiar na legislação brasileira: conceitos e evolução histórica. JUS. Set. 2017. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/51795/a-instituicao-familiar-na-legislacao-brasileira-conceitos-e-evolucao-historica>>. Acesso em: 15 de set.2018

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva,2006.

JARDIM-ROCHA, Mônica. Síndrome de alienação parental: a mais grave forma de abuso emocional. In: PAULO, Beatrice Marinho (Coord.). Psicologia na prática jurídica: a criança em foco. Niterói, Impetrus, 2009.

MACCORMICK, Neil. Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning, Published to Oxford Scholarship Online: January 2010, p.16.

MACIEL, Carolos Alberto Batista. A modernidade da família moderna. NUFEN. São Paulo, v.1, n. 1, ago.2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-25912009000100005>. Acesso em 15 de set. 2018.

MACIEL, Edson Rodrigues. Alienação parental. 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil/ direito de família. Vol. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MONTEZUMA, M. A. PEREIRA, R. C. MELO, E. M. Abordagens da alienação parental: proteção e/ou violência?. Physis, Rio de Janeiro, v. 27, n. 4, out. dez. 2017. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010373312017000401205&lng=pt&lng=pt>. Acesso em: 11 nov. 2018. <https://doi.org/10.1590/s0103-73312017000400018>

NADER, Paulo. Curso de direito civil: direito de família, v.2, ed.7. São Paulo: Forense, 2015.

PINHO, Marco Antônio Garcia de. Alienação Parental. DiretoNet. Jan. 2010. Disponível em: <<https://www.diretonet.com.br/artigos/exibir/5498/Alienacao-parental>>. Acesso em: 11 de nov.2018.

RAMOS, Fabio Pestana. Infância e família no Brasil Império. Para entender história. Campinas, v. 2, n. 2, p. 1 – 9. Jan. 2004. Disponível em: <<http://fabiopestanaramos.blogspot.com/2011/01/infancia-e-familia-no-brasil-imperio.html>>. Acesso em:

15 de set. 2018.

REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito, p 87.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito de família, ed. 28, v. 6. São Paulo: Saraiva 2004.

_____. DireitodeFamília.28.Ed.SãoPaulo:Saraiva,2012.

SOUZA, Miguel Teixeira. Estudos sobre o novo processo civil. 2ªed. Lisboa: Lex, 1997.

THEODORO JUNIOR, Humberto. As reformas do direito processual civil e o princípio constitucional da segurança jurídica. In: MARTINS, Ives Granda da Silva; JOBIM, Eduardo. O processo na Constituição. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.·.

DANO MORAL E SUA VALORAÇÃO NO ÂMBITO CÍVIL

Yasmin Batistela Chrisostomo, Pedro Teófilo De Sá

Universidade do Oeste Paulista - UNOESTE. E-mail: yaschris@hotmail.com

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo refletir sobre os modos de se valorar o dano moral no âmbito cível e os critérios utilizados em cada caso, diante da falta de parâmetros na Lei para tais aferições. Procurou-se identificar os critérios doutrinários utilizados pelo juiz, no arbitramento, para valorar o dano moral e apresentou-se o sistema tarifado do dano moral, como forma de evitar, à situações semelhantes, arbitramentos por parte do juiz, de indenizações com valores desiguais. Conclui-se que, visando a proteção a dignidade e a personalidade humana, diante de um ato lesivo a alguém, a melhor solução para se valorar o dano moral e obter uma indenização justa para as partes, onde a vítima se sinta compensada pelo dano suportado e o ofensor sinta-se punido, é através do arbitramento realizado pelo juiz, restabelecendo desta forma, a harmonia social quebradas pela ocorrência do ato danoso. Para a elaboração deste artigo foi utilizado o método hipotético dedutivo.

Palavras Chaves: Dano Moral. Valoração. Modos. Critérios

MORAL DAMAGE AND CIVIL VALUATION

ABSTRACT

This paper aims to reflect on the ways of valuing moral damages in the civil sphere and the criteria used in each case, given the lack of parameters in the Law for such measurements. We tried to identify the doctrinal criteria used by the judge in the arbitration to value the moral damage and the moral damage system was presented as a way to avoid, to similar situations, arbitration by the judge, indemnities with unequal values. It is concluded that, in order to protect human dignity and personality, in the face of a slight act to someone, the best solution to value the moral damage and obtain a fair compensation for the parties, where the victim feels compensated for the damage. supported and the offender feel punished, it is through the arbitration performed by the judge, thus restoring the social harmony broken by the occurrence of the harmful act. For the elaboration of this article the hypothetical deductive method was used.

Keywords: Moral Damage. Valuation. Modes. Criteria

INTRODUÇÃO

Viver em sociedade requer de seus membros que convivam em harmonia, paz e ordem social, onde todos possuem direitos e deveres.

Com a evolução da sociedade no decorrer do tempo, a convivência entre seus integrantes torna-se mais complexa, pois diante de tantas pessoas com personalidades, pensamentos e interesses distintos, a possibilidade de alguém ter seus direitos lesados aumenta.

Surge então a responsabilidade civil, que tem como pressuposto uma conduta no caso concreto, podendo ser esta comissiva ou omissiva, onde o agente se utiliza da culpa ou dolo para causar dano a alguém.

A responsabilidade civil busca restabelecer a harmonia, a paz e a ordem social quebradas, diante de um ato lesivo ao direito de alguém, obrigando o agente causador de um dano a indenizar o ofendido, diminuindo o sofrimento da vítima e punindo o ofensor.

O dano ocorrido pode ser tanto de ordem patrimonial, como moral. Havia muita resistência quanto ao estabelecimento de uma indenização com base em um dano moral ocorrido, devido à falta de previsão legal expressa no ordenamento jurídico sobre o assunto.

Porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma valorização do homem em si, tendo protegidas a sua personalidade e a dignidade, por isso, aquele que lesar tais direitos assegurados constitucionalmente deverão reparar o dano decorrente de sua conduta.

Tal proteção também se evidenciou no Código Civil de 2002, ao estabelecer o dano moral e a obrigação de repará-lo de forma expressa em seu texto legal, eliminando assim, qualquer controvérsia sobre a existência e a obrigação da reparação.

Superado o obstáculo da previsão legal do dano moral e de sua reparação, outro surgiu, agora no tocante a valoração do dano moral. O legislador brasileiro não regulamentou em Lei a maneira, os critérios e parâmetros a serem utilizados ou seguidos no momento de se apurar o valor da indenização pelos danos morais sofridos.

Coube à doutrina e a jurisprudência suprimir tal lacuna legal, visando o estabelecimento de uma indenização justa para ambas as partes, compensando o ofendido e punindo o transgressor, pretendendo restabelecer a harmonia social e o bem estar do indivíduo, vítima do dano.

Ocorre que, a doutrina não é unânime quanto a maneira de se valorar o dano moral, para se chegar ao valor de uma indenização justa. Uns alegam que, seria através do arbitramento do juiz, observando este, os critérios doutrinários estabelecidos, diante do caso concreto, analisando juntamente, as partes em si, para se obter a atenuação do sofrimento da vítima e a punição do ofensor. Outros alegam que, o mais coerente seria a utilização de um sistema tabelado, para estabelecer o valor da indenização do dano moral.

Portanto, ante a problemática de se estabelecer de forma clara tais modos e critérios para valoração do dano moral, devido à lacuna legal, para apurar uma indenização proporcional ao dano de forma equilibrada, o presente estudo, traz uma reflexão sobre os modos de se valorar o dano moral e os critérios utilizados em cada caso, pretendendo o melhor meio para proteção e preservação da dignidade e da personalidade humana, restabelecendo, assim, a harmonia na sociedade, para que não se lesem direitos e garantias constitucionais conquistados.

METODOLOGIA

O procedimento metodológico empregado no presente artigo é o levantamento bibliográfico, pois serão utilizados doutrinas, artigos da legislação brasileira e súmulas dos tribunais superiores referente ao tema, através do método hipotético dedutivo, ou seja, partindo de uma análise geral para o particular.

DISCUSSÃO

NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Para compreender sobre o dano moral e a sua valoração no âmbito civil, é de suma importância mencionar previamente, mesmo que de forma sucinta, sobre responsabilidade civil, que é a base para o instituto do dano moral.

A Responsabilidade civil, que se encontra nos artigos 186 e 927 à 954 do Código civil de 2002 (BRASIL, 2002), refere-se ao aspecto da realidade social da humanidade, surgindo de atividades que ocasionam um dano a outrem, destinando-se a restabelecer o equilíbrio e a harmonia moral e patrimonial violados diante do prejuízo causado (GONÇALVES, 2017).

Desta forma, tem-se que a responsabilidade civil é uma consequência resultante da ação daquele que causa dano, tanto de ordem moral, como patrimonial a alguém, onde o primeiro será obrigado a reparar o dano sofrido pela vítima, como uma forma de restabelecer o equilíbrio e a harmonia social.

Por existirem diversas atitudes humanas que podem causar dano a alguém, para abranger todas essas ações ou omissões lesivas, o campo da responsabilidade civil foi dividido em responsabilidade civil subjetiva, objetiva, contratual ou extracontratual.

Na responsabilidade civil subjetiva a culpa está ligada a responsabilidade, a vítima só obterá a reparação do dano sofrido se demonstrar a culpa ou dolo do agente que a lesionou (CAVALIERI FILHO, 2015).

Tal responsabilidade está prevista no artigo 186 do Código civil de 2002 (BRASIL, 2002), onde encontra-se elencado seus pressupostos, sendo estes: o sujeito agir com dolo ou culpa; a conduta do agente ser comissiva ou omissiva; deve-se haver nexos causal entre a conduta realizada e o resultado desta e por fim, existir um dano.

Quanto a responsabilidade civil objetiva, esta encontra-se no parágrafo único do artigo 927, do Código civil de 2002 (BRASIL, 2002), sendo uma responsabilidade independentemente da existência de culpa ou dolo do agente.

Consiste a responsabilidade objetiva, adotada pela teoria do risco, na obrigação de indenizar o lesado pelo dano suportado, não havendo qualquer indagação sobre o comportamento do lesante, devendo apenas ter nexos de causalidade entre a conduta do agente lesador e o dano causado (DINIZ, 2016).

Bastando assim, haver relação de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do agente, e o dano que causar prejuízo a vítima.

Existe ainda a responsabilidade contratual e extracontratual, a contratual encontra-se nos artigos 389 e seguintes, bem como no artigo 395 e seguintes do Código civil de 2002 (BRASIL, 2002). Surge tal responsabilidade quando ocorre o descumprimento de uma obrigação preexistente entre as partes. Há uma norma convencionada entre os indivíduos e um infringe tais regras lesionando o outro (CAVALIERI FILHO, 2015).

Por fim, a responsabilidade extracontratual, ou aquiliana, como é também conhecida pela doutrina, encontra-se nos artigos 186 a 188 e 927 a 954, do Código civil de 2002 (BRASIL, 2002), surge quando o agente infringe um dever legal imposto e não há um vínculo jurídico anterior não cumprido entre as partes.

DO DANO

À medida que a sociedade evolui, torna-se mais complexa, ampliam-se as relações entre seus membros e conseqüentemente, surge e aumenta a probabilidade de danos entre os indivíduos.

Sendo um elemento essencial para configurar a responsabilidade civil, o dano é uma lesão a um bem jurídico protegido por normas legais, sendo esse bem jurídico o patrimônio e a personalidade do indivíduo.

Nem todo dano é indenizável, dano indenizável, no âmbito do direito civil, é o que deriva de um ato ilícito lesando um bem ou interesse protegido juridicamente, independentemente de sua natureza, podendo ser tanto um bem patrimonial, como um bem que afeta os direitos da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade, dentre outros, originando assim sua conhecida divisão em dano material ou patrimonial e dano moral ou extrapatrimonial (CAVALIERI, 2015).

É ato ilícito, por conseguinte, o ato praticado por terceiro que venha refletir, de forma danosa, sobre o patrimônio da vítima ou sobre o aspecto individual do homem como ser moral. Ocorre o ato ilícito assim, quando há a prática de uma conduta que não é permitida legalmente, causando um dano a outrem.

Logo, dano é lesão a um bem juridicamente protegido, podendo ser indenizável, como aquele dano proveniente de ato ilícito, desde que viole um direito alheio, como também pode ser não indenizável, não passível de indenização, como por exemplo, os que acontecem por consequência de caso fortuito ou força maior.

O Dano pode ser tanto material como moral. O dano material atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, abrangendo tanto bens móveis como imóveis. Salienta Azevedo (2011) que, para ocorrer o dano patrimonial é necessário que a lesão sofrida repercuta economicamente no patrimônio da vítima, sendo o prejuízo suportado restituído em forma de indenização monetária à vítima, quando não for possível a restituição de um bem da mesma natureza.

Deste modo, o dano patrimonial caracteriza-se com a perda ou apenas a deterioração, parcial ou total, dos bens que compõem o patrimônio do indivíduo, sendo possível de ser quantificado e, conseqüentemente, reparado em dinheiro, quando não for possível a restituição do bem da mesma natureza.

Em relação ao dano moral previsto no artigo 186 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), este não apresenta uma concepção taxativa na lei, por isso, tem várias conceituações perante a doutrina. Sendo objeto principal do estudo deste trabalho, passará a ser estudado mais detalhadamente nos próximos itens.

DO DANO MORAL

CONTEXTO HISTÓRICO DO DANO MORAL

O dano moral é protegido pela sociedade desde a antiguidade, pois a civilização já apresentava problemas no convívio entre si, onde para se obter a paz, a harmonia e o bem-estar social, necessitava-se de normas regulamentadoras e punitivas para estabelecer o equilíbrio em sociedade.

A primeira notícia que se tem acerca da retribuição do dano pela prática de uma ação humana que causasse qualquer tipo de dano a outrem vem da Lei de Talião, cuja base era a permissão da vingança, conhecida pela expressão, olho por olho, dente por dente, tratando da reparação do dano da mesma maneira como havia sido cometido (THEODORO JUNIOR, 2016). É sabido que foi esta lei que acabou influenciando a Código de Hamurabi, datado de quase 2.000 anos antes de Cristo.

Desta forma, pelo Código de Hamurabi, havendo ofensa pessoal, esta era reparada, permitindo ao ofendido que praticasse as mesmas ofensas contra o ofensor. Porém, não era apenas esta forma de reparação que existia, havia a possibilidade de reparação do dano à custa de pagamento de valor pecuniário, caso a primeira forma de reparação não fosse suficiente para restabelecer o ofendido do dano recebido.

A ideia de vingança da Lei de Talião, aceita pelo Código de Hamurabi, foi rejeitada no Código de Manu, datado de quase 1300 e 800 antes de Cristo, de origem na Índia, que passou a adotar a reparação do dano pelo pagamento de um valor pecuniário (REIS, 2010).

Eliminou-se assim, a violência física, substituindo-a por um valor pecuniário para atender à satisfação da vítima. Houve a proteção do dano moral, de forma explícita, ao proteger a sociedade de injúrias no Código de Manu (SILVA, 1999).

Assim, deixou-se de lado a ideia da reparação do dano por meio da vingança, da mesma maneira como havia sido cometido, prevalecendo somente a ideia de reparação do dano por um valor pecuniário

Posteriormente os romanos abandonaram o direito de vingança sobre o ofensor, admitindo a reparação do dano pela pecúnia, como forma de pena, conforme trazia a Lei das XII Tábuas (MELO, 2011).

A partir da Lei Aquilina e com a legislação de Justiniano, houve uma ampliação no campo da reparação em dinheiro do dano moral, onde aquele que causasse a ofensa deveria reparar o que dano que causara, com seus bens (THEODORO JUNIOR, 2016).

Desta forma, aquele que sofresse injúria, ofendido em sua honra, dignidade ou decoro, podia entrar com uma ação de reparação, em dinheiro, na qual o juiz, de forma arbitrária, iria determinar o valor do dano, se concordasse com a ação proposta (REIS, 2010).

No Brasil a doutrina e a jurisprudência controvertiam a respeito do dano moral. Havia os que não admitiam a reparação deste tipo de dano, pois “negava-se ressarcibilidade ao dano moral, sob fundamento de ser ele inestimável. Chegava-se, mesmo, a considerar imoral estabelecer um preço para a dor” (CAVALIERI FILHO, 2015, p.119).

Sustentando esta posição, da impossibilidade de valoração do dano moral, Silva (1999, p.164) apresenta julgado do Supremo Tribunal Federal que dispõe: “A legislação pátria nunca consagrou a obrigação de indenizar danos puramente morais, insuscetíveis de serem avaliados em dinheiro. Não se reduzem a moedas os sentimentos, nem se tarifam as afeições”.

Havia os que não admitiam a reparação desta espécie de dano, pois a reparação do dano patrimonial, era considerado suficiente para reparar a vítima, de lesões materiais ou de sua personalidade.

Nesse sentido expõe Silva (1999) que, os danos considerados morais, que atingem o ser humano, não tendo repercussão sobre o patrimônio do suposto lesado, não são passíveis de serem reparados pelo Direito Civil.

Outros admitiam o ressarcimento do dano moral, desde que autonomamente, ou seja, não sendo cumulado com o dano material, pois o dano material absorveria o moral, afastando, nesse caso, a sua reparação (CAVALIERI FILHO, 2015).

Desta forma, mesmo quando se admitia a reparação do dano moral, a jurisprudência negava sua cumulatividade com o dano material, sob o argumento de que havendo o ressarcimento de todos os efeitos patrimoniais resultantes do ato ilícito já estaria a vítima suficientemente reparada.

Havia ainda, os que admitiam a reparação e a existência do dano moral de forma independente do dano material, podendo haver ou não cumulação destes.

Esclarece Theodoro Junior (2016) que, atualmente, em caráter muito mais amplo, está solidamente assentado, na doutrina e na jurisprudência, não só a plena reparabilidade do dano moral como sua perfeita cumulatividade com a indenização da lesão patrimonial, inclusive a matéria encontra-se sumulada na sumula 37 do Superior Tribunal de Justiça.

Com o advento da atual Constituição Federal de 1988, especialmente no que se refere ao artigo 5º e seus incisos (BRASIL, 1988), obteve-se uma conquista, a proteção intensa aos direitos da personalidade, principalmente no que tocante a vítima do dano moral (Mendes, 2000).

Houve a consagração da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos básicos do Estado Democrático de Direito Brasileiro, elevando-se assim a proteção do ser humano no sistema jurídico, assim, qualquer afronta ou lesão à dignidade da pessoa humana deverá ser indenizada a título de dano moral.

Desta forma, a atual Constituição Federal ao trazer a dignidade da pessoa humana entre os seus direitos fundamentais, atribuiu ao indivíduo, o fundamento e o fim da sociedade, como se o Estado existisse em função das pessoas. O ser humano seria então, a razão da essência da existência do Estado (TAVARES, 2018).

Assim, a dignidade da pessoa é um valor supremo que envolve o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, o direito à honra, o direito à imagem, ao nome, à intimidade, à privacidade ou a qualquer outro direito da personalidade, todos estes estão englobados no direito à dignidade, que é o fundamento e essência de cada Lei Constitucional relativa aos direitos da pessoa humana.

Importante destacar que, a Carta Magna não fez distinção entre pessoas física e jurídica quando assegurou o direito à honra e à imagem, considerando estes bens invioláveis e assegurando o direito de indenização pelo dano material ou moral, decorrentes de sua violação.

Posteriormente à Constituição Federal de 1988, foi promulgado o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), onde prevê de forma clara a reparação do dano moral em seu artigo 186.

Sendo tão sucinto o artigo referente ao dano moral no Código Civil de 2002, não há critérios e parâmetros definidos na lei, cabendo a doutrina determiná-los, e ao juiz utilizar sua discricionariedade, baseado no princípio da proporcionalidade e razoabilidade para aferir um valor justo para a indenização da parte lesada.

Deste modo, a proteção à dignidade e a personalidade humana expressa um progresso para a sociedade, representa o início de um longo caminho a ser percorrido pelas pessoas, para que todos se respeitem e cumpram seus deveres e exerçam seus direitos, sem violar o íntimo de qualquer pessoa, sem causar danos, dor ou sofrimento. Demonstra que o Estado olhou para o ser humano no seu particular, valorizando o que cada um sente, e pensa, importando-se com o homem em si.

CONCEITOS DE DANO MORAL

Como já demonstrado, o conceito de dano moral não tem definição taxativa estabelecida na lei, há várias conceituações que permeiam pela doutrina.

De um modo geral, o dano moral previsto no artigos 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988 e no artigo 186 do Código civil de 2002, deve corresponder a uma reparação extrapatrimonial, representada por uma lesão que atinge os direitos da personalidade do ofendido, como sua honra, moral, dignidade, decoro e integridade corporal, decorrente da humilhação, sofrimento tanto moral, quanto físico e dor, que afetam o psicológico da vítima intensamente, causando-lhe mal estar.

Nesse sentido Theodoro Junior (2016, p. 1):

São danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (“o da intimidade e da consideração pessoal”), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (“o da reputação ou da consideração social”). Derivam, portanto, de “práticas atentatórias à personalidade humana”. Traduzem-se em “um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida” capaz de gerar “alterações psíquicas” ou “prejuízo à parte social ou afetiva do patrimônio moral” do ofendido.

Resulta, o dano moral da violação de algum direito da personalidade, que constitui a essência do ser humano, independentemente de raça, cor, fortuna, cultura, credo, sexo, idade, nacionalidade.

Assim, há dano moral quando a vítima suporta, por exemplo, uma desonra, um insulto, provocados por atitudes ofensivas de um terceiro, configurando lesões nas esferas interna e valorativa do ser individualmente considerado.

Nessa perspectiva, Cavalieri Filho (2015, p. 118) acrescenta que:

Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mais precioso que o patrimônio. É a dignidade humana, que não é privilégio apenas dos ricos, cultos ou poderosos, que deve ser por todos respeitada. Os bens que integram a personalidade

constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar de dano moral. Essa constatação, por si só, evidencia que o dano moral não se confunde com o dano material; tem existência própria e autônoma, de modo a exigir tutela jurídica independente.

Para caracterizar o dano moral Bittar (2015) esclarece que, é necessário considerar a vítima em si, pois é natural que cada pessoa procure alcançar a sua própria satisfação, seu bem-estar e sua felicidade, valendo-se de valores, conceitos e considerações compatíveis com as do grupo social a que quer pertencer, desenvolvendo sua cultura, princípios que integram sua personalidade de justiça, de integridade, de verdade, de bondade, de elegância e de beleza.

Portanto, em razão da subjetividade, o dano moral no indivíduo em que reflete o fato violador, atinge os aspectos mais íntimos da personalidade humana, que são a intimidade, a consideração pessoal, a autoestima, ou a própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua.

Deve-se tomar cuidado em relação a caracterização do dano moral, pois o que pode afetar a moral de uma pessoa, pode não afetar a de outra, por isso o dano moral deve ser considerado na esfera individual e pessoal de cada ofendido, pois cada indivíduo é único no seu ser.

Atualmente, o dano moral não se restringe apenas à dor, tristeza e sofrimento, reações psíquicas da vítima, a proteção do dano moral estende-se a todos os bens personalíssimos.

Diante disto, Cavalieri Filho (2015) explica que, reconhece-se o dano moral em relação a várias situações, inclusive em relação a vítima que tenha doença mental, à crianças de tenra idade, às pessoas em estado vegetativo ou comatoso, e em outras situações tormentosas. O dano moral é pleiteado pelo representante legal de tais indivíduos.

Há os que defendem, a exemplo de Melo (2011), que tais pessoas acima descritas, não são passíveis de sofrerem danos morais, pois não entendem a situação concreta, não sofrendo assim, humilhação, dor, angústia, mal estar, desonra e sofrimentos. Como o dano moral caracteriza-se com a ocorrência de tais sensações no íntimo da vítima, não há que reivindicar em juízo tal dano.

Porém, Cavalieri (2015) dispõe que, a jurisprudência tem reconhecido a existência de dano moral ainda que o ato ilícito tenha sido praticado contra menores ou a pessoas com incapacidade mental, pois a proteção é direcionada aos direitos da personalidade.

Desta forma, havendo uma situação que lese a dignidade e a personalidade de crianças, pessoas com doença mental, em estado vegetativo, ou em situações semelhantes, ocorre dano moral, passível de ser reparado (DINIZ, 2016).

Considerando o axioma de tratar os desiguais desigualmente na medida de suas desigualdades, não há diferença se o dano moral lesar uma pessoa que entende que tal dano a lesionou, de uma pessoa que não entende, pois o dano aconteceu, feriu o direito de alguém concretamente.

Tendo em vista que todos são iguais perante a lei, conforme assegura a atual Constituição Federal e o Código Civil de 2002, confere-se a todas as pessoas o direito e a proteção à dignidade e a personalidade. Sendo assim, as pessoas descritas anteriormente, tem dignidade e personalidade garantidos e amparados legalmente, ante a ocorrência de um dano moral.

Casos frequentes em que se pleiteia por dano moral, são aqueles em que se lesiona um direito, especificamente aos casos de inclusão do nome ao rol dos inadimplentes, Serviço de Proteção ao Crédito (SPC), Centralização de Serviços dos Bancos (SERASA), por dívida já paga ou por título inexigível, casos de protestos cambiários, imputação falsa e maldosa de crime, rompimento de noivado, abuso no exercício da liberdade de informação, casos de ofensa a honra, imagem, intimide, na forma de injúria, calúnia, difamação, de homicídio de parentes próximos ou de cônjuges, companheiros, entre outras hipóteses.

Contudo, não gravitam na orbita do dano moral situações que, não obstante desagradáveis, são necessárias ao regular exercício de certas atividades, como por exemplo, a revista de passageiros nos aeroportos, o exame das malas e bagagens na alfândega, o protesto do título por falta de pagamento, dentre outras. “Pois essas situações são comuns, não sendo duradouras a ponto de afetar o psicológico do ofendido, sendo apenas situações que incomodam” (GONÇALVES, 2017, p. 59).

Houve uma evolução no atual ordenamento, no sentido de reconhecer que a pessoa jurídica, embora não tenha honra subjetiva, porque esta, só a pessoa física pode possuir, é um ente, ainda que abstrato, dotado de direitos e obrigações, possuindo honra objetiva, que repousa, por exemplo, no conceito público de boa fama e imagem comercial (MELO, 2011).

O dano moral, portanto, atinge a dignidade e a personalidade de alguém, tendo seu ânimo, sua honra, seus valores, seu bem-estar e sua integridade feridos, sofrendo dor, mal-estar, humilhação, sofrimentos, tanto físico como psicológico. Nesse caso, a reparação de tal dano surge como meio de atenuar tais consequências, visando através da indenização, compensar a vítima dos prejuízos suportados e proporcionar condições para que ela volte a sentir-se bem.

DANO MORAL E SUA REPARAÇÃO

Diante de um ato lesivo, que fere o indivíduo na sua dignidade, na sua essência, no seu ser, causando mal-estar e sofrimento, tal ato danoso, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, é passível de ser reparado, como forma de restabelecer na vítima, o seu bem estar, e na sociedade, o sentimento de justiça.

O conceito de reparação civil traz a ideia de restabelecer, recompor, o patrimônio, tanto moral como material, danificado por uma conduta ilícita, omissiva ou comissiva, que lesionou alguém (TARTUCE, 2019).

Como já demonstrado, superou-se o conflito de ser ou não indenizado o dano moral, prevalecendo atualmente que é indenizável, tanto de forma cumulada ao dano material, como de forma independente.

Acrescenta Melo (2011) que a reparação do dano moral deve ser ampla, englobando todos os danos causados, de modo a atenuar o máximo possível o sofrimento suportado.

A indenização em dinheiro não é usada para acabar com o mal sofrido, pois a dor moral não tem preço, mas é um meio de diminuir as consequências do dano para a vítima, neutralizando a dor causada.

Assim, havendo qualquer afronta injusta a estes direitos, colocando em risco a pacificidade da convivência social, deve-se ter uma reparação, como pressuposto de justiça, sendo este o fundamento da reparação do dano moral (MENDES, 2000).

Há na doutrina e jurisprudência controvérsias sobre a reparação do dano moral ter apenas função compensatória, punitiva ou ambas funções.

A função compensatória busca a compensação do prejuízo sofrido pela vítima em decorrência do dano suportado, como uma forma de diminuir o sofrimento causado pelo ofensor, procurando a satisfação do ofendido, que através de uma indenização poderá minimizar sua angustia e reconstruir sua felicidade, seu bem-estar, destruídos pelo dano.

Nesse sentido Diniz (2016) defende que a angustia se neutraliza com a alegria, porém essa neutralização não é obtida diretamente pelo dinheiro da reparação, porque não se paga pela dor ou sofrimento, mas é obtida indiretamente, devido ao fato de que a indenização oportuniza ao lesado, de com o dinheiro recebido, ter condições de fazer algo que lhe devolva o bem-estar.

Portanto, a valoração do dano moral embora seja representada por uma cifra monetária, não tem a intenção de dar preço ao dano suportado pelo lesado.

Complementa Mendes (2000) que, não se está dando um preço para a dor, ou pagando-se em dinheiro pelos sentimentos humanos. Mas, como o dinheiro é um instrumento de troca, acaba tornando-se um meio possível de se restabelecer o bem-estar da pessoa.

Desta forma, a função compensatória, ou satisfativa, como também é conhecida, tem como objetivo compensar a vítima pelo dano causado, através de uma indenização, como forma de diminuir as consequências do ilícito, embora não seja suficiente para apagar as marcas deixadas.

A função punitiva da reparação do dano moral pretende impor ao ofensor um tipo de pena, diminuindo seu patrimônio, para que este sinta-se, de certa forma, atingido pelo dano que cometeu, não lesando novamente outra pessoa.

Salienta Mendes (2000, p. 158):

A natureza punitiva da reparação do dano moral encontra razão de ser no fato de que, aquele que paga sente a repressão da ordem legal face à sua atividade antijurídica, o que se lhe impõe como advertência, com efeito intimidatório, para que não mais transgrida os valores morais de outrem.

Como exposto, a punição leva a diminuição do patrimônio do ofensor, que responde com seus bens pelo dano que cometeu, e também se apresenta como um meio de desestimular o agente a cometer o ato ilícito novamente.

Contrário à função punitiva, Gonçalves (2017) alega que por não haver regra escrita que prevê essa função de penalidade, não se deve aplicá-la.

Portanto, a função punitiva visa aplicar uma pena ao ofensor, por ter praticado um ato danoso, diminuindo seus bens, e ao mesmo tempo busca o desincentivo do agente ao cometimento de outro ilícito, causando danos a alguém.

Atualmente vem crescendo a adoção da função mista para reparação do dano moral, pois há dois sentidos nela, o primeiro de compensação ao ofendido e o segundo de punição ao ofensor (VENOSA, 2018).

Desta forma, a função mista é a junção das funções compensatória e punitiva, assim, a indenização do dano moral deve compensar o ofendido, diminuindo o seu sofrimento através de uma indenização, paga pelo ofensor, e ao mesmo tempo, a indenização, deve punir o agente causador do dano, diminuindo seu patrimônio pelo pagamento da reparação, para que não cause danos novamente.

Nesse sentido, Gonçalves (2017, p. 406), afirma que a reparação pecuniária do dano moral apresenta dois sentidos ao mesmo tempo, o primeiro é o caráter compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor, e o segundo é que a reparação do dano moral serve tanto como consolo ao ofendido, visando a diminuição do seu sofrimento, quanto para desestimular o causador do ato lesivo a praticar novamente condutas que lesem alguém.

Assim, esta função mista aparenta ser a mais coerente para a reparação dos danos morais, pois ao mesmo tempo é uma compensação pelo dano suportado à vítima, sendo um conforto, diminuindo sua dor e amenizando as consequências futuras, e também é uma punição àquele que cometeu o ato danoso, pois responderá com seus bens pelo dano causado.

VALORAÇÃO DO DANO MORAL

A valoração do dano moral, cumpre uma função de justiça (DINIZ, 2016). A concessão de uma indenização desta espécie de dano, demonstra que o Estado está cumprindo o seu dever de amparar e proteger a dignidade e a personalidade humana, zelando por cada indivíduo. Porém, a apuração do valor do dano moral não é tão simples quanto quantificar um dano patrimonial.

Salienta Theodoro Junior (2016) que, no direito patrimonial, a indenização se baseia na lesão ao patrimônio da vítima, apuram-se os valores pecuniários dos bens lesionados, e há o montante para a indenização. No entanto, não ocorre o mesmo quanto ao dano moral, pois não há valores certos para as lesões que causam, tendo que ser a sua valoração, definida caso a caso.

O legislador, ao tratar do dano moral não regulamentou em lei, a maneira, os critérios e os parâmetros a serem utilizados ou seguidos no momento de se apurar o valor da indenização pelos danos morais sofridos.

Salienta Mendes (2000), que o legislador ao estabelecer ser possível a indenização pelo dano moral, deixou de mencionar como seria feita tal aferição, deixando a cargo de doutrinadores, determinar possíveis parâmetros para aplicar a lei diante de um caso concreto.

Ha atualmente duas posições quanto a valoração do dano moral, a primeira que esta seria feita através do arbitramento do juiz, que conforme Venosa (2018), analisará o caso concreto, a conduta das partes, condição econômica do ofensor, dentro outros critérios que achar necessário, critérios estes, utilizados por analogia ao da Lei de imprensa nº 5260/1967 no artigo 53, considerada pelo Supremo Tribunal Federal (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF, nº 130/2009) não recepcionada pela atual Constituição Federal.

Já a segunda posição quanto a valoração, como salienta Silva (1999) defende que frente a falta de condições para se ter um valor do dano moral praticado, para não haver insegurança jurídica, gerada pelo arbitramento, onde os valores da reparação variam de juiz para juiz, deve-se estabelecer uma tabela, com possíveis situações que desencadeiam o dano moral e seus correspondentes valores de indenização. A seguir será exposto melhor sobre as duas posições referentes a valoração do dano moral.

ARBITRAMENTO DO JUIZ

Como afirma Cahali (2005, p. 637), “Inexistentes parâmetros legais para o arbitramento do valor da reparação do dano moral, a sua fixação se faz mediante arbitramento”.

Tal tarefa ficou incumbida aos magistrados, que durante o exercício de suas atribuições, devem fazer uso de sua experiência, sensibilidade e bom senso como critérios de valoração, seria assim, o poder hermenêutico do juiz.

Arbitramento não é arbitrariedade, que não deve ser utilizado, sendo esta a situação em que o juiz analisaria a situação e fixaria uma reparação como bem entender, sem fundamentar ou utilizar qualquer parâmetro doutrinário, na reparação do dano moral utiliza-se, o arbitramento do juiz (DINIZ, 2016).

Desta forma, diante do arbitramento, cabe ao juiz ouvir as partes, verificar o caso concreto e as provas, se houverem, fixando assim, de forma moderada, uma reparação equitativa, como explica Reis (2010) o juiz deve utilizar um arbítrio prudente, devidamente fundamentado, baseado na culpa do agente, na extensão e intensidade da lesão que causou e sua capacidade econômica para arcar com os danos que praticou, para valorar o dano moral.

O juiz analisará assim, as particularidades de cada caso concreto e determinará o *quantum* indenizatório para a ação de dano moral, motivando sua decisão, baseado nos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, e na jurisprudência atual.

Na quantificação do dano moral, Tartuce (2019) expõe que, o arbitramento deve atender aos princípios da razoabilidade, do bom senso e da moderação, do artigo 944 do Código Civil de 2002, analisando com base no homem médio da sociedade o grau de culpa do ofensor, a lesão ocorrida, bem como sua intensidade, duração e o ato danoso conforme a situação pessoal da vítima.

Desta forma, o juiz, de acordo com a análise do caso concreto, extrairá o possível dano moral concretizado, examinando cada caso com responsabilidade, moderação, prudência, se atentando a conduta das partes, as condições pessoais da vítima, a extensão do dano causado, a condição econômica do ofensor, sendo proporcional e razoável em sua decisão. Tais critérios, utilizados pelo juiz na valoração do dano moral, serão melhor estudados a seguir.

CRITÉRIOS PARA VALORAÇÃO DO DANO MORAL

Atualmente, com auxílio da doutrina e jurisprudência, alguns critérios foram estabelecidos, sendo divididos em objetivos e subjetivos.

Nesse sentido Theodoro Junior (2016) apresenta como critérios a conduta das partes, a condição econômica das partes, a intensidade e duração do sofrimento na vítima, condições pessoais do ofendido e a extensão do dano causado.

A utilização pelos magistrados dos critérios melhorou o reconhecimento e a valoração do dano moral, pois diante de tais critérios, ainda que variem de doutrinador para doutrinador, os juízes em suas sentenças, conseguiram fundamentar melhor a ocorrência ou não do dano moral, estabelecendo o que vinha a ser ou não dano moral diante do caso concreto, conseguiram também analisar melhor cada situação, e aferir um valor adequado para ambas as partes (DINIZ, 2016). Tais critérios passaram a ser adotados pelos juízes, no arbitramento, no momento de se determinar o quantum indenizatório do dano moral, os quais se verão a seguir.

CONDUTA DAS PARTES

Uma pessoa para incidir na obrigação de reparação de dano moral a alguém, deve praticar um ato comissivo ou omissivo, mediante culpa ou dolo, que cause lesão a dignidade ou a personalidade, acarretando conseqüentemente dano moral a um indivíduo (CAVALIERI FILHO, 2015).

O magistrado examinará as particularidades da situação apresentada a ele, analisando o porquê do ofensor causar dano moral ao ofendido, assim como irá averiguar as razões da vítima, de se encontrar nesta condição (MELO, 2011).

Complementa Gonçalves (2017) quanto à conduta das partes que, há de ser observado o fenômeno da culpa concorrente. Esta existindo, paralelamente à conduta do agente causador do dano, há também conduta culposa da vítima, surgindo assim, o evento danoso do comportamento culposos de ambas as partes.

Havendo culpa concorrente das partes, do ofensor e do ofendido, conforme artigo 945 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) a indenização será proporcional ao grau de participação destes na configuração do dano moral.

Assim, a conduta das partes, diante da ocorrência do dano moral, influência na valoração do dano, pois o juízo levará em consideração para aferir o ato danoso, a maneira como agiu o ofensor, e possíveis explicações do por que praticou tal conduta, também analisará a conduta da vítima, examinando a razão dela se encontrar nesta posição. Lembrando que, existindo culpa do lesado de forma parcial ou recíproca,

com a do agente causador do dano, a reparação, respectivamente, será proporcional ao grau de culpa ou será compensada.

CONDIÇÕES PESSOAIS DA VÍTIMA

O juiz, no arbitramento do dano moral, deve examinar a pessoa do lesado, com o devido cuidado e atenção que se espera de um julgador, considerando os efeitos psicológicos e o sofrimento causado, seus princípios e valores, o meio em que vive e atua, seu grau de escolaridade, de informação e sua visão particular sobre si mesmo (DINIZ, 2016).

A análise das condições pessoais da vítima é um critério importante para a valoração do dano moral, pois examina os aspectos particulares do lesado, para averiguar a extensão do dano, o quanto o evento danoso lesou a personalidade e a dignidade da vítima.

Nesse sentido afirma Melo (2011) que, a personalidade do indivíduo abrange muito mais do que a honra, decoro, integridade física e psíquica, engloba também como a pessoa se vê, como se sente perante a sociedade e como quer ser vista pelos que a rodeiam, ferindo tal personalidade é como se o causador do dano estivesse retirando toda a essência do ser lesado.

O dano moral deve ser considerado na esfera individual e pessoal de cada indivíduo, porquê cada ser humano é único em sua essência. Logo, para chegar ao *quantum* da reparação do dano moral de forma justa, deve-se levar em consideração os valores, as considerações pessoais, as satisfações, o bem-estar, a cultura, a integridade, a ética, a religião e a moral do ofendido, de forma individualizada.

EXTENSÃO DO DANO

A extensão do dano moral serve como critério de arbitramento, tendo como fundamento o dano em si, baseado no artigo 944 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002).

Deve à extensão do dano, ser analisada sob dois aspectos: o primeiro é o da intensidade do sofrimento, e o segundo é o da duração deste sofrimento para a vítima (MELO, 2011).

Em relação à intensidade do sofrimento causado pelo dano moral no ofendido, salienta Diniz (2016) que, sendo essa espécie de dano relativo à pessoa, atinge particularidades da personalidade humana, da sua dignidade, bem como da sua essência, da sua intimidade e da sua consideração pessoal ou social, o que acaba influenciando na valoração deste dano em juízo.

É preciso analisar, em conjunto, o dano ocorrido no íntimo da pessoa, os aspectos individuais da vítima e a relevância do direito violado na vida daquele que o suportou.

Considerando que cada indivíduo é único, possuindo valores e preceitos que elege como verdadeiro para seu bem-estar e felicidade, uma conduta que cause dano moral a alguém, gerando o dever de indenizar, atinge cada pessoa de uma forma diferente (Gonçalves, 2017).

Já em relação à duração do dano moral, deve ser observado se possui caráter definitivo ou passageiro, o que influenciará na sua valoração (MELO, 2011).

Segundo Gonçalves (2017), o dano moral definitivo seria aquele que se prolonga no tempo, já o dano moral passageiro, seria aquele que dura por um tempo e posteriormente cessa.

O valor da reparação deverá ser majorado nos casos de danos definitivos, se comparados aos casos de dano passageiro, como explica Bernardo (2005, p. 167): “uma lesão corrigida dentro de seis meses é muito menor do que aquela que permanece na vítima pelo resto de sua vida, trazendo-lhe más recordações todas as vezes que a visualiza, bem como constrangimento em seu convívio social”.

Portanto, a duração e a intensidade do sofrimento da vítima, da conduta danosa, auxiliarão o juiz a melhor avaliar a extensão do dano moral suportado, para um arbitramento do *quantum* do dano, adequado ao caso concreto.

CONDIÇÃO ECONÔMICA DAS PARTES

Verificar a condição econômica das partes demonstra uma preocupação do juízo em estabelecer uma reparação do dano moral de forma justa, para não criar um sentimento de injustiça na vítima e um sentimento de impunidade no ofensor (DINIZ, 2016).

Para valorar o dano moral, através do arbitramento judicial, deve-se averiguar a condição econômica do ofensor que causou o ato ilícito a alguém.

Salienta Melo (2011) que, na apuração do valor do dano moral, o magistrado deve verificar as condições econômicas do lesante, evitando uma indenização simbólica, sem fundamento e efeitos práticos.

Assim, o juiz deve ter em mente que a indenização não pode ser de valor tão alto, a ponto de acabar lesionando o ofensor, e nem de valor tão baixo, a ponto de ele não se sentir penalizado civilmente por sua conduta, pois a indenização do dano moral além da função compensatória para o ofendido, tem também função punitiva para o ofensor.

Como explica Reis (2010), se for arbitrado um valor pequeno, em relação a condição financeira do lesante, para poder arcar com o prejuízo causado, o transgressor ficará de certa forma impune, contudo se for auferido um valor excessivo ao que pode pagar, ainda que para a vítima, tal valor não atenua a lesão suportada, haverá um ônus ao lesante.

Desta forma, no sistema de arbitramento do dano moral, o juiz, diante do ato lesivo ocorrido, deve verificar todo o contexto fático, para não causar injustiça, nem ônus a nenhuma das partes, pois a indenização do dano moral visa restabelecer a harmonia e o equilíbrio social que foram quebrados com a ocorrência do ato danoso. Não se quer na tentativa de reparar um dano, cometer outro.

Melo (2011) defende que, a situação econômica do ofendido também deve ser observada pelo julgador no arbitramento do dano moral. Logo, a valoração do dano moral deve ser adequada a sua situação financeira, para que não ocorra injustiça, nem tampouco o enriquecimento sem causa, decorrente do aumentado no patrimônio da vítima, sem este ser lesado.

Conforme afirma Gonçalves (2017, p. 415):

O critério de se levar em consideração, no arbitramento do quantum indenizatório, a condição social e econômica do ofendido causa, a princípio, certa perplexidade, podendo ser indagado em que medida teria influência sobre a dimensão do sofrimento por ele experimentado. Indagam alguns se a dor do pobre vale menos que a do rico. É evidente que o sofrimento moral dos afortunados não é mais profundo do que o das demais pessoas. Porém, o critério de se atentar para a situação econômica do lesado, no arbitramento dos danos morais, pode ser utilizado porque, como já ressaltado, a reparação não deve buscar uma equivalência com a dor, mas ser suficiente para trazer um consolo ao beneficiário, uma compensação pelo mal que lhe causaram.

Assim, os que sustentam que a situação econômica do ofendido deve ser analisada, igualmente como ocorre com a do ofensor, pelo juiz na quantificação do dano moral, alegam de modo geral que, com a reparação, a vítima terá seu patrimônio aumentado, devendo esta indenização ser uma forma de diminuir o sofrimento do ofendido, compensando-o, sem contudo, representar um bônus pelo dano sofrido.

Contudo, discordando de tal posicionamento, afirma Bernardo (2005) que, sabendo que o dano moral deriva de uma lesão à dignidade da pessoa humana, ao analisar a situação econômica do ofendido para valorar o dano moral, estaria avaliando a dor, o sofrimento da vítima de acordo com sua situação econômica e não de acordo com o impacto negativo do dano sobre sua personalidade.

Contrária também a análise da condição econômica do ofendido para valorar o dano moral, Diniz (2016) aponta que, na reparação do dano moral não há como ocorrer enriquecimento ilícito por parte da vítima, pois ao lesar a dignidade e a personalidade humana, protegidos por lei, existe por si só o dever de indenizar, tendo tal reparação o fundamento de restabelecer o equilíbrio que foi quebrado na sociedade pelo evento danoso.

Ante o exposto, analisar a condição econômica do ofendido não é necessário, bastando a análise, por parte do juiz, da condição econômica do ofensor, juntamente com a conduta das partes, examinando a intensão e duração do dano, além das condições pessoais da vítima, para se auferir uma indenização justa. Com isso, o ofendido terá seu sofrimento, de certa forma, compensado, diminuindo sua dor, ao passo que, o ofensor, se sentirá punido pelo dano que cometeu, pois pagará com seus bens, uma indenização ao ofendido, de forma compatível com suas condições financeiras, para não afetar sua subsistência, havendo assim, uma indenização proporcional e razoável para ambas as partes.

PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

O artigo 8º do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), dispõe que o juiz atenderá aos fins sociais e as exigências do bem comum no ordenamento jurídico, promovendo sempre a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência em suas decisões.

Como salienta Rodrigues e Lamy (2016), a proporcionalidade diz respeito a interpretação dos direitos fundamentais, sendo tal interpretação realizada de forma racional, equilibrando o valor da reparação com

o dano moral causado. Já a razoabilidade, diz respeito a análise dos direitos fundamentais feridos, onde o valor a ser concedido na indenização, objetiva compensar a vítima e punir o ofensor.

Assim, na valoração do dano moral, o juiz deve buscar a maneira mais justa de se definir um valor para a indenização da lesão causada, utilizando a proporcionalidade e a razoabilidade para se chegar a uma decisão coerente e lógica para as partes, existindo uma correlação entre a reparação concedida e o dano suportado, compensando a vítima e punindo o ofensor.

Segundo Cavalieri Filho (2015), para que o juiz decida de forma razoável, é preciso que sua decisão esteja adequada aos motivos que a determinaram, que a indenização seja proporcional ao dano, compensando a vítima deste e punindo o ofensor.

Sendo assim, para se ter uma reparação razoável, diante do ato danoso e da lesão a dignidade e a personalidade do lesado, o magistrado deve agir com racionalidade e prudência na apuração do *quantum* da indenização, com base no homem médio da sociedade, existindo assim uma proporção entre o ato lesivo e o dano causado.

A fundamentação para a utilização dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, pelo juiz, encontra-se no fato de que, é através destes princípios, empregados pelo juiz em sua decisão, analisando o caso concreto, que se pode alcançar um valor de indenização mais justo para as partes, reparando a dignidade e a personalidade lesadas, atenuando o sofrimento do ofendido.

Deve o juiz assim, averiguar com cautela a conduta das partes, a condição pessoal da vítima, a situação econômica do ofensor, a intensidade e duração do ato danoso suportado pelo lesado, bem como todas as circunstâncias presentes no caso e nas partes que se acharem necessários, para ter uma decisão que compense a vítima e que puna o ofensor, restabelecendo a harmonia social.

TARIFAÇÃO DO DANO MORAL

Todos os dias há milhares de ações propostas no poder judiciário, em todo o território brasileiro em decorrência de dano moral, e que resultam no arbitramento de valores de indenizações que variam entre o valor de um salário mínimo nacional até milhões de reais (Reis, 2010).

Devido aos valores exorbitantes ou ínfimos fixados em indenização a título de dano moral, surge uma preocupação com a falta de parâmetros para a valoração dessa espécie de dano, o que fez nascer o sistema tarifado ou tabelado do dano moral.

Salienta Silva (1999) que, existindo dificuldades de se valorar o dano moral através do arbitramento do juiz, o mais sensato seria que tal valoração estivesse disciplinada em lei, que enumeraria as situações que ocasionariam o dano moral, de forma taxativa, juntamente com o valor mínimo e máximo para cada dano previsto, evitando indenizações exorbitantes ou insignificantes a situações semelhantes que causam dano moral.

A tarifação do dano moral seria então a descrição das condutas que causam dano moral e seus respectivos valores de indenização, em forma de tabela.

Conforme Mendes (2000), o tabelamento do dano moral pode ocorrer também, de acordo com o julgamento dos Tribunais, que se formariam através de julgamentos de casos concretos, onde os valores concedidos às indenizações de dano moral, iriam ser tabelados e utilizados para julgamentos de casos análogos.

Os que apontam a tarifação do dano moral como a melhor forma de se valorar esse dano, defendem que, como explica Theodoro Junior (2016), pela tarifação, evitar-se-ia o subjetivismo dos julgadores na valoração do dano moral, assim, as partes não dependeriam de circunstâncias pessoais de cada juiz.

A tabela definindo quais situações causam dano moral e seus respectivos valores, ainda não existe, sendo apenas um apontamento doutrinário para diminuir decisões que concedem dano moral a situações parecidas com valores discrepantes.

Porém, existe um Projeto de Lei nº 150/1999, aguardando votação na Câmara dos Deputados, que se refere à tarifação do dano moral.

A tarifação assim, geraria segurança jurídica para as partes envolvidas num processo de dano moral, pois ambas saberiam, desde o início da ação, o valor que irá se discutir na lide.

Contrário aos que defendem a tarifação do dano moral, temos os que tutelam pelo arbitramento judicial, como por exemplo, Gonçalves (2017) afirmando que, a tarifação deste dano, ainda não é admitida no Brasil, pois se for conhecido anteriormente o valor a ser pago pelo ato danoso, o ofensor pode avaliar se a sua conduta ofensiva compensa, se terá vantagens ou não, em relação ao montante que terá que pagar

pelos danos morais suportados pela vítima, podendo assim, concluir se vale ou não a pena, cometer o ato danoso.

O Superior Tribunal de Justiça posicionando-se sobre a tarifação do dano moral, editou a sumula 281, a qual veda a tarifação do dano moral, conforme existe na Lei de imprensa nº 5.250, de 1967.

O tabelamento para valorar a indenização do dano moral é portanto, contrário aos preceitos constitucionais consagrados pela atual Constituição Federal, que visa proteger a dignidade da pessoa humana como base do Estado democrático de direito.

Como demonstra Kant (*apud* MELO, 2011, p. 104):

Nas relações sociais existem dois valores importantes, que não se devem confundir: tudo tem um preço, ou tem uma dignidade. Quando a coisa tem preço, dela se pode dispor, bem como pode substituir pelo equivalente. Estando a coisa acima de todo e qualquer preço, não se encontrando nada que seja equivalente, estaremos diante da dignidade. Assim, a dignidade da pessoa humana não pode ser considerada como mercadoria, nem pode ser objeto da realização de fins outros que não seja o próprio homem. As coisas têm preço, estas se podem tabelar; as pessoas têm dignidade, logo insuscetível de qualquer tabelamento frio e apriorístico por lei.

Desta forma, a tarifação não se mostra um meio eficaz para a valoração do dano moral, pois diante de casos parecidos ou diferentes, seria aplicada a mesma regra, o mesmo rol taxativo.

Como demonstra Diniz (2016), casos parecidos não são idênticos, não há um caso judicial igual a outro, em todo o seu conjunto de existência, principalmente por abranger situações que envolvem o íntimo do ser humano, que é único em seu ser.

Cada pessoa tem as suas peculiaridades que devem ser levadas em conta numa indenização de dano moral, pois, conforme já sustentado anteriormente, o dano moral não é exato como o dano patrimonial, vai além, está na lesão à essência de cada homem.

Desta forma, o mais correto seria a valoração do dano moral através do arbitramento feito pelo juiz, que analisará de forma prudente e lógica a conduta das partes, a situação econômica do ofensor e o sofrimento do lesado, bem como a intensidade e duração do dano suportado, utilizando em sua decisão a razoabilidade e a proporcionalidade, apontando a reparação concedida, com base no ato lesivo e o dano causado, estabelecendo uma indenização justa para as partes, visando compensar a vítima, diminuindo seu sofrimento, e punindo o ofensor, restabelecendo assim, a harmonia social, a paz, e a ordem quebradas pelo ato danoso.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo refletir sobre os modos de se valorar o dano moral e os critérios utilizados em cada caso, diante da falta de parâmetros na Lei para tais aferições, para determinar uma indenização proporcional ao dano de forma equilibrada, protegendo a dignidade das pessoas lesadas, individualmente consideradas.

Nesse contexto, constatou-se que, o dano moral decorre de atitudes que atingem aspectos íntimos do indivíduo. Assim, aquele que teve sua dignidade, seus direitos personalíssimos, seus valores, sua honra, seu decoro, nome, bem-estar, sua integridade, imagem, felicidade, reputação, autoestima, sua essência, seu ser, violados por outrem, pode valer-se do instituto da responsabilidade civil, e terá direito a uma indenização justa pelo sofrimento, humilhação, mal-estar e consequências psicológicas e físicas suportadas pelo dano causado.

A reparação do dano moral tem o intuito de restabelecer a harmonia, a paz e a ordem que foram infringidas por um transgressor, cumprindo assim, uma função compensatória a vítima, diminuindo sua dor e amenizando as consequências futuras do lesado, e uma função punitiva ao ofensor, que responderá com seus bens pelo dano que cometeu.

Embora a valoração do dano moral, seja representada por uma cifra monetária, não se está dando um preço para a dor, para o sofrimento, nem para o mal suportados, pois estes, não tem preço.

Observou-se no desenvolver da dissertação, que há divergências quanto ao modo de se quantificar o dano moral, dividindo a doutrina.

De um lado, os que defendem que o dano deve ter seu valor apurado através do arbitramento do juiz, que fundamentadamente e de forma prudente, lógica, proporcional e razoável, analisará os critérios

da valoração, considerando a conduta das partes, a situação econômica do ofensor, o sofrimento causado no lesado e a intensidade e duração do dano neste, estabelecendo uma indenização do dano moral adequada para as partes, compensando a vítima e punindo o ofensor.

Outra parte da doutrina, defende que o valor do dano moral, deve ser determinado de acordo com uma tabela pré-estabelecida, que conterà o rol das situações que geram o dano moral e o respectivo valor destes, estabelecendo valores mínimos e máximos para cada dano, onde o juiz, conforme o caso concreto, concederá a indenização do dano moral, evitando assim, arbitramentos desiguais, para situações semelhantes.

Tendo em vista que, o dano moral lesa uma pessoa, individualmente considerada, ferindo sua essência, seu ser, seus direitos fundamentais, não há como tarifar o quantum da lesão, sem a análise das condições específicas do caso concreto.

Conclui-se diante do que foi exposto, que a melhor solução para se valorar o dano moral e obter uma indenização justa para as partes é através do arbitramento realizado pelo juiz, que analisará de forma prudente a conduta das partes, a situação econômica do ofensor, o sofrimento suportado pelo lesado, bem como a intensidade e duração do dano neste, apresentando uma proporção entre o ato lesivo e o dano causado.

Desta forma, a valoração do dano moral estará cumprindo a função da reparação desta espécie de dano, no âmbito civil, quando o ofendido tiver seu sofrimento, de certa forma, compensado, diminuindo sua dor, e o ofensor, sinta-se punido, pagando pelo dano que cometeu, de forma compatível a sua situação financeira, sem que isso afete sua subsistência. Sendo assim, não se causará injustiça, nem ônus desproporcional a nenhuma das partes, pois a indenização do dano moral visa restabelecer a harmonia e o equilíbrio social que foram quebrados com a ocorrência do ato danoso.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Das Pessoas. Da Divisão de Pessoas. Das Pessoas Naturais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 20 out. 2018

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. DAS NORMAS PROCESSUAIS CIVIS. Das Normas Fundamentais e da aplicação das normas processuais. Das Normas Fundamentais do Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 150/1999, de 08 de Agosto de 2002. Autor: Antonio Carlos Valadares. Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 08 de Agosto de 2002. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1459> Acesso em: 20 Nov. 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Súmula nº 37. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,stj-sumula-37,2268.html>. Acesso em: 20 Nov. 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Súmula nº 281: A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,stj-sumula-281,2664.html>. Acesso em: 20 Nov. 2018

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. Dano moral: Critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

- CAHALI, Yussef Said. Dano moral. 3 ed. Ver., amp. E atual. Conforme o código civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil: responsabilidade civil. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil .16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade civil. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MELO, Nehemias Domingos. Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MENDES, Robinson Bogue. Dano moral e obrigação de indenizar: critérios de fixação do quantum. Campo Grande- MS, Editora: UCDB, 2000.
- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- NADER, Paulo. Curso de direito civil: responsabilidade civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- REIS, Clayton. Dano moral. 5ª ed. Ver. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. Teoria geral do processo. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
- SILVA, Americo Luis Martins da. O dano moral e a sua reparação civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- SILVA. Wilson Melo da. O dano moral e sua reparação. 3ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 1999
- TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. v. 2. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dano Moral. 8ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: obrigações e responsabilidade civil. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DIFERENÇA ENTRE DOLO INDIRETO E CULPA CONSCIENTE

Stephanie Batista Da Silva, Sarah Karoline Marinho Oliveira

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: smarinho9@hotmail.com

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo apontar as principais diferenças entre dolo indireto e culpa consciente e suas diversas classificações doutrinárias. O dolo indireto é dividido entre dolo alternativo onde o agente realiza a previsão do resultado aceitando qualquer consequência possível de sua ação e dolo eventual onde a intenção da ação do agente apesar de não querer o resultado doloso, realiza a previsão do resultado e aceita a possibilidade. Na culpa consciente o agente apesar de realizar a previsão do resultado acha que o mesmo não irá ocorrer, assim podendo evita-lo. O mesmo aborda diferentes correntes doutrinárias sobre os delitos praticados na direção de veículos automotor, tendo como o dolo indireto e a culpa consciente seu conceito julgador.

Palavras-Chaves:

Dolo Indireto, Culpa Consciente, Direito Penal

DIFFERENCE BETWEEN INDIRECT DOLO AND CONSCIOUS GUILTY

ABSTRACT

This paper aims to point out the main differences between indirect intent and conscious guilt and their various doctrinal classifications. Indirect intent is divided between alternative intent where the agent predicts the outcome accepting any possible consequence of his action and eventual intent where the intent of the agent's action despite not wanting the willful outcome, predicts the outcome and accepts the possibility. In conscious guilt, the agent, despite performing the prediction of the result, thinks that the same will not occur, thus avoiding it. It approaches different doctrinal currents about the offenses committed in the direction of motor vehicles, having as its indirect deceit and conscious guilt its judgmental concept.

Keywords: Indirect Dolo, Conscious Guilt, Criminal Law

INTRODUÇÃO

Dentro do âmbito jurídico, ao deparar se com um ato ilícito, o Direito Penal, através de seus institutos de averiguações criminais, verifica se a conduta do indivíduo que praticou tal fato típico e antijurídico se enquadra na tipificação de infrator da lei e analisa a responsabilidade subjetiva do agente para melhor aplicar a sanção adequada. No aspecto analisado da culpabilidade, encontra se dois fatores determinantes para aplicabilidade de atenuantes e agravantes na dosimetria da pena, sendo eles o Dolo e a Culpa. Entre os tipos existentes para cada um desses fatores, duas tipicidades se confundem por serem muito parecidos, sendo eles o Dolo Indireto (Eventual) e a Culpa Consciente. Ambos os atos ocorrem no momento em que o indivíduo, ao realizar uma conduta qualquer, prevê que tal ação pode causar dano para um bem jurídico tutelado e mesmo assim continua praticando o ato. A diferença é que no Dolo Eventual, o agente realiza a ação mesmo sabendo das consequências que podem ser causadas e não se importa com o resultado, agindo de forma egoística. Já na Culpa Consciente, o agente sabe das consequências mas tem a equivocada impressão de que não irá se concretizar, sendo que este age de maneira leviana mas possui importância com o resultado final que a ação pode gerar. (Bitencourt, 2019)

METODOLOGIA

O método aplicado neste trabalho é o método dedutivo, que parte de uma generalização para uma questão particularizada. Segundo Gil (2008), este método de pesquisa parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões em virtude unicamente de sua lógica.

Para elaboração do presente projeto, foram utilizadas as metodologias de pesquisa bibliográfica conceitual por doutrinas, além da análise de jurisprudências, legislações nacionais artigos científicos com pertinência ao tema abordado.

Segundo (Damásio, 2017).

O assunto abordado remete ao dolo indireto ou indeterminado “Há dolo indireto quando a vontade do sujeito não se dirige a certo e determinado resultado.” O sujeito assume o risco, podendo sobrevir ou não o resultado. O dolo indireto se subdivide em: dolo alternativo e dolo eventual. Dolo alternativo a vontade do sujeito não é bem definida, para ele, tanto faz um ou outro resultado Ex: o agente quer matar ou lesionar, tanto faz. Dolo eventual é aquele em que o agente não quer produzir o resultado, mas aceita o risco de produzi-lo. Ele prevê a possibilidade de o resultado acontecer, mas não se importa que ele ocorra. Segundo a fórmula de Frank, o agente diz a si mesmo: “seja como for, dê no que der, em qualquer caso não deixo de agir”. Entre desistir da conduta e causar o resultado, prefere que este se produza. Para ser caracterizado como dolo eventual não basta apenas uma conduta errada, caracterizada como imprudência O artigo 18, I, do Código Penal trata da forma dolosa em que o crime é cometido, as doutrinas de Direito Penal em sua Parte Geral costuma trazer variadas abordagens. O agente deve se conformar com a possibilidade de um resultado danoso.

Embora o agente aja não se preocupando de fato com o resultado que ira almejar no dolo alternativo volitivo o agente é direcionado alternativamente seja ao resultado ou a pessoa contra a qual cometera tal delito. No dolo alternativo objetivo o resultado, portanto não será de modo alternativo, ou seja, por não se saber de fato qual resultado ele obterá ao praticar o delito. No dolo subjetivo á pessoa a qual o agente irá realizar sua conduta delituosa será alternativa, sendo assim o agente não terá conhecimento da pessoa em si e sim do resultado que ele quer alcançar.

O dolo eventual é a vontade do agente de obter um resultado determinado, porem se visualizado a possibilidade da ocorrência de um segundo resultado que não é desejado por ele, mas sim aceito, ele o pratica da mesma forma. A lei utiliza o termo “Assumir o risco”, pois o agente assume o risco do delito realmente acontecer, mesmo que o próprio já realizou a previsão do resultado, e aceita que ele aconteça. (Nucci,2017)

Dolo alternativo significa querer o agente, indiferentemente, um resultado ou outro. Não se trata, como alerta Maurach, de uma forma independente de dolo, mas sim de uma aplicação das regras pertinentes á congruência dos tipos objetivos e subjetivos. Cita, ele como exemplo, o caso do ladrão que encontra uma carteira, envolta num pano, na praia. Não sabe se foi deixada ali por um banhista que foi á água ou se alguém a esqueceu ali e foi para casa. Leva-a, de todo modo. Somente a análise do caso concreto irá determinar se houve furto (art. 155, CP) ou apropriação (art. 169, paragrafo único, II, CP.)” Como exemplo de dolo indireto alternativo, tomando por base o resultado, podemos citar aquele em que o agente efetua disparos contra a vitima, querendo feri-la ou mata-la. Percebe-se, por intermédio desse exemplo, que o conceito de dolo alternativo é um misto de dolo direto com dolo eventual. Sim, porque quando o agente quer ferir ou matar a vitima seu dolo é dirigido diretamente a uma pessoa determinada; mas, no que diz respeito ao resultado encontramos também uma “pitada” de dolo eventual, haja vista que o agente, quando direciona sua conduta a fim de causar lesões ou a morte de outra pessoa, não se importa com a ocorrência de um ou de outro resultado, e se o resultado mais grave vier a acontecer este ser-lhe-á imputado a titulo de dolo eventual. uma interligação entre dolo direto com dolo eventual, a diferença que se tem entre eles é o modo operante realizado no dolo direto que existe uma pessoa especifica a ser atingida e no dolo eventual não se sabe o resultado que ira ser causado nesta determinada pessoa, se somente ira feri-la ou leva-la a óbito. Sendo que o agente não da a mínima importância para o que ira acontecer com a vitima. Fala-se em dolo eventual quando o agente, embora não querendo diretamente praticar a infração penal, não se abstém de agir e, com isso, assume o risco de produzir o resultado que por ele já havia sido previsto ou aceito.” “O dolo eventual não passa de uma espécie de culpa com representação, punida mais severamente. (Greco, 2017)

O agente que pratica um delito com dolo eventual mesmo ele não querendo o realizar, não deixa de agir, ou seja, não toma uma atitude para que o mesmo não ocorra, portanto assume sim o risco da produção do resultado, sendo que este resultado ele já tinha a previsão que se acontecido poderia gerar uma ação grave em relação a vítima ou as vítimas. A punição para quem pratica dolo eventual é diferente de quem pratica um ato com culpa consciente.

A culpa consciente o resultado é previsto pelo sujeito que o pratica, que espera que o mesmo não ocorra ou que poderá o evita-lo. É chamada culpa com previsão a culpa com previsão é elemento no dolo. A culpa consciente é uma exceção que se diferencia do dolo eventual. O agente tolera a produção do resultado na culpa consciente, o seu acontecimento lhe é indiferente, tanto faz que ele ocorra ou não. Assume assim o risco da produção. Quando se trata de culpa consciente é ao contrario, sendo que o agente não quer o resultado, mas assume o risco sendo tolerável e não sendo indiferente. Dentre tantos exemplos de culpa consciente o exemplo mais citado é do artista de circo que utiliza-se de facas para acertar um alvo que geralmente possui uma pessoa amarrada e ele para tornar o espetáculo mais animado e emocionante. Caso o atirador de facas acerte a pessoa, ele responderá pelo crime praticado a título de culpa, sendo esta culpa consciente.

O agente que no exemplo inserido é o atirador de facas embora realizando a previsão do resultado que é acertar a pessoa matando-a ou lesionando-a ele por sua vez acredita sinceramente na sua não ocorrência, em via de todos os anos de árduo treinamento e habilidade dando continuidade na sua conduta. O caso em questão muda inteiramente se, o atirador de facas fizer o numero circense sem qualquer preparação ou habilidade para tal. Sendo assim, caso uma pessoa da plateia venha para realizar o número e, para a infelicidade do atirador o mesmo acertar a vítima, matando-a, por exemplo, responderá pelo crime de homicídio doloso com intenção, sendo considerado de dolo eventual. Portanto, o mesmo não quer diretamente o resultado, mas assume o risco de produzi-lo e, se este vier a acontecer ele o encara como tanto faz.

A culpa consciente definida aos olhos de (Greco,2017)

A previsibilidade é um dos elementos que integram o crime culposos. Culpa consciente é aquela em que o agente, embora prevendo o resultado, não deixa de praticar a conduta, sinceramente, que este resultado não venha a ocorrer. O resultado, embora previsto, não é assumido ou aceito pelo agente, que confia na sua não ocorrência.

(Nucci, 2017)

Define culpa consciente como: Culpa com previsão, ocorrendo quando o agente prevê que sua conduta pode levar a certo resultado lesivo, embora acredite, firmemente, que tal evento não se realizará, confiando na sua atuação (vontade e capacidade) para impedir o resultado. Valendo-se do exemplo, imagine-se o motorista que, visualizando o semáforo à sua frente, em vias de fechar, pois já sinalizou a luz amarela, acelera seu carro apressadamente, acreditando poder ultrapassar o cruzamento a tempo. Entretanto, o farol torna-se desfavorável antes da sua chegada ao local; quando um veículo arranca na via transversal, porque o sinal verde lhe surgiu, ocorre a batida, com lesões corporais para certa vítima. Esse motorista foi imprudente, mas com a diferença de ter percebido claramente a alteração do sinal de trânsito. Ele arriscou passar. Tinha a previsão do resultado (bater o carro), mas esperava sinceramente que não iria acontecer, vale dizer, que acelerando seu veículo teria condições de realizar o cruzamento a tempo.

O dolo eventual não se confunde com a culpa consciente, já que nesta o agente também prevê o resultado, mas acredita sinceramente que ele não ocorrerá. É bem verdade que a culpa consciente muito se assemelha ao dolo eventual, mas com ele não se confunde. Em ambos existe a previsão do resultado. Todavia, enquanto no dolo eventual o agente não se importa como fato de o resultado acontecer, na culpa consciente o agente confia que o resultado sinceramente não ocorrerá. (Masson, 2017).

A culpa consciente se assemelha do dolo eventual, mas não se confunde. Na culpa consciente, o agente, embora prevendo o resultado da prática do delito, não o aceita como possível. No dolo eventual

o agente realiza a previsão do resultado, e não se importa se ele vai ocorrer ou não. Pode se dizer que só se diferencia o dolo eventual da culpa consciente porque na culpa consciente o agente aceitou o risco, enquanto no dolo eventual ele acreditou piamente na sua não ocorrência.

DOLO DIRETO E DOLO INDIRETO (EVENTUAL)

(Sanches, 2015) O crime será doloso sempre que o agente quiser o resultado (dolo direto) ou assumir o risco de produzi-lo (dolo eventual).

O dolo direto diferente do dolo eventual o agente prevê o resultado e realiza sua conduta na busca de concretizá-lo. Não havendo chances de concretizá-lo o agente não realiza a conduta, no dolo eventual o agente realiza a conduta mesmo com a previsão do resultado.

(Capez, 2018) diserta sobre o dolo indireto na lição de Magalhães Noronha:

É indireto quando, apesar de querer o resultado, a vontade não se manifesta de modo único e seguro em direção a ele, ao contrário do que sucede como dolo direto. Comporta duas formas: o alternativo e o eventual. Dá-se o primeiro quando o agente deseja qualquer um dos eventos possíveis. Por exemplo: a namorada ciumenta surpreende seu amado conversando com a outra e, revoltada, joga uma granada no casal, querendo matá-los ou feri-los. Ela quer produzir um resultado e não 'o' resultado. No dolo eventual, conforme já dissemos, o sujeito prevê o resultado e, embora não o queira propriamente atingi-lo, pouco se importa com a sua ocorrência ('eu não quero, mas se acontecer, para mim tudo bem, não é por causa deste risco que vou parar de praticar minha conduta – não quero, mas também não me importo com a sua ocorrência).

Segundo (Estefam,2018)

O dolo direto ou imediato: dá-se quando o agente quer produzir o resultado, dolo indireto ou mediato: subdivide-se em eventual (o agente não quer produzir o resultado, mas, com sua conduta, assume o risco de fazê-lo) e alternativo (o agente quer produzir um ou outro resultado, p. ex., matar ou ferir)

O dolo direto acontece quando o individuo realiza a conduta querendo propositalmente produzir o resultado. Para a conclusão do dolo indireto há duas vertentes sendo elas: o agente mesmo não querendo produzir o resultado ele assume o risco da produção com dolo eventual e o agente que também quer produzir o resultado, mas não da a importância de quantos resultados ele irá causar com sua conduta ou se com a mesma conduta irá causar um outro resultado que por ele não era almejado.

Com o Dolo direto o agente prevê um resultado doloso, e age para realizá-lo.

Com o Dolo indireto tem duas formas. No dolo eventual, apesar do agente não querer um resultado doloso, prevê que ele possa acontecer e aceita essa possibilidade, e no dolo alternativo, o agente prevê o resultado, e aceita um ou outro dos resultados possíveis.

DIFERENÇA ENTRE CULPA CONSCIENTE E DOLO EVENTUAL

(Nucci, 2017)

Trata-se de distinção teoricamente plausível, embora, na prática, seja muito complexa e difícil. Em ambas as situações o agente tem a previsão do resultado que sua conduta pode causar, embora na culpa consciente não admita como possível, esperando sinceramente, a sua não ocorrência; no dolo eventual, admite a possibilidade de se concretizar, sendo-lhe indiferente. É o que se denomina por assumir o risco.

Portanto, no dolo eventual, o agente busca um determinado resultado, de acordo com a conduta assumida, quando ele percebe ser possível atingir também outro resultado mesmo o autor querendo apenas o primeiro resultado, não desejando diretamente o segundo ele o faz mesmo assim.

A principal diferença da culpa consciente e o dolo eventual, na culpa consciente ele faz a previsão para si mesmo que o resultado não acontecerá, enquanto no dolo ele vê esse segundo resultado de modo indiferente e mesmo assim o persiste.

Em se tratando de culpa consciente: o agente prevê o resultado, mas acha que não irá acontecer, ou pensa que poderia ser evitado por ele.

(Capez, 2018)

Na culpa consciente, embora prevendo o que possa vir a acontecer, o agente repudia essa possibilidade (“se eu continuar dirigindo assim posso vir a matar alguém, mas estou certo de que isso embora possível, não ocorrerá”). Coloca ele como traço distintivo entre eles que: “No dolo eventual o agente diz: “não importa”, enquanto na culpa consciente supõe: “é possível, mas não vai acontecer de forma alguma”.

O que Capez menciona é aquele indivíduo que quando prevê o resultado se realizar tal conduta fecha os olhos e cegamente acredita que o mesmo não ocorrerá se tratando de culpa consciente. Aquele indivíduo que realiza sua conduta com indiferença e não liga para o resultado que a mesma produzirá se encaixa no dolo eventual.

(Greco,2017) os diferencia como:

Na culpa consciente, o agente, embora prevendo o resultado, acredita sinceramente na sua não ocorrência; o resultado previsto não é querido ou mesmo assumido pelo agente. Já no dolo eventual, embora o agente não queira diretamente o resultado, assume o risco de vir a produzi-lo. Na culpa consciente, o agente, sinceramente, acredita que pode evitar o resultado; no dolo eventual, o agente não quer diretamente produzir o resultado, mas, se este vier a acontecer, pouco importa. O dolo eventual está previsto na segunda parte do inciso I do art. 18 do Código Penal, que diz ser o crime doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Assim, para efeitos de distinção, raciocinemos com o exemplo do exímio atirador de facas, em que a pessoa que com ele trabalha fica presa a um alvo giratório. O atirador representa como possível o fato de acertar na pessoa que se encontra presa ao alvo. No entanto, em razão de sua habilidade pessoal, confia sinceramente que esse resultado não vá ocorrer. Caso erre o alvo, estaremos diante de um crime culposo (homicídio ou lesão corporal), que deverá a ele ser imputado a título de culpa consciente. Por outro lado, imagine-se a hipótese em que, em uma manifestação popular, um dos participantes resolva soltar um rojão de fogos em direção a determinado policial, seu vizinho, aproveitando a ocasião para se vingar de uma animosidade anterior que havia entre eles. Tal policial, contudo, estava ao lado de outro companheiro de farda, que também é visto pelo agente. Ainda assim, mesmo antevendo como possível acertar o outro policial, que o agente sequer conhecia e nada tinha contra ele, leva adiante seu plano criminoso, acende o rojão e faz a mira, indo, contudo, a atingir a vítima que se encontrava ao lado de seu vizinho. Nesse caso, embora o agente não quisesse diretamente a produção desse resultado, havia assumido, aceitado o risco de produzi-lo, podendo por ele ser responsabilizado a título de dolo eventual.

Entre a culpa consciente e o dolo eventual a um fator chave para se diferenciar sua conduta, fator este que na culpa consciente o agente acredita na não ocorrência do delito e o pratica e no dolo eventual ele aceita o risco do delito ocorrer e o pratica mesmo assim, agindo, portanto dolosamente.

O dolo eventual e a culpa consciente são dois institutos do Direito Penal que são imensamente parecidos, mas seus efeitos na prática são diferentes. Os dois ocorrem no instante em que o agente, ao realizar a conduta ilícita, prevê o risco de um bem jurídico ser lesado penalmente tutelado e considerável, mas mesmo assim ele continua a agir, ocorrendo à lesão.

Para tal o dolo eventual aplica-se na vontade do agente que não está dirigida para a obtenção de um resultado em si, mas para algo distinto, mesmo prevendo que o evento possa ocorrer, o agente assume totalmente o risco de causá-lo. A possibilidade da ocorrência do resultado não subestima o agente e ele continua na prática da conduta, consentindo no resultado. Quando o autor tem seriamente a noção da possível realização do tipo penal se ele praticar a conduta e se conforma com isso ocorre dolo eventual.

Consciente é a culpa com previsão. O agente pratica o fato, prevê a possibilidade de ocorrer o resultado, porém, levemente, confia na sua habilidade e produz por imprudência, negligência ou imperícia. (...) Não se pode confundir culpa consciente com dolo eventual. Em ambos o agente prevê o resultado, mas não deseja que ele ocorra; porém na culpa consciente, ele tenta evita-lo, enquanto no dolo eventual mostra-se indiferente quanto à sua ocorrência, não tentando impedi-lo. Assim, por exemplo, se o agente dirige um veículo perigosamente em alta velocidade e vê um pedestre atravessando a rua, tentando, sem êxito, evitar o atropelamento, teremos culpa consciente. Se, nas mesmas circunstâncias, em vez de buscar evitar o acidente o

motorista continua com sua direção imprudente, pensando “se morrer, morreu”, haverá dolo eventual.
(Estefam,2018)

Um exemplo muito utilizado quando se trata de dolo eventual é dirigir a 300km/h na Avenida Paulista. O motorista por tanto não está tentando matar alguém, mas qualquer pessoa tem a inteira noção que dirigir a 300km/h na Avenida Paulista provavelmente causará a morte de alguma pessoa que esteja trafegando no momento por lá. Se o motorista com sua devida conduta chega a matar alguém, poderá ele ser enquadrado no homicídio com dolo eventual, pois além de assumir o risco de causar a morte de alguém agiu dolosamente.

Sobretudo a culpa consciente ocorre quando o agente prevê o resultado, mas espera verdadeiramente, que ele não ocorrerá. Contudo, há no agente praticante do delito a representação da possível conclusão do resultado, mas ele a afasta por um mero achismo de que conseguirá o evitar, ele acredita que tenha habilidades e que com elas impedirá o resultado lesivo que no qual ele fez a previsão.

Exemplo de culpa consciente é o do caçador que, avista um animal que deseja abater próximo a um companheiro, realizando a previsão que possa atingir seu companheiro confiando em sua condição de ótimo atirador dispara achando que atingirá somente ao animal e não causará lesão ou morte do companheiro. Ele reconhece a culpa e mesmo assim a pratica.

De acordo com o Código, há dolo eventual quando o agente assume o risco de produzir o resultado (CP, art. 18, I, segunda parte). Não há referência à culpa consciente, que é uma criação doutrinária. Existe culpa consciente sempre que o autor prevê a realização do resultado típico dirige sua ação no sentido de evitá-lo, mas lhe dá a causa por imprudência, negligência e imperícia. Ou, como diz o Código Penal, português (art. 15, a), há culpa consciente se o agente “representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime, mas actuar sem se conformar com essa realização” (...) É importante notar, inicialmente que dolo eventual e culpa consciente têm em comum o fato de o autor praticar uma ação que sabe capaz de produzir resultados típicos, embora não queridos diretamente, razão pela qual a diferença deve ser feita a partir de critérios volitivos.
(Queiroz,2015)

É importante destacar conforme pronunciado pelo autor que a culpa consciente se trata de uma criação doutrinária, e que não há menção clara no Código Penal a seu respeito.
Culpa consciente segundo (DOTTI,2018),

O agente prevê a probabilidade do resultado, entretanto, ele espera que o resultado negativo não ocorra, em razão das suas habilidades pessoais ou destreza serem suficientes para enfrentar a situação de risco e impedir o resultado.

O ponto em comum dos temas abordados é a compreensão de que o ato praticado poderá gerar um fato típico. Sendo a principal diferença de ambos, é que no dolo eventual o agente age não buscando o resultado danoso, mas, assume o risco da sua produção, e na culpa consciente embora acredite fielmente que suas habilidades possam evitar o fato típico.

A diferença entre dolo eventual e culpa consciente: No dolo eventual, apesar de o sujeito não desejar obter o resultado danoso, prevê e aceita a possibilidade do resultado ocorrer. O dolo eventual, o indivíduo não persegue diretamente o resultado, mas com sua conduta, assume o risco da sua produção. Na culpa consciente, o indivíduo prevê a possibilidade de o resultado danoso ocorrer, mas acredita sinceramente que ele não irá acontecer. A culpa consciente nada mais é do que a culpa com previsão do resultado, o agente pratica o fato prevendo a possibilidade de ocorrência de um resultado delituoso, mas confia em suas habilidades para que o resultado não ocorra.

A tabela a seguir (Aviz,2018) mostra claramente as diferenças entre dolo eventual e culpa consciente nos remetendo a visão de consciência sobre o resultado, vontade e lei.

	Dolo Eventual	Culpa Consciente
Consciência sobre o resultado	Prevê o resultado.	Prevê o resultado.
Vontade	Assume o risco do resultado, apesar de não querer que aconteça.	Acredita que o resultado não irá acontecer, ou que poderá ser evitado.
Lei	Inciso I do art. 18 do Código Penal.	Inciso II do art. 18 do Código Penal e Inciso II do art. 33 do Código Penal Militar.

Vale ressaltar que tanto na culpa consciente como no dolo eventual, os indivíduos não tem o resultado como fim, mas, tem a consciência de que poderá com a sua ação provocar um mal à outra pessoa, pelo risco ser completamente previsível. Com a consciência que a ação poderá ocorrer e com ela danos à vida de outras pessoas seja homicídio ou lesão corporal, o indivíduo por sua vez apesar de não querer que o resultado ocorra assume sim o risco de ele ocorrer e se ocorrer vem a responder por sua ação.

Na tabela podemos observar as seguintes questões: O dolo eventual tem a consciência sobre o resultado à previsão do mesmo, à vontade assumindo o risco do resultado, apesar de não querer que aconteça, tendo como base o Inciso I do art. 18 do Código Penal. Também pode ser caracterizado pelo menosprezo, pois o sujeito imagina o evento e pensa que para ele é indiferente que ocorra ou não, não dando importância para os danos causados à vítima.

A culpa consciente, na tabela deixa em questão que a consciência sobre o resultado na culpa consciente prevê o mesmo, levando em questão a vontade acredita que o resultado não irá acontecer, ou que poderá ser evitado, o inciso II do art. 18 do Código Penal e Inciso II do art. 33 do Código Penal Militar. A culpa consciente pode ser caracterizada pela impiedade, pois, o sujeito tinha a consciência de que o resultado poderia ocorrer, não o pretendia, mas, não foi capaz de fazer com que esta não viesse a ocorrer ou que pode evitar por suas habilidades.

Ainda no conceito de dolo indireto ou indeterminado pode-se dizer que é aquele no qual o sujeito não quer a produção do resultado, mas, mesmo prevendo que este poderá vir a acontecer, assume o risco de causá-lo, como exemplo disso é: dirigir automóvel, em uma alta velocidade, na contramão, consumindo bebida alcoólica, batendo em outro carro que trafegava regularmente e matando uma pessoa. O conceito de dolo indireto ele se subdivide em alternativo e eventual:

Alternativo: é aquele em que o sujeito prevê mais de um resultado, sendo um resultado mais agravante que o outro. Ele não quer o resultado mais grave em si, mas assume o risco de produzi-lo, como, por exemplo, matar ou ferir.

Eventual: é aquele em que o sujeito não quer o resultado, mas ele o aceita. Não deixa de realizar a conduta, considerando-se que esta poderá produzir o resultado, o que demonstra sua indiferença à lesão ao bem jurídico protegido pela norma, como, por exemplo, rachas de trânsito. Portanto, existe o dolo eventual no momento em que o agente não deseja diretamente o resultado, mas assume o risco de produzi-lo.

O dolo pode ser direto ou indireto, sendo o direto específico á conduta que o agente se presta, e o indireto sendo dividido por eventual onde o a gente não se importa com o resultado sendo exemplo: O agente não definiu subjetivamente o que quer, porém não se importa com o erro. O alternativo o agente não se importando com o resultado igual o dolo eventual mas a diferença é a gravidade da conduta tendo

como exemplo: O agente que não quer lesionar ou matar, tanto no dolo eventual quanto no alternativo, mas o desprezo para o bem jurídico tutelado é a chave base para que a conduta ocorra

DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE NOS GRAVES DELITOS DE TRÂNSITO

Há uma discussão vigente sobre os delitos praticados na direção de veículos automotor, (Nucci, 2017) traz a seguinte redação :

Atualmente, a jurisprudência pátria tem considerado a atuação do agente em determinados crimes cometidos no trânsito não mais como culpa consciente, e sim como dolo eventual. As inúmeras campanhas realizadas, demonstrando o risco da direção perigosa e manifestamente ousada, têm sido suficientes para esclarecer os motoristas da vedação legal de certas condutas, tais como o racha, a direção em alta velocidade sob embriaguez, entre outras.

Se, apesar disso, continua o condutor do veículo a agir dessa forma nitidamente arriscada, estará demonstrando seu desapego á incolumidade alheia, podendo responder por delito doloso. Convém uma das primeiras decisões do STF, a respeito da consideração do dolo eventual em crime de trânsito: “A conduta social desajustada daquele que, agindo com intensa reprovabilidade ético-jurídica, participa, com o seu veículo automotor, de inaceitável disputa automobilística realizada em plena via pública, nesta desenvolvendo velocidade exagerada – além de ensejar a possibilidade de reconhecimento de dolo eventual inerente a esse comportamento do agente -, ainda justifica a especial exasperação da pena, motivada pela necessidade de o Estado responder, grave e energicamente, á atitude de quem, em assim agindo, comete os delitos de homicídio doloso e de lesões corporais” (HC 71.800-1/RS, 1.ª T., rel. Celso de Mello, DJ 20.06.1995, RT 733/478).”

No meio de tal conduta á vidas que podem ser retiradas por agentes que agem de forma negligente, apesar de que ele pense poder evitar se por meio deste vier a ocorrer um acidente e tirar a vida ou lesionar gravemente alguma pessoa ele responderá dolosamente, e não culposamente, pois assumiu o risco e causou uma enorme fatalidade.

(Capez, 2018) cita alguns exemplos de delito com dolo eventual se tratando de veículo automotor:

É o caso do motorista que se conduz em velocidade incompatível com o local e realizando manobras arriscadas. Mesmo prevendo que pode perder o controle do veículo, atropelar e matar alguém, não se importa, pois é o melhor correr este risco, do que interromper o prazer de dirigir (não quero, mas se acontecer, tanto faz). É também o caso do chofer que em desabalada corrida, para chegar as determinado ponto, aceita de antemão o resultado de atropelar uma pessoa.

(Greco,2017) faz a seguinte observação:

Muito se tem discutido ultimamente quanto aos chamados delitos de trânsito. Os jornais, quase que diariamente, nos dão notícias de motoristas que, além de embriagados, dirigem em velocidade excessiva e, em virtude disso, produzem resultados lastimáveis. Em geral, ou causam a morte ou deixam sequelas gravíssimas em suas vítimas. Em razão do elevado número de casos de delitos ocorridos no trânsito, surgiram, em vários Estados da Federação, associações com a finalidade de combater esse tipo de criminalidade. O movimento da mídia, exigindo punições mais rígidas, fez com que juízes e promotores passassem a enxergar o delito de trânsito cometido nessas circunstâncias, ou seja, quando houvesse a conjugação da velocidade excessiva com a embriaguez do motorista atropelador, como hipótese de dolo eventual, tudo por causa da frase contida na segunda parte do inciso I do art. 18 do Código Penal, que diz ser dolosa a conduta quando o agente *assume o risco de produzir o resultado*. Tal fórmula vinha se espalhando por todo o país, conforme se verifica nos seguintes julgados: “O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que o dolo eventual não é extraído da ‘mente do agente’, mas das circunstâncias do fato, de modo que a ocorrência das duas mortes e da lesão corporal, ou seja, a ofensa à integridade física de três vítimas, faz parte do resultado assumido pelo agente, que, sob a influência de álcool e em alta velocidade, trafegou na contramão de direção. No caso, tais elementos foram bem delineados na denúncia, demonstrando-se a antevisão do acusado a respeito do resultado assumido, sendo capaz, portanto, de justificar a imputação” (STJ, HC 301.295/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 13/05/2015). O dolo eventual,

abrigado na segunda parte do art. 18, inciso I, do Código Penal, caracterizado na conduta do agente que assente no resultado representado, tem sido, atualmente, reconhecido com grande frequência nos delitos de trânsito, como resultado das inúmeras campanhas realizadas, demonstrando o risco da direção perigosa e a necessidade de punir o motorista que revela seu desapego à incolumidade alheia” (STJ, HC 296.621/DF, Rel. Min. Walter de Almeida Guilherme, Desembargador convocado do TJSP, 5ª T., DJe 11/11/2014). Caracteriza-se o dolo do agente, na sua modalidade eventual, quando este pratica ato do qual pode evidentemente resultar o efeito lesivo (neste caso, morte), ainda que não estivesse nos seus desígnios produzir aquele resultado, mas tendo assumindo claramente, com a realização da conduta, o risco de provocá-lo (art. 18, I, do CPB). O agente de homicídio com dolo eventual produz, inequivocamente, perigo comum (art. 121, § 2º, III, do CPB), quando, imprimindo velocidade excessiva a veículo automotor (165 km/h), trafega em via pública urbana movimentada (Ponte JK) e provoca desastre que ocasiona a morte do condutor de automóvel que se deslocava em velocidade normal, à sua frente, abalroando-o pela sua parte traseira” (STJ, REsp 912.060/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJe 10/3/2008).

A observação que Rogério Greco realizou é de grande relevância ao se tratar de um assunto apesar de noticiado nos jornais não é tratado com a devida importância, afinal, são vidas que todos os dias são retiradas por riscos que os motoristas assumem e mesmo sabendo da enorme chance deste risco se tornar realidade o pratica como se pra eles não fosse nada, e a chance de impunidade em alguns casos para essas pessoas infelizmente são enorme.

Os aspectos jurídicos de homicídio causado por embriaguez ao volante segundo (Pavezzi e Guelfi 2018)

Trazendo julgados, leis e entendimento doutrinário ao respectivo assunto. Atualmente, observa-se que, o judiciário brasileiro tem dois aspectos diferentes para crime de homicídio causado por embriaguez ao volante, sendo o primeiro aspecto de homicídio culposo, disposto no caput do artigo 302 do Código Penal, considerando-se como dolo eventual, ou seja, o autor assume o risco e segue na execução do inter criminis, tendo como pena mais severa que a do artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro. Por fim, o mero trabalho trás decisões de tribunais superiores brasileiros, também aborda as decisões majoritárias e minoritárias, e a que vem mais se aplicando nas decisões finais.

O Judiciário Brasileiro constantemente aborda discussões envolvendo homicídios causados por indivíduo que está na condução de veículo automotor embriagado, a discussão em si se dá por inicial julgamento como homicídio culposo, e não de cunho doloso. É utilizado para tal julgamento as leis de trânsitos cujo dolo se da pelo condutor assumir o risco do delito praticado.

As modificações legais incluídas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Federal n. 13.546 de dezembro de 2017, especificamente ao Código de Trânsito Brasileiro, regulado pela Lei Federal nº 9.053/1997. O estudo originou-se pelo anseio de analisar os possíveis impactos decorrentes da inclusão da forma qualificada ao crime de Homicídio Culposo na condução de Veículo Automotor, sendo tal qualificadora decorrente da ingestão de álcool ou substâncias análogas, nos termos do §3º do Artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro. (Biagi, Ferreira, Lima e Morong, 2018)

A Lei Federal n. 13.546 de dezembro de 2017, altera a Lei n. 9.053/1997 do Código de Trânsito Brasileiro, que entra em vigor dando ênfase aos crimes cometidos na direção de veículos automotores e sua punibilidade que se acarreta devido ao homicídio culposo praticado por agente que sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

CONCLUSÃO

Em relação ao dolo eventual e culpa consciente nos graves delitos de transito o agente irá responder como dolo eventual em caso de homicídio e lesão corporais, acreditando-se que ao praticar o delito o agente assume o risco e por assumir o risco tem total responsabilidade dolosamente no que acontecer.

A culpa consciente é vivenciada por um agente consciente de que está praticando um delito que possivelmente prejudicará outras pessoas, e mesmo assim ele assume o risco e o pratica com uma probabilidade de que o delito não ocorra. No dolo eventual o agente não se importa com o resultado do

delito, o único foco do mesmo é praticar o delito não dando importância se com a sua conduta terá uma ou mais pessoas envolvidas.

REFERÊNCIAS

AVIZ, R., Bacharel em Direito pela Faculdade do Pará, Advogado e Mestrando em Direito dos Contratos e da Empresa pela Universidade do Minho (Portugal), Acesso em: <https://www.diferenca.com/dolo-direto-dolo-eventual-culpa-consciente-e-culpa-inconsciente/>

PAVEZZI, P. V. S, GUELF, A. R, Colloquium Socialis, Presidente Prudente, v. 02, n. Especial 1, Jul/Dez, 2018, p.162-167. DOI: 10.5747/cs.2018.v02.nesp2.s0272. <https://doi.org/10.5747/cs.2018.v02.nesp2.s0272>

BIAGI, J. V. A, et al. Colloquium Socialis, Presidente Prudente, v. 02, n. Especial 2, Jul/Dez, 2018, p.187-192. DOI: 10.5747/cs.2018.v02.nesp2.s0276. <https://doi.org/10.5747/cs.2018.v02.nesp2.s0276>

CAPEZ, F., **Curso de Direito Penal Vol1** parte geral. 22ed. São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2018.

CUNHA, S. R, **Manual de Direito Penal Vol único** parte geral. 3ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2015.

DOTTI, R. A, **Curso de Direito Penal Vol1** Parte Geral. 5ed. São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2018.

GIL, C. A., **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.

ESTEFAM, A, **Direito Penal Vol1** parte geral, 7ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

GRECO, R, **Curso de Direito Penal Vol1** parte geral. 19ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2017.

JESUS, D. **Direito Penal Vol1** parte geral. 38ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MASSON, C. **Direito Penal Esquemático** Vol1 parte geral. 12ed. São Paulo: Editora Método, 2017.

NUCCI, S. G., **Curso de Direito Penal Vol1** parte geral. 2ed. São Paulo: Editora Forense, 2017.

QUEIROZ, P., **Curso de Direito Penal Vol1** parte geral, 11ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2015.

DIREITO DOS CONSUMIDORES PODEM SER RESGUARDADOS POR APLICATIVOS?

Asllen Leonardo Delgado Longo, Regiane Oliveira da Silva

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: leold193@hotmail.com

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade analisar o direito dos consumidores em relação ao serviço prestado por aplicativos ou internet, na qual seu foco é o transporte de passageiros, regido pela Lei N° 16.345/16. A metodologia aplicada foi hipotético-dedutivo, legislação, doutrinas e livros pertinentes ao tema. Conclui-se que para obter esse direito garantido é necessário o cumprimento de requisitos para que possam ser encaixados nas Leis 12.587/12 que instituiu a Política Nacional de Mobilidade Urbana e a 13.640/18 que atestou a constitucionalidade e a juridicidade do transporte remunerado privado de passageiros, dessa forma são regulamentados em seus incisos os direitos de consumidores em relação ao serviço prestado por taxistas e serviços análogos a ele.

Palavras-chave: Consumidores. Transporte. Passageiros. Direito. Serviços.

CONSUMER RIGHTS CAN BE RESERVED BY APPLICATIONS?

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the consumers' right in relation to the service provided by applications or the Internet, in which its focus is passenger transportation, governed by Law N ° 16.345 / 16. The applied methodology was hypothetic-deductive, legislation, doctrines and books pertinent to the theme. It is concluded that in order to obtain this guaranteed right it is necessary to comply with the requirements to be able to be embedded in Laws 12,587 / 12, which established the National Policy on Urban Mobility and 13,640 / 18, which established the constitutionality and legality of private passengers, this way they are regulated in their subsections the rights of consumers in relation to the service provided by taxi drivers and services analogous to it.

Keywords: CONSUMERS. TRANSPORT. PASSENGERS. RIGHT. SERVICES.

INTRODUÇÃO

O direito dos consumidores vem sendo relativizados em relação à responsabilização de consumo por aplicativos, deixando um questionamento... Podem esses aplicativos ser responsabilizados por seus serviços prestados? . Segundo o site do Governo de São Paulo, em 4 de janeiro de 2016, foi publicada a lei 16.345, do município de São Paulo, na qual expõe a regulamentação do atendimento ao serviço de transporte individual remunerado de passageiros (Taxi), em casos de solicitação por aplicativo ou internet.

Em relação aos aplicativos, muito se discute a questão de responsabilidade de serviços que são prestados por seus funcionários, por exemplo, o caso do Uber julgado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2018, onde se mantém e são direcionados por empresas. O objetivo desses aplicativos de veículos é facilitar a vida dos usuários e prestadores de serviços, seja na hora da contratação ou na obtenção desses serviços.

De certo modo, tais empresas até podem vir a serem responsabilizadas sob a proteção ao consumidor nos casos de defeitos na prestação de serviços, porém isso não significa que o município, por exemplo, possa regular tais serviços de Uber e outros aplicativos como se fosse serviço de TAXI.

METODOLOGIA

No presente trabalho foram aplicadas pesquisas à legislação, livros e doutrinas pertinentes ao tema proposto, como forma de explorar conteúdos. Utilizando o método hipotético-dedutivo para compor e sistematizar ideias que atinjam o objetivo.

APLICATIVOS PARA TRANSPORTE: BREVES COMENTÁRIOS

Ao longo do tempo o transporte individual de passageiros vem sofrendo diversas mudanças no Brasil, com a criação de diversos aplicativos como: Uber, o 99 e o Cabify. Dessa forma eles acabam melhorando o transporte, o trânsito e as condições de trabalho, visto que esses serviços são prestados por empresas terceirizadas.

Em meio a diversas semelhanças entre eles e o serviço de taxi como o transporte de passageiros, há no mesmo muitas diferenças como: nos aplicativos é necessário um prévio cadastro adiantado para se utilizar os serviços, podendo o trabalhador de atividade fim escolher realizar o serviço para determinado consumidor ou não. Dentre essas e muitas outras diferenças é que esses aplicativos não puderam ser rejeitados pela lei quando houve críticas em relação aos taxistas, pois de acordo com o colunista do site Jus Brasil, Rodrigo Xande Nunes (2016):

O Uber não é o primeiro serviço do tipo a iniciar suas atividades no Brasil. Em março de 2014, o aplicativo Zaznu também começou a oferecer para usuários o modelo de caronas remuneradas. A ideia original de permitir que pessoas comuns, nos seus trajetos usuais, pudessem dar caronas a outras pessoas que tivessem destino próximo ao seu e também conseguissem auferir uma renda extra, facilmente pode tornar-se uma fonte de renda principal, em especial pela caótica situação de desemprego que hoje assola o país. Embora aparentemente haja a possibilidade de se tornar atividade profissional principal dos motoristas, a experiência nos indica que a esmagadora maioria desses motoristas dividem essa fonte de renda com outra atividade em paralelo, sendo difícil definir qual seria a principal fonte de renda.

Por esses motivos vieram a surgir outro aplicativo em seguida, tornando-se usual pela população, mas isso fez com que gerasse o descontentamento dos taxistas, resultando em ação judicial a qual coube o Supremo Tribunal Federal resolver, durante o julgamento o ministro Luiz Fux (2018):

Argumentou que a restrição na atuação dos aplicativos é inconstitucional por violar os princípios da livre iniciativa e da liberdade de profissão. Segundo o ministro, estudos mostram que o serviço de transporte de aplicativos não diminuiu o mercado de atuação dos táxis.

O advogado Carlos Mario Veloso Filho (2018), Representante da Uber defendeu a importância da empresa e afirmou que:

A plataforma trouxe benefícios para o consumidor e melhorou o serviço de transporte nas cidades. Segundo Veloso, a Uber tem cerca de 500 mil motoristas no Brasil e paga aproximadamente R\$ 972 milhões em impostos. "A chegada da Uber foi benéfica ao sistema concorrencial brasileiro sob todos os aspectos, inclusive na lealdade da concorrência. A Uber representou uma emulação na melhora do sistema de táxi", argumentou.

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido de cancelamento da circulação de transporte por aplicativos, baseado na melhora que o mesmo trouxe no cotidiano dos cidadãos e baseado nas leis do Código de Defesa do Consumidor, o Art. 6º, inciso II. Havendo presente consumidor e fornecedor, tendo em vista a relação de consumo, podendo então o consumidor ter o direito de escolher quem prestará o serviço desejado.

DIREITO DOS CONSUMIDORES

A relação de consumo não é resguardada apenas pelo Código de Defesa do Consumidor, mas também pela Constituição Federal, que assegura a liberdade de iniciativa, concorrência e o exercício de qualquer trabalho em seu art. 1º, inc. IV; e art. 170º, caput e inciso IV. Os consumidores poderão escolher em pegar Uber ou Taxi, desde que esteja regulamentado, pois hoje se exige alguns requisitos dos prestadores desse serviço para que ele possa ser realizado, mas essas exigências não agradaram muito, pois de acordo com Rodrigo Xande Negrão (2016):

O Uber é um serviço privado de transporte de passageiros, pois o usuário escolhe a empresa prestadora, que envia o veículo ao local do consumidor, e, ao contrário do que ocorre nas situações de permissão e concessão, pode o motorista escolher se aceita

prestar o serviço ou não, cabendo à empresa disponibilizar outro veículo próximo, o que é feito automaticamente.

Assim, não se encontra na Constituição da República a competência dos Estados ou Municípios em se estabelecer condições ou restrições ao serviço do Uber ou seus similares.

Como o serviço prestado é através de aplicativos temos a Lei nº 12.965/14, que garante a liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet em seu art. 3º, VIII.

Sendo que dessa forma, tanto o direito dos consumidores será resguardado quanto os taxistas estarão satisfeitos com tais requisitos impostos as empresas Uber e afins, sem que haja prejuízo para ambas às partes.

CONCLUSÃO

Com o advento de novas tecnologias que provocam mudanças sociais, o direito de consumidores não devem sofrer essas mudanças, ficando alheios aos abusos que possam surgir. Este é um assunto recente e por isso pouco abordado, dessa forma o direito dos consumidores, passou a ser regulamentado no Código de Defesa do Consumidor, a partir do momento em que a prestação de serviço foi aceita ou requisitada pelo consumidor, essa prerrogativa não se limita apenas aos aplicativos de transporte, mas também aos de refeição ou qualquer outro que tenha consumo por este meio.

Assim, não se encontra na Constituição Federal a competência de Estados e Municípios estabelecerem restrições e condições aos aplicativos de Uber e semelhantes.

Os avanços tecnológicos tem transformado a vida da sociedade ao longo dos anos, a tecnologia nos dá flexibilidade no meio de transporte, pois através dela ficou mais fácil, prático e seguro se locomover, para longas distâncias, onde com o passar dos meses e anos os meios de acesso ao transporte será cada vez mais avançado, visto as melhorias do acesso à sociedade no mundo contemporâneo.

Para concluir, esses aplicativos ao serem regidos pelo Código de Defesa do Consumidor irá resguardar além do direito à vida, saúde e segurança, o direito à adequação de qualidade do serviço e da informação de aplicativos via internet.

REFERÊNCIAS

Agência Brasil. Julgamento decisivo do STF sobre apps como Uber, Cabify e 99 é suspenso. Uol. / Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/tecnologia/noticias/redacao/2018/12/06/julgamento-decisivo-do-stf-sobre-apps-como-uber-cabify-e-99-e-suspenso.htm>>./ Acesso em: 14 Jan. 2019.

NESTER, A. V.; POMBO, R. G. de F. Serviço de Transporte Individual por Aplicativo. Coluna do Justen. / Disponível em: <https://www.jota.info/?pagename=paywall&redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-justen/transporte-individual-aplicativo-16052018>./ Acesso em: 14 Jan. 2019.

NUNES, R. X. O dilema “UBER” e o Direito do Consumidor. Jus Brasil. / Disponível em: <<https://rodrigoxande.jusbrasil.com.br/artigos/336210416/o-dilema-uber-e-o-direito-do-consumidor>>./ Acesso em: 14 Jan. 2019.

SUZART, J. L. da S. Direitos dos Consumidores devem ser Resguardados no Transporte por Aplicativos. Publicado: 19 Nov. 2018. Consultor Jurídico. / Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-19/direitos-consumidores-resguardados-transporte-aplicativos>>./ Acesso em: 10 Jan. 2019.

ESTUPRO MARITAL: UMA VIOLÊNCIA CONTRA A LIBERDADE SEXUAL SILENCIOSA E ROMANTIZADA

Murilo Ferreira Pereira, Ketellyn Minconcini Prates de Oliveira

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: muriloferreirapereira@yahoo.com.br

RESUMO

Desde a antiguidade até os dias atuais a mulher vem lutando por sua liberdade sexual, principalmente dentro das relações conjugais, onde o marido exige como débito conjugal que, sua esposa mantenha relações sexuais com ele, sem que isso seja considerado estupro. O presente artigo objetivou realizar o estudo da evolução do direito penal, diante do abuso sexual praticado dentro do matrimônio, ressaltando a possibilidade de o marido configurar como sujeito ativo deste delito, frente a liberdade sexual da mulher. O método utilizado foi o dedutivo, através da análise de bibliografias, jurisprudências e o código penal. Conclui-se que apesar da evolução do direito penal através dos anos, devido a cultura machista imposta pela sociedade e pela dificuldade da produção de provas, atualmente ainda é muito difícil a demonstração do estupro marital.

Palavras-chaves: Liberdade Sexual, Relações Conjugais, Direito Penal, Estupro Marital.

MARITAL RAPE: A VIOLENCE AGAINST SILENT AND ROMANTIZED SEXUAL FREEDOM

ABSTRACT

From antiquity to the present day the woman has been fighting for her sexual freedom, especially within marital relations, where the husband demands as marital debt that his wife has sex with him, without this being considered rape. This article aimed to study the evolution of criminal law, in view of the sexual abuse practiced within marriage, highlighting the possibility of the husband configuring as an active subject of this crime, facing the sexual freedom of women. The method used was deductive, through the analysis of bibliographies, jurisprudence and the penal code. It is concluded that despite the evolution of criminal law over the years, due to the chauvinistic culture imposed by society and the difficulty of the production of evidence, the demonstration of marital rape is still very difficult today.

Keywords: Sexual Freedom, Marital Relations, Criminal Law, Marital Rape.

INTRODUÇÃO

Desde a antiguidade, existe o entendimento cultural machista de que a mulher pertencia ao homem, tendo a obrigação de manter relações sexuais com seu marido, mesmo contra sua vontade. Tal entendimento possui influência até os dias atuais, e faz com que a mulher permaneça inerte diante de tal situação, pela submissão a relação conjugal ou pelo desconhecimento de que tal fato praticado por seu parceiro configura o crime de estupro.

A mulher não só fica inerte como também se sente culpada por não estar fazendo o seu papel imposto pela sociedade de como ela deveria se comportar mediante ao seu marido ou até mesmo antes do casamento, deixando de ter a sua devida liberdade sexual, seus direitos referentes ao seu próprio corpo, de dispor de seu corpo contra sua vontade, afetando a sua dignidade sexual dentro de um relacionamento extremamente abusivo, tanto psicologicamente quanto fisicamente.

Devido ao débito conjugal assegurado pelo direito civil, o marido se via com o direito de obrigar sua esposa a manter relações sexuais, mesmo contra sua vontade, mediante violência ou grave ameaça, sendo alegado como exercício regular do direito. É importante ressaltar que atualmente este ato configura-se o crime de estupro, pouco discutido e de difícil reconhecimento, por conta da cultura sexista, onde a mulher não pode se opor aos desejos carnais do marido, além da difícil produção de provas.

Apesar de existir uma relação conjugal entres os sujeitos, esta não dá ao marido o direito de forçar a esposa a manter relações sexuais com ele. Trata-se de um bem jurídico cuidado não só pelo Código Penal

em seus artigos, mas como também pela Constituição Federal de 1988, deixando em evidência o quão importante é esse direito. Mesmo com os grandes avanços da sociedade e nas legislações, essas ações ainda continuam enraizadas dentro dos lares, que precisam ser combatidas.

O presente artigo possui o objetivo de analisar o estupro praticado dentro das relações conjugais, ressaltando a sua importância, pois é pouco reconhecido, visto que grande parte da população ainda considera a mulher submissa ao seu companheiro. Além do chamado de estupro marital, busca-se analisar os problemas enfrentados pela mulher referentes a sua liberdade sexual e como o código penal tratava e como passou a tratar atualmente sobre este assunto.

METODOLOGIA

O método utilizado foi o dedutivo, através da análise de doutrinas acerca do assunto, jurisprudências, princípios e como o direito penal tutela o crime de estupro nas relações maritais.

DO CRIME DE ESTUPRO

O crime de estupro vem descrito no Código Penal no Art. 213 da seguinte forma: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. (BRASIL, 1940)

O crime de estupro pode ser classificado de acordo com os agentes do delito e a forma como ele se realiza. Segundo o entendimento do doutrinador Rogério Greco (2017, p. 76) o crime de estupro se classifica da seguinte forma:

Estaremos diante de um crime comum, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do status de garantidor); material; de dano; instantâneo; de forma vinculada, quando a conduta for dirigida à prática da conjunção carnal, e de forma livre, quando o comportamento disser respeito ao cometimento de outros atos libidinosos; monossujeito; plurissubsistente; não transeunte (dependendo da forma como é praticado, o crime poderá deixar vestígios, a exemplo do coito vaginal ou do sexo anal; caso contrário, será difícil sua constatação por meio de perícia, oportunidade em que deverá ser considerado um delito transeunte).

A mudança trazida pela Lei 8.072/90 (art. 1.º, V) trouxe consigo o entendimento de que o estupro se trata de um crime hediondo, trazendo as privações prevista na lei, são elas: o cumprimento da pena inicialmente em regime fechado; a impossibilidade de obtenção de liberdade provisória, com fiança; o considerável aumento de prazo para a obtenção do livramento condicional, também para a progressão de regime; a impossibilidade de concessão de indulto, graça ou anistia.

CÔNJUGES DIANTE DO CRIME DE ESTUPRO

Sob o entendimento da redação anterior o crime de estupro só poderia ser praticado pelo homem. A alteração provocada pela Lei 12.015/2009 transformou o delito de estupro em crime comum, assim, o estupro pode ser praticado por qualquer pessoa no polo ativo ou passivo. Com a mudança, em uma relação conjugal, tanto o marido, quanto a esposa, podem figurar no polo ativo do crime de estupro. De acordo com o entendimento de Bitencourt (2019, p. 51) “qualquer dos cônjuges, a nosso juízo, pode constranger, criminosamente, o outro à prática de qualquer ato libidinoso, incorrendo nas sanções cominadas neste dispositivo legal. Nenhum dos cônjuges tem o direito de subjugar seu consorte e submetê-lo, contra a sua vontade, à prática sexual.”

Até mesmo o marido pode configurar como autor do crime de estupro sendo a vítima a sua própria esposa, pois de acordo com os entendimentos atuais, não se cabe mais a alegação do exercício regular do direito no estupro marital, nos moldes de como era tratado o assunto antigamente. Na opinião de André Estefam (2018, p. 644) “até mesmo o marido pode ser autor da infração sendo vítima sua esposa, inclusive no tocante ao ato dirigido exclusivamente à cópula normal. Encontra-se superada a antiga tese de que *intra matrimonium* inexistente o estupro, em face do débito conjugal.”

No passado o marido o homem se sentia no direito de exigir de sua esposa relações sexuais, mesmo se tivesse que empregar violência ou grave ameaça, alegando exercício regular do direito, visto que era um dos débitos conjugais consagrados pelo código civil. Assim, a esposa não poderia negar-se a ter relações

sexuais com seu marido. Seguindo o mesmo raciocínio, na opinião de Guilherme Souza Nucci (2017, p. 84 e 85):

Antigamente tinha o homem o direito de subjugar a mulher a conjunção carnal, com o emprego de violência ou grave ameaça, somente porque o direito civil assegura a ambos o débito conjugal. Alegava-se o exercício regular do direito. Comentando os crimes sexuais na década de 40, Noronha dizia “as relações sexuais são pertinentes a vida conjugal, constituindo direito e dever recíprocos dos que casaram. O marido tem o direito a posse sexual da mulher, direito ao qual ela não pode se opor. Casando-se, dormindo sob o mesmo teto, aceitando a vida comum, a mulher não pode furtar-se ao congresso sexual, cujo fim mais nobre é a perpetuação da espécie. Qualquer violência da parte do marido não constituirá, em princípio, crime de estupro, desde que a razão da esposa para se furtar a união sexual seja um mero capricho ou um fútil motivo, podendo, entretanto, ele responder pelo excesso cometido.”

Atualmente, a recusa da esposa à relação sexual com o marido, não dá a este o direito de a estupra-la. Poderia pedir o fim da relação conjugal na esfera civil, por infringir um dos direitos do casamento, mas não atentar contra a liberdade sexual de sua esposa. Seguindo essa linha de raciocínio, o marido deve responder pelo delito, pois não cabe a alegação de exercício regular do direito. O débito conjugal não deve ser considerado como causa de exercício regular do direito, para o marido que estupra sua esposa, pela simples negativa em manter relações sexuais com seu cônjuge, porque admitir isso e, dar esse direito ao marido, seria ferir o direito da mulher, simplesmente despojando sua liberdade e dignidade sexual e entrega-la nas mãos do machismo.

Seguindo o entendimento de que o marido só pode se relacionar sexualmente com sua esposa quando existir consentimento, independentemente da existência do débito conjugal, Rogério Greco (2017, p. 92) faz a seguinte ponderação:

Modernamente, perdeu o sentido tal discussão, pois, embora alguns possam querer alegar o seu “crédito conjugal”, o marido somente poderá relacionar-se sexualmente com sua esposa com o consentimento dela. Caso a esposa não cumpra com suas obrigações conjugais, tal fato poderá dar ensejo, por exemplo, à separação do casal, mas nunca à adoção de práticas violentas ou ameaçadoras para levar adiante a finalidade do coito (vaginal ou anal), ofensivas à liberdade sexual da mulher, atingindo-a em sua dignidade.

Diante disso é possível perceber que a débito conjugal não é suficiente para afastar o cônjuge do crime de estupro, subsistindo o delito mesmo quando é cometido dentro do casamento, sem que seja possível alegar o débito conjugal como exercício regular do direito.

LIBERDADE SEXUAL DA MULHER

O bem jurídico protegido, a partir da redação determinada pela Lei n. 12.015/2009, é a liberdade e a dignidade sexual tanto da mulher quanto do, ou seja, a capacidade de que ambos podem escolher com quem vão se relacionar sexualmente., inclusive rejeitando o próprio cônjuge se assim desejarem. Segundo o entendimento de Cezar Roberto Bitencourt (2019, p. 50) liberdade sexual da mulher significa o reconhecimento do direito de dispor livremente de suas necessidades sexuais, ou seja, a faculdade de comportar-se, no plano sexual, segundo suas aspirações carnis, sexuais ou eróticas, governada somente por sua vontade consciente.

É notável que apesar de ter uma lei garantindo esse direito as mulheres, poucas realmente conseguem exercer, a dificuldade se encontra principalmente em pensamentos de objetificação, de perpetuação ao que diz machismo, deixando a autonomia sobre o próprio corpo de lado, em respeito ao seu marido, namorados, companheiros e afins. Em todo o Brasil há milhares de mulheres que se submetem a conjunções carnis sem vontade, algumas são ameaçadas de morte, algumas são forçadas a consumir tal ato, que antes de tudo deveria ser de livre espontânea vontade. A respeito do assunto, Cleber Masson (2019, p. 99) concorda que em um relacionamento saudável e de comum acordo há o ato sexual, porém o mesmo “não confere aos homens o direito de exigir, mediante violência ou grave ameaça, a relação sexual sempre, quando e como quiserem.”

O homem que compactua com os pensamentos retrógrado cometendo o delito do estupro, além de ferir a mulher, que não deixa de também ser um ser humano que tem sentimentos, dores, medos como qualquer outro, fere também um direito fundamental, fere a Constituição Federal gravemente, já que o mesmo traz normas e princípios que devem ser seguidos, sendo assim a liberdade sexual deve e tem que ser respeitada e seu direito exercido independente de algo que vai contra isso.

Nota-se, o dizeres de Guilherme Souza Nucci (2017, p. 85).

Os direitos à incolumidade física e à liberdade sexual estão muito além do simples desejo sexual que um cônjuge possa ter em relação ao outro, pois, acima da sua condição de parte na relação conjugal, prevalece a condição de ser humano, possuidor, por natural consequência, do direito inviolável à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança (art. 5.º, caput, CF); além do que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” (art. 5.º, I, CF).

Além da conscientização dos doutrinadores a respeito do assunto, os tribunais também seguem o mesmo pensamento de que não há justificativa para o marido que pratica este crime achando agir em seu dever. Mostrando a evolução do Direito, de acordo com o Tribunal de Justiça De Rondônia, concede a seguinte jurisprudência:

Apelação Criminal. Estupro continuado. Crime cometido pelo marido contra a esposa. Preliminar. Reconhecimento de inimputabilidade. Réu indígena integrado à sociedade. Inviabilidade. Materialidade e Autoria comprovadas. Palavra da vítima. Confissão do réu. Outros elementos de prova. Harmonia. Absolvição. Descabimento. Experiência sexual anterior. Irrelevância. Dosimetria. Redução da pena fixada no mínimo legal. Impossibilidade. Regime semiaberto mantido. Inviável o reconhecimento da inimputabilidade do agente de origem indígena que encontra-se totalmente integrado à sociedade e aos costumes da civilização. A confissão do réu em harmonia com o conjunto probatório é suficiente para alicerçar o decreto condenatório quanto ao crime de estupro. A mulher pode ser vítima de crime de estupro praticado pelo próprio marido, pois embora a prática sexual constitua um dos deveres do casamento, a mulher tem a livre disponibilidade do próprio corpo que não é propriedade do homem. O fato de a vítima não ser mais virgem e já ter experiências sexuais anteriores não descaracteriza o crime de estupro. Não é possível a redução da pena-base fixada no mínimo legal. O réu primário, condenado a pena de sete anos de reclusão, poderá cumpri-la desde o início no regime semiaberto, se as circunstâncias judiciais não recomendarem a fixação de regime mais gravoso. (TJ-RO - APL: 00982531120088220501 RO 0098253-11.2008.822.0501, Relator: Desembargadora Ivanira Feitosa Borges, Data de Julgamento: 03/07/2014, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 11/07/2014.)

É possível afirmar que a mulher é autônoma do seu corpo sendo plenamente assegurada pela legislação, sem fazer distinção de quem violente o seu direito, para configurar o sujeito ativo do crime de estupro, dando a entender que o companheiro pode ser o autor deste ato.

IMPORTÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA E A DIFICULDADE DA PRODUÇÃO DE PROVAS NO ESTUPRO MARITAL

Um dos meios de provas utilizados é o corpo de delito, onde se faz um exame pericial na vítima. Mas nem sempre é possível fazer esse tipo de exame, as vezes a vítima pode se recusar a fazer por já ter sido afetada psicologicamente e fisicamente, tendo receio e medo, ou também por demorar a denunciar a prática desse ato, fazendo que os vestígios acabem, e por nem sempre ter tido a penetração, sendo apenas a tentativa, entre outros vários fatores já vistos que configuram este crime.

E por ser um crime onde acontece entre o marido e a sua esposa, dificilmente há testemunhas, sendo considerado então um crime silencioso, tendo a palavra da vítima como única prova dessa violação, por isso é de importante valor probatório esse testemunho.

Apesar de ser uma prova muito importante, é de difícil apuração, por ser algo que pode ser facilmente manipulável, pois ocorre dentro da esfera particular dos cônjuges. Além disso, pode a vítima após o crime sofrer algum trauma, gerando, algumas vezes, a confusão entre o que é real ou não, dificultando a veracidade da sua fala.

A aceitação isolada da palavra da vítima pode ser tão perigosa, em função da certeza exigida para a condenação, quanto uma confissão do réu. Pode a vítima, por exemplo, querer se vingar do seu marido por ter terminado o relacionamento, e o acusa de estupro, sendo a única prova o seu relato, penalizando então um inocente. Sobre o assunto salienta-se a opinião de Guilherme Souza Nucci (2017, p.86):

Admitida a possibilidade de haver estupro por parte do cônjuge, afastando-se a aplicação do exercício regular de direito, deve-se destacar a imensa dificuldade de produzir prova a esse respeito, pois o constrangimento se passa no recôndito do lar, normalmente sem testemunhas, sendo insuficiente a

palavra da vítima contra a palavra da parte agressora. Por isso, é indispensável que existem provas sólidas, a fim de não se justificarem abusos de toda ordem, originários de meras brigas domésticas.

De fato, é necessário ver que as vítimas passam por um constrangimento ao ter que denunciar e até mesmo relatar o que aconteceu diante ao tribunal, contudo, os tribunais estão cada vez mais tentando buscar justiça aos testemunhos, entendendo da dificuldade de relatar uma violação tão grave de alguém que a vítima jamais pensaria que poderia ser capaz de fazer, como por exemplo de seu marido. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Seus Territórios trouxe em sua seguinte jurisprudência:

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. EX-COMPANHEIRA. CRIMES DE ESTUPRO E DE AMEAÇA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONTRAVENÇÃO DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. CRIME PREVISTO NO ARTIGO 232 DA LEI N. 8.069/1990. PROCEDÊNCIA. NÃO HÁ NULIDADE NA RETIRADA DO RÉU DA AUDIÊNCIA, POR DECISÃO MOTIVADA. CONDENAÇÃO POR DANO MORAL. DOSIMETRIA DA PENA. 1. Inexiste nulidade na retirada do réu da audiência de instrução e julgamento, quando há pedido da vítima e para evitar sentimento de humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, conforme dispõe o art. 217 do CPP. 2. As declarações da vítima possuem grande relevo no contexto dos crimes cometidos em contexto doméstico, haja vista as particularidades que permeiam a apuração desse tipo de delito. 3. Com a redação dada ao artigo 226, inciso II, do Código Penal, pela Lei n. 11.106/05, que prevê causas de aumento para o crime de estupro e demais crimes contra a dignidade sexual, não há mais dúvida quanto à possibilidade de o marido/companheiro responder por este delito. O artigo 7º da Lei n. 11.340/2006 define o abuso sexual no contexto de violência doméstica. 4. Diante de todo um contexto de violência doméstica, dependência e submissão, inclusive sexual, em que a companheira era constrangida a praticar sexo e, em caso de negativa, era xingada e ameaçada, a manutenção da condenação do réu pelo crime de estupro é medida que se impõe. 5. Comprovado o contexto de violência doméstica em que a vítima era rotineiramente ameaçada, a condenação do réu pelo crime de ameaça é medida que se impõe. 6. Se o réu comete o crime de ameaça utilizando-se, para tanto, da contração de perturbação da tranquilidade, imperioso aplicar o princípio da consunção, em que a infração-meio resta absorvida pelo crime-fim. 7. Comprovado que o réu submetia sua ex-companheira a uma rotina de dependência econômica e emocional, de ameaças, de agressões físicas e verbais, na frente dos filhos menores do casal, os quais já apresentam problemas comportamentais, impõe-se a sua condenação pela prática do crime previsto no 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente. 8. O Superior Tribunal de Justiça decidiu, ao julgar sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, que, nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória. 9. Embora não haja um critério legal para o incremento da pena ante a existência de circunstâncias judiciais negativas, a jurisprudência desta Corte considera razoável e proporcional a exasperação da reprimenda, na 1ª fase da dosimetria, no coeficiente máximo de 1/8 (um oitavo) calculado sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima abstratamente previstas para o crime. 10. Embora inexistentes limites mínimo e máximo para o aumento ou a diminuição da pena-base em virtude das agravantes e das atenuantes genéricas, a doutrina e a jurisprudência admitem como parâmetro razoável a fração de 1/6 (um sexto). 11. Recursos conhecidos e parcialmente providos. (TJ-DF 20160610079217 - Segredo de Justiça 0007818-57.2016.8.07.0006, Relator: WALDIR LEÔNIO LOPES JÚNIOR, Data de Julgamento: 10/05/2018, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 18/05/2018. Pág.: 175/176)

Ressalta-se então que a palavra da vítima neste tipo de crime é de importante relevância, já que quase todos são cometidos em seus lares, e rara as vezes tem alguém como testemunha, sendo apenas o marido e a esposa.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível observar uma mudança nas normas, tratando homens e mulheres com igualdade, principalmente no Código Penal que até 2005 era considerado livre da culpabilidade o sujeito

que era casado com a vítima, alegando que o estupro dentro de um casamento não existia e fazendo com que ter relações mesmo contra a vontade fosse uma obrigação de sua esposa. Atualmente é possível enquadrar a situação como delito nesses casos. Hoje pode-se analisar que o Código incluiu esse tipo de estupro ao não especificar o sujeito dentro da sua norma, por se tratar de crime comum.

É notável que a sociedade em si também se transformou com a passar do tempo, porém ainda é necessário mudar o pensamento machista em relação ao assunto tratado neste artigo, pois ainda há inúmeros casos relatados e não relatados de vítimas desse ato ilícito e cruel, milhares de vítimas com medo, ou até mesmo tratando isso como uma mera obrigação por conta da cultura que norteia esse assunto, poucas reconhecem que estão vivendo como o sujeito passivo do crime e conseguem sair da situação, por falta de amparo da própria comunidade machista e opressora.

Além disso, mesmo sendo garantido pela Constituição Federal, a sociedade não reconhece a liberdade sexual de uma mulher, dentro de um relacionamento, da mesma maneira como reconhece a do homem, a imagem da mulher ainda continua sendo a de que deve se guardar para o casamento, sendo um simples objeto de procriação, dificultando o exercício de seu direito, ou até mesmo de denunciar atos contra sua dignidade sexual.

Portanto, esse artigo trouxe uma análise com relevância acadêmica e social de um direito fundamental que é a liberdade sexual dentro do matrimônio, seu avanço dentro da cultura na sociedade, junto ao crime de estupro marital e sua dificuldade de produção de provas. Além disso, possui o intuito de contribuir para o conhecimento dos avanços do código penal em relação ao assunto

REFERENCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 de jul. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em: 14 de set. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Dispõe sobre a alteração da parte especial do Código Penal e na Lei de Crimes Hediondos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 de ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm. Acesso em: 14 de set. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Código Penal. DECRETO-LEI nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Tribunal De Justiça- DF. 20160610079217 - Segredo de Justiça 0007818-57.2016.8.07.0006, Relator: WALDIR LEÔNICIO LOPES JÚNIOR, Data de Julgamento: 10/05/2018, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 18/05/2018. Pág.: 175/176. Disponível em : <https://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/583540043/20160610079217-segredo-de-justica-0007818-5720168070006?ref=serp> . Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. Tribunal De Justiça– RO. APL: 00982531120088220501 RO 0098253-11.2008.822.0501, Relator: Desembargadora Ivanira Feitosa Borges, Data de Julgamento: 03/07/2014, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 11/07/2014.). Disponível em :<https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295577527/apelacao-apl-982531120088220501-ro-0098253-1120088220501/inteiro-teor-295577537?ref=juris-tabs>. Acesso em: 13 set. 2019.

DE SOUZA NUCCI, G. Curso de direito penal vol. III Rio de Janeiro: Forense, 2017

ESTEFAM, A. Direito penal, volume 2: parte especial (arts. 121 a 234-B) / André Estefam. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GRECO, R. Curso de Direito Penal: parte especial, volume III / Rogério Greco. – 14ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

MASSON, C. Direito penal: parte especial arts. 213 a 359-h / Cleber Masson. - 8. ed. - São Paulo: Forense, 2018.

ROBERTO BITENCOURT, C. Tratado de direito penal: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública / Cezar Roberto Bitencourt. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

IMUNIDADES PARLAMENTARES: PRIVILÉGIO OU GARANTIA DE DEMOCRATIZAÇÃO.

Kayo Lucas Coutinho De Menezes, Shirley Oliveira Lima Nomura

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: kayomenezes77@gmail.com

RESUMO

As imunidades parlamentares consistem em um importante instituto criado para a proteção dos nossos representantes frente a abusos e demasia dos demais poderes, garantindo o exercício do mandato, com plena liberdade. O presente trabalho teve como objetivo estudar as imunidades parlamentares e seu histórico, entender a motivação de a sua elaboração e traçar um paralelo com a contemporaneidade e sua utilização. O artigo foi norteado por pesquisas bibliográficas, leituras e fichamentos. A delimitação da abrangência do tema foi realizada com base na pertinência do assunto. O constituinte ao elaborar as imunidades parlamentares se preocupou em dar nitidamente liberdade de expressão aos representantes eleitos. O foro por prerrogativa de função demonstra a possibilidade de um julgamento muito das vezes mais célere e justo, já que o julgamento é realizado perante o Supremo Tribunal Federal nas infrações penais comuns. Entretanto, a sobrecarga da casa, a demora de julgamentos acarreta na sensação de impunidade e desvio da ideia central, uma vez que muitos casos foram arquivados. A exclusão no todo das imunidades parlamentares do ordenamento jurídico brasileiro seria um erro fatal, uma vez que tal exclusão acarretaria numa quebra total da proteção dos parlamentares. Sendo assim, uma melhoria no sistema seja necessária, trazendo inovação em pontos fundamentais como a redução da atribuição da casa do STF. Podemos concluir que as imunidades se mostram uma importante ferramenta constitucional de defesa do parlamento que permite a livre expressão dos congressistas, entretanto, há ocorrência de inúmeros casos de impunidade.

Palavras Chaves: Imunidades parlamentares – materiais – formais – poderes – abusos.

PARLIAMENTARY IMMUNITIES: PRIVACY OR GUARANTEE OF DEMOCRATIZATION.

ABSTRACT

The parliamentary immunity has an important institute created to protect our delegates front abuse of power, to guarantee the mandate exercise, with all freedom. This work had the objective study the parliamentary immunity and their history, understand what motive the elaboration and track a parallel with the modernity and its utilization. The article was oriented by bibliographic research, reading and critical analysis. The theme coverage delimitation was made base in the relevance of the subject. The constituent elaborating the parliamentary immunity was worried in give freedom of speech to the delegates elected. The forum by function prerogative demonstrate the possibility of a fairly judgment, as the judgment realized in front of the Federal Supreme Court directly. However, the house overload, the delay of the judgments has made the impunity sensation and deviation of the central idea, once so many cases were filed. The exclusion of the parliamentary immunity in the Brazilian order would be a fatal mistake, once this exclusion could induce a total break of the parliamentary protection. Thus, an improvement in the system is necessary, bringing innovation on fundamental points as assignment reduction in the Federal Supreme Court. We can conclude that the immunities prove to be an important constitutional instrument of defense institutional that permit congressman free speech, on the other hand, there so many cases of impunity.

keywords: parliamentary immunity - materials - formal - powers - abuse.

INTRODUÇÃO

As imunidades parlamentares têm como sua essência, ferramenta constitucional de defesa do parlamento em face de abusos e demasia dos Poderes Executivo e Judiciário. As imunidades são prerrogativas inerentes à função parlamentar, garantindo o exercício do mandato, com plena liberdade.

Cabe ressalva que não se trata de direito pessoal ou subjetivo do Parlamentar, pois, decorre do efetivo exercício da função parlamentar.

Muito se discute onde se originam as imunidades parlamentares ante os autores. A maioria dos autores concordam que a consolidação se deu no Direito europeu, todavia, Alexandre de Moraes em seu livro, Direito Constitucional, expõe

“[...]não passaram despercebidas do povo romano, pois eram intangíveis, invioláveis (*sacrosancta*) as pessoas dos tribunos e dos edis, seus auxiliares; tendo o povo romano outorgado-lhes por lei essa inviolabilidade e, para torná-la irrevogável, santificou-a com um juramento (*les sacrata*), punindo com a pena de morte os atentados contra esta regulamentação. Esta inviolabilidade do tribuno garantia-lhe no exercício das suas funções ou fora delas e obstava a que ele pudesse ser acusado, preso ou punido[...]”. (MORAES, 2016, p328.)

Os contornos atuais se deram através do sistema constitucional inglês, com a proclamação do duplo princípio, sendo o da *freedom of speech*, ou seja, liberdade da palavra e o da *freedom from arrest* sendo traduzida como imunidade à prisão arbitrária, no *Bil of Rights* em 1688.

No Brasil, as imunidades parlamentares se fizeram presente desde a primeira constituição, a Constituição do império de 1824 onde os parlamentares eram invioláveis pelas suas opiniões, palavras e votos que proferiram no exercício de suas funções. Outra garantia que o parlamentar detinha era a de não ser preso durante a legislatura, por autoridade alguma, entretanto, salvo por ordem de sua respectiva câmara, menos em flagrante de delito de pena capital. Além destas prerrogativas, se fazia a necessidade de licença de sua respectiva casa para o prosseguimento da ação.

A imunidade parlamentar tem o seu início com a diplomação erroneamente se diz que está começa com a posse do mandatário. Ressalva se faz com a presente súmula 245 do STF, onde expressamente está expõe que as imunidades não se estendem aos coautores ou partícipes do delito que não seja parlamentar.

As imunidades se dividem em materiais e formais. As imunidades matérias, substantiva, absoluta, real ou inviolabilidade parlamentar, com base na nossa carta cidadã os deputados estaduais e federais e senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões palavras e votos, segundo o artigo 53 da Constituição Federal de 1988. Cabe ressaltar que os vereadores também gozam de imunidade material, mas limitada à circunscrição do município, com base no artigo 29, VIII da CF/88.

A imunidade formal ou processual, se divide em imunidade formal processual e imunidade formal quanto a prisão. Processual está prevista no artigo 53, §§ 1º, 3º e 4º da CF e abrange temas como foro por prerrogativa de função e sustação da ação penal. Já a imunidade formal relativa à prisão está prevista constitucionalmente no artigo 53, §2º da CF, onde apresenta expressamente a vedação da prisão do parlamentar, salvo em flagrante de crime inafiançável.

O presente trabalho tem como objetivo estudar as imunidades parlamentares englobando seu histórico e buscando entender a sua motivação para a sua elaboração, traçando um paralelo com a contemporaneidade e sua utilização, para que se possa chegar a certa conclusão. Se o presente instituto segue os ideais de sua criação e os cumpre fielmente, em linhas gerais, “a relevante questão reside em saber-se qual a medida do instituto, ou seja, quando essa deixa de ser a proteção parlamentar para transfigurar-se na impunidade” (BOSIGNOLI, 1999, P39).

METODOLOGIA

O artigo foi norteado por pesquisas bibliográficas, leituras e fichamentos. A delimitação da abrangência do tema foi realizada com base na pertinência do assunto, bem como, na finalidade objetivada pelo presente estudo. Os conhecimentos prévios existentes juntamente com as possibilidades de tempo e pesquisa disponíveis delimitaram a profundidade da abordagem realizada.

RESULTADOS

O constituinte ao elaborar as imunidades parlamentares se preocupou em dar nitidamente liberdade de expressão aos representantes do povo em face ao demais poderes (Executivo, Judiciário), o que acertadamente fez, pois, o histórico mostra abusos contra os membros do Poder Legislativo.

O foro por prerrogativa de função demonstra a possibilidade de um julgamento muito das vezes mais célere e justo, pois os membros que cometem determinadas ações contrárias às leis tem o seu julgamento

realizado perante o Supremo Tribunal Federal, como determina o artigo 102, I, C da CF, de forma a ser competência originária da casa, quando os membros do congresso cometem infrações penais comuns. A razão de sua existência seria encurtar o julgamento, justamente para evitar a eternização de um processo, por todos os órgãos e instâncias do Poder Judiciário.

Entretanto, com o volume exacerbado de ações competente a casa sobrecarregando-a, acarretando na sensação de impunidade e desvio da ideia central de julgamento e ordem de um estado democrático de direito. Segundo dados levantados:

“[...]De julho de 2013 a julho de 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF) arquivou pelo menos 290 inquéritos e ações penais contra 167 parlamentares. Ao menos 63 desses processos (22%) foram para o arquivo por prescrição, ou seja, o Estado demorou tanto a julgar os acusados que perdeu o direito de puni-los [...]”(CONGRESSO EM FOCO, 2015).

Cabe frisar que em alguns casos as denúncias nem chegaram sequer a ser analisadas.

“[...]Foi o que ocorreu, por exemplo, com alguns personagens envolvidos em casos rumorosos. O senador Jader Barbalho (PMDB-PA) foi um dos beneficiados com a lentidão da Justiça. Ele já se livrou de rolos judiciais desde que completou 70 anos de idade, em outubro de 2014. Como a legislação reduz à metade o prazo de prescrição para os crimes atribuídos ao parlamentar, três dos processos a que ele respondia foram arquivados desde o início do ano[...]”.(CONGRESSO EM FOCO, 2015).

Como se pode observar a dificuldade reside em preservar nossos representantes, quer seja federal, estadual ou municipal, através das imunidades parlamentares para que possam se expressarem em defesa do bem comum dos seus representados e de um estado democrático de direito, sem sobrelevarem com o temor de sofrerem abusos, sem, com isso, criarem privilégios frente aos crimes comuns.

DISCUSSÃO

Com base na reflexão guarnecida, a exclusão no todo das imunidades parlamentares do ordenamento jurídico brasileiro seria um erro fatal, uma vez que tal exclusão acarretaria numa quebra total da proteção dos parlamentares que são eleitos pela vontade popular e tem como sua principal finalidade a busca de melhorias e inovação aclamadas e ordenadas pela sociedade. Assim como está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil ou Constituição cidadã de 05 de outubro de 1988 em seu artigo 1º, §único “todo o poder emana do povo, que exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Um aspecto importante a ser tratado para que o sentimento de impunidade e as ocorrências de impunidades sejam extintos seria uma melhoria no sistema, trazendo inovação em pontos fundamentais como redução da atribuição da casa do STF e maior fiscalização quanto das próprias casas pertencentes aos parlamentares como a população.

“[...]Uma democracia forte só acontece quando há grande participação popular na vida pública. Cidadãos que são conhecedores do que acontece na administração de suas cidades, estados e de seu país podem propor melhorias e cobrar dos governantes para que elas sejam efetivadas[...]”. (COSTA, SOUZA, 2018).

CONCLUSÃO

Em derradeiro as imunidades se mostram um importante instrumento para os congressistas, como, ferramenta constitucional de defesa do parlamento que permite a livre expressão por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos, entretanto, há ocorrência de inúmeros casos de impunidade onde os parlamentares usam as imunidades como manta protetora e passam a sensação para a sociedade como pessoas eleitas não para representar a população mas para usar o véu inerente ao cargo para a prática de crimes.

No entanto, em épocas anteriores a falta de proteção dos membros do parlamento se mostraram prejudiciais à população, por conseguinte a manutenção de tal instituto é vital, com mudanças e

transformações para que sua essência e finalidade sejam restauradas trazendo benefícios a população brasileira.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Juliana Campos Horta de. Imunidades parlamentares. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2000.

BOSIGNOLI, V. Abuso de imunidade. Rev Dir, Rio de Janeiro, v. 3, n. 6, 1999. Disponível em: http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc1999/revdireito1999B/art_abusoimunidade.pdf. acesso em: 08/07/2019.

CONGRESSO EM FOCO. Quase 25% das investigações contra parlamentares prescrevem. Revista congresso em foco, 2015. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/quase-25-das-investigacoes-contraparlamentares-prescrevem/> Acesso em: 30/07/2019

COSTA, Hevelize Antonia Magalhães, SOUZA, Priscila Krys Morrow Coelho. A participação popular na administração pública: uma revisão literária. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 03, Ed. 09, Vol. 2, pp. 139-149, Setembro de 2018. ISSN:2448-0959

HEUSELER, D.; LEITE, G.; CRUZ, R. L. P. de,. Considerações sobre as imunidades parlamentares e foro por prerrogativa de função no ordenamento jurídico brasileiro . Revista Juristas, 2018

DE MELLO, Alberto José Oliveira. Relativização da Imunidade Parlamentar pelo Supremo Tribunal Federal. Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena, v. 22, n. 2, 2018.

DE OLIVEIRA, Naiara Regina Hermógenes. IMUNIDADE PARLAMENTAR: GARANTIA OU PRIVILÉGIO. Caderno Virtual, v. 1, n. 38, 2017. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/2963/1441>. acesso em: 28/07/2019.

DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mario. Supremo Tribunal Federal: uma proposta de análise jurisprudencial-a igualdade jurídica e a imunidade parlamentar. CONSELHO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 2007b. Anais, 2007.

FEDERAL, Senado. Constituição. Brasília (DF), 1988.

FERREIRA, Filipe Duarte; DUARTE, Hugo Garcez. A imunidade material parlamentar e o pluralismo político: uma leitura democrática. Revista Vox, n. 04, p. 39-49, 2018.

GOMES, Enéias Xavier. Da crítica de Hans Kelsen às imunidades parlamentares. De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2012. <https://doi.org/10.5935/1809-8487.20120041>

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 33.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Alexandre de. Imunidade parlamentar. Revista Pratica Jurídica, Brasília, DF, ano 1, n. 4, p. 24-25, jul. 2002

PADILHA, Rodrigo. Direito constitucional. Grupo Gen-Editora Método Ltda., 2017.

ZOLANDEK, Sara Gabriela. A relativização da imunidade material parlamentar. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31371/SARA%20GABRIELA%20ZOLANDEK.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01/08/2019.

O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

Khetlen E F Marinho Dos Santos, Thânia Viviane dos Santos Marinho, Araceli Amorim Lopes Nascimento

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: ke.tlen@hotmail.com

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo trazer à baila uma análise sobre o discutido tema do foro por prerrogativa de função com embasamento na esfera penal e nos primórdios da democracia ateniense. Questiona-se o quadro político atual a partir da insatisfação popular e a sensação de impunidade para os crimes comuns praticados por autoridades detentoras da imunidade constitucional de foro por prerrogativa de função. Não se discute a legitimidade e a constitucionalidade do instituto, porém a relevância moral, ética e os impactos negativos obtidos na prática para o titular do Poder Soberano: o povo, baseado no princípio da igualdade previsto no artigo 5º da Constituição Federal. Conclui-se o apontamento de uma nova perspectiva a partir da necessidade de promover uma Reforma no Sistema Judiciário com a participação popular mediante instrumentos da democracia direta para que possa ser efetivamente concretizada uma democracia sólida nos moldes do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chaves: Foro por prerrogativa de função. Legitimidade democrática. Privilégio. Impunidade. Extinção da garantia.

THE PRIVILEGED UNDER FORUM LAW AND VIOLATION OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF EQUALITY

ABSTRACT

The present article has as scope brought an analysis on the thematic of the law to perform a writing function in the penal sphere and in the beginnings of the athenian democracy. What is or is not a political program to promote popular dissatisfaction and privileged under forum law is questioned. It does not discuss the legitimacy and constitutionality of the institute regarding the moral, ethical and negative benefits, in practice, without power of the Sovereign Power: the folk, also based on the same date provided for in Article 5 of the Federal Constitution. We conclude by pointing out a new perspective from a direct promise of a system of legal aid through a direct democracy such as the referendum and referendum to be able to realize a democracy based on the mold of the Democratic State Right.

Keywords: Privileged jurisdiction. Democratic legitimacy. Privilege. Parliamentary impunity. Warrant termination.

INTRODUÇÃO

De acordo com o artigo 53, §1º, da Constituição Federal “os deputados e senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal”. Os agentes políticos são investidos de mandato legislativo federal ou estadual, o fazem por voluntariedade e autonomia em participar das eleições e possui consciência dos riscos envolvidos, ainda assim se submete à capacidade ativa de ser votado, logo o julgamento distinto, seja pelo critério *ratione personae* ou qualquer que seja o parâmetro, afronta o princípio da igualdade previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal. Segundo Pontes de Miranda foro privilegiado é “aquele que cabe a alguém, como direito seu (elemento subjetivo, pessoal, assaz, expressivo); portanto, o foro do juízo que não é comum”. A competência material *ratione personae* “a competência para o julgamento de certas causas é, excepcionalmente, originária de um tribunal, ficando afastada, destarte, a atuação dos órgãos julgadores que atuam na primeira instância” (BONFIM, 2012). Plácido e Silva, tem o mencionado instituto como sendo “aquele que se atribui competente para certas espécies de questões ou ações ou em que são processadas e julgadas certas pessoas”.

METODOLOGIA

Quanto à metodologia, para o desenvolvimento deste artigo, será aplicado essencialmente o raciocínio dedutivo, iniciando por uma compreensão geral através da leitura de doutrinas, jurisprudências e leis.

HISTÓRICO

Com procedência no fim do Império Romano, no século V, em que os senadores possuíam prerrogativa e não eram julgados como seus iguais. As imunidades parlamentares, no Parlamento Inglês, tiveram início em 1689, por meio de dois fundamentos que são o “*freedom from arrest*” que menciona o direito de não ser preso arbitrariamente e “*freedom of speech*”, que possui significado relacionado à liberdade de opinião ou de palavra. Ainda nos acontecimentos britânicos há a inviolabilidade na Declaração de Direito ou *Bill of Rights of 1689* e que segundo Alexandre de Moraes, nesse documento, “proclamaram que a liberdade de expressão e de debate ou a troca de opiniões no Parlamento não pode ser impedida ou posta em questão em qualquer corte ou lugar fora do parlamento”.

A Constituição Norte-Americana de 1779, usada como modelo para a Revolução Francesa de 1789 devido às características liberais e iluministas e, também, como molde para a Constituição do Império, não adota o instituto do foro especial por prerrogativa de função:

Nos Estados Unidos, as ações que tenham por parte embaixadores, outros ministros e cônsules, e aquelas em que se achar envolvido um Estado, têm foro originário perante a Suprema Corte (Constituição americana, Art. III, Seção 2). O impeachment do Presidente e Vice-Presidente da República, assim como de todos os oficiais civis dos Estados Unidos, é julgado pelo Senado americano, mediante admissão da acusação pela Câmara dos Representantes (Art. I, Seções 2 e 3; Art. II, Seção 4) (FILHO, p. 9, 2015).

No Brasil, em sua primeira Carta Magna, a Constituição Imperial de 1824, consta a primeira inserção do instituto do foro privilegiado e trazia consigo a figura de inviolabilidade do Imperador, como segue no artigo 99 “a pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma”. E foi durante a ditadura militar, na vigência da Constituição de 1967, que tal instituto foi estendido também a deputados e senadores, abrangidos pela Emenda Constitucional n.º1 de 1969. A Constituição Cidadã de 1988 aumentou substancialmente os casos de autoridades nesse rol de imunidades, saindo de apenas agentes políticos como também públicos.

Ao conceituar esses agentes públicos, Hely Lopes Meirelles define que:

São os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos.

O foro privilegiado – forma que tem assumido – não apenas se manteve como se ampliou, abrangendo, cada vez mais, com a criação da prerrogativa pelas Constituições Estaduais. Vislumbra-se pela evolução constitucional a extensão que se beneficia os parlamentares por privilégios.

FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: UM PRIVILÉGIO OU UMA GARANTIA?

Sendo o político um representante dos interesses sociais, exercício que caracteriza o Estado Democrático de Direito que instala a democracia – sua primeira aparição foi em Atenas, no qual o exercício se dava de modo a participar efetivamente de todas as atividades políticas – não há no que se diferenciar em função do cargo com privilégios ilegítimos. O tratamento isonômico que goza os cidadãos, titulares do poder constituinte, veda diferenciações arbitrárias e alógicas, sendo apenas um mecanismo para a impunidade sustentada na parcialidade. Em consequência do princípio da igualdade, o que a Constituição Cidadã de 1988 divergiria do foro privilegiado, conforme Tourinho Filho (2008), não devendo ser confundido com o foro especial por prerrogativa de função, visto que “o privilégio decorre de benefício à pessoa, ao passo que a prerrogativa envolve a função”. O foro por prerrogativa de função é legal por sua

feitura ser conforme o processo de elaboração da norma e positivado no sistema constitucional, expresso nos artigos 29, 52, 96, 102, 105 e 108, da mesma norma legal.

A indagação de o foro ser um privilégio ou uma garantia se fundamenta devido ao fato de contribuir de maneira indiscutível para o crescimento da corrupção mal enraizado na política brasileira. Tanto que “a justiça é um ideal, e a igualdade, um fato” (BOBBIO, 2002). Por essa razão, a igualdade não é uma busca fundada na volatilidade, porém um princípio atemporal e perpétuo que norteia o sistema jurídico. A igualdade deve ser aplicada a todos cidadãos, inclusive os que exercem um dos três Poderes para exercê-lo democraticamente e, na ausência de igualdade gerada pelo instituto do foro privilegiado contraria a real vontade do povo, este como detentor do Poder Soberano não é sequer consultado por meio de instrumentos de democracia direta como o plebiscito e referendo. As leis não devem ser fonte de privilégios, mas um reflexo da realidade e desassociar o sistema estatal à latente sensação de impunidade.

Newton Tavares Junior, consultor legislativo da Câmara, avalia que dentre os pontos negativos acerca do foro especial por prerrogativa de função estão o “uso de mandatos eletivos para escapar de punição e a impunidade, já que os tribunais superiores não estão preparados para atuar na fase de instrução, como produção de provas e oitiva de testemunhas, o que faz com que em muitos casos os crimes acabem prescritos antes do julgamento” (VITAL, 2016). Nessa esteira, deve-se ainda ponderar que a sobre carga das Cortes de Apelação e dos Tribunais Superiores com a tramitação de processos de conhecimento, os quais obviamente não integram a essência da prestação jurisdicional para qual foram concebidos, acarreta a existência de uma marcha processual morosa. Em muitos casos, torna-se inefetiva a aplicação da lei penal, de forma que quando aplicada, a sanção penal já não mais consegue atender, em sua plenitude, os efeitos de sua prevenção geral e especial.

Tal contexto, somada a maior incidência da prescrição nestes casos, intensifica a existência da corrupção, pelo sentimento de que os estatutos repressores da criminalidade não conseguem alcançar as figuras públicas, afrontando desta forma o balizar constitucional da igualdade, apontado por John Locke como uma condição:

“onde a reciprocidade determina todo o poder e toda a jurisdição, ninguém tendo mais do que os outros; evidentemente, seres criados da mesma espécie e da mesma condição, que, desde seu nascimento, desfrutam juntos de todas as vantagens comuns da natureza e do uso das mesmas faculdades, devem ainda ser iguais entre si, sem subordinação ou sujeição (...)”

Sendo assim, exclui-se toda e qualquer fundamento principiológico de que o foro por prerrogativa de função seja uma garantia constitucional, mas sim um *apartheid* no que tange ao julgamento na seara processual penal. Visto que o intuito inicial com que foi criado não gerou os resultados esperados e, na prática, teve efeito contrário do esperado. Com a promoção de lentidão nos processos com demandas que não são de competência originária do Poder Legislativo, delegando competência de matéria penal de aplicadores do Direito sem a habilidade costumeira dos Tribunais originariamente competentes e que sucateia a Justiça com o excesso de demanda sendo a principal causa da morosidade, com sobrecarga notória, criando uma sensação de impunidade no subjetivo dos agentes e na população que acompanha os julgamentos de políticos se tornando uma porta que sustenta a impunidade e o casuísmo.

Um grande marco no Direito Brasileiro ocorreu com a revogação da súmula 394 do Pretório Excelso que enunciava: “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”, que estendia essa prerrogativa para os delitos cometidos no exercício da função. Ainda que o início da ação penal ou do inquérito tenha ocorrido após a cessação do exercício, paralelo que existia, até então, de modo a ampliar a competência originária pela criação do sumulado. E, desse modo, tem entendido o Pretório Excelso que a prerrogativa por função se limita somente ao cargo, em exercício dele e que com ele possua relação, não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional como se observa na Súmula 451 do referido Tribunal.

CONCLUSÃO

O foro por prerrogativa de função possui caráter aristocrático, pois há uma seletividade para o julgamento de acordo com a regra global. Nesta concepção afronta-se o princípio da igualdade pelo acesso

à Justiça estar sendo contornado por autoridades que possuem julgamento diferente criando um sistema que amplia demasiadamente um juízo excepcional.

Do ponto de vista ético, a manutenção de tal instituto, em relação ao grande número de vexames envolvendo políticos e a corrupção, torna acirrada a discussão e os debates acerca de que seria uma postura legal, porém, em detrimento da questão moral. Dever-se-ia exaltar a prevalência do Princípio da Igualdade, não aceitando mais o foro privilegiado, visto ser um privilégio outorgado a poucos e ainda garantindo a impunidade de criminosos em detrimento de tantos brasileiros honestos e não abastados de diplomas ou títulos políticos, comprovando a diferenciação e exclusão dentro de uma “democracia”. Não sendo condizente com a ética e a moral, sendo a melhor forma de manter um compromisso ético perante a Carta Magna podendo a população ser tratada com mais dignidade e igualitarismo.

Sendo assim, há a necessidade de moralizar a Administração Pública e permitir a participação popular detentora do Poder Soberano devendo, desse modo, contribuir com o Poder Constituinte Originário a partir dos instrumentos de democracia direta: plebiscito e referendo. Evitando o tratamento desigual e a apropriação da Lei para atender interesses individuais.

Pretende-se conscientizar o intuito de desenvolver um Estado Democrático de Direito que visa combater a corrupção com a eliminação da prerrogativa por foro de função através de um trâmite do processo no Judiciário mais efetivo e eficiente como se garante na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Ademais, a celeridade em decisões punitivas caracterizadas por imparcialidade através da ausência de privilégios diminui a noção de impunidade que tem se enraizado na população.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, N. **Igualdade e Liberdade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BONFIM, E. M. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 307.

FILHO, N. T. **Foro Por Prerrogativa de Função no Direito Comparado**. Estudo realizado para a Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados - Brasília. 2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentose-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema6/2015_21981_foro-por-prerrogativa-de-funcao-no-direito-comparado_newton-tavares>. Acesso em: 15 de ago. 2019.

LOCKE, J. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Ebook: Cultura Liberal.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MIRANDA, P. de. **Comentários as Constituições de 1967**. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 237.

MORAIS, A. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo, Atlas, 2006. p.402

SILVA, O. J. de P. e. **Vocabulário Jurídico**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 328.

TOURINHO FILHO, F. da C. **Processo Penal**. Volume 2. 30 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 136, 137.

VITAL, A. **Doze PECs em análise na Câmara põem fim ao foro privilegiado**. Câmara Legislativa. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/matérias/RADIOAGENCIA/517153-DOZE-PECS-EM-ANALISE-NA-CAMARA-POEM-FIM-AO-FORO-PRIVILEGIADO.html>>. Acesso em: 07 de ago. 2019.

O MOVIMENTO DA DESJUDICIALIZAÇÃO E A USUCAPIÃO DO ÂMBITO DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS

Marcelo Pereira de Souza, Licia Pimentel Marconi

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: hard_celo@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo baseia-se em tema de extremo interesse contemporâneo referente ao movimento da desjudicialização tendo em vista a já conhecida e notória sobrecarga do judiciário brasileiro e que paralelamente vem promovendo a busca de várias soluções para desafogar a máquina judiciária, de forma a buscar a diminuição de processos forenses em trâmite; para tanto, as serventias extrajudiciais de notas e de registros públicos vem exercendo um papel de suma importância, pois são elas as responsáveis por executarem algumas das funções que são desconcentradas do judiciário; respectivo movimento deu enfoque aos cartórios desde quando foi atribuído à esses a competência para proceder, de maneira administrativa, a retificação de registro imobiliário e, posteriormente, com o advento da Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, a autorização para que inventários e divórcios também pudessem ser realizados diretamente nos Cartórios de Notas; por fim, nesta marcha da desjudicialização, surge o reconhecimento com o advento do Novo CPC – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, da aquisição da propriedade, instituto da usucapião, diretamente nos Cartórios de Registro de Imóveis.

Objetiva-se, com o trabalho, demonstrar como funciona na prática o procedimento da usucapião realizado diretamente pelas serventias extrajudiciais como forma de concretizar o projeto de desjudicialização. O tema, por si só, se justifica dada a importância procedimental da celeridade e descentralização da competência anteriormente concentrada apenas no judiciário, conferindo assim o justo reconhecimento da competência das serventias extrajudiciais. O método de análise aplicado foi o hipotético-dedutivo, por meio de entendimento das leis gerais existentes a respeito do assunto, com pesquisas de cunho histórico, teórico e bibliográfico.

Palavras-chaves: usucapião, desjudicialização, serventias

THE MOVEMENT OF DEJUDICIALIZATION AND THE USUCAPITION OF THE SCOPE OF EXTRAJUDICIAL SERVICES

ABSTRACT

This article is based on a topic of extreme contemporary interest regarding the movement of dejudicialization in view of the well-known and notorious burden of the Brazilian judiciary and which, in parallel, has been promoting the search for various solutions to unburden the judiciary in order to seek reduction of forensic proceedings in process; To this end, the extrajudicial use of notes and public records has been playing a very important role, since they are responsible for performing some of the functions that are deconcentrated by the judiciary; The respective motion focused on the notary's offices since they were given the authority to proceed with the administrative rectification of the real estate registry and, subsequently, with the advent of Law No. 11,441, of January 4, 2007, the authorization for inventories and divorces could also be performed directly at the notary's offices; Finally, in this march of dejudicialization, comes the recognition with the advent of the New CPC - Law No. 13.105, of March 16, 2015, of the acquisition of property, institute of usucapião, directly in the Real Estate Registry Offices.

The objective of this work is to demonstrate how the usucaption procedure performed directly by the extrajudicial services as a way of implementing the dejudicialization project works. The theme, in itself, is justified given the procedural importance of the speed and decentralization of jurisdiction previously concentrated only in the judiciary, thus conferring the fair recognition of the jurisdiction of extrajudicial servicemen. The method of analysis applied was the hypothetical-deductive, by understanding the existing general laws on the subject, with research of historical, theoretical and bibliographic nature.

Keywords: adverse possession, dejudicialization, utilities

INTRODUÇÃO

A sobrecarga do judiciário brasileiro, desde muitos anos, é uma realidade por todos conhecida. Em decorrência disso, o movimento da desjudicialização tem trazido várias soluções para desafogar a máquina judiciária, de forma a buscar a diminuição de processos forenses em trâmite.

Para alcançar esse objetivo, as serventias extrajudiciais de notas e de registros públicos exercem um papel de suma importância, pois são elas as responsáveis por executarem algumas das funções que são desconcentradas do judiciário.

O movimento da desjudicialização deu enfoque aos cartórios desde quando lhes atribuiu a competência para proceder, de maneira administrativa, a retificação de registro imobiliário. Posteriormente, com o advento da Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, possibilitou-se que inventários e divórcios também pudessem ser realizados diretamente nos Cartórios de Notas, por meio de escritura pública, medida esta que trouxe uma economia de R\$4 bilhões ao Sistema Judiciário, conforme cálculos realizados pelo Colégio Notarial do Brasil, ante a lavratura de 2 milhões de atos desta natureza pelos Cartórios de Notas de todo o território nacional, na conformidade da informação disponibilizada pela Central de Serviços Eletrônicos Compartilhados – CENSEC, que armazena os dados fornecidos pelas próprias serventias.

Alguns anos depois, com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), a usucapião também foi abrangida pelo aludido movimento, de forma a permitir o reconhecimento da aquisição da propriedade diretamente nos Cartórios de Registro de Imóveis. Tal pesquisa se justifica diante da necessidade de trazer mais conhecimento e aproximação dos profissionais do direito e da coletividade, no geral, sobre a possibilidade de se realizar o procedimento para declaração da propriedade por meio da usucapião diretamente nas serventias extrajudiciais, de forma mais segura e ágil. Assim, por conseguinte, utilizando-se do instituto em tela, é trazida uma redução das demandas no judiciário brasileiro, que desde muito tempo desempenha sua função de maneira sobrecarregada, com um grande volume de trabalho.

METODOLOGIA

O estudo vem sendo realizado por meio de pesquisa bibliográfica, usando o método hipotético-dedutivo, leis gerais existentes a respeito do assunto, e o método histórico, para que possamos compreender o ponto de vista da problemática, incluindo-se nesse trâmite, o método comparativo, com base na legislação pertinente. A pesquisa demandará também a coleta dos dados no sentido de nortear posicionamento acerca do tema apresentado; respectiva coleta será feita em doutrina, artigos eletrônicos, leis e jurisprudência; após a realização de tal coleta, respectivos dados serão confrontados, destacando-se as principais ideias com o intuito de chegar o mais próximo da realidade tecendo considerações plausíveis à problemática apresentada.

RESULTADOS

Espera-se como resultados, considerando que a pesquisa está em andamento, a constatação da efetividade da nova providência legal que autoriza a competência das serventias no sentido de contribuir com o processo da desjudicialização.

DISCUSSÃO

Usucapião pode ser definida como sendo uma prescrição aquisitiva que viabiliza a aquisição da propriedade de um bem em razão de dois requisitos gerais, quais sejam: a posse e o tempo. Basicamente falando, trata-se de um direito que aquisição da propriedade por parte daquela que esteja na posse da coisa em razão do uso ininterrupto por um considerável lapso temporal.

Sílvio Rodrigues (2009, p. 108) conceitua usucapião como sendo “modo originário de aquisição de domínio, através da posse mansa e pacífica, por determinado espaço de tempo, fixado na lei”.

Viabilizado pelo movimento da desjudicialização e com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), que acrescentou o artigo 216-A à Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), que, posteriormente, foi alterado com o advento da Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, o procedimento da usucapião, nos termos do referido artigo, pode, desde então, ser requerido e processado diretamente no Cartório de Registro de Imóveis onde está matriculado o imóvel usucapiendo.

O doutrinador Henrique Ferraz (2016, p. 166) conceitua o procedimento da usucapião extrajudicial nos seguintes termos:

A usucapião extrajudicial é expressão comumente utilizada como equivalente a usucapião administrativa, pois se instaura em âmbito alheio ao judicial, tramita perante órgão dotado de competência administrativa, daí resultando um título preparatório ou decisão que é levada ao registro imobiliário, ou seja, constitui processo administrativo, tendente ao registro da propriedade imobiliária. Bem compreendido que o registro constitui uma representação gráfica de um fato jurídico relevante, no caso, a usucapião, em suas diversas modalidades.

Para que seja declarado o direito de propriedade por usucapião diretamente na serventia extrajudicial, o presente trabalho trará alguns esclarecimentos à luz dos dispositivos legais acima mencionados e com base do Provimento nº 65 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que estabelece as diretrizes do processamento da usucapião nesta nova modalidade.

Primeiramente, o documento indispensável no procedimento administrativo é a ata notarial, lavrada pelo Tabelião de Notas do município onde se localiza o imóvel que se busca ter declarado o direito de propriedade, documento este que adiantadamente será abordado de maneira mais detalhada.

Requisito indispensável no procedimento, este documento público é lavrado pelo Tabelião de Notas em razão da competência que lhe é atribuída no artigo 7º da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994 (Lei dos Notários e Registradores), que assim dispõe:

Art. 7º Aos tabeliães de notas compete com exclusividade:

- I - lavrar escrituras e procurações, públicas;
- II - lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados;
- III - lavrar atas notariais;**
- IV - reconhecer firmas;
- V - autenticar cópias. (sem negrito no original).

Nesta ata notarial, o notário ou o seu preposto escrevente ou substituto, com base em documentos, declarações e tudo o que julgar necessário, atestará o tempo e as características da posse do requerente e de seus antecessores sobre o bem que busca obter a propriedade por meio da usucapião, podendo o Tabelião de Notas, inclusive, comparecer pessoalmente no imóvel para realizar as diligências que entender necessário.

A lei não esclarece no que se consiste “atestar o tempo da posse”, todavia deve-se levar em consideração, sempre, o princípio da segurança jurídica para que se entenda o referido conceito. Com base nisso, o notário não poderá levar em conta somente as declarações do solicitante na lavratura deste instrumento, devendo juntar outros elementos que serviram como base para a formação de seu convencimento, como, por exemplo, contas de água, luz, telefone, cartões de crédito, recibos de pagamento de IPTU, fotografias de pessoas no imóvel, entre outros elementos que julgar necessário, tendo em vista que o rol mencionado é exemplificativo. Para atestar a posse, poderá constar da ata, ainda, depoimento dos confrontantes do imóvel usucapiendo ou de outras pessoas que tenham conhecimento do tempo da posse.

Assim, além do elemento já mencionado, serão mencionados na ata notarial a descrição detalhada do imóvel usucapiendo, de forma que o mesmo seja individualizado, podendo ser a descrição constante da matrícula; a existência de benfeitorias, acessões ou edificações; a forma de aquisição da posse; a modalidade de usucapião, juntamente com sua base legal ou constitucional; e, o valor do imóvel.

Com relação à base legal ou constitucional da usucapião, o Tabelião de Notas observará se o caso apresentado se enquadra em alguma das seguintes espécies de usucapião:

USUCAPIÃO - QUADRO ESQUEMÁTICO

ESPÉCIE		TEMPO (Anos)	OUTROS REQUISITOS	FUNDAMENTO LEGAL	
1. Especial Individual	1.1. Urbano	a) Comum	5	a) Área de até 250 m ² b) Utilização como moradia c) Não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural.	Art. 183 da CF Art. 1.240 do CC
		b) Familiar	2	a) Área de até 250 m ² b) Ser o imóvel de propriedade e utilizado como moradia de duas pessoas casadas ou que vivem em união estável. c) Abandono do lar por um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros. d) Não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural. e) Não ter sido beneficiado anteriormente pelo mesmo instituto.	Art. 1.240-A do CC
	1.2 Rural		5	a) Área de até 50 há b) Produção c) Utilização também como moradia d) Não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural.	Art. 191 da CF Art. 1.239 do CC
2. Especial Coletivo		5	a) Área maior que 250 m ² b) Utilização para moradia por população de baixa renda. c) Impossibilidade de identificar os terrenos ocupados por cada possuidor. d) Não serem proprietários de outros imóveis urbanos ou rurais	Art. 10 do Estatuto da Cidade	
3. Ordinário		10	a) Justo título b) Boa-fé	Art. 1242 do CC	
4. Extraordinário		15	a) NENHUM	Art. 1238 do CC	
		10	a) Utilização para moradia ou obras de caráter produtivo		

REQUISITOS GERAIS: a) Posse com "*animus domini*"; e b) Posse contínua e sem oposição
(Elaboração: Advogado Wander R Fernandes)

Fonte: <<https://advogado1965.jusbrasil.com.br/artigos/559537420/usucapiao-quadro-esquematico-cartilhas-e-jurisprudencia>>. Acesso em: 26 de março de 2019.

Lavrada a ata notarial, esta deverá, juntamente com os documentos mencionados nos incisos do artigo 216-A do Código de Processo Civil, ser levada ao Oficial de Registro de Imóveis da comarca onde se situar o imóvel, para que, assim, ele proceda às providências que determinam os parágrafos do mesmo artigo, e, conseqüentemente, se dê publicidade e efeito *erga omnes* à propriedade adquirida.

Neste sentido, Leonardo Brandelli (2016, p. 67) doutrina:

A decisão que a reconhece, judicial ou extrajudicial, é meramente declaratória; o registro da usucapião no Registro Imobiliário é também declaratório, isto é, faz com que a aquisição seja publicizada, tendo o efeito de tornar o direito adquirido oponível *erga omnes* e disponível como um direito real. Antes do registro, o direito, embora adquirido, não goza de eficácia *erga omnes*, nem de disponibilidade enquanto um direito real.

Para o procedimento administrativo da usucapião extrajudicial, dispensada é qualquer providência jurisdicional, de forma com que o próprio oficial registrador será quem analisará toda a documentação e, entendendo pela viabilidade, reconhecerá e registrará a usucapião na matrícula do imóvel.

Acerca disso, Leonardo Brandelli (2016, p. 71) assevera que:

É do Oficial de Registro a atribuição de presidir e decidir o processo administrativo comum de usucapião, não havendo necessidade de homologação judicial. Trata-se de processo administrativo, que versa sobre direitos patrimoniais disponíveis, e que dispensa, assim, a intervenção judicial bem como a do Ministério Público, as quais não são exigidas pela norma jurídica que estabelece o procedimento.

Assim sendo, o método de usucapião extrajudicial se desencadeia de forma prática e positiva, isto porque, além de reduzir a sobrecarga de demandas no judiciário, garante ao interessado uma maior facilidade e agilidade para se obter o resultado pretendido, que é a declaração de sua propriedade por meio da prescrição aquisitiva, graças à agilidade da prestação de serviços das serventias extrajudiciais.

CONCLUSÃO

Com os breves e iniciais apontamentos presentes neste trabalho é possível se observar que a desjudicialização é uma tendência no ordenamento jurídico brasileiro, e os Cartórios Extrajudiciais exercem um papel de grande importância para trazer mais facilidade e, principalmente, segurança jurídica, não somente com a usucapião, mas, também, com a possibilidade de realização de inventários e divórcios

diretamente no Cartório de Notas, desde que todas as partes estejam concordes, sejam maiores e capazes e, no caso do divórcio, não tenha o casal filhos menores de idade. Nesse passo, a descentralização da competência do Judiciário para as Serventias para determinadas matérias é medida prática que vem concretizar a efetiva realização da justiça ao cidadão, de forma a cumprir com o real papel da legislação, cabendo a necessidade de melhor esclarecimento quanto ao procedimento, tanto pela população quanto pelos órgãos públicos de interesse direto.

REFERÊNCIAS

BRANDELLI, L. Usucapião administrativa: De acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 67 e 71.

BRASIL. Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 26 mar. 2019.

BRASIL. Lei n.º 8.935, de 18 de novembro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm. Acesso em: 26 mar. 2019.

COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. Agência Brasil: Judiciário tem economia de R\$4 bilhões com divórcios e inventários em cartórios. Disponível em: http://www.cnbsp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTY1NDk=&MSG_IDENTIFY_CODE. Acesso em: 19 mai. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTICA. Provimento nº 65, de 14 de dezembro de 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3394>. Acesso em: 26 mar. 2019.

COUTO, M. R. C. M. Usucapião extrajudicial. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 25.

MELLO, H. F. C. Usucapião Extrajudicial. 1. ed. São Paulo: YK Editora, 2016. p. 166.

RODRIGUES, S. Direito Civil: Direito das Coisas. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, v.5. p. 108.

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: APLICABILIDADE NO DELITO DE FURTO

Meyrieli Tatiana Rodrigues da Silva, Silzeleni da Silva Cruz

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: meyrielimy@gmail.com

RESUMO

O presente artigo objetiva uma análise contextualizada do princípio da insignificância frente a sua relevância para o direito penal, analisando-o em conjunto com o delito de furto, apontando os entendimentos doutrinários que levaram a normatização de tal aparato judicial, bem como demonstrar a relevância do mesmo para a efetividade da celeridade processual.

Palavras-chave: Aplicabilidade. Furto. Insignificância. Bagatela. Reincidência

THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE: APPLICABILITY IN THEFT

ABSTRACT

This article aims at a contextualized analysis of the principle of insignificance in relation to its relevance to criminal law, analyzing it together with the crime of theft, pointing out the doctrinal understandings that led to the normalization of such judicial apparatus, as well as demonstrate the relevance of the law. even for the effectiveness of procedural speed.

Keyword: Applicability Theft. Insignificance. Trifle. Recurrence.

INTRODUÇÃO

O princípio da insignificância está para o estado democrático como meio facilitador de preservação da máquina do judiciário, evitando a provocação indevida deste no caso de lesão não significativa do bem jurídico, sendo importante, enfatizar a preocupação do resguardo do sistema judiciário.

A banalização da utilização das cortes jurisdicionais, torna-se mitigada diante do princípio da insignificância, que demonstra a não necessidade de processar um agente diante de um furto de res insignificante.

Para melhor utilização do mecanismo, uma serie de normativas são necessárias, bem como a análise do perfil do sujeito, a importância da coisa tutelada, o valor do bem, que para ser considerado ínfimo tem a base no salário mínimo. Bem como outras diversas características diferenciadoras do direito penal.

O objetivo do presente artigo é analisar a historicidade do princípio da insignificância, bem como a forma de utilização mais usual no sistema judiciário brasileiro, além de enfatizar a preocupação das cortes jurisdicionais para com a não movimentação no caso de bagatela.

RAÍZES HISTÓRICAS DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Há divergência quanto a origem do princípio da insignificância, visto que alguns autores defendem que o referido princípio tem suas bases no Direito Romano, onde via de regra o pretor se eximia de julgar causas ou delitos de bagatela, proferindo o brocado latino mínima non *curat praetor*, que traduzindo significa, que o pretor não cuida de coisas pequenas. (SANTOS. 2016, não paginado)

Mesmo havendo a consciência da necessidade de utilização de meios que sopesassem a insignificância da criminalidade, o direito europeu, enfatizou a aplicabilidade do presente princípio a partir da primeira guerra mundial, e ao final da segunda grande guerra concretizou-se de forma eficiente a aplicação de tal princípio, haja visto os problemas decorrentes das circunstâncias socioeconômicas que muitos países europeu viviam, havendo aumento significativo nos crimes de ordem patrimonial, marcados pela pequena relevância.

Mesmo com base na era romana, a consagração do Princípio da insignificância, vê se iniciada na forma como se conhece na atualidade com os trabalhos de Claus Roxin (1931), com a criação da obra denominada *Políticas Criminais y Sistema del Derecho penal*, onde foi incentivado um senso de justiça,

formulando algumas questões que deveriam ser avaliadas para a compreensão e solução do problema jurídico ““De que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada? Não será preferível uma decisão adequada do caso concreto, ainda que não integrável no sistema?” (ROCHA, apud ROXIN, 2013)

No entanto, embora a formulação atual do princípio seja atribuída a Roxin, Ivan Silva assevera que são encontrados vestígios do princípio da insignificância na obra de Fran von Liszt, que em 1903 afirmava que a legislação do seu tempo fazia uso excessivo da pena, e indaga se não seria o caso de restaurar a antiga máxima latina *minima nin curat praetor* (SANTOS, 2016)

O princípio da insignificância foi introduzido no sistema penal brasileiro por influência das razões sociais, focado no intuito de minimizar a onda criminal da década de 90, sendo que a forma de aplicação no sistema processual brasileiro se diferiu da forma como ele era aplicado em outros sistemas jurídicos no mundo, sendo considerado no Brasil um princípio autêntico, pois sua forma de aplicação é movida por padrões intimamente ligados a sociedade brasileira (ROCHA, 2013).

O conceito do princípio de bagatela mais relevante, se dá nas palavras de Damásio de Jesus (2015, p. 52), como uma recomendação de que, “o Direito Penal, pela adequação típica, somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbação jurídica mais leve”

REQUISITOS PARA A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Entende-se por princípio da insignificância, ou bagatela, aquele aparato judicial que aborda os principais requisitos para aplicação da excludente de tipicidade material, a tipicidade material é conferida quando o objeto é coisa móvel, porém, outros requisitos são necessários para efetividade desse conceito. (GONÇALVES, 2018, p. 333)

O objetivo dos requisitos é a análise estrutural do crime em questão, como a relevância obtida, o grau de ofensividade da conduta, o grau de reprovabilidade social e a ausência de perigo na ação. (MASSON, 2015)

O direito penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra o bem mais relevante. (LIMA, 2018, não paginado)

Para compreender a preservação que o direito penal busca com a aplicabilidade do princípio de bagatela, a normatização necessária a se fazer, é a de análise da conduta do agente, frente a lesividade da ação praticada pelo mesmo. A movimentação da máquina judiciária, deve ocorrer quando o objeto jurídico for de importante relevância e transcendência para a vida. (LIMA, 2018, não paginado)

Não se considera relevante, aqueles bens cujo valor não representa uma expressividade monetária, alguns tribunais consideram o salário mínimo para considerar o pequeno valor do objeto. (JESUS, 2004, p. 316)

A jurisprudência tem divergido a respeito da apreciação do valor da coisa subtraída ou do montante do prejuízo para fins de aplicação do benefício. Deve ser apreciado o pequeno valor ao tempo da prática do furto ou merece consideração o desaparecimento ou a diminuição do prejuízo efetivo da vítima em face de eventual devolução, apreensão do objeto material ou reparação do dano! (JESUS, 2008, P.316)

Para os tribunais superiores o princípio da insignificância deverá ser verificado em cada caso concreto, de acordo com suas particularidades. E imprescindivelmente deverá conter todos estes requisitos: 1) mínima ofensividade da conduta do agente; 2) nenhuma periculosidade social da ação; 3) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; 4) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Mesmo não havendo descrição no código penal, somente nas doutrinas e a utilização da jurisprudência em casos específicos, para julgamento dos agentes, os magistrados devem avaliar o grau de repercussão social da conduta, bem como o agente praticante. (GONÇALVES, 2018, p. 361)

O furto sempre existiu em toda sociedade, na antiguidade, em Roma, o furto se inseria no campo do direito privado, porém, anteriormente a lei das XII Tábuas já regulamentava o delito de furto, onde previa a diferenciação em furto manifesto e não manifesto. Após a definição dada pelo direito romano, houve uma progressão do delito, que iniciou a diferenciação do que era considerado furto e o que se considerava roubo. (MIRANDA, 2015, não paginado)

Com o desenvolvimento do intelecto humano, a razão passou a sentir necessidade de criar leis e regras com o intuito de se sentir integrado e ver seu grupo organizado também. Com o desenvolvimento desses grupos sociais surgiram algumas divergências e o ser humano começa a se mostrar arredo e agressivo diante de problemas cotidianos que iam surgindo. (OLIVEIRA, 2019, não paginado)

Na normativa penal brasileira, com o advento do código penal de 1940, ouve a inserção do delito de furto na parte especial, inserindo-se no título referente aos crimes contra o patrimônio com a previsão legal no art.155 do Código Penal. (MIRANDA, 2015, não paginado)

REINCIDÊNCIA E A DIFERENCIAÇÃO DE BAGATELA E FURTO PRIVILEGIADO

O Código Penal brasileiro ao tratar dos crimes contra o patrimônio, instituiu uma previsão no delito de furto onde a primariedade do agente, somada com o pequeno valor da coisa furtada, possibilita ao juiz substituição da pena de reclusão por detenção, além de diminuição de um a dois terços, sendo permitido ainda a aplicação de multa. (LUCAS, 2017, não paginado)

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

[...]§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa. [...] (BRASIL, 1940)

A doutrina analisa que o criminoso primário não é reincidente. Há o entendimento de que a primariedade não é característica do sujeito que foi condenado ou está sendo condenado pela primeira vez. A reincidência ou antecedência criminal precisa de trânsito em julgado, ressaltando que a reincidência não é *ad eternum*, no prazo de cinco anos ocorre a prescrição, que no brocado jurídico chama-se quinquenal. (JESUS, 2004, p.315)

No que tange a reincidência deparamo-nos com o princípio do non bis idem, que nos dizeres de Paulo Murilo Galvão (2010, p.65) refere-se ao entendimento de que: “Por meio desse princípio geral de direito, ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato”.

O crime de furto privilegiado não se confunde com insignificância ou crime de bagatela, neste sentido afirma (LUCAS, 2017), que:

A bagatela, ou a insignificância, atualmente, está balizada por sobre quatro elementos, quais sejam, a mínima ofensividade da conduta; o baixo grau de reprovabilidade; a inexpressividade da lesão ao bem jurídico e a ausência de periculosidade social da ação. Nesse sentido tem sido a posição do Supremo Tribunal Federal que adota a bagatela somente se estiverem, no caso concreto, presentes essas noções.

Em alguns julgados do STF, nota – se a aplicação da bagatela como um delito diverso do Furto privilegiado, como é o caso do Habeas Corpus 145.406 Minas Gerais, que em julgamento na corte obteve o seguinte parecer do Ministro relator:

Furto. Caixas de Bombom avaliadas em R\$ 96,00. Princípio da insignificância. Incidência. Causa supralegal de exclusão da tipicidade material.

Observância, na espécie, dos vetores que caracterizam o fato insignificante (RTJ 192/963-964, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Doutrina. Precedentes. Alegada habitualidade delitiva. Existência de procedimentos penais contra o paciente, arquivados ou em curso, nos quais ainda não se registrou condenação penal com trânsito em julgado. Situação que não basta, só por si, para afastar o reconhecimento, no caso, do “delito de bagatela”. Incidência, em tal hipótese, da presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, LVII). Precedentes.

“Habeas Corpus” deferido. (BRASIL,2017, p1)

Mesmo havendo um marco divisório entre a diferença do privilegio e a insignificância, a distinção, pode ser a de que considera insignificante aquilo que não é reduzido de valor apenas, mas aquilo que tem uma expressão econômica mínima. Fortalecendo a posição de que a intervenção do direito penal deve ser apenas em situações relevantes, pois deve ser levado em consideração o princípio da intervenção mínima e da ofensividade. (LUCAS, 2017)

CONCLUSÃO

Conforme o estudo realizado, conclui-se que a raiz da idéia de insignificância, remonta à períodos remotos, e veio se perpetuando ao longo da história na tentativa de elucidar a importância da não movimentação do judiciário, por coisas insignificantes.

Sendo assim demonstra a importância de análise do que é realmente lesionar o bem do particular, fazendo análise sistêmica sobre os fatos, conduta do agente, res furtiva, entre outros aspectos, usados pelo judiciário para determinar o grau de significância que motive a movimentação da máquina do judiciário.

Diante desse estudo, conclui-se que o judiciário e a sociedade, não se vê apta a discutir coisas minimalistas, devendo ser sopesado o que faz, não se deve combater pardais com canhões, a celeridade e rapidez do sistema de justiça deve ser sempre levado em consideração. Devendo primordialmente fazer do princípio da insignificância um aparato difundido e utilizado pelo judiciário, desta forma efetivando o sistema e sua utilização.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso especial. Furto. Princípio da insignificância. 'res furtiva'. Valor não irrisório. Habeas Corpus nº 145.406. Paciente: Guilherme Ribeiro Rodrigues. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 31 de agosto, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC145406.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. Código penal. Coordenação Flavia Alves Bravin. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018

JESUS. Damásio E. de. Direito Penal: Parte Especial. v. 2. ed.26. São Paulo: Saraiva, 2004.

LUCAS. Ana Cláudia. Furto privilegiado versus crime de bagatela. Profe. Ana Claudia Lucas. Pelotas. Nov. 2011. Disponível em: <<http://profeanaclaudialucas.blogspot.com/p/contato.html>>. Acesso em 15 ago. 2019.

MASSON, Cleber. Direito penal: parte geral. v1. Ed. 9. São Paulo: Método. 2019.

MIRANDA. Fatima. O crime de furto e o princípio da insignificância. Jusbrasil. São Paulo. Out 2015. Disponível em: <<https://amitafamitaf.jusbrasil.com.br/artigos/240204614/o-crime-de-furto-e-o-principio-da-insignificancia>>. Acesso em: 15 ago.2019.

OLIVEIRA. Douglas Andrade. O momento consumativo nos delitos de furto e roubo. Brasil Escola. 2019. Disponível em: < <https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/o-momento-consumativo-nos-delitos-furto-roubo.htm>>. Acessado em: 14 ago. 2017

ROCHA. Carla Bianca Olinger. Princípio da insignificância: origem, natureza jurídica, critérios de reconhecimento e críticas. Jus Navigandi. São Paulo. Out. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61408/principio-da-insignificancia-origem-natureza-juridica-criterios-de-reconhecimento-e-criticas>>. Acesso em: 15 ago. 2019

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO

Ismael De Oliveira Assis, Edilson De Oliveira Alves Lopes.

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: oliverismael@hotmail.com

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo demonstrar que os princípios de Direito, em especial o da Proporcionalidade contribuiu e continua contribuindo para a justiça social. Para isso foi necessário introduzir breve levantamento histórico, desde a origem desse axioma. As fontes dessa pesquisa, foram as mais variadas Doutrinas, dicionário jurídico e também bibliografias relacionadas ao tema. Os princípios do Direito não são novos, mas são inerentes a própria condição humana e muito embora sejam importantes, nem sempre foram respeitados. O método utilizado foi dedutivo. Conclui-se que o princípio da proporcionalidade é essencial pois caminha lado ao lado com o Estado Democrático de Direito, e seu desrespeito simboliza expressiva violação a dignidade humana.

Palavras-chave: Direito. Princípio. Proporcionalidade. Razoabilidade. História.

THE PROPORTIONALITY PRINCIPLE AS A PROTECTION MECHANISM

ABSTRACT

This research aims to demonstrate that the principles of law, especially that of proportionality contributed and continues to contribute to social justice. For this it was necessary to introduce a brief historical survey, since the origin of this axiom. The sources of this research were the most varied Doctrines, legal dictionary and also related bibliographies. The principles of law are not new, but they are inherent in the human condition itself, and although important, they have not always been respected. The method used was deductive. It follows that the principle of proportionality is essential because it goes hand in hand with the Democratic Rule of Law, and its disregard symbolizes a significant violation of human dignity.

Keywords: Law. Principle. Proportionality. Reasonableness. Story.

INTRODUÇÃO

Apesar do princípio da proporcionalidade ser antigo, ele não é obsoleto. A sua passagem na história trouxe profundas marcas na humanidade, de modo que mesmo nos dias atuais ainda causava inúmeras influências sociais, surgindo sempre contra abusos excessivos daqueles que detinham o Poder.

No entanto, a rejeição desse axioma por parte dos monarcas era muito frequente, visto que o comando do princípio da proporcionalidade representava perigo para sua autoridade. Como resultado da falta de reconhecimento axiológico, inúmeras foram as atrocidades, que em suma eram causados por quem deveria zelar pelo próprio povo.

Foi então que motivado pela necessidade social de justiça que o próprio ser humano lutou pelos seus direitos, dessa maneira reivindicou o princípio da proporcionalidade, que perdura até os dias atuais. É por meio desse axioma que o Estado Democrático de direito se orienta em suas funções, sendo assim além de se submeter a lei limita suas sanções com penalidades mais equilibradas em favor de toda sociedade.

O presente estudo tem alta relevância científica, pois trata de estudar a incidência o princípio da proporcionalidade durante o contexto histórico para determinar sua importância, também porque se trata de um assunto relacionado aos Direitos inerentes ao ser humano e que por muito tempo foi ignorado, ferindo gravemente nos direitos humanos.

MÉTODO

O presente estudo teve por base a ampla pesquisa doutrinária, de dicionário jurídico e bibliografia de caráter filosófico pertinente ao assunto, bem como leitura de trabalhos científicos desse teor. O método utilizado foi o dedutivo a fim de alcançar o objetivo tão almejado.

RESULTADO

O princípio da proporcionalidade, é fator decisivo na vida em sociedade, seu grande legado é o equilíbrio das penas que antes de sua adoção eram inexistentes. A história evidencia claramente que a regra social do passado era a desproporção penal quando comparado com a infração causada. Porém felizmente, hoje aqueles fatos não pertencem mais a esta realidade, visto que a atuação da força desse axioma tem minado fortemente qualquer sanção arbitrária.

DISCUSSÃO

A NECESSIDADE DO PRINCÍPIO

As brutais ocorrências durante a Segunda Guerra Mundial fizeram com que toda a sociedade repensasse a maneira de ver as coisas. Tinha ficado claro que a lei pura, havia passado dos seus limites de atuação quando violou os mais básicos Direitos do ser humano, desta forma o positivismo jurídico demonstrou-se insuficiente para manutenção de uma sociedade equilibrada e justa.

Nesse contexto a prioridade dos princípios precisava retornar ao ordenamento e as leis necessitariam se subordinar a esses valores supremos para que não mais causassem injustiças. (FILHO, 2002).

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A definição de princípio, é segundo Souza (2003, p. 278), “proposição aplicável como fundamento de determinado raciocínio, servindo-lhe de regra.” Ou seja o princípio traz uma ideia de fundamento ou de alicerce, da qual as leis se sustentam. Já o termo proporcionalidade está relacionado a harmonia e boa regulação de um sistema (NUCCI, 2019), é também ligada a ideia de que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade da prática da infração, ou seja a pena deve ser medida pela culpabilidade do autor (JESUS. 2013).

ORIGEM

No início o princípio da proporcionalidade, não era exatamente o que é hoje. Na realidade ele passou por algumas evoluções, e períodos históricos antes de chegar ao constitucionalismo e aos dias de hoje.

Segundo Greco (2016) antes mesmo de sua adoção, o que reinava, era a força do mais forte, e pelo fato da lei ser costumeira, predominava o desejo de vingança, esse sentimento era tão forte que em seu tempo justificava a aplicação da “justiça” com as próprias mãos, essa era a Fase da vingança privada, um período onde a falta de moderação resultou em inúmeras brutalidades.

LEI DE TALIÃO

A primeira tentativa de introduzir o princípio da proporcionalidade em favor da sociedade veio na Lei de Talião com a ideia de “olho por olho e dente por dente”, nesse caso tratava-se de uma medida antiquada e rígida, mas que para época trouxe grande revolução no sentido de evitar excessos e abusos, antes disso as sanções eram tão desproporcionais em relação ao delito que por fim prejudicava todo corpo social (GRECO, 2016).

Segundo o supracitado autor, hoje esse tipo de lei demonstra-se uma clara violação aos direitos humanos, e, portanto, não deve mais ser incentivada.

MAGNA CARTA DE 1215

Outro momento de suma importância para esse axioma é o período da Magna Carta do rei João sem-Terra, pois é nesse documento que esse postulado encontra sua origem normativa, (MASSON, 2017).

De acordo com Filho (2004), a Magna Carta foi formalmente outorgada em 21 de junho de 1215. Nesse contexto o Rei João sem Terra teria assinado a escritura normativa porque tinha sido pressionado pelos Barões da época. Esse texto além de limitar o poder da monarquia, também reconhecia na forma

escrita os direitos fundamentais, e indicava nos itens 20 e 21 a graduação da pena de acordo com a importância da infração, ou seja, previa legalmente a proporcionalidade da pena.

Mas apesar disso segundo o mesmo autor, a Magna Carta tinha uma grave deficiência, que era somente reconhecer direitos aos Ingleses. Nesse sentido a harmonia entre pena e delito não era reconhecido como princípio a ser aplicado para todos.

BECCARIA

Ainda na época de Beccaria os direitos do ser humano eram fortemente negligenciados, e as sanções continuavam desumanas e violentas. Apesar da ideia de proporcionalidade já se fazer presente na Magna Carta, ela não se estendeu para o resto do mundo, e o resultado disso foi que as inúmeras barbaridades ainda continuavam, principalmente pelas mãos do Estado.

De acordo com Greco (2016), é somente no período Iluminista e principalmente com os ensinamentos e denúncias de Beccaria, na publicação de sua obra dos Delitos e das Penas em 1764 que o princípio da proporcionalidade de fato se consolida. A partir daqui todo o mundo descobriria sobre a necessidade de reconhecer desse princípio, como uma forma de combate às injustiças sociais.

Tão importante é esse princípio, que Beccaria não deixou de fazer referência sobre ele na conclusão de sua obra, nesse contexto prelecionava, que para os atos não serem expressões de violência deveriam ser proporcionais aos próprios delitos.

CONSTITUCIONALISMO

Esse postulado necessitou percorrer vários eventos históricos antes de ser devidamente legitimado, o que ocorre somente no constitucionalismo moderno. É exatamente nesse momento histórico que esse axioma é consagrado pelas constituições, nesse sentido explica Bitencourt (2018 p. 91,92):

A declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já exigia expressamente que se observasse a proporcionalidade entre a gravidade do crime praticado e a sanção a ser aplicada, *in verbis*: “ a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito” (art. 15). No entanto, o princípio da proporcionalidade é uma consagração do constitucionalismo moderno (embora já fosse reclamado por Beccaria).

PREVISÃO CONSTITUCIONAL

O princípio da proporcionalidade está inserido implicitamente na Constituição Federal de 1988, e pode ser detectada por certos dispositivos legais como: exigência da individualização da pena art. 5º, XLVI, proibição de determinada modalidade de sanções penais art. 5º, XLVII, admissão de maior rigor para infrações mais graves art. 5º, XLII, XLIII e XLI V. (BITENCOURT, 2018).

NO DIREITO PENAL

O modelo desse postulado da qual adotamos, teve origem na Alemanha e foi influenciado por ideologias de limitação do Estado, essas que vinham de jus naturalistas e iluministas, portanto esse princípio tem um caráter protetor (MASSON, 2017).

O Direito Penal como sendo um conjunto de normas jurídicas que tem objetivo a definição de infrações de caráter penal e suas sanções correspondentes, ou seja, penas e medidas de segurança, também se apresenta como um conjunto de princípios que orienta a interpretação e aplicação das normas penais (BITENCOURT, 2018).

DESTINATÁRIO DO AXIOMA

De modo geral esse axioma destina-se a limitação do Estado, mas num sentido mais estrito ele age contra as 3 funções do Poder, o Legislativo, Executivo e o Judiciário. De acordo com Masson (2017), na proporcionalidade abstrata (legislativa) são selecionadas as sanções mais adequadas para cada infração, bem como as suas devidas graduações, tanto em mínimo quanto em máximo.

Na proporcionalidade concreta (judicial) ela norteia o magistrado na tutela jurisdicional, impulsionando a individualização da pena ao caso concreto. Por fim, mas não menos importante, na proporcionalidade executória (administrativa) recai as regras relacionadas ao cumprimento da pena, levando em consideração o mérito e as condições pessoais o condenado.

PROIBIÇÃO DE EXCESSO E PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE

Esse postulado, atua de duas formas, a primeira delas é proibindo a punição excessiva, já a segunda é impedindo as penas insuficientes. Segundo Masson (2017 p. 58), “ se de um lado esse axioma impõe a proibição de excesso, de outro este postulado também impede a proteção insuficiente de bens jurídicos, pois não tolera a punição abaixo da medida correta. ” Essa dupla atuação desse axioma, condiz plenamente com a figura de proporção, nesse sentido também preleciona Nucci (2014 p.69), que:

As penas devem ser harmônicas à gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores. Não teria sentido punir um furto simples com elevada pena privativa de liberdade, como também não seria admissível punir um homicídio qualificado com pena de multa.

CONCLUSÃO

Embora o Estado detenha o *ius puniendi*, quando ele intervém na relação privada e viola os direitos Fundamentais a seu bel-prazer, impondo sanções cruéis e desiguais ao próprio delito, seus atos não se legitimam. A própria Constituição Federal de 1988 a fim de impedir esse tipo de violação, além de prever, direitos fundamentais ao ser humano, também tutela esses mesmos direitos sob a implícita proibição de desproporcionalidade da pena. Dessa maneira restringe o poder de punir do Estado, que durante a história não raras vezes demonstrou um enorme perigo.

Portanto, fica evidente que o princípio da proporcionalidade, pela sua função de limitação do Estado, representa importante ganho normativo contra possíveis abusos de Direitos, devendo dessa forma estar previsto no ordenamento, ainda que de forma implícito, também qualquer forma de supressão a esse princípio deve ser evitada, uma vez que os fatos históricos já atestam que a falta de seu reconhecimento normativo, ocasionou inúmeras tragédias.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 46, 91-92.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira, Direitos humanos fundamentais. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 11-12.
- FILHO, W.S.G. o princípio constitucional da proporcionalidade. Revista do tribunal regional do trabalho da décima quinta região, São Paulo, n. 20, p. 85, jul., set. 2002.
- GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p.16- 17, 125.
- JESUS, Damásio de. Direito penal: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 53.
- MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado: parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.p. 55- 56, 58.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 69.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito penal: parte geral: arts 1 a 120 do código Penal. 3. ed. Rio de janeiro: Forense, 2019. p. 199.

PRIMEIROS APONTAMENTOS SOBRE UM ESTUDO DA ADVOCACIA AUTOCOMPOSITIVA

Isadora Alves Tomé Da Silva, Licia Pimentel Marconi.

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: isadoratome3@gmail.com

RESUMO

O presente artigo baseia-se em tema referente a advocacia autocompositiva, recurso atualíssimo, que pretende buscar a desobstrução da justiça, a solução rápida de litígios através da composição justa e a pronta satisfação do jurisdicionado. O tema, que por séculos foi tratado como alternativa primitiva face ao aparelho jurisdicional criado e desenvolvido pelo homem moderno, mostrou-se oportuno e conveniente à medida que hoje o Judiciário não mais consegue conciliar o número de demanda com relação à necessidade de resolução de cada uma delas; paralelo a isso, existe a postura do advogado, que face à cultura do litígio, veio formando um contingente de profissionais com perfil bélico, de postura agressiva, que ao pensar em conciliação são os últimos a optarem pela alternativa. Este artigo tem como finalidade apresentar um formato de atuação alternativa dos advogados na conciliação extraprocessual, bem como apresentar de que forma o profissional do direito poderia melhor contribuir para o aprimoramento dos meios alternativos à jurisdição, de maneira a não excluir a atuação do judiciário, mas apresentando meios céleres e pacíficos para a autocomposição dos litígios, contribuindo assim, para a construção de uma cultura conciliadora em nosso país; e, traz como problema de pesquisa o questionamento quanto à possibilidade do advogado atuar fora do processo judicial garantindo a segurança jurídica e a celeridade processual através de acordos extrajudiciais. O método de análise aplicado é o hipotético-dedutivo, por meio de entendimento das leis gerais existentes a respeito do assunto, com pesquisas de cunho histórico, teórico e bibliográfico.

Palavras-chaves: Justiça alternativa, autocomposição, conciliação extraprocessual.

FIRST POINTS ON A SELF-COMPOSING LAW STUDY

ABSTRACT

This article is based on a theme referring to self-enforcement advocacy, a very current resource, which seeks to seek the clearing of justice, the prompt settlement of disputes through fair composition and the prompt satisfaction of the court. The theme, which for centuries has been treated as a primitive alternative to the jurisdictional apparatus created and developed by modern man, has proved timely and convenient as today the judiciary can no longer reconcile the number of demands with respect to the need to resolve each issue. one of them; Parallel to this, there is the attitude of the lawyer, who faced with the culture of litigation, has been forming a contingent of professionals with warlike profile, with aggressive posture, who thinking about conciliation are the last to choose the alternative. The purpose of this article is to present an alternative format for attorneys acting in extra-procedural conciliation, as well as to show how the legal professional could better contribute to the improvement of alternative means to the jurisdiction, so as not to exclude the performance of the judiciary. presenting swift and peaceful means for the self-composition of disputes, thus contributing to the construction of a conciliatory culture in our country; And, it raises as a research problem the question as to the possibility of the lawyer acting outside the judicial process ensuring legal certainty and procedural speed through extrajudicial agreements. The method of analysis applied is the hypothetical-deductive, by understanding the existing general laws on the subject, with research of historical, theoretical and bibliographic nature

Keywords: Alternative justice, self-composition, extraprocedural conciliation

INTRODUÇÃO

A autocomposição foi por muitos anos taxada como característica das sociedades primitivas, onde se faz “justiça com as próprias mãos”, enquanto o processo jurisdicional no formato atual sempre representou

o auge da modernidade e civilização. Entretanto, o aparelho judiciário, considerado no ponto de vista da estrutura organizacional, a questão dos recursos envolvidos, como recursos humanos, custos, orçamentos, volume de demandas, entre outros, acabou por torna-lo moroso, lento, de forma a responder em descompasso com a complexidade e litigiosidade das sociedades modernas, razão esta que direciona a sociedade novamente aos meios autocompositivos (GRINOVER; WATANABE; LAGRASTA NETO, 2013).

Segundo BARCELLAR (2016, p.57):

No Brasil, o ensino jurídico é moldado pelo sistema da contradição (dialética) que forma lutadores, guerreiros, profissionais treinados para a briga, para a guerra em torno de uma lide, em que duas forças polarizadas se enfrentam e que ao final só um pode ser o vencedor. Se um ganha, necessariamente, o outro perde.

Essa cultura do litígio que se perpetuou em nosso país, tem formado belicamente os advogados, tanto que ao pensar em conciliação, eles são muitas vezes, os últimos profissionais que nos vem à mente.

Este artigo objetiva apresentar uma forma de atuação inusitada dos advogados na conciliação extraprocessual, bem como, expor como este profissional pode contribuir para o aprimoramento dos meios alternativos à jurisdição. Não a excluindo completamente, mas buscando meios céleres e pacíficos para a autocomposição dos litígios, contribuindo assim, para a construção de uma cultura conciliadora em nosso país.

Atualmente já existem projetos e órgãos do Tribunal de justiça que buscam tal fim e que permitem a atuação dos advogados em seu procedimento. Aqui trataremos exclusivamente do CEJUSC, com principal foco em sua função pré-processual e o Programa OAB concilia, que tem seu funcionamento movimentado em sua maioria por advogados.

O tema em estudo é de extrema importância na atualidade tendo em vista a alternativa valiosa de solução de conflitos, mormente pelo fato de promover esta solução de forma conciliatória, por meio de acordo entre as partes envolvidas.

OBJETIVO

Com o presente artigo, pretende-se refletir a respeito da crise do judiciário e a morosidade processual, uma das principais barreiras a serem transpostas para o efetivo acesso à justiça.

O presente artigo também objetiva refletir a respeito da cultura do litígio no meio profissional da advocacia e, discutir como esta postura deve ser revista a fim de avançar em direção à garantia da razoável duração do processo.

Visa também apresentar e incentivar a utilização de dois projetos que podem ser utilizados pelos advogados como ferramentas valiosas, a saber, o CEJUSC e o Projeto OAB Concilia.

METODOLOGIA

O estudo vem se realizando por meio de pesquisa bibliográfica, usando o método hipotético-dedutivo, leis gerais existentes a respeito do assunto, e o método histórico, para que possamos compreender o ponto de vista da problemática. Está sendo utilizado, portanto, a coleta dos dados que vem norteando uma possível resolução da problemática apresentada, por meio da doutrina, artigos eletrônicos, leis e jurisprudência; após a realização de tal coleta, respectivos dados serão confrontados, destacando-se as principais ideias com o intuito de chegar o mais próximo da realidade tecendo considerações plausíveis à problemática apresentada.

RESULTADOS

Os resultados obtidos com a reflexão do artigo em tela nos remetem a uma discussão sobre a importância do advogado nas sessões de conciliação, no sentido de utilizar dos seus conhecimentos jurídicos a fim de contribuir para o fenômeno do desafogamento do judiciário; assim como utilizar dos meios e projetos que promovem a conciliação para garantir a seus outorgantes a celeridade na solução de seus conflitos, separando-se da figura moderna do advogado combatente e aliando-se à essência de facilitador e pacificador.

DISCUSSÃO

No princípio, a defesa dos injustiçados era feita por pessoas comuns, sem formação jurídica e de forma gratuita; nessa fase, os cidadãos são lembrados por realizarem sua vocação, que ainda não havia se tornado um ofício, pelo puro amor à justiça e piedade com os que foram de algum modo lesados.

Conforme leciona Luz (2019, p. 7) a respeito dos primórdios da advocacia:

Pode-se, assim, afirmar que a advocacia nasceu da necessidade moral de defender os fracos e justos e foi exercida, inicialmente, por homens livres e bons que, desprezando a vil pecúnia, apenas se norteavam pelo generoso espírito de servir à verdade, ao direito e à justiça, os três grandes pilares em que, ainda hoje, se assenta a dignidade da profissão de advogado.

O amor pela verdade, justiça e o direito, bem como a misericórdia com os injustiçados deram origem à advocacia, mantendo-se até o presente com sua honra e mérito daquele a quem incumbe zelar pela verdade e sempre a trazê-la aos autos, defender seu constituinte e dedicar-se para tornar o processo mais humano.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 instituiu-se em seu artigo 133, o Princípio da Indispensabilidade e imunidade do advogado, ao afirmar que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

A indispensabilidade do advogado consiste na necessidade e importância da atuação do profissional do Direito não apenas endoprocessual, mas na aplicação da justiça em todas as esferas, seja extraprocessual ou processual, bem como, na luta pela defesa do ordenamento jurídico. Como disciplina Moraes (2017, p.671):

Tal previsão coaduna-se com a necessária intervenção e participação da nobre classe dos advogados na vida de um Estado democrático de direito e, como salientado pelo Supremo Tribunal Federal, “na aplicação e defesa da ordem jurídica, razão pela qual o constituinte o proclama indispensável à administração da Justiça”

Ainda, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil em seu art. 2º sustenta que o advogado é defensor do Estado democrático direito, da justiça, da cidadania, da moralidade pública, da justiça e da paz social, ratificando a importância do mesmo também na sociedade e nas relações e conflitos que nela se estabelecem.

De acordo com Calamandrei (*apud* FERREIRA, 2015 p.84) o advogado atua como integrante da organização judicial, servindo como um intermediário entre o juiz, munido do interesse público, e o particular, munido do interesse privado, fazendo com que haja a conciliação dos interesses a fim de alcançar uma sentença justa e favorável.

Embora a indispensabilidade não seja um princípio absoluto, pois existem possibilidades de a lei conferir o *ius postulandi* à parte, como por exemplo, no habeas corpus e na revisão criminal, a doutrina admite que a indispensabilidade consiste ainda, na garantia de que nem uma outra pessoa, física ou jurídica, tem competência para exercer a advocacia e os atos próprios da profissão se não um advogado, ou seja, um bacharel em Direito, aprovado no exame de ordem, devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil e que não se enquadre em qualquer incompatibilidade descrita no art. 28 do Estatuto da Advocacia, que o impeça de exercer seu ofício.

Há que se dizer a respeito da imunidade concedida ao advogado, que não é absoluta, sendo condicionada aos limites legais.

Entretanto, é natural e instintivo que no ensejo de defender seu outorgante, o profissional empregue expressões fortes e condizentes com a emoção e o impacto que deseja transmitir ao magistrado. Estas ações, desde que não ultrapassem os limites exemplificativos e não caracterizem crimes contra a honra, são cobertas pela imunidade, conforme afirma Moraes (2017, p.672)

Saliente-se, portanto, que haverá excesso impunível se a ofensa irrogada for vinculada à atividade funcional e pertinente à pretensão que esteja o advogado defendendo em juízo. A imunidade inexistirá quando a ofensa for gratuita, desvinculada do exercício profissional e não guardar pertinência com a discussão da causa.

Segundo Luz (2019) a advocacia deve ser exercida em plena liberdade, sem subordinação com o poder político, econômico, terceiros e até mesmo com o cliente, razão pela qual a profissão é classificada como liberal.

A liberdade concedida pela profissão é peça chave para que o causídico exerça sua função na luta pelo acesso à justiça e defesa do ordenamento jurídico. É essencial para que ele defenda seu outorgante sem receios, pois ela faz com que seja possível ao advogado manifestar sua aversão à injustiça sem medo de sofrer retaliações de um possível superior com quem mantenha vínculo de subordinação.

Ainda Conforme Luz (2019, p.8)

Só a liberdade alimenta a permanente rebeldia do advogado contra a injustiça, o arbítrio e a prepotência. Desse modo, qualquer circunstância que afete a liberdade e a independência deve ser impeditiva do exercício da advocacia. Não há independência sem liberdade de atuação e de expressão.

Pois bem, estas premissas iniciais acerca do nosso primeiro objeto de estudo, a saber, o advogado, são necessárias para termos em vista a amplitude da atuação do mesmo, e desta forma poderemos delinear os obstáculos a serem transpostos e como este profissional pode cooperar na luta pelo Acesso à Justiça e na garantia da segurança jurídica nas relações extraprocessuais.

Para Batista (2010), o acesso à justiça é um termo que compreende o acesso do indivíduo à jurisdição, que é complementada pelo processo, procedimento e pela decisão jurisdicional, acolhendo também as demais formas de solução de conflitos como a conciliação, mediação e arbitragem, ou seja, o acesso à justiça compreende o direito do litigante de buscar o judiciário para a solução do seu conflito, de um processo de razoável duração e paridade de armas e a obtenção de uma sentença justa e que lhe transmita segurança jurídica.

Podemos destacar neste conceito, nosso segundo objeto de análise compreendido na definição de acesso à justiça de Keila Rodrigues Batista, sendo ele o direito de a parte optar pelos equivalentes jurisdicionais, isto é, optar por meios alternativos de solução de conflitos que tragam um resultado equivalente, por meio da conciliação, mediação ou arbitragem, dos quais daremos foco especial apenas à conciliação.

Para Capelletti e Garth (1988) a conciliação traz vantagens tanto para a parte como para o sistema jurídico, pois o grande número de processos em trâmite que sobrecarregam o sistema fazem com haja grande morosidade, portanto, se causas são resolvidas sem necessidade de percorrer todas as longas e demoradas fases do processo, desde a instrução de provas até o julgamento, de forma rápida e imediata, trarão certamente, um alívio aos tribunais. A vantagem para a parte habita na solução imediata do seu litígio sem posteriores surpresas advindas de uma sentença desfavorável, bem como a poupará das despesas com o andamento do processo.

Atualmente a conciliação pode ser realizada endoprocessual e extraprocessual. A conciliação processual é aquela contida no art. 334 caput do Código de Processo Civil, onde preenchidos os requisitos da petição inicial o juiz por meio de despacho designará data e hora para a mesma, com no mínimo 30 dias de antecedência e devendo o réu ser citado ao menos com 20 dias de antecedência.

Esta será a primeira audiência do processo, e somente não será realizada se ambas as partes manifestarem expressamente o desinteresse na conciliação, conforme explica Theodoro Jr. (2018, p.810)

O autor, portanto, não tem o poder de, isoladamente, impedir ou evitar a audiência. Sem a adesão do réu, a sessão ocorrerá necessariamente. Da mesma forma, o demandado também não tem poder de impedi-la pela sua manifestação individual de desinteresse. Nem uma nem outra parte têm possibilidade de sozinha, escapar da audiência preliminar.

É importante frisar que há possibilidade de designação de mais de uma audiência de conciliação no mesmo processo, isto ocorrerá sempre que for verificada a necessidade e desde que não exceda o prazo de dois meses da data da última sessão.

O comparecimento do autor e do réu é obrigatório e conforme prevê o art. 334 §8º, o não comparecimento acarretará multa de até 2% do proveito econômico pretendido.

O § 9º do art. 334 prevê que as partes devem comparecer representadas por advogado ou procurador público.

Em muitas comarcas as audiências de conciliação processuais são realizadas nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos – CEJUSC conforme descrito no art. 165 do Código de Processo Civil.

Ainda segundo Theodoro Jr. (2018, p.810)

A audiência obedecerá às normas do Código e da lei de organização judiciária, e dela participarão, necessariamente, o conciliador ou o mediador, salvo se não existirem na Comarca esses auxiliares do juízo (art. 334, § 1º). Poderá realizar-se, inclusive, por meios eletrônicos, nos termos da lei própria (art. 334, § 7º). Participando o mediador ou o conciliador da audiência, a ele competirá a condução dos trabalhos de facilitação da autocomposição. Na realidade, quando os tribunais implantarem todo o sistema operacional previsto pelo NCPC para a mediação e a conciliação, a audiência respectiva deverá ser realizada no Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos (art. 165), sem a presença do juiz.

Portanto, o local idealizado pelo código de processo civil para que ocorra as audiências de conciliação são os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – Cejuscc.

Aliás, é neste mesmo nobre órgão em que são realizadas grande parte das audiências de conciliação extraprocessuais, ou pré processuais como são chamadas neste órgão.

As audiências pré processuais assim são denominadas por terem a função de prevenir a propositura de uma nova ação, elas acontecem antes de haver um processo, e objetivam a resolução do conflito de forma preventiva.

As audiências pré processuais são destinadas a causas cíveis e que não envolvam partilha de bens, como cobrança de alugueres, fixação de pensão alimentícia e regulamentação de visitas, dentre outras.

Havendo acordo, lavrar-se-á um termo de acordo frutífero que será posteriormente homologado por sentença, e produzirá um título executivo judicial, podendo o litigante em caso de descumprimento da outra parte, executá-lo.

Nos casos de ausência de uma ou ambas as partes, bem como na não ocorrência de composição, lavrar-se-á, respectivamente, termo de ausência da parte reclamante ou reclamada, ou termo de conciliação infrutífera, ocasião em que a parte reclamante será orientada a propor a ação cabível, seja no juizado ou na justiça comum.

Em ambas as espécies de conciliação, a audiência deve ser conduzida por um conciliador habilitado pelo tribunal através do NUPEMEC (Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos), e sendo facultado à parte a presença de procuradores.

Atualmente, existe em nosso meio um procedimento de conciliação com a participação direta e ativa dos advogados, o Projeto OAB Concilia. Este projeto surgiu na comarca de Pindamonhangaba e foi idealizado pelo Juiz titular da 3ª vara, o Dr. Alessandro de Souza Lima em parceria com a OAB local.

O projeto foi idealizado com o objetivo de desenvolver um sistema judiciário célere e acolhedor às partes, atendendo ao princípio constitucional da eficiência.

Consiste em uma sessão de conciliação no prédio da casa do advogado apenas para causas cíveis, família, infância e juventude que versam sobre direitos patrimoniais disponíveis, sem a intervenção de terceiro conciliador, participando apenas as partes e seus procuradores como meio de incentivar e resgatar o diálogo. Ao final da sessão, se frutífera será ajuizada uma ação para a homologação de acordo extrajudicial, e que devido ao caráter de urgência dado aos processos vindos desse projeto, a prolação da sentença, cumprimento e guia de honorários se dá em 24 horas.

Conforme consta no Manual OAB Concilia, inicialmente o projeto foi desenvolvido apenas como piloto, dependendo dos seus resultados para sua total aprovação na Corregedoria Geral de Justiça e Conselho Superior da Magistratura e, após dois anos de funcionamento, entre 31/06/2011 a 31/10/2013 foram registradas uma taxa de 63% de acordos dentre 899 sessões agendadas, e dado ao sucesso desse procedimento, em 23/05/2013 o projeto teve total aceitação e apoio do Conselho Superior da Magistratura e da Coordenadoria de Direito de Família e Sucessões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

CONCLUSÃO

Com os breves apontamentos presentes neste trabalho já se faz possível observar a necessidade de revisão quanto à postura do novo advogado frente às alternativas de soluções de conflitos e a esperança de que estes causem o fenômeno do “desafogamento do judiciário”.

Com o grande número de processos em trâmite e os milhares que são distribuídos diariamente, faz-se necessário que medidas sejam tomadas a fim de proporcionar a celeridade processual e garantir o direito constitucional dos litigantes à razoável duração do processo.

Ressalta-se, por oportuno, a importância para a comunidade das ciências jurídicas quanto ao papel de alguns órgãos atuantes, tais como o CEJUSC pré-processual bem como o Projeto OAB Concilia, de forma a possibilitar uma materialização dessa proposta.

REFERÊNCIAS

BARCELLAR, Roberto Portugal. Coleção Saberes do Direito Vol. 53 Mediação e arbitragem 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 57. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547208554/pageid/57> Acesso em 28 maio. 2019.

BATISTA, Keila Rodrigues. Acesso à Justiça instrumentos viabilizadores 1ª ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010 p. 24 e 25.

CALAMANDREI, Piero *apud* FERREIRA, Antônio Oneildo. O Novo CPC as conquistas da advocacia. 1ª ed. Brasília: OAB, Conselho Federal 2015 p.84.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 1988, p. 31.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord). Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação 3ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522466986/pageid/12> Acesso em: 28 maio. 2019.

LUZ, Valdemar P. da. Manual do Advogado 31ª ed. Barueri SP: Manole, 2019, p.07 e 08. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520455821/cfi/29!/4/4@0.00:22.4>>. Acesso em 01 março. 2019.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 671 e 672. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011302/cfi/6/40!/4/3596@0:80.0>>. Acesso em: 01 março. 2019.

SILINGOVSKI, Regina Rita Liberati (Coord); RODRIGUES, Ivy Fini; ORTEGA, Jakeline Margaret de Queiroz; MOLOGNI, Michele; SÁ, Renata Maria Morais Normas e padrões para trabalhos acadêmicos e científicos da Unoeste. 4.ed. Presidente Prudente: Universidade do Oeste Paulista, 2019. Disponível em: <http://www.unoeste.br/site/biblioteca/documentos/Manual-Normalizacao.pdf?v=7> Acesso em: 29 maio. 2019.

TEODORO Jr., Humberto. Curso de Direito Processual Civil 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 810. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977764/epubcfi/6/68\[;vnd.vst.idref=html33\]!/4/460@0:9.29](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977764/epubcfi/6/68[;vnd.vst.idref=html33]!/4/460@0:9.29) Acesso em: 01 março. 2019.

OAB.Ordem dos Advogados do Brasil. Manual OAB Concilia: O Passo a Passo. Pindamonhangaba: OAB, 2019. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/subs/mogiguacu/institucional/sgq/1%20-%20Manual%20OAB%20Concilia%20-%20Passo%20a%20Passo%20aos%20Advogados%20e%20Subsecoes.pdf/view>. Acesso em: 16 ago.2019.

REVISÃO JUDICIAL DOS JUROS ABUSIVOS SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Guilherme Boneti Marques Oliveira, Fábio Ferreira Morong

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: bonettigui12@hotmail.com

RESUMO

O presente tema, consiste na definição do caráter de consumidor, para que assim enseja sobre o caráter específico, que é a caracterização para a criação de juros excessivos aos clientes, sejam eles, por meio de empréstimos por entidade financeira ou financiamentos bancários, decorrentes da aplicabilidade de juros imposta tanto pelos bancos, como por financeiras independentes. De forma que haja uma porcentagem considerada alta de acordo com a operação realizada pelo cliente, incidindo a prática lesiva ao consumidor e seu impacto causado ao mesmo. Este trabalho visa também, de forma sucinta, analisar e apresentar instrumentos jurídicos a fim de reduzir essa prática abusiva cometida pelas entidades financeiras, de formas que o consumidor possa ter mais conhecimento sobre este fato e assim aplicar seus direitos.

Palavras-chave: Juros excessivos, Consumidor, Revisão judicial, Porcentagem alterada, Prática lesiva.

JUDICIAL REVIEW OF ABUSIVE INTEREST UNDER THE CONSUMER PROTECTION CODE

ABSTRACT

The present theme consists of the definition of the consumer character, so that it gives rise to the specific character, which is the characterization for the creation of excessive interest to the clients, either through loans by financial entity or bank financing, deriving from the interest rate imposed by both banks and independent lenders. So that there is a percentage considered high according to the operation performed by the customer, focusing on the harmful practice to the consumer and its impact on it. This paper also aims, briefly, to analyze and present legal instruments in order to reduce this abusive practice committed by financial entities, so that consumers can have more knowledge about this fact and thus apply their rights.

Keywords: Excessive interest, Consumer, Judicial review, Percentage chances, Harmful practice.

INTRODUÇÃO

Juros abusivos sempre foi uma questão considerada frequente quando se refere ao consumidor e entidade financeira, causando frequentes debates, em sua maioria na área judicial. Porém, muitas vezes por falta de conhecimento da lei propriamente dita, muitos consumidores sofrem essa questão dia após dia, sem conhecimento de que está sendo vítima de juros descabidos em seus financiamentos, e seus cartões de crédito, que em sua maioria são de caráter abusivo.

O denominado juro abusivo, é uma prática considerada ilícita, devidamente tipificada e defendida no Código de Defesa do Consumidor, e por ações revisionais. Ocorre nos mais diversos âmbitos, sejam eles, por meio dos cartões de crédito, ou em sua maioria nos financiamentos e empréstimos realizados por entidades financeiras ou bancos. Entende-se como sendo juros abusivos, aquela taxa de juros que destoa da taxa média de mercado praticados mensalmente ou anualmente. Se estas referidas taxas possuem valor considerado alto para os padrões de mercado, é então apontado como sendo uma prática abusiva.

O tema de juros abusivo voltou a ser alvo de muita procura por pessoa tanto física como jurídica, que usam como seu meio de investimento pessoal ou empresarial o financiamento ou empréstimo, onde por muitas vezes são lesados com relação a taxa de juros imposta, embutida em seus contratos realizados na própria entidade financeira ou banco que são clientes. Tal ato não possuía muita presença no âmbito jurídico por falta de conhecimento das próprias pessoas, porém com o passar dos anos, vem se abordando mais esse assunto. Esta questão ainda é recorrente pelas Instituições financeiras, porém com mais ênfase na questão abusiva dos juros praticados até então.

Tal trabalho possui como objetivo demonstrar como se concretizam os juros abusivos na relação de consumo, bem como a forma de resolver juridicamente tal contenda. Por sua vez, o presente texto busca expor o conceito de relação de consumo e a responsabilidade civil, assim como, a inversão do ônus da prova em casos específicos inerentes à questão prática abusiva dos juros perpetrados pelo mercado.

METODOLOGIA

Para a elaboração do presente trabalho, foram utilizados como forma principal de metodologia a pesquisa bibliográfica, utilizando material físico como doutrinas, legislação nacional e digital como jurisprudências, sendo estas pertinentes para o objeto em estudo. Utilizando o método dedutivo, demonstrando a aplicação dos diferentes princípios, e analisando as formas que o direito está tutelando em relação ao consumidor.

CONSUMIDOR E SEU CONCEITO

O conceito de consumidor adotado pelo código, foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final. Pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de outra atividade social. Assim procura-se abstrair de tal conceituação componentes de natureza sociológica. A palavra consumidor refere-se a qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços, sobre o qual se estudam as relações a fim de se individualizarem os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo. (FILOMENO, 2011).

Do mesmo modo Denari, ‘Definem os léxicos como consumidor quem compra para gastar em uso próprio’. (DENARI, 2011, p.120).

Desta forma, entende-se que, podemos dizer que consumidor é qualquer pessoa, natural, ou jurídica, que contrata, para utilização, a utilização de mercadoria ou a prestação de serviços independentemente do modo de manifestação da vontade, isto é, sem forma especial.

A propósito Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcelos relatam que:

Coroa o trabalho legislativo, ampliando o âmbito de incidência da Lei da Ação Civil pública, ao determinar sua aplicação a todos os interesses difusos e coletivos, e criando uma nova categoria de direitos ou interesses individuais, por natureza e tradicionalmente tratados apenas a título pessoal, mas conduzíveis coletivamente perante a justiça civil, em função da origem comum, que denominou direitos individuais homogêneos. (GRINOVER, VASCONCELOS, 2011, p.98).

Resumindo, entende-se que, o trabalho legislativo, vem criando possibilidades de direitos individuais, ampliando o Código de Defesa do Consumidor de forma que criem uma categoria de direitos, para que os consumidores possam ter mais voz no âmbito jurídico. Sejam eles, difusos ou coletivos.

A criação do direito do consumidor como uma disciplina autônoma tornou-se necessária, em razão da evidente superioridade do fornecedor frente ao consumidor em suas relações contratuais. Se é certo que a sociedade de consumo trouxe benefícios, em certos casos, a posição do consumidor, dentro desse modelo, piorou em vez de melhorar. Na medida em que agora é o fornecedor, fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante que inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo, e por isso mesmo, ‘dita as regras’. (DENARI, 2011).

Do mesmo modo o mercado não consegue, por si mesmo, superar esse desequilíbrio, tornou-se imprescritível a intervenção estatal, consubstanciada na edição de um Código de Defesa do Consumidor. Assim, a legislação deve abarcar todas as facetas do mercado, a fim de se lograr uma proteção integral, de modo que regule, todos os aspectos da relação de consumo, sejam aqueles pertinentes aos próprios produtos e serviços, sejam outros que se manifestam como verdadeiros instrumentos fundamentais para a produção e circulação destes mesmos bens, crédito e o marketing. Atendendo, pois o comando constitucional, que relegou ao Estado a função de promover a defesa do consumidor, bem como determinou ao Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da constituição, elaborar a nova codificação.

Em adição, (FILOMENO, 2017), a função principal do código é reequilibrar as forças dos sujeitos da relação consumerista, diminuir a vulnerabilidade do consumidor e limitar as práticas nocivas de mercado.

Igualmente Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman Vasconcelos juntamente com Benjamin sintetizam inovação do código:

Formulação de um conceito amplo de fornecedor, incluindo, a um só tempo, todos os agentes econômicos que atuam, direta ou indiretamente, no mercado de consumo, abrangendo inclusive as operações de crédito e securitárias; um elenco de direitos básicos dos consumidores e instrumentos de implementação ; proteção contra todos os desvios de quantidade e qualidade (vícios de qualidade por insegurança e vícios de qualidade por inadequação); melhoria do regime jurídico dos prazos prescricionais e decadências; ampliação das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica das sociedades; regramento do marketing (oferta e publicidade); controle das práticas e cláusulas abusivas, bancos de dados e cobrança de dívidas de consumo; introdução de um sistema sancionatório administrativo e penal; facilitação do acesso à justiça para o consumidor; incentivo a composição privada entre consumidores e fornecedores, notadamente com a previsão de convenções coletiva de consumo. (GRINOVER, VASCONCELOS, 2011, p.230).

Resumindo, o conceito de consumidor, incluem os agentes econômicos que atuam no mercado de consumo. A propósito, há uma grande gama de direitos básicos do consumidor, referentes ao fornecedor, que podem ser usados, caso o consumidor seja lesado.

A doutrina apresentava duas teorias acerca da definição de consumidor; uma, mais restritiva, denominada finalista; e, outra, maximalista, que amplia a noção de consumidor, para o fim de abarcar na proteção legal um número maior de situações jurídicas. Mais recentemente, porém, surgiu a teoria do finalismo aprofundado, que se coloca numa posição intermediária aquelas duas teorias originárias. (BENJAMIN, 2011).

A teoria finalista restringe a conceituação de consumidor, para abarcar apenas o não profissional, seja ele pessoa física ou jurídica. Desta forma, estar-se ia conferindo um maior nível de proteção, pois a jurisprudência será construída sobre casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo, e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhes concede. (MARQUES, 2009).

Para os finalistas, o destinatário final a que a lei faz referência é aquele que retira o bem do mercado, dando-lhe uma destinação pessoal, sem qualquer interesse profissional. Trata-se de uma conceituação fática e econômica. (THEODORO JR, 2017).

Igualmente como descreve Marques:

Ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, leva-lo para o escritório ou residência: é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. (MARQUES, 2009, p.53).

Portanto entende-se que a proteção se limita ao não profissional, aquele que utiliza o bem ou o serviço adquirido para uso próprio. Vale dizer, exige-se total desvinculação entre o destino do produto ou serviço consumido e qualquer atividade produtiva desempenhada pelo utente ou adquirente.

Em outras palavras, a teoria maximalista, entendem os maximalistas, que o Código de Defesa do Consumidor, como um Código geral sobre o consumo, aplicável a todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. Desta forma, ampliam sobremaneira a noção de consumidor, adotando um critério puramente objetivo. Destinatário final, portanto, é conceituado segundo uma análise meramente fática, é quem retira o produto ou o serviço do mercado e o utiliza, o consome não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. (CAVALIERI FILHO, 2014).

A partir daí, a atual posição do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, evoluiu para a aplicação do finalismo aprofundado, onde segundo esta teoria, haveria uma presunção de vulnerabilidade do consumidor, que justificaria, excepcionalmente, a ampliação da proteção legal também as atividades empresariais. Sendo assim o Superior Tribunal de Justiça adota este modelo de uma forma mais restritiva de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, amparada pelo destinatário fático e econômico do bem, excepciona a regra nas situações em que se mostra evidente a vulnerabilidade do consumidor, ainda que profissional ou pessoa jurídica. (TJDFT, 2017).

Do mesmo modo afirma Heloisa, que consumidor é aquele que adquire o bem, esgotando o ciclo econômico. Destarte, basta que o bem não seja renegociado ou reintroduzido no mercado para que se considere o adquirente um consumidor. (CARPENA, 2014).

Entende-se como consumidor então, todo aquele que tem o bem para consumo próprio, sendo assim, consumidor final. Onde aplicada a teoria do finalismo aprofundado, o consumidor é considerado um elo fraco diante o representante do produto ou serviço no qual obteve.

RELAÇÃO DE CONSUMO

Para estabelecermos a relação de consumo, é necessário entendermos que deve haver uma relação entre sujeitos, substancialmente entre um sujeito ativo, titular de um direito, e outro passivo, que tem o dever jurídico. Na relação de consumo, tais elementos são; o fornecedor de produtos e o prestador de serviços de um lado, e o consumidor do outro. Na grande maioria das vezes, as partes são credoras e devedoras entre si, eis que prevalecem nas relações de consumo as hipóteses em que há proporcionalidade das prestações. Isso ocorre por exemplo, na compra e venda de consumo e nas prestações de serviços, principais situações negociais típicas de consumo. (TARTUCE, 2017).

Em outras palavras, necessário observar também a presença do poder do sujeito ativo sobre o objeto imediato, que é a prestação, e sobre o objeto mediato da relação, que é o bem jurídico tutelado, sendo estas; coisa, tarefa ou abstenção. Na relação de consumo, o consumidor pode exigir a entrega do produto ou a prestação de serviço, nos termos do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, com redação:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990).

Em resumo os elementos objetivos, que formam a prestação da relação de consumo, são o produto e o serviço. Por outro lado, há evidência na prática de um fato ou acontecimento propulsor, capaz de gerar consequências para o plano jurídico.

Ao passo que em um sentido de ampliação ainda maior, a doutrina construiu a ideia do fornecedor equiparado. A partir da tese de Leonardo Bessa, tal figura seria um intermediário na relação de consumo, com posição de auxílio ao lado do fornecedor ou prestador de serviços, caso das empresas que mantêm e administram bancos de dados dos consumidores. (TARTUCE, 2017).

Entende-se então que, muitos contratos formados pelas instituições financeiras e bancos, possuem muitas vezes o caráter abusivo, sendo assim muitos clientes entram via judiciária a fim de estabelecer uma diminuição desta taxa imposta. Pela aplicação do fornecedor equiparado, tendo os demandados participado de forma a execução do contrato de mútuo bancário. Ou então o cliente procura após o adimplemento total do contrato, sua restituição pelo pagamento realizado, sendo assim, a devolução dos valores indevidos.

RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil, a responsabilidade extracontratual e a obrigação por atos ilícitos eram tratadas no Código Civil de 1916, entre os artigos 1518 e 1553. Atualmente no Código Civil de 2002, mais bem organizado, o título IX do livro das obrigações recebeu o nome responsabilidade civil. Tratando o princípio da responsabilidade extracontratual, uma vez que seu dispositivo inaugural faz menção ao ato ilícito, e ao abuso de direito, tratado entre os artigos 927 e 954. (BRASIL, 2002).

Mais a diante a responsabilização civil em extracontratual e contratual reflete um tempo do passado, uma vez que os princípios e regramentos básicos que regem as duas supostas modalidades de responsabilidade civil são idênticos. Em sentido muito próximo, há um questionamento acerca dessa distinção, pois não resiste a constatação de que, na moderna sociedade de massas, ambas têm, a rigor, uma mesma fonte, o contrato social, e obedecem ao mesmo princípio, nascendo de um mesmo fato, qual seja, a violação de dever jurídico preexistente. O Código brasileiro de Defesa do Consumidor representa uma superação desse modelo dual anterior, unificando a responsabilidade civil. Na verdade, pela lei consumerista, pouco importa se a responsabilidade civil decorre de um contrato ou não, pois o tratamento diferenciado se reflete apenas aos produtos e serviços. enquadrando-se nos últimos a veiculação de informações pela oferta e publicidade. Destacando em qualquer distinção a respeito da responsabilidade

civil a Lei 8.078/90, aplica-se a atual problemática dos contratos coligados e dos deveres deles decorrentes, tão comuns no mercado de consumo. (TARTUCE, 2018).

De todo, tais negócios estão interligados por um ponto ou nexos de convergência, seja direto ou indireto, presentes, por exemplo, nos contratos de plano de saúde, na incorporação imobiliária ou outros negócios imobiliários, bem como em contratos eletrônicos ou digitais. O Código de Defesa do Consumidor consagra como regra a responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços, frente aos consumidores. Tal opção visa facilitar a tutela dos direitos do consumidor, em prol da reparação integral dos danos, constituindo um aspecto material do acesso à justiça desse modo, não tem o consumidor o ônus de comprovar a culpa dos réus nas hipóteses de vícios ou defeitos dos produtos ou serviço. Trata-se de hipótese de responsabilidade independente de culpa, prevista expressamente em lei. (CAVALIERI FILHO, 2014).

De fato, a responsabilidade consumerista é especificada em lei, não se debate a existência ou não de uma atividade de risco, nos termos da segunda parte do comando, que consagra a chamada cláusula geral de responsabilidade objetiva. O Código de Defesa do Consumidor adotou expressamente a ideia da teoria do risco-proveito, aquele que gera a responsabilidade sem culpa justamente, por trazer benefícios, ganhos ou vantagens. Em outras palavras, aquele que expõe aos riscos outras pessoas, determinadas ou não, deve arcar com as consequências da situação de agravamento. Uma dessas decorrências é justamente a responsabilidade objetiva e solidária dos agentes envolvidos com a prestação ou fornecimento. (TARTUCE, 2018)

Como caracteriza (FILOMENO, 2011), Para justificar os seguintes pontos fundamentais da responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, estabelece que exista primeiro a produção em massa, a vulnerabilidade do consumidor, a insuficiência da responsabilidade subjetiva, a existência de antecedentes legislativos, ainda que limitados a certas atividades, e o fato de que o fornecedor tem de responder pelos riscos que seus produtos acarretam, já que lucra com a venda. Relativamente ao último fator, leciona o jurista, mencionando a sua origem romana, ou seja, quem lucra com determinada atividade que representa um risco a terceiro deve também responder pelos danos que a mesma venha a acarretar. Consignado em várias decisões jurisprudenciais fazem menção a tal máxima e a concepção do risco proveito.

No mesmo sentido, tratam as jurisprudências a seguir:

Ementa: APELAÇÃO – DEFEITO NA PRESTACAO DO SERVICO – DESCONTO IRREGULAR – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – RISCO PROVEITO – DANO MORAL PURO – INDENIZACAO DEVIDA- RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – Conforme a teoria do risco-proveito, será responsável civilmente todo aquele que aufera lucro ou vantagem do exercício de determinada atividade. Segundo Sérgio Cavalieri Filho, “onde esta ganho, aí reside o encargo – ‘ubi emolumentum, ibi onus’”. (Responsabilidade Civil, Malheiros, 3ªed. P. 167) [...] (TJMG, 2013).

Igualmente trata outra jurisprudência:

EMENTA: APELACAO CÍVEL – ACAO DECLARATORIA DE INEXISTENCIA DE DÉBITO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – TEORIA DO RISCO-PROVEITO – DANO MORAL-QUANTUM INDENIZATÓRIO. A teoria do risco proveito prevê que será responsável civilmente todo aquele que aufera lucro ou vantagem do exercício de determinada atividade. Tendo a parte devedora juntado documento do fato constitutivo de seu direito e a parte credora, por sua vez, não se desincumbido do ônus de comprovar fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito daquela, há de ser declarada a inexistência do débito apontado pelos órgãos de proteção ao crédito. Não havendo critério técnico para estabelecer o quantum indenizatório, devem ser considerados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para valorar o dano, de forma a servir de advertência para o causador do dano e, ao mesmo tempo, evitar o enriquecimento indevido do ofendido. (TJMG, 2018).

Portanto entende-se que a responsabilidade objetiva gera uma inversão automática e legal do ônus da prova, não havendo necessidade de o consumidor demonstrar o dolo ou culpa do fornecedor ou prestador.

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

A doutrina divide o ônus da prova em dois aspectos, o primeiro chamado de ônus subjetivo da prova, e o segundo de ônus objetivo. Sobre o ônus subjetivo da prova, analisa-se o instituto sob a perspectiva de quem é o responsável pela produção de determinada prova, quem deve provar, e o que. Enquanto no ônus objetivo da prova, o instituto é visto como regra de julgamento a ser aplicada pelo juiz no momento de proferir a sentença no caso de a prova se mostrar inexistente ou insuficiente. No aspecto objetivo, o ônus da prova afasta a possibilidade de o juiz declarar o “*non liquet*” diante de dúvidas a respeito das alegações de um fato em razão da insuficiência ou inexistência de provas. Sendo obrigado a julgar e não estando convencido das alegações de fato, aplica a regra do ônus da prova. (TARTUCE, 2018).

Além disso as regras de distribuição dos ônus probatórios tem duplo objetivo, primeiramente, definir a qual das partes compete provar determinado fato, o chamado ônus subjetivo; em seguida, no momento da sentença, servir de diretriz no encadeamento lógico do julgamento das questões de fato, fazendo o juízo pender em favor de uma ou outra parte conforme tenham ou não resultado provados os fatos que a cada uma delas interessam, o chamado ônus objetivo. (GRECO, 2009)

Entende-se, portanto, regra de julgamento, aplicando para as situações em que o final da demanda, persistam fatos controvertidos não devidamente comprovados durante a instrução probatória. Trata-se de ônus imperfeito, porque nem sempre a parte que tinha o ônus probatório e não a produziu será colocada num estado de desvantagem processual, bastando imaginar a hipótese de produção de prova de ofício ou, ainda, de a prova ser produzida pela parte contrária. Mas também é regra de conduta das partes, porque indica a elas quem potencialmente será prejudicado diante da ausência ou insuficiência da prova.

Acrescenta-se também, o ônus da prova, em seu aspecto objetivo, é uma regra de julgamento, aplicando-se somente no momento final da demanda, quando o juiz estiver pronto para proferir sentença

Do mesmo modo, a lição doutrinária é de que nem sempre será do autor da ação, sendo assim podendo ser do fornecedor, e nesses casos, uma eventual inversão do ônus da prova vindo a favorecer o consumidor. Qualquer cláusula contratual, entretanto, que atribua ao consumidor um ônus probatório que seria legalmente do fornecedor, será considerada de pleno direito. (ALVIM, 2003).

Como caracteriza o primeiro requisito para a inversão do ônus probatório, está previsto no artigo. 6, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), é a verossimilhança da alegação do consumidor, exigindo-se que suas alegações de fato sejam aparentemente verdadeiras, tomando-se por base uma ampla experiência em situações corriqueiras. Sendo assim a verossimilhança uma aparência da verdade, pelo simples fato alegado que costuma ordinariamente ocorrer, não se exigindo para sua constituição qualquer espécie de prova. (NEVES, 2009).

Por outro lado, há corrente doutrinária contrária ao afirmado, que defende ser a verossimilhança fruto de um juízo de probabilidade extraída de material probatório de feição indiciário, no qual se forma opinião de ser ou não verdadeira a versão apontada pelo consumidor. (THEODORO JR, 2001).

Portanto, conclui-se que a condição do consumidor é irrelevante, porque mesmo consumidores abastados, ou com situações financeiras mais confortável que a do fornecedor, podem ter dificuldades de acesso as informações e meios para produção de provas. Ocorrendo assim uma posição de superioridade do fornecedor ou fabricante em relação ao consumidor, de que ocorra a conclusão de que é muito mais fácil ao fornecedor provar a sua alegação, poderá o juiz proceder a inversão do ônus da prova.

Entende-se que a finalidade da inversão do ônus da prova, é proporcionar maior facilidade na produção de provas, onde o juiz se aproximará mais da verdade e preferirá uma decisão justa. Sendo seu maior objetivo a busca da verdade dos fatos.

Por outro lado, para parcela mínima doutrinária, o melhor momento para a inversão do ônus probatório é o momento de sua aplicação, qual seja o momento da aplicação do processo. Por esse entendimento se tratando de uma regra de julgamento, não teria sentido tratá-la antes do processo procedimental, inclusiva quanto sua inversão. Sendo mais adequado entender que o sistema processual brasileiro vê na regra sobre o ônus da prova uma regra de julgamento, de modo que a modificação do ônus provando realmente só pode dar-se por ocasião da prolação de decisões judiciais. De fato, se é certo que a regra em questão informa ao magistrado como deve decidir em caso de dúvida, somente na oportunidade em que proferirá decisão procederá ele a avaliação de seu convencimento. (NEVES, 2009).

Nesse sentido entende-se que o juiz, sempre que inverter o ônus da prova, de oportunidade a parte para se desincumbir do ônus que lhe tenha sido atribuído, desta forma, respeitando o contraditório e ampla defesa, de forma que não seja interessante que esta inversão ocorra somente no momento de

prolação da sentença, sob pena de ofensa ao princípio da economia processual. Sendo mais vantajoso no momento do saneamento do processo, o juiz já sinalize a forma de aplicação da regra do ônus da prova, caso seja necessário no caso concreto.

DEFINIÇÃO DE JUROS

A definição de juros, vem pelo interesse, ganhos, lucros que o detentor do capital auferir pela inversão, sendo assim, por uso de alguém que não possui capital. Sendo a remuneração ou os frutos civis de um determinado capital do qual são acessórios. Desta forma o Código Civil brasileiro define coisa principal, como sendo aquela que existe sobre si, e coisa acessória, aquela cuja existência supõe a da principal. Portanto não se confundindo com prêmio, que representa o pagamento pelo risco assumido, como contratos de seguradoras. Assim a contagem de dos juros não subsiste se a obrigação principal for extinta. (SCAVONE, 2014).

Ao passo que, (RUGGIERO, 2000), considera como juros aquelas quantidades de coisas fungíveis, que o devedor deve ao credor em compensação do gozo de uma maior quantidade das mesmas coisas devidas ao mesmo credor, e surgem como obrigação acessória, cujo conteúdo se equipara como percentagem a quantidade de capital.

Entende-se, portanto, que há duas finalidades, sendo uma remunerar o credor pelo uso de seu capital e pagar o risco, principalmente o risco de não receber. Nesse sentido há o risco inflacionário, risco cambial, risco de restituição e risco de transferência de custos. De fato, o risco inflacionário pode estar presente, tendo em vista que atualmente os negócios jurídicos durante o seu cumprimento regular, em regra, exceto para as instituições financeiras, são periodicamente de correção monetária anual.

Desse modo, a inflação representa desvalorização da moeda, de tal sorte que a expectativa maior de inflação representa aumento das taxas de juros. Todavia, esse risco diminuiu na exata medida em que a periodicidade de correção monetária contratada e permitida diminuiu. No Brasil, o risco das instituições financeiras que cobram correção mensal ou até diária, é menor que o risco das demais pessoas. (SCAVONE, 2014).

Ao passo que os juros praticados pelas instituições financeiras são abissalmente maiores que os juros praticados pelas demais pessoas, isso em virtude da interpretação segundo a qual não lhe aplicava, como fato agora não se aplica, as limitações das taxas de juros que antigamente decorria de norma esculpida no artigo. 192, inciso III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), revogado pela Emenda Constitucional 40/2003. Em razão da falta de regulamentação. Entretanto, para as demais pessoas, a proibição da liberdade de fixação das taxas de juros exsurge do artigo 1, do Decreto 22.626/33.

No âmbito do Código Civil, decorre dos artigos 406 e 591, combinados com o artigo. 161, inciso 1º, do Código Tributário Nacional. Vislumbra ainda o risco cambial, que representa a probabilidade de desvalorização da moeda em relação a moeda estrangeira. Sendo assim, empréstimos e financiamentos em moeda estrangeira, tendem a onerar o devedor com juros menores que os cobrados com moeda nacional. outro risco importante é o denominado risco da não restituição, vez que a medida que se incrementa a mora na restituição do capital ou sendo insolvente, a taxa de juros aumenta, o que é muito claro se tratando de empréstimos ou financiamentos, também presentes na sua maioria atualmente nas taxas de cartões de crédito. (LORENZETTI, 2010).

No Brasil, é comum a justificativa das altas taxas de juros em virtude da inadimplência e da demora na recuperação dos créditos. Todavia, há décadas as taxas de juros brasileiras são as maiores do mundo, como as que ora vigoram no crédito pessoal e atingem o patamar de 21,06 ao mês. (KONKERO, 2019).

Por isso, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos a Fazenda Nacional. estabelecidos estes no Código Civil, no artigo 406, que verifica o conteúdo da taxa que hoje é utilizada para tal finalidade, e assim conclui diante esse sistema, se a taxa Selic, que de fato se presta para o cálculo de tributos em atraso serve, igualmente, para atender sistematicamente a fixação da taxa de juros legais no direito privado. (SCAVONE, 2014).

Portanto, explica o artigo:

Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. (BRASIL, 2002).

Além disso, sendo necessário verificar a origem da taxa Selic, que surgiu com o incremento de negócios envolvendo Letras do Tesouro Nacional, tornando impossível a manutenção do sistema físico, através da forma e modalidade ao portador, fazendo com que surgisse uma central de custódia dessas letras, substituindo os papéis por dados informatizados. Desta forma o Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, é um sistema de controle diário de custodias, liquidações e operações de títulos públicos, trazendo uma maior agilidade e segurança aos negócios realizados com títulos.

Quanto aos créditos tributários, acorde circular 2.900/99, do Banco Central do Brasil, Define a taxa Selic como a taxa média ajustada dos financiamentos diários apurados no Sistema Especial de Liquidação e Custódia. Trata-se da taxa direcionada vez que serve de medida de autoridade monetária para o controle da economia. No qual utiliza como parâmetros como fatores, a inflação, taxa de desemprego, volume de vendas do comércio, nível de utilização da capacidade instalada, e fatores externos, como saldo da balança comercial e recuperação da economia global. (SCAVONE, 2014).

De acordo com (MARTINS, 2000), a doutrina aponta a inconstitucionalidade da aplicação da taxa Selic, vez que, não há definição legal e inexistente gênese legal desta taxa para fins tributários, ou seja, não há lei instituindo, definindo e dizendo como deve ser calculada a taxa Selic. É impossível aferir o percentual de correção monetária, mesmo considerando alguma função de neutralização dos efeitos inflacionários contidos na taxa Selic, ocorrendo bis in idem na cobrança de taxa Selic e correção monetária, havendo a aplicação de juros de natureza remuneratória em matéria tributária, sendo que os títulos podem gerar renda, os tributos não é título e a taxa Selic foi criada para remunerar títulos públicos, além da ofensa ao princípio da legalidade, previsto no artigo 150, inciso I, da CF (BRASIL, 1988). Afrontam-se os princípios da anterioridade jurídica e indelegabilidade de competência tributária, está na exata medida em que a taxa Selic é determinada por ato unilateral e potestativo de órgão do poder executivo em matéria exclusiva do Congresso Nacional. assim como trata o Código Tributário Nacional no seu artigo 161, §1º (BRASIL, 1966), estipula juros máximos de 1% ao mês contados desde o vencimento.

Pensando dessa forma a disposição do Superior Tribunal de Justiça, que determina a aplicação da taxa Selic para cálculo dos juros legais, merece revisão. Toda via em regra a taxa de juros, em regra, é limitada legalmente. De fato, devem ser respeitados os limites que serão analisados em capítulos específicos. (SCAVONE, 2014).

Entende-se então que os julgados que admitem a taxa Selic, e não ressalvam a impossibilidade de sua cumulação com a correção monetária, o que pode levar a sua inadmissibilidade.

APLICABILIDADE PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

Atualmente, a tendência a aplicação da taxa de juros pelo Superior Tribunal de Justiça, que consiste em verificar, com rigor, a autorização expressa do Conselho Monetário Nacional para a aplicação de taxas de juros em todas as operações bancárias. Se a instituição financeira não demonstra a necessária fixação da taxa pelo Conselho Monetário Nacional, a taxa aplicada a operação resta limitada de acordo com a regra geral do Decreto 22.626/33 (BRASIL 1933), e no âmbito do Código Civil Brasileiro, juntamente com o Código Tributário Nacional. Tratando a revisão da súmula 596 do Supremo Tribunal Federal, onde de acordo com interpretação majoritária, dela ocorre a inaplicabilidade incondicional da lei de Usura as instituições financeiras quanto as taxas de juros. (SCAVONE, 2014).

Desta forma (RIZZARDO, 2013), diz que a referida Lei 4.595/64 em nenhum momento permitiu a graduação de juros acima da taxa legal. Autorizando o Conselho Monetário Nacional, a delimitar as taxas de juros e outros encargos, mas não os elevar a quaisquer níveis, ficando assim bancos liberados dos percentuais ordenados pelo Código Civil, e o Decreto 22.626/33.

Em outras palavras as instituições financeiras continuem cobrando juros superiores aos limitados constitucionalmente, também são sujeitados a proibição de capitalização de juros, não excluindo assim a Lei de Usura, mesmo considerando a Súmula do Supremo Tribunal Federal (CAVALIERI FILHO, 2014).

Porém há muita confusão relacionadas a Súmula 596 do STF, com redação: “as disposições do Decreto 22.626/1933” não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional”, onde se aplica a taxa, ao valor da limitação dos juros, referindo-se, em verdade, ao artigo 1º do Decreto 22.626/33. Por outro lado, a Súmula 121 do STF, com redação: “é vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”, refere-se a capitalização de juros compostos, ou chamados de juros sobre juros, sendo esta proibida pela normal inculpada no artigo 4, do Decreto 22.626/33. Sendo assim a súmula

121 do STF, se aplica, inclusive, as instituições financeiras, como tem decidido sistematicamente o STJ. Inexistindo assim lei permissiva, resta cristalina a capitalização composta, inclusive, sendo evidente a aplicação da tabela *prime*, as amortizações de empréstimos contratados com instituições financeiras. (THEODORO JR, 2018).

Em adição, são consideradas cédulas e notas de crédito comercial, aquelas que representam o financiamento concedido por instituições financeiras a pessoa física ou jurídica que se dedique a atividade comercial ou industrial. Quanto aos juros, as importâncias fornecidas pelo financiador vencerão juros e poderão sofrer correção monetária as taxas e aos índices que o Conselho Monetário Nacional fixar, calculados sobre os saldos devedores de conta vinculada a operação, sendo exigíveis em 31 de Junho, 31 de dezembro, no vencimento, liquidação da cédula ou em outras datas convencionadas pelo conselho. (SCAVONE, 2014).

Com certeza, juros moratórios, tratando de cédulas de crédito rural, industrial ou comercial, estão limitadas a elevação de 1% ao ano sobre a taxa contratual, não mais. A teor de que dispõe o parágrafo único do artigo 5º dos decretos 167/1967, e 413/1969. Segundo definição na norma, o título de crédito emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito de qualquer modalidade. Tanto pessoa físicas, como jurídicas podem configurar o polo passivo da obrigação representada pela cédula de crédito bancário. Entretanto no polo ativo, somente estarão as instituições financeiras e equiparadas, pois são consideradas aquelas que, antes da criação da cédula de crédito bancário, estiveram autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Por fim a cédula de crédito bancário pode ser emitida por mútuo imobiliário, empréstimo pessoal, empréstimo para capital de giro, bem como com fundamento nas operações que possam ensejar cédulas rurais, industriais ou comerciais, e a exportação. (CARPENA, 2014).

Como caracterizada pela jurisprudência a seguir:

Agravo regimental – Instituição financeira – Incidência do Código de Defesa do Consumidor – Súmula 297/STJ – Financiamento para incrementar a atividade empresarial – Prequestionamento – Ausência – decisão agravada mantida – Improvimento. I. Incidência da Súmula 297/STJ, que diz, *in verbis*: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. II. A matéria relativa à afirmação de que o financiamento obtido pelos agravados, mediante a emissão de cédula de crédito comercial, destinou-se precipuamente a incrementar a atividade empresarial destes, não foi objeto de exame pelo Tribunal de origem, faltando o indispensável prequestionamento do tema sob este enfoque, sendo certo, ainda, que não houve embargos de declaração para sanar eventual omissão e o recurso especial não veicula contrariedade ao art. 535 do Código de Processo Civil. III. O agravante não trouxe qualquer argumento capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. Agravo improvido. (STJ, 2005).

Acrescenta-se também que as instituições financeiras não se sujeitam a limitação dos juros remuneratórios estipulada na lei Usura, a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, não configura, por si só abusividade segundo o STJ, mas é admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracteriza a relação de consumo e que a abusividade, capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada, fique cabalmente demonstrada, ante as peculiaridades do julgamento em concreto (THEODORO JR, 2017).

Entende-se desta forma, que a taxa média apresenta vantagens, pois é calculada segundo as informações prestadas por diversas instituições financeiras, e por isso, representa força de mercado. Desta forma trazendo embutido em si o custo médio das instituições financeiras e seu lucro médio. Certo ainda, que o cálculo da taxa média não é completo, não abrangendo todas as modalidades para concessão de crédito, mas se faz como parâmetro de tendência das taxas de juros. Sendo assim a taxa média constitui o melhor parâmetro para elaboração de um juízo sobre abusividade.

REVISÃO JUDICIAL DO CONTRATO

Os contratos, sob o princípio do estado liberal, liberdade de contratar, autonomia da vontade, acordo entre as partes. O contrato só obriga e beneficia seus contratantes, no atual Estado Democrático de Direito, os únicos a serem observados no tratamento das obrigações e dos direitos emergentes do negócio

jurídico contratual. A ordem constitucional reconhece o consumidor como parte naturalmente frágil nas relações de massa com os fornecedores e, por isso, preconiza como necessária a instituição de legislação especial de natureza tutelar. O Código de Defesa do Consumidor valoriza o aspecto ético das relações negociais em massa, reconhecendo o consumidor, dentre seus direitos básicos. Desta forma a revisão judicial do contrato pode ser feita, quando houver a adoção de práticas e cláusulas abusivas pelo fornecedor, se der a estipulação de prestações desproporcionais na formação do contrato (THEODORO JR, 2017).

Em adição, a redação do artigo 6º, incisos IV e V do CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. (BRASIL, 1990).

Do mesmo modo, em todas as hipóteses, o objetivo do legislador não é de fragilizar o instituto do contrato, o que se visou, foi o aperfeiçoamento do negócio jurídico, revendo suas bases para torná-lo equitativo, seja por reequacionamento das prestações ou eliminação das cláusulas abusivas. Somente em último caso, quando a eliminação da cláusula abusiva conduzir a uma total frustração da finalidade contratual, é que a intervenção judicial resultará, excepcionalidade na ruptura, ou desconstitucionalização do contrato. Nesse sentido o Código de Defesa do Consumidor estabelece a não revisão contratual, mas sim, a modificação de supostas cláusulas que estabelecem prestações desproporcionais, sendo sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente oneroso. (THEODORO JR, 2018).

Acrescenta-se também, que o CDC nem mesmo teve o propósito de disciplinar todo o relacionamento jurídico travado entre fornecedores e consumidores, cuidou tão somente de proteger a parte considerada vulnerável em tais relações e, por isso, limitou a instituir regras protetivas a serem aplicadas nas hipóteses em que se detecta a presença da inferioridade negocial do consumidor. O CDC não criou um sistema obrigacional contratual próprio, apenas ditou exceções de direito privado codificado, refletidas em regra de proteção contratual ao consumidor e que determina, no exato limite da exceção legal, a prevalência da regra especial sobre a regra geral. Ou seja, na especialização da proteção ao consumidor, aplica-se as normas gerais do direito privado. (CAVALIERI FILHO, 2014).

Então, embora o consumidor tenha direito a revisão contratual consideradas abusivas, a medida deve ser requerida em processo próprio. Sendo assim o STJ, ao julgar, em recurso repetitivo, ação de prestação de contas ajuizada por correntista de banco, que em seu bojo, requereu juntamente a revisão de encargos cobrados pela instituição; na oportunidade, aquela corte superior ressaltou a incompatibilidade de rito entre a prestação de contas e a revisão contratual. Um caso emblemático de revisão contratual financeiro, ocorreu quando, o STJ enfrentou a onerosidade excessiva ocorrida no curso dos contratos de leasing vinculados a variação cambial. A solução foi a de modular a correção a cargo dos devedores, de modo a repartir o peso da onerosidade superveniente entre os devedores e os credores. (TARTUCE, 2018).

Desta forma, entende o Superior Tribunal de Justiça:

Arrendamento mercantil. Código de Defesa do Consumidor. Incidência. Variação cambial. Dólar norte-americano. Onerosidade excessiva. [...] I – Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas originadas dos pactos firmados entre consumidores e os agentes econômicos, as instituições financeiras e os usuários de seus produtos e serviços. II – Este Superior Tribunal, em julgado da Segunda Seção, firmou entendimento no sentido de dividir, por metade, as diferenças resultantes da maxidesvalorização do real, ocorrida em janeiro de 1999. (STJ, 2003).

Igualmente, outro caso de modulação da remuneração financeira são os de débitos a valores estratosféricos, tornando impagável o saldo devedor após algum tempo do vínculo obrigacional, após este episódio, o STJ, tem decidido que os negócios bancários estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, inclusive quanto aos juros remuneratórios; a abusividade deste, pode ser declarada a depender do caso. (THEODORO JR, 2017).

Todavia, a ação de revisão contratual muitas vezes é ajuizada cumulada com pedido de acerto econômico do contrato. Essa circunstância implica realização de perícia ainda em fase de conhecimento, antes mesmo da questão relativa à validade das cláusulas. Além disso, a prova técnica é realizada na execução em razão da alteração das condições contratuais pelo juiz. Desta forma, se o juiz determina uma perícia e confirma na sentença o valor nela encontrado, ele não terá qualquer valia se os parâmetros para a realização do cálculo, ainda que não substancial, perde-se o trabalho contábil realizado, sendo necessária nova perícia técnica quando retornado os autos para a execução. Da mesma forma muitos casos nem sequer é necessária a realização da perícia prévia, pois após definidos os parâmetros de cálculo, o credor, por ocasião da apresentação do cálculo que elabora junto com a inicial de sua execução, em forma de planilha contendo memória discriminada e atualizada, tomando como base os parâmetros já definidos na sentença do processo de conhecimento. (REINALDO FILHO, 2013).

Em adição, se a discussão tiver repercussão econômica, e se a cláusula supostamente abusiva não contiver conteúdo financeiro, não haverá necessidade de discriminar na inicial os valores incontroversos. Omitindo-se o autor de cumprir a exigência legal, o magistrado não deverá interferir a inicial de imediato. Ao contrário, intimara o autor para, no prazo de quinze dias, emende ou complete a mesma, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. (MORAES, 2013).

Conforme explica Bessa, o entendimento do STJ:

Entendeu o STJ ser vedado ao Juiz (em primeiro grau) e Desembargador (no Tribunal) reverem, de ofício, questões contratuais não discutidas na ação de origem, ou mesmo na sentença. Apesar do respeitável entendimento de alguns especialistas, no sentido da possibilidade do exame de ofício da nulidade das cláusulas abusivas, prevaleceu no STJ a tese de que o julgamento somente pode versar sobre o que foi objeto de discussão no recurso de apelação, sendo certo ainda que na decisão do tribunal serão objeto de apreciação e julgamento “todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro” (art. 515, § 3º, do CPC). (BESSA, 2014, p.191).

Por fim, entende-se que o CDC é aplicável as instituições financeiras, mas em relação aos serviços a atividade bancária, por certo que o banco não está obrigado a responder por defeito de produto que não forneceu, tão somente porque o consumidor adquiriu-o com valores obtidos de financiamento bancário. Se o banco fornece dinheiro, o consumidor é livre para escolher o bem ou investimento que deseja, se o bem apresentar defeito, ainda continua devendo a instituição financeira, não havendo acessoriedade entre contrato de compra e venda de bem de consumo e o financiamento.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar e estudar a revisão judicial dos juros abusivos, todas suas definições, e relações de consumo para que possam demonstrar ao leitor de forma explicativa como se considera consumidor, onde se tipificam pela lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, e no Código Civil, que demonstram sua eficácia quanto as ao direito do consumidor, se tornando uma codificação ampla e aplicável as mais diversas questões relacionadas ao consumidor. Como intuito também, mostrar que o tema se tornou algo de grande relevância, tornando alvo de debates, foco constante em mídia geral, e constante discussão doutrinária.

Além disso, a demonstração das consequências jurídicas no âmbito civil, e como os meios de prova podem ser alternados de autor, para fornecedor. Tendo assim um maior interesse do consumidor, quanto os meios de provas serem demonstrados pela outra parte, aquela que justamente o prejudicou.

Pelo fato de antes ser apenas considerado uma infração perante o Banco Central, no qual acarretava multa a entidade financeira, hoje há um grande avanço quanto a reparação de danos causados ao consumidor, pelos juros abusivos aplicados pelas instituições financeiras, preenchendo graves lacunas existentes na legislação, que não possuía especificações que obtivemos com o passar dos anos. Creio que com tal mudanças o consumidor se sente mais seguro, mesmo sendo vítima de atos estes ilícitos praticados pelas instituições financeiras de forma recorrente.

Salienta-se que diante essas novas mudanças, nada adiantará se não for mudado o tratamento ao consumidor no Brasil, que hoje em dia é péssimo, que em sua maioria são constrangidos pelo simples fato de querer exercer o seu direito subjetivo. Onde é dever da instituição, seja ela qual for, respeitar o seu

cliente, mesmo quando este não estiver satisfeito com a conduta e o produto, serviço prestado ao consumidor.

Conclui-se que há um panorama referente aos diversos instrumentos utilizados pelo Estado, que visam a proteção e a garantia do direito do consumidor, de forma que o mesmo tenha que se mostrar efetivo, mesmo em qualquer ocorrência de lesão aos seus direitos, e que também deve, caso essa lesão ocorra, procurar manifestar seu direito frente ao prestador de serviços para que seus direitos possam valer. Pois só assim avançaremos um bem-estar social e um sentimento de evolução, através dessa efetiva valoração de direitos.

REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM. Manual de direito processual civil. 8. ed. São Paulo: RT, 2003. v. I.

BESSA; MOURA. 2014. Manual de Direito do Consumidor. 4. Ed. Brasília, ENDC.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. STJ – 2ª Turma – AgRg no REsp 1.450.473/SC – rel. Min. Mauro Campbell Marques – j. 23.09.2014 – DJe 30.09.2014; STJ – 3ª Turma – REsp 1.395.254/SC – rel. Min. Nancy Andrighi – j. 15.10.2013 – DJe 29.11.2013; STJ – 2ª Seção – EREsp 422.778/SP – rel. Min. João Otávio de Noronha – rel. p/ acórdão Min. Maria Isabel Gallotti – j. 29.02.2012 – DJe 21.06.2012.

BRASIL. STF, RE 111237-SP, j. 22.05.1987. rel. Min. Neri da Silveira.

BRASIL. STJ, REsp 57.974/RS, 4.ª T., j. 25.04.1995, v.u., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 29.05.1995, p. 15.524).

BRASIL. AgRg no Ag 666.925/BA, 3.ª T., j. 21.08.2008, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 11.09.2008.

BRASIL. STJ, 3ª T., AgRg no REsp. 951.876/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 14.04.2011, DJe 12.05.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3º turma. Processuais civil. Recurso especial. Sociedade civil sem fins lucrativos de caráter beneficente e filantrópico. Prestação de serviços médicos, hospitalares, odontológicos e jurídicos a seus associados. Relação de consumo caracterizada. Possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Publicação: DJ 24/05/2004 p. 262. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19618527/recurso-especial-resp-519310-sp-2003-0058088-5-stj>. Acesso em: 10 fev. 2019

CARPENA, Heloisa. Afinal, quem é o consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro: Renovar, v. 19, jul-set/2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio, Programa de direito do consumidor, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CRETELLA JR., José; DOTTI, René Ariel (coord.) et al. Comentários ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do Direito. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Responsabilidade civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

FILOMENO, José Geraldo Brito. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do Anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1.

GRECO., Vicente Filho. Direito Processual Civil Brasileiro. 20. Ed. São Paulo: Saraiva 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; VASCONCELOS E BENJAMIN, Antônio Herman de. Introdução. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do Anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. I.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. Contratos Eletrônicos: Formação e Validade - Aplicações Práticas – 2. Ed. São Paulo: Almedina, 2010.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, São Paulo: RT, 2004. p. 240; RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima, Código de defesa do consumidor. 4 ed. Revista dos tribunais: São Paulo, 2002.

MARQUES, Claudia Lima, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 2 Ed. Editora Revista do Tribunais, São Paulo, 2006.

MARQUES, Claudia Lima in BENJAMIN, Antônio Herman V. Manual de direito do consumidor. 2. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ilegalidade e Inconstitucionalidade da Taxa Selic para a Correção de Débitos Tributários. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Editora Renovar Ltda, v. 220, abril/junho 2000. <https://doi.org/10.12660/rda.v220.2000.47530>

MORAES, Voltaire de Lima. Reflexões sobre o art. 285-B do Código de Processo Civil. Revista de Direito do Consumidor, n. 88, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. São Paulo: Método, 2009.

NERY JR., Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I.

REINALDO FILHO, Demócrito. Da ação de revisão de contrato bancário – algumas questões processuais. Revista Forense, v. 4. janeiro, jun/2013.

RUGGIERO, Roberto de. Instituições de direito civil, vol. 3. São Paulo: Bookseller, 2000.

SCAVONE Junior, Luiz Antônio. Juros no direito brasileiro – 5. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SIMÃO, José Fernando. Artigo: Cláusula Penal e Abono de Pontualidade Ou Cláusula Penal e Cláusula Penal disfarçada. Disponível em: http://professorsimao.com.br/artigos_simao_cf1109.html. Acesso em: 15 mar. 2019.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito do consumidor: direito material e processual / Flávio Tartuce, Daniel Amorim Assumpção Neves. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

THEODORO JR., Humberto. Direitos do consumidor. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

THEODORO Jr, Humberto. Direitos do consumidor. – 9. ed. ref., rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VASCONCELLOS, Antônio Herman de. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I.

VASCONCELLOS, Antônio Herman de. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I, p. 371. No mesmo sentido ARRUDA ALVIM. Manual de direito processual civil. 8.ed. São Paulo: RT, 2003. v. I, p. 973; RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio.

Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2000.

WATANABE, Kazuo. Cfr. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto. São Paulo: Forense, 2010.

SISTEMA MULTIPORTAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Leticia Nalin Alves

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: leticianalin@hotmail.com

RESUMO

O amplo acesso à justiça é uma idealização dos sistemas jurídicos contemporâneos. Porém, apesar dos benefícios à população, o acesso irrestrito à justiça produziu no judiciário nacional um acervo de processos que o impossibilita de apresentar uma resposta célere, adequada e eficiente aos conflitos. Neste contexto, normas foram criadas para estimular a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, sendo o Sistema Multiportas implementado na processualística brasileira através da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e sedimentado com o advento do Código de Processo Civil de 2015. Este trabalho procurou compreender a aplicação do Sistema Multiportas e sua contribuição para o judiciário brasileiro que se encontra em dificuldades de apresentar soluções aos conflitos da sociedade. Para tanto, foram empregadas pesquisas à legislação nacional e doutrinas relevantes na matéria objeto de estudo.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Sistema Multiportas. Crise da jurisdição. Meios alternativos de Solução de Conflitos. Código de Processo Civil.

MULTIPOINT CONFLICT SOLUTION SYSTEM IN BRAZILIAN CIVIL LAWSUIT

ABSTRACT

Broad access to justice is an idealization of contemporary legal systems. However, despite the benefits to the population, unrestricted access to justice has produced in the national judiciary a collection of processes that make it impossible to provide a swift, adequate and efficient response to conflicts. In this context, some norms were created to stimulate the use of alternative means of conflict resolution, and the Multiport System was implemented in Brazilian procedural law through Resolution 125/2010 of the National Council of Justice and established with the advent of the Civil Procedure Code of 2015. This paper, we intend to understand the application of the Multiport Conflict Resolution System and its contribution to the Brazilian judiciary that is in difficulties to present solutions to the conflicts of society. For this, researches were applied to the national legislation and relevant doctrines in the subject matter of study.

Keywords: Access to Justice. Multiport System, Judiciary crisis. Alternative Means of Conflict Resolution. Civil Procedure Code.

INTRODUÇÃO

A litigiosidade paira no cenário nacional, é o que se comprova através de uma análise perfunctória do Relatório da Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça. Neste conjunto de dados organizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nota-se que os Tribunais do país apresentam altas taxas de congestionamento e recebem diariamente uma enorme quantidade de novos processos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, pg. 37)

Esse grande número de autos distribuídos em todos os graus de jurisdição e a atual taxa de congestionamento coloca dúvida sobre a eficiência do sistema e evidencia a crise que se instalou no judiciário nacional, que não consegue corresponder ao ditame constitucional da razoável duração do processo, bem como apresentar uma resposta célere, adequada e efetiva aos conflitos da sociedade.

Para tentar conter a crise da jurisdição, nas últimas décadas, foram introduzidas no cenário nacional, normas como a Lei de Arbitragem, a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, o Novo Código de Processo Civil (CPC) e a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), as quais procuram incentivar a utilização dos chamados meios alternativos de solução de conflitos.

Foi a partir da Resolução 125/2010, que estabeleceu a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário, que se começou a introduzir no país o Modelo Multiportas de Solução de conflitos.

Mas foi em 2015, com o advento do Novo Código de processo Civil, que o Sistema Multiportas é definitivamente introduzido na processualística nacional. O Sistema Multiportas direciona os litígios que chegam ao tribunal ao meio mais adequado para solução de controvérsias, utilizando-se, para economia de tempo e dinheiro, dos meios alternativos de solução de conflitos, especialmente da mediação e conciliação.

Neste contexto, o presente trabalho expõe em linhas gerais a crise no judiciário nacional e busca compreender o Sistema Multiportas de Solução de Conflitos. Bem como, pretende-se explorar, ainda que superficialmente, os métodos consensuais de solução de controvérsias.

METODOLOGIA

O presente trabalho empregou pesquisas à legislação nacional, jurisprudências e doutrinas relevantes na matéria objeto de estudo. Utilizando os métodos dedutivo, dialético e hipotético-dedutivo para sistematizar os dados coletados, a fim de cumprir o objetivo proposto.

O ACESSO À JUSTIÇA E A CRISE DO JUDICIÁRIO NACIONAL

A expressão “acesso à Justiça” é de difícil definição, mas tem como finalidade básica ser uma Justiça acessível a todos e ainda produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPPELLETTI E GARTH, 2002, pg. 3).

Para a efetivação do acesso à justiça foi necessário superar algumas barreiras, cujas principais foram identificadas e foram estudadas por Cappletti e Garth em três ondas de acesso à justiça. A primeira apresentou-se como assistência judiciária aos menos favorecidos economicamente, enquanto que a segunda proporcionou representação jurídica aos interesses difusos e a terceira um enfoque ao acesso à justiça através de uma concepção mais ampla da informalização de procedimentos de resolução de conflitos (CAPPELLETTI E GARTH, 2002, pg. 12).

Essas ondas de acesso à justiça permitiram que um maior número de pessoas tivesse acesso ao Judiciário. No Brasil, o debate sobre o acesso à justiça foi incorporado na Constituição de 1988, através da institucionalização da assistência jurídica; da defesa dos direitos difusos; criação dos Juizados Especiais, por exemplo. Sendo evidenciado pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, reproduzido no *caput* do artigo 3º do Código de Processo Civil, que prevê: “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”. Tal afirmação manifesta o direito de ação em sentido amplo, ou seja, uma vez provocado o judiciário este deve ofertar uma resposta ao requerimento a ele dirigido. Porém, nos parágrafos deste artigo estão previstos os métodos alternativos de solução de conflitos, compreendidos em: mediação, conciliação e arbitragem (GONÇALVES, 2016, p. 117).

Em um país caracterizado pelas desigualdades sociais, como o Brasil, apesar do elevado número de processos em trâmite nos tribunais, não se pode afirmar que exista uma disseminada busca por direitos, uma vez que o acesso à justiça pelas vias do judiciário apresenta um grave desequilíbrio, tendo de um lado um grande número de processos propostos por uma classe economicamente privilegiada, que conhece seus direitos, e de outro os que sequer sabem da existência deles e por essa razão não os reclama. Evidenciando que há uma deturpação das atribuições do Poder Judiciário, bem como aumento de dificuldades da democratização do direito de acesso à justiça (SADEK, 2014, pg. 60).

Sendo assim, vejamos o que SADEK (2014, pg. 60) diz sobre o Poder Judiciário brasileiro:

O Judiciário acaba por se transformar em órgão estatal responsável pela solução de litígios, sobretudo do setor público federal, estadual e municipal, dos bancos, das empresas prestadoras de serviços. Sobra pouco espaço para a instituição cumprir suas atribuições constitucionais relacionadas à garantia dos direitos e à composição dos conflitos de interesses. Ademais, a demanda por direitos, longe de ser universal, provém de setores privilegiados da sociedade. Em consequência, dado o volume de processos e o perfil dos que postulam judicialmente, a instituição sofre de inchaço, cuja dilatação, além de dificultar sua atuação, contribui para a construção de uma imagem negativa junto à população.

Esse enorme contingente de processos que adentram na justiça estatal brasileira encontra meandros internos que mesmo garantido o acesso formal ao judiciário tornam a conclusão dos processos distante (SADEK, 2014, pg. 60).

O relatório da justiça em números do ano de 2018 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é preocupante, uma vez que somente analisando a taxa de congestionamento do Poder Judiciário nacional, em relação a justiça estadual, na melhor hipótese, referente ao segundo grau de jurisdição, apresentou a taxa de 48,8%, sendo que em primeiro grau essa taxa sobe para alarmantes 80,8% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, pg. 37).

O grande número de autos distribuídos em todos os graus de jurisdição e a atual taxa de congestionamento da jurisdição coloca dúvida sobre a eficiência do sistema e evidencia a crise que se instalou no judiciário nacional, que não consegue corresponder ao ditame constitucional da razoável duração do processo, bem como apresentar uma resposta célere, adequada e efetiva aos conflitos da sociedade.

Posto isso, o que se nota nos últimos anos é que a justiça brasileira, por vezes, não responde ao jurisdicionado de forma eficiente, célere e efetiva, conforme os ditames constitucionais. E nas palavras de Rui Barbosa (1997, pg. 40): “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

A justiça brasileira é, portanto, caracterizada como ineficiente, com um enorme contingente de litígios pendentes, não correspondendo à razoável duração dos processos, o que mostra sua incapacidade de solucionar por si só os inúmeros conflitos que assolam a sociedade atual e batem às portas do judiciário diariamente (RODRIGUES, 2016, pg. 35).

A crise do judiciário, não somente no Brasil, mas em diversos países do mundo ocidental, trouxe força aos ditos métodos alternativos de solução de conflitos, uma tentativa para pacificação social.

Tanto que está previsto no artigo 3º, § 3º do Código de Processo Civil que a solução consensual dos conflitos deve ser, sempre que possível, promovida e estimulada pelo Estado.

JUSTIÇA MULTIPORTAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

O Tribunal Multiportas foi desenvolvido pelo professor de direito de Harvard, em 1976, Frank E. A. Sander:

O Tribunal Multiportas é uma instituição inovadora que direciona os processos que chegam a um tribunal para os mais adequados métodos de resolução de conflitos, economizando tempo e dinheiro tanto para os tribunais quanto para os participantes ou litigantes (ALMEIDA *et al.*, 2012, p. 26).

Segundo o próprio professor Sander (apud Almeida et. Al, 2012, pg. 29-30), esta instituição pode proporcionar aos cidadãos a oportunidade de participação na escolha do método a ser adotado para resolução da controvérsia, contribuindo para a inserção de pessoas, muitas vezes sem voz ativa, no centro das ações em igualdade de condições, além de dispor de opções que vão além das salas de audiência e medidas de coerção adotadas pelo Judiciário.

Dessa forma, por este sistema busca-se a pacificação social pelo meio mais adequado de solução para aquele conflito, o que engloba todos os meios, jurisdicionais ou não, estatais ou não. Para esta nova justiça, a solução estatal nos litígios que permitem autocomposição passa a ser *ultima ratio* (DIDIER JUNIOR, 2017, p. 185).

Como se pode perceber, a justiça estatal vista pelo Sistema Multiportas não é mais o único meio de solucionar disputas, atualmente está aliada aos meios alternativos de solução de conflitos. Para tanto, nas últimas décadas foram criadas normas para estimular estes métodos, como: a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996 com alterações pela Lei 13.129/2015), a Resolução nº 125/2010 do CNJ, o Código de Processo Civil (CPC) de 2015 e a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015).

A partir da Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, se estabeleceu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos. Essa política vem reconhecendo a necessidade da oferta de meios consensuais pelos tribunais. Nesta resolução, fica claro que o papel do Poder judiciário é o de orientar os litigantes sobre as diferentes formas para compor o conflito, sugerindo, gratuitamente, o meio mais adequado para o deslinde da questão, antes mesmo de uma demanda judicial (TARTUCE, 2019, p. 73).

Em uma análise sobre o Sistema Multiportas, Lessa Neto (2015), afirma que a partir do novo Código de Processo Civil o Brasil passou a adotar o Modelo Multiportas de Resolução de disputas, ocorrendo uma integração entre mecanismos adjudicatórios e consensuais de resolução de controversias, onde cada conflito deve ser encaminhado para o meio mais adequado a fim de se obter a solução. Essa mudança alcança todos os casos judiciais passíveis de autocomposição. E cria um modelo que ao invés de preocupar-se exclusivamente com a aplicação da lei pelo juiz, interessa-se também pela participação das partes na busca pela tutela dos direitos de forma adequada, tempestiva e efetiva. O próprio Lessa Neto (2015, p. 3) afirma que: “Resolver conflitos assume um significado mais amplo e rico que o de julgar um litígio. Trata-se de uma mudança paradigmática. Redimensiona-se o papel do processo e do Poder Judiciário.”

Assim, ao ser adotado o Sistema Multiportas de Solução de Conflitos, meios consensuais passam a ser fortemente estimulados. Podendo ser obtida a tutela dos direitos por diversos meios. Para além da justiça estatal se utiliza os equivalentes jurisdicionais, que podem ser posteriormente submetidas ao controle jurisdicional, por não serem definitivas (DIDIER JUNIOR, 2017, p. 185).

Os equivalentes jurisdicionais ou formas alternativas de solução de conflitos são maneiras pelas quais as partes envolvidas na controvérsia buscam solução fora da jurisdição estatal. São reconhecidas quatro espécies: autotutela, autocomposição (conciliação), mediação e arbitragem (NEVES, 2018, p. 61).

É certo, que essas técnicas mencionadas não são novidades no nosso sistema jurídico, o que o CPC traz de novo é a forma como essas técnicas serão utilizadas, como serão conduzidas por conciliadores e mediadores habilitados, sendo estes, parte da justiça civil, com a preocupação de direcionar as disputas para o método mais adequado para resolver a questão. Superando a percepção de que existe o julgamento imperativo da lide e que os outros métodos tratam-se apenas de meios alternativos a este, para uma idéia de que existem várias abordagens com igualdade de importância para a pacificação social (LESSA NETO, 2015).

O incentivo aos meios alternativos de solução de conflitos nas leis atuais não significa que a prestação jurisdicional pelo Estado-juiz seja antiquada ou mesmo uma “justiça” de segunda classe. E sim, que ela deve ser entendida como residual, no sentido, de que as partes devem tentar uma composição consensual, e somente não a conseguindo, se reportarem ao Judiciário para a solução da controvérsia. Essa deve ser a mentalidade de quem estuda ou pratica o direito processual civil nos dias de hoje, uma vez que o próprio processo porta elementos não convencionais ou alternativos de solução de conflitos, inclusive não jurisdicionais (BUENO, 2016, p. 96).

Apesar de ser um modelo interessante, com impactos significativos e positivos, o Sistema Multiportas, adotado pela lei processual em vigor, necessita de altos investimentos públicos para criação de toda a estrutura física necessária para receber grande parte dos processos judiciais transacionáveis que serão direcionados para mediação ou conciliação, bem como para capacitar os conciliadores e mediadores. Dessa forma, a alteração legislativa discutida não é suficiente para que o modelo multiportas seja efetivamente adotado e não se torne “letra morta” na legislação nacional ou para que adotado não acabe por entrar o funcionamento do Poder Judiciário (LESSA NETO, 2015, p. 5).

Existe ainda a necessidade da reformulação da mentalidade dos operadores do direito e da sociedade em geral para superar o paradigma legalista que procura resolver a lide, mas não se importa com o conflito que a gerou. Falta espaço inclusive, nas grades curriculares das Faculdades de Direito que ensinam e desenvolvam valores e técnicas negociais, bem como de mediação e de conciliação, impingindo no estudante a necessidade de analisar as potencialidades do caso. E quanto a sociedade há a necessidade de superar a idéia de que a solução consensual é uma justiça de segunda linha e que serve exclusivamente como tentativa de desafogar o Poder Judiciário (LESSA NETO, 2015, p. 7).

EQUIVALENTES JURISDICIONAIS

Os equivalentes jurisdicionais, também conhecidos como métodos alternativos de resolução de conflitos são formas pelas quais as partes envolvidas na controvérsia buscam solução fora da jurisdição estatal. São divididos em quatro espécies: autotutela, autocomposição (conciliação), mediação e arbitragem.

Um aditamento importante é que para parte da doutrina, como Neves (2018, pg. 61) a arbitragem é considerada um equivalente jurisdicional, enquanto que para outros estudiosos do direito, como Didier Junior (2017, p. 185), trata-se de exercício da jurisdição por autoridade não estatal.

A autotutela é a forma mais antiga de solução de um conflito, porém não desejada nos Estados Democráticos de Direito, já que se opera por meio da força exercida por uma das partes que faz com que ocorra o sacrifício integral do interesse da outra parte envolvida no conflito. Este equivalente jurisdicional somente é admitido em nosso sistema em casos excepcionais, como: legítima defesa ou exercício regular de um direito reconhecido (artigo 188, I, do Código Civil); apreensão do bem com penhor legal (artigo 1.467, I, do Código Civil); desforço imediato no esbulho (artigo 1.210, § 1º, do Código Civil) (NEVES, 2018, p. 61).

Arbitragem é uma forma heterocompositiva de resolução de litígios, onde um terceiro, como na jurisdição, resolve o conflito existente. É destinada exclusivamente para litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Funda-se na autonomia da vontade de pessoas capazes de contratar. Cujas regras são legitimadas na Lei da Arbitragem (MARINONI *et al.*, 2015, p. 174).

Formas consensuais de solução de conflitos podem ser feitas de forma extrajudicial ou judicial. Trata-se de uma maneira de solucionar controvérsias a partir da vontade das partes, podendo ocorrer o sacrifício integral ou parcial de interesses, o que é desejável para a pacificação social e condizente com o Estado Democrático de Direito (NEVES, 2018, p. 63).

A autocomposição pode ocorrer após a negociação das partes envolvidas, tendo ou não a participação de um terceiro auxiliador (mediadores e conciliadores). Já para Neves (2018, p. 64) a autocomposição não engloba a mediação, porque apesar de ser uma forma consensual de solução de conflitos não ocorre o sacrifício de interesses das partes envolvidas na crise jurídica, por estar centrada nas causas e não no conflito em si. Além do que o mediador não propõe soluções, ao contrário do conciliador. E ainda, existe a diferença referente a espécies de litígios mais adequados a cada uma das técnicas. Sendo que a conciliação (autocomposição) é mais adequada para conflitos de interesses entre partes que não possuam vínculo prévio, enquanto que a mediação deve ser utilizada para casos em que os envolvidos apresentam relação continuada.

Didier Junior (2017, p. 316-317) apresenta algumas considerações críticas quanto ao tratamento dado à autocomposição. Salieta que não deve ser encarada como uma forma de diminuição de número de processos que tramitam o judiciário ou como meio de acelerar o andamento dos autos, e ainda afirma ser temerosa a postura de magistrados que constroem as partes à realização de acordos judiciais, sendo inclusive, não recomendado que o juiz da causa exerça as funções de mediador ou conciliador. Reforça ainda que cabe ao profissional habilitado para promover a autocomposição estar atento ao desequilíbrio de forças entre os envolvidos, para que não haja celebração de acordos lesivos ao vulnerável.

Como mencionado anteriormente, o CPC de 2015, ao adotar o Sistema Multiportas de Solução de Conflitos, organizou o procedimento comum em duas fases. A primeira é dedicada a resolução consensual da disputa, na qual atuará o mediador ou conciliador, a depender do caso concreto. O réu não apresentará a contestação até a audiência de conciliação e mediação, visando evitar o agravamento do conflito. A realização e participação nessa audiência, em regra, são obrigatórias e deverá ocorrer em um centro judiciário de solução consensual do conflito, local adequado, informal, que permita que as partes se sintam confortáveis para transacionar (LESSA NETO, 2015).

A audiência prevista no artigo 334 do CPC somente não ocorrerá se houver expressada manifestação de desinteresse de todas as partes na conciliação ou quando o objeto do litígio não admitir autocomposição. Sendo o não comparecimento injustificado considerado ato atentatório à dignidade da justiça. Há algumas críticas à obrigatoriedade dessa audiência.

CONCLUSÃO

Com o presente artigo objetivou-se realizar um estudo sobre o Sistema Multiportas de solução de conflitos e sua contribuição a crise do Poder Judiciário.

Constatou-se que a justiça brasileira realmente encontra-se sobrecarregada de processos, que as taxas de congestionamento e o enorme número de processos que adentram no judiciário nacional levaram o Judiciário a um grave desequilíbrio, não permitindo que este apresente à sociedade uma resposta célere, eficaz e justa aos conflitos sociais. O que acarreta em uma imagem negativa deste Poder perante os cidadãos. E que esta crise da jurisdição nacional trouxe força aos meios alternativos de solução de conflitos.

Constatou-se também que a adoção do Sistema Multiportas de Solução de conflitos apresenta alternativas além da jurisdição para se obter a tutela de direitos. Este método insere as pessoas nas ações, na medida em que apresenta mecanismos adjudicatórios e consensuais para os litígios que podem utilizar-

se da autocomposição, onde cada conflito é encaminhado para o meio mais adequado a fim de se chegar à justiça esperada. Criando um modelo que ao invés de preocupar-se somente com a aplicação da lei, interessa-se pela participação das partes na busca da tutela do direito de forma adequada, tempestiva e efetiva.

Porém, apesar do Sistema Multiportas ser interessante, não é uma panacéia para a crise que assola o judiciário nacional, uma vez que necessita de altos investimentos públicos e uma mudança na mentalidade dos operadores do direito para inserirem os equivalentes jurisdicionais na busca pela tutela do direito em igualdade de condições com o modelo da jurisdição.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. (Org.) Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, cap. 1: Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas, p. 25-38.

BARBOSA, Rui. Oração aos moços; edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. – 5. ed. – Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. 52 p.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso: 05/08/2019.

_____. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05/08/2019.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05/08/2019.

_____. Lei 13.129, de 26 de maio de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05/08/2019.

_____. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05/08/2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, reimpressão 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. JUSTIÇA EM NÚMEROS 2018: ano-base 2017. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Anual. 212 p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado, 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2016.

LESSA NETO, João Luiz Lessa de. O Novo CPC adotou o modelo multiportas! E agora?! Revista dos Tribunais Online, v. 244, p.427-441, 2015. Disponível em: https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4557178/mod_resource/content/0/O%20novo%20CPC%20adoto%20o%20sistema%20multiportas%20-%20Jo%C3%A3o%20Lessa.pdf. Acesso em: 06/08/2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIÉRO, Daniel Francisco. Curso de Processo Civil. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. 1.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2018. v. único.

RODRIGUES, Silvana Yara de Castro Souza. Mediação judicial no Brasil “avanços e desafios” a partir do novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação. 2016. 98 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Autónoma de Lisboa. Lisboa, 2016.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à Justiça: Um direito e seus obstáculos. REVISTA USP, São Paulo, nº 101, p. 55-66, 2014. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i101p55-66>

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

TEORIA GERAL DOS RECURSOS NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL

Mayara Rodrigues Pereira

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: mrp.mayararodrigues@gmail.com

RESUMO

O presente objetiva apresentar a amplitude dos recursos no âmbito do processo penal brasileiro. Apresentar o conceito, seus principais princípios e pressupostos, assim como seus efeitos, preparos e, da inexistência do fato extintivo. Também, em relação ao que se trata quando fala-se em tempestividade e intempestividade. Da fungibilidade e a má-fé que concernem e, ainda, a respeito da flexibilização adotada pelos tribunais no âmbito do processo penal. Justifica-se o presente pela necessidade do conhecimento e do bom uso da legislação em favor e em prol social, como pela importância acadêmica e científica, visto que o presente estudo contribuirá para a reflexão junto à comunidade acadêmica das ciências jurídicas, no sentido de despertar interesse quanto ao tema proposto, a fim de entender a defasagem e carência do tema em questão. Importante também, perante a sociedade, pois o estudo em questão tem por objetivo, como já dito, demonstrar a amplitude dos recursos, que são para preservar a dignidade humana em uma tentativa a mais de provar sua inocência, mas, por muitas vezes, utilizado para ludibriar o Estado. Desenvolvido a partir de levantamento bibliográfico, análise da Lei, leitura e fichamentos, com discussão traçada a partir do método dedutivo legal, partindo do raciocínio lógico do geral para o particular. Conclui-se, frisando a importância dos recursos e a cautela em sua utilização, pois se encontram inúmeras brechas, possibilitando, que profissionais sem condutas éticas, utilizem-se de má fé, a fim de, retardar o andamento do processo, tratando apenas do individual e não do coletivo.

Palavras-chave: Recursos. Princípio. Pressupostos. Processo Penal. Flexibilização.

GENERAL THEORY OF RESOURCES IN CRIMINAL PROCEEDINGS

ABSTRACT

The present objective is to present the breadth of the appeals in the Brazilian criminal proceedings. Present the concept, its main principles and assumptions, as well as its effects, preparation, of the non-existence of the extinguishing fact. Also, when it comes to timeliness and untimeliness. The fungibility, the bad faith concern and, still, regarding the flexibility adopted by the courts in the context of criminal proceedings. The present is justified by the need of knowledge and the good use of legislation in favor and in favor of social, as benefit the academic and scientific importance, since this study will contribute to the reflection with the academic community of the legal sciences, to arouse interest in the proposed theme, in order to understand the gap and deficiency of the theme in question. Important also, in front of the society, because the study in question aims, as already mentioned, to demonstrate the breadth of resources, which are to preserve human dignity in a further attempt to prove its innocence, but often, used to deceive the State. Developed from bibliographic survey, analysis of the Law, reading and annotations, with discussion traced from the legal deductive method, starting from the logical reasoning of the general mode to the particular. In conclusion, stressing the importance of resources and the caution in their use, since there are numerous gaps, allowing professionals without ethical conduct to use themselves in bad faith, in order to slow down the process, dealing only with the individual and not the collective.

Keywords: Resources. Principle. Assumptions. Criminal Procedure. Flexibility.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho refere-se à teoria geral dos recursos no processo penal, do qual pode ser utilizado como meio de impugnação das decisões judiciais que buscam uma melhora na condição da parte por meio de uma reanálise da sentença ou decisão. Normalmente cedida por órgão jurisdicional de hierarquia superior.

Será apresentado brevemente o conceito e a natureza jurídica dos recursos, entretanto, de modo geral e não dispondo todos os recursos cabíveis e disponíveis.

Ao tratar de recursos, imprescindível e indispensável a apresentação de princípios, pois, trata-se de um benefício, de uma oportunidade para alcançar o almejado.

Seguindo a exposição do assunto, além dos princípios, abordam-se, pressupostos, seus efeitos propriamente dito, o preparo, a fungibilidade e a má-fé.

Justifica-se o presente, pela necessidade do conhecimento e do bom uso da legislação em favor e em prol social, como pela importância acadêmica e científica, visto que, o presente estudo contribuirá para a reflexão junto à comunidade acadêmica das ciências jurídicas, no sentido de despertar interesse quanto ao tema proposto, a fim de entender a defasagem e carência do tema em questão. Importante também, perante a sociedade, pois o estudo em questão tem por objetivo, como já dito, demonstrar a amplitude dos recursos, que são para preservar a dignidade humana em uma tentativa a mais de provar sua inocência, mas, por muitas vezes, utilizado para ludibriar o Estado.

Assim, objetiva-se mostrar a inexistência de fatos extintivos que os recursos se sujeitam, tal como a tempestade e intempestividade, que fazem extrema importância para a admissibilidade dos mesmos. Pois, sem o atendimento de requisitos e sem justo motivo, o mérito do recurso não poderá ser analisado, obstando, prematuramente, a pretensão de melhora na condição daquele que o interpôs.

METODOLOGIA

O presente estudo foi desenvolvido a partir de levantamento bibliográfico, estudo sistematizado desenvolvido com base em material publicado em livros e redes eletrônicas. Afirma-se que, as informações foram coletas em livros que abordam o tema proposto.

A discussão traçada a partir do método dedutivo legal, partindo do raciocínio lógico do geral para o particular. Trata-se de um estudo qualitativo, vez que visa apresentar a qualidade e a importância do conhecimento. Portanto, visa descrever, compreender e explicar as informações pesquisadas.

RESULTADO

Apresenta-se a conceituação dos recursos pelos renomados autores conforme conceitua:

Em termos simples, contudo, podemos conceituar recurso como o instrumento processual de interposição voluntária, destinado à obtenção do reexame de decisão proferida na mesma relação jurídica processual, passível de provocar esclarecimentos, integração ou invalidação da decisão judicial impugnada! (MONGENOT, 2016, p. 857)

No âmbito da atividade jurisdicional, há duas perspectivas com as quais se pode elaborar uma teoria dos recursos. A primeira, do interesse do Estado no controle dos atos (jurisdicionais) por ele praticados, quando irá revelar-se público, se a orientação pela preocupação com a qualidade e a regularidade da atividade jurisdicional. A segunda hipótese, em que a perspectiva adotada dirige-se mais aos interesses das partes, os recursos se prestariam também a uma revisão das decisões judiciais, mas já então sob justificção distinta, a saber: a da amplitude da defesa. (PACELLI, 2019, p. 961-962)

Recurso é a providencia legal imposta ao juiz ou concedida à parte interessada, consistente em um meio de se obter nova apreciação da decisão ou situação processual, com o fim de corrigi-la, modifica-la ou confirmá-la. Trata-se do meio pelo qual se obtém o reexame de uma decisão. (CAPEZ, 2016, p. 740)

Diante os acima expostos, pode afirmar-se que, os recursos tem por natureza jurídica o desdobramento do direito de ação, como se fosse uma nova ação dentro do mesmo processo. O recurso é um meio destinado à reforma da decisão.

PRINCÍPIOS DOS RECURSOS

I. Princípio da taxatividade dos recursos

Os recursos dependem de previsão legal, de modo que o rol dos recursos e as hipóteses de cabimento configuram um elenco taxativo. Isso porque, na tentativa de equilibrar as garantias do valor justiça e do valor certeza, não se pode admitir que a via recursal permaneça infinitamente aberto, o que sacrificaria o princípio da segurança jurídica. (GRINOVER; GOMES FILHO; FERDADES, 2004, p.30)

Os recursos devem estar expressamente previstos em lei, não se admitindo que a parte requeira a reforma de uma decisão sem que haja previsão legal do meio impugnatório. A taxatividade, assim, fica caracterizada pela previsão de lei que enumera os recursos e define suas hipóteses de cabimento. (M,ONGENOT, 2016 p. 861)

No tocante ao exposto, tal princípio, denota que não devem ser conhecidos recursos contra decisões, ao menos que haja meio impugnatório expresso em lei: hipóteses e/ou situações de cabimento.

Entretanto, conforme dispõe o artigo 3º C.P.P. “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. (BRASIL, 1941, não paginado), ou seja, não exclui a possibilidade de interpretação extensiva ou em analogia para o caso concreto.

II. Princípio da fungibilidade e variabilidade dos recursos

Quando se trata do princípio da fungibilidade do processo, tem-se que, por este princípio o juiz reconhecendo a impropriedade do recurso, este mandará que se processe com o rito do recurso correto, na forma do artigo 579 C.P.P.

Art. 579. Salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro.

Parágrafo único. Se o juiz, desde logo, reconhecer a impropriedade do recurso interposto pela parte, mandará processá-lo de acordo com o rito do recurso cabível. (BRASIL, 1941, não paginado).

Renomados doutrinadores, como expostos, apresentam que, “a parte não será prejudicada pela interposição equivocada de um recurso por outro, desde que não haja má-fé ou erro grosseiro” (MONGENOUT, 2016, p. 862), ainda, Pacelli (2019, p.971-972) apresenta que, “trata-se da possibilidade do conhecimento dos recursos pelo órgão de revisão (competente para o seu julgamento), independentemente do acerto quanto à modalidade recursal prevista na lei.”, o renomado autor em tela, acrescenta ainda que, o problema da má-fé é sua difícil comprovação, tratando-se esta, de exclusividade subjetiva da intencionalidade.

Para Mougnot (2016) quando da variabilidade dos recursos, é permitido à desistência de um já interposto para a interposição de um novo, desde que, dentro do prazo legal.

O renomado autor, ainda esclarece que, parte da doutrina entende que tal princípio deixou de existir na legislação brasileira em decorrência da preclusão consumativa, da qual, trata-se da perda do direito de recorrer da mesma decisão mais de uma vez. Desta forma, o renomado supramencionado afirma que, “a prática de ato processual anterior extingue a possibilidade de se exercitar novamente o direito ao recurso, mesmo que interposto tempestivamente”. (p. 862)

III. Princípio da Unirrecorribilidade e do duplo grau de jurisdição

De acordo com Mougnot (2016), a regra geral, é prevista pela lei, sendo um único recurso adequado para a impugnação de cada decisão, não sendo permitido a interposição de mais de um recurso da mesma decisão.

Pelo sentido ainda em tela, Grinover; Gomes Filho; Fernandes (2005 p. 39) ressaltam que, “Há casos, porém, de decisões objetivamente complexas, com capítulos distintos, em que entram em jogo diversos requisitos de admissibilidade. Para esses casos, a lei pode prever expressamente o oferecimento de recursos concomitantes e diversos para impugnar a mesma decisão”.

Não distante do acima dito, pode-se dar-se em continuidade tratamento ao princípio do duplo grau de jurisdição, que conforme colocado por Pacelli (2019, p.966) que,

“a exigência do duplo grau de jurisdição, enquanto garantia individual, permite ao interessado a revisão do julgado contrário aos seus interesses, implicando o direito à obtenção de uma nova decisão em substituição à primeira. Para que se possa falar rigorosamente em duplo grau, porém, é preciso que a revisão seja feita por outro órgão da jurisdição, hierarquicamente superior na estrutura jurisdicional.”

IV. Princípio da *non reformatio in pejus directa e indireta*

Visa proteger o réu que a partir de um recurso exclusivo da defesa, o juízo *ad quem* ao examinar o mérito do pedido, não poderá agravar a sua situação seja ela qualitativa ou quantitativamente, chamado de *non reformatio in pejus directa*. Por outro lado, caso a decisão seja anulada em função de recurso interposto pela decisão, o novo juiz ao proferir uma nova sentença, ficará vinculado ao máximo da pena imposta pelo juízo de primeira instância.

V. Princípio da *reformatiu in melius*

Quando o recurso parte da acusação é plenamente possível que o juízo *ad quem* melhore a situação da defesa, seja para aplicar causa de diluição de pena ou circunstâncias agravante ou excluir qualificadoras.

PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS RECURSAIS

Em regra, o recurso é interposto perante o juízo *a quo*, ou seja, juízo prolator da decisão a que está sendo impugnada, que é o juízo contra o qual se recorre, e o seu julgamento cabe ao chamado juízo *ad quem*, o juízo de segundo grau, ou seja, o juízo para o qual se recorre. Porém, em alguns casos o recurso é interposto no juízo *a quo*, para ser julgado por ele mesmo, o que ocorre em casos de embargos de declaração, os quais são manejados e julgados perante o mesmo juízo. Vale lembrar que alguns recursos o próprio Supremo Tribunal Federal assume a posição de Tribunal de apelação, como por exemplo, em crimes políticos, conforme previsto na Constituição Federal:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

[...]

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; [...]. (BRASIL, 1988, não paginado).

Em primeiro momento, incumbe ao juízo *a quo* fazer o juízo de admissibilidade, verificando se há ou não a presença dos pressupostos de admissibilidade recursal, no entanto, esse juízo não é definitivo, mas sim provisório, e não vinculo ao juízo *ad quem*, o qual possui a competência para a decisão definitiva acerca da presença dos pressupostos de admissibilidade.

Se o recurso for inadmitido pelo juízo *a quo*, a parte deve opor-se contra a decisão por meio de outro recurso, caso a parte prejudica em decorrência da denegação não interposto outro recurso, estará preclusa a via recursal. Em primeira instância, denegada a apelação, caberá a RESE, prevista no artigo 581, inciso XV, do C.P.P. “Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: [...] XV - que denegar a apelação ou a julgar deserta; [...]”. (BRASIL, 1941, não paginado), denegados os recursos anteriores, caberá a carta testemunhável, prevista no artigo 639 do mesmo dispositivo, conforme lê-se: “Art. 639. Dar-se-á carta testemunhável: I - da decisão que denegar o recurso; II - da que, admitindo embora o recurso, obstar à sua expedição e seguimento para o juízo *ad quem*”. (BRASIL, 1941, não paginado).

Há impugnações em que o juízo de prelibação é feito em apenas 1º grau de jurisdição, isso ocorre por exemplo, na carta testemunhável, cujo a admissibilidade é aferida apenas em segundo grau, e ainda que manifeste descabida ou intempestiva, deve ser remetida ao tribunal competente, o qual deve concluir ou não seu conhecimento. O que semelhantemente ocorre com os embargos de declaração oposto contra sentença, ou contra acórdãos.

Os pressupostos objetivos dizem respeito ao próprio recurso, e são apontados pelas doutrinas conforme dispostos abaixo:

Cabimento é compreendido como a previsão legal da existência do recurso, se a lei não prevê recurso contra determinada decisão, esta é irrecorrível, no entanto, não impede que a parte volte a questionar a matéria em uma eventual preliminar de futura apelação, ou por meio de habeas corpus ou mandado de segurança.

Adequação, diante de alguma decisão gravosa, incumbe-se a parte verificar inicialmente se há previsão legal de algum recurso contra tal. Após, constatado que a lei prevê recursos contra referida decisão, o próximo passo é verificar qual o recurso adequado. O pressuposto da adequação deve ser entendido como a utilização de uma via impugnativa correta para insurgir contra a decisão, e faz-se

necessária e pertinente entre o recurso previsto legalmente para a decisão impugnada e aquele que efetivamente interposto pelo sucumbente.

Tempestividade trata-se que, recurso deve ser interposto no prazo, sobre pena de preclusão temporal. O recurso será considerado tempestivo quando oferecido dentro do prazo estabelecido em lei. O prazo processual é marcado de sua data de início, chamado *dies a quo*, e a data de término, chamada de *dies ad quem*.

Será intempestivo o recurso que for oferecido após o prazo para interposição do recurso, bem como aquele que é apresentado antes de publicada a decisão. Uma vez constatada a intempestividade da impugnação, o próprio órgão jurisdicional que competia recebe-la deve negar o seu seguimento, impedindo então sua remessa ao juízo *ad quem*, salvo em casos de agravo de instrumento e da carta testemunhável, que mesmo intempestivas, terão segmento, pois não compete ao juízo *a quo* o exame da admissibilidade destas impugnações. Previstos no artigo 1.016 do NCPC e artigo 642 do CPP.

Para que se possa verificar tempestividade do recurso, é levada em consideração a data em que a petição foi protocolada, ou que é entregue ao escrivão ou diretor da secretaria, independente do momento do despacho do juízo *a quo*. O art. 575 do CPP, diz que, não será prejudicado os recursos que por algum tipo de erro, falta ou omissão dos funcionários, não foram apresentados ou não tiveram seguimento dentro do prazo, o Supremo na sumula nº 428, segue o mesmo raciocínio “não fica prejudicada a apelação entregue em cartório no prazo legal, embora despachada tardiamente”.

O recebimento do recurso em setor diverso do devido, também não pode ser considerado intempestivo, se protocolado, dentro do prazo assinado em lei. Ou seja, no caso concreto se o recurso for protocolado dentro do prazo, mas em setor diverso, deverá ser considerado tempestivo, pois o Supremo diz que o erro não pode ser atribuído exclusivamente ao advogado do apelante, uma vez que o setor recebeu o recurso indevidamente, logo não será admitida a sua intempestividade.

Inexistência de fato impeditivo cabe verificar, se estão ou não presentes os determinados fatos que impedem o seu conhecimento. Como após a revogação do artigo 594 do CPP, não se admite o recolhimento do acusado como pressuposto recursal, então a renúncia e a preclusão subsistem como únicos fatos que impedem o conhecimento do recurso.

A renúncia ocorre quando o legitimado à interposição do recurso abre mão do seu direito de recorrer, que é diversa da desistência, que ocorre durante a tramitação do recurso, a renúncia se dá antes da interposição da impugnação.

A preclusão pode ser compreendida como um fato impeditivo, a preclusão representa a perda da faculdade ou direito processual, que se dividem em três tipos de preclusão, lógica: incompatibilidade de um ato processual, com um ato anteriormente praticado; temporal: decorre do não exercício de faculdade ou direito processual o prazo determinado, exemplo a impugnação intempestiva; e por fim a consumativa: que ocorre quando a faculdade já foi validamente exercida, em relação aos recursos a preclusão consumativa está relacionada aos princípios da Unirrecorribilidade e da variabilidade dos recursos.

Inexistência de fato extintivo dá-se após interposto e conhecido o recurso será levado a julgamento e pode o juízo *ad quem* dar ou não provimento. Nesse caso diz-se que o recurso foi extinto normalmente, o que ocorre quando o juízo *ad quem* emite sobre ele juízo de valor dando ou negando o seu provimento. Alguns fatos podem surgir durante a tramitação do recurso causando a extinção anômala do recurso. Ainda que por fatos supervenientes, venham ser extintos, que são a desistência e deserção. Diferente dos fatos impeditivos, os fatos extintivos recaem sobre os quais já foram interpostos, mas ainda não julgados.

Regularidade formal consiste para que determinado recurso venha ser conhecido, a impugnação deve seguir algumas formalidades legais, como a forma de interposição e a motivação. Esse pressuposto é mitigado pelo princípio da instrumentalidade das formas, cumprindo apenas a função de proteger ou de atingir algum fim, de forma que tal pressuposto vem sendo interpretado de forma menos rigorosa, de forma a resguardar o princípio do duplo grau de jurisdição e a possibilidade de controle das decisões judiciais.

Os pressupostos subjetivos de admissibilidade recursal subdividem-se em dois: legitimidade para recorrer e interesse recursal, conforme veremos abaixo:

De acordo com o art. 577, caput do CPP, o recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público ou pelo querelante, pelo réu, seu procurador ou seu defensor. Esse dispositivo de lei faz menção apenas aos sujeitos processuais, os quais podem ingressar com qualquer dos recursos previstos em lei, os quais são compreendidos como legitimados gerais, ou seja, dos quais possuem legitimidade para recorrer.

Além dos legitimados gerais, há outros legitimados, em relação a recursos específicos, como por exemplo, o assistente da acusação, tem legitimidade para interpor diversos recursos.

No processo penal, tanto o defensor quanto o acusado, são legitimados, de maneira autônoma para interpor recursos de forma que o defensor pode interpor recurso em favor do acusado, ainda que contra sua vontade, pois investido de legitimação autônoma e concorrente, para recorrer, o acusado também tem capacidade postulatória própria, para interpor recursos no 1º grau de jurisdição independente da intervenção de seu advogado.

Segundo o artigo 577, caput do CPP, não se admite recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou na modificação da decisão. Em regra, se diz que o interesse recursal se deriva da sucumbência, que é compreendida como situação de desvantagem jurídica, que vem de uma emergente decisão.

Portanto, havendo sucumbência, quando a decisão não atender a expectativa juridicamente possível. Logo, se o promotor de justiça postulou a condenação do acusado, e o mesmo é absolvido, houve a sucumbência, se o Ministério Público requerer o reconhecimento do crime consumado, e o juiz condenou o acusado a crime tentado, também houve sucumbência. Portanto para que o recurso venha ser conhecido, deverá o recorrente demonstrar que possui o interesse na reforma ou modificação da decisão, já que a via impugnativa não pode ser usada para a mera discussão de teses.

EFEITOS RECURSAIS

Tem-se, como regra geral, o Efeito Devolutivo. Permite que o tribunal superior reveja a matéria controversa de forma integral. Se houver matéria que permite conhecimento de ofício em relação à instância superior, esta poderá avaliar sem impugnação expressa de qualquer das partes. Como exemplo, Nulidade Absoluta – normalmente quando já prejuízo para o réu.

Em casos excepcionais, tem-se, o Efeito Suspensivo. Impede a produção de consequências logo após a decisão. Tratando-se de sentença absolutória a eficácia imediata, provocando a rápida soltura do réu. Já, no caso de sentença condenatória, a eficácia é contida, impondo pena privativa de liberdade que somente se executa após o trânsito em julgado. Portanto é o instrumento para prorrogar a condição de ineficácia da decisão.

Ainda, tem-se, o efeito regressivo, este que, trata de devolver ao órgão que prolatou a decisão para que ele próprio faça o reexame, geralmente acontece com os embargos declaratórios e recursos como recurso em sentido estrito e o agravo em execução.

DISCUSSÃO

O pressuposto lógico de todo recurso, é que anteriormente haja uma decisão judicial, logo, para que se possa interpor recurso, presume-se que já exista uma decisão.

Para que o pedido de determinado recurso possa ser analisado é necessário que o mesmo preencha certos pressupostos, os quais são chamados de pressupostos ou requisitos de admissibilidade recursal que é subdividido em objetivo e subjetivo. Logo, antes de passar a análise do mérito recursal, o recurso passa por um juízo de admissibilidade, que também é chamado de prelibação e que consiste na verificação da presença dos pressupostos de admissibilidade recursal.

Conforme ensina Noronha (1999, p.338, apud AVENA, 2017, p.1177), por recurso compreende-se “[...] a providência legal imposta ao juiz ou concedida à parte interessada, objetivando nova apreciação da decisão ou situação processual, com o objetivo de corrigi-la, modifica-la ou confirma-la”.

Em outras palavras, quando se discute recursos, argumenta-se o reexame de uma decisão.

A existência dos recursos é primordialmente justificada, pela Constituição Federal, uma vez que, ao organizar o Poder Judiciário em instancias de diferentes categorias e permitir às instancias superiores rever decisões das inferiores, instituiu o principio do duplo grau de jurisdição, do qual, objetiva assegurar a efetiva prestação jurisdicional, traduzindo-se como um pressuposto necessário à justa composição da lide.

Em seu Artigo 5º, Inciso LV a Constituição Federal de 1988, dispõe que:

Art. 5º [...]

LV – a providência legal imposta ao juiz ou concedida à parte interessada, objetivando nova apreciação da decisão ou situação processual, com o objetivo de corrigi-la, modifica-la ou confirma-la.

[...] (BRASIL, 1988, não paginado).

Os recursos têm como um dos principais requisitos o atendimento aos princípios pré-estabelecidos para o bom desempenho de sua real funcionalidade. Em razão ao Princípio da Taxatividade, para ser admitido o recurso deverá constar previsto na legislação vigente.

Ainda assim, haverá exceções. Por exemplo, interposição de recurso contra decisão que rejeita o aditamento da denúncia, embora, não esteja expresso no rol do artigo 581 C.P.P., está permitido. Tal afirmação, fora possível com o embasamento dado pelo renomado autor:

Esse princípio não impede a aplicação analógica nem a interpretação extensiva das normas processuais penais, como prevê o artigo 3º do CPP. Assim, por exemplo, apesar de não haver previsão expressa, admite-se a interposição do recurso em sentido estrito da decisão que rejeita o pedido de aditamento da denúncia, embora essa hipótese não esteja incluída no rol do artigo 581 do CPP. (MONGENOT, 2016, p. 861)

Mediante as exposições apresentadas nos resultados apontados, pode afirmar-se que, a parte não deverá sofrer qualquer tipo de dano em função da interposição equivocada dos recursos, onde o recorrente, após o prazo interpõe propositalmente, recurso diverso ainda não vencido com finalidade de protelamento. Por outro lado, o erro grosseiro, denota interposição de recurso inadequado, o qual a lei claramente determina outrem.

Ainda, quanto à variabilidade dos recursos, afirma-se que, a essência deste, consiste em permitir ao recorrente a desistência de um recurso para a interposição de outro, desde que dentro do prazo legal. Porém, parte da doutrina entende que ao desistir de um recurso já interposto, o recorrente não tem o direito de recorrer novamente, fenômeno chamado de preclusão consumativa, mesmo que, esteja este dentro do prazo estabelecido.

Em regra, para cada decisão há um único recurso cabível, não sendo viável combater um julgado por mecanismos diversos. O que poderia em tese, gerar decisões contraditórias, insegurança e descrédito da justiça, além da ausência de economia processual.

O firmado acima expõe o princípio da Unirrecorribilidade das decisões, do qual o renomado autor a seguir exposto apresenta duas circunstâncias excepcionais:

- a) pela própria legislação. É exemplo em que já previsão da interposição comitente de mais de um recurso: a interposição simultânea de recurso extraordinário e de recurso especial, caso o acórdão contrarie, a um só tempo, preceito constitucional e lei federal;
- b) pelo *princípio da variabilidade dos recursos*, que faculta à parte a desistência de um recurso para a interposição de outro. (MOUGENOT, 2016, p. 863)

O reexame visto anteriormente, que é a garantia dos recursos processuais, é pelo duplo grau de jurisdição permitido que seja feito por jurisdições distintas, em regra, por instâncias diversas da originária, ainda superior, a fim de saciar o inconformismo diante de uma primeira decisão desfavorável.

Não distante do apresentado pelos renomados autores, citados neste em momento anterior, Lima (2016, p.1600) apresenta-nos dois fundamentos para o duplo grau de jurisdição:

- a) falibilidade humana: o juiz é um ser humano e, portanto falível. Pode cometer erros, equivocar-se, proferir uma decisão iníqua. [...].
- b) inconformismo das pessoas: é absolutamente natural o inconformismo da parte diante de uma decisão que lhe seja desfavorável. Afinal, em qualquer setor da atividade humana, ninguém se conforma com um primeiro julgamento contrário aos seus interesses. [...].

Como mencionado pelo autor em tela, em outras palavras, pode-se dizer que quando o recurso parte da acusação é plenamente possível que o juízo ad quem melhore a situação da defesa, seja para aplicar causa de diluição de pena ou circunstâncias agravantes ou ainda, excluir qualificadoras.

O supra citado, diz respeito ao princípio da *reformatio in melius*, Lima (2016, p. 1622) esclarece que, a despeito de não haver consenso na doutrina, prevalece o entendimento de que se aplica o sistema do benefício comum, isto é, do recurso interposto pelo Ministério Público, querelante ou assistente da acusação, pode resultar benefícios a parte contrária, leia-se, ao acusado.

FUNGIBILIDADE E MÁ FÉ

O art. 579, *caput* do Código de Processo Penal enfatiza a má fé, dispondo que “salvo hipótese de má fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro.” (BRASIL, 1941, não paginado),

podemos assim, afirmar que neste artigo há imposição do princípio da fungibilidade, dessa forma, o recurso erroneamente interposto pode ser reconhecido por outro, desde que não haja má-fé comprovada, ou seja, deve se demonstrar que o equívoco ocorrente não foi cometido de maneira deliberada, a fim de obter vantagens de ordem processual. A má-fé pode ser presumida nas seguintes hipóteses elencadas:

a) Quando não for observado o prazo previsto em lei para o recurso adequado, por exemplo, caso a parte venha interpor o recurso errado, porém, no prazo legal realizou o recurso adequado, presume-se que agiu de boa-fé. Por outro lado, se a parte sucumbente perdeu o prazo para eventual apelação, que de acordo com o C.P.P. Artigo 593, dispõe-se de 5 dias, interpor recurso extraordinário para tentar se beneficiar de seu prazo mais elástico, sendo para este 15 dias, podemos presumir sua má fé, pois é inviável neste caso, a aplicação do princípio da fungibilidade.

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948). [...]. (BRASIL, 1941, não paginado).

Ao exame dos autos, verifico a ocorrência de intempestividade recursal. Nos termos do art. 26 da Lei 8.038/1990, o recurso extraordinário, em matéria penal, deveria ser interposto no prazo de quinze dias contados da data de publicação do acórdão recorrido. Ocorre que o Novo Código de Processo Civil revogou expressamente o art. 26 da Lei 8.038/1990 (art. 1.072 do CPC/2015), dessa forma, o prazo para a interposição do recurso extraordinário penal, foi mantido em 15 (quinze) dias, consoante a regra geral do art. 1.003, § 5º, do CPC/2015. Noutro giro, é certo que as regras do processo civil somente se aplicam aos processos penais quando inexistente regra processual penal expressa regulando a matéria (art. 3º do CPP). Assim, inaplicável, ao caso em apreço, o disposto no art. 219, caput, do CPC/2015, que determina a contagem do prazo recursal em dias úteis, porquanto, o prazo para a interposição do recurso extraordinário em matéria penal é regido expressamente pelo art. 798 do Código de Processo Penal, o qual dispõe: "Art. 798. Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado." Nesse contexto, havendo regra expressa na lei processual penal acerca da contagem dos prazos processuais, o prazo de 15 dias previsto no art. 1.003, § 5º, do CPC/2015, aplicado subsidiariamente no caso de recurso extraordinário em matéria penal, será contado de forma contínua. Nesse sentido: "(...) (ARE 1.009.351-AgR/SE, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 23-03-2017 –)". [ARE 1.045.980, rel. min. Rosa Weber, dec. monocrática, j. 31-5-2017, DJE 90 de 2-6-2017.]

b) No entendimento de Nucci, temos que:

Erro grosseiro é aquele que evidencia completa e injustificável ignorância da parte, isto é, havendo nítida indicação na lei quanto ao recurso cabível e nenhuma divergência doutrinária e jurisprudencial, tornando-se absurdo o equívoco, justificando-se a sua rejeição. (2011, p. 992/993).

É importante salientar, que a parte não será prejudicada pelo erro grosseiro, ou seja, pela troca da espécie do recurso, desde que, não haja má-fé, neste sentido, Mougenot diz que:

Erro grosseiro, contudo, é o conceito, que a doutrina ainda não especificou claramente, havendo somente os precedentes jurisprudenciais que possam indicá-lo e o fato, a priori, de que haverá erro grosseiro toda vez que o recurso correto estiver expressamente indicado em lei e outro for utilizado. (2017, p. 866).

Diante o exposto, a fim de compreender melhor a matéria mencionada, podemos exemplificar com a seguinte narrativa: o Recorrente ao invés de interpor recurso em sentido estrito contra decisão que desclassificou o crime determinando a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, interpôs recurso de apelação, nesse sentido, o STJ concluiu que a declinação da competência para juízo diverso não caracteriza dúvida necessária para autorizar a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, ou seja, o erro é evidente, não há dúvidas em questões de qual recurso seja cabível, dessa forma, caracterizou-se o erro grosseiro.

Por isso, podemos concluir que o princípio da fungibilidade não visa resguardar a parte do erro grosseiro profissional, mas tão somente evitar que controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao recurso adequado causem prejuízo ao recorrente.

PREPARO DOS RECURSOS

A preparação dos recursos significa o recolhimento das custas processuais para interposição destes, entretanto, parte da doutrina entende que a ausência do recolhimento das custas implicará em deserção dos recursos. Nos casos de ação penal privada, quando o recorrente não for manifestamente pobre, nessa mesma linha de raciocínio, outros autores entendem, que a falta de recolhimento das custas, não é empecilho a interposição de recursos, pois em se tratando da liberdade individual da pessoa, e como consequente a defesa de sua dignidade, esta não deva ser precificada, de forma a impedir o alcance para aquele réu sem condições financeiras.

INEXISTÊNCIA DE FATO EXTINTIVO

Interposto e reconhecido o recurso, a impugnação será levada a julgamento, podendo o juízo *ad quem* dar-lhe provimento ou não. Sendo assim, diz que o recurso foi extinto normalmente, quando o juízo *ad quem* emite sobre ele um juízo de valor, dessa forma dando ou negando o provimento.

Entretanto, a certos efeitos durante a tramitação do recurso, que podem levar a extinção anômala do recurso, são eles: a desistência e a deserção.

A desistência ocorre, quando o recorrente pronuncia que não há mais interesse com o seguimento da impugnação. Enquanto a renúncia à faculdade de recorrer acontece antes da interposição de recurso, a desistência se dá depois da interposição da impugnação.

Segundo o art. 576 do Código de Processo Penal, o Ministério Público, não pode desistir do recurso haja interposto, ou seja, o Ministério Público não é obrigado a recorrer, por conta do princípio da voluntariedade dos recursos, podendo inclusive se recusar a recorrer, porém, uma vez interposto o recurso, não poderá desistir do mesmo.

Convém destacar, que o acusado e seu defensor podem livremente desistir dos recursos anteriormente interpostos. Nesse caso, havendo desistência por parte do defensor, o ideal é que o magistrado determine a intimação pessoal do acusado, para dar prosseguimento ao recurso. Se o acusado manifesta-se no sentido de não possuir interesse no julgamento do recurso, seu defensor também deve ser intimado para que se pronuncie. Havendo discordância de ambos, deve prevalecer a vontade daquele que tem interesse no julgamento. Por isso, quando a súmula nº705 do Supremo diz que “a renúncia do réu ao direito de apelação manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta” (BRASIL, 2003, não paginado), deve se entender que o entendimento nela consolidado aplica-se tanto à renúncia quanto à desistência.

A deserção caracteriza-se como a hipótese de extinção do recurso, ocorre por falta de preparo do recurso do querelante em crime de ação penal exclusivamente privada, pode ocorrer, por exemplo, nos casos em que há fuga do réu no caso de apelação, e ocorrerá também nos casos pelo não pagamento das custas processuais, conforme prescreve o art. 806, § 2 do Código de Processo Penal:

Art. 806. Salvo o caso do [art. 32](#), nas ações intentadas mediante queixa, nenhum ato ou diligência se realizará, sem que seja depositada em cartório a importância das custas.

[...]

§ 2º A falta do pagamento das custas, nos prazos fixados em lei, ou marcados pelo juiz, importará renúncia à diligência requerida ou deserção do recurso interposto.

[...]. (BRASIL, 1941, não paginado).

Para recorrer a uma decisão é necessário o pagamento das despesas relacionadas ao recurso, tais despesas incluem-se à custa, o porte de remessa e retorno dos autos e as devidas despesas postais.

Em relação ao disposto sobre o assunto, o art. 806, caput, relata que salvo nas hipóteses de comprovada a pobreza, nas relações intentadas mediante queixa, nenhum ato ou diligência será realizado sem o depósito das custas processuais em cartório, dessa forma, a falta de pagamento das custas, no prazo devidamente fixado em lei, ou marcado pelo magistrado, implicará renúncia a diligência requerida ou deserção do recurso interposto.

Dessa forma, cumpre observar que a falta do pagamento das custas, ocasiona deserção do recurso apenas em relação ao querelante, e desde que ele não faça parte da Justiça Gratuita. O querelado, mesmo que dotado de boa condição financeira, não é obrigado a efetuar o preparo do recurso para que o mesmo seja conhecido.

É importante salientar, que a deserção aplica somente em hipóteses de ação penal exclusivamente privada ou personalíssima. Em relação à ação penal privada subsidiária da pública, na medida em que o querelante atua no lugar do Ministério Público, não se pode exigir o recolhimento das custas, pois o interesse em discussão é de natureza pública.

Por fim, convém destacar perante a deserção, que a interposição de qualquer recurso no âmbito de ação penal pública não depende de pagamento das custas, dessa forma não está sujeita a deserção por falta de preparo.

Em relação à deserção, há também por fuga do acusado, a causa era prevista no art. 594 (revogado pela Lei nº 11.719/2008) e 595 (revogado pela Lei nº 12.403/2011) do Código de Processo Penal, porém foram revogados por conta das fortes críticas doutrinárias.

O art. 594 do CPP, traz que, “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”. (BRASIL, 1941, não paginado)

Ou seja, o indivíduo deveria ser primário e possuir bons antecedentes para caber a apelação. Em relação, ao art. 595 do CPP, continha os seguintes dizeres: “se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação”. (BRASIL, 1941, não paginado).

Atualmente, portanto apresenta-se inviável a extinção anômala do recurso em face da fuga do acusado durante a tramitação da impugnação. Dessa forma, conclui-se que é assegurado o direito de fuga pelo acusado, e cumpre observar que o mesmo não perde o direito de apelação, pois, poderá o recurso ser interposto pelo advogado, visto que o mesmo possui legitimidade e autonomia.

TEMPESTIVIDADE

Os prazos recursais são fatais, contínuos e peremptórios, não interrompem-se por férias, domingos ou dias de feriados. O artigo 798 do Código de Processo Penal, dispõe que:

Art. 798. Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado.

§ 1º Não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento.

§ 2º A terminação dos prazos será certificada nos autos pelo escrivão; será, porém, considerado findo o prazo, ainda que omitida aquela formalidade, se feita a prova do dia em que começou a correr.

§ 3º O prazo que terminar em domingo ou dia feriado considerar-se-á prorrogado até o dia útil imediato.

§ 4º Não correrão os prazos, se houver impedimento do juiz, força maior, ou obstáculo judicial oposto pela parte contrária.

§ 5º Salvo os casos expressos, os prazos correrão:

- a) da intimação;
- b) da audiência ou sessão em que for proferida a decisão, se a ela estiver presente à parte;
- c) do dia em que a parte manifestar nos autos ciência inequívoca da sentença ou despacho. (BRASIL, 1941, não paginado).

A fim de esclarecer a tempestividade dos recursos, é preciso analisar umas questões tais como, férias forenses, contagem do prazo recursal diante da nova disciplina introduzida pelo C.P.C./2015, prazo recursal para a defesa em relação à sentença condenatória e prazo recursal para o Ministério Público.

O Conselho Nacional de Justiça, por meio da resolução 244 de 12 de Setembro de 2016, dispõe que os Tribunais de Justiça Estaduais poderão suspender o expediente forense no período de 20 de dezembro a 6 de janeiro, desde que, garantindo o atendimento em casos urgentes.

Ficam suspensos então, todos os prazos processuais, inclusive os de interposição de recursos.

Art. 1º Os Tribunais de Justiça dos Estados poderão suspender o expediente forense, configurando o recesso judiciário no período de 20 de dezembro a 6 de janeiro, garantindo atendimento aos casos urgentes, novos ou em curso, por meio de sistema de plantões.

Parágrafo único. Os tribunais regulamentarão o funcionamento de plantões judiciários, de modo a garantir o caráter ininterrupto da atividade jurisdicional, com ampla divulgação e fiscalização pelos canais competentes, observados os termos da Resolução CNJ 71, de 31 de março de 2005.

Art. 2º O recesso judiciário importa em suspensão não apenas do expediente forense, mas, igualmente, dos prazos processuais e da publicação de acórdãos, sentenças e decisões, bem como da intimação de partes ou de advogados, na primeira e segunda instâncias, exceto com relação às medidas consideradas urgentes.

§ 1º O período equivalente ao recesso para os órgãos do Poder Judiciário da União corresponde ao feriado previsto no inciso I do art. 62 da Lei 5.010/66, devendo também ser observado o sistema de plantão.

§ 2º A suspensão prevista no *caput* não obsta a prática de ato processual necessário à preservação de direitos e de natureza urgente.

Art. 3º Será suspensa a contagem dos prazos processuais em todos os órgãos do Poder Judiciário, inclusive da União, entre 20 de dezembro a 20 de janeiro, período no qual não serão realizadas audiências e sessões de julgamento, como previsto no art. 220 do Código de Processo Civil, independentemente da fixação ou não do recesso judiciário previsto no artigo 1º desta Resolução.

Parágrafo único. O expediente forense será executado normalmente no período de 7 a 20 de janeiro, inclusive, mesmo com a suspensão de prazos, audiências e sessões, com o exercício, por magistrados e servidores, de suas atribuições regulares, ressalvadas férias individuais e feriados, a teor do § 2º do art. 220 do Código de Processo Civil. (BRASIL, 2016, não paginado).

O legislador cível por meio do artigo 219, do Código de Processo Civil de 2015, aboliu a contagem do prazo em dias corridos, afastando a fluência dos prazos em finais de semana ou feriados. Muito se falou em aplicar tal norma no âmbito processual penal. Porém, foi consolidado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Supremo Tribunal de Justiça, que a contagem dos prazos processuais penais, serão contados pela sistemática expressa no *Caput do* artigo 798 do C.P.P., onde se lê: “Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado”. (BRASIL, 1941, não paginado).

O STJ já se manifestou de forma categórica nesse sentido:

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que, **em ações que tratam de matéria penal ou processual penal, não incidem as novas regras do Código de Processo Civil – CPC, referentes à contagem dos prazos em dias úteis** (art. 219 da Lei 13.105/2015), ante a existência de norma específica a regular a contagem do prazo (art. 798 do CPP), uma vez que o CPC é aplicada somente de forma suplementar ao processo penal. (EDcl no AgRg no RR no AgRg no AREsp 981030 PE 2016/0239083-5, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 28/11/2017).

Após a edição da Lei n. 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil) – que estabeleceu o prazo de 15 dias para a interposição de todos os recursos nele previstos, com exceção dos embargos de declaração -, a Corte Especial deste Superior Tribunal, assim como sua Terceira Seção, solidificou o entendimento no sentido de que esse regramento, assim como o que diz respeito à **contagem dos prazos em dias úteis, não se aplica às controvérsias pertinentes a matéria penal ou processual penal**. (AgRg no Agravo em Recurso Especial n.º 1.179.262-SP, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, DJe 02/03/2018).

O prazo flui a partir da intimação ou da prática do ato que revele ciência inequívoca dos termos da sentença, como a carga dos autos, por exemplo.

O defensor constituído deverá ser intimado mediante publicação no órgão oficial conforme dispõe o artigo 370 §1 do C.P.P., escrito ou eletrônico, a ele fica assegurado o prazo recursal previsto em lei.

Art. 370. Nas intimações dos acusados, das testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato, será observado, no que for aplicável, o disposto no Capítulo anterior. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17.4.1996)

§ 1º A intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente far-se-á por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da comarca, incluindo, sob pena de nulidade, o nome do acusado. (Incluído Lei nº 9.271, de 17.4.1996). [...]. (BRASIL, 1941, não paginado).

Já o réu, deverá ser intimado pessoalmente. Não o localizando, deverá ser por edital, e, neste caso, o prazo recursal somente correrá após o término do fixado no edital – 90 dias em caso de condenação cuja

pena é igual ou superior a um ano de prisão e 60 dias em caso de condenação a outra pena conforme dispõe o artigo 392 §1 e 2§ do C.P.P.

Art. 392. A intimação da sentença será feita:

[...]

§ 1º O prazo do edital será de 90 dias, se tiver sido imposta pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, e de 60 dias, nos outros casos.

§ 2º O prazo para apelação correrá após o término do fixado no edital, salvo se, no curso deste, for feita a intimação por qualquer das outras formas estabelecidas neste artigo.

Inicia-se a fluência a partir da intimação pessoal. Trata-se, pois de exceção à regra geral de que a contagem do prazo para o ministério público inicia-se a partir do termo de vista. Conforme dispõe o Código de Processo Penal nos artigos elencados:

Art. 370. Nas intimações dos acusados, das testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato, será observado, no que for aplicável, o disposto no Capítulo anterior. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17.4.1996). [...].

§ 4º A intimação do Ministério Público e do defensor nomeado será pessoal. (Incluído pela Lei nº 9.271, de 17.4.1996). (BRASIL, 1941, não paginado).

Art. 798. Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado. [...].

§ 5º Salvo os casos expressos, os prazos correrão:

a) da intimação; [...]. (BRASIL, 1941, não paginado).

Art. 800. Os juízes singulares darão seus despachos e decisões dentro dos prazos seguintes, quando outros não estiverem estabelecidos: [...]

§ 2º Os prazos do Ministério Público contar-se-ão do termo de vista, salvo para a interposição do recurso (art. 798, § 5º). [...]. (BRASIL, 1941, não paginado).

INTEMPESTIVIDADE

A intempestividade dos recursos, além de caracterizar falta de pressuposto recursal inerente à regularidade formal da interposição, liga-se ao problema da preclusão temporal, tendo em vista que, em prazos recursais não apenas contínuos como também peremptórios, como são os casos do artigo 798 do CPP, embora interpostos dentro do prazo, representa um ônus para o recorrente, levando assim, ao não conhecimento da impugnação.

A preclusão temporal constitui ocorrência de fato impeditivo da relação procedimental, que também estão ligados aos pressupostos recursais.

Aferida a intempestividade do recurso, o próprio órgão jurisdicional a quem competiria recebê-lo deve negar-lhe seguimento, isto em regra, porém, quando trata-se de agravo e de carga testemunhal, o recurso, mesmo que intempestivo, terá seguimento.

FLEXIBILIZAÇÃO DOS TRIBUNAIS

Nos tribunais, os recursos poderão ser reconhecidos com outra roupagem nos casos em que eles vislumbrarem que se trata de outro tipo de recurso. Por exemplo: O juiz recebe como recurso em sentido estrito, quando na verdade seria cabível apelação, ao chegar no tribunal, este poderá flexibilizar a taxatividade recursal recebendo um pelo outro. O tribunal faz essa substituição pela similaridade das matérias, caso eles acreditem que o recurso diferente do que consta no título, será julgado com o título do recurso que eles vislumbram ser o correto.

Em detrimento de todo o exposto, não há dúvidas no concernente a importância dos recursos dentro do sistema processual, principalmente, no processo penal. Haja vista tratar-se de um direito fundamental de ação e de defesa a fim de provocar o reexame de uma decisão que, a princípio, foi desfavorável, contrariando o interesse de uma das partes envolvidas.

Inadmissível há de frisar-se, é a não aceitação em hipóteses alguma, do uso deste instrumento como forma de subterfúgio para inviabilizar a aplicação do Direito. Ou seja, os recursos que visam procrastinar o andamento dos trabalhos no judiciário, devem ser combatidos com veemência.

Portanto, embora os recursos sejam de grande relevância para consagração do direito fundamental de defesa, por outro lado, os recursos devem ser vistos e utilizados com cautela, uma vez que este instrumento não pode servir de ferramenta para os maus profissionais do direito que, usando de má fé, buscam retardar o andamento do processo e retirar a credibilidade do nosso sistema processual.

Para tanto, deve-se atentar-se e fiscalizar-se as partes em razão de tal direito e tais benefícios. Os recursos são para reexames, para verificações distintas de decisões de primeiro julgamento, possibilitando desta forma, a aplicabilidade da real justiça, tendo em vista a proporcionalidade e a razoabilidade de sua aplicação.

AGRADECIMENTO

Declara-se não haver qualquer potencial de interesse que possa interferir na imparcialidade deste trabalho científico.

REFERENCIAS

BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição Federal. Constituição da republica federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 mai. 2019.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 12 jun. 2019.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DESSOTI, Mariane. 2015. Princípios da Teoria Geral dos Recursos no Processo Penal. Disponível em: <https://marianazanardodessotti.jusbrasil.com.br/artigos/186908761/principios-da-teoria-geral-dos-recursos-no-processo-penal>. Acesso em: 20 abr. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. Recursos no processo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual do processo penal. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. único.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

REIS, Alexandre Cebrion Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Processo penal: procedimentos, nulidades e recursos. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.15. Coleção sinopses jurídicas.

TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE: INÍCIO E SUA ESTABILIZAÇÃO

Andreas Gabriel Ferreira Miranda

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: andreasferreira50@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho possui como objeto o estudo, a partir de ampla pesquisa bibliográfica da técnica da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, recentemente inserida no ordenamento jurídico pátrio, com o advento do Código de Processo Civil de 2015. Estruturalmente o trabalho se divide em cinco capítulos, contando com uma parte introdutória narrando os fatos mais relevantes do estudo. O segundo abordando a parte histórica dos mecanismos de tutela em geral, bem como o seu desenvolvimento ao longo do tempo, atentando a entrada deste mecanismo na sistemática jurídica brasileira. O terceiro capítulo aborda o modelo de utilização da tutela antecipada no ordenamento jurídico brasileiro, analisando os requisitos fundamentais ao mecanismo. O quarto capítulo adentra ao estudo dos princípios Constitucionais que embasam a tutela antecipada antecedente, mostrando a importância do mecanismo para efetividade de princípios processuais consagrados no sistema constitucional brasileiro. O quinto capítulo traz o estudo principal do mecanismo de concessão e requerimento da tutela antecipada antecedente, bem como o novo efeito de estabilização das decisões de concessão de tutela antecipada requerida em caráter antecedente. O objetivo deste trabalho é, com o apoio da doutrina, demonstrar a importância do mecanismo em estudo, para efetividade do previsto no artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015. Buscando-se assim a elaboração dinâmica de todos os procedimentos necessário para requerer e obter ao final uma estabilização de tutela requerida em caráter antecedente.

Palavras-chave: Tutela; Antecipação; Requerimento; Antecedente; Estabilização.

ADVANCE GUARD REQUIRED IN ADVANCE: BEGINNING AND STABILIZATION

ABSTRACT

The present study aims at the study, based on a large bibliographical research of the technique of early protection required in an antecedent, recently inserted in the legal order of the country, with the advent of the Code of Civil Procedure of 2015. Structurally the work is divided into five chapters, with an introductory part narrating the most relevant facts of the study. The second deals with the historical part of the mechanisms of guardianship in general, as well as their development over time, considering the entry of this mechanism in the Brazilian legal system. The third chapter deals with the model of use of early protection in the Brazilian legal system, analyzing the fundamental requirements of the mechanism. The fourth chapter introduces the study of the Constitutional principles that underlie the previous guardianship, showing the importance of the mechanism for effectiveness of procedural principles enshrined in the Brazilian constitutional system. The fifth chapter presents the main study of the mechanism for granting and requesting the antecedent early protection, as well as the new stabilizing effect of the decisions to grant early protection required in antecedent character. The objective of this work is, with the support of the doctrine, to demonstrate the importance of the mechanism under study, for effectiveness as foreseen in article 304 of the Code of Civil Procedure of 2015. In this way the dynamic elaboration of all the necessary procedures to request and to obtain a stabilization of guardianship required in antecedent character.

Keywords: Guardianship; Anticipation; Application; Background; Stabilization.

INTRODUÇÃO

A legislação processual civil pátria, em consonância com a Constituição Federal, prevê a satisfação das lides por meio de apreciação judiciária, resguardando o direito do indivíduo, quando lesado, além de garantir a preventiva tutela da jurisdição diante da ameaça de lesão a um direito. A consagração da defesa

dos direitos está radicada na Constituição Federal, em seu art. 5º, incisos XXXV, LXXXVIII. Para a melhor efetividade da justiça, o mecanismo de antecipação tutelar encontra-se em conformidade com os princípios elencados na Carta Magna da Nação; e defesa na legislação Processual Cível, garantindo, assim, maior efetividade e celeridade processual.

A morosidade judiciária é um fator preponderante que levou à elaboração de uma nova espécie tutelar e a um novo meio de satisfação. A sistemática processual de 2015 elenca a criação da Tutela Antecipada Requerida em Caráter Antecedente, bem como a estabilização dessa espécie de antecipação de direito, que possibilita aos jurisdicionados a antecipação de um direito, dada a comprovação de requisitos inerentes a esse tipo de aparato processual.

Este trabalho buscará integrar os requisitos necessários à estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, analisando a dinâmica do procedimento. Para melhor compreensão sobre o objetivo do trabalho, será necessária uma breve exposição da evolução da tutela provisória, desde sua criação, até o efetivo estudo no âmbito processual-brasileiro, no qual se apresentam as suas características, correlações principiológicas e, também, suas espécies, abordando a sua previsão no diploma processual anterior e, por conseguinte, estas últimas introduzidas pelo Código de 2015.

O objetivo do presente trabalho é inicialmente se apresentam as noções básicas sobre este gênero de tutela antecipada e a técnica de sua estabilização, com todo o viés necessário, para que a decisão liminar se torne estável e efetiva. Bem como enfatizar a importância do mecanismo para a órbita jurídica atual.

MÉTODOS

O presente estudo seguirá o método exploratório, com emprego de pesquisa à legislação, doutrina e jurisprudência acerca do Instituto da Tutela Antecipada, abordando a sistemática processual na qual ela se sustenta, com ênfase nos problemas para a sua aquisição e comprovação, e ainda exaustivamente por meio da dedução dialética chegar a um fator onde ela, por fim, torna-se estável.

DA TUTELA ANTECIPADA RAÍZES HISTÓRICAS

Enraizado na lei das X Tábuas e, posteriormente, no direito romano, o instituto da tutela provisória, remonta-se a tempos muito antigos, anteriores ao pátrio sistema jurídico. Na era romana, já havia mecanismos semelhantes ao que hoje se conhece por tutela antecipada. Na época de seu surgimento, as tutelas eram conhecidas como Interditos. (BAPTSITELA FILHO apud RUIZ, 2009, p.25)

De forma genérica quando se utilizava o termo *interdictum* estava sendo feita uma referência à uma ordem dada pelo pretor...de conformidade com os modelos expostos no edito, mediante provocação do interessado (em caso de interesse público) ou de qualquer cidadão, para dispor seja a exibição de coisas ou pessoas, seja a restituição de coisas ou destruição de obras, seja a abstenção de determinados atos (BAPTSITELA FILHO apud RUIZ, 2009, p.25). (SIC).

No Direito Canônico, houve a modificação no entendimento proposto pelos romanos. O mecanismo, nessa era, passou a ser utilizado de maneira sumária, nos interditos de questão possessória. No século XII, em várias regiões da Europa, da Espanha à Alemanha, onde o mecanismo utilizado era o "*inhibitiones*", que se baseava em uma forma mais comum de utilização de tutela a respeito do interesse reclamado, o mecanismo "*inhibitiones*" seguia a mesma forma, o que, para os romanos, se denominava "*mandatum*". (CRUZ, 2005, não paginado)

Tais mandados germânicos podiam ser expedidos com ou sem cláusula justificativa, já albergando, em si, noções a respeito de "*periculum in mora*" e "*fumus boni iuris*", vindo a se constituir no fundamento principal das atuais medidas cautelares e do próprio mandado de segurança. (CRUZ, 2005, não paginado)

O entendimento a respeito de tutela manteve-se o mesmo, até quando a doutrina alemã caracterizou o procedimento da tutela provisória como diferente dos modelos já existentes, por ausência de compatibilidade com o processo de conhecimento e de execução. Porém, somente com estudos doutrinários-italianos, foi que se conseguiu categorizar, efetivamente, as tutelas provisórias, especialmente com os estudos de Chiovenda, que compreendeu que a medida cautelar correspondia à necessidade

efetiva e atual de manter afastado o medo de um dano jurídico, surgindo, assim, a primeira exposição de uma das características mais importantes da medida cautelar, que é a sua provisoriedade (SCARPELLI, 2016, p16).

No Código de Processo Civil, em 1985, surgiu uma nova caracterização de antecipação de direito, que se diferenciava das já conhecidas no ordenamento pátrio, e que tinham fins diversos dos aceitos pelo direito positivo. O sistema destinava-se a dar curso a demandas de natureza coletiva e a tutelar direitos e interesses transindividuais. Ou, ainda, a tutelar com mais amplitude, a própria ordem jurídica. (ZAWASKI, 2009, p.1)

Destaca, ainda, o referido autor:

Marco destacadamente significativo dessa primeira onda reformadora foi a Constituição de 1988. Com ela, além do mandado de segurança coletivo, já mencionado, da ampliação do âmbito de abrangência da ação popular e da sacração da ação civil pública, em nível constitucional, houve, sobretudo, a ampliação dos instrumentos de tutela da própria ordem jurídica.

Com origem no direito romano, a tutela antecipada não é uma novidade nos sistemas processuais. Com a evolução do pátrio sistema judiciário, vem à tona uma série de discussões sobre a lentidão das sentenças e a demora em satisfazer determinado anseio das partes, que propõe ações judiciais, começando, então, a implementação desse aparato garantista no diploma processual-brasileiro (VERAS, 2011).

O procedimento interdital vingou os anos a fincou raízes na legislação brasileira, inicialmente nas ações possessórias, onde várias de suas características eram encontradas, posteriormente foram estas características sendo incorporadas a outros procedimentos, sobretudo à procedimentos especiais, sendo incorporadas também a medidas cautelares, sendo que

Naquelas chamadas de “cunho satisfativo” o ato do pretor salta aos olhos. (BAPTISTELLA FILHO, 2009, p. 33)

Como a tutela se veio inserindo no sistema jurídico-brasileiro, explica Veras, (2011, p. 6):

Diante da inexistência de algum instituto capaz de prestar a tutela satisfativa buscada pelo autor, em caráter genérico e de forma sumária, os Tribunais e Juízes pátrios se viram obrigados a utilizarem os institutos oriundos do Direito Italiano. Antes mesmo da Lei 8.952/94, já havia na comunidade jurídica um sentimento de que era necessária a elaboração de instrumentos que evitassem a demora processual que tornava as decisões judiciais cada vez mais inúteis.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, muitos problemas atingiram o Poder Judiciário-brasileiro, como a morosidade, o formalismo exagerado, as decisões judiciais com fracas fundamentações, a ausência de uniformidade do pensamento de cada grau de jurisdição e a falta de jurisprudências. Problemas, como esses, se agravaram ainda mais, com o advento do Código de Defesa do Consumidor e, também, com a instituição dos Juizados Especiais Cíveis, sobrecarregando o judiciário. (SCARPELLI, 2016, p.27)

O instituto da tutela antecipada surgiu como inovação, na tentativa de satisfazer os anseios sociais crescentes na atualidade. A concessão do instituto da tutela antecipada é a resposta das cortes jurisdicionais aos anseios de uma sociedade ao ingressar com ação na seara da justiça, não ferindo a Constituição.

Bem se vê, pois, que a estrutura original do Código de 1973, moldada para atender demandas entre partes determinadas e identificadas, em conflitos tipicamente interindividuais, já não espelha a realidade do sistema processual civil. Em decorrência dessa primeira fase de reformas, podemos, hoje, classificar os mecanismos de tutela jurisdicional em três grandes grupos: 1) os mecanismos para tutela de direitos subjetivos individuais, neles compreendidos os disciplinados no Código de Processo Civil, bem como os da ação civil coletiva de tutela de direitos homogêneos e o mandado de segurança coletivo; 2) os mecanismos para defesa de direitos transindividuais, neles incluídos a ação popular e os diversos procedimentos de ação civil pública; e 3) os instrumentos para tutela da própria ordem jurídica, representados pelos vários mecanismos de controle de

constitucionalidade dos preceitos normativos e das omissões legislativas.(ZAVASCKI, 2009, p,2)

Compartilhando do entendimento que a tutela antecipada não fere a Constituição, afirma o Ministro Teori Zavascki (2009, p. 4) que a Constituição consagra um conjunto de direitos fundamentais que devem ser observados abstratamente. Em sua sede normativa, guardam, entre si, perfeita compatibilidade, estando todos igualmente aptos a receber aplicação, a mais plena e a mais eficaz.

Diante desta situação, surgiram diversas leis que propunham uma verdadeira reforma do Código de Processo Civil de 1973, a qual visavam suprimir os obstáculos de acesso à justiça e atender plenamente os preceitos constitucionais, possibilitando não apenas uma tutela jurisdicional reparatória (lesão a direito), mas também uma tutela jurisdicional preventiva (ameaça de lesão a direito), na forma precisa pelo inciso XXXV do artigo 5º da Constituição federal. (SCARPELLI, 2016, p. 27)

A pressão social fez com que o legislador, em 1994, na reforma processual e, posteriormente, com a Lei 10.444, de 2002, modificasse a redação do art. 273 do Código de Processo Civil, de 1973, para inclusão da técnica interdital romana, gerando uma prioridade diante do princípio da celeridade processual. (BAPTISTELLA FILHO, 2009, p. 34)

A tutela antecipada ganha uma notável valorização do princípio da efetividade da função jurisdicional, atribuindo ao juiz o poder de deferir medidas que antes só se viam na fase executória, rompendo, assim, a segmentação das atividades cognitivas frente às executórias. (ZAVASCKI, 2006)

Vale lembrar que a tutela não foi inserida na normativa brasileira, apenas pela simples redação do art.273 do CPC/73. O ordenamento jurídico-pátrio, mesmo antes da reforma de 1994, já previa em determinado contexto, a utilização de técnicas equiparadas à antecipação de tutela. (SCARPELLI, 2016, p.28)

Exemplo disto se encontra no artigo 84, §3º, do CDC, que prevê técnica semelhante à do sistema de tutelas, antes mesmo da reforma de 1994, que assim prevê:

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concedera a **tutela** específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. [...]

§3º. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação previa, citado o réu. (BRASIL, 1990)

Cumprido salientar-se, que a própria legislação processual-civil anterior à reforma, já previa o instituto da tutela, nos casos de ação possessória, onde, diante de casos específicos havia a concessão liminar ou manutenção na posse, caracterizando, assim, a concessão antecipada de um direito, o que se entende como antecipação de tutela. (SCARPELLI, 2016, p. 29)

A referida autora ainda afirma: “Verifica-se que a figura da tutela antecipada, inserida pela Lei nº 8.952/1994, era utilizada com a finalidade de remediar situações emergenciais [...]”.

Assim, foi dado ao juiz a possibilidade de, vislumbrando os requisitos necessários e atendendo requerimento da parte, conciliar os preceitos constitucionais de segurança jurídica e efetividade do processo ao atuar em situações de emergências e aplicar a técnica romana dos interditos, que atualmente se traduz na antecipação de tutela. (BAPTISTELLA FILHO, 2009, p.34)

Com advento do novo Código de Processo Civil, em 2015, a tutela antecipada foi consagrada, por ser o Novo Código Processual Civil um instrumento complexo e inovador, se não analisado como um organismo autocompletativo, o *periculum in mora* (perigo na demora), e o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito). Necessitado de um terceiro requisito fundamental para a concessão da tutela antecipada, é de fundamental importância que haja a reversibilidade dos efeitos da tutela provisória concedida para satisfação da parte, como preleciona (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2016): “Essa é a marca da provisoriedade/precariedade da referida tutela”.

As medidas executadas em caráter antecedente ao mérito levam o nome de tutela antecipada, pois antecipam o mérito de um julgamento pela presença de requisitos de direito e de perigo na demora da

satisfação desse direito. No plano horizontal, a cognição jurisdicional pode ser parcial ou plena, consoante haja ou não limitação aos tipos de pretensão ou de defesa a serem apreciados pelo magistrado. (BUENO, 2007, 15)

Hoje, pela nova configuração que o sistema processual assumiu, já não faz tanto sentido a classificação tradicional da tutela dos direitos, em tutela de conhecimento, de execução e cautelar. Muito mais importante e apropriado será considerá-lá nas duas dimensões novas que agora evidentemente ocupa, cada qual com suas características, com seus princípios e com seus resultados: como tutela definitiva ou como tutela provisória. (ZAVASCKI, 2009, p.2)

A tutela antecipada é o grande trunfo da jurisdição processual brasileira, que a tornou célere, diferenciando-a dos antigos *interdictos* romanos, que obrigavam a fazer ou não fazer determinada coisa, expedindo através de um processo de conhecimento sumário, sem dilação probatória. Agora, na nova ordem sistêmica e processual, a tutela antecipada ganha cunho legal satisfatório, baseando-se na probabilidade do direito, porém admitindo uma prova da existência do mesmo, podendo ser controvertida e, por fim, estabilizada. (BATISTELLA FILHO, 2009, p.34)

Para Fredie Didier Junior (2016), o instituto da tutela antecipada surge como inovação, na tentativa de satisfazer os anseios sociais crescentes na atualidade. Antes mesmo da criação do instituto de forma positivada, os juristas brasileiros já entendiam e ansiavam por um mecanismo de antecipação de direito, evitando, assim, que a parte ficasse sem a satisfação que se via necessária a curto prazo

Consagrada, no Brasil, pela Emenda Constitucional nº 45, a tutela antecipada hoje é compreendida como garantia fundamental para duração razoável do processo, meio efetivo à celeridade de sua tramitação. O Pacto de San Jose da Costa Rica, também é um aparato para este instituto, que insere a duração razoável do processo como uma garantia do direito fundamental do devido processo legal, sendo o norte que dá base às tutelas na atualidade. (WAMBIER; TALAMINI, 2018, p.886)

CONCEITO

O Código de 2015 reformulou o sistema das tutelas judiciais em cognição sumária, unificando o regime geral com a alcunha de tutela provisória, inovando o que afirmava o código de 1977. (WAMBIER, TALAMINI, 2018, p.888)

A tutela antecipada, divide-se em cautelar e satisfativa, sendo esta última o fundamento deste estudo. Conforme leciona Didier Junior,

Em ambos os casos, a sua concessão pressupõe, genericamente, a demonstração da probabilidade de direito (tradicionalmente conhecida como *“fumus boni iuris”*) e, junto a isso, a demonstração do perigo de dano ou ilícito, ou ainda do comprometimento da utilidade do resultado final que a demora do processo representa (tradicionalmente conhecida como *periculum in mora*). (DIDIER JUNIOR; SARNO; BRAGA, 2016, p.607)

Enfatiza, ainda, o referido autor que a tutela antecipada necessita do preenchimento de todos os pressupostos específicos dispostos no art. 300 do CPC. Para consistência da reversibilidade dos efeitos da decisão antecipatória, o próprio art. 300, §3º, do CPC, também deverá ser aplicado.

A tutela urgente, com suas subdivisões, tem, como fundamento, a concessão em caráter antecedente ou incidental, sendo conceitualmente idênticas, a aplicação dos regimes jurídicos é semelhante, tanto para concessão, quanto para pleito da ação. (WAMBIER, TALAMINI, 2018, p. 888)

Fredie Didier Junior (2016, p.615) assim conceitua a tutela antecipada em caráter antecedente: “[...] é aquela requerida dentro do processo e que se *pretende* pedir tutela definitiva, no intuito de adiantar seus efeitos, mas antes da formulação do pedido de tutela final. O legislador prevê, para sua concessão, um procedimento próprio”.

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

I - O autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II - O réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III - não havendo auto composição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

§ 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§ 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 4º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito. (BRASIL, 2015)

Caso não haja os elementos previstos no artigo supracitado, a tutela antecipada não será concedida, incorrendo regras do §6 do art. 303 do CPC, para só então obter sua pretensão. (DIDIER JUNIOR, SARNO, BRAGA, 2016, p. 615)

MODO DE UTILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada é um mecanismo utilizado na sistemática processual. Desde o Código de Processo Civil de 1973, não houve a subdivisão do que hoje se conhece por tutela satisfativa. Sendo assim, o legislador do código de 1973 entendeu a tutela em duas formas, sendo elas: poder geral de cautela e medidas antecipatórias. Nesse ordenamento, criou-se um livro chamado “Processo Cautelar”, onde as diversas formas de cautela eram elencadas, juntamente com o método de utilização de cada uma. (ZAVASCKI, 2009, p. 41)

O referido autor explica: “A interpretação desse instituto sempre foi controvertida na doutrina, especialmente no que respeita ao alcance e conteúdo das tais “medidas provisórias adequadas”. Demonstrando assim a dificuldade de utilização do mecanismo, no tocante aos limites da satisfação provisória de direitos, bem como à dificuldade em se compreender tais medidas, não sabendo se eram apenas garantias de processo ou se também poderiam comportar a própria antecipação de direitos materiais inerentes ao avençado processual.

A tutela jurisdicional, no Código de Processo de 1973, era compreendida como de cognição exauriente, baseando-se no princípio da segurança jurídica, correspondendo a uma tutela da jurisdição que tem, como perspectiva, o amplo contraditório, efetivando as garantias de certeza dos direitos subjetivos ou primários. Na sistemática processual anterior, era admitida, no processo de conhecimento com cognição exauriente, a incoação de pedidos antecipatórios com fundamentação genérica, devido ao propósito de proteção do réu, bem como à possibilidade de dano irreparável, caso aceitos os pedidos não fundamentados. Na ordem processual anterior, as antecipações tutelares eram derivadas de uma tutela de urgência ou, então, emergencial, podendo haver submissão a regimes jurídicos diversos, esclarecendo, assim, a possibilidade de antecipação dessa tutela derivar de uma tutela de emergência, ou de urgência. (ARMELIN, 2009, p.25)

A tutela cautelar, aqui denominada de emergência, assume uma autonomia funcional completa, porque se compraz com a tutela do direito plausível (*fumus boni iuris*) enquanto *fumus*, em situações particulares de perigo de dano irreparável a um interesse da parte (*periculum damnum irreparabile*). (ARMELIN, 2009, p. 26)

A utilização das medidas cautelares que visam a satisfazer um pedido da parte, no ato de propositura da ação, instaura o processo cautelar. Nesse tipo processual, a cautela se dá como forma de segurança jurídica; ou seja, a forma instrumental desse tipo garante à parte a efetividade de segurança na prestação jurisdicional. Já no processo de tutela satisfativa, há uma divergência em questão, o processo cautelar, dada a alcunha desse tipo de instrumento que se baseia na satisfação imediata dos anseios da

parte, gerando, dessa forma, uma subdivisão dentro do processo satisfativo, que efetiva a tutela satisfativa de processo cautelar, o que outrora, no processo civil regido pelo código de 1973, se denominava apenas como processo cautelar. Na sistemática processual de 2015, a satisfação tutela é uma espécie do gênero de urgência, devendo ser observada a ótica do processo cautelar. Com tal mudança legislativa, foi adicionando ao Código de Processo Civil as “Tutelas Provisórias de Urgência”, encerrando o problema de cautelar e tutela satisfativa. (SCARPELLI, 2016, p.26)

Pela antecipação, busca-se garantir a efetividade jurisdicional da demanda em que há a requisição de uma antecipação tutelar, sendo imprescritível que o objeto do respectivo pedido de antecipação esteja contido na própria ação em que se formula tal pedido. No que tange ao objeto, será esta a própria tutela requerida pelo autor. A técnica de requerimento adotada pelo diploma anterior estava elencada em seu artigo 273. Por este, a concessão era visada de maneira rápida, intentando a solução para a situação fática descrita juntamente com o pedido. Por ser entendida como tutela antecipada, sua concessão se dá conforme a postulação do pedido, analisadas as situações de *fumus boni juris* e *periculum in mora*. (COUTO JUNIOR, [entre 2002 e 2012], p. 3)

Os pressupostos do CPC de 1973 não sofreram mudanças drásticas com o advento do Código de 2015. As previsões continuaram as mesmas, houve uma pequena regularização e esclarecimento de pontos que outrora eram obscuros para a sistemática processual. No exercício da função jurisdicional, o Estado vale-se do instrumento da tutela, baseando-se na análise dos fatos e normas jurídicas, para declaração ou não de um direito subjetivo, sendo esta a base da tutela antecipada. (COUTO JUNIOR, [entre, 2000 e 2012], p.4)

Para Leonardo Greco (2015), a tutela no Código de 2015, possui três caracterizações: uma inerente a sua natureza onde há uma subdivisão em espécies, sendo elas antecipada, urgência e evidencia. Nessa subdivisão, há um assentamento da probabilidade de direito do autor da demanda, que pode valer-se de uma das espécies para a proteção provisória de seu direito, visando à diminuição de dano e perigo. A segunda caracterização é sobre sua funcionalidade. No tocante à funcionalidade, valoriza-se a preservação das situações fáticas, no direito processual, garantindo eficácia de prestação dos órgãos jurisdicionais, principalmente nos casos de gozo do direito requerido, ainda que provisório, parcial ou total, sendo que, da finalidade há a subdivisão em tutela antecipada de urgência ou evidência. E, por fim, a que recai sobre a temporalidade, de onde ocorre a divisão de tutela antecipada antecedente ou incidente, dependendo do modelo e do seu tempo de requisição.

A tutela em caráter antecedente, que é aquela “[...] requerida dentro do processo em que se pretende pedir uma tutela definitiva, no intuito de adiantar seus efeitos, mas antes da formulação do pedido de tutela final” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA; 2016, p. 615). É novidade no ordenamento jurídico-pátrio, como regime próprio, aparecendo na esfera processual civil, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, sendo disciplinada no art. 303 deste diploma, possuindo, como base, a precedência de um processo em que, no futuro, haverá pretensão de obtenção de uma tutela satisfativa. Tal mecanismo é independente, com modalidades de requerimento e formas relacionadas a custas, dentre as demais minúcias inerentes à própria natureza do pedido. (JOBIM; POZATTI, 2015, p. 397)

Nesse sentido há o entendimento de que:

A situação de urgência já é presente no momento da propositura da ação e, em razão disso, a parte não dispõe de tempo hábil para levantar os elementos necessários para formular o pedido de tutela definitiva (e respectiva causa de pedir) de modo completo e acabado reservando-se a fazê-lo posteriormente. (DIDIER JR. BRAGA; OLIVEIRA, 2015, P. 572)

A tutela antecedente, em relação ao objeto alvo do pedido, pode variar de forma significativa, avençando obrigações de fazer, não fazer, entrega ou pagamento, desde que reconhecida a obrigação. Conforme o diploma processual de 2015, preceitua, em seu art. 300: “A tutela de urgência será concedida, quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo” (BRASIL, 2018).

O simples preenchimento dos itens previstos no artigo 300, “*caput*”, do CPC, não se torna por si só, o único requisito preciso para a concessão do instituto, por ser o Novo Código Processual Civil um instrumento complexo e inovador, se não analisado como um organismo autocompletativo. O *periculum in mora* (perigo na demora) e o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito), necessitam de um terceiro requisito

fundamental para a concessão da tutela antecipada; é de fundamental importância que haja a reversibilidade dos efeitos da tutela provisória concedida para satisfação da parte, como preleciona (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2016): “essa é a marca da provisoriedade/precariedade da referida tutela”.

Um exemplo é o trazido pelo processualista BUENO (2007, p. 13):

MAD ajuíza em face do plano de saúde JCP ação para que seja determinada sua internação e tratamento dos males que descreve na petição inicial. Fundamenta seu pedido de tutela antecipada no inciso I, do art. 273[CPC1972], forte no perigo de dano irreparável: ou o plano de saúde cobre os custos do tratamento ao qual, o autor, o vê obrigado contratualmente, ou, pela documentação médica que acompanha a inicial, não adiantará nada um julgamento final. Não haverá tempo para maiores discussões, pois que a situação de MAD é grave, gravíssima.

O Código de Processo Civil, em seu livro IV, título II, capítulo II, traz o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, sendo de fundamental importância a observância dos artigos 303 e 304, para que se requeira e obtenha uma tutela dessa espécie, “art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação de tutela final [...]” (BRASIL, 2018)

Havendo impeditivos na concessão de tutela não haverá que se falar em antecipação de direito, pois é fundamental que não existam meios impeditivos sobre o objeto alvo da antecipação. Já é entendimento do Tribunal de Justiça do Amazonas.

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. **TUTELA ANTECIPADA. PERICULUM IN MORA** E FUMUS BONIS JURIS DEMONSTRADOS. – Vislumbrados os requisitos para concessão da **tutela antecipada**, especialmente o risco em ser experimentado grave lesão de difícil reparação pela população do município de Novo Aripuanã/AM, que não dispunha de servidores para exercer as funções de polícia judiciária, correta a decisão do Magistrado a quo que determinou a designação de pessoal e aparato para a prestação de serviço essencial. – Não há vedação quanto a concessão de **tutela antecipada** contra Fazenda Pública quando o objetivo da medida é a manutenção da paz social e da ordem pública. Precedentes do STJ. -Recurso CONHECIDO E DESPROVIDO. (BRASIL, 2017)

No que tange à verossimilhança, e a prova inequívoca, requisitos esses essenciais à concessão e à certeza do direito material de requisição da tutela entende, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que:

A antecipação de tutela formulada no ambiente da tutela provisória de urgência em caráter antecedente tem como pressupostos genéricos a ponderação da subsistência de prova inequívoca e a verossimilhança da argumentação alinhada de forma a ser aferido que são aptas a forjar e revestir de certeza o direito material invocado, resultando da aferição da inverossimilhança do aduzido a ausência da probabilidade indispensável à sua concessão, à medida que não tem caráter instrumental, ensejando, ao contrário, o deferimento da prestação perseguida de forma antecipada (NCPC, arts. 300 e 303). (BRASIL, 2018)

No Novo Código de Processo Civil, há um procedimento específico, para requerer, de maneira antecedente, as tutelas antecipadas, que equivalem às cautelares preparatórias que existiam no diploma anterior e que foram inseridas com redação elaborada no Código de Processo Civil de 2015, sendo que o requerimento da tutela antecipada, em caráter antecedente, é abordado de forma sistêmica no diploma processual civil, demonstrando, de forma explicativa, as questões procedimentais iniciais no art. 303 e no artigo 304, a forma como ela se estabiliza. (SACARPELLI, 2016, p.100)

A tutela provisória antecedente é aquela que deflagra o processo em que se pretende, no futuro, pedir a tutela definitiva. É requerimento anterior a formulação do pedido de tutela definitiva e tem por objetivo adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento). Primeiro, pede-se a tutela provisória; so depois, pede-se a tutela definitiva. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA. 2016, p. 586)

A tutela antecipada antecedente foi concebida para determinados casos onde existe a comprovação de uma urgência, sendo que a urgência deverá ser constatada no momento da propositura da ação. Por esta razão, a parte não desfruta de um longo tempo, para constatar os fatos de forma pormenorizada e formular o pedido definitivo, sendo esta a suma deste mecanismo, a possibilidade de em momento posterior, se formular a causa de pedir definitiva, após a demonstração dos requisitos essenciais (capítulo 5º do presente estudo), para esse tipo de causa de pedir. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 586)

REQUISITOS DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

No mecanismo das tutelas, existe a obrigatoriedade de demonstração de dois requisitos básicos, sendo eles o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, pelo *fumus boni iuris*, e um terceiro requisito essencial para a estabilização que é a impossibilidade de reversibilidade da concessão, matéria esta tratada na parte de estabilização deste estudo (capítulo 5), na lição de (BUENO, 2007, p.11):

Ao mesmo tempo que o juiz “conhece”, isto é, analisa as condições para exercitar a tutela jurisdicional, verificando a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, cria condições concretas, efetivas e reais de sua atuação prática, é dizer amplamente, *executa* ou *efetiva* essas mesmas medidas.

O *fumus boni iuris* nada mais é do que a fumaça do bom direito, ou seja, a demonstração da probabilidade do direito que se pretender antecipar, mas não qualquer tipo de probabilidade. Trata-se de uma probabilidade racional, mediante o confronto do disposto nos autos, versus a refutação desses elementos, trata-se de mera demonstração do direito, criada apenas para convencimento do magistrado da possibilidade de existência do direito e assim obter sua concessão. Tratando-se do *periculum in mora*, ou perigo de demora, enfatiza-se a morosidade do sistema judiciário para concessão e satisfação das pretensões jurisdicionais, fazendo com que, ao requerer uma tutela de caráter antecipatório, se demonstre a probabilidade de perigo, caso essa demanda não seja satisfeita de maneira rápida e eficiente. (JOBIM, 2015, p.399)

O Código de 2015 apresenta exigência menos restritiva em comparação ao Código de 1973 no que se refere ao perigo de dano. De acordo com o inciso I do artigo 273 do Código revogado, para que fosse concedida a antecipação da tutela satisfativa, deveria ser demonstrado fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. No Código de 2015, não há a exigência de que o perigo seja de dano irreparável ou de difícil reparação. Basta que haja perigo de qualquer espécie de dano, por menos e mais remoto que ele seja. (JOBIM, 2015, p. 400)

O art. 300 do Código de Processo Civil traz, em seu bojo, os requisitos fundamentais para a requisição da tutela antecipada, elencando-os e demonstrando a formalidade necessária para a concessão de tal mecanismo processual “A tutela de urgência pode ser concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito ou o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo” (BRASIL, 2015), sendo necessário, na espécie de tutela de urgência satisfativa, o preenchimento de um pressuposto específico, que está elencado no bojo do art. 300, §3º, do CPC, que trata da possibilidade de reversão dos efeitos das decisões que concedem a tutela antecipatória (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA; 2016, p. 608).

No sentido de a tutela antecipada possuir requisitos próprios que divergem da tutela incidental, necessária se faz, a compreensão de tais pressupostos inerentes à própria natureza tutelar, que, além de necessários, se cumulam com a regra geral das concessões de tutelas de urgência. Na tutela antecipada, deve-se priorizar a possibilidade de reversão da concessão, isto é, devem existir meios que possam tornar, ao estado anterior, o bem requerido em caráter precário. Essa reversão poderá ser durante o próprio processo ou a posteriori, sendo marca fundamental da provisoriedade da referida tutela. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA; 2016, p. 612)

DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE E SUA ESTABILIZAÇÃO FORMULAÇÃO DO PEDIDO DE URGÊNCIA SATISFATIVA

A tutela de urgência satisfativa ou tutela antecipada antecedente é aquela requerida dentro do processo onde exista pretensão de se solicitar uma tutela definitiva (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p.615).

Sendo uma ação preparatória, ao propor essa espécie de ação, o autor deverá, conforme leciona Wambier e Telamini (2018, p. 913), “fazer indicação das linhas gerais da futura pretensão principal (“a lide e seus fundamentos” [...]). A inicial veiculará, também, o requerimento de concessão de medida cautelar”.

Assim, a formulação deverá preencher pressupostos, como a requisição pelo autor de uma concessão de tutela provisória satisfativa em caráter antecedente, que deverá ser declarada, expressamente, nos moldes do art. 303, §5º, do CPC. Ao fazer essa declaração na peça inicial, o autor manifestará, a intenção de ter a sua tutela estabilizada, preenchendo o suporte fático do art. 304 do CPC. (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 619)

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao **requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final**, com a **exposição da lide, do direito** que se busca realizar e **do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo**. [...]

§ 4º Na **petição inicial** a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de **indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final**.

§ 5º **O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput** deste artigo. [...] (BRASIL, 2015, **grifo pessoal**).

O modo de formulação do pedido em caráter antecedente é taxativo e expresso no artigo supracitado, devendo obedecer à regra, para que este seja apreciado pelo órgão jurisdicional. A forma de manifestação demonstrara a possibilidade da concessão, ou não, da tutela satisfativa requerida em caráter antecedente.

CONCESSÃO E NÃO CONCESSÃO DA MEDIDA ANTECEDENTE SATISFATIVA

Se preenchidos os requisitos necessários à concessão da tutela antecipada satisfativa poderá ser deferida liminarmente, podendo, antes da citação do réu, ser instaurada audiência de justificação, conforme o art. 300, §2, ° do CPC: “a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação previa” (BRASIL,2015). Essa audiência é unilateral. Sendo assim, apenas haverá a oitiva do autor e de suas testemunhas, isto, no caso onde as provas documentais não forem suficientes para convencimento do magistrado. (WAMBIER; TALAMINE, 2018, p. 913-914)

Não concedida a tutela antecipada, por ausência de elementos que demonstrem os requisitos necessários para esse tipo de aparato, será determinada a intimação do autor, para que, no prazo de cinco dias, emende a petição inicial, complementando a causa de pedir, confirmando, assim, a tutela definitiva e juntando documentos inerentes à demanda (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 615).

DA FUNGIBILIDADE

O novo diploma processualista civil uniformizou os pressupostos para a concessão de tutelas de urgência, prevendo regime comum para a concessão em caráter incidental e regimes diferenciados para a concessão de tutelas de urgência antecedente: antecipada e cautelar. (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 629)

Os referidos autores ainda enfatizam que o regramento da espécie antecipada está disposto no CPC, em seu art. 303 e seguintes, como o da cautelar no art. 305 e seguintes do mesmo diploma legal. O legislador, ciente da dificuldade que pode ocorrer na tentativa de diferenciar a tutela antecipada antecedente e a cautelar, previu a possibilidade de fungibilidade dessas duas tutelas, desde que adequados os procedimentos.

Art. 305. - A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Parágrafo único. - Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303 (BRASIL, 2015).

A legislação admite a fungibilidade progressiva, mas nada determina para a possibilidade inversa. Para Cassio Scarpinella Bueno (2016, p.264), deveria ser admitida uma fungibilidade regressiva; “o teor do parágrafo único do art. 305, CPC/2015, representa um resquício de fungibilidade que deriva do §7º do art. 273 do CPC de 1973 e que, tanto naquele Código, merece ser interpretado, para albergar, também, a hipótese inversa.”

Diante desta possibilidade, podem surgir problemas para a parte diante do poder discricionário do magistrado na avaliação da natureza da tutela. A aplicação da fungibilidade, para determinação de procedimento, é importante no campo da estabilização, visto que apenas a tutela antecipada antecedente poderá, ao final, ser estabilizada (SCARPELLI, 2016, p.112).

Em caso de requerimento de tutela antecipada antecedente, e não concessão, por entendimento do magistrado, de se tratar de natureza cautelar, será de interesse do autor a interposição de Agravo de Instrumento, para fazer convencer que se trata de tutela antecedente, possibilitando, assim, futura estabilização da tutela antecipada. Seguindo a contramão e entendendo o juiz tratar-se de tutela antecipada, caberá ao réu, na defesa de seu interesse, recorrer da decisão, para evitar eventual estabilização. (SCARPELLI, 2016, p.112)

ESTABILIZAÇÃO

Para compreender-se o que é estabilização, é necessário que se diferencie estabilidade de eficácia. Sendo assim, Heitor Vitor Mendonça Sica descreve:

[...]eficácia não se confunde com estabilidade. Sob esse ponto de vista, não há dúvidas de que a decisão que concede a tutela provisória urgente satisfativa antecedente é plenamente eficaz mesmo antes de se estabilizar. A diferença é a de que a tutela ainda não estabilizada enseja execução provisória (art. 297, par. ún.), ao passo que a tutela estabilizada enseja execução definitiva. (SICA, 2015, p.69)

Com a mitigação da unicidade do regime da tutela urgente em vários aspectos, houve o estabelecimento de procedimentos relativamente diferentes para a tutela antecedente, quanto a sua possibilidade de estabilização (WAMBIER; TELAMINI, 2018, p.916).

A estabilização da tutela antecipada antecedente, que é uma técnica nova na legislação processual civil, não era prevista no sistema processual anterior. Com o advento do Novo Código de Processo Civil, no ano de 2015, houve a inserção da possibilidade da estabilização tutelar, reduzindo o tempo de tramitação processual e a sobrecarga do judiciário, além de adequar o novo diploma legal aos princípios por ele adotados. (SCARPELLI, 2016, p.115)

Faz-se necessário, para a estabilização de uma tutela antecipada requerida em caráter antecedente, que o autor tenha requerido sua concessão à satisfação nesses moldes, conforme enfatiza o art. 304 do CPC (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 618).

Para que o magistrado saiba que se trata de tutela antecedente, “o autor deve indicar, de modo expresso, na petição inicial, que se está limitando a pedir a tutela antecipada e depois formulará, mais apropriadamente, a pretensão principal.” (WAMBIER, TELAMINI, 2018, p. 916).

Esta é a regra expressa que a legislação processualista prevê em seu art. 303, § 5º, com a seguinte redação: “o autor indicará, na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo”. (BRASIL, 2015)

O novo CPC tenta fazer da estabilidade algo mais garantista, “no sentido de trazer uma regra geral, reconhecendo, com todas as letras, a possibilidade de uma tutela provisória se tornar estável e definitiva”. (ATCHABAHIAN, 2015)

A previsão legal reforça o que o autor supracitado reconhece como garantismo da lei, quando, em seu art. 304 assegura: “A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.”. (BRASIL, 2015) O texto legal deixa, clara, a segurança que o mecanismo gera a quem o interpõe.

Sempre que houver a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente, será necessário que haja uma inércia do réu, para que o caminho da estabilização se forme. (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, P. 621)

Inexistindo interposição de recursos referentes à decisão que conceder a tutela antecipada antecedente, em primeira instância, esta será estabilizada. Ou seja, sempre que o réu não recorre do provimento antecipatório, surge a possibilidade de que este se torne permanente, muito embora, explica o renomado jurista, apenas a tutela antecipada antecedente seja apta a estabilizar-se. (WAMBIER; TELAMINI, 2018, p. 918)

Ocorrendo a estabilização da tutela antecipada, ocorrerá a extinção do processo, porém a decisão antecipatória continua a produzir efeitos (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 616). Todavia a providência

terá efeito por tempo indeterminado, fazendo com que a sua interrupção se dê após sentença de mérito, que deverá surgir de ação autônoma que requeira sua revisão, reforma ou invalidação.

O referido autor afirma a necessidade de existência de decisão que conceda a tutela antecipada em caráter antecedente, pois apenas efeitos de decisões positivas se poderão estabilizar. Nos casos de concessão parcial, ela tem aptidão para a estabilização justamente na parte que atendeu o pedido provisório do autor. Neste caso, havendo revelia do réu, apenas as partes desse capítulo serão estabilizadas.

3.4.1 Ação de revisão da estabilização da tutela antecipada

Qualquer das partes detém legitimidade e interesse, para que, no prazo de dois anos, proponha ação de revisão para discussão sobre aquela que será a tutela final. O prazo, para propositura dessa ação, será computado a partir da data em que a parte tomar ciência da extinção do processo ocasionada pela pretendida estabilização. (WAMBIER e TELAMINI, 2018, p. 924)

A ação de revisão poderá ser proposta pelo autor, pelo simples intuito de confirmar a decisão; já, pelo réu, para a retomada da discussão sobre a sua estabilização e deflagrar nova demanda. (DIDIÉ; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, P. 624)

Wambier e Telamini (2018, p. 924) alegam haver imprecisão do Código, ao tratar da legitimidade de propor a demanda, expressando, assim, que, “para a ação de revisão (desconstituição) da tutela estabilizada, apenas o réu (quem sofre os efeitos da tutela antecipada) tem interesse jurídico”. Mas mesmo assim concordam com a possibilidade de propositura da Ação de revisão, no prazo de dois anos, por qualquer das partes. Não havendo propositura, haverá decadência do direito protestativo para desconstituição da tutela estabilizada.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, houve a busca de se criar um posicionamento sobre os pontos mais importantes das doutrinas que dispõem de regras e de organização do sistema de tutela antecipada, requerida em caráter antecedente, priorizando o ponto de sua estabilização, demonstrando sua importância para a ordem jurídico-processual civil. O aprofundamento teórico, sobre o tema, é fundamental para o esclarecimento e a elucidação de todo o mecanismo, e pressupostos de concessão, que estabelece a possibilidade de estabilização, isto é, efetiva segurança jurídica ao jurisdicionado.

Portanto, conclui-se: que

1. Na nova subdivisão do Código de Processo Civil de 2015, as Tutelas de Urgência se subdividiram em duas espécies, Tutela de Natureza Cautelar e Tutela de Natureza Antecipada, sendo esta última o alvo do presente estudo. No que tange ao tema da Tutela Antecipada, o novo código trouxe, em sua nova redação, a possibilidade de estabilização da decisão concedida em caráter antecedente, limitando, assim, a possibilidade de ocorrência do fenômeno da estabilização em outro tipo de tutela, sendo sua existência prevista apenas no caso da tutela antecipada, requerida em caráter antecedente.

2. Para requerer-se o pedido de antecipação da tutela, far-se-á necessária a existência de dois requisitos fundamentais e inerentes ao mecanismo, *periculum in mora* (perigo na demora) e *fumus boni juris* (fumaça do bom direito). Nesse sentido, em decorrência da possibilidade de lesão a uma das partes, tratando-se de antecipação de um direito por meio de uma decisão interlocutória, o judiciário, na tentativa de reprimir a utilização abusiva do mecanismo e antecipação tutelas, requereu a demonstração de mera possibilidade de existência de direito (*fumus boni juris*), como também demonstração de um perigo ou risco iminente no caso de demora na apreciação do fato.

3. Após a observação de todos os fundamentos inerentes à Tutela Antecipada Requerida em Caráter Antecedente, sua eventual concessão, revelia do réu, no caso do réu revel, o autor já comprovou, anteriormente, o direito pleiteado. A decisão interlocutória que concede o benefício da tutela, encaminha, de maneira lógica, a estabilização da concessão. Na fase de estabilização da tutela, deverão estar presentes todos os requisitos formais necessários para comprovação do direito e eventual estabilidade da decisão, analisando a fungibilidade, a impossibilidade de revisão e o legítimo direito da parte, presente os requisitos elencados no Código de Processo Civil, em seu art. 300, 301 e 302 e 303, a tutela antecipada encontra-se apta, para se estabilizar. Conclui-se que a estabilização da tutela é o grande ápice de satisfação da parte, sendo importante para a segurança jurídica dos sujeitos envolvidos na relação processual, pois, com ela, criar-se-á uma força na decisão comparada, a força da coisa julgada, que serve como base para a efetivação

da segurança jurídica na solução de conflitos. A estabilização é grande contribuinte para a paz social, que, por ela, sem dúvida, há uma supervalorização do instrumento de tutela antecipada.

A ampla utilização do mecanismo de tutela antecipada muito ajudaria nas soluções de conflitos no âmbito do judiciário, efetivando a celeridade processual, além de garantir à sociedade uma segurança, quando esta se vir necessitada de pleito fundamental ao resguardo do direito requerido na tutela. Porém, para que este fim seja alcançado, a técnica deve ser utilizada e analisada com observância de todos os seus aspectos, devendo ser trabalhada, em conjunto, pela jurisprudência e doutrina, para a melhoria do sistema judiciário e processual. Espera-se que o presente estudo contribua com a sociedade acadêmica e cumpra a sua missão.

REFERÊNCIAS

ARMELIM, Donaldo. Tutelas de urgências e cautelares. ed. 1. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAPTISTELLA FILHO, Sergio Constante. A origem da tutela antecipada: Roma. *Ius et Iustitia*. v. 2, n. 1, p. 22-36. Araras, 2009.

BRASIL, Código de processo civil. Coordenação Flavia Alves Bravin. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Código de defesa do consumidor. Coordenação Flavia Alves Bravin. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 04 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Amazonas. (11º Região). Ação civil pública. Agravo de instrumento. Tutela antecipada. *Periculum in mora* e *fumus bonis juris* demonstrados. Agravo de Instrumento nº 4002509-57.2014.8.04.0000. Relator: Desembargador Wellington José de Araújo. Manaus. 13 de agosto de 2017. Disponível em: <https://tjam.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/533774755/40025095720148040000-am-4002509-5720148040000?ref=serp>. Acesso em: 27 out. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão nº.1124008. Recurso Especial. Relator: Ministro Teófilo Caetano. Brasília, 19 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/novo-codigo-de-processo-civil/tutela-antecipada-requerida-em-carater-antecedente>. Acesso em 27 out. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. Tutela antecipada, 2. ed. São Paulo: Saraiva 2007.

COUTO JUNIOR, Antônio Joaquim de Oliveira. Tutela antecipada: conceito, requisitos e características. Nova Lima [entre 2002 e 2012]. Disponível em: <http://www.mcampos.br/REVISTA%20DIREITO/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/antoniojoaquimdeoliveiracoutojunior.pdf>. Acesso em 28 out. 2018.

CRUZ, André Luiz Vinhas da. A evolução histórica das tutelas de urgência: breves notas de Roma à Idade Média. *Âmbito Jurídico*, v.III, n. 22. Rio Grande: ago. 2005. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=344. Acesso em: 20 de set 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno.; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil. 11. ed. Salvador: jusPODIVM, v. 2, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil. 18. ed. Salvador: jusPODIVM, v. 1, 2015.

FERREIRA, Rodrigo Emiliano. Tutela antecipada: linhas gerais e requisitos para sua concessão. *Jus*. Dez. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20599/tutela-antecipada-linhas-gerais-e-requisitos-para-sua-concessao>. Acesso em: 04 fev. 2019.

GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil: Introdução ao direito processual civil, v.III, ed.3. São Paulo: Forense, 2015.

JOBIM, Marco Félix; POZATTI, Fabricio Costa. Aspectos procedimentais da tutela de urgência satisfativa requerida em caráter antecedente. Rio de Janeiro, v.16, jul/dez. 2015. Disponível em: <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19970>. Acesso em: 28 out. 2018. <https://doi.org/10.12957/redp.2015.19970>

OLIVEIRA, Adriana Maria Evaristo Martinez de. Normas e padrões para trabalhos acadêmicos e científicos da unoeste . Adriana Maria Evaristo Martinez de Oliveira, Jakeline Margaret de Queiroz Ortega, Michele Mogni. Cordenação: Regina Rita Liberati Silingovschi. 3 ed. Eletr. ver. ampl. Presidente Prudente: Unoeste – Unversidade do Oeste Paulista 2018

SCARPELLI, Natália Cançado. Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente. 2016. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “ estabilização da tutela antecipada”. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 55, p. 85-102, jan. Mar. 2015. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/96668>. Acesso em: 27 de ago. 2018.

TRAVASSOS NETO, Maurício de Andrade. A incompatibilidade da tutela antecipada em caráter antecedente com o princípio da primazia da decisão de mérito. Jus. Ago. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59727/a-incompatibilidade-da-tutela-antecipada-em-carater-antecedente-com-o-principio-da-primazia-da-decisao-de-merito>. Acesso em: 04 dez. 2018.

VERAS, Dyego Rodrigues Martins da Silva. A aplicação da tutela antecipada como forma de garantia do preceito constitucional do acesso à justiça. Âmbito jurídico, Rio Grande, v. XIV, n. 92, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TELAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. 2.v. 17.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

UM OLHAR PRINCIPIOLÓGICO

Flavio Jose De Azevedo

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. E-mail: flavioazevedo@adv.oabsp.org.br

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo o estudo a respeito do significado de Princípio Jurídico, cuja compreensão é particularmente complexa. É comum a confusão que se faz ao tentar extrair o conceito de Princípio Jurídico que, muitas vezes, é confundido com as regras e até mesmo conceituado como valor. Com a finalidade de compreender esse importantíssimo instituto de uma forma mais clara, torna-se necessária a abordagem de seus mais relevantes aspectos, para um melhor entendimento sobre sua fundamentalidade no sistema jurídico.

Palavras-chave: Princípio Jurídico. Normas. Regras e Valor.

A PRINCIPLED LOOK

ABSTRACT

This article aims to study the meaning of the Legal Principle, whose understanding is particularly complex. There is a common confusion when trying to extract the concept of the Legal Principle that is often confused with the rules and even conceptualized as value.

In order to understand this very important institute more clearly, it is necessary to approach its most relevant aspects, in order to better understand its fundamentality in the legal system.

Keywords: Legal Principle. Standards. Rules and Value.

INTRODUÇÃO

Pode-se dizer que o princípio jurídico assenhoreia um significado bastante complexo.

O presente artigo tem como escopo a busca da compreensão acerca do princípio jurídico, cuja definição em muito tem se confundido com a definição de regras, sendo, ambos, espécies de norma.

Para se compreender a importância do princípio no ordenamento jurídico, é de grande relevância analisar os aspectos mais fundamentais do instituto em questão.

Dessa forma, será abordado no presente trabalho o conceito de princípio jurídico, demonstrando as diferenças entre princípios e regras, bem como a distinção entre princípio e valor.

Abordar-se-á também a tipologia, o sistema interno de princípios, função e eficácia dos princípios.

Por fim, chegar-se-á a um esclarecimento da definição de princípio jurídico, bem como de sua aplicação pelo intérprete.

É certo que o sistema jurídico necessita de princípios ou os valores que eles exprimem, uma vez que os princípios direcionam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas.

O QUE É UM PRINCÍPIO JURÍDICO?

De acordo com Ávila (2009), embora haja muitos debates em relação aos acontecimentos jurídicos que mais marcaram o período de vigência da Constituição de 1988, o fortalecimento do neoconstitucionalismo foi uma das ocorrências mais perceptíveis da teorização e aplicação do Direito Constitucional nas últimas duas décadas.

Ávila (2009, p. 2) esclarece:

As mudanças propostas pelo neoconstitucionalismo, na versão aqui examinada, não são independentes, nem paralelas. Elas mantêm, em vez disso, uma relação de causa e efeito, ou de meio e fim, umas com relação às outras. O encadeamento entre elas poderia ser construído, de forma sintética, da seguinte forma: as constituições do pós-guerra, de que é exemplo a Constituição Brasileira de 1988, teriam previsto mais princípios do que regras;

o modo de aplicação dos princípios seria a ponderação, em vez da subsunção; a ponderação exigiria uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata; a atividade e ponderação e o exame individual e concreto demandariam uma participação maior do Poder Judiciário em relação aos poderes Legislativo e Executivo; o ativismo do Poder Judiciário e a importância dos princípios radicados na Constituição levariam a uma aplicação centrada em vez de baseada na legislação.

Certo é que, regras e princípios exercem funções distintas, não se podendo dizer, assim, da preferência de uma norma sobre outra. Ávila (2009) esclarece que, sob a ótica qualitativa, os princípios teriam uma relevância maior do que as regras, ou seja, embora as regras existam em número superior, os princípios, em razão de suas funções eficazes, teriam, de qualquer forma, uma relevância relativa excedente à das regras.

De acordo com o referido autor, isso poderia acontecer de duas formas: em se tratando de regras constitucionais, os princípios constitucionais agiriam, tanto apartando as regras constitucionais imediatamente aplicáveis, quanto alterando suas conjecturas por extensão ou restrição teleológicas; no tocante às regras infraconstitucionais, os princípios constitucionais atuariam por intermédio das suas funções interpretativas, bloqueadoras e integrativas das regras infraconstitucionais existentes. Ainda que sob o prisma qualitativo, contudo, não se pode conferir uma primazia dos princípios em face das regras (...). Não se pode, de forma categórica, garantir que os princípios são, de maneira quantitativa ou qualitativa, mais eloquentes que as regras no sistema jurídico brasileiro. Pode-se, somente, assegurar que existe um sistema composto de regras e de princípios com funções eficazes complementares e distintos.

Dessa forma, o termo princípio não é de fácil definição, uma vez que pode ser utilizado em vários contextos e com diversos significados.

Segundo Cunha (2003), o vocábulo “princípio” é único e possui origem latina. Para os gregos princípio era denominado como *arque*, que quer dizer “o lugar de onde se parte”. Pode-se referir também ao termo *principium*. Para o autor, neste há mais do que em *arque*. *Principium* deriva dos vocábulos *primum* + *capere*, que quer dizer “colocar em primeiro lugar”.

Assim, Cunha (2003, p. 261) explica que “ao nascer, o termo “princípio”, não significa o que está em primeiro lugar, mas aquilo que é colocado em primeiro lugar, àquilo que se toma como devendo estar em primeiro lugar (...)”.

Posiciona-se Alexy (2019) no sentido de que a definição dos princípios seria já compreensível a partir do fato de muitas decisões se ampararem neles e se apresenta de maneira ainda mais evidente mediante o fato de normas jurídicas poderem ser limitadas ou extintas por meio deles. Princípios devem por consequência, serem observados como uma parcela do ordenamento jurídico. O sistema jurídico não seria, assim, um ordenamento composto unicamente por regras jurídicas.

Ataliba (2004, p. 34) leciona: “(...) princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico”.

Mello (2010) proclama que princípio é a determinação nuclear de um ordenamento, autêntico suporte dele, preceito fundamental que se dissemina sobre distintas normas, integrando-lhes o espírito e servindo de método para sua adequada compreensão e inteligência, precisamente por estabelecer à lógica e a racionalidade do sistema normativo, atribuindo-lhe a tônica que lhe dá essência harmônica.

Canotilho (2003, p. 1161) esclarece:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos (...). Os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes.

Ávila (2004, p. 70), ao definir princípio jurídico, nos fornece uma definição lapidar ao esclarecer que “princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade”. Sua aplicação exige uma apreciação da correspondência entre o estado de coisas a ser promovido e os resultados desinentes da atuação havida como imprescindível à sua promoção.

É de suma importância esclarecer que a teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre **normas** e **princípios**. Contudo, de acordo com Canotilho (2003), abandonar-se-á aqui essa distinção para,

em sua substituição, se sugerir: 1- as regras e princípios são duas espécies de normas (estas entendidas como sendo os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos (Nunes, 2018); 2- a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas.

A distinção entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos conforme o entendimento de Canotilho (2003).

- **Grau de abstração:** os princípios são normas com um grau de abstração mais elevado, enquanto as regras têm sua abstração reduzida.
- **Grau de determinabilidade** na aplicação do caso concreto: em função dos princípios serem vagos e indeterminados, necessitam de intervenções que os concretizem, já as regras, diante de sua precisão, podem ser aplicadas diretamente.
- **Caráter de fundamentalidade** no sistema das fontes de direito: os princípios têm caráter fundamental no sistema de fontes, pois são normas que têm papel essencial no ordenamento, devido à sua posição hierárquica (ex: princípios constitucionais), ou porque determinam a própria estrutura do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).
- **“Proximidade” da ideia de direito:** os princípios estabelecem padrões juridicamente vinculantes, estabelecidos em função da justiça ou da própria ideia de direito; as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo apenas funcional.
- **Natureza normogenética:** os princípios são fundamentos de regras, constituindo a base ou a razão das regras jurídicas, exercendo, por isso, uma função normogenética fundamentante.

O quadro esquemático a seguir, traz uma distinção complementar entre regras e princípios:

	Princípios	Regras
Dever imediato	Promoção de um estado ideal de coisas	Adoção da conduta descrita
Dever mediato	Adoção da conduta necessária	Manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores
Justificação	Correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal de coisas	Correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato
Pretensão de decidibilidade	Concorrência e parcialidade	Exclusividade e abarcância

Fonte: Ávila (2004, p. 70)

A existência de regras e princípios possibilita a descodificação, em termos de um constitucionalismo adequado, da estrutura sistêmica, isto é, possibilita a compreensão da Constituição como **sistema aberto de regras e princípios** (CANOTILHO, 2003).

PRINCÍPIO “VERSUS” VALOR

É preciso deixar clara a distinção entre princípio e valor, para buscar eliminar a confusão que se fez entre os conceitos na linguagem jurídica corrente.

Com efeito, têm-se usado os dois termos indistintamente, como se tivessem o mesmo conteúdo semântico.

No entanto, o fato é que, enquanto o valor é sempre um relativo, na medida em que “vale”, isto é, aponta para uma relação, o princípio se impõe como um absoluto, como algo que não comporta qualquer espécie de relativização.

Nunes (2018) esclarece que o valor é influenciado por componente histórico, social, pessoal etc., e se institui através de um comando de poder que determina regras de interpretação (jurídicas ou não). Por essa razão, existem muitos valores e não se podem determinar as probabilidades de deles falar. Eles irão variar conforme variarão o tempo e o espaço, no elo com a própria história habitual dos indivíduos. O princípio, não. Uma vez verificado, institui-se sem opção de variação.

Os princípios não são somente valores cuja realização fica na dependência de meras preferências pessoais. Eles são, ao mesmo tempo, mais do que isso e algo distinto disso. Os princípios estabelecem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, de forma inversa, estabelecem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários. Nesse diapasão, esclarece Nunes (2018, p. 72):

Os princípios relacionam-se aos valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover. No entanto, os princípios afastam-se dos valores porque, enquanto os princípios se situam no plano deontológico e, por via de consequência, estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas, os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento.

Logo se vê que os princípios, embora relacionados a valores, não se confundem com eles.

TIPOLOGIA DE PRINCÍPIOS

Conforme o entendimento de Canotilho (2003), a tipologia dos princípios se apresenta da seguinte forma:

- **Princípios jurídicos fundamentais**- são os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. São pertencentes à ordem jurídica positiva e compõem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.
- **Princípios políticos constitucionalmente conformadores**- recebem a denominação de princípios politicamente conformadores os princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Nestes princípios se condensam as opções políticas nucleares e se reflete a ideologia inspiradora a constituição.
- **Princípios constitucionais impositivos**- Nestes princípios subsumem-se todos os princípios que impõem aos órgãos do Estado, principalmente ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. São, assim, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados.
- **Princípios-garantia**- Há outros princípios que têm por finalidade estabelecer direta e imediatamente uma garantia dos cidadãos. À tais princípios se atribui uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa. Esses princípios traduzem-se no estabelecimento direto de garantias para os cidadãos e daí que os autores lhes denominam “princípios em forma de norma jurídica” e considerem o legislador estreitamente vinculado na sua aplicação.

SISTEMA INTERNO DE PRINCÍPIOS

Canotilho (2003) classifica os princípios por aquilo que chama de ordem crescente de abstratividade. Existem, primeiramente, certos princípios denominados **princípios estruturantes** constitutivos e indicativos das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional.

De acordo com o autor em tela, estes princípios se concretizam através de outros princípios (ou subprincípios) que densificam os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, constituindo, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno.

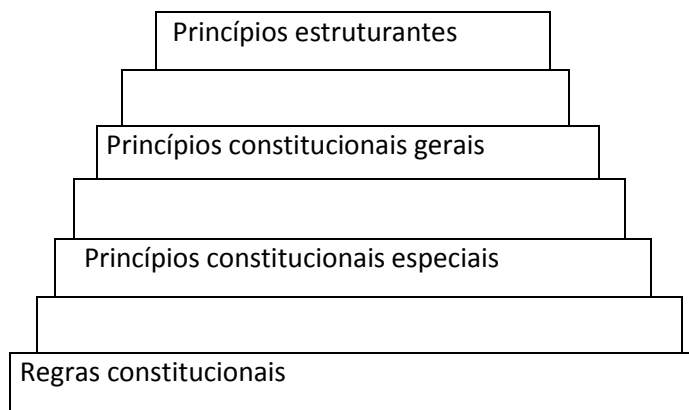
Deste modo, por exemplo, o princípio do Estado de Direito é densificado por meio de uma série de subprincípios: o princípio da constitucionalidade, o princípio de legalidade da administração, o princípio da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, o princípio da independência dos Tribunais.

Ainda para o referido autor, estes **princípios gerais fundamentais** podem, por sua vez, densificar-se ou concretizar-se ainda mais por meio de outros **princípios constitucionais especiais**. Por exemplo, o

princípio da vinculação do legislador aos direitos fundamentais é densificado por outros princípios especiais tais como o princípio da proibição do excesso e o princípio da não-retroatividade de leis restritivas.

Os princípios estruturantes não são apenas densificados por princípios constitucionais gerais ou especiais. A sua concretização é feita também por várias regras constitucionais, qualquer que seja a sua natureza.

Os princípios estruturantes-> princípios constitucionais gerais-> princípios constitucionais especiais-> regras constitucionais, constituem um sistema interno, cuja ilustração gráfica é apresentada por Canotilho (2003, p. 1175), da forma seguinte:



Este esquema não se desenvolve apenas numa direção, de cima para baixo ou de baixo para cima. “A formação do sistema interno consegue-se mediante um processo bi-unívoco de “esclarecimento recíproco.” (Canotilho, 2003, p. 1175)”.

FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS

O sistema jurídico necessita de princípios (ou os valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de Direito; são exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos.

Esclarece Canotilho (2003) que, em razão da sua referência a valores ou da sua importância ou proximidade axiológica (da “justiça”, da “ideia de direito”, dos “fins de uma comunidade”), os princípios possuem uma *função normogénica* e uma *função sistémica*.

É o fundamento de regras jurídicas e possuem uma idoneidade irradiante que lhes possibilitam “ligar” ou cimentar, de forma objetiva, todo o sistema constitucional.

Para o autor em questão, compreende-se, desta forma, que as regras e os princípios, para serem ativamente operantes, necessitam de procedimentos e processos que lhes deem operacionalidade prática.

7 EFICÁCIA DOS PRINCÍPIOS

Conforme o entendimento de Ávila (2004), a eficácia dos princípios se apresenta da seguinte forma:

- Eficácia interna

- *Conteúdo*- as normas operam sobre as outras normas do mesmo sistema jurídico, especialmente determinando-lhes o seu sentido e o seu valor.
- *Eficácia interna direta*- A eficácia direta consiste na atuação sem intermediação ou interposição de um outro (sub-) princípio ou regra. No âmbito da eficácia direta, os princípios exercem uma *função integrativa*, na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras. Ainda que um elemento inerente ao fim que deve ser buscado não esteja previsto, o princípio irá garanti-lo.
- *Eficácia interna indireta*- a eficácia indireta consiste na atuação com intermediação ou interposição de um outro (sub-) princípio ou regra. No âmbito da eficácia indireta, os princípios exercem várias funções.

Primeiramente, em relação às normas mais amplas (sobreprincípios), os princípios exercem uma *função definitiva*, na proporção em que delimitam, com maior especificação, o comando mais amplo determinado pelo sobreprincípio axiologicamente superior.

Em segundo lugar, e agora no tocante às normas de abrangência mais restrita, os (sobre) princípios exercem uma *função interpretativa*, na proporção em que servem para interpretar normas construídas a partir de textos normativos expressos, limitando ou amplificando seus sentidos.

Em terceiro lugar, os princípios exercem uma *função bloqueadora*, porquanto afastam elementos expressamente previstos que não sejam compatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido.

- EFICÁCIA EXTERNA

- *Eficácia externa objetiva*- as normas jurídicas, contudo, não operam somente sobre a compreensão de outras normas. Elas operam sobre a compreensão dos próprios fatos e provas. Com efeito, sempre que se aplica uma norma jurídica é necessário decidir, dentre todos os fatos ocorridos, quais deles são pertinentes e, dentre todos os pontos de vista, quais deles são os adequados para interpretar os fatos.

Neste ponto, entra em cena a noção de eficácia externa: as normas jurídicas são decisivas para que os próprios fatos sejam interpretados. Não se interpreta a norma e posteriormente o fato, mas o fato de acordo com a norma e a norma de acordo com o fato, concomitantemente. O mais importante aqui é destacar a eficácia externa que os princípios têm: como eles determinam indiretamente um valor pelo estabelecimento de um estado ideal de coisas a ser buscado, indiretamente eles fornecem um parâmetro para o exame da pertinência e da valoração.

- *Eficácia externa subjetiva*- em relação aos sujeitos atingidos pela eficácia dos princípios, é necessário registrar que os princípios jurídicos atuam como direitos subjetivos quando proíbem as intervenções do Estado em direitos de liberdade, qualificada também como função de defesa ou de resistência.

Os princípios também mandam tomar medidas para a proteção dos direitos de liberdade, conceituada também como função protetora. Ao Estado não compete apenas respeitar os direitos fundamentais, senão também o dever de promovê-los por meio da adoção de medidas que os executem da melhor forma possível.

COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS E CONFLITO ENTRE REGRAS

Princípios são comandos de otimização. Como tais, eles exigem que algo seja realizado na maior medida possível, dadas as possibilidades jurídicas e fáticas.

Para Alexy (2018, p. 3), “a determinação do grau apropriado de cumprimento de um princípio relativamente às exigências de outros princípios é feita através da ponderação”.

Dessa forma, em caso de colisão entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação e de harmonização, pois, de acordo com Canotilho (2003, p. 1162), “eles contêm apenas “exigências” ou “standards” que, “em primeira linha” (*prima facie*), devem ser realizados. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia)”.

Salienta Canotilho (2003) que a aspiração de validade plena de determinados princípios com sacrifício de outros emanaria a formação de princípios mutuamente incompatíveis, com a resultante aniquilação da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí a identificação de situações de tensão ou antagonismo entre os muitos princípios e a indispensabilidade de anuir que os princípios não acatam, em caso de colisão, a uma “lógica do tudo ou nada”, antes podem ser instrumento de ponderação e concordância prática, conforme o seu peso as circunstâncias do caso.

A ponderação relaciona-se à forma como se aplica os princípios e a hipótese de proporcionalidade. Nesse diapasão, Pinheiro (2011, p. 205-206) esclarece:

A ação do postulado da proporcionalidade é desenvolvida a partir da verificação do atendimento de três exigências: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação representa uma análise de uma relação do tipo meio e fim. Existe adequação, quando o meio empregado pelo ato estatal está apto a promover o fim ou objetivo perseguido. Ou ainda de modo mais específico, a intervenção num direito fundamental deve contribuir para a obtenção de um fim constitucionalmente legítimo(...). O ato passará pelo teste da necessidade, quando a realização do fim buscado não puder ser promovida, “com a mesma intensidade, por outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”. É dizer: entre todos os atos que forem igualmente adequados, deve-se eleger aquele mais favorável e menos restritivo do direito fundamental que está sofrendo a intervenção. (...). O teste da proporcionalidade em

sentido estrito é estruturado em três fases: I) determinação das magnitudes que devem ser ponderadas, ou seja, de um lado, a importância da realização do fim perseguido com intervenção e, de outro, a importância da intervenção no direito fundamental; II) comparação destas magnitudes, com o fito de determinar se a importância de realização do fim perseguido com a intervenção é maior que a importância da intervenção no direito fundamental; III) construção da relação de precedência condicionada entre o direito fundamental e o fim buscado, com base no resultado da comparação levada a cabo no segundo passo.

Complementa Pinheiro (2011), que a proporcionalidade estabelece análise dos efeitos da relação causalidade entre dois elementos. Existe uma lógica de relação de meio e fim. Trata-se de refletir se um dado meio é proporcional ao alcance de determinado fim. Na ponderação, não se constata essa relação de causalidade. Estrutura-se a aplicação de princípios e regras através do equilíbrio de bens jurídicos, interesses, valores e direitos.

É no caso concreto, no entanto, que o ato decisório interpretativo deverá privilegiar um ou vários princípios em detrimento de outros. Na verdade essa ação interpretativa não reduz em nada a importância do princípio posto em segundo plano, nem altera de forma alguma sua natureza.

Para Guerra Filho (2007), o estado potencial de colisão dos princípios de um sistema jurídico se nota já naquela fórmula política da nossa Constituição, que condensa dois princípios estruturantes de nosso ordenamento jurídico, o princípio do Estado de Direito e o princípio democrático, visto que na proporção em que eles se implicam reciprocamente, pode-se fantasiar que o acatamento unilateral de um deles leve ao desacatamento do outro. A título de exemplo, tem-se a circunstância de excesso no acolhimento ao princípio democrático conduzindo ao desvio demasiado de poderes para o legislativo, quebrando-se, deste modo, a harmonia entre os poderes estatais, e, por isso, não atendendo ao princípio do Estado de Direito, comprometendo a própria democracia, pela dubiedade institucional daí derivado.

Percebe-se, então, que o caso concreto apontará o caminho a ser trilhado para que o intérprete coloque em relevo esse ou aquele princípio.

Contudo, temos de dizer que, mesmo em abstrato, há princípios mais importantes que outros e que, por isso, “sempre merecerão preferência do intérprete, que deve ter, diríamos assim, uma “inclinação” natural na direção desses qualificados princípios” (NUNES, 2018, p. 57).

No que se refere aos conflitos entre regras vale o raciocínio “tudo ou nada”. Se duas regras entram em conflito, isso pode ser solucionado através da inserção de exceções. “Mas isso nem sempre é possível, pois pode ocorrer que duas regras prevejam duas consequências jurídicas inconciliáveis para o mesmo suporte fático” (SILVA, 2008, p. 33).

Vejamos os exemplos apresentados por Silva (2008, p. 33-34):

Dois exemplos triviais podem esclarecer o que acaba de ser sustentado. Se há uma regra que proíbe que os alunos de uma determinada escola deixem suas salas de aula antes que o sinal soe e, no conjunto de regras da mesma escola, há uma outra que impõe que esses mesmos alunos saiam de suas salas se tocar o alarme de incêndio, temos aqui um conflito parcial, pois a consequência jurídica da segunda - sair da sala mesmo que não toque o sinal, desde que toque o alarme – não é compatível com a proibição total de se sair da sala antes do sinal, como exige a primeira regra. O critério para a solução de tal conflito é fornecido pela conhecida máxima *lex specialis derogat legi generali* e, por conseguinte, a segunda regra será encarada como uma exceção à primeira.

Em um segundo exemplo, há uma regra que proíbe e outra que permite o fumo nas salas de aula. Aqui não há a possibilidade da instituição de uma cláusula de exceção, como no exemplo anterior, porque as consequências jurídicas são totalmente excludentes entre si. Para a solução desse conflito só podem ser consideradas uma das outras duas máximas para solução de antinomias: *lex posterior derogat legi priori* ou *lex superior derogat legi inferiori*. O resultado será, inevitavelmente, a declaração de invalidade de uma das regras.

Para o autor em tela, analisar exemplos de conflitos entre regras é ilustrativo para elucidar a distinção entre elas e os princípios, pois as colisões de princípios acompanham um silogismo distinto, visto que, opostamente ao que ocorre no caso das regras, as colisões de princípios não se definem estritamente no plano da validade.

Dessa forma, Alexy (2019) salienta que quando a eliminação de uma contradição por meio da inserção de uma exceção não é possível, pelo menos uma das regras deve ser inválida. A possibilidade de manter ambas as regras como partes efetivas do ordenamento jurídico e decidir, em um caso concreto, de acordo com o peso, está excluída.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se observa, os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido. Um fim é ideia que externa uma orientação prática. Elemento constitutivo do fim é a fixação de um conteúdo como pretendido.

De acordo com o posicionamento de Nunes (2018, p. 41), salienta-se que “os princípios são, dentre as formulações deontológicas de todo o sistema ético-jurídico, os mais importantes a serem considerados, não só pelo aplicador do Direito, mas por todos aqueles que, de alguma forma, ao sistema jurídico se dirijam”. Desse modo, todos têm de, primeiramente, levar em consideração os princípios que norteiam todas as demais normas jurídicas existentes.

Segundo o autor em questão é notório que não se pode depreciar um princípio, do contrário, nenhuma interpretação será bem aperfeiçoada. É o princípio que vai influenciar na essência e consecução de todas as normas. Essa influência tem um êxito concreto. Não pertence somente ao plano abstrato do ordenamento. É de ser considerada na definição do sentido de toda norma, como imposição de influência absoluta e direta. O princípio em toda circunstância concreta de utilização das normas jurídicas, desce das altas esferas do ordenamento ético-jurídico em que se situa para instantânea e concreta implementação no caso real que se está a examinar.

Percebe-se, assim, que os princípios exercem função importantíssima dentro do ordenamento jurídico-positivo, uma vez que norteiam, condicionam e aclaram a interpretação das normas jurídicas em geral.

Os princípios, em razão de sua qualidade normativa especial, dão coerência ao ordenamento jurídico, realizando extraordinário fator consolidante. Ainda que os princípios e as normas tenham a mesma estrutura lógica, por todas as razões já especificadas, aqueles têm maior influência axiológica do que estas. “São, pois, normas especiais, que ocupam posição de destaque no mundo jurídico, orientando e condicionando a aplicação de todas as demais normas” (NUNES, 2018, p.60).

Pode-se, portanto, dizer que os princípios são regras mestras dentro do sistema positivo, incumbindo ao intérprete buscar identificar as estruturas básicas do sistema em análise.

Os princípios são o alicerce, o fundamento, por isso também a importância de princípios em relação ao Meio Ambiente, ao Direito Ambiental. É com base neles que se constroem as leis, regulamentos, normas, resoluções, de onde emanam ramificações. Dessa forma, de suma importância para a caracterização de um sistema bem elaborado. Esse conjunto de normas deve compor o sistema jurídico com o objetivo de tutelar o Meio Ambiente.

Os princípios que informam o Direito Ambiental traçam os rumos e as condições fundamentais para a construção da sociedade sustentável, capaz de garantir a vida com qualidade.

Por essa razão, não se pode esquecer que os princípios foram muito importantes para a evolução do direito ambiental no Brasil, considerando que seu fundamento teórico surge com as Conferências Internacionais de proteção ao meio ambiente que notabilizaram a principiologia norteadora da própria criação da matéria no plano interno (GUERRA; GUERRA, 2014).

Existem, assim, vários princípios aplicáveis ao Direito Ambiental, como o desenvolvimento sustentável; prevenção e precaução; poluidor-pagador; participação; ubiquidade; cooperação entre os povos, dentre outros.

A maior e mais relevante diferença desses princípios para as regras, é que aos princípios se atribui uma carga de abstração muito grande. Embora toda norma jurídica seja abstrata, pois prevê, de forma hipotética, um fato que, caso ocorra, faz com que sejam acarretadas consequências previstas pelo sistema jurídico. Contudo, em relação aos princípios, o grau de abstração é muito mais elevado. “Sua estrutura não descreve simples situações fáticas, de fácil constatação, mas valores considerados essenciais ao direito. E esses valores, como não poderia deixar de ser, são descritos por meio de conceitos vagos ou indeterminados” (RODRIGUES, 2018, p. 339).

No entanto, é importante salientar que isso não afasta a magnitude dos princípios. Precisamente por definirem valores essenciais ao direito, constituem eles o alicerce que ampara todo o ordenamento jurídico.

Não obstante a importância dos princípios, se uma regra é completa e suficiente para se aplicar ao caso concreto, é ela que deve ser aplicada em detrimento dos princípios, devido sua maior abrangência.

Isto porque, segundo Ávila (2004), os princípios abrangem somente uma parcela dos fatores relevantes para que uma decisão seja tomada, não tendo a aspiração de conceber uma solução específica, mas de auxiliar na decisão. Por outro lado, as regras são mais decisivas e abarcantes, devido sua intenção de abranger todos os fatores relevantes para que uma decisão seja tomada, buscando uma solução específica para o conflito.

De acordo com o citado autor, os princípios estabelecem com menor determinação qual o comportamento necessário à sua concretização, devendo o aplicador, por esse motivo, arrazoar de maneira a fundamentar uma avaliação de correspondência entre as consequências da conduta a ser praticada e a realização paulatina do estado de coisas exigido. Nas regras há maior determinação do comportamento, devido seu caráter descritivo ou definitório, assim, o aplicador deve arrazoar de modo a fundamentar uma avaliação de correlação da construção do fato à descrição normativa e ao propósito que lhe dá sustentação.

O importante é que a diferença entre as regras e os princípios leva a conhecimentos e capacidades diversas do aplicador, em relação ao objeto e a forma de justificação da decisão de interpretação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2018.

ALEXY, Robert. Teoria discursiva do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Revista eletrônica de direito do estado. Número 17- janeiro/fevereiro/março de 2009- Salvador-Bahia- Brasil- ISSN 1981-187x-.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4^a ed. Malheiros. 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. Almedina, 2003.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. O que é um princípio. In CUNHA, Sérgio Sérvulo da. GRAU, Eros Roberto. Estudos de direito constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. 5. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. Curso de direito ambiental. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NUNES, Rizzato. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência . 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PINHEIRO, Paulo Eduardo D’arce. Poderes executórios do juiz. São Paulo: Saraiva, 2011. – (Coleção direito e processo/ coordenador Cassio Scarpinella Bueno).

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Direito ambiental esquematizado. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizado / coordenador Pedro Lenza).

SILVA, Virgílio Afonso. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

RESUMOS DE PESQUISA

A IDEOLOGIA JURÍDICA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO	2574
DIREITOS HUMANOS E EDUCAÇÃO DIGITAL: REFLEXÕES A PARTIR DA ANÁLISE DE OBJETOS EDUCACIONAIS	2575
EDUCAÇÃO ABERTA E O DIÁLOGO ENTRE O DIREITO À VIDA E À LIBERDADE DE CRENÇA NA REDE SOCIAL INSTAGRAM	2576
HIPOTECA REVERSA: TRANSFORMAÇÃO DA PROPRIEDADE DO IDOSO EM RENDA VITALÍCIA OU DESERDAMENTO DOS FILHOS?	2577
PENA PEDAGÓGICA: CONTEXTUALIZAÇÃO JURÍDICA E FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA	2578
RESPONSABILIDADE CIVIL DAS ESCOLAS QUANTO A VIOLÊNCIA FÍSICA E MORAL: A CONSTRUÇÃO DO SABER NA ERA CONECTADA	2579

A IDEOLOGIA JURÍDICA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

HUMBERTO BISPO

Trata-se de uma análise reflexiva sobre a ideologia jurídica empregada na formulação e aplicação da legislação penal na sociedade brasileira. O elemento motivador ao presente questionamento, é o anseio de compreender-se o papel do agente jurídico na sociabilidade capitalista, o desejo punitivo do legislador, e o poder fugaz do julgador com sua liberdade discricionária, que aprisionam cada vez mais a classe explorada. Assim, o objetivo da pesquisa foi analisar as motivações ideológicas do direito penal brasileiro e o seu surgimento histórico, além de compreender a motivação subjetiva do agente jurídico como indivíduo protetor da reprodução capitalista. Através do método indutivo, foram analisadas referências bibliográficas, fatos e construções ideológicas refletidas e questionadas em livros e artigos ao longo da história, além de diferentes normas e jurisprudências. A base da questão é a sociedade econômica pela qual se construiu as relações sociais, sendo esta a capitalista, que influencia ideologicamente nas formações e decisões daqueles que possuem cargos nos poderes constituintes do Estado. O resultado identificado, é que tal formação ideológica gera uma má formulação legislativa e ruidosa aplicação penal, tornando-se a principal ferramenta de controle social e garantia de exploração da classe dominante. O Estado além de possuir função de repressão, divide-se em "Aparelhos de Estado" e "Aparelhos Ideológicos de Estado". Este possui por função determinar a consciência de um indivíduo desde a sua infância numa estrutura de classe, estabelecendo a devida posição social que tende a inserir-se. De tal forma, faz-se a ideologia jurídica penal, onde legislador e julgador atuam conforme as demandas "punitivistas" de seu grupo, de sua classe, e do aparelho ideológico que o formou, não julgando ou legislando contra o Estado, sendo este mutual ao Capital. Logo, a lei e a pena recairá contra aquilo que se contrapõe à classe dominante. Conclui-se que, toda segregação e abuso social gerado pela Justiça ocorrem de forma estruturada sendo construída ideologicamente, refletindo como mera expressão da formação dos agentes jurídicos condicionados pela ideologização do capital. É fundamental a conscientização e ruptura desse retrato para aproximação de uma sociabilidade humanista.

Pesquisa (ENAPI)

UNIVERSIDADE DO OESTE PAULISTA - UNOESTE

Ciências Sociais Aplicadas

Comunicação oral

Direito

DIREITOS HUMANOS E EDUCAÇÃO DIGITAL: REFLEXÕES A PARTIR DA ANÁLISE DE OBJETOS EDUCACIONAIS

CRISTIÉLE PICOLO VISONÁ
JESSICA FERNANDA ALVES CAVALCANTE
LETICIA RODRIGUES BIASOTTI
LUIS HENRIQUE RAMOS ALVES
MYLLENA SILVA
SARAH CAROLINA COLORADO BORGES
RAQUEL ROSAN CHRISTINO GITAHY

Vivendo na era conectada é notório que a propagação de valores educacionais de Direitos Humanos carece de tecnologias e metodologias que potenciam a reflexão sobre o tema. Assim, deve-se buscar ferramentas que possibilitam a inserção desta temática no cotidiano das pessoas. A presente pesquisa teve como objetivo realizar um levantamento de recursos de Tecnologia Digital de Informação e Comunicação que estejam disponíveis gratuitamente em repositórios que instiguem a reflexão a respeito do tema Educação em Direitos Humanos, analisando-os a partir de algumas diretrizes dos Direitos Humanos. A pesquisa foi qualitativa com a coleta de dados no Banco Internacional de Objetos Educacionais. A análise de como tais recursos podem auxiliar na construção do saber sobre Educação em Direitos Humanos fez-se a partir de categorias inspiradas na Resolução nº 1, que estabelece Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos, sendo elas: (I)- igualdade de direitos; (II) - reconhecimento e valorização das diferenças e das diversidades; (III) - sustentabilidade socioambiental. O projeto foi aprovado na Coordenadoria de Pesquisa e Desenvolvimento Institucional da Universidade do Oeste Paulista, sob o protocolo 4688. Dentre os resultados de objetos educacionais que envolviam a temática Educação em Direitos Humanos encontramos vários formatos. Seleccionamos para análise objetos no formato de vídeo, a saber: "Reflexo" e a "Educação em Comunidade Ribeirinha". O vídeo "Reflexo" é um objeto educacional que evidencia a discussão sobre a temática das diferenças sociais e a escassez de uma boa administração política, que são questões decisivas para se criar melhores condições de inclusão, sustentabilidade, segurança e oferecer uma condição humana mais digna. Já o objeto "Educação em Comunidade Ribeirinha", no que se refere à questão da igualdade de direitos, o vídeo mostra o dia a dia escolar de uma aluna que vive em uma comunidade ribeirinha, gerando um pensamento crítico no sentido de questionar sobre a dificuldade para chegar à escola e ter acesso à educação, o que hoje, pela nossa Constituição, é um direito fundamental. Já quanto à questão de sustentabilidade socioambiental, o vídeo mostra como a população daquele lugar se preocupa com esta questão e luta pela mesma. A presente pesquisa evidenciou que a Tecnologia Digital de Informação e Comunicação pode ser uma ferramenta para promover e ensinar sobre os direitos humanos.

Pesquisa (ENAPI)

UNIVERSIDADE DO OESTE PAULISTA - UNOESTE

Ciências Sociais Aplicadas

Comunicação oral

Direito

EDUCAÇÃO ABERTA E O DIÁLOGO ENTRE O DIREITO À VIDA E À LIBERDADE DE CRENÇA NA REDE SOCIAL INSTAGRAM

ANA LETICIA FERNANDES ABRASCIO
RAQUEL ROSAN CHRISTINO GITAHY

A pesquisa envolvendo a educação aberta via redes sociais é fundamental na construção da cidadania, pois o cidadão vivendo em uma sociedade conectada constrói seu conhecimento não apenas em ambientes formais, mas também em outros espaços, destacando aqui o mundo virtual. A presente pesquisa tem como objetivo analisar como está educação aberta via redes sociais no que se refere ao pensamento da sociedade quanto à questão polêmica envolvendo a proibição de uso de sangue em operações médicas dos adeptos da religião Testemunhas de Jeová. A fim de atingir tal objetivo, a pesquisa teve uma abordagem qualitativa, utilizando o contexto da rede social. Para a coleta de dados foram utilizados os documentos registrados das interações realizadas no Instagram da "Nação Jurídica". Consideramos as opiniões e os saberes construídos no ambiente virtual da plataforma. O projeto da presente pesquisa foi aprovado pelo comitê de pesquisa institucional da Universidade do Oeste Paulista sob o protocolo 5643. Não houve a necessidade de tramitação no comitê de ética pois todas as interações que foram objeto de análise são de domínio público. Os resultados evidenciaram que nos comentários das redes sociais, alguns usuários alegam supremacia do direito à vida em relação a religião. A questão da hemotransfusão propõe o que, a princípio, pode parecer um dilema entre o direito a vida e a liberdade religiosa, havendo a necessidade de se encontrar uma harmonia que prima pela dignidade. Destaca-se, ainda, que o sistema único de saúde deve garantir o acesso a diferentes tratamentos que estejam alinhados as crenças religiosas. A interação por meio do Instagram proporcionou uma melhor compreensão de como a sociedade expõe seu parecer sobre o tema, comparando a construção doutrinária, jurisprudencial e legal.

Pesquisa (ENAPI)

UNIVERSIDADE DO OESTE PAULISTA - UNOESTE

Ciências Sociais Aplicadas

Comunicação oral

Direito

HIPOTECA REVERSA: TRANSFORMAÇÃO DA PROPRIEDADE DO IDOSO EM RENDA VITALÍCIA OU DESERDAMENTO DOS FILHOS?

PRISCILA PEREIRA
ADILSON RÉGIS SILGUEIRO

O presente artigo aborda a figura da hipoteca reversa, que vem sendo discutida no Brasil através do Projeto de Lei 52/2018. Que é uma modalidade de contrato de crédito feito entre o proprietário de um imóvel já quitado, cuja idade seja de 60 anos ou mais, e uma instituição financeira. Ao contratar a hipoteca reversa, o proprietário idoso cede seu imóvel como garantia, em troca de uma renda mensal vitalícia, ou uma espécie de aluguel, paga pela instituição financeira, que futuramente se tornará proprietária do imóvel. A grande vantagem dessa modalidade de crédito é que o cliente idoso, já habituado a morar na residência que levou a vida toda para construir, irá continuar morando na mesma até a sua morte, pois, o contrato só se encerra com o óbito do contratante. Porém, caso queira o contratante também pode optar por quitar o empréstimo antes de morrer como forma de liberar o imóvel dado em garantia na operação. Tal Instituto já é aplicado em outros países como nos Estados Unidos e Canadá, e apresenta efeitos positivos, tanto na movimentação do mercado imobiliário, quanto na comodidade do idoso que contrata a hipoteca reversa. Utilizar a hipoteca reversa como uma forma compensatória onde o idoso poderá transformar seu patrimônio em renda mensal, e ainda continuar morando nele até o fim da vida, garantindo o seu bem estar social, sua dignidade e o banco ter seu investimento garantido pela propriedade do imóvel. Garantia de moradia e renda mensal Ao concordar com esse contrato, o imóvel fica fora do patrimônio deixado para herdeiros, pois passa a pertencer ao Banco após a morte do contratante, contudo, há um descontentamento sobre a aceitação de tal medida por familiares, em especial por parte de filhos que não se preocupam com o bem estar dos pais, mas sim com o que os pais irão deixar de herança para garantir o seu bem estar, mas os herdeiros não terão direito sobre os bens de propriedade dos antecessores, tendo a contratação sido formalizada de acordo com a Lei aplicável, não há o que se questionar. Conclui-se que a nova figura é um mecanismo hábil para o momento, pois o Brasil está passando por grandes mudanças, como a reforma da previdência social e o aumento da expectativa de vida da pessoa humana, e a hipoteca reversa surge como uma forma compensatória onde o idoso poderá transformar seu patrimônio em renda mensal, e ainda continuar morando nele até o fim da vida, garantindo assim o seu bem estar social, e ainda a promoção da função social da propriedade.

PENA PEDAGÓGICA: CONTEXTUALIZAÇÃO JURÍDICA E FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA

GUILHERME MARCONI GERMER
VIVIANE PATRICIA SCUCUGLIA

A questão do sentido da penalidade. Propomos destacar o conceito de pena pedagógica, a qual se distingue de castigo como retaliação. Pretendemos fundamentar esse argumento com a distinção proposta pelo filósofo Paul Rée em *A origem dos sentimentos morais* (1877), entre a pena jurídica enquanto intimidação a lesões futuras e o castigo por "sentimento de justiça" (*Gerechtigkeitsgefühl*), voltado à perseguição ou vingança. Pretendemos apresentar uma contextualização jurídica e uma fundamentação filosófica que ensejem a tese de que o sentido estritamente pedagógico da pena é imprescindível à configuração das relações de trabalho nos moldes do estado moderno de direito. O trabalho exige procedimentos hermenêuticos, portanto, análise e interpretação de cânones do direito e clássicos da filosofia. A Moral e a harmonia jurídica. A aplicação da pena em sentido pedagógico, e não em sentido retribuidor. Rée expressa isso com o argumento filosófico de que enquanto o sentimento de justiça castiga "quia peccatum est [porque se pecou ou lesou]" No contexto trabalhista, a aplicação da pena em sentido pedagógico, e respeitadas as mais diversas gradações entre a infração e penalidade. O empregador tem o poder de direção, fundado no dever do último de fiscalização, organização e disciplina das relações de trabalho. - trazendo a questão à tela: quando a penalidade atinge seu objetivo? Rée aporta a essa questão ao distinguir o conceito de castigo racional e jurídico do castigo cobrado por sentimento de justiça. O primeiro deles se origina da necessidade social de inibição de ações prejudiciais entre os cidadãos de uma comunidade, "em parte, para que ele mesmo a quem o castigo ameaçador não pôde intimidar seja coibido, no futuro, de praticar ações semelhantes, e em parte, para que seu castigo também seja um sinal de alerta a todos os demais" (RÉE, P.. *Der Ursprung der moralischen Empfindungen*. Chemnitz: Verlag von E. Schmeitzner. 1887, p. 46). o propósito pedagógico da pena é imprescindível à configuração das relações de trabalho nos moldes do estado moderno de direito.

Pesquisa (ENAPI)

UNIVERSIDADE DO OESTE PAULISTA - UNOESTE

Ciências Sociais Aplicadas

Comunicação oral

Direito

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS ESCOLAS QUANTO A VIOLÊNCIA FÍSICA E MORAL: A CONSTRUÇÃO DO SABER NA ERA CONECTADA

LUIS HENRIQUE RAMOS ALVES
FERNANDA GABRIELA SAMPAIO SOUZA
RAQUEL ROSAN CHRISTINO GITAHY

Estando a escola atual inserida em uma sociedade conectada, pode-se usar as informações constantes no meio digital para se discutir mais amplamente o tema responsabilidade civil das escolas quanto a violência, conscientizando os profissionais envolvidos na escola, os pais e toda a sociedade. O objetivo da pesquisa foi analisar o uso do ambiente virtual para auxiliar na construção do saber da sociedade sobre a responsabilidade civil das escolas no que se refere à violência física e moral. A fim de atingir o objetivo, utilizou-se uma abordagem qualitativa, no contexto do ambiente virtual de aprendizagem do site "Saber o direito", criado para interações entre a sociedade e especialistas no tema responsabilidade civil das escolas. Houve a aprovação da Coordenadoria de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação, sob o número de protocolo 4789. Para a coleta de dados foram usados os documentos registrados das interações realizadas no site Direito de todos. Consideramos as dúvidas e os saberes construídos no ambiente virtual do Direito de todos sobre a responsabilidade civil das escolas. A análise dos dados fez-se a partir dos saberes construídos e a legislação vigente, tendo como norte as dúvidas e os relatos de experiências envolvendo o tema. Protocolo 4789 PIBIC-EM. Os resultados evidenciaram que existem situações de violência como lesão corporal, bullying, furto, dentre outras, que podem gerar a responsabilidade civil da escola. Nos casos relatados no ambiente pesquisado, as Lesões Corporais aparecem com um maior número de acontecimentos, podendo gerar, segundo o Código Civil Brasileiro e a doutrina, uma indenização que levará em consideração as despesas com o tratamento da lesão e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além disso terá que indenizar qualquer outro tipo de prejuízo que o ofendido possa ter vindo a sofrer. A presente pesquisa evidenciou a importância de tal responsabilidade ser veiculada para a população e os profissionais da educação, sendo que se mostrou um importante meio as postagens no meio virtual A luta pela justiça e o fim da violência escolar continua! Órgão de fomento financiador da pesquisa: Programa institucional de bolsas de Iniciação científica para o ensino médio do CNPQ/UNOESTE