

Jurisvox

Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas

UNIPAM – Centro Universitário de Patos de Minas

Reitor do UNIPAM
Milton Roberto de Castro Teixeira

Pró-reitor de Ensino, Pesquisa e Extensão
Fagner Oliveira de Deus

Pró-reitor de Planejamento, Administração e Finanças
Renato Borges Fernandes

Curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas

Coordenador do curso de Direito
Guilherme Caixeta Borges

*A Jurisvox é uma publicação anual do curso de Direito,
do Centro Universitário de Patos de Minas.*

Impressão e acabamento

Grafipres: (34) 3822-1166

Catálogo na Fonte
Biblioteca Central do Unipam

J959j JURISVOX: Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas.
Ano 14, n. 14, vols. 1 e 2 (jul. e dez. 2013). -- Patos de Minas: UNIPAM, 2013.

Semestral.

ISSN 1516-778X

1. Direito, Periódicos. I. Centro Universitário de Patos de Minas.

CDD: 340.05

Bibliotecária responsável: Dione Candido Aquino – CRB 1720

Centro Universitário de Patos de Minas | UNIPAM

Rua Major Gote, 808 – Caiçaras
38702-054 Patos de Minas-MG Brasil
Telefax: (34) 3823-0300
web: www.unipam.edu.br

Jurisvox

Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas

ISSN 1516-778X

ano 14 – n.º 14 – vols. 1 e 2 – julho e dezembro de 2013
Patos de Minas: Jurisvox, UNIPAM, (14): 1-218, 2013



Centro Universitário de Patos de Minas

Jurisvox

Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas

<http://jurisvox.unipam.edu.br/>

e-mail: jurisvox@unipam.edu.br

Editor responsável

Luiz Henrique Borges Varella (UNIPAM)

Conselho administrativo

Alexandre Máximo Oliveira (UNIPAM)

Helen Solis (UNIPAM)

Leonardo Caixeta dos Santos (UNIPAM)

Luciana de Brito Freitas Leite (UNIPAM)

Morisa Martins Jajah (UNIPAM)

Wânia Alves Ferreira Fontes (UNIPAM)

Conselho consultivo

Alexandre Walmott Borges (UFU/MG)

Carlos Alberto Molinaro (PUC/RS)

Edilton Meireles (UFBA)

Elpídio Donizetti (TJMG)

Francisco Satiro de Souza Júnior (USP)

Fredie Didier Júnior (UFBA)

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (UERJ)

Humberto Theodoro Júnior (UFMG)

Ivo Teixeira Gico Júnior (UCB/DF)

Jorge Luiz Fontoura Nogueira (UNICEUB/DF)

Jorge Miranda (Universidade de Lisboa/Portugal)

José Herval Sampaio Júnior (UERN)

Lígia Mori Madeira (PUC/RS)

Luiz Carlos Figueira de Melo (UFU/MG)

Maria Alexandra de Sousa Aragão (Universidade de Coimbra/Portugal)

Mônica Neves Aguiar da Silva (UFBA)

Paulo Roberto Colombo Arnoldi (UNESP)

Pedro Caldas Neto (FCTMC/RN)

Plínio Antônio Britto Gentil (PUC-SP/UNITOLEDO)

Rogério Greco (MP/MG)

Roland Hasson (PUC/PR)

Yara Maria Pereira Gurgel (UFRN)

Revisão

Elizene Sebastiana de Oliveira Nunes

Paula Boaventura Veloso

Bibliotecária responsável

Dione Candido Aquino – CRB 1720

NEP | Núcleo de Editoria e Publicações

Coordenadora do Núcleo de Editoria e Publicações

Elizene Sebastiana de Oliveira Nunes

Consulte o site do NEP: <http://nep.unipam.edu.br>

Sumário

Volume 1

Seção Doutrina

- 9 | Direito à informação qualificada na relação médico-paciente: estudo das implicações da diferença entre Certificado de Pós-Graduação Lato Sensu e Título de Especialista em Dermatologia
Right to special information in the doctor-patient relationship: study of the implications of the difference between two specific certificates in Dermatology in Brazil
Michael César Silva
Roberto Henrique Pôrto Nogueira
- 29 | Política nacional dos biocombustíveis: utilização de audiências públicas como delimitação dos anseios sociais
Biofuels national policy: use of public hearings how delimitation dos social yearnings
Alexandre Walmott Borges
Mário Ângelo Oliveira Junior
- 43 | Responsabilidade civil pela perda do tempo
Civil responsibility for the loss of time
Pablo Stolze Gagliano
- 49 | Análise da eficácia interna e externa produzida pelo princípio da função social nos contratos
Analysis of internal and external efficacy produced by the principle of social function in contracts
Daniela de Fátima Braga Porto
Morisa Martins Jajah

Seção Ensaio Jurídico

- 61 | A superlotação carcerária e a terceirização das penitenciárias públicas brasileiras
The overcrowding and outsourcing of Brazilian public prisons
Ada Cristina Ferreira
- 73 | A análise crítica da união estável putativa segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
A critical analysis of putative stable union according to the jurisprudence of the Superior Court of Justice
Pauliane de Fátima Oliveira
- 89 | Alimentos gravídicos e a boa fé objetiva
Gravidic food and good faith objective
Vera Lúcia dos Santos

Volume 2

Seção Doutrina

- 108 | O aplicativo LULU: a responsabilidade da empresa desenvolvedora pelas “avaliações” feitas pelas usuárias
LULU application: the responsibility of the developer company for the “evaluations” made by the users
Demócrito Reinaldo Filho
- 116 | Escritura pública: aspectos importantes
Deed: important aspects
Nathália da Mota Dias
- 129 | A dimensão jurídico-normativa e axiológica da dignidade da pessoa humana
The legal-normative and axiological dimension of human dignity
Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães
- 139 | O comportamento dos *black blocs* sob a ótica das teorias criminológicas
The behavior of black blocs from the perspective of criminological theories
Luciana de Brito Freitas Leite

Seção Ensaio Jurídico

- 153 | Possibilidade de inscrição do nome do devedor de pensão alimentícia nos órgãos restritivos de crédito
Possibility of inscription of alimony debtor's name on credit protection agencies
Betânia Nunes de Sousa
- 171 | O neoconstitucionalismo e o instituto da mutação constitucional: uma virada metodológica na hermenêutica constitucional
The neoconstitutionalism and the institute of constitutional change: a methodological shift in constitutional hermeneutics
Priscila Cardoso Chaves
- 196 | A função ressocializadora da medida socioeducativa de internação: estudo de caso da Comarca de Patos de Minas/MG
The resocialization function of socioeducative measure of internation: case study of the Patos de Minas/MG judicial district
Fernanda Sâmea Marques Pacheco

Editorial

É com grande prazer que entregamos à comunidade acadêmica o novo número da Revista *Jurisvox* em sua nova etapa editorial, consolidando assim a fusão da Revista Eletrônica *Ensaio Jurídico* – que era editada exclusivamente para divulgação de trabalhos científicos realizados por acadêmicos – com o formato tradicional da *Jurisvox* – que priorizava a divulgação pela via impressa de artigos científicos de juristas de várias partes do Brasil.

Agora, em uma única via impressa, são reunidos os trabalhos selecionados para os dois volumes da *Jurisvox*, que passa, a partir do presente número, contar com periodicidade semestral.

Nos tempos de internet, em que a velocidade por vezes se mede em *clicks*, a *Jurisvox* passa a ser divulgada primeiramente pela via eletrônica, no site <http://jurisvox.unipam.edu.br>. Semestralmente, portanto, é possível conferir cada um dos dois volumes que compõe o respectivo número da Revista, onde se encontram os mais atuais e profícuos trabalhos científicos da área jurídica. Com isso, espera-se atender às exigências e necessidades da modernidade *online*.

Por outro lado, não se pode descurar da importância da publicação impressa. A materialização física da publicação, especialmente na área jurídica, que possui raízes tradicionalistas irrompíveis, não perde espaço para os novos meios eletrônicos de divulgação do conhecimento. Pelo contrário, os completa.

Destarte, com imensa satisfação temos a honra de entregar o número 14 da *Jurisvox*, com seus respectivos volumes 1 e 2, com estudos sobre temáticas altamente pioneiras e atualíssimas na seção *Doutrina*, a exemplo da *Responsabilidade civil pela perda do tempo*, do dileto professor Pablo Stolze Gagliano, d’*O comportamento dos black blocs sob a ótica das teorias criminológicas*, da douta professora Luciana de Brito Freitas Leite e d’*O aplicativo LULU: a responsabilidade da empresa desenvolvedora pelas “avaliações” feitas pelas usuárias*, do eminente Juiz de Direito Demócrito Reinaldo Filho.

A equipe editorial da *Jurisvox*, ao ensejo, reitera os agradecimentos a todos colaboradores da Revista pela confiança depositada na publicação ao longo dos anos e parabeniza, em especial, os acadêmicos de Direito que figuram na seção *Ensaio Jurídico*, importante *locus* de fomento à pesquisa jurídica que, certamente, é um dos caminhos mais eficientes para a transformação e o aperfeiçoamento da Ciência Jurídica. São esses os escopos que guiam e que continuarão guiando a *Jurisvox*. Boa leitura a todos!



JURISVOX
N. 14, VOL. 1, JUL.2013
SEÇÃO DOCTRINA

Direito à informação qualificada na relação médico-paciente: estudo das implicações da diferença entre Certificado de Pós-Graduação *Lato Sensu* e Título de Especialista em Dermatologia

Right to special information in the doctor-patient relationship: study of the implications of the difference between two specific certificates in Dermatology in Brazil

Michael César Silva

Doutorando e mestre em Direito Privado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas. Especialista em Direito de Empresa pelo Instituto de Educação Continuada (IEC) da PUC Minas. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Membro da Associação Mineira de Direito & Economia (AMDE). Advogado.

E-mail: michael@adv.oabmg.org.br

Roberto Henrique Pôrto Nogueira

Doutorando e mestre em Direito Privado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Milton Campos. Professor de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto – Minas Gerais. Advogado.

E-mail: portonogueira@gmail.com

Resumo: O trabalho aborda a pluralidade de certificados de formação técnica complementar médica dermatológica no Brasil e a necessidade de investigar a existência de eventual diferença significativa entre as mesmas. O embate acontece, principalmente, entre dois certificados, quais sejam, o de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Dermatologia e o Título de Especialista em Dermatologia. Constatada a divergência, destacou a importância da formação técnica no processo de ponderação de variáveis técnicas ao paciente, que antecede a concessão do consentimento, concluindo por um direito do paciente à obtenção dessa informação qualificada, como resultado do preenchimento do conteúdo normativo do princípio da boa-fé objetiva.

Palavras-chave: Título de Especialista; Dermatologia; Informação qualificada; Boa-fé objetiva.

Abstract: This paper studies the plurality of additional technical training certificates in medical dermatology in Brazil and the importance of the investigation about the existence of any significant difference between them. The main confusions occur between two certificates: “Certificado de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Dermatologia” and “Título de Especialista em Dermatologia”. Given the divergence, it was highlighted the weight of technical training in the process of weighting of scientific variables to the patient, which happens before the proper consent for treatment, in order to present a patient's right to obtain such qualified information, as a result of the normative content of the principle of objective good-faith.

Keywords: Certificates of Specialization; Dermatology; Qualified information; Objective good-faith.

1 Introdução

O atual panorama social sinaliza para novos direitos, impostos pelo sistema jurídico, na medida em que surgem celeumas antes inexistentes.

A evolução da medicina e a proliferação dos cursos de Pós-Graduação Lato Sensu em todo o país deflagram um problema, qual seja, a eventual existência de diferença na formação técnica do médico, conforme tenha realizado Residência Médica, Especialização ou Pós-Graduação Lato Sensu em determinada área de conhecimento da medicina.

O trabalho revela-se de extrema relevância à comunidade como um todo, haja vista que, com frequência, os termos de consentimento informado que são entregues aos pacientes por seus médicos sucedem prévia explicação verbal que, muitas vezes, pauta-se em argumento de autoridade, envolto a uma série de variáveis técnico-científicas impassíveis de compreensão pelo leigo.

Significa dizer que, a despeito da tentativa do profissional ético em inteirar o paciente e a família das implicações de uma intervenção terapêutica, certamente que a ponderação do médico sobre os prognósticos, terapêutica, complicações e utilidade de um determinado procedimento é decisiva para a concessão de um consentimento pré-estabelecido e redigido unilateralmente.

Não se tratará do consentimento propriamente dito, pois esta seria uma outra empreitada tão desafiadora quanto a da análise do processo que o antecede. Mesmo porque são recorrentes os trabalhos que enfrentam a validade do consentimento informado dado pelo paciente ao médico, diante da necessidade de tratamento específico.

Assim, tão importante quanto a tentativa de promover a compreensão mínima sobre aspectos técnico-científicos na relação médico-paciente, é garantir ao paciente ou a sua família o direito de averiguar a legitimidade do profissional médico na condução do processo decisório que antecede o consentimento para a realização de intervenção terapêutica, por meio da prestação de informações qualificadas sobre a perícia profissional, que muito depende da formação técnica.

Assim, resta investigar se a dita diferença entre formações técnicas de nomes diversos existe e, caso afirmativo, se é possível exigir do médico o dever positivo de fornecer ao paciente informações sobre a sua formação técnico-científica, para garantia da legitimidade de sua condução do processo de formação da convicção do paciente ou de sua família para o consentimento.

A esta altura, e tendo em vista a complexidade do sistema jurídico da atualidade, desponta como imperativa a definição do microsistema que servirá de pano de fundo para a superação das celeumas apontadas.

Em primeiro impulso, invocaria-se o Direito do Consumidor, diante da verdadeira relação de consumo que se constitui a relação médico-paciente.

Mas assim seria, necessariamente, imperioso o tratamento dos objetivos, princípios e direitos básicos do Direito do Consumidor, dos elementos subjetivo, objetivo e teleológico para a configuração da relação de consumo, da responsabilidade civil, penal e administrativa do fornecedor, da proteção contratual do consumidor, da

defesa do consumidor em juízo. Ademais, o artigo não busca discutir políticas públicas de proteção ao consumidor vulnerável, o que poderia resultar na perda do foco no objetivo central.

A expectativa é de viabilizar a superação do problema por um caminho que não se restrinja a um microsistema jurídico específico ou se justifique a partir da constatação de uma relação não paritária a razão da proposta de averiguação da existência desse direito do paciente com fundamento no conteúdo deontológico do princípio da boa-fé objetiva.

Interessa, particularmente, o teste da hipótese, qual seja, o reconhecimento do direito do paciente de obter do profissional a explicação sobre o processo de sua formação, haja vista que este é elemento fundamental para o reconhecimento da legitimidade do médico na atividade de ponderação dos programas de prevenção, diagnóstico, terapêutica principal e de complicações, para a posterior concessão do consentimento.

Ao final, caso o estudo aponte para a efetividade da existência de diferença objetiva na formação técnica de médicos dermatologistas, conforme tenham obtido formação via Pós-Graduação Lato Sensu, via Residência Médica ou via Especialização, será possível delinear uma nova roupagem do direito à informação qualificada do paciente em relação ao médico.

Para tratamento profícuo dessa diferença, é útil, metodologicamente, o recorte do trabalho a uma área específica de atuação médica. Tomou-se por referência a Dermatologia no Brasil.

A operacionalização do trabalho acontecerá essencialmente por meio de procedimentos de coleta de dados em fonte bibliográfica e legal, para elucidar as noções de Pós-Graduação Lato Sensu, Residência Médica e Especialização em Dermatologia. Em privilégio do raciocínio dedutivo, se as exigências normativas forem significativamente diferentes para a certificação desses meios de formação profissional, estará estabelecida a premissa da relevância do conhecimento da diferença pelo paciente. Então, restará o estudo do princípio da boa-fé objetiva, de maneira que, em conclusão, seja alcançado o eventual reconhecimento do direito à informação qualificada.

2 Definição do problema

É proposto responder se o Certificado de Pós-Graduação *Lato Sensu*, de acordo com a Resolução CES/CNE nº 01 (BRASIL, 2001; BRASIL, 2007), pode ser ou é considerado como Título de Especialização em Dermatologia, ou seja, se o Certificado de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Dermatologia é suficiente para que alguém se declare especialista em dermatologia.

No mesmo sentido, é imperioso investigar o que deve ser entendido por Título de especialista em Dermatologia.

Dessa maneira, a controvérsia diz respeito às semelhanças e/ou diferenças havidas entre o Título de Especialista, que pode ser conferido a profissionais médicos, e o Certificado de Pós-Graduação *Lato Sensu*.

3 Variáveis de tratamento necessário

Para uma conclusão coerente acerca da controvérsia apresentada, é essencial verificar a competência para emitir e validar tais documentos, o fundamento de validade dos documentos referenciados, seus regimes jurídicos e requisitos de concessão, além de seus objetivos. Ao final, restará verificar, dentro dos objetivos explicitados, se o conteúdo deontológico do princípio da boa-fé objetiva autoriza a afirmação da existência, no Direito brasileiro, do direito do paciente a uma prestação positiva por parte do médico de informar acerca de sua formação técnica, para reconhecimento da legitimidade do profissional para atuar na condução do processo de ponderação de variáveis científicas que antecedem o consentimento.

4 Fundamentação

4.1 Pós-Graduação *Lato Sensu*

O órgão federal competente para regulamentar a Pós-Graduação *Lato Sensu* no Brasil é o MEC, Ministério da Educação.

Conforme a Resolução CNE/CES nº 1 (BRASIL, 2007), que estabelece normas para o funcionamento de cursos de Pós-Graduação, em nível de especialização, o Presidente da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação, no uso de suas atribuições legais, tendo em vista o disposto nos arts. 9º, inciso VII, e 44, inciso III, da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e com fundamento no Parecer CNE/CES nº 263/2006, homologado por Despacho do Senhor Ministro da Educação em 18 de maio de 2007, publicado no DOU de 21 de maio de 2007, resolveu que qualquer instituição de ensino superior (IES) devidamente credenciadas pode oferecer cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*, independentemente de autorização, reconhecimento ou renovação de reconhecimento. Devem, para tanto, atender o disposto na referida resolução.

O artigo 5º da mesma resolução faz previsão de que os cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*, em nível de especialização, têm duração mínima de 360 (trezentas e sessenta) horas, nestas não computado o tempo de estudo individual ou em grupo, sem assistência docente, e o reservado, obrigatoriamente, para elaboração individual de monografia ou trabalho de conclusão de curso.

Ademais, os referidos cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu* podem, ainda, ser oferecidos à distância, desde que oferecidos por instituições de ensino superior legalmente autorizadas e que incluam provas presenciais e defesa presencial individual de monografia ou trabalho de conclusão de curso.

O Certificado de conclusão do curso é expedido, diretamente, pela instituição responsável pelo curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*.

Para os fins aos quais os mesmos se direcionam, os Certificados de conclusão de cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*, que se enquadrem nos dispositivos estabelecidos na resolução, possuem validade nacional.

Insta frisar: atendidos os requisitos listados acima, os Certificados de Pós-Graduação *Lato Sensu* têm validade nacional. Significa que o título é hábil a provar a

educação continuada, computar pontos em provas de títulos, em concursos públicos, além de, eventualmente, habilitar seu titular a ministrar aulas em cursos superiores.

Logo, os objetivos precípuos da Pós-Graduação *Lato Sensu* é a educação continuada. É a prova, portanto, da realização de estudos adicionais. Não possui, necessariamente, a pretensão de realização de treinamento em serviço. Trata-se de complementação de estudos, que se realiza conforme critérios estabelecidos pelas IES, que, por sua vez, podem estabelecê-los, autonomamente.

Significa dizer que as Sociedades de especialidades médicas, tal como a Sociedade Brasileira de Dermatologia, em princípio, parecem não participar da formação e controle da qualidade dos referidos cursos.

Insta pontuar, contudo, que a mesma Resolução CNE/CES nº 1 (BRASIL, 2007) dispõe que se excluem do âmbito de aplicabilidade do referido texto normativo os cursos de Pós-Graduação denominados de aperfeiçoamento e outros. Logo, atividades complementares de estudo e preparação profissional não são, todos, dotados do mesmo objetivo ou fundamento de validade. Pós-Graduação é gênero do qual Pós-Graduação *Lato Sensu* é espécie.

Diferencia-se, portanto, o Certificado de conclusão de curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Título de Especialista, conforme exposto a seguir.

4.2 Título de Especialista e Residência Médica

Diante da relevância social da profissão médica, e de seu contato direto com a vida humana, o legislador ordinário desejou constituir um título que assegurasse à comunidade em geral a realização, pelo médico que se declara especialista, de treinamento rigoroso em serviço, dotado de regulamentação legal, além de acompanhamento pelas associações de especialidades, tudo no sentido de assegurar o melhor exercício da profissão.

Não se trata, somente, de educação continuada, mas de treinamento em serviço, efetivo, ou especialização equivalente, cuja concessão do título somente ocorre após a submissão, do médico, a detalhados procedimentos avaliativos de alto grau de exigência técnica, amplamente controlados e institucionalizados pelos órgãos competentes, conforme suas atribuições legais e estatutárias.

Entretanto, para a compreensão do Título de Especialista, é mister compreender o regime jurídico da Residência Médica no Brasil.

Inicialmente, o Decreto n. 80.281 (BRASIL, 1977) regulamentou a Residência Médica e criou a Comissão Nacional de Residência Médica. A Lei Federal n.º 6.932 (BRASIL, 1981) dispõe sobre as atividades do médico residente. Legalmente, a Residência Médica constitui modalidade de ensino de Pós-Graduação, destinada a médicos, sob a forma de cursos de especialização, caracterizada por treinamento em serviço, funcionando sob a responsabilidade de instituições de saúde, universitárias ou não, sob a orientação de profissionais médicos de elevada qualificação ética e profissional.

Diferente dos cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu* (com duração total mínima de 360 – trezentos e sessenta – horas), os programas de Residência têm a duração anual

mínima de 1800 (um mil e oitocentas) horas de atividade. No caso da Dermatologia, os programas, atualmente, possuem, ao todo, duração de 03 (três) anos.

Além do treinamento em serviço, os Programas de Residência Médica compreendem um mínimo de quatro horas semanais de atividades sob a forma de sessões de atualização, seminários, correlações clínico-patológicas ou outras, sempre com a participação ativa dos alunos.

Aos médicos que completam o programa de Residência em Medicina, com aproveitamento suficiente, é conferido o Certificado de Residência Médica, de acordo com as normas baixadas pela Comissão Nacional de Residência Médica.

Para que as instituições de saúde ofereçam programas de Residência Médica, devem, necessariamente, ser credenciadas pela Comissão Nacional de Residência Médica.

Assim, a lei veda o uso da expressão *Residência Médica* para designar qualquer programa de treinamento médico que não tenha sido aprovado pela Comissão Nacional de Residência Médica.

O rigor do treinamento em serviço, para a preparação do médico em determinada especialidade, inicia-se quando de sua admissão em qualquer curso de Residência Médica, haja vista que o candidato deve se submeter a processo de seleção estabelecido pelo programa aprovado pela Comissão Nacional de Residência Médica.

Com a pretensão de reconhecer especialidades médicas e de regulamentar a possibilidade de concessão de Títulos de Especialistas a outros médicos que se submetam a programas de treinamento em serviço tão criteriosos quanto a Residência Médica, o Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268 (BRASIL, 1957), regulamentada pelo Decreto 44.045 (BRASIL, 1958), editou Resolução por meio da qual firmou o convênio de reconhecimento de especialidades médicas entre o Conselho Federal de Medicina (CFM), a Associação Médica Brasileira - AMB e a Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM).

As entidades mencionadas formam a Comissão Mista de Especialidades (CME). Este convênio tem por finalidade a conjugação de esforços dos convenientes para estabelecer critérios para o reconhecimento e denominação das especialidades médicas, além do modo de concessão e registro de Título de Especialista e Certificado de área de atuação médica.

Conforme a dita resolução, é vedada, ao médico, a divulgação de especialidade ou área de atuação que não seja reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina ou pela Comissão Mista de Especialidades.

Logo, pelo convênio, o médico só pode declarar vinculação com especialidade ou área de atuação quando for possuidor do Título ou Certificado a ele correspondente, devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina.

À Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM) coube credenciar e autorizar o funcionamento dos programas de residência médica. À Associação Médica Brasileira (AMB), coube orientar e fiscalizar a forma de concessão de títulos e certificados. Ao Conselho Federal de Medicina, por sua vez, foi reservada a atribuição para o registro de títulos e certificados.

Em conformidade com o convênio, as especialidades e áreas de atuação médica reconhecidas pelas entidades convenientes têm denominação uniforme e são obtidas

por órgãos formadores acreditados, quais sejam, as residências médicas credenciadas e com funcionamento autorizado pela CNRM e as Sociedades de Especialidades filiadas à AMB, com programas de ensino por ela aprovados.

Os Títulos de Especialistas e os Certificados de área de atuação obtidos através da AMB deverão subordinar-se, portanto, aos seguintes critérios:

- a. Concurso realizado na Sociedade de Especialidade, desde que seja ela filiada à AMB e atenda aos requisitos aprovados pela Comissão Mista de Especialidades – CME;
- b. O concurso referido deverá constar de, no mínimo, currículo e prova escrita e, se necessário, oral e/ou prática.

A Sociedade de Especialidade, ainda com base no mesmo convênio, pode definir os critérios para a concessão de Título de Especialista ou Certificado de área de atuação, desde que conhecidos e aprovados previamente pela Associação Médica Brasileira (AMB).

Tais concursos para concessão de Título de Especialista e Certificado de área de atuação são anuais.

A AMB emite apenas títulos e certificados que atendam às determinações da CME, sendo que, nos editais de concurso para Título de Especialista ou Certificado de área de atuação, a AMB deve observar o tempo mínimo de formação na especialidade ou área de atuação.

Assim, os Conselhos Regionais de Medicina (CRM) registram apenas Títulos de Especialidade e Certificados de áreas de atuação reconhecidos pela CME.

No caso da Dermatologia, a certificação, na AMB, ocorre via Sociedade de Especialidade, ou seja, por meio da Sociedade Brasileira de Dermatologia.

Por fim, a última edição consultada do mesmo convênio, reconhecida pela Resolução CFM Nº 1.845 (BRASIL, 2008), fixou, como pré-requisito para concessão do Título de especialista em Dermatologia, a exigência de formação mínima de 3 (três) anos, em Programa de Residência Médica em Dermatologia (CNRM) ou equivalente, assim reconhecido pela Sociedade Brasileira de Dermatologia.

Para a análise das exigências para a concessão do Título de Especialista, tomou-se por base o edital do XLIII Exame para obtenção do referido título, publicado pela Sociedade Brasileira de Dermatologia. Por meio da sua Comissão de Título de Especialista, tornou pública a realização do Exame para Obtenção do Título de Especialista em Dermatologia (TED), mediante condições estabelecidas no edital.

Para a inscrição, o candidato deveria, na data da consulta ao documento público:

- a) estar inscrito no Conselho Regional de Medicina (CRM definitivo);
- b) ter concluído Residência Médica em Dermatologia, em Instituição credenciada pela Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM) do MEC; ou --- ter concluído 2 (dois) anos de especialização ou estágio em Dermatologia, equivalente ao programa de Residência Médica da CNRM, em Serviço credenciado pela Sociedade Brasileira

de Dermatologia(SBD) ¹, sendo que, neste caso, o candidato deve ter ocupado uma das vagas credenciadas pela SBD e assim, deverá

¹ Para verificação dos critérios de credenciamento dos cursos considerados como equivalentes à residência médica, ver *Regimento para Credenciamento de Serviços*, da Sociedade Brasileira de Dermatologia: Extratos: Compete à Comissão de Ensino: I - credenciar e descredenciar Serviços para Treinamento em Dermatologia, que cumpram programa definido pelo regimento da comissão e referendado pelo Conselho Deliberativo; REGULAMENTO PARA CREDENCIAMENTO DE SERVIÇOS: Os Serviços interessados no Credenciamento ou Recredenciamento de suas Residências Médicas ou Cursos de Especialização em Dermatologia pela SBD, deverão enviar solicitação juntamente com relatório próprio preenchido (Formulário para Credenciamento / Recredenciamento de Cursos de Residência Médica/Especialização em Dermatologia). A Comissão de Ensino designará uma Comissão Verificadora composta de no mínimo 2 (dois) de seus membros, para proceder à visita do Serviço visando posterior apreciação e votação do relatório de inspeção por toda a Comissão, nas Reuniões Ordinárias da Comissão de Ensino (art. 38 do Estatuto da SBD). Após aprovação da Comissão o relatório deverá ser encaminhado a SBD para que esta notifique o Serviço e proceda ao arquivamento do relatório. O julgamento da Comissão de Ensino deverá ser baseado nos critérios estabelecidos neste Regulamento para Credenciamento de Serviços: **1. SERVIÇO DE DERMATOLOGIA:** a. Das obrigatoriedades: i. pertencer ou ter vínculo formal com um Hospital Geral, sendo aceito convênio reconhecido por ambas as partes e que garanta o cumprimento dos dispositivos deste regimento; ii. funcionar no mínimo 40 (quarenta) horas semanais. b. Das Recomendações: i. o hospital ao qual o Serviço esteja vinculado deverá ser geral e/ou universitário; ii. o hospital disponha no mínimo de 100 (cem) leitos; iii. o curso de especialização deve ser preferencialmente vinculado a uma instituição de ensino médico. **2. CORPO DOCENTE:** a. Das obrigatoriedades: i. o coordenador do curso deve ter Título de Especialista da SBD e experiência docente em medicina; ii. todos os preceptores devem ter o Título de Especialista da SBD, exceto os colaboradores de outras áreas e especialidades médicas; iii. o número total mínimo de docentes portadores de título de especialista da SBD é 4 (quatro); iv. mínimo de 1 (um) preceptor para cada 2 (dois) residentes/especializandos. **3. AMBULATÓRIO:** a. Das obrigatoriedades: i. funcionar todos os dias úteis com atendimento mínimo de 20 (vinte) horas semanais; ii. atender um mínimo de 40 (quarenta) consultas por semana, por residente/especializando, sendo no mínimo 20 (vinte) correspondentes a novas consultas; iii. supervisão docente do atendimento ambulatorial; b. Das recomendações: i. o número de consultórios deve ser compatível com o número de residentes ou equivalentes; ii. a setorização de ambulatórios por áreas específicas, com rodízio de residentes/especializandos, é recomendável, dependendo do volume de atendimento. **4. ENFERMARIA:** a. Das obrigatoriedades: i. disponibilidade de leitos para internações de pacientes dermatológicos; ii. no mínimo 1 (uma) visita semanal com supervisão docente aos pacientes internados. b. Das recomendações: i. seja destinado ao Serviço no mínimo 1 (um) leito por residente/especializando; ii. mínimo de 12 (doze) internações por ano para cada residente/especializando; iii. prestação de interconsultas a pacientes de outras clínicas com intercorrências dermatológicas; **5. RECURSOS DIDÁTICOS E MATERIAIS:** a. Das obrigatoriedades: i. ter à disposição do Serviço, em quantidade compatível com o número de residentes/especializandos, no mínimo, os seguintes equipamentos: 1. microscópio, 2. projetor de diapositivos, 3. retroprojetor, 4. câmera fotográfica, 5. dermatoscópio, 6. aparelhos de eletrocirurgia 7. equipamentos de criocirurgia; ii. manter arquivo de diapositivos dos casos de maior interesse; iii. disponibilizar no Serviço: 1. livros-texto de Dermatologia para consultas; 2. coleção de periódicos de dermatologia no serviço, no mínimo os Anais Brasileiros de

constar na listagem enviada pelos serviços credenciados à SBD; ou --- ter realizado treinamento e ter atuação regular na dermatologia, durante pelo menos os últimos 5 (cinco) anos (a partir de 01 de abril de 2004) e possuir no mínimo 100 (cem) pontos resultantes da somatória dos itens constantes da tabela editalícia.

O exame para a concessão do Título de Especialista do concurso em apreço foi composto de 2 (duas) fases: prova teórica, com 80 (oitenta) questões objetivas, sendo exigido o mínimo de 48 (quarenta e oito) questões certas, ou seja, 60% de acertos com correção pelo sistema de leitura óptica; e prova teórico-prática, realizada em computador constando de 30 (trinta) questões, sendo exigido o mínimo de 18 (dezoito) questões certas, ou seja, 60% (sessenta por cento) de acertos.

Aos candidatos aprovados, nos moldes das previsões do edital, foi concedido o Título de Especialista em Dermatologia.

Diante do estabelecimento de novos critérios, para a inscrição no concurso de Título de Especialista, a partir de 2010 passaram a ser exigidos, dentre outros, os seguintes requisitos:

- a) estar inscrito no Conselho Regional de Medicina (CRM definitivo);
- b) ter concluído 3 (três) anos de Residência Médica em Dermatologia, em Instituição credenciada pela Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM) do MEC; ou--- ter concluído 3 (três) anos de

Dermatologia; 3. sala de reunião e de leitura no serviço; iv. disponibilizar na Instituição: 1. biblioteca médica geral; 2. setor de micologia com laboratório; 3. setor de dermatopatologia; 4. sala equipada de cirurgia dermatológica. b. Das recomendações: i. disponibilizar no serviço: 1. arquivo de lâminas de dermatopatologia das biópsias realizadas no serviço; 2. no mínimo todos os livros-texto de Dermatologia nacionais; 3. laboratório de micologia; 4. sala equipada de cirurgia dermatológica. 5. estimular o acesso a internet para permitir revisões bibliográficas **6. CARACTERÍSTICAS DO PROGRAMA:** a. Das obrigatoriedades i. a duração mínima da residência/curso de especialização é de 2 (dois) anos, excluído o período de pré-requisito, quando exigido pela instituição; ii. o número de vagas disponíveis por ano deve estar na dependência do número de leitos em enfermaria, salas de ambulatório, recursos materiais e corpo docente; iii. o número de residentes/especializandos do Serviço corresponderá exclusivamente às vagas Credenciadas pela SBD; iv. estagiários serão admitidos desde que tenham o seu estágio restrito a 6 (seis) meses, prorrogável por mais seis, tendo seu estágio restrito a no máximo dois setores do Serviço. v. **a carga anual mínima obrigatória é de 1920 (um mil, novecentos e vinte) horas, correspondendo a 40 (quarenta) horas semanais durante 48 (quarenta e oito) semanas** (grifos nossos); vi. cursos formais teórico-práticos de micologia dermatológica, dermatopatologia e cirurgia dermatológica; vii. reuniões clínicas, seminários programados, clubes de revista e sessões iconográficas ou sessões equivalentes. viii. aprovação de no mínimo 50% (cinquenta por cento) dos residentes/especializandos no período Credenciado para concessão de Recredenciamento). b. Das recomendações: i. uma sessão semanal de cada uma das propostas no item vii acima ii. os residentes/especializandos deverão em sua totalidade prestar o concurso de Título de Especialista da SBD. (Sociedade Brasileira De Dermatologia. **Regimento para Credenciamento de Serviços da Sociedade Brasileira de Dermatologia.** Disponível em: <<http://www.sbd.org.br/down/Pdf/regimento/credenciamento.pdf>>. Acesso em 25 ago. 2010).

especialização ou estágio em Dermatologia, equivalente ao programa de Residência Médica da CNRM, em Serviço credenciado pela Sociedade Brasileira de Dermatologia (SBD), sendo que, neste caso, o candidato deverá ter ocupado uma das vagas credenciadas pela SBD e assim, deverá constar na listagem enviada pelos serviços credenciados à SBD; ou --- ter concluído 1 (um) ano de Residência Médica em clínica médica e 2 (dois) anos de especialização ou estágio em dermatologia com programa equivalente ao da Residência Médica em Dermatologia da CNRM (R2 e R3), em serviço credenciado pela Sociedade Brasileira de Dermatologia; ou--- ter realizado treinamento e ter atuação regular na dermatologia, durante pelo menos os últimos 6 (seis) anos contados da data da abertura da inscrição do Exame e possuir no mínimo 100 (cem) pontos resultantes da somatória dos itens constantes da tabela editalícia.

Dessa maneira, constata-se diferenças objetivas que respeitam à duração dos programas de formação técnica, que, considera-se, são significativas, haja vista a carga horária bastante superior de um programa em relação ao outro, além dos diversos critérios para credenciamento de serviços. Ao que parece, e partindo de uma análise objetiva, os requisitos à concessão do Título de Especialista são mais numerosos, uniformes e publicamente estabelecidos, que tendem, ao menos, a favorecer um efetivo treinamento em serviço.

4.3 Da diferença entre o Certificado de Pós-Graduação Lato Sensu em Dermatologia e do Título de Especialista em Dermatologia

Títulos de Especialista, ao invés de título de especialização, são somente aqueles outorgados em conformidade com o convênio da Comissão Mista de Especialidades, que, após concurso, são concedidos aos aprovados, somente, e que atestam a realização de treinamento de, aproximadamente, 02 (dois) a 03 (três) anos em serviço.

Parece-nos ser título qualificado de educação continuada acompanhado pela Comissão Mista de Especialidades e, sobretudo, que atesta o desempenho satisfatório da atividade profissional supervisionada anterior, devidamente constatada por concurso promovido pela Sociedade Brasileira de Dermatologia.

Lado outro, como dito anteriormente, o Certificado de conclusão de Pós-Graduação *Lato Sensu* comprova a realização de curso com o objetivo de promover a educação continuada, sem a necessária pretensão de realização de treinamento em serviço. Trata-se de complementação de estudos, que se realiza conforme critérios estabelecidos pelas Instituições de Ensino Superior, que, por sua vez, podem estabelecê-los, autonomamente. Usualmente, tais cursos possuem carga horária mínima de 360 (trezentos e sessenta) horas. Os certificados, assim como os cursos, situam-se dentro da autonomia das IES, não se submetendo, por obrigação, a qualquer disposição da Comissão Mista de Especialidades, tampouco da Sociedade Brasileira de Dermatologia.

É forçoso concluir que, para a comprovação de realização de treinamento em serviço equivalente à Residência Médica e, ainda, para certificação de aprovação no

concurso de Título de Especialista, o Certificado de conclusão de Pós-Graduação *Lato Sensu* não parece ser documento adequado. São certificados distintos, posto que reconhecem aperfeiçoamentos distintos. Dentro de seus objetivos peculiares e de suas fundamentações legais diversas e, sobretudo, considerando as peculiaridades estruturais de cada programa, ambos são válidos em todo o território nacional, para os fins aos quais se propõem.

O paciente, para que conceda seu consentimento efetivamente informado, deve ter a convicção da formação profissional do médico, na ponderação dos elementos científicos do diagnóstico, terapêutica e complicações. Afinal, a legitimidade no exercício de tal atividade de informação pode ser determinante da decisão de consentir.

Não é pretendida a realização de um juízo de valor. Em verdade, diante da validade de ambos, haverá, por certo, pacientes satisfeitos com ambas as formações técnicas. Mas para que o consentimento seja, efetivamente, informado, o paciente deve ter informações qualificadas, para que possa julgar a articulação dos fatos e projeções pelo profissional de saúde.

Logo, ao final da primeira fase do trabalho, tem lugar o estudo do princípio da boa-fé objetiva, para viabilizar o teste da hipótese em completude, de maneira que o trabalho possa posicionar-se pela eventual existência de direito do paciente a essa informação que aqui é chamada de qualificada.

5 O princípio da boa-fé objetiva

5.1 Lineamentos no ordenamento jurídico pátrio

O princípio da boa-fé objetiva apresenta-se, na atualidade, como um dos mais importantes princípios do Direito Privado. Possui grande relevância no Direito Contratual, dada sua positivação expressa tanto no Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) quanto no Código Civil (BRASIL, 2002).

A boa-fé objetiva foi esculpida, inicialmente, no Direito brasileiro, no artigo 131, I, do Código Comercial (BRASIL, 1950), no qual já se previa expressamente o referido princípio, de cunho contratual, no tocante ao aspecto interpretativo. No Código Civil anterior (BRASIL, 1916) havia tão somente a aceção subjetiva da boa-fé.

Posteriormente, a boa-fé objetiva foi inserida no Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) (artigo 4º, III e 51, IV) e, já recentemente, no Código Civil vigente (BRASIL, 2002), através da previsão legal do artigo 422, em consonância com os artigos 113 e 187.

O princípio em comento ensejou profunda modificação na concepção tradicional de contrato (relação jurídica estática), que passa a ser visto como relação jurídica complexa e dinâmica (COUTO e SILVA, 1976, p.10-11)², formado por um feixe de obrigações múltiplas e recíprocas. Nesse sentido, a autonomia privada é modelada,

²Nesse sentido ver: MARQUES (2006, p. 217 e 218); MARTINS-COSTA (2000, p. 382-409); NORONHA (2007, p.75).

integrada, relativizada ou mesmo, para alguns, mitigada pela inserção da boa-fé objetiva nas relações jurídicas contratuais.

O princípio da boa-fé objetiva constitui-se regra de conduta, de comportamento ético e social imposta às partes, pautada nos ideais de honestidade, retidão e lealdade, no intuito de não frustrar a legítima confiança, expectativa da outra parte, tendo ainda a finalidade de estabelecer o equilíbrio nas relações jurídicas (ROSENVALD, 2005, p.80) ³.

Destarte, fundamenta-se na necessidade de as partes atuarem, reciprocamente, com cooperação, lealdade, honestidade e confiança (FIUZA, 2006, p. 410-411)⁴, no intuito de concretizar a diretriz da eticidade, preconizada no Código Civil.

Por fim, o princípio da boa-fé objetiva integra o negócio jurídico por meio dos chamados deveres anexos (proteção, cooperação e dever de informação, dentre outros), os quais visam a consagrar sua finalidade precípua, o adimplemento do contrato, devendo ser observados na fase pré-contratual, de execução do contrato e na fase pós-contratual.

Deste modo, a boa-fé objetiva é verdadeiro elemento transformador de todo o Direito Obrigacional, irradiando-se para os demais ramos do Direito, e em especial o Contratual (MARTINS-COSTA, 2002, p. 611). Esta se traduz como a concretização do princípio da dignidade no campo das obrigações, e, por conseguinte, no Direito Contratual (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p.41). Trata-se de princípio a ser concretizado pelo intérprete de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

5.2 O delineamento das funções do princípio da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé objetiva possui caráter tridimensional, que se exterioriza através de três funções elencadas no Código Civil (BRASIL, 2002), quais sejam: a *interpretativa* (art.113), a *de controle* (art.187) e a *integrativa* (art.422), sendo esta, a mais importante função da boa-fé objetiva, em razão de integrar qualquer relação obrigacional.

5.2.1 Função Interpretativa: Trata-se da forma como o intérprete vai se nortear para analisar o sentido mais correto de examinar o conteúdo contratual, pautado na observância da boa-fé nas relações jurídicas dessa sorte. Essa função impõe que o intérprete, ao analisar tais relações, não se atenha a uma interpretação literal do negócio jurídico, mas, precipuamente, guie-se por uma interpretação embasada na observância do sentido pertinente às convenções sociais inerentes àquela dada comunidade política. O princípio revela-se cânone interpretativo, ou seja, referencial hermenêutico, no mesmo sentido dos paradigmas da codificação conhecidos por eticidade e socialidade.

5.2.2 Função de Controle: Visa a impor limites ao exercício abusivo do direito subjetivo dos contratantes, para determinar até onde é legítima ou não, para a obtenção do merecimento de tutela do ordenamento jurídico. A boa-fé significa

³ Ver ainda: FARIAS; ROSENVALD (2006, p. 40); MARTINS-COSTA (2000, p. 411-412); NORONHA (1994, p. 152); NORONHA (2007, p. 446-447); CORDEIRO (2005, p. 405); CORDEIRO (2007, p. 632); MARQUES (2006, p. 216); LÔBO (2002, p. 193); NOVAIS (2001, p. 22-23).

⁴ Nesse sentido ver também HIRONAKA (2003, p. 112-113).

a aceitação da interferência de elementos externos na intimidade da relação obrigacional, com poder limitador da autonomia contratual, pois através dela pode ser regulada a extensão e o exercício do direito subjetivo (AGUIAR JÚNIOR, 1995, p.24). Trata-se de evitar o abuso de direito, reduzindo a liberdade de atuação das partes. Isto porque determinados comportamentos, ainda que lícitos, não observam a eticidade preconizada pelo princípio da boa-fé objetiva e, assim, negligenciam os ditames da lealdade, da honestidade e da confiança mútua, que devem orientar a conduta das partes nas relações jurídicas.

5.2.3 Função Integrativa: A boa-fé objetiva é fonte criadora de novos deveres especiais de conduta (NORONHA, 1994, p.157) a serem observados pelas partes durante o vínculo obrigacional. Desta função irradiam os chamados deveres anexos de conduta, impostos pela boa-fé objetiva (BIERWAGEN, 2003, p. 56). É a função mais importante do referido princípio, pois os deveres anexos que se originam deste passam obrigatoriamente a integrar qualquer relação obrigacional, para que esta seja equilibrada, de maneira a permitir a confiança mútua e a expectativa dos contratantes. Assim o Direito Obrigacional e, em especial, os contratos irão nortear-se pelo exercício da autonomia privada acrescida dos deveres anexos de conduta impostos pela função integrativa da boa-fé objetiva, em promoção do equilíbrio contratual.

5.3 *Os deveres anexos de conduta*

O princípio da boa-fé objetiva criou os chamados deveres anexos de conduta (laterais, instrumentais etc), os quais se introjetam em toda relação jurídica obrigacional, para instrumentalizar o correto cumprimento da obrigação principal e a satisfação dos interesses envolvidos no contrato (NEGREIROS, 2002, p.153-154). Assim, além do dever da prestação (obrigação principal), surgem também outros deveres de conduta durante a relação jurídica (obrigação secundária) (MARTINS, 2000, p.104-105)⁵, os quais devem ser observados pelos contratantes, sob pena de ofensa à boa-fé objetiva.

Os deveres anexos de conduta podem ser compreendidos como deveres positivos e negativos, que, através da sua inserção na relação jurídica, por meio da boa-fé objetiva, relativizam a autonomia privada, ao estabelecer deveres de comportamento, que vinculam a ação dos contratantes, nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual (MELLO, 2001, p.316)⁶.

5.3.1 Dever anexo de proteção: Pretende proteger as partes dos riscos de danos à sua pessoa e a seu patrimônio, na constância da relação obrigacional. Significa que o envolvido deve observar a proteção, o cuidado, para com os bens e integridade da contraparte, no intuito de evitar que as partes se inflijam danos mútuos (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p.54). Trata-se de verdadeiro dever de

⁵ Nesse sentido ver: COUTO E SILVA (1976, p.29-30); MARTINS-COSTA (2002, p.634); LÔBO (2005, p.76).

⁶ Nesse sentido ver: COUTO E SILVA (1976, p.131); NORONHA (2007, p.80).

proteção, no aspecto moral e patrimonial, durante toda a existência da relação obrigacional;

5.3.2 Dever anexo de cooperação: Visa a impor às partes a abstenção de condutas capazes de gerar desequilíbrio entre as prestações e também impor condutas positivas que facilitem o cumprimento da prestação obrigacional. Assim, não basta que as partes cumpram a obrigação principal. Os contratantes devem cooperar entre si para que o negócio jurídico obtenha êxito, através do correto adimplemento da prestação principal da obrigação. E nesse sentido, devem, ambos os contratantes, observarem o princípio constitucional da solidariedade, que permeia a consecução do princípio da boa-fé objetiva;

5.3.3 Dever anexo de informação: Impõe que uma parte tem sempre o dever de informar a outra de todas as circunstâncias (fatos) que cercam o negócio jurídico. Isto porque a vontade de contratar deve ser esclarecida, devidamente informada⁷, para permitir que a manifestação de vontade ocorra em consonância com a boa-fé objetiva. Tem-se como o mais importante desses deveres, pois a informação é fundamental para que o contratante possa ser alertado sobre fatos de que não poderia perceber por sua própria diligência ordinária (ROSENVALD, 2005, p.109) ⁸.

O referido dever tem por finalidade ampliar o conhecimento das partes na relação contratual, desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual, pois a informação é fundamental para a tomada de decisão por parte do contratante.

Devido à importância concretizada pelos deveres anexos de conduta nas relações jurídicas obrigacionais, firmou-se entendimento no sentido de que, quando se descumprem os deveres anexos de conduta, tem-se a chamada *violação positiva do contrato ou adimplemento ruim* (GARCIA, 2007, p.120)⁹, pois a obrigação principal é cumprida, a despeito do descumprimento dos deveres anexos (obrigação secundária).

Desta forma, é imprescindível que as partes atuem nas relações jurídicas obrigacionais firmadas com observância aos deveres anexos de conduta, que impõem, para além da obrigação jurídica principal, deveres acessórios, ao quais objetivam resguardar a legítima expectativa e a confiança mútua existentes entre as partes.

5.4 O corolário da boa-fé objetiva: princípio da transparência

O princípio da transparência, com previsão no artigo 4º *caput* Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), apresenta-se como princípio básico a ser observado nos contratos em geral e, especialmente, naqueles contratos ditos de consumo. Preconiza a maneira como a informação deve ser prestada ao consumidor no ato da contratação (qualificação da informação), que deve ser clara, ostensiva, precisa e correta, visando a sanar quaisquer dúvidas no ato da contratação e garantir o equilíbrio contratual entre as partes.

⁷ Nesse sentido ver: GODOY (2007, p.80).

⁸ Nesse sentido ver: SCHIER (2006, p.28); MARQUES (2006, p.772).

⁹ Nesse sentido ver: MARQUES (2006, p.220); SILVA (2002, p.82-105); TARTUCE (2007, p.103); CORDEIRO (2007, p.594-602); NALIN (2006, p.226); SCHREIBER (2007, p.135-138).

É um dos instrumentos, ao lado do dever de informação, aptos a proteger a liberdade de escolha do contratante. Alguns doutrinadores entendem que o princípio da transparência advém do princípio maior da boa-fé objetiva, ou mesmo que se trata de um reflexo ou subprincípio (RIBEIRO, 2003. p.146; SCHIER, 2006, p.49; NALIN, 2006, p.146 e 150) correlato ao dever de informar, *qualificar a informação prestada*. Para outros, a transparência é corolário da boa-fé objetiva ¹⁰.

A transparência impõe clareza, ou seja, informação sobre aspectos relevantes durante as tratativas (fase pré-contratual) e, por conseguinte, no ato da contratação, sob pena de haver violação do princípio da transparência, por descumprimentos aos preceitos deste princípio (MARQUES, 2006, p.715) ¹¹.

Isto porque a transparência afeta a essência do contrato, pois a informação fornecida integra o seu conteúdo, de modo a concretizar o reequilíbrio obrigacional, com vistas à consecução da igualdade material. Contudo, prática comum nos contratos, mormente nos contratos de consumo, é a inserção de cláusulas que deturpam o conteúdo contratual, pois entram em desacordo com outras e acabam por impedir o entendimento claro, preciso e transparente atinente ao contrato firmado, e, por vezes, traz, *a posteriori*, prejuízos indesejáveis ao contratante.

O sentido da transparência seria de qualificar a autonomia privada, através da efetiva liberdade de decisão do contratante, garantida pela transparência de informações adequadas e necessárias à realização da avença.

Destarte, o dever de informação impõe ao contratante a obrigação de descrição rigorosa do produto/serviço prestado, sobretudo naqueles casos em que, pela natureza da prestação ou pelo modo de contratar, encontra-se ínsito a presença do risco.

Nesta esteira, o princípio da transparência e o dever de informação recaem sobre todas as cláusulas contratuais, que elencam direitos e deveres das partes contratantes, e permitem, deste modo, o exercício adequado de direitos subjetivos.

Portanto, o princípio da boa-fé objetiva é concretizado através do princípio da transparência nas relações negociais, vinculando a parte que possui vantagens informativas, através da imposição do dever jurídico de informação clara, precisa e ostensiva de todo o conteúdo contratual, sem subterfúgios ou possibilidades de interpretações dúbias.

6 Conclusão

O trabalho partiu de um problema, em busca de duas respostas. Destacou a pluralidade de certificados de formação técnica complementar médica em todo o país e a necessidade de investigar a existência de eventual diferença significativa entre as mesmas. Almejou, assim, saber se a aludida diferença existe e, caso positivo, se seria possível atestar a existência do dever do médico em prestar informação qualificada ao paciente, acerca do processo de sua formação técnica.

¹⁰ GARCIA (2007, p.30).

¹¹ Nesse sentido ver: TOMASETTI JUNIOR (1992, p.53).

Partindo do recorte metodológico da área da Dermatologia, constatou-se que a celeuma se estabelece especialmente entre dois certificados: o de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Dermatologia e o Título de Especialista em Dermatologia.

Considerando que, com frequência, os termos de consentimento informado que são entregues aos pacientes por seus médicos sucedem prévia explicação verbal que se vale de variáveis técnico-científicas impassíveis de compreensão pelo leigo, tão importante que a compreensão prognósticos, terapêutica, complicações e utilidade de um determinado procedimento é o reconhecimento, pelo paciente, da legitimidade técnica do médico na condução informativa do processo decisório para a concessão do consentimento.

A partir da análise das regulamentações de ambas as certificações, foi possível definir Títulos de Especialista como os certificados outorgados em conformidade com o convênio da Comissão Mista de Especialidades Médicas, pela Sociedade Brasileira de Dermatologia, e concedidos, após concurso, somente aos aprovados, para atestar a realização de um longo, intenso e criterioso treinamento em serviço.

O Certificado de conclusão de Pós-Graduação *Lato Sensu*, por sua vez, comprova a realização de curso que almeja a promoção da educação continuada, sem a necessária pretensão de realização de treinamento em serviço. Os critérios dessa modalidade de formação são estabelecidos, autonomamente, pelas Instituições de Ensino Superior e possuem exigência de carga horária mínima de 360 (trezentos e sessenta) horas efetivas.

Ambos os certificados são válidos em todo o território nacional, para os fins aos quais se propõem. Parecem, contudo, ser dotados de objetivos distintos e, por conseguinte, asseguram formações técnicas que não guardam necessária identidade.

Em conformidade com os preceitos norteadores do princípio da boa-fé objetiva, é possível afirmar pela existência do direito do paciente à obtenção de informação qualificada acerca da formação técnica do profissional médico.

A transparência determina que parte contratante (médico) com privilégio informativo esclareça, de forma clara, precisa, ostensiva, detalhada e exaustiva, ou seja, através da qualificação da informação a ser prestada, todos os elementos que possam ser considerados pela contraparte (paciente) na decisão de consentir.

Portanto, tendo em vista que os certificados analisados guardam divergências significativas entre si, é direito do paciente a obtenção dessa informação qualificada, sob pena de ofensa à boa-fé objetiva e de risco de invalidade do consentimento informado exarado.

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.14, p. 20-27, abr./jun., 1995, p.24.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Código Civil (2002). *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. Código Comercial (1850). *Lei nº 556, de 25 de junho de 1850*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (1990). *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 1.845, de 12 de junho de 2008*. Dispõe sobre a nova redação do Anexo II da Resolução CFM nº 1.785/2006, que celebra o convênio de reconhecimento de especialidades médicas firmado entre o Conselho Federal de Medicina (CFM), a Associação Médica Brasileira (AMB) e a Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM). Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2008/1845_2008.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. *Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958*. Aprova o Regulamento do Conselho Federal e Conselhos regionais de Medicina a que se refere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D44045.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. *Decreto nº 80.281, de 05 de setembro de 1977*. Regulamenta a Residência Médica, cria a Comissão Nacional de Residência Médica e dá outras providências. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/setec/arquivos/pdf/legislacao.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. *Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957*. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3268.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. *Lei nº 6.932, de 7 de julho de 1981*. Dispõe sobre as atividades do médico residente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6932.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. Ministério da Educação. *Resolução CNE/CES nº1, de 3 de abril de 2001*. Estabelece normas para o funcionamento de cursos de pós-graduação. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seed/arquivos/pdf/tvescola/leis/CES0101.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. Ministério da Educação. *Resolução CNE/CES nº1, de 8 de julho de 2007*. Estabelece normas para o funcionamento de cursos de pós-graduação *lato sensu*, em

nível de especialização. Disponível em:

<http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces001_07.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2010.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: volume 1: parte geral, tomo 1: introdução doutrina geral negócio jurídico*. 3. ed. aumentada e inteiramente revista Coimbra: Almedina, 2005.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. 3.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 2.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no Século XXI. In: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.93-114.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.11, n.42, p.187-195, abr./jun. 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos táxis*: A boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito*

privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.611-661.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.307-324.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: volume 1: fundamentos do direito das obrigações, introdução à responsabilidade civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.17-54.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Imperativo de Transparência no Direito Europeu dos Contratos. In: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.131-157.

ROSENVOLD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCHIER, Flora Margarida Clock. *A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar*. Curitiba: Juruá, 2006.

SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p.125-146.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DERMATOLOGIA. *Edital do XLIII exame para obtenção do título de especialista em Dermatologia*. Disponível em:
<<http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:wh3hBgLixNYJ:www.sbd.org.br/medico>

s/sociedade/titulo/edital_2009.pdf+edital+XLIII+site:www.sbd.org.br&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESiw8WZpIVi2SZB_Kq1AZgV6A0nYWHYVAa9sP5QeoHGHiovuwqQb7WP78OnvumKpe_8HgHJqX1YGApMJdRh_ssiQp3-WazrmCmfdq_JFou6wTuzRD_HSx6cXh7bruiIrp4rJhliX&sig=AHIEtbQR-aWSao5UWnMgwN37F_F64pQhzA>. Acesso em: 25 ago. 2010.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DERMATOLOGIA. *Regimento para Credenciamento de Serviços, da Sociedade Brasileira de Dermatologia*. Disponível em: <<http://www.sbd.org.br/down/Pdf/regimento/credenciamento.pdf>>. Acesso em 25 ago. 2010.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. v.3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 2 ed. São Paulo: Método, 2007.

TOMASETTI JUNIOR, Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 4, p. 52-90, 1992.

Política nacional dos biocombustíveis: utilização de audiências públicas como delimitação dos anseios sociais

Biofuels national policy: use of public hearings how delimitation dos social yearnings

Alexandre Walmott Borges

Professor dos programas de pós-graduação em Direito UFU e UNESP, Doutor em Direito.
E-mail: walmott@gmail.com

Mário Ângelo Oliveira Junior

Mestrando em Direito UFU, professor da UNITRI.
E-mail: marioangelo@yahoo.com.br

Resumo: A alteração da Política Energética Nacional apresentada pela Lei 9.478/97, calcada no modelo normativo dos combustíveis de origem fóssil, e a busca de combustíveis renováveis e ecologicamente sustentáveis são fatores determinantes na implementação dos biocombustíveis na matriz energética brasileira. Os biocombustíveis, originários de biomassa renovável, são uma alternativa sustentável de produção de combustíveis frente à escassez e limitação dos combustíveis fósseis. Clamam-se do legislador ordinário a regulamentação da matéria com a adoção da Política Nacional para os Bcombustíveis, relacionado harmonicamente, o desenvolvimento econômico e o respeito e preservação ambiental. Para tanto, adota-se, dentre os instrumentos de participação popular, a utilização das audiências públicas no âmbito das comissões parlamentares, possibilitando o debate democrático e político com a sociedade civil e seus reais representantes para regulamentação da Política Nacional dos Bcombustíveis, evitando a predominância de determinados interesses e a mitigação de outros.

Palavras-chave: Setor Energético; Bcombustíveis; Participação Popular; Audiências Públicas.

Abstract: Changing the National Energy Policy presented by the Law 9.478/97, based on the normative model of fossil fuels, and the search for renewable fuels and environmentally sustainable are key factors in the implementation of biofuels in the Brazilian energy matrix. Biofuels originating from renewable biomass, are a sustainable alternative fuel production front scarcity and limitation of fossil fuels. Cry from the ordinary legislator regulating the matter with the adoption of the National Policy for Biofuels, harmonically related, economic development and environmental preservation and respect. Therefore, it is adopted among the instruments of popular participation, the use of public hearings within the committees, allowing the democratic and political debate with civil society representatives and their actual regulations of the National Policy of Biofuels avoiding the predominance of certain interests and the mitigation of other.

Keywords: Energy Sector; Biofuels; Popular Participation, Public Hearings.

1 Introdução

O setor energético não está vinculado apenas à geração de energia ou desenvolvimento econômico, mas influencia diretamente na soberania estatal de um determinado país. A independência energética de um Estado coloca-o em posição favorável no cenário internacional. A matriz energética brasileira nas últimas décadas sofreu significativas alterações e renovações, distinguindo o Brasil internacionalmente na produção de combustíveis vegetais, denominados biocombustíveis.

A necessidade de se alterar a Política Energética Nacional, calcada basicamente nos combustíveis de origem fóssil e o consequente modelo normativo que a fundamenta, acarretou na implementação dos biocombustíveis na matriz energética. Os biocombustíveis, originários de biomassa renovável, são uma alternativa sustentável de produção de combustíveis frente à escassez e limitação dos combustíveis fósseis.

Entretanto, pela ausência de uma política específica claramente normatizada e regulamentada, a ampla inserção dos biocombustíveis no território nacional divide opiniões e exige o debate entre a sociedade civil e seus representantes. Há posições que veem os biocombustíveis como a solução para a mudança da matriz energética em sintonia com novas oportunidades de desenvolvimento menos excludentes e menos agressivas ao meio ambiente. Em via antagônica, alguns especialistas acreditam que a produção em larga escala dessa espécie de combustíveis sem uma normatização específica acarretará a manutenção do latifúndio nas diversas regiões nacionais e uma possível escassez alimentar.

Neste diapasão, em agosto de 2010, a Comissão de Serviços de Infraestrutura do Senado Federal apresentou o Projeto de Lei n. 219 de 2010, que dispõe sobre a Política Nacional para os Biocombustíveis. Marco regulatório dos biocombustíveis, esta política apresenta as diretrizes para a produção de biocombustíveis, baseadas em critérios socioambientais, tais como a proteção do meio ambiente, a conservação da biodiversidade e a utilização racional dos recursos naturais, o respeito à função social da propriedade, o respeito ao trabalhador, na forma da legislação trabalhista em vigor e o respeito à livre concorrência.

Ademais, a consubstanciação da Política Nacional dos Biocombustíveis exige o debate democrático e político com a sociedade civil e seus reais representantes, mediante a adoção das audiências públicas no âmbito das comissões parlamentares, objetivando compatibilizar harmonicamente o crescimento econômico brasileiros com os anseios sociais.

2 Biocombustíveis: aspectos conceituais

A limitação exploratória e produtiva dos combustíveis de origem fóssil e a crise do petróleo na década de 1970 exigiram do Estado a busca de novas fontes alternativas de energia. Neste contexto, destaca-se a adoção incipiente dos biocombustíveis no cenário nacional. No entanto, mesmo que remonte principalmente à crise do petróleo na referida década, a legislação sobre biocombustíveis tem sua origem na década de 1930, quando são editados os primeiros decretos nacionais sobre a matéria. A título de

exemplo destaca-se o Decreto n. 19.717/31, que determinou a adição de 5% de álcool anidro de procedência nacional à gasolina importada e outros benefícios correlatos (GUIMARÃES, 1999, p. 52). Após dez anos, o Decreto-Lei nº 25.174-A/48 apresentou incentivos à fabricação de álcool para o uso em motores de combustão (ALMEIDA, 2006, p.81).

Após a instituição do Programa Nacional do Álcool (Proálcool), efetivamente, por meio do Decreto nº 76.593/75, a gasolina é substituída, mesmo que parcialmente, pelo álcool, utilizado agora em escala comercial, conforme preleciona o art. 2º, *in verbis*:

Art. 2º A produção do álcool oriundo da cana-de-açúcar, da mandioca ou de qualquer outro insumo será incentivada através da expansão da oferta de matérias-primas, com especial ênfase no aumento da produtividade agrícola, da modernização e ampliação das destilarias existentes e da instalação de novas unidades produtoras, anexas a usinas ou autônomas, e de unidades armazenadoras.

A partir do Decreto nº 83.700/79 cria-se o Conselho Nacional do Álcool com objetivo de formular as políticas e de propor as diretrizes do Proálcool. Objetiva-se, assim, a consolidação de uma política pública para este setor energético, estabelecendo o financiamento dos estoques de álcool e investimentos relacionados ao próprio programa.

O objetivo basilar do Proálcool era estimular produção de álcool visando equilibrar a balança comercial, reduzindo a importação de petróleo e, por conseguinte, diminuir a dependência dos países, buscando uma espécie de autonomia energética. O programa tem expressivo êxito, tanto no mercado nacional quanto internacional, sendo que entre os anos de 1983 a 1989, os carros movidos a álcool representaram mais de 95% das vendas de veículos de passeio (FARIAS, 2010, p.125). O proveitoso resultado do Proálcool está diretamente relacionado aos subsídios governamentais, no intuito de tornar o álcool viável economicamente.

Todavia, com a diminuição significativa do valor do barril do petróleo a partir de 1986 no mercado internacional e a mitigação de novos investimentos estatais, cumulada com nova produção de carros automotivos no cenário internacional, os quais apresentavam melhores performances quando empregado gasolina e não álcool, o programa alcooleiro entra em crise (FARIAS, 2010, p.125). A continuidade do estímulo ao uso do álcool por meio de incentivos fiscais, no instante em que a produção entrou em declínio, gerou um colapso entre demanda e oferta, fazendo com que o país tivesse de importar o produto, o que comprometeu a credibilidade do programa (PLAZA, SANTOS e ROMEIRO, 2008, p. 5).

Este breve relato histórico, referente ao álcool, objetiva demonstrar os principais aspectos do principal biocombustível da matriz energética nacional, visto que, após o decréscimo da produção alcooleira na década de 1990, no cenário nacional, influenciado pela demanda internacional e pela escassez dos combustíveis de origem fósseis, é iniciada uma nova fase de incentivos, mesmo que tímidos, dos biocombustíveis.

A necessidade de se alterar a Política Energética Nacional e o consequente modelo normativo que a fundamenta acarretou na implementação dos biocombustíveis na matriz energética. Os combustíveis de origem vegetal são denominados de biocombustíveis, originários de biomassa renovável para uso em motores a combustão. Podemos dividir as fontes de energia em dois grandes grupos: energia renovável e energia não renovável.

A energia renovável é aquela provida de fontes capazes de se regenerarem por meios naturais, portanto, são consideradas inesgotáveis. Também é conhecida por energia limpa, pois durante o processo de produção de energia é gerado nenhum, ou poucos resíduos poluentes. Os biocombustíveis compõem este primeiro grupo. Por sua vez, a energia não renovável são recursos naturais que, quando utilizados, não podem ser repostos pela ação humana ou pela natureza, a um prazo útil. Tanto os combustíveis fósseis como os nucleares são considerados não renováveis, pois a capacidade de renovação é muito reduzida, comparada com a utilização que deles fazemos. As reservas destas fontes energéticas irão ser esgotadas, ao contrário das energias renováveis.

A Organização das Nações Unidas, através do Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas em 2009 (Intergovernmental Panel on Climate Change), conceitua biocombustível como sendo

qualquer combustível líquido, gasoso ou sólido, produzido a partir de matéria orgânica animal ou vegetal, como por exemplo, o óleo de soja, o álcool de fermentação do açúcar, o licor negro como combustível proveniente do processo de fabricação do papel, da madeira, entre outros.¹²

A última definição apresentada pela legislação brasileira advém do texto da medida provisória 532/2011, convertida na Lei 12.490/11, que, por sua vez, alterou o inciso XXIV da Lei 9.478/97, lei responsável pela Política Energética Nacional. O referido inciso apresenta, *in verbis*:

XXIV - Biocombustível: substância derivada de biomassa renovável, tal como biodiesel, etanol e outras substâncias estabelecidas em regulamento da ANP, que pode ser empregada diretamente ou mediante alterações em motores a combustão interna ou para outro tipo de geração de energia, podendo substituir parcial ou totalmente combustíveis de origem fóssil.

O conceito de biocombustíveis apresentado pelo dispositivo normativo é altamente amplo, abrangendo tanto combustíveis no estado líquido, gasoso ou sólido, quanto inúmeras matérias-primas utilizadas para o seu fabrico como culturas alimentares (de cana-de-açúcar, de milho, beterraba e soja, por exemplo). A

¹² O Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas foi estabelecido em 1988 pela Organização Meteorológica Mundial e o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) para fornecer informações científicas, técnicas e socioeconômicas relevantes para o entendimento das mudanças climáticas no mundo. Disponível em <<http://www.ipcc.ch>>

progressiva inserção dos biocombustíveis na matriz energética nacional e seu melhor tratamento pela Política Energética Nacional estão umbilicalmente relacionados ao cenário energético vivenciado pelo Brasil. Analisar-se-ão, no próximo item, alguns aspectos desta política nacional.

2.1 Política Nacional dos Biocombustíveis: aspectos norteadores

A Política Energética Nacional, apresentada pela Lei nº 9.478/97, inaugura no sistema jurídico nacional preceitos específicos do setor energético. Inicialmente é direcionada apenas aos combustíveis de origem fóssil. O mandamento legal, ora apresentado, dispõe sobre as atividades relativas ao monopólio do petróleo, além de instituir o Conselho Nacional de Política Energética - órgão vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia – e a Agência Nacional do Petróleo – integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, vinculada ao Ministério de Minas e Energia. Criada com o objetivo de estabelecer a regulação jurídica do aproveitamento das fontes e recursos energéticos do país, a Lei nº 9.478/97 constitui-se, desta forma, marco legal na reestruturação da matriz energética brasileira.

O petróleo e seus derivados e o gás natural ganham destaque no cenário nacional com a criação da Agência Nacional de Petróleo, denominada após a Lei nº 11.097/05 de Agência do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. A alteração da nomenclatura não se trata apenas de uma questão terminológica, simboliza a intenção do poder público em remodelar a matriz energética brasileira. Somente com a Medida Provisória nº 214/04, convertida na lei 11.097/05, regulamenta-se, devidamente, a introdução do biodiesel na matriz energética brasileira. Mesmo que somente esta modalidade de biocombustível fosse destacada, os biocombustíveis começam a ocupar espaço mais relevante na Política Energética Nacional.

Alguns fatores corroboram para uma recente remodelação do cenário de combustíveis nacional. Neste trabalho elencaremos os três principais. O primeiro é o novo aumento do barril do petróleo no mercado internacional entre 2000 e 2008¹³. Outro fator, decorrente do anterior, foi a introdução bem sucedida dos veículos biocombustíveis no mercado nacional, capazes de funcionar tanto com álcool quanto com gasolina (LIMA, 2008, p.101). O terceiro fator relaciona-se com a ratificação pelo Brasil da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, e posteriormente, o Protocolo de Quioto, em que se busca a redução das emissões dos gases causadores do efeito estufa, e os biocombustíveis, de uma forma geral, apresentam-se como uma alternativa eficaz (CUNHA, 2008, p.448).

Portanto, a partir desses aspectos gerais e da importância da questão energética para o país, exige-se um tratamento específico da matéria, através de uma legislação específica e delimitada, disciplinando a inserção dos biocombustíveis na matriz

¹³ A revista especializada **Petro & Química** apresenta em sua edição de 308 de 2008 que as causas do aumento do preço do petróleo estariam ligadas a aspectos financeiros como custos, taxa de câmbio e aspectos especulativos. Disponível em: <http://www.petroquimica.com.br/edicoes/ed_308/308_art.html>

energética nacional. Nesse sentido, em agosto de 2010, é apresentado pela Comissão de Serviços de Infraestrutura do Senado Federal o Projeto de Lei n. 219 de 2010, que dispõe sobre a Política Nacional para os Biocombustíveis. As diretrizes para a produção de biocombustíveis são baseadas em critérios socioambientais, tais como a proteção do meio ambiente; a conservação da biodiversidade e a utilização racional dos recursos naturais; o respeito à função social da propriedade; o respeito ao trabalhador, na forma da legislação trabalhista em vigor; e o respeito à livre concorrência.

A Política Nacional para os Biocombustíveis (PNB) tem por objetivo promover a concorrência das atividades econômicas de produção, comercialização, distribuição, transporte, armazenagem, revenda, importação e exportação de biocombustíveis, bem como nas atividades econômicas de produção e comercialização de matérias primas. Além de tratar especificamente sobre a matéria e modificar outras leis correlatas, a Política Nacional para os Biocombustíveis possibilitará o debate com a sociedade civil através de audiências públicas conforme presenciado na tramitação do referido projeto de lei. Então, faz-se necessário compreender os institutos de participação popular na administração pública para posteriormente analisarmos a importância das audiências públicas no bojo da política nacional dos biocombustíveis.¹⁴

3 Participação popular na administração pública

O Estado brasileiro é em sua última gênese – a Constituição de 1988 – um Estado de Direito. Este deve ser entendido como o Estado propenso e organizado ao Direito, isto é, um Estado ou organização político-estatal com tarefas e atividades limitada pelo Direito. É importante reconhecer que a consagração de um Estado de Direito passa, indiscutivelmente, pela concepção dos direitos fundamentais (direitos humanos positivados na ordem jurídica interna). Ademais,

o Estado de Direito da pós-modernidade não pode ser o Estado de Direito da modernidade: num garante-se a sociedade civil perante o autoritarismo do Estado; noutra “aspira-se à respiração” do indivíduo e do privado, depois de asseguradas estadualmente as dimensões inelimináveis da socialidade, igualdade e fraternidade. Num foi necessária a regra do direito contra a ordem autoritária e ingerente; noutra impõe-se o “regresso à regra” como forma de redução da complexidade prestacional do Estado, a fim de impedir a jurisdicização total da vida e a rigidificação planificante das estruturas autônomas da sociedade (CANOTILHO, 1993, p. 395).

Neste sentido, o Estado de Direito para ser observado não pode ser considerado um Estado simplesmente organizado que se estrutura em uma ordem estritamente normativa, isto porque os constituintes de 1988, que deliberaram ora como iluministas, ora como iluminados, não se contentaram com a juridicidade formal, preferindo falar em Estado Democrático de Direito, que se caracteriza por levar em conta também os valores concretos da igualdade (REALE, 2003, p. 37). Assim como a igualdade, o

¹⁴ O Projeto de Lei n. 219/2010 está em tramitação na Comissão de Agricultura e Reforma Agrária, desde 2012.

Estado elenca alguns direitos basilares dos cidadãos, são direitos estaques da ordem constitucional vigente. O Estado Democrático de Direito visa, essencialmente, a promoção dos direitos fundamentais e, para tanto, sua atuação deverá estar em sintonia com a concretização do catálogo dos direitos fundamentais e dos anseios sociais de caráter eminentemente institucionais.

A consubstanciação do Estado de Direito na pós-modernidade, conforme tratado pelo jurista português, reservou espaço destacado à participação. Compreendida em seu aspecto genérico, a participação no exercício das funções estatais “populariza” o Direito, dessacralizando-o. O Direito desce do pedestal e passa, de fato, a ser comentado e interpretado em meio aos conflitos, divergências e disputas sociais (PEREZ, 2009, p.62).

A participação popular no Estado Democrático de Direito representa um importante instrumento das formas de controle da Administração. O controle social da Administração desponta como a atividade proativa de quem é cidadão – participativo e ativo para o seu desenvolvimento individual e intersubjetivo (FRANÇA, 2011, p. 113). Todavia, o controle social somente será possível através da informação e divulgação da atividade estatal, preceitos basilares do Estado Democrático de Direito, isto porque a

qualidade e a quantidade de informação irão traduzir o tipo de intensidade da participação na vida social e política. Quem estiver mal informado nem por isso estará impedido de participar, mas a qualidade de sua participação será prejudicada. A ignorância gera apatia ou inércia dos que teriam legitimidade para participar (MACHADO, 2006, p.34).

Os institutos de participação possibilitam à coletividade fiscalizar ativamente os possíveis desvios e abusos eventualmente cometidos pelo administrador. Tais institutos não são presenciados apenas no âmbito da função administrativa, mas nas diversas funções estatais. Há participação na atuação legislativa, na função jurisdicional e no desempenho da função administrativa (MOREIRA NETO, 1992, p. 69).

A participação popular apresenta-se sob formas diversificadas e heterogêneas. Na função legislativa, destacaremos quatro espécies de participação dos cidadãos. A primeira, e talvez a principal, ocorre através da escolha dos representantes/parlamentares pelo sufrágio universal. Outra espécie é a possibilidade de iniciativa popular no processo legislativo (art. 61, *caput* e §2º da CF) para matérias que não sejam da competência reservada a determinado titular. Por sua vez, ressaltam-se o plebiscito e o referendo previstos no art. 14, incisos I e II da Constituição Federal e regulamentados pela Lei 9.709 de 1998. E, por fim, conforme objeto de estudo, a participação no funcionamento das Comissões parlamentares, nas quais são realizadas audiências públicas com entidade da sociedade civil (art. 58, §2º, II da Constituição Federal).

No que tange à participação popular no âmbito do poder judiciário, podemos destacar a instituição do júri, a notícia crime, a representação, a iniciativa de ação popular, mandados de segurança individual e coletivo e a ação direta de

inconstitucionalidade. A participação popular na atuação administrativa pode ser observada pela criação de conselhos consultivos ou deliberativos, pelas audiências e consultas públicas, pela delegação de competências para Organizações não Governamentais e o orçamento participativo (PEREZ, 2009, p.65).

Os exemplos e espécies citados são claramente exemplificativos, pois tanto a Constituição Federal quanto a legislação infraconstitucional, além de apresentar outras hipóteses, não excluem a criação de outras. Entretanto, a soma dessas referências (de participação popular) na Carta Magna de 1988 possibilita-nos reconhecer não um conjunto esparso e desconexo de regras normativas, mas um autêntico princípio constitucional de participação. Neste diapasão, exige-se apresentar as distinções dessas duas espécies normativas (princípios e regra) e a principal consequência dessa diferenciação.

3.1 Princípio constitucional da participação

Dentre as teorias existentes quanto à divisão das normas entre regras e princípios, utilizaremos a Teoria dos Princípios, que tem em Robert Alexy um de seus defensores, como parâmetro. Ademais, é importante ressaltar a importância do pensamento de Ronald Dworkin no desenvolvimento da Teoria dos Princípios. Para Alexy, tanto regras como princípios podem ser concebidos como normas, a distinção entre essas espécies se opera dentro da classe das normas. O ponto fundamental para fazer a distinção entre regras e princípios é que os princípios constituem mandamentos de otimização, que ordenariam o cumprimento de uma medida da melhor maneira possível, levando-se em consideração a realidade jurídica e fática. Para aplicar princípios, utiliza-se do mecanismo da ponderação (ALEXY, 2010, p.163).

As regras, por sua vez, possuem características de mandamentos definitivos, o que lhes daria como caráter essencial o fato de poderem ser cumpridas ou não. Se uma regra vale e pode ser aplicada, a ordem é fazer rigorosamente aquilo que ela determina, nada mais, nada menos. Regras não são carentes de ponderação como os princípios. Em verdade, a sua forma de aplicação ocorre através da subsunção (ALEXY, 2010, p. 164/165) Ao contrário do que ocorrem com as regras jurídicas, os princípios podem ser realizados em diversos graus. A diferenciação, para Alexy, tem na estrutura a característica principal: a estrutura das regras apresenta-se como de direito definitivo; a dos princípios é de direito *prima facie*.

Por se localizar na base de estruturação de um sistema jurídico, os princípios são essenciais na relação jurídica entre os administrados com a Administração, pois são normas com expressiva carga deontológica (deve ser), ou seja, norma que permite, proíbe e obriga de maneira deontológica-consequencialista a atuação dos agentes públicos. A positivação dos princípios impôs aos operadores da lei sua observação, estruturação e aplicação como normas e não meditação desprovida de conteúdo material (MARTINS, 2008, p. 101).

A participação administrativa é fundamentada nesse importante princípio constitucional – o princípio da participação. Sua observação e efetivação é dever institucional dos agentes políticos e públicos, um verdadeiro direito fundamental dos cidadãos que, uma vez não observado, possibilitará a utilização de mecanismos

concretizadores e sancionatórios do Direito. Desta forma, a participação popular no âmbito das comissões parlamentares, objeto do estudo, funda-se no princípio constitucional da participação, uma espécie normativa que exige vigência, validade e eficácia.

4 Canais de democratização administrativos: audiências públicas

Embora o poder estatal seja uno, indivisível e indelegável, ele se desdobra em três funções: a legislativa, a executiva e a jurisprudencial. Assim, todos os atos praticados pelo Estado decorrem de um só poder, uno e indivisível. Esses atos adquirem diversas formas, dependendo das funções exercidas pelos diferentes órgãos. A função legislativa estabelece regras gerais e abstratas, denominadas leis; as duas outras aplicam as leis ao caso concreto: a função jurisdicional, mediante solução de conflitos de interesses e aplicação coativa da lei, quando as partes não o façam espontaneamente; a função executiva, mediante atos concretos voltados para a realização dos fins estatais, de satisfação das necessidades coletivas (DI PETRO, 2008, p.50).

Conforme preleciona a Constituição Federal de 1988, a cada um dos Poderes do Estado foi atribuída determinada função, conforme apresentado. Entretanto, não há exclusividade no exercício das funções pelos Poderes. Pode-se reconhecer que há preponderância de determinadas funções. Por essa razão é que os Poderes estatais, embora tenham suas funções normais (funções típicas), desempenham também funções que materialmente deveriam pertencer a Poder diversos (funções atípicas). Tais repartições estão estabelecidas no texto constitucional (FILHO, 2012, p. 3). A tripartição de Poderes abrange também os Estados-membros, mas nos Municípios vigora a bipartição de Poderes, porque em sua estrutura orgânica se apresentam apenas o Executivo e o Legislativo.

Sendo assim, tanto os órgãos do poder judiciário quanto os órgãos do poder legislativo terão funções administrativas dentro de seus respectivos âmbitos de atuação. A função administrativa é, dentre todas, a mais ampla, uma vez que é através dela que o Estado cuida da gestão de todos os seus interesses e os de toda coletividade (FILHO, 2012, p. 446).

Neste diapasão, ressalta-se, de maneira sintética, a presença de canais de democratização na Administração Pública, objetivando alcançar instrumentos, meios e formas utilizadas pela sociedade civil para intervir na realização da função estatal.

A participação organizada e progressiva da população é o caminho insubstituível para a formação de uma sociedade realmente democrática, em que a pessoa humana, como fundamento e fim de vida social tenha sua dignidade respeitada (MONTORO, 1988, p. 65).

A intervenção da sociedade na persecução dos fins públicos pode ser compreendida como uma passagem da democracia representativa para uma democracia participativa, pressupostos da concepção de Administração Consensual. Devido à divergência doutrinária quanto à participação popular na administração

pública, utiliza-se no presente estudo um conceito juspolítico, em que a participação política é a atuação, formal e informalmente admitida, dos indivíduos e dos grupos sociais secundários na ação juspolítica do Estado. Tal participação pode ser dividida em participação legislativa, participação judiciária e participação administrativa (MOREIRA NETO, 1992, p. 56).

Pela proposta do trabalho em tela, trabalhar-se-á com uma das espécies de participação administrativa – audiência pública – no bojo das comissões parlamentares, destacando a audiência pública realizada referente à Política Nacional para os Biocombustíveis (PNB). Sendo uma das espécies de participação administrativa,

a audiência pública é um instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação consensual (MOREIRA NETO, 1992, p. 129).

Com as audiências públicas, enriquece-se o diálogo democrático promovido por diversos atores sociais, possibilitando o encontro conjunto de soluções para os anseios sociais. As políticas públicas, decisões e prioridades, outrora exclusivas dos órgãos públicos e de respectivos agentes, são debatidas com a sociedade civil. A importância da audiência pública pode ser constatada pela redação do artigo 58, § 2º, inciso II, da Constituição da República de 1988, o qual prevê a sua realização pelas comissões do Congresso Nacional, o que será objeto de estudo posteriormente.

4.1 Finalidades e procedimento da audiência pública

Um determinado órgão público dentro de seu âmbito de atuação poderá utilizar-se das audiências públicas visando basicamente: 1) promover diálogos sociais com setores da sociedade civil no caso de temas de expressiva relevância social; 2) dar publicidade a determinada questão; 3) possibilitar um maior controle de comunidade com relação à conformação de ato público; 4) colher informações da comunidade de modo a instruir a tomada de um posicionamento ou de uma decisão por parte do órgão público.

Estas podem ser consideradas finalidades gerais das audiências públicas, pois, dependendo da legislação, do órgão e da matéria a serem debatidas, finalidades específicas serão tratadas pelo caso concreto. As audiências públicas podem ser observadas nas seguintes legislações: Lei nº 8.666/93, relativa às licitações e aos contratos da Administração Pública; Lei nº 9.784/99, relativa ao processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal; Lei Orgânica do Ministério Público (Lei nº 8.625/93); Lei nº 9.427/96, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica; Lei nº 9.478/97, que dispõe sobre a política energética nacional, e Lei nº 10.257/01, sobre o Estatuto da Terra. Importante destacar que o presente rol é meramente exemplificativo.

Dentre os casos citados e outros existentes no direito brasileiro, quando especificados em lei, a falta da realização de audiência pública, previamente à decisão administrativa, invalida todo o procedimento administrativo, ou os atos que sucederam a omissão da Administração Pública. A realização de audiência pública é formalidade essencial, pois se relaciona à devida instrução da decisão administrativa (PEREZ, 2009, p. 169).

A audiência pública não possui um regime jurídico perfeitamente delimitado na legislação brasileira, mas rendeu alguns regramentos gerais importantes na chamada Lei do Processo Administrativo – Lei 9.784/1999. Caberá, portanto, tanto a cada diplomata legal estabelecer regras próprias, quanto a determinado órgão público apresentar qual o devido procedimento a ser seguido para iniciar uma audiência pública.

Quanto ao procedimento de uma audiência pública, a necessidade de sua convocação, e quais sujeitos serão convocados a participar, dependerá da matéria e da legislação norteadora do caso concreto. Inicialmente é importante observar que a audiência pública deve possibilitar o acesso de todos os interessados, pois, caso contrário, afronta-se o próprio caráter público da audiência, a isonomia dos administrados (PEREZ, 2009, p. 171). Pelo fato de analisarmos as audiências públicas no seio das comissões do Senado Federal, apresentaremos quais diplomas legais são observados e qual o procedimento a ser adotado pela comissão.

4.2 Política nacional dos biocombustíveis: real importância das audiências públicas

A Carta Republicana de 1988 estabelece que o Legislativo federal opera por meio do Congresso Nacional, que é bicameral, ou seja, composto por duas casas: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. A primeira casa legislativa é composta por representantes do povo, eleito pelo sistema proporcional em cada Estado e no Distrito Federal. O Senado Federal é composto por três representantes de cada Estado e do Distrito Federal, eleitos pelo sistema majoritário.

No Congresso Nacional e em suas respectivas Casas funcionam comissões permanentes e temporárias, reguladas internamente pelo Legislativo, disciplinadas pelo art. 58 da Constituição Federal. As comissões são formadas de modo a espelhar o quadro de forças políticas existentes na Casa a que se vinculam, isto é, a representação proporcional dos partidos ou blocos parlamentares. As comissões formam uma significativa interface da Casa Legislativa com entidades da sociedade civil, que podem ser ouvidas em audiências públicas, possibilitando a compatibilidade dos projetos legislativos (apresentados por representantes – decorrência da democracia representativa) com os anseios sociais (MENDES, COELHO e BRANCO, 2010, p. 982).

Direcionaremos, por questões metodológicas, o estudo das audiências públicas nas comissões do Senado Federal, não desconsiderando obviamente as comissões da Câmara dos Deputados. O Regimento Interno do Senado Federal (Resolução n.º 93 de

1970) a partir do artigo 93 e seguintes, estabelece o procedimento a ser adotado no estabelecimento de uma audiência pública, *in verbis*¹⁵:

Art. 93. A audiência pública será realizada pela comissão para:

I – instruir matéria sob sua apreciação;

II – tratar de assunto de interesse público relevante.

§ 1º A audiência pública poderá ser realizada por solicitação de entidade da sociedade civil.

§ 2º A audiência prevista para o disposto no inciso I poderá ser dispensada por deliberação da comissão.

Possibilitam-se as manifestações de defensores e opositores relativamente à matéria objeto do exame, buscando um debate democrático e representativo. Mesmo que as audiências públicas sejam institutos participativos de caráter não vinculante de consulta, defende-se que o conteúdo apresentado, seja por técnicos especializados na matéria, ou pela população diretamente interessada, deve ser considerado e respeitado, quase que vinculantemente, pelos parlamentares. As audiências públicas podem ser solicitadas por outra comissão que não seja a responsável pela apresentação do projeto de lei conforme observado pela Política Nacional dos Biocombustíveis¹⁶.

Em agosto de 2013, o Senado Federal conta com onze comissões permanentes em atividade. Dentre elas a Comissão de Serviço e Infraestrutura, responsável pelo Projeto de Lei n.º 219 de 2010, que dispõe sobre a Política Nacional dos Bicomcombustíveis. A importância desse projeto não está restrita apenas a questões estruturais e econômicas do país, exigindo o debate interdisciplinar entre as comissões parlamentares, como por exemplo, as Comissões de Agricultura e Reforma Agrária e a Comissão do Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, todas do Senado Federal. Neste diapasão, destaca-se a utilização de audiências públicas com diversos setores da sociedade civil e não apenas com setores econômicos interessados no aumento do setor agrícola dos biocombustíveis e sua exploração.

A realização das audiências públicas no bojo das comissões parlamentares diretamente interessadas na regulamentação da matéria apresenta-se como importante mecanismo de participação e controle popular, evitando o predomínio de alguns setores industriais, deixando à mercê grande parte da população nacional.

A implementação dos biocombustíveis na matriz energética nacional em larga escala sem estudos aprofundados, como de impacto ambiental, por exemplo, e a preferência de se produzir determinados vegetais não para alimentação, mas sim para ser fonte de combustíveis, poderão acarretar impactos irreversíveis e ainda não previstos à sociedade brasileira. Na atual sociedade de massas, há o sentido de

¹⁵ A Resolução 93 de 1970 ao dispor sobre o Regimento Interno do Senado Federal não apresentou um procedimento delimitado e solene para as audiências públicas, cabendo ao presidente da sessão direcionar os trabalhos. Regimento disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/regsf/RegSFVoll.pdf>>.

¹⁶ A Comissão de Agricultura e Reforma Agrária do Senado solicitou, em novembro de 2012, audiência pública para debater o Projeto de Lei n.º 219 de 2010, pelo conteúdo e matéria disciplinada pela Política Nacional dos Bicomcombustíveis.

insegurança e isolamento de seus componentes, o que torna mais fácil a tarefa dos grupos de pressão que fazem desaparecer em grande parte a possibilidade do debate racional e amplo (COL, 2013, p. 324).

5 Conclusão

As alterações realizadas na Lei 9.478/97, que dispõe sobre a Política Energética Nacional, não são satisfatórias, considerando a progressiva e ampla adoção dos biocombustíveis na matriz energética brasileira. Exige-se um marco regulatório dessa espécie de combustíveis, elencando as diretrizes, os objetivos e os instrumentos de sua implementação, calcada, essencialmente, no binômio desenvolvimento econômico e sustentabilidade ambiental.

O Projeto de Lei n. 219 de 2010, que dispõe sobre a Política Nacional para os Biocombustíveis, em tramitação na Comissão de Serviço e Infraestrutura do Senado Federal, é marco regulatório dos biocombustíveis. Essa política apresenta as diretrizes para a produção de biocombustíveis, baseadas em critérios socioambientais, tais como a proteção do meio ambiente, a conservação da biodiversidade e a utilização racional dos recursos naturais, o respeito à função social da propriedade, o respeito ao trabalhador, na forma da legislação trabalhista em vigor, e o respeito à livre concorrência.

A Política Nacional para os Biocombustíveis, ainda segundo o projeto de lei, deverá ser compatibilizada com a Política Nacional de Mudanças Climáticas, tendo como um de seus pilares estimular a redução da emissão de gases causadores do efeito estufa por meio do uso de biocombustíveis.

Neste contexto, a realização das audiências públicas no bojo das comissões parlamentares diretamente interessadas na regulamentação da Política Nacional para os Biocombustíveis apresenta-se como importante mecanismo de participação e controle popular, evitando o predomínio de alguns setores industriais, principalmente o setor sucroalcooleiro, frente à preservação ambiental e à existência da pequena propriedade rural. Além disso, a ausência da Política Nacional dos Biocombustíveis afetará diretamente este importante setor estratégico do Estado brasileiro. Isto porque, optando-se pela utilização de determinados vegetais para a exclusiva produção de combustíveis, influenciará diretamente na produção alimentar, possibilitando o aumento dos preços ou até a escassez de alguns alimentos.

Referências

ALMEIDA, Cezar Menezes et al. *Apropriação dos recursos naturais e o Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel*. São Paulo: Bahia Análise & Dados, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CUNHA, João Vidal da. Biodiesel e Lei 11.097/05 – impactos ambientais desconhecidos, impactos sociais relevantes. In: BENJAMIN, Antônio Herman; LECEY, Eládio;

CAPPELL, Silvia (org.). *Mudanças climáticas, biodiversidade e uso sustentável de energia*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2008, vol. 2.

FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Biocombustíveis: fonte de energia sustentável? Considerações jurídicas, técnicas e éticas*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRANÇA, Philip Gil. *O controle da administração: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUIMARÃES, Carlos Gabriel. O instituto do açúcar e do álcool e a estatização dos conflitos agrários no Brasil (1930-1945). *Antropolítica*, v. 5, n. 7, 1999.

LIMA, Haroldo. *Petróleo no Brasil: a situação, o modelo e a política atual*. Rio de Janeiro: Synergia, 2008.

LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patricia Iglecias ; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (org.). *Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIGUEL, Reale. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTORO, André Franco. Descentralização e Participação. Caminhos da Democracia, in: CARVALHO, Milton Paulo de (coord.). *Temas Atuais de Direito – Edição Comemorativa do Jubileu de Prata da Academia Paulista de Direito*. São Paulo: Ltr, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito à participação política: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

PLAZA, Charlene Maria C. de Ávila; SANTOS, Nivaldo; ROMEIRO, Viviane. Inovações tecnológicas e políticas públicas: análises sociais e ambientais o contexto das atividades industriais sucroalcooleiras no Brasil. *Revista Internacional Interdisciplinar Interthesis*, v. 5, Florianópolis, 2008.

Responsabilidade civil pela perda do tempo

Civil responsibility for the loss of time

Pablo Stolze Gagliano

Juiz de Direito. Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Pós-Graduado em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Professor da Universidade Federal da Bahia e da Rede LFG.

E-mail: pablo.stolze@terra.com.br

Resumo: O presente artigo visa lançar primeiras reflexões sobre tema instigante, ainda novo em termos acadêmicos e jurisprudenciais, que é a responsabilidade civil pela perda do tempo livre. O tempo se mostra, nos dias atuais, como valor importante, inclusive na perspectiva jurídica. Por isso, é possível sustentar que existe responsabilidade civil em decorrência de sua perda? Independentemente de como a doutrina e jurisprudência venham a se posicionar sobre o tema, fato é que não se pode mais admitir o covarde véu da indiferença mesquinha a ocultar milhares (ou milhões) de situações de dano, pela usurpação injusta do tempo livre.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Perda de tempo. Primeiras Reflexões.

Abstract: This article aims to launch first reflections on an instigating theme, still new in academic terms and jurisprudence, which is the civil liability for the loss of free time. The time is shown in the present day as an important value, including in the legal perspective. Therefore, it is possible to argue that there is civil liability as a result of their loss? Regardless of how the doctrine and jurisprudence will consider the issue, the fact is that we can no longer accept the cowardly veil of indifference to hide petty thousands (or millions) of damage situations, for the unjust usurpation of free time.

Keywords: Civil Liability. Loss of time. First Reflections.

“O tempo é rei, e a vida é uma lição”.
(*Senhor do Tempo*, banda “Charlie Brown Jr.”,
composição: Heitor/Chorão)

1 A importância do tempo em nossas vidas¹

Existe algo inexplicável por trás desta nossa complexa realidade. O que de fato faz a sua vida ter sentido? A posição social que você alcança? O cargo cobiçado que você tanto almeja? O dinheiro que você acumula? Sem menoscabar a importância dessas metas materiais de vida, o fato é que, um dia, você compreenderá a verdade cósmica dita pelo profeta Raul Seixas, na música “Ouro de Tolo”:

Eu que não me sento
No trono de um apartamento

¹ Tópico baseado em palestra proferida por ocasião das comemorações pelos 10 anos de fundação da Rede de Ensino LFG, em 29 de janeiro de 2013, São Paulo.

Com a boca escancarada
Cheia de dentes
Esperando a morte chegar...
Porque longe das cercas
Embandeiradas,
Que separam quintais,
No cume calmo
Do meu olho que vê
Assenta a sombra sonora
De um disco voador...

Esta “sombra sonora de um disco voador” traduz, na linguagem da crença religiosa, física, poética ou matemática de cada um, este “algo inexplicável” que une pessoas e vidas, moldam sonhos e firmam projetos, espalhando, de uma vez por todas, a falsa ideia de que a vida é um mero conjunto de coincidências. E, por isso, o nosso tempo tem um profundo significado e um imenso valor, que não podem passar indiferentes ao jurista do século XXI.

Certamente, ao longo de todo o bacharelado, você conheceu diversas figuras jurídicas: o contrato, a família, a propriedade, a posse, a empresa. E o tempo? Você saberia dizer qual a sua natureza jurídica?

2 O tempo em dupla perspectiva

Para bem respondermos a esta pergunta, é preciso considerar o tempo em uma dupla perspectiva: a) dinâmica; b) estática.

Na perspectiva mais difundida, “dinâmica” (quer dizer, em movimento), o tempo é um “fato jurídico em sentido estrito ordinário”, ou seja, um acontecimento natural, apto a deflagrar efeitos na órbita do Direito, como já tivemos, inclusive, a oportunidade de escrever:

Considera-se *fato jurídico em sentido estrito* todo acontecimento natural, determinante de efeitos na órbita jurídica.

Mas nem todos os acontecimentos alheios à atuação humana merecem este qualificativo.

Uma chuva em alto mar, por exemplo, é fato da natureza estranho para o Direito.

Todavia, se a precipitação ocorre em zona urbana, causando graves prejuízos a uma determinada construção, objeto de um contrato de seguro, deixa de ser um simples *fato natural*, e passa a ser um *fato jurídico, qualificado pelo Direito*.

Isso porque determinará a ocorrência de importantes efeitos obrigacionais entre o proprietário e a companhia seguradora, que passou a ser devedora da indenização estipulada simplesmente pelo advento de um fato da natureza.

Os fatos jurídicos ordinários são fatos da natureza de ocorrência comum, costumeira, cotidiana: *o nascimento, a morte, o decurso do tempo*. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 346-346).

Em perspectiva “estática”, o tempo é um valor, um relevante bem, passível de

proteção jurídica.

Durante anos, a doutrina, especialmente aquela dedicada ao estudo da responsabilidade civil, não cuidou de perceber a importância do tempo como um bem jurídico merecedor de indiscutível tutela.

Sucedem que, nos últimos anos, este panorama tem se modificado. As exigências da contemporaneidade têm nos defrontado com situações de agressão inequívoca à livre disposição e uso do nosso tempo livre, em favor do interesse econômico ou da mera conveniência negocial de um terceiro. E parece que, finalmente, a doutrina percebeu isso, especialmente no âmbito do Direito do Consumidor.

3 Responsabilidade civil pela perda do tempo livre

O desperdício injusto e ilegítimo do tempo, na seara consumerista, tem sido denominado de “Desvio Produtivo do Consumidor”, segundo preleção de Marcos Dessaune, em excelente obra:

Mesmo que o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) preconize que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo devam ter padrões adequados de qualidade, de segurança, de durabilidade e de desempenho – para que sejam úteis e não causem riscos ou danos ao consumidor – e também proíba, por outro lado, quaisquer práticas abusivas, ainda são ‘normais’ em nosso País situações nocivas como:

- Enfrentar uma fila demorada na agência bancária em que, dos 10 guichês existentes, só há dois ou três abertos para atendimento ao público;
- Ter que retornar à loja (quando ao se é direcionado à assistência técnica autorizada ou ao fabricante) para reclamar de um produto eletroeletrônico que já apresenta problema alguns dias ou semanas depois de comprado;
- [...]
- Telefonar insistentemente para o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) de uma empresa, contando a mesma história várias vezes, para tentar cancelar um serviço indesejado ou uma cobrança indevida, ou mesmo para pedir novas providências acerca de um produto ou serviço defeituoso renitente, mas repetidamente negligenciado;
- [...]
- Levar repetidas vezes à oficina, por causa de um vício recorrente, um veículo que frequentemente sai de lá não só com o problema original intacto, mas também com outro problema que não existia antes;
- Ter a obrigação de chegar com a devida antecedência ao aeroporto e depois descobrir que precisará ficar uma, duas, três, quatro horas aguardando desconfortavelmente pelo voo que está atrasado, algumas vezes até dentro do avião – cansado, com calor e com fome – sem obter da empresa responsável informações precisas sobre o problema, tampouco a assistência material que a ela compete (DESSAUNE, 2011, p. 47-48).

Em verdade, diversas são as situações de dano apontadas pelo autor, merecendo destaque uma delas, que ilustra, com as nítidas cores da perfeição, o intolerável abuso de que é vítima o consumidor, obrigado a “esperar em casa, sem hora

marcada, pela entrega de um produto novo, pelo profissional que vem fazer um orçamento ou um reparo, ou mesmo por um técnico que precisa voltar para fazer o concerto malfeito” (DESSAUNE, 2011, p. 48).

Vasculhe a sua própria experiência de vida, caro leitor, e reflita se tal situação – pela qual talvez você já haja passado –, a par de vexatória, não traduziria um intolerável desperdício de tempo livre, com potencial prejuízo, não apenas na seara econômica e profissional, mas até mesmo no delicado âmbito de convivência familiar, como anotei em recente editorial:

O tempo é o senhor de todas as coisas. Esse dito popular encerra profunda sabedoria, na medida em que reconhece, no decurso do tempo, uma força capaz de aliviar muitas dores ou descortinar a verdade imanente à natureza humana. [...]

Todavia, se aprofundarmos a investigação científica do tema, descobriremos que a força do tempo expande-se em diversos outros espaços do universo jurídico.

Confesso que, muitas vezes, apanho-me, nostálgico, lembrando bons momentos vividos na década de 80, em minha infância, época em que, posto não tivéssemos os confortos tecnológicos da modernidade – internet, tablet, celular – vivíamos com mais intensidade as 24 horas do nosso dia, mais próximos do calor dos nossos amigos – na alegre troca de figurinhas (como as dos inesquecíveis álbuns “Stamp Color” e “Amar é”), em entusiasmadas disputas de “gude”, ou em divertidas brincadeiras como “picula” ou “esconde-esconde”.

Atualmente, tenho a impressão de que as 24 horas do dia não suprem mais – infelizmente – as nossas necessidades.

E, se por um lado, esta falta de tempo para viver bem é algo trágico em nossa sociedade – e que merece uma autorreflexão crítica – por outro, é forçoso convir que as circunstâncias do nosso cotidiano impõem um aproveitamento adequado do tempo de que dispomos, sob pena de experimentarmos prejuízos de variada ordem, quer seja nas próprias relações pessoais, quer seja nos âmbitos profissional e financeiro.

Vale dizer, uma indevida interferência de terceiro, que resulte no desperdício intolerável do nosso tempo livre, é situação geradora de potencial dano, na perspectiva do princípio da função social.

Não faz muito, um amigo passou por um problema que bem exemplifica isso.

Uma determinada empresa passou a cobrar-lhe, indevidamente, por um determinado serviço não prestado. Eu, então, indaguei se ele já havia entrado em contato com a referida companhia. Respondeu-me, então: “Ainda não. Eu sei que, ao ligar, levarei a tarde inteira ao telefone. Por isso, estou tentando conseguir uma folga no trabalho, para tentar resolver isso. E se eu for à filial da empresa é pior ainda. Terei de acampar lá”.

Esta circunstância tão corriqueira exige uma reflexão. É justo que, em nossa atual conjuntura de vida, determinados prestadores de serviço ou fornecedores de produtos, imponham-nos um desperdício inaceitável do nosso próprio tempo?

A perda de um turno ou de um dia inteiro de trabalho – ou até mesmo a privação do convívio com a nossa família – não ultrapassaria o limiar do mero percalço ou aborrecimento, ingressando na seara do dano indenizável, na perspectiva da função social?

Em situações de comprovada gravidade, pensamos que esta tese é perfeitamente possível e atende ao aspecto, não apenas compensatório, mas também punitivo ou

pedagógico da própria responsabilidade civil. (...) Até porque, como bem lembra o poeta, “o tempo não para”. E não é justo que um terceiro “pare” indevidamente o nosso, segundo a sua própria conveniência (GAGLIANO, 2012).

Deve ficar claro, nesse contexto, que nem toda situação de desperdício do tempo justifica a reação das normas de responsabilidade civil, sob pena de a vítima se converter em algoz, sob o prisma da teoria do abuso de direito.

Apenas o desperdício “injusto e intolerável” poderá justificar eventual reparação pelo dano material e moral sofrido, na perspectiva, como já dito, do superior princípio da função social. E, por se tratar de conceitos abertos, caberá à doutrina especializada e à própria jurisprudência estabelecer as balizas hermenêuticas da sua adequada aplicação.

Vitor Guglinski, citando, inclusive, jurisprudência, anota esforço neste sentido:

A ocorrência sucessiva e acintosa de mau atendimento ao consumidor, gerando a perda de tempo útil, tem levado a jurisprudência a dar seus primeiros passos para solucionar os dissabores experimentados por milhares de consumidores, passando a admitir a reparação civil pela perda do tempo livre. [...]

Dentre os tribunais que mais têm acatado a tese da perda do tempo útil está o TJRJ, podendo-se encontrar aproximadamente 40 acórdãos sobre o tema no site daquele tribunal, alguns da relatoria do insigne processualista Alexandre Câmara, o que sinaliza no sentido do fortalecimento e consequente afirmação da teoria. Confirmam-se algumas ementas:

DES. LUIZ FERNANDO DE CARVALHO – Julgamento: 13/04/2011 – TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA E DE INTERNET, ALÉM DE COBRANÇA INDEVIDA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO DA RÉ. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE UMA DAS EXCLUDENTES PREVISTAS NO ART. 14, §3º DO CDC. CARACTERIZAÇÃO DA PERDA DO TEMPO LIVRE. DANOS MORAIS FIXADOS PELA SENTENÇA DE ACORDO COM OS PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS IGUALMENTE CORRETOS. DESPROVIMENTO DO APELO.

DES. ALEXANDRE CAMARA – Julgamento: 03/11/2010 – SEGUNDA CÂMARA CÍVEL. Agravo Interno. Decisão monocrática em Apelação Cível que deu parcial provimento ao recurso do agravado. Direito do Consumidor. Demanda indenizatória. Seguro descontado de conta corrente sem autorização do correntista. Descontos indevidos. Cancelamento das cobranças que se impõe. Comprovação de inúmeras tentativas de resolução do problema, durante mais de três anos, sem que fosse solucionado. Falha na prestação do serviço. Perda do tempo livre. Dano moral configurado. Correto o valor da compensação fixado em R\$ 2.000,00. Juros moratórios a contar da citação. Aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do CPC, no percentual de 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa. Recurso desprovido (GUGLINSKI, 2012).

Em verdade, o que não se pode mais admitir é o covarde véu da indiferença mesquinha a ocultar milhares (ou milhões) de situações de dano, pela usurpação injusta do tempo livre, que se repetem, todos os dias, em nossa sociedade. Por outro

lado, não se pode negar que, por se tratar “a responsabilidade pela perda do tempo livre” ou pelo “desvio produtivo do consumidor” (DESSAUNE, 2011) de uma tese relativamente nova – ao menos se levarmos em conta o atual grau de penetração no âmbito das discussões acadêmicas, doutrinárias e jurisprudenciais –, impõe-se a todos nós uma mais detida reflexão acerca da sua importância compensatória e, sobretudo, a cerca da utilidade punitiva e pedagógica, à luz do princípio da função social.

Isso tudo porque o intolerável desperdício do nosso tempo livre, agressão típica da contemporaneidade, silenciosa e invisível, mata aos poucos, em lenta asfixia, valor dos mais caros para qualquer um de nós.

Referências

DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor – o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: RT, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Parte Geral: Volume 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Responsabilidade civil pela perda do tempo*. Editorial publicado no dia 25 de dezembro de 2012, disponível no:

<https://www.facebook.com/pablostolze/posts/399780266768827>

GUGLINSKI, Vitor Vilela. Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3237, 12 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21753>>. Acesso em: 25 dez. 2012

Análise da eficácia interna e externa produzida pelo princípio da função social nos contratos

Analysis of internal and external efficacy produced by the principle of social function in contracts

Daniela de Fátima Braga Porto

Aluna do 10º Período do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Patos de Minas, UNIPAM.

E-mail: danibraga_porto@hotmail.com

Morisa Martins Jajah

Mestre em Direito pela Universidade de Franca. Professora no Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: morisa@unipam.edu.br

Resumo: Atualmente, as pessoas possuem um grande poder de transformação devido ao desenvolvimento natural dos seres humanos. Assim, os indivíduos conseguem desenvolver tecnologias à “velocidade da luz”; interagem-se não só em micro regiões, mas conseguem burlar os limites territoriais e constituem uma sociedade realmente global; e também praticam as mais diversas atividades, tanto para benefício individual, como para o bem de uma coletividade. Porém, com essa mudança diária, o meio ambiente e o meio social ficam muito instáveis, e fazê-los permanecer fora do caos requer um olhar voltado para diretrizes que consigam nortear os entes sociais em seus atos. Estas diretrizes são os princípios, que atuam na vida de cada indivíduo e nas relações com os outros indivíduos da comunidade. Nessa linha de pensamento, o estudo mostrou que o princípio da função social é a salva-guarda do novo Direito. Este princípio consegue conceber todas as nuances necessárias para que haja um desenvolvimento social com responsabilidade.

Palavras-chave: Contrato. Função social. Eficácia. Meio ambiente. Princípios. Sociedade.

Abstract: Nowadays, people have great power of transformation due to the natural development of human beings. Therefore, individuals can develop technologies at the "speed of light"; interact not only in micro regions, but can exceed the territorial limits and are a truly global society; they also practice many different activities, both for individual benefit, as for the good of a collectivity. However, with this daily change, the environment and the social environment become very unstable, and to make them stay out of chaos requires an examination of guidelines that are able to orientate the social beings in their acts. These guidelines are the principles that operate in the life of every individual and in their relationships with other individuals in the community. With this in mind, this study showed that the Principle of the Social Function is to safeguard the new Law. This principle can conceive all the necessary nuances so there is a social development with responsibility.

Keywords: Contract. Social function. Effectiveness. Environment. Principles. Society.

1 Introdução

O princípio da função social está intimamente ligado à proteção dos bens mais preciosos que uma sociedade possui: o meio ambiente e as pessoas. São eles a razão de ser do surgimento deste princípio no Código Civil de 2002, lei que trouxe um enfoque totalmente inovador quando se trata do indivíduo integrado na sociedade.

A eficácia interna e a eficácia externa produzidas pelo princípio da função social estão completamente ligadas aos efeitos contratuais. Casos de contratos onde ainda perduram cláusulas leoninas ou que não observam a segurança e a dignidade do ser humano são passíveis de anulação, ou seja, estes contratos deixarão de ter eficácia perante suas partes. Porém, caso o erro seja concertado, não há que se falar em qualquer restrição contratual. Assim, no exemplo supracitado, a retirada das cláusulas leoninas torna o contrato firmado um instrumento perfeito de negócio entre as partes.

E quando não há esse respeito ao princípio da função social? Como este princípio age em uma relação contratual? E como foi o processo de desenvolvimento do contrato para que ele chegasse a ser tão importante como ele o é nos dias atuais? As respostas serão encontradas em cada parte desse trabalho, que foi elaborado através de pesquisas em importantes obras, clássicas ou não, mas que trazem ótimas definições sobre o princípio e o co-relacionam com sua efetividade social.

O objetivo do presente estudo é entender a aplicação do princípio da função social, nas relações contratuais realizadas, entendendo como a eficácia interna e externa dele atua nos contratos. A pesquisa científica foi desenvolvida utilizando o método dedutivo-bibliográfico, sendo realizada na biblioteca do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM, onde foram consultadas obras jurídicas nacionais, clássicas ou não, das áreas do Direito Civil e do Direito do Consumidor. E, como se trata de um tema atual, pesquisas jurisprudenciais foram feitas em sites de credibilidade.

Estudar princípios é repensar o Direito, é entendê-lo melhor. Uma sociedade poderia ser mais humana e mais igualitária se usasse mais regimentos principiológicos, ao invés de sempre bater nos mesmos ideias normativos. O Direito não deve ser entalhado em uma madeira e ficar sempre estagnado. Ele deve ser como a areia de uma praia: adaptável para receber todas as ondas, e firme para não deixar que elas se sobreponham a ele.

2 Análise da formação dos contratos durante a história da sociedade

Desde o surgimento da convivência social, o contrato já possui um lugar no meio das relações interpessoais. Como o mestre Theodoro Júnior (1993, p. 11) diz, “tão velho como a sociedade humana e tão necessário como a própria lei, o contrato se confunde com as origens do direito”.

A espécie humana deixou de ser nômade e começou a habitar em lugares fixos, formando aí famílias e depois tribos. Nesse estágio primitivo de barbárie, os homens se apropriavam de terras, abrigos, comida, enfim, de bens elementares para a sobrevivência, de forma violenta. A lei era praticamente inexistia e termos como “olho por olho, dente por dente”, ou seja, a lei de talião, existente no Código de Hammurabi, era um grande avanço para essa etapa da história humana. Porém, os homens

começaram a perceber que, se convivessem de forma pacífica, desenvolvendo suas potencialidades, conseguiriam sobreviver de forma melhor e por mais tempo.

Agora, cada família ajudava a outra. Plantavam, colhiam, caçavam e construíam juntos. E, caso uma família ou tribo não tivesse uma espécie de bem, poderiam trocar. Assim começa a atividade comercial de troca.

Posteriormente se extrairá o metal, que será cunhado e formará moedas, surgindo a compra e a venda de bens. Assim, ao invés da utilização de violência para conseguirem seus objetivos, os homens começaram a estabelecer acordos entre si, para que tivessem mais estabilidade nos negócios que estavam surgindo, tudo de acordo com o que almejavam.

O contrato como negócio jurídico bilateral, o qual depende de no mínimo duas declarações de vontade, surgiu no direito romano, como dispõe o professor Arnaldo Wald (2006, p. 186): “surgindo no direito romano, num clima de formalismo, de inspiração religiosa, o contrato se firmou, no direito canônico, assegurando a vontade humana a possibilidade de criar direitos e obrigações”.

O contrato, em sua concepção mais atual, é um acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinada a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

O mestre Arnaldo Wald, citado na obra de Gagliano e Pamplona Filho (2005, p. 1-2), aborda, com maestria, sobre o contrato:

poucos institutos sobreviveram por tanto tempo e se desenvolveram sob formas tão diversas quanto o contrato, que se adaptou a sociedades com estruturas e escala de valores tão distintas quanto às que existiam na Antiguidade, na Idade Média, no mundo capitalista e no próprio regime comunista.

A sociedade cresceu, se estabilizou e agora os contratos são a essência das relações comerciais. A professora Cláudia Lima Marques (2002, p. 38) posiciona o contrato da seguinte forma:

efetivamente, sem os contratos de troca econômica, especialmente os contratos de compra e venda, de empréstimo e de permuta, a sociedade atual de consumo não existiria como a conhecemos. O valor decisivo do contrato está, portanto, em ser o instrumento jurídico que possibilita e regulamenta o movimento de riquezas dentro da sociedade.

Muito acertada a definição da autora, pois o contrato é sim um agente estruturador da sociedade. Por diversos anos, o contrato foi tratado apenas como um ato em que uma parte entra em acordo com outra, para prestar alguma espécie de serviço, ou efetuar uma compra e venda. Hoje, ele o é muito mais. O contrato é um instrumento de modificação social. É tão presente no dia-a-dia das pessoas que é feito de forma natural, e, por diversas vezes, de forma informal. O contrato é a mais comum e a mais importante fonte de obrigação.

Os autores Gagliano e Pamplona Filho (2005, p. 54) também fazem uma interessante afirmação:

[...] o contrato é considerado não só como um instrumento de circulação de riquezas, mas, também, de desenvolvimento social. [...] Sem o contrato, a economia e a sociedade se estagnariam por completo, fazendo com que retornássemos a estágios menos evoluídos da civilização humana.

No que tange à maneira formal (escrita) de fazê-lo, o contrato é norteado por diversos princípios e normatizações, que lhe dão toda essa nuance de modificação social.

Nos contratos e demais negócios escritos, a análise do texto (interpretação objetiva) conduz, em regra, à descoberta da intenção dos pactuantes. Parte-se, portanto, da declaração escrita para se chegar à vontade dos contratantes (interpretação subjetiva), alvo principal da operação. (GONÇALVES, 2007, p. 41).

O entendimento na análise dos contratos preceitua que é mais relevante o que as partes entenderem do estabelecido em seu acordo, ou seja, a vontade delas, do que o que está escrito no contrato. Tudo isso, levando-se em conta a interpretação, sempre de acordo com a boa-fé objetiva, que é um princípio contratual.

A boa-fé objetiva está no art. 422 do Código Civil de 2002: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”.

Este princípio exige que as partes contratantes se comportem de forma correta, idônea, não só durante as preliminares de confecção do contrato, mas também durante a formação e o cumprimento do mesmo. O intérprete, na hora da análise do contrato, presume que as partes estão agindo com lealdade e o entendimento delas foi claro e suficiente.

Nessa linha de raciocínio, dispõe o art. 113, do Código Civil de 2002: “[...] os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

A boa-fé não produz efeitos somente entre seus partícipes. Ela é muito mais abrangente. E quando ela produz efeitos de forma universal, e não mais personalíssima, dá-se o nome de função social, que é mais um princípio contratual. Isso possibilita que terceiros que não são diretamente partes no contrato possam nele interferir, pelo fato dos efeitos contratuais estarem atingindo-os, seja de forma direta ou indireta.

Os atos civis possuem repercussão social, e o princípio da função social é o liame entre o que pode e o que não pode ser estabelecido dentro de uma relação contratual. Atos que prejudiquem as pessoas que compõem a sociedade, a sociedade em si e o meio ambiente que a constitui não podem ser acordados dentro de um contrato.

Dessa forma, através dos princípios contratuais, com foco no princípio da função social, os efeitos que produzem as partes componentes do contrato se autodisciplinam, conforme o que realmente querem que resulte da formação contratual.

3 Planos de existência, validade e eficácia aplicáveis ao contrato e seus elementos constitutivos

O contrato é uma espécie do negócio jurídico, uma espécie de vínculo entre dois ou mais sujeitos de direito, que é previsto no ordenamento jurídico, do qual surgem direitos e/ou obrigações para as partes.

O negócio jurídico pode ser analisado por três planos diversos: plano da existência, plano da validade e plano da eficácia.

O primeiro pressupõe uma causa previamente exposta para o surgimento do negócio jurídico, ele não pode existir do nada e deve obedecer a certos padrões normativos.

O segundo plano, que é o da validade, admite que o contrato não precisa ser perfeito para existir. Assim, a única exigência é o respeito aos pressupostos legais.

Por fim, o plano da eficácia dispõe que ainda que um negócio jurídico seja considerado válido, sendo assim perfeito, isto não quer dizer que produzirá imediatamente efeitos, pois eles podem ser limitados por elementos acidentais de declaração.

3.1 Elementos constitutivos do contrato no plano de existência

Para que um contrato exista, são necessários quatro elementos: manifestação de vontade, presença de um agente para manifestar essa vontade, objeto do contrato e uma forma de exteriorização deste contrato.

A manifestação de vontade consiste na intenção, no querer humano de efetivar o contrato. É imprescindível para a realização de um negócio jurídico que haja uma declaração de vontade que seja advinda de um processo mental cognitivo.

E para manifestar essa vontade, é necessário que exista um agente. Esse agente é uma pessoa, um ser humano que age livremente, sem ser coagido por nenhum agente exterior.

Já o objeto do contrato é a prestação consistente na relação obrigacional estabelecida. Ou seja, é a prestação de dar, fazer ou não fazer. É o bem da vida que percorre a tênue linha do negócio jurídico.

Por fim, a exteriorização do contrato é o patamar da existência do contrato acordado no plano concreto. É a forma de condução da vontade, por meio da escrita, da fala ou de gestos.

3.2 Pressupostos de validade do contrato

Os pressupostos de validade são os elementos constitutivos do contrato, só que com algo a mais.

A manifestação de vontade, primeiramente, tem que ser emanada de boa-fé e ser efetuada de forma livre. Assim, o contrato, ao ser exteriorizado, deve ser feito de forma pura, sem atos de desonestidade. E também não pode haver coação na hora dessa manifestação.

O agente do contrato deve ser capaz para manifestar sua vontade, sendo, assim, legítimo. Apesar de possuir capacidade plena, essa pode ser limitada, por razões de relevância social ou de ordem pública.

O objeto deve ser idôneo, lícito, possível, determinado ou determinável. Idôneo e lícito, de forma que não é proibido por nenhuma regra de direito ou de moral. Possível, tanto na forma física quanto jurídica. Determinado ou determinável, pois deve possuir elementos mínimos que possam caracterizar o negócio jurídico.

E a forma deve ser adequada para cada tipo de contrato, podendo ser prescrita por lei ou não defesa. A supressão da exteriorização da vontade impede a formação do negócio jurídico. Se a vontade do agente não alcançar o plano de comum entendimento e ficar encarcerada apenas em sua mente, isso não é interessante em nada para o direito.

3.3 Fatores eficaciais do contrato

O negócio jurídico se encontra devidamente constituído e válido. Agora ele tem que ser eficaz para produzir efeitos. E, para isso, são necessários três requisitos: termo, condição e modo.

O termo indica um evento futuro e certo. Assim, existe o termo inicial, que marca o começo da produção de efeitos, e o termo final, que os faz cessarem.

A condição é um evento futuro e incerto. Se ocorrer, pode dar início à produção de efeitos, condição suspensiva, ou fazê-los cessarem, que é a condição resolutiva.

Por último, o modo ou encargo é uma determinação que impõe ao beneficiário dos efeitos produzidos pelo contrato. Assim, deve antes de receber esse benefício cumprir um encargo.

4 Efeitos internos do princípio da função social

A função social do contrato está prevista no Código Civil de 2002 no artigo 421: “a liberdade de contratar será exercida em razão dos limites da função social do contrato”. Embora mencionado neste artigo, o princípio da função social não possui um conceito efetivamente feito pelo legislador. Assim, coube ao operador do Direito aplicá-lo, entendê-lo e conceituá-lo, conforme o que os ditames sociais permitem.

O contrato, ao ser celebrado, é um instrumento social e, dessa forma, produz suas consequências. As partes são o centro de interesses compostos por sujeitos que integram o vínculo contratual. Esse vínculo funciona como uma balança: nenhuma parte pode se beneficiar em demorado. Se tal fato ocorrer, a boa-fé estará sendo suprimida, fazendo com que haja intervenção nessa relação, como no caso de terceiros interessados.

É interessante ressaltar nesse caso o princípio da relatividade dos efeitos do negócio jurídico contratual, estigmatizado na obra de Maria Helena Diniz (2002). A autora afirma que o contrato não aproveita nem prejudica terceiros, vinculando exclusivamente as partes que nele intervieram: “O ato negocial deriva de acordo de vontade das partes, sendo lógico que apenas as vincule, não tendo eficácia em relação a terceiros, salvo exceções”.

Não poderia ser melhor o entendimento da mestra supracitada. O acordo de vontade das partes é mais forte até do que o que está escrito. O contrato é o interesse delas. É claro que há exceções, como bem dito pela autora. Exceções essas que brevemente serão expostas no presente trabalho.

O princípio da função social somente é aplicado quando, ao ser celebrado um contrato, e apesar de cumpridas todas as cláusulas contratuais, este veio a falhar, ocorrendo um problema que o torna inapto, tendo que ser revisto ou anulado.

Ao Código Civil de 1916 era mais interessante olhar somente os interesses individuais dos entes contratuais, visto que tal Código tinha como foco o homem. Com as inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, o foco mudou e agora o homem é inserido em um meio social, e é essa sociedade que prevalece. Assim, os valores coletivos têm maior relevância do que os individuais.

No caso concreto, o operador do Direito, ao se deparar com um contrato que deve ser revisto ou anulado, deve inserir toda situação em um contexto social, mesmo que os efeitos sejam só internos. Os efeitos podem ser internos agora e posteriormente afetarem terceiros interessados, como é o caso de herdeiros.

Ao falecer, a pessoa deixa bens, que serão aproveitados por aqueles que aqui ficaram. Dessa forma, quando era vivo, o indivíduo estabeleceu um contrato em conformidade com todos os preceitos legais, e os efeitos diretos que este contrato produziu eram os internos. Ao morrer, os efeitos alcançaram seus herdeiros, afetando partes que antes não constituíam a relação contratual. É essa a mudança de efeitos internos para efeitos internos e externos: um novo patamar de repercussão do contrato dentro do meio social.

5 Efeitos externos do princípio da função social do contrato perante a sociedade

O Código Civil de 2002 possui uma função muito mais socializante do que o que era proposto no Código Civil de 1916. Consoante a isso, Gagliano e Pamplona Filho (2005, p. 61) afirmam que

[...] a socialização da propriedade culminou por se refletir na seara contratual, fazendo com que o legislador deixasse de conceber o contrato apenas como um instrumento de manifestação privada de vontade, para tomá-lo como elemento socialmente agregador.

A função social é regida pelos princípios norteadores da ordem econômica, os quais são o respeito ao direito do consumidor, a função social da propriedade e o cuidado com o meio ambiente. O respeito a cada fator é a âncora que o direito necessita para ser bem aplicado no caso concreto.

Tanto isso ocorre que o artigo 421 do Código Civil de 2002 frisa: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Conforme a literalidade e a sistemática que deve existir na interpretação das normas jurídicas, este artigo pode ser analisado conforme segue.

Toda e qualquer atividade social não deverá ter sua finalidade no princípio da função social, mas sim esse princípio deve ser a razão de ser das atividades negociais. Antes de haver a atividade privada, deve haver a proteção ao meio social.

Há ainda que se analisar nesse artigo que os limites também são interpostos quando se trata da dignidade da pessoa humana, colocada anteriormente como a proteção ao consumidor. A dignificação da pessoa humana com o banimento de cláusulas leoninas, que ocorriam tanto nas mais diversas áreas cíveis, foi uma confirmação de que a pessoa e sua dignidade são mais importantes do que qualquer estipulação dentro de um contrato.

Um bom exemplo desta situação é dado por Gagliano e Pamplona Filho (2005, p. 62):

imagine-se, por exemplo, que se tenha pactuado um contrato de *engineering* (para a instalação de uma fábrica). Mesmo que o negócio pactuado seja formalmente perfeito (agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei etc.), se a legislação ambiental ou de segurança no trabalho, por exemplo, houver sido violada, tal avença não haverá respeitado a sua função social, não devendo ser cancelada pelo Poder Judiciário.

Nesse enfoque, conforme a visão do Direito do Consumidor, os contratos de adesão se apresentam com cláusulas pré-estabelecidas unilateralmente, sem que se possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito. Mesmo que na prática exista um poder de barganha, o caráter contratual do contrato de adesão não é descaracterizado. De acordo com a professora Cláudia Lima Marques (2002, p. 180), “[...] deve-se sim criar normas e uma disciplina específica adaptada às suas características especiais e que permita um controle efetivo da equidade contratual”.

A ressalva sobre esse fato citado pela autora fica por conta dos já citados mestres Gagliano e Pamplona Filho (2005, p. 55): “[...] devemos reconhecer que [...] o contrato de adesão, desde que concebido segundo o superior Princípio da Função Social [...] é um instrumento de contratação socialmente necessário e economicamente útil”.

O que é necessário impedir no caso dos contratos de adesão é o lucro demasiado de uma parte. Como já referido no presente trabalho, as partes devem agir entre si como uma balança. Uma parte não pode ficar mais pesada que a outra, isto de forma relevante. Caso essa situação perdure, o problema deixa de ser de um só em alguns casos e pode atingir um grupo ou mais dentro da coletividade. Há também uma preocupação quando esses contratos abusivos encontram direito de terceiros. A eficácia externa do princípio da função social se exterioriza nessas condições, impedindo-as.

Em certa época da história do Brasil, os coronéis obrigavam os lavradores a comprar os mantimentos de que necessitavam em um armazém instituído na própria fazenda onde também trabalhavam e moravam. Esses produtos eram vendidos a preços caros e a juros exorbitantes. Esse ato, evidentemente, era de má-fé e caracteriza extorsão, prejudicando um equilíbrio econômico dentro da sociedade ali existente.

Hoje, as instituições financeiras e as grandes empresas fazem o papel dos coronéis de outrora, pois oferecem ao mercado produtos e serviços, em sua maioria de

primeira necessidade, a pessoas de todas as idades, sem discutir a relação que ali estabelecem. Assim, apenas uma parte é beneficiada, ficando a outra a mercê do que os “cartéis econômicos” instituem para a formação do contrato. Os efeitos externos do contrato estão atuando de forma que a sociedade, em sua maioria, está sendo prejudicada, e muito. Como as instituições financeiras e as grandes empresas detêm o poder de colocar o que querem no contrato, cobram valores absurdos, o qual os demais pagam, pois necessitam dos serviços e produtos dos quais elas dispõem.

As pessoas, como seres livres que são, devem ter sua vontade protegida e, para se viver em comunidade, é necessário que regras sejam estabelecidas, senão a Era da barbárie e do caos tomará toda a sociedade, como no início da formação da humanidade.

6 O princípio da função social do contrato e a realidade jurídica

O princípio da função social por si só não encontra um conceito específico no ordenamento jurídico brasileiro, assim ele é um princípio jurídico de conteúdo indeterminado. A sua efetivação é sim importante, sendo aplicado no caso concreto para o bem comum.

O Código Civil de 1916, cujo projeto data de 1899, em nada menciona a função social, seja do contrato ou da propriedade, visto que a realidade social da época era de uma economia rudimentar, pós-libertação dos escravos, que ocorreu em 1888. A República também estava sendo formada. Dessa forma, como poderia se exigir um código que realmente se preocupasse com o social, se toda a estrutura política e econômica estava um caos?

Para se estabelecer um rápido crescimento econômico, o Código Civil de 1916 impôs uma vocação materialista, como dispõem Gagliano e Pamplona Filho (2005, p. 57):

[...] pouco afeito (o Código Civil de 1916) aos valores essenciais da pessoa humana, e imbuído cegamente do firme propósito de tutelar o crédito e a propriedade, mantendo ainda, a todo custo, a estabilidade da família casamentária, pouco importando a dignidade do devedor ou o reconhecimento do filho bastardo.

Como é perceptível, o código mencionado absorveu em excesso os valores individualistas tão característicos da sociedade da época. Com o passar dos anos, a sociedade brasileira se modificou, os brasileiros viveram os sacrificantes anos da ditadura, e logo após uma nova Constituição Brasileira foi elaborada. Esta sim foi inovadora e trouxe para o sistema jurídico brasileiro valores inerentes à pessoa humana e, além disso, trouxe os princípios norteadores, entre eles o princípio da função social.

Assim, agora, as legislações ordinárias deveriam ser integradas a essa nova realidade jurisdicional. Eis que surge o Código Civil de 2002, com elevados valores humanos e diversas exposições de princípios, como o da dignidade da pessoa humana, da boa-fé objetiva e da função social. O contrato, então, agora respeita esses nortes jurídicos.

O contrato, portanto, para poder ser chancelado pelo Poder Judiciário deve respeitar regras formais de validade jurídica, mas, sobretudo, normas superiores de cunho moral e social, que, por serem valoradas pelo ordenamento como inestimáveis, são de inegável exigibilidade jurídica. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2005, p. 50).

Nos dias atuais, os princípios são o que há de mais inovador no mundo jurídico. O Estado age de modo pretensioso e, quando a sociedade exige medidas mais eficientes, logo aprova medidas provisórias ou leis, brincando de trabalhar e não sendo nenhum pouco efetivo. Isto se transforma em uma baderna legislativa, o que, com certeza, poderia ser evitado.

A realidade da cultura brasileira, ao se falar sobre leis, poderia ser mudada. Leis não são efetivas, se não são respeitadas e postas em prática. Por isso que os princípios são aplicados de uma maneira melhor, visto que abrangem diversas searas, os mais diversos temas e diretrizes jurídicas.

A função social, por exemplo, pode ser aplicada como excludente das cláusulas contratuais que tirem a dignidade do devedor e também pode disciplinar a construção de uma empresa que mudará todo o meio ambiente de uma região.

Essa mudança não ocorre, é claro, de um dia para o outro. O acadêmico de Direito, o deputado, o professor, a criança que ainda está por vir e aquelas pessoas que ainda nem estão aqui são os agentes do futuro. São os juristas, os políticos, os economistas, enfim, os cidadãos que se depararão com esta triste realidade de leis em demasia e pouca eficácia.

Os princípios já estão sendo valorizados. E o mais importante, respeitados. Com certeza, é só uma questão de tempo para que virem, realmente, o patamar mais elevado a ser respeitado dentro do ordenamento jurisdicional.

7 Conclusão

A função social é um princípio muito importante dentro da normatividade brasileira e seu estudo, além de ser a base, é importante para o desenvolvimento responsável efetuado na sociedade.

O princípio da função social estará sempre relacionado com o princípio da boa-fé objetiva, quando se tratar da eficácia interna produzida por aquele. É necessário que as partes sejam leais entre si na formação contratual, mas esse contrato não pode prejudicar terceiros. O contrato, ao ser celebrado e mesmo após a sua celebração, deve, antes de qualquer interesse, respeitar o bem comum.

Caso não ocorra o respeito a este princípio, a lei agirá, invalidando o contrato e evitando, assim, que a sociedade se prejudique. Porém, se o defeito que entra em conflito com esse princípio for sanado, a relação contratual poderá seguir normalmente, pelo bem comum das partes e dos direitos de terceiros que possam surgir, como é o caso de herança.

Assim, como as próprias características do contrato numa formação contratual, o princípio da função social é um vetor: pode mudar substancialmente os objetivos

almejados pelas partes, caso ambas estejam de acordo, ou esse ato não for defeso em Lei.

Dessa forma, estudar e compreender os princípios é buscar o futuro, se integrando do Direito que ainda virá. O ordenamento jurídico brasileiro é um fiel seguidor dos princípios, e isto tende a ser cada vez mais forte. A lei é importante, porém a aplicação dos princípios é uma fonte social de desenvolvimento, em todas as áreas possíveis, visto que o mundo jurídico engloba a economia, a política, a cultura, enfim, a sociedade como um todo.

Referências

BRASIL. Código (2002). *Código Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3. 874 p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 4. t.1. 359 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3. 693 p.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2002. 1111 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*. Rio de Janeiro: AIDE, 1993. 216 p.

WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. São Paulo: Saraiva, 2006. 813 p.



JURISVOX
N. 14, VOL. 1, JUL. 2013
SEÇÃO ENSAIO JURÍDICO

A superlotação carcerária e a terceirização das penitenciárias públicas brasileiras

The overcrowding and outsourcing of Brazilian public prisons

Ada Cristina Ferreira

Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas.

E-mail: adacrisf@gmail.com

Resumo: Os meios de comunicação constantemente trazem à população informações sobre a precariedade que o nosso sistema prisional enfrenta nos dias atuais. Políticos digladiam sobre novas formas que poderiam solucionar o problema e trazer para o condenado, que tem sua liberdade cerceada, métodos mais eficazes de cumprimento de pena e ressocialização. Alguns doutrinadores apostam na terceirização das penitenciárias; mesmo com inúmeras críticas, eles sustentam que esse método de gestão garantirá ao condenado o respeito a sua integridade física e moral, além de dar à sociedade maior segurança no que tange ao retorno social desses indivíduos.

Palavras-Chave: Sistema Prisional. Terceirização. Condenado.

Abstract: The means of communication have always brought to the population some information about the precariousness that our prison system faces nowadays. Politicians quarrel about new forms that could solve the problem as well as bring to the condemned, who has his liberty cut short, some more efficacious methods of sentence compliance and forms of socialization. Some doctrines believe in the outsourcing of prisons; in spite of so many critics, they say that this method of management will guarantee to the condemned the respect to his moral and physical integrity, besides offering to society more security in what concerns the social return of these individuals.

Keywords: Prison system. Outsourcing. Condemned.

1 Introdução

Paralelamente aos ícones de certo e errado que estigmatizam alguém como desejável ou não para a sociedade, acrescenta-se outro símbolo que é bastante comum para aqueles que não seguem aquilo que lhes é imposto pela ordem social, a segregação. Dentro deste contexto, a disseminação ética imposta pela sociedade contemporânea equivale a um acordo entre os indivíduos para que estes não possam trair aqueles padrões impostos. Dessa forma, somos determinados a punir aqueles que não se encaixam dentro dessa ordem.

As políticas de encarceramento em massa reproduzem uma série de violências, e lugar onde primariamente era uma “fábrica de moldar pessoas” se torna assustadoramente um lugar de agonia e de condições suplicantes. Nos presídios públicos brasileiros a punição não obtém seu propósito. Juntamente com este fato, a

violência e o crime organizado só tendem a aumentar a cada dia, fazendo com que os presídios fiquem absolutamente lotados. O Estado deve buscar urgentes métodos que possam conter a criminalidade ou aplicar medidas eficazes de reinserção para aqueles que estão encarcerados.

2 Breve Histórico sobre o surgimento das Penitenciárias

Desde os primórdios, o homem vive em sociedade e em razão de seu instinto surgem conflitos que muitas vezes merecem sanções punitivas que são aplicadas como meio de coerção para que não voltem à prática de tal conduta.

A pena de prisão teve sua origem na Idade Média, em algum período entre os séc. V e séc. XV, especificamente nos mosteiros. A prisão era a punição imposta aos monges ou clérigos que tinha condutas desviadas dos preceitos impostos, eram obrigados a se recolherem às celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e se arrependem da falta cometida, reconciliando-se com Deus.

Dentre os anos de 1728 a 1686 a.C., vigorou em Babilônia o Código de Hammurabi, a famosa pena de Talião “olho por olho, dente por dente, pé por pé”. Os hebreus acreditavam que, se um indivíduo perdesse um dedo, significava que eles iriam cobrar do inimigo cortando-lhe o dedo; se perdesse um olho, fariam o mesmo ao inimigo.

Os sistemas penitenciários são divididos evolutivamente em Pensilvânico, Auburniano e Progressivo. No sistema Pensilvânico (1681), vigorava a pena de morte nos crimes de homicídio, castigos físicos e trabalhos forçados. Em 1786, os prisioneiros passaram a ser tratados de forma diferente em razão das ideias iluministas, eram apenas encarcerados e faziam abstinência e orações. O sistema Arbuniano surge em 1816, com a construção da prisão Arburn, na Pensilvânia, daí a nomenclatura do sistema. Nesse sistema, os detentos eram divididos em celas por categorias de delitos, os detentos que cometiam delitos de maior gravidade eram isolados durante o período noturno dos demais presos. O sistema Progressivo surge no fim do século XIX, quando as primeiras mudanças foram sentidas, em Norfolk, Austrália. Neste sistema era observada a boa conduta do condenado, somada ao trabalho que prestava concomitantemente à proporcionalidade da gravidade do delito. Então, o condenado necessitava de certo número de marcas para obter a sua liberdade, ou seja, o seu trabalho e sua boa conduta contavam como se fossem pontos para obter sua liberdade, sendo que essas marcas eram contadas sempre de acordo com a gravidade do delito.

No Brasil, a primeira menção sobre a prisão surgiu no livro V das Ordenações das Filipinas do Reino, no período colonial. Conforme a Ordenação,

a pena era aplicada aos alcoviteiros, culpados de ferimentos por arma de fogo, duelo, entrada violenta ou tentativa de entrada em casa alheia, resistência a

ordens judiciais, falsificação de documentos, contrabando de pedras e metais preciosos.¹⁷

Posteriormente, em 1808, com o anseio da sociedade por mudanças no sistema, a primeira prisão foi mencionada na Carta Régia, em 1769, que exigia a construção de uma casa de correção na cidade do Rio de Janeiro. Com a casa de correção, as penas eram impostas aos indivíduos autores de delitos, como contrabando de pedras, resistências a ordens judiciais, duelos e outros delitos.

Em 1824, os legisladores começam a questionar sobre a forma como os detentos eram tratados nas prisões brasileiras. A Constituição de 1824, no artigo 179, discorre que as prisões deveriam ser limpas, seguras e arejadas. No século XIX, com o aumento da população brasileira e com a homogeneidade das culturas, o sistema penitenciário, que já demonstrava deficiente em certos aspectos, torna-se caótico. Sistema este que atravessa o século e atualmente deságua em uma onda de perplexidade unido ao clamor social por reformas que pudessem trazer à população e ao condenado a observância de preceitos legais hoje estabelecidos em nossa Carta Maior.

Após a lapidação do Estado com a democracia social e as relações daquele com a sociedade, o país fomenta em um turbilhão de opiniões que divergem sobre o que fazer com a criminalidade e como socializar o indivíduo que incorreu na prática de algum delito.

3 Sistema Carcerário na ótica Constitucional

O artigo 5º XLIX da nobre Constituição Federal traz o seguinte dispositivo: “*é assegurado aos presos o respeito a integridade física e moral*”, significando que os segregados são constitucionalmente protegidos pelo Estado, devendo este mantê-los aprisionados para que não voltem ao estágio anterior, mas na realidade social isso parece ser utópico. Atualmente, há inúmeras reflexões sobre o caráter socializador do sistema prisional brasileiro. Quem praticou um crime deverá pagar por ele, mas o pagamento deverá ser de maneira justa, observando seus direitos fundamentais ora consagrados. O sistema prisional nos moldes adotados pelo Estado hoje não está em condições de atender à verdadeira finalidade da pena, que é punir, socializar e prevenir. Além disso, pela falta de políticas eficazes de execução penal, os condenados enfrentam o desestímulo e retornam à vida social sem a devida recuperação.

Segundo dados apresentados pela ONU (Organização das Nações Unidas), o Brasil ocupa o 3º lugar no ranking da taxa de homicídios da América do Sul¹⁸. A taxa

¹⁷ PEDROSO, Regina Célia. Utopias penitenciárias projetos jurídicos e realidade carcerária no Brasil. *Rev. Hist.*, São Paulo, n. 136, jul. 1997. Disponível em <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003483091997000100009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 31 out. de 2011.

¹⁸ DIZ ONU. Brasil tem 3ª maior taxa de homicídios da América do Sul. *G1*, São Paulo, 06 out.2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/10/brasil-tem-3-maior-taxa-de-homicidios-da-america-do-sul-diz-onu.html>>. Acesso em: 08 out. 2011.

brasileira está em 22,7 homicídios por 100 mil habitantes, e, como se não bastasse, de acordo com o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), o Brasil ocupa a 3º posição entre países com maior população carcerária do mundo, com 494.598 presos, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China¹⁹. Esse número alarmante, concomitantemente com a caótica estrutura prisional, deixa claro que medidas imediatas devem ser tomadas. O problema que afeta a sociedade e principalmente a população carcerária deve ser motivo de reflexões e debates, como ilustra a frase célebre do respeitado ex-presidente da África do Sul Nelson Mandela.

Costuma-se dizer que ninguém conhece verdadeiramente uma nação até que tenha estado dentro de suas prisões. Uma nação não deve ser julgada pelo modo como trata seus cidadãos mais elevados, mas sim pelo modo como trata seus cidadãos mais baixos.²⁰

Na atualidade, o Estado garante a dignidade da pessoa humana combinada com a integridade física e moral do preso. Em contrapartida, apresenta um sistema prisional falho, em que o preso é submetido a uma espécie de penalidade dupla, pois, além de ter sido condenado a uma pena de detenção, ele é submetido a vários tipos de tratamento que violam seus preceitos constitucionais, como superlotação nas celas, insalubridade, falta de higiene, entre outras.

A visão geral que se tem sobre as penitenciárias brasileiras pode ser comparada com a visão do crítico Foucault:

Os tratamentos destinados aos reclusos cria uma rede de violações e de situações de conflito que ampliam a situação de marginalidade do prisioneiro, desumanizando-o, tornando-o marcado pelo passado de crimes, e a prisão passa a ser vista como a “habitação do crime”, lugar de criminosos, de pessoas inferiorizadas.²¹

Portanto, fica o questionamento: é possível ressocializar o indivíduo para que ele volte ao convívio em sociedade? Com esse sistema prisional hoje adotado, dificilmente isso ocorrerá.

4 Terceirização das Penitenciárias como um Método a ser Aplicado no País

No dia 30 de dezembro de 2004, o então Presidente Luís Inácio Lula da Silva sancionou a lei 11.079/2004, que cria a parceria público-privada, conceituada em seu artigo 1º, parágrafo único, como

¹⁹ BRAGA, Marina. Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo. *CNJ*. Setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/9874-brasil-tem-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo>>. Acesso em: 29 out.2011.

²⁰ MANDELA, Nelson. *Long Walk to Freedom*, Little Brown. Londres: 1994,p. 27.

²¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir, história da violência nas prisões*. Petrópolis. Editora Vozes, 1977, p. 277.

[...] contratos de colaboração entre o Estado e o particular por meio dos quais, nos termos estabelecidos em cada caso, o ente privado participa da implantação e do desenvolvimento de obra, serviço ou empreendimento público, bem como da exploração e da gestão das atividades deles decorrentes, cabendo-lhe contribuir com recursos financeiros, materiais e humanos e sendo remunerado segundo o seu desempenho na execução das atividades contratadas.

Ainda sobre o tema, a saudosa jurista Maria Sylvia Zanella di Pietro profere que a terceirização é a “contratação por determinada empresa, de serviços de terceiros para o desempenho de atividade-meio”²². Nesta mesma corrente, dispõe positivamente o Tribunal Regional Trabalho do Ceará:

RECURSO ORDINÁRIO: RO 380006120055070006 CE 0038000-6120055070006 PRESÍDIOS.TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-MEIO-LEGALIDADE. É possível a transferência da administração das prisões sem que isto implique a retirada da função jurisdicional e punitiva do Estado, a qual é indelegável. Nesse sistema a iniciativa privada se encarrega apenas da execução das atividades-meio como fornecimento de alimentação, vestuário, limpeza etc.²³

Sobre este tema muito se tem discutido, tanto em seus aspectos positivos quanto em seus aspectos negativos, apontando se poderia essa lei ser aplicada no sistema prisional brasileiro. Argumenta-se se seria inconstitucional a contratação de empresa privada para aplicação da pena nos condenados. Nessa mesma linha, os juristas asseveram que a lei não proíbe explicitamente a terceirização e, deste modo, os entendimentos são diversos. Araújo Junior dispõe que

[...] o objetivo da administração penitenciária é combater a criminalidade e não obter lucros; ora, as empresas que desejam participar da administração visam lucros e retirar esse lucro da própria existência da criminalidade; logo, tais empresas, que tem interesses em manter seus lucros, não irão lutar contra a criminalidade... e se não tem interesse não devem administrar prisões.²⁴

Contanto, o raciocínio do nobre jurista apresenta um pequeno deslize, afinal, pelos princípios que regem a administração pública, o Estado deve observar para a

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 187.

²³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Região, 7. Presídios. Terceirização. Atividade-meio-legalidade. RO 380006120055070006 CE 0038000-6120055070006. Relator: ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO. Ceará, 02 de setembro de 2008. Publicação em 29/09/2008 DOJTe 7ª Região. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16856154/recurso-ordinario-ro-380006120055070006-ce-0038000-6120055070006-trt-7>>. *Jus Brasil – Jurisprudência*. Acesso em: 25 out. 2011.

²⁴ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. *Privatização das prisões*. São Paulo: Revista os Tribunais, 1995, p. 53.

contratação de serviços princípios como boa fé, moralidade, eficiência. Se assim fosse, as empresas contratadas pelas licitações não poderiam prestar serviços públicos.

O sistema de terceirização é um modelo adotado nos países americanos e franceses, entre outros. A parceria pública-privada faz com que as penitenciárias adotem um sistema tecnológico avançado de proteção, como, circuito interno de câmeras, fibras óticas internas com alarmes para evitar que os presos cavem túneis nas celas, etc. Nos presídios ingleses, além dos monitoramentos com câmeras, as celas abrigam apenas dois detentos, e os primários jamais ficam nas celas onde há reincidente. No Brasil, a legislação dispõe de leis que garantem a salubridade, higiene e segurança do preso, como a lei 7210/84 (Lei de execuções penais), que dispõe o seguinte:

Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

§ 1º O preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes.

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

Ainda a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969)²⁵, tratado do qual o Brasil faz parte, discorre o seguinte:

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

É de clareza solar que políticas como essa não são seguidas pelo Estado. A realidade hoje existente é de presos morrendo em celas por falta de segurança, por doenças transmissíveis, um verdadeiro descaso à pessoa humana. É imprescindível um controle penal necessário e útil, tendo como baliza a proteção dos direitos individuais e bens jurídicos essenciais.

²⁵ BRASIL. Decreto 678/92, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). *Tratado Internacional – PGE*, Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 31 out de 2011.

Por outro lado, saindo da perspectiva social e observando a dignidade do preso, essa modalidade de manutenção dos presídios poderia dar ao preso a observância dos preceitos fundamentais ora consagrados, assim como apoio à integridade física e moral. A punição deve existir, mas sempre observando a proporcionalidade ao crime cometido, sempre respeitando os limites do poder do Estado.

Porém, para que o sistema seja implantado, deverá antes ser tema de grandes debates políticos e sociais. O fato de ser a prisão hoje considerada como “*depósito de criminosos*” faz com que as rupturas com o sistema atual tragam à sociedade certa indiferença ao tema, pois, para ela, o indivíduo que está naquelas situações de desprezo e lamúria sofre pelas consequências advindas de sua conduta antissocial, devendo pagar pelo que fez. Não é necessário grande esforço para perceber que atualmente a realidade brasileira é de que pessoas que nem foram condenadas vão para a cadeia e dividem celas com estupradores, homicidas, facções que operam dentro das celas, além de conviverem rotineiramente em celas com pessoas amontoadas, e sem o mínimo de higiene. Os bolsões de violência, principalmente em grandes centros urbanos, se propagam quase a velocidade da luz, e a maioria das pessoas não se dão conta de que o comportamento daqueles indivíduos é a escória de todas as sociedades que antecederam, sociedades criminosas, capitalistas e que promovem a desmoralização e desumanização do condenado. Ribeiro, citado na obra de Pedro Scuro Neto, dispõe o seguinte:

Todos nós brasileiros, somos carne da carne [dos] pretos e índios suplicados. Todos nós brasileiros somos, por igual, a mão possessa que os suplicou. A doçura mais terna e crueldade mais atroz aqui se conjugaram para fazer de nós gente sentida e sofrida que somos e a gente insensível e brutal, que também somos. (...) a mais terrível de nossas heranças é esta de levar sempre conosco a cicatriz de torturados impressa na alma e pronta a explodir na brutalidade racista e classista.²⁶

5 Benefícios da Terceirização

Para que a terceirização seja aplicada em todo o sistema prisional brasileiro, faz-se necessária a participação de toda a sociedade. É importante discutir como o indivíduo será socializado e devolvido à sociedade, pois, com a submissão do indivíduo no sistema, a aplicação da pena será conforme estabelecido na legislação. A segurança prisional será mais intensa, deixando as pessoas que são vizinhas de penitenciárias mais seguras, sem medo de rebeliões ou fugas.

Veja que a Constituição Federal prevê em seu artigo 24, inciso I, que é competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal legislar sobre direito penitenciário. Assim, muitos Estados brasileiros vêm adotando essa medida como forma positiva de reinserção do condenado a vida social, como Bahia, com o

²⁶ NETO, Pedro Scuro. *Sociologia Geral e Jurídica: introdução ao direito, instituições jurídicas, evolução e controle social*. 7 ed. São Paulo: Saraiva 2010. p. 194.

complexo Penal de Valença, Joinville (SC) e a Penitenciária de Guarapuava no Estado do Paraná, esta que foi pioneira no sistema, construída em 1999. Essas parcerias fazem com que os índices de reincidência, motins e rebeliões sejam menores, além de fazerem com que o detento volte à vida social mais humanizado.

Em um país onde a pena de prisão é a mais aplicada, em que a todo momento surgem novos tipos penais, surge a ideia de que quanto mais crimes, mais presos; e quanto mais presos, mais fracassado fica nosso sistema prisional. Nas palavras de Tarcisio,

a idéia que se difunde é que devemos construir mais cadeias e penitenciárias como solução para o problema carcerário, faz-nos perceber sem maior esforço que não podemos construir prisões indefinidamente, à medida que aumenta a criminalidade, pois na projeção dos números será menos oneroso construir cidades para os não criminosos [...].²⁷

A sociedade segue para uma verdadeira ebulição quando o assunto é sistema penitenciário brasileiro. O deputado federal Talmir Rodrigues (PV), sobrelator da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da superlotação do sistema carcerário, admite que a superlotação é preocupante e afirma que, em média, o excedente populacional nas unidades prisionais do Brasil é de 30%, ou seja, o número regional (35,7%) está acima da média nacional. Ele afirma que uma das principais preocupações é referente à saúde dos detentos, dos agentes penitenciários e de todas as pessoas vinculadas ao sistema prisional de forma direta. O fato é que, sem dúvida, o sistema é um fracasso no que tange à recuperação do condenado e a sua socialização. A terceirização tem como objetivo principal devolver esse encarcerado, que está estigmatizado pelo que fez, recuperado para a sociedade. De acordo com levantamentos do Departamento Penitenciário de Guarapuava, do Estado do Paraná, onde o sistema é terceirizado, a reincidência chega a ser ínfima. Veja: “O resultado é um modelo que vem chamando a atenção do país por índices significativos como a baixa reincidência – 6%, enquanto em outras penitenciárias brasileiras, o número gira em torno de 70%.²⁸

A terceirização seguirá o que dispõe para a contratação através da licitação, conforme o artigo 60 da lei 8666/93. O Estado, dessa maneira, repassará o capital para a empresa terceirizada, e esta o empregará no monitoramento, alimentação, construção de presídios, se necessário, e assistência básica. O poder público não deixará à mercê todo o poder gerencial no amparo de empresas privadas, mas, juntamente com o poder executivo e judiciário, terá o controle da gestão do sistema.

Expõe sua opinião o jurista Luiz Flávio Gomes em entrevista para a revista eletrônica Datavenia (março de 2002):

²⁷ HENRIQUE, Tarcisio Humberto Parreira. Um censo Atrás de Consenso, in: *Censo criminológico*. Belo Horizonte: Editora Dey Rey, 1998, p. 13.

²⁸ CORREA, Carlos. Empresa administra presídio Modelo. *Polícia e Segurança Pública*. Rio Grande do Sul, fev. 2002. Disponível em: <http://policiaeseguranca.com.br/empresa.htm>. Acesso em 25 fev. 2011.

Sou contrário a uma privatização total e absoluta dos presídios. Mas, temos duas experiências no país de terceirização, terceirizou-se apenas alguns setores, algumas tarefas. Essas experiências foram no Paraná e no Ceará, experiências muito positivas. Terceirizaram os serviços de segurança, alimentação, trabalho, etc. Há uma empresa cuidando da alimentação de todos, dando trabalho e remunerando nesses presídios, que possuem cerca de 250 presos cada um. O preso está se sentindo mais humano, está fazendo pecúlio, mandando para a família e então está se sentindo útil, humano. Óbvio que este é o caminho. Sou favorável à terceirização dos presídios.²⁹

Em especial, merece comentários a Penitenciária do Estado do Paraná, que foi a primeira a experimentar a gestão compartilhada, em 12 de novembro 1999. Seu principal objetivo é a ressocialização do indivíduo, e uma das maneiras encontradas é proporcionar-lhe trabalho na própria penitenciária, viabilizando sua profissionalização e, em contrapartida, a chance de redução da pena (remissão). O indivíduo é encaminhado para lá após passar por uma entrevista com psicólogos. Na conversa, são avaliados aspectos como o impacto para o condenado e para sua família de sua ida para a prisão e as chances que ele tem de se adequar à rotina da penitenciária. “Buscamos os detentos que tenham o perfil de quem queira se reabilitar. Fazemos 50% do trabalho, os outros 50% dependem dele”, explica o vice-diretor da PIG, Arnoldo Paes³⁰.

A empresa concessionária do serviço no Estado denomina-se HUMANITAS (Administração Prisional S/C). O governo é o responsável pela nomeação do diretor e do vice-diretor de disciplina, estes que são encarregados de supervisionar a qualidade do trabalho desenvolvido pela empresa e a observância do cumprimento da lei de execuções penais. Segundo dados da Penitenciária Industrial de Guarapuava, a unidade foi construída com recursos dos Governos Federal e Estadual, com custo total de R\$ 5.323.360,00, sendo 80% provenientes de Convênio com o Ministério da Justiça e 20% do Estado. Todos recebem remuneração (75% do salário-mínimo) e o benefício da remição de pena (1 dia remido a cada 3 dias trabalhados). Os canteiros de trabalho funcionam em 3 turnos de 6 horas, possibilitando que todo o tratamento penal (atendimento jurídico, psicológico, médico, serviço social, odontológico, escola, atividade recreativa) seja executado no horário em que o interno não está trabalhando.³¹

²⁹ DIREITO PÚBLICO EM PAUTA. *Datavenia entrevistas*, março de 2002. Disponível em: <http://www.datavenia.net/entrevistas/000112032002.htm>. Acesso em 25 fev. 2011.

³⁰ CORREA, Carlos. *Empresa administra presídio Modelo*. Ob. Cit.

³¹ DEPEN- Departamento Penitenciário do Estado do Paraná. *Penitenciária Industrial de Guarapuava*, 2004. Disponível em: <http://www.depen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=36>. Acesso: 09 out. de 2011.

Outra penitenciária que deve ser também objeto de análise é o complexo Penitenciário de Joinville (SC). Lá os detentos trabalham e um quarto de seu salário é para melhorar as instalações do estabelecimento. De acordo com Shelp³², a empresa constrói o presídio a custo zero e a obra é ressarcida aos poucos à iniciativa privada, diluído nas mensalidades que o Estado paga pelo serviço de gestão do presídio.

Uma das vantagens que se tem com essa gestão é que os prejuízos causados por uma rebelião, por exemplo, são pagos pela empresa, e em casos de corrupção entre os funcionários, o sistema prevê a demissão imediata desses agentes, processo este que é demorado nas penitenciárias públicas.

A crueldade com a qual se tratam os presos brasileiros e a falta de regulamentação de normas capazes de atender o anseio de pessoas que estão sujeitas à reprimenda populacional e estatal acarretam para a sociedade uma sobrecarga de insegurança e descrédito. A prisão em seu todo é incompatível com toda essa técnica de pena- efeito, da pena- representação, da pena- função geral, da pena- sinal e discurso. Ela é a escuridão, a violência e a suspeita³³. Carvalho Filho assevera que

as prisões brasileiras são insalubres, corrompidas, esquecidas. A maioria de seus habitantes não exerce o direito de defesa. Milhares de condenados cumprem pena em locais impróprios. O relatório da Caravana de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados por diversos presídios do País, divulgado em setembro de 2000, aponta um quadro “fora de lei”, trágico e vergonhoso, que invariavelmente atinge gente pobre, jovem e semialfabetizada”³⁴.

Infelizmente é assim que nosso sistema prisional é visto pelos brasileiros e pelos países lá fora, com indivíduos estigmatizados pela violência, pela falta de salubridade e pela corrupção.

6 Conclusão

Diante de cenas que envergonham toda a nação perante o mundo, hoje deixa provado que o sistema penitenciário necessita de rápidas mudanças e, em uma breve análise, a terceirização se mostra factível. A Constituição Federal, a Lei de Execuções Penais e os Tratados Internacionais elencaram direitos que deveriam ser atendidos pelo Estado, mas, com o crescimento da criminalidade, muitas vezes esses direitos essenciais ficam esquecidos. Observa-se, então, que o Estado por si só não consegue ser eficiente em alcançar o principal objetivo da pena, que é socializar o indivíduo, sendo necessário procurar meios urgentes para alcançar tal finalidade. O assunto

³² SCHELP, Diogo. Nem Parece Presídio. *Veja*, Segurança. São Paulo, p. 85 -87, Fev. 2009, p. 85

³³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 27 ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 95.

³⁴ CARVALHO FILHO, Luís Francisco. *A prisão*. São Paulo: PubliFolha, 2002, p. 10 (Coleção Folha Explica).

remete a uma discussão crítica, observando a razoabilidade e o bom senso. A legislação que hoje rege o sistema de cárcere é falida e medíocre, é preciso maior envolvimento da sociedade com os problemas que o país enfrenta, sobretudo, aquelas pessoas que se desviaram da lei, pois estes merecem uma porcentagem de dignidade e humanização. E como dizia o respeitado filósofo Immanuel Kant, “*as coisas têm preço e as pessoas têm dignidade*”.

Referências

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. *Privatização das prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BOREKI, Vinicius. *Vida e cidadania, PPPs: presídios públicos privados?* Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=973662&tit=PPPs--Presidios-Publicos-ou-Privados>>. Acesso em: 01 mar. 2011.

BRAGA, Marina. Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo. *CNJ*. Setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/9874-brasil-tem-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo>>. Acesso em 20 out. 2011.

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

BRASIL. Decreto 678/92, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). *Tratado Internacional - PGE*, Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 31 out 2011.

BRASIL. Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 31 out de 2011.

BRASIL. Lei 7210/84, de 11 de julho de 1984. Institui a lei de execução penal. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 13 de set. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 31 out de 2011.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. *A prisão*. Coleção Folha Explica. São Paulo: PubliFolha, 2002.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Endurecimento de penas se mostra, sempre, frustração*. Consulex, São Paulo, 06 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.consulex.com.br/news.asp?id=6204>>. Acesso em 09 mar. 2011.

DEPARTAMENTO Penitenciário do Estado do Paraná – DEPEN. Penitenciária Industrial de Guarapuava – FIG. Disponível em:

<<http://www.depen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=36>>.

Acesso em 10 out. 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. São Paulo: Atlas, 2002, p.174.

DIREITO PÚBLICO EM PAUTA. *Datavenia entrevistas*, março de 2002. Disponível em:

<<http://www.datavenia.net/entrevistas/000112032002.htm>>. Acesso em 25 fev. 2011.

DIZ ONU. Brasil tem 3ª maior taxa de homicídios da América do Sul. *G1*, São Paulo, 06 out.2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/10/brasil-tem-3-maior-taxa-de-homicidios-da-america-do-sul-diz-onu.html>>. Acesso em: 08 out. 2011.

FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir: historia de violência nas prisões*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1977.

HENRIQUE, Tarcisio Humberto Parreira. Um censo Atrás de Consenso. In: *Censo criminológico*. Belo Horizonte: Editora Dey Rey, 1998.

JUS NAVEGANDI: a partir de um estudo de uma penitenciária do Ceará. *A terceirização de presídios*, Janeiro de 2005. Disponível em:<<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6541/a-terceirizacao-de-presidios-a-partir-do-estudo-de-uma-penitenciaria-do-ceara>>. Acesso em: 25 fev. 2011.

MANDELA, Nelson. *Long Walk to Freedom*. Londres: Little Brown and Co., 1994.

MATTOS, João da Silva. *Reforma penitenciária: passado e presente*. Lisboa: Sousa Neves, 1885.

NETO, Pedro Scuro. *Sociologia geral e jurídica: introdução ao direito, instituições jurídicas, evolução e controle social*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. 14 ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.

SCHERP, Diogo. Nem Parece Presídio. *Veja*, Segurança. São Paulo, p. 85 -87, fev. 2009.

TOURINHO, Rita. A terceirização do sistema carcerário no Brasil. *Rede*. Salvador, julho, agosto, setembro. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-11-JULHO-2007-RITA%20TOURINHO.pdf>. Acesso em : 28 fev. 2011.

A análise crítica da união estável putativa segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

A critical analysis of putative stable union according to the jurisprudence of the Superior Court of Justice

Pauliane de Fátima Oliveira

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas – MG (UNIPAM), participante do Programa de Iniciação Científica (PIBIC) do Centro Universitário de Patos de Minas – MG (UNIPAM), estagiária de Direito no Escritório Mírian Gontijo e Advogados Associados de Patos de Minas – MG.

e-mail: paulianefoliveira@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho objetiva analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito à união estável putativa, enquanto sociedade de fato, para identificar possíveis inconsistências jurídicas quanto ao atual entendimento da Corte. O método utilizado para a pesquisa é o dedutivo-bibliográfico, tendo sido feita análise da legislação nacional, da doutrina cível e constitucional e, principalmente, da jurisprudencial. Os doutos desembargadores do STJ têm entendido que a união estável putativa não deve ser tutelada pelo Direito de Família, merecendo ser tratada como simples organização com objetivo único de atingir determinado propósito, como, por exemplo, adquirir patrimônio. Em face da união estável putativa e tantas novas formas de união familiar existentes, verifica-se a (in) viabilidade de aplicação no caso concreto dos princípios do Direito Civil e Constitucional. Aborda-se, também, a (im)possibilidade de reconhecimento pelo Direito de Família da convivente que somente era putativa quando do início da união estável.

Palavras-chave: União Estável Putativa. Entidades familiares concomitantes. Princípios de Direito Civil e Constitucional.

Abstract: The present aims at analyzing the jurisprudence of the Superior Court of Justice in what concerns the putative common-law marriage, while society in fact, to identify possible juridical inconsistencies by the present understanding of the Court. The method used for the research is the deductive-bibliographic, and we have made an analysis of the national law, of the constitutional and civil doctrine, and especially of the jurisprudence. The learned chief judges of the Superior Court have understood that the putative common-law marriage should not be tutored by the Family Law, and it must be treated as a simple organization with the objective to achieve a certain proposal, such as acquiring patrimony. Considering the putative common-law marriage and many other forms of existing family union, one verifies the viability of application in the concrete cases of the principles of Civil and Constitutional Law. We should also approach the (im)possibility of recognition by the Family Law of the companion who was only putative in the beginning of the common-law marriage.

Keywords: Putative common-law marriage. Concomitant family entities. Principles of Civil and Constitutional Law.

1 Introdução

A vida a cada dia se reinventa, se reelabora e acompanhada por ela está a realidade social que, em consequência, muda constantemente. Nestas mudanças, papel primordial é o do ser humano, que ontem pensava e agia de uma maneira e hoje já possui novos pensamentos e novas atitudes.

Tais mudanças geram transtornos para os indivíduos, pois a realidade jurídica nem sempre consegue acompanhar as mudanças sociais ocorridas. Nesse aspecto, a nova realidade pode ser comum no meio social e, entretanto, não ter aceitabilidade no mundo jurídico. Assim, em razão da norma legislativa nem sempre regular os novos contextos de fatos sociais, muitos se verão sem a tutela jurídica específica.

Deste modo, pretende este trabalho verificar qual o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, no que tange à união estável putativa, tendo em vista que tal instituto não possui legislação específica.

Será realizada uma análise crítica, verificando quais as justificativas adotadas pelo Excelso Tribunal e se elas condizem com a realidade social. Após compreensão do tema, necessário será que se discorra sobre a atuação do Poder Judiciário para tentar resolver as lides existentes.

Assim, a presente pesquisa, além de analisar criticamente a união estável putativa, faz uma abordagem sobre as novas entidades familiares existentes no Direito de Família e a necessidade de aplicação dos princípios do Direito Civil e Constitucional que são inerentes a esta nova realidade.

Importa salientar que foi base para a estruturação do trabalho, de pesquisa dedutivo-bibliográfica, o estudo crítico da doutrina cível e constitucional, a obtenção e análise da legislação nacional pertinente, pesquisa bibliográfica inerente ao tema e exame crítico das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

2 Breves esclarecimentos sobre família

Primeiramente cumpre expor breves noções a respeito do que se entende, atualmente, por família. A partir da promulgação da Carta Magna de 1988 e também da entrada em vigor do Novo Código Civil, o conceito de família sofreu alargamentos. A família se libertou da obrigação de manter um casamento perpétuo, as mulheres tomaram um posto de igualdade na relação matrimonial, destituindo o patriarcalismo, e foram exterminadas as diferenças, antes existentes, quanto aos membros familiares, como, por exemplo, discrepâncias no tratamento de filhos havidos em relações extramatrimoniais.

“Com todas essas mudanças, especialmente nos costumes e na ‘liberalização sexual’, começou-se a pensar que a família entrou em crise, em desordem”, conforme sustenta Rodrigo da Cunha Pereira (2012b, p. 24). O ilustre doutrinador aduz, ainda, que devido à rapidez nas mudanças sofridas, é normal que haja amedrontamento por parte da sociedade, mas que tais mudanças não devem ser vistas negativamente (PEREIRA, 2012b, p. 24).

Para o eminente autor acima mencionado, os

demógrafos, sociólogos, antropólogos, economistas ou psicanalistas não tem a fórmula certa para dizer ao Direito como legislar essa nova realidade. Como organizar juridicamente a família, se não há mais uma única forma de família, mas várias? (PEREIRA, 2012b, p. 24).

Sabe-se que a família é o núcleo fundamental onde está toda a organização social e que, além disso, constitui a base do Estado. No entender de Carlos Roberto Gonçalves, “em qualquer aspecto em que é considerada aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado” (GONÇALVES, 2009, p. 01).

Nesta linha de pensamento, Nelson Rodrigues (*apud* PEREIRA, 2012a, p. 28) aduz que a família “é muito maior do que as restritivas regras jurídicas. O casamento é uma criação jurídica, mas a família existe antes e acima destes artifícios jurídicos. Por isso, a função do Direito deve estar sempre voltada a proteger a essência, muito mais do que a forma”.

Assim sendo, será que se pode falar que todas as relações afetivas pautadas na formação familiar gozam da tutela do Direito de Família? E, primeiramente, quais são as principais formas de família?

3 As uniões de afeto

Sabe-se que várias são as novas formas de constituição familiar, não mais se limitando ao contexto de pai, mãe, filhos e, muito menos ao casamento, como única maneira de união afetiva.

Neste sentido, são evidentes na atual sociedade as diferentes formações familiares. Algumas delas foram previstas expressamente na Constituição Federal, como o casamento, a união estável e as famílias monoparentais, entendidas como aquela entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes, ou seja as famílias constituídas por solteiros, casados, viúvos e tantas outras figuras da família que “vivem com a sua prole, sem a presença de um parceiro afetivo (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 56).

Outras, porém, somente são reconhecidas em razão de a Constituição Federal implicitamente prever o reconhecimento de outras entidades familiares quando aduz que a família gozará de especial proteção do Estado como, por exemplo, a união homoafetiva, a família reconstituída, a família socioafetiva e, tema deste trabalho, a união estável putativa.

3.1 Formações familiares implicitamente previstas na Constituição Federal/1988

3.1.1 União homoafetiva

Superada está a questão de união homoafetiva na jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal, visando colocar fim em questões concorrentes no Judiciário, proferiu ilustre decisão – Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 – acerca do assunto aduzindo que as uniões contínuas e duradouras formadas por pessoas do mesmo sexo têm embasamento na Constituição Federal.

O relator, ministro Ayres Britto (2011), argumentou que o artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, assinalou o ministro, acrescentando que a Carta Magna não colocou nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica para conceituar “família”.

Desta forma, não há mais óbice para o acatamento de uniões homoafetivas como entidade familiar, de acordo com o artigo 1723 do Código Civil, pois, a partir da decisão mencionada, este artigo deve ser interpretado de acordo com a Constituição Federal.

3.1.2 *Família reconstituída*

Tem-se na família reconstituída a mais clara expressão da diversidade de relações afetivas. Elas são “entidades familiares decorrentes de uma recomposição afetiva, nas quais, pelo menos, um dos interessados traz filhos ou mesmo situações jurídicas decorrentes de um relacionamento familiar anterior” (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 69).

Da mesma maneira, esse conceito de família reconstituída goza de proteção estatal, sendo assegurados diversos institutos, como, por exemplo, regulamentação do direito de visitas (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 70).

Garantidos estão, portanto, os direitos dos integrantes desta nova formação familiar, tanto no Novo Código Civil, quanto na Constituição Federal.

3.1.3 *Família socioafetiva*

Entende-se por família socioafetiva a paternidade baseada na posse de estado de filho, ou seja, inexistente vínculo de sangue, mas há experiência de pai, experiência de mãe, de verdadeira filiação.

Tal fato produz efeitos no ordenamento jurídico, apesar de não encontrar previsão legal expressa, já que, para haver paternidade socioafetiva, é necessário que “o menor carregue o nome da família, seja tratado como filho e que sua condição oriunda da filiação seja reconhecida socialmente” (PEREIRA, 2012b, p. 216-217).

O Poder Judiciário vem reconhecendo inúmeras paternidades socioafetivas sob o argumento de que

a presença do pai ou da mãe biológicos não é nenhuma garantia de que a pessoa se estruturará como sujeito. O cumprimento de funções paternas e maternas, por outro lado, é o que pode garantir uma estruturação biopsíquica saudável de alguém. Por isso, a família não é apenas um dado natural, genético ou biológico, mas sim cultural (PEREIRA, 2012b, p. 216.).

Para resumir, a família socioafetiva traduz perfeitamente o provérbio popular “pai é quem cria”. Ou seja, pais são aqueles que assumem responsabilidades com a educação, com o amparo afetivo, com a criação, e não simplesmente aqueles que concebem.

3.1.4 *União estável putativa*

Para perfeita compreensão da união estável putativa, faz-se necessária a distinção entre concubinato adúltero puro ou de boa-fé e concubinato adúltero impuro ou de má-fé. Tal distinção é uma construção doutrinária que permite chegar ao conceito de união estável putativa.

Maria Berenice Dias (2012, p. 2) distinguiu o concubinato no seguinte sentido:

a diferença centra-se exclusivamente no fato de a mulher ter ou não ciência de que o parceiro se mantém no estado de casado ou tem outra relação concomitante. Assim, (...) somente quando a mulher é inocente, isto é, afirma não ser sabedora de que seu par tem outra, há o reconhecimento de que ela está de boa-fé e se admite o reconhecimento da união estável, com o nome de união estável putativa.

Deste modo, caso o(a) companheiro(a) da segunda relação saiba do impedimento de seu parceiro, estará agindo de má-fé. Restará caracterizado concubinato impuro. E, sendo o(a) companheiro(a) desconhecedor(a) da relação anterior, estará caracterizada a união estável putativa.

Os conceitos de concubinato em quase nada colaboram para a definição dos direitos inerentes a cada caso, ao contrário, o termo ‘concubinato’, pejorativo como é, termina por atrapalhar.

Vale ressaltar que uma simples análise jurisprudencial permite chegar a conclusão previsível de que a manutenção dos relacionamentos plurais é feita, em sua maioria, por homens; entretanto, não há que ser esquecido que não há distinção entre homem e mulher, podendo ser encontrados casos diferentes, em que a mulher mantém união estável com dois homens.

Mais importante ainda é estabelecer as características da união estável putativa. E, para isso, resta elucidar que são os mesmos pressupostos da lei impingidos à união estável. E não há ressalvas, como bem assevera, mais uma vez, Maria Berenice Dias (2012), pois, para configuração da união estável, não há explícito o dever de fidelidade, muito menos direito a exclusividade.

Importantíssimo é lembrar que estes relacionamentos devem ser pautados na convivência pública, os conviventes devem viver normalmente, sendo notória a união perante o meio em que vivem.

De mais a mais, a união estável putativa deve ser entendida como verdadeira entidade familiar. O que deve ser considerado é a intenção da convivente de boa-fé.

O Direito, ao tutelar este instituto jurídico, deve se limitar a proteger ‘inocência’ deste(a) parceiro(a), já que, ao firmar um ambiente familiar ele(a) jamais poderia imaginar que seu companheiro tivesse outro vínculo familiar formado.

É possível que este companheiro(a) esteja de boa-fé, conforme verificado na Apelação Cível 70043514512 (RIO GRANDE DO SUL, 2011), em que restou comprovada a existência de união estável de mais de dezesseis anos de um homem com uma mulher. Eles tiveram dois filhos. Por outro lado, o mesmo homem manteve com outra mulher, concomitantemente, união estável por mais de dez anos, tendo resultado o nascimento de uma filha.

Ocorre, *in casu*, que as duas mulheres moravam em cidades diferentes, distantes cinquenta quilômetros uma da outra.

Deste modo, foi possível manter essas relações de forma pública sem que nenhuma das companheiras pudesse ter conhecimento da vida dúplice do companheiro.

Notório está, portanto, a culpa do(a) companheiro(a) quando existente uma união estável putativa. A discussão não se pauta na possibilidade de existir afeto em duas uniões concomitantes. A questão é que aqueles que mantêm as duas uniões são beneficiados nestes casos, já que quando o(a) companheiro(a) putativo(a) necessita de realizar algum ato, como por exemplo, requerer a pensão pela morte do(a) companheiro(a), se depara com outra pessoa pleiteando a mesma tutela jurisdicional.

Embaraçoso para este(a) companheiro(a) fica a situação, já que pode ser que não encontre a proteção do Estado nestes casos, pois a jurisprudência tem reconhecido alguns casos; entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, um de nossos Tribunais Superiores, negou-se a conceder direitos no âmbito familiar para esse(a) convivente.

Assim, todo o tempo dedicado à formação de uma família, dedicado a um(a) companheiro(a) é desconsiderado e, este(a) convivente putativo(a) tem somente a possibilidade de pleitear o reconhecimento de uma formação patrimonial comum, ou seja, somente a possibilidade de ser reconhecida uma sociedade de fato.

A demanda para reconhecimento desta sociedade não é feita na vara de Família, mas sim na Justiça Comum.

Deste modo, o(a) companheiro(a) forma, em seu consciente, uma família e, quando precisa do amparo judicial, tem frustrada sua pretensão em razão de existir um(a) outro(a) convivente anterior que gozará da tutela na vara específica, qual seja, a de Família.

4 Entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça

Tendo em vista a incidência de provocações do judiciário a respeito das uniões afetivas, chegou ao Superior Tribunal de Justiça, por meio do Recurso Especial nº 789.293 – RJ, a solicitação de reconhecimento de união estável de duas uniões concomitantes buscando equiparação com o casamento putativo. Tal Recurso Especial foi a última demanda existente no Superior Tribunal de Justiça no que tange ao reconhecimento de união estável putativa.

Casamento putativo, segundo artigo 1561 do Código Civil, é aquele contraído de boa-fé por um dos cônjuges. Esse casamento será tido como nulo ou anulável, mas, em relação ao cônjuge de boa-fé e aos filhos, produzirá efeito.

Para o Excelso Tribunal, não é possível usar a analogia entre casamento putativo e a união estável, pois significaria entender que essa união é uma entidade

familiar e não autoriza que se identifiquem várias uniões estáveis sob o argumento de que haveria, também, uma união estável putativa.

Assim foi prolatado no Recurso Especial:

quem convive simultaneamente com duas mulheres não tem relacionamento putativo para fins de união estável, pela só razão de que ou bem uma delas é de fato a companheira e a outra o relacionamento não estável, embora longo no tempo, ou nenhuma das duas é companheira e não reúnem condições apropriadas para reconhecer a união estável. (BRASIL, 2006)

No entendimento do STJ, isso não é admissível, pois não há possibilidade de admitir a existência de várias convivências com o objetivo de constituir família. Ou seja, não há o reconhecimento de entidades familiares múltiplas e concomitantes.

Para o Superior Tribunal de Justiça, só é possível reconhecer a união estável putativa se for comprovada a separação de fato do(a) primeiro(a) convivente, pois não há

qualquer possibilidade do emprego analógico da regra do casamento putativo, porque, enquanto neste existe o vínculo formal duplo, o que é possível, naquele só existe a convivência com aquela vocação de constituir família, havendo, portanto, um vínculo não formal (BRASIL, 2006).

Deste modo, percebe-se, pelo acórdão, que há um acurado zelo no que tange à possibilidade de reconhecimento de união estável paralela a um primeiro casamento ou união estável, visto que, independentemente da boa-fé do(a) segundo(a) convivente, o Superior Tribunal de Justiça não reconhece o relacionamento como sendo putativo, em razão de não poder figurar duas uniões concomitantes com a mesma pessoa.

Tais negativas do Superior Tribunal de Justiça se devem ao total apego à forma monogâmica como a sociedade ocidental tem se organizado. Para o STJ, a monogamia equivale à fidelidade e, inserida nesta, à lealdade. Não há possibilidade de acatamento dentro do Direito de Família de “relações afetivas, paralelas e, por conseqüência, desleais” sem perda do sentido de que o núcleo familiar objetiva a “realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade” (BRASIL, 2006).

Não obstante essa afirmação, sabe-se que o princípio da monogamia não é simplesmente “uma norma moral ou moralizante”, ela tem, em verdade, a função de um “princípio jurídico ordenador”. Tanto é assim que, como lembra Rodrigo da Cunha Pereira (2012b, p.127.), se a monogamia fosse uma regra de cunho moral, nós teríamos que reconhecer como imoral o ordenamento jurídico do Oriente Médio, onde muitos países não adotam a monogamia.

Neste sentido, posicionou-se o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, veja:

há, ainda, dificuldade de o Poder Judiciário lidar com a existência de uniões dúplices. Há muito moralismo, conservadorismo e preconceito em matéria de Direito de Família. No caso dos autos, a apelada, além de compartilhar o leito com o apelado, também compartilhou a vida em todos os seus aspectos. Ela não é concubina – palavra preconceituosa –, mas companheira. (MINAS GERAIS, 2008)

No que pese o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, mister fazer uma análise crítica a respeito da imutabilidade destes comportamentos, já que ao Estado não cabe impor ou delimitar relações familiares, cabe a ele somente tutelar essas relações tendo como principais fundamentos os princípios constitucionais e os princípios aplicáveis ao Direito de Família.

5 Os princípios constitucionais e do Direito de Família e a necessidade de reconhecimento da união estável putativa

Sabe-se que as normas legislativas são posteriores aos fatos e, assim, a vida como é vem antes da norma jurídica. Neste sentido, os magistrados não podem se desobrigar do encargo de julgar. Independente de existir uma norma específica, o Poder Judiciário deve se manifestar, buscando em outras fontes do Direito a solução mais justa para o caso concreto.

São muitas as fontes, mas o que mais tem poder de adequação à realidade fática são os princípios. Eles “presidem a ordem jurídica, em toda a sua extensão e substancialidade, evidenciando a sua inuidosa importância teórica e prática” (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 33).

“A teoria dos princípios é hoje o coração das Constituições” (BONAVIDES, 2010, p. 281), possuindo grande força normativa.

O Direito de Família, em razão de sua mutabilidade, deve sempre ser analisado levando em conta as bases principiológicas.

Nota-se a necessidade de conformar à realidade do Direito de Família atual, em especial, a união estável putativa, à conjuntura dos seguintes princípios: dignidade da pessoa humana, igualdade, autonomia e menor intervenção do Estado, pluralidade de formas de família, primazia da realidade e afetividade.

5.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A família tem como um de seus objetivos a valorização da pessoa, auxiliando em seu desenvolvimento pessoal. Carmem Lúcia Antunes Rocha conceituou dignidade da seguinte forma:

dignidade é o pressuposto da idéia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal. (*apud* PEREIRA, 2012b, p. 115)

Como visto, a dignidade é inerente a cada pessoa e desta não se desvincula. Em interessante abordagem sobre o tema, Rodrigo da Cunha, muito bem ressaltou que “as coisas têm preço e as pessoas, dignidade”. Assim, se algo tem preço, pode ser substituído por outro equivalente, mas o mesmo não ocorre com a pessoa, pois possui dignidade, não possuindo equivalente (PEREIRA, 2012b, p. 117).

Deste modo, ao aplicar a norma jurídica, principalmente no campo do Direito de Família, os operadores do Direito devem antes pensar na pessoa humana, deixando de lado qualquer conceito antes formulado para conseguir obter a verdadeira justiça.

5.2 Princípio da igualdade

Muito se diz a respeito do princípio da igualdade, que todos são iguais perante a lei, que não há distinção entre homens e mulheres, nem entre raças, etc. Porém, o que é visto, muitas vezes, não corresponde ao discurso, pois há certa banalização do princípio.

Para efetividade deste princípio, há que se incluir no discurso da igualdade o respeito às diferenças. Somente acatando a existência de diferenças nos indivíduos será possível exigir igualdade, pois como alerta Rodrigo da Cunha, “se fôssemos todos iguais, não seria necessário falar e reivindicar a igualdade” (PEREIRA, 2012b, p. 163).

Assim, aplicando o princípio da igualdade à união estável putativa, é mister que se analisem as diferenças comportamentais de cada indivíduo. O aplicador do Direito não pode se escusar da realidade de cada relação, pois, se a segunda convivente estava de boa-fé, a ela devem ser garantidos os mesmos direitos que à convivente da primeira relação.

5.3 Princípio da menor intervenção do estado

A própria Constituição Federal, no art. 226, explicitou o princípio da menor intervenção do Estado no Direito de Família. A nossa Carta Magna não primou pela intervenção nas relações familiares devido à liberdade que deve ser conferida a cada indivíduo e à importância que é a família para a sociedade e para o Estado.

Além disso, o Código Civil, em seu art. 1513, privilegiou a autonomia na seara do Direito de Família, aduzindo que é proibido a qualquer pessoa, de direito público ou privado, adentrar na comunhão de vida instituída pela família.

A intervenção do Estado tem a função de somente proteger a família, não devendo interferir, portanto, nas regras de cada grupo familiar.

No caso concreto, como na união estável putativa, por exemplo, deve-se conceder liberdade e autonomia para os indivíduos, respeitando e concedendo dignidade a cada pessoa no ato de julgar.

5.4 Princípio da primazia da realidade

O princípio da primazia da realidade está inserido no Direito do Trabalho e informa que “quando houver divergência entre o que ocorre na prática e o que consta de documentos formais, deve prevalecer os fatos, perdendo valor o pactuado quando suas cláusulas não corresponderem a realidade” (SÃO PAULO, 2011).

No que pese tal princípio ser aplicado à seara trabalhista, ele se subsume perfeitamente às relações afetivas do Direito de Família que são marcadas pelo informalismo e, em consequência, possuem maior dificuldade de provar suas alegações quando adentram o Poder Judiciário.

Deve ficar claro que o que se busca não é o reconhecimento indiscriminado de relações afetivas através de uma produção de provas incompleta e incapaz de definir o convencimento do juiz. Busca-se a verdade real. Neste sentido, o julgado:

Negar a existência de união estável, quando um dos companheiros é casado, é solução fácil. Mantém-se ao desamparo do Direito, na clandestinidade, o que parte da sociedade prefere esconder. Como se uma suposta invisibilidade fosse capaz de negar a existência de um fato social que sempre aconteceu, acontece e continuará acontecendo. A solução para tais uniões está em reconhecer que ela gera efeitos jurídicos, de forma a evitar irresponsabilidade e o enriquecimento ilícito de um companheiro em desfavor do outro. (MINAS GERAIS, 2008)

Aplicável é, portanto, ao instituto da união estável putativa, pois se há uma relação anterior já constituída e não dissolvida, para o STJ, não há possibilidade de aceitar como união estável a segunda união. Tal decisão é absurda se nos propusermos a fazer a conformação principiológica, pois, se há efetivamente a segunda união, e esta possui os requisitos necessários para ser identificada como união estável putativa, não há que ser improcedente tal pedido, como bem observado por Roberto Figueiredo.

Estas assim chamadas sociedades de fato, que acabam por receber tratamento de direito obrigacional inadvertidamente no Juízo Civil Comum, são efetivamente “de fato”. Porém, ante a primazia da realidade que ostentam, forte na noção afetiva que carregam, constituem realidade de família, em qualquer hipótese, merecendo a tutela constitucional que lhe é destinada. (FIGUEIREDO, 2006, p. 26).

Assim sendo, caso seja adotada a realidade fática como prioridade, os aplicadores do Direito irão encarar o Direito de Família sob outros olhos, voltados para o real.

5.5 Princípio da pluralidade de formas de família

No item 3, foi possível discorrer sobre as diversas formas de uniões existentes atualmente. Claro, portanto, está que o casamento deixou de ser a única entidade familiar possível. Isso porque a Constituição Federal ampliou o leque de modelos familiares ao expressar que a família goza de especial proteção do Estado.

No referido item, foram citados diversos tipos de formações familiares e cabe ressaltar que todas são merecedoras de proteção estatal já que a Carta Magna instituiu o Estado Democrático de Direito que “estabelece que deve ser assegurado o exercício dos direitos sociais e individuais, bem como a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade” (PEREIRA, 2012b, p. 195).

A família plural também é pautada na garantia da liberdade e da igualdade, bem como pelo princípio da dignidade. Acatar o princípio da pluralidade de formas de família é imprescindível pois é necessário “o tratamento tutelar a todo agrupamento que, pelo elo de afeto, apresente-se como família, já que ela não é um fato da natureza, mas de cultura” (PEREIRA, 2012b, p. 195).

Nota-se, então, que tal princípio encontra ampla guarida na Constituição Federal, devendo ser aplicado ao caso concreto quando deparado com situações não habituais nas demandas do Direito de Família, ante a diversidade existente.

5.6 Princípio da afetividade

Quando é reconhecido o princípio da pluralidade de formas de família, simultaneamente reconhece-se o princípio da afetividade, como base da família.

As novas entidades familiares são formadas basicamente no afeto, enquanto o casamento, modelo mais tradicional, é pautado em questões de ordem religiosa, econômica e política.

Assim, necessário é que este modelo antiquado seja substituído pelo afeto familiar que, segundo concepção de Sérgio Resende de Barros (2012, p. 3) é aquele

afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam.

Tendo em conta que a sociedade encontra-se na era da despatrimonialização do Direito Civil e a dignidade da pessoa humana tornou-se fundamento da República Federativa do Brasil, “toda a ordem jurídica focou-se na pessoa, em detrimento do patrimônio, que comandava todas as relações jurídicas interprivadas. Sem dúvida, a família é o lugar privilegiado de realização da pessoa” (PEREIRA, 2012b, p. 213).

Deste modo, o princípio da afetividade leva a uma nova forma de encarar a formação familiar, tendo como foco principal o amor. A partir deste novo modelo adotado, adquirir patrimônio, por exemplo, não será primordial. O que se tem em questão é o afeto de família. Este sim formará a união visando o desenvolvimento pessoal e possibilitará também caso queira o grupo familiar, buscar questões religiosas ou econômicas.

Neste princípio, como em todos os outros mencionados, o instituto da união estável putativa merece tutela, já que é pautado somente em sentimentos isentos de má valoração por parte da convivente posterior. Esta, desconhecendo a real situação, envolveu-se acreditando estar formando uma família, quando, em verdade, estava sendo enganada pelo companheiro que mantinha entidade familiar simultânea.

6 Necessidade de reconhecimento da putatividade na formação da entidade familiar

Muito já foi discutido a respeito da necessidade de reconhecimento da união estável putativa, em razão do(a) companheiro(a) putativo(a) viver durante a união estável acreditando que seu(sua) parceiro(a) tem apenas uma união.

Alguns tribunais, como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com entendimento inovador, acatam o entendimento de que é possível o reconhecimento simultâneo de entidades familiares, mesmo quando o(a) companheiro(a) sabe da existência paralela de outro(a) convivente. Assim entenderam na Apelação Cível nº

70021968433 (RIO GRANDE DO SUL, 2007) e, também na Apelação Cível nº 70012696068 (RIO GRANDE DO SUL, 2005), admitindo que ao Direito de Família atual não é permitido negar a existência de uma relação de afeto que se revestiu de caráter familiar.

Deste modo, presentes os requisitos do artigo 1723 do Código Civil para configuração da união estável, para estes Tribunais e também para alguns doutrinadores, como, por exemplo, Maria Berenice Dias (2012), é possível que se admita tais relacionamentos como entidades familiares.

É de todo descabido afastar do âmbito da juridicidade relação que atendeu a todos os requisitos legais, sob o fundamento de que mantinha o varão relacionamento simultâneo com outra pessoa. Esta tentativa de singelamente não ver a realidade, tentar apagá-la do âmbito do direito é atitude conservadora e preconceituosa, além de gerar injustiças e enriquecimento sem causa (DIAS, 2012, p. 5).

Tal tese aqui colacionada não é de toda correta, pois o Direito deve buscar a flexibilidade nos relacionamentos afetivos do Direito de Família moderno; entretanto, não há que ser tão permissivo sob pena de causar prejuízo ao(à) primeiro(a) companheiro(a) pela inexistência de boa-fé do(a) segundo(a) convivente.

Assim entendendo, seria como admitir que, ao Direito, independente de boa-fé, ou seja, que mesmo o(a) companheiro(a) sabendo que o(a) outro(a) é casado(a) ou mantém união estável, é permitido que se relacionem livremente de forma afetiva e, ainda mais, que esta relação surta efeitos no Direito de Família.

Entretanto, sendo certa a necessidade da boa-fé e da confiança nas relações, é extremamente impossível acatar tal entendimento, tornando possível que se reconheça outra situação, muito parecida, porém completamente diferente devem ser os efeitos jurídicos.

Trata-se da hipótese de tutelar a união estável concomitante quando, ao tempo de sua formação, existia boa-fé, ou seja, é o caso de alguém, depois de já viver em união estável com uma pessoa, se unir à outra e esta não ter conhecimento de que seu(sua) companheiro(a) mantinha união estável anterior.

Nesta hipótese, somente o início é marcado pela putatividade. Depois de configurada a união estável, esta terceira pessoa vem a descobrir a família constituída anteriormente.

Neste caso deve o Direito tutelar a boa-fé deste(a) convivente, que, em razão da união estável, já constituiu laços afetivos, construiu planos comuns e se envolveu na relação.

Então, não poderá o Direito negar reconhecimento a esta entidade familiar, devendo tais lides serem julgadas pela Vara de Família.

Acredita-se que aqui não está a privilegiar que alguém tenha dois relacionamentos, e sim tentar proteger a boa-fé do(a) companheiro(a) que constituiu união estável e depois veio a descobrir que seu(sua) companheiro(a) já havia constituído outra família anteriormente. Esta boa-fé é primordial para aceitabilidade de tal entendimento, pois caso fosse admitido o contrário, seria como dizer que inexistiu

um relacionamento dotado de afeto, negar a existência de desejo de constituição de família por parte do(a) convivente putativo(a).

Deste modo, visando proteger o desconhecimento da real situação e procurando responsabilizar quem deu causa a tal relação é que deve ser admitido pelos Tribunais que, existindo boa-fé do(a) convivente no momento da formação da união estável, tal entidade familiar deve ser reconhecida.

7 Conclusão

Diante da nova realidade na seara do Direito de Família já não é mais possível fechar os olhos para a grande diversidade das formações familiares, em especial, a união estável putativa.

Não há como pactuar com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, pois, deste modo, haveria atribuição de penalidade ao(à) convivente putativo(a) que, como o próprio nome diz, não tinha conhecimento da real situação em que estava envolvido(a).

Entender como um dos nossos tribunais superiores entende significa retirar a dignidade deste(a) companheiro(a) putativo(a) que se dedicou a uma pessoa; que formou uma família como todos os vínculos inerentes a qualquer formação familiar; que construiu patrimônio; que em muitos casos, criou filhos; que se absteve da realização de projetos pessoais em prol do relacionamento existente.

E resta uma pergunta: em que esta relação difere da união estável? E a resposta não pode ser outra: em nada difere. No que tange aos requisitos para configuração da união estável em nada se diferenciam.

Sob este aspecto, deve prevalecer o princípio da primazia da realidade, priorizando a liberdade real em detrimento de formalismos.

O Superior Tribunal de Justiça tenta se esquivar com o argumento de que não é possível existir duas uniões estáveis concomitantes. E mais ainda: que, se não há separação de fato com o(a) primeiro(a) companheiro(a), não há como reconhecer como união estável o segundo relacionamento, mesmo que presentes todos os requisitos para tal configuração.

Não obstante incontestável saber jurídico dos Ministros do referido Tribunal, não há como acatar tal posicionamento, pois se há realmente a segunda união estável e esta permanece concomitantemente à primeira, qual o óbice para assim reconhecê-la?

Ficou provada neste trabalho a importância dos princípios do Direito Constitucional e Civil para entendimento do novo panorama do Direito de Família.

Assim, antes de apegar-se a clássicos entendimentos, é necessário ampliar a visão e, desimbuído de pensamentos preconceituosos, atentar para os novos rumos tomados pela sociedade.

Sabe-se que não é o Direito que dita a forma como a sociedade se comporta, e sim a realidade social. Ela é a responsável para que o Direito a acompanhe tutelando as mudanças comportamentais e sociais.

Deste modo, mister adotar os referidos princípios para que se tenha um justo julgamento.

Não há que indeferir pleitos referentes à união estável putativa, sem antes ter em análise os princípios do Direito Civil e Constitucional aplicados ao caso concreto.

Estes princípios, quais sejam, princípio da dignidade da pessoa humana, igualdade, primazia da realidade, menor intervenção estatal, pluralidade de formas de família e afetividade, devem ser aplicados ante a inexistência de lei específica.

Não se pode esquecer a necessidade de acatamento por parte dos Tribunais da boa-fé do(a) convivente quando formada a união estável. Nestes casos, o Direito deve reconhecer a relação como entidade familiar, visando que não haja punição para aquele que inocente estava quanto à real situação de fato.

Cabe ressaltar que todas as formações familiares expostas neste trabalho merecem tutela. Como bem lembrado no artigo, inclusive a união homoafetiva, que encontrava grandes obstáculos para ser tutelada juridicamente, obteve êxito perante o mais alto tribunal do país, o Supremo Tribunal Federal.

Assim sendo, mais cabível, então, é que se reconheçam os direitos do(a) convivente putativo(a) e também daquela pessoa que formou entidade familiar de boa-fé, devendo a relação ser tratada como instituto do Direito de Família e não como sociedade de fato e, além do mais, o direito deste(a) convivente de ser sucessor(a) dos bens do(a) companheiro(a) assim como (o)a primeiro(a) convivente.

Para finalizar, cabe lembrar que o real culpado é aquela pessoa que provoca a situação de duas uniões concomitantes. Assim, ela deveria se responsabilizar. Não sendo possível, a penalidade não pode recair sobre o(a) convivente de boa-fé, já que sua intenção era a melhor possível.

Referências

BARROS, Sérgio Resende de. *A ideologia do afeto*. Disponível em:

<<http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>>. Acesso em: 02 out. 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

Acesso em: 23 ago. 2012.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *ADPF132/ADI 427*. Relator Ministro Ayres Britto, Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 10 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Cível. *Recurso Especial Nº 789.293 - RJ*

(2005/0165379-8). Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 16 de fevereiro de 2006. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=607260&sReg=200501653798&sData=20060320&formato=PDF>. Acesso em: 5 set. 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Adulterio, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_adult%E9rio%2C_bigamia_e_uni%E3o_est%E1vel_-_realidade_e_responsabilidade.pdf>. Acesso em: 03 out. 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FIGUEIREDO, Roberto. O Código Civil de 2002 e as Entidades Familiares. *Direito Convivencial: Uma Tentativa de Conformação Principiológica*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 8, n. 36, p.17-31, 31 jul. 2006. Bimestral.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Cível. *Apelação Cível* nº 1.0017.05.016882-6/003. Relator Desembargadora Maria Elza. Belo Horizonte, 10 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>. Acesso em: 5 out. 2012.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Cível. *Apelação Cível* nº 70043514512. Relator Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 06 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>. Acesso em: 19 set. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Cível. *Apelação Cível* nº70021968433. Relator Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade. Porto Alegre, 06 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>. Acesso em 10 out. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Cível. *Apelação Cível* nº70012696068. Relator Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade. Porto Alegre,

06 de outubro de 2005. Disponível em: <<<http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>>. Acesso em 10 out. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região. *Processo Trabalhista* nº 0023400-59.2008.5.02.0203. Relatora Desembargadora Ivani Contini Bramante. São Paulo, 03 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/>>. Acesso em: 02 out. 2012.

Alimentos gravídicos e a boa fé objetiva

Gravidic food and good faith objective

Vera Lúcia dos Santos

Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.
E-mail: vera_lucia_777@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho abordará os alimentos gravídicos, que são aqueles recebidos de um suposto pai, que discorda com a gravidez ou desconfia da própria paternidade. Nesse caso, há uma imputação de uma obrigação alimentar com base apenas em indícios de paternidade, o que, pós-nascimento da criança, poderá ser objeto de indenização, patrimonial e moral, em face daquela gestante que atua imbuída de má-fé. Os alimentos supracitados destinam-se diretamente à gestante e indiretamente ao nascituro, a partir da concepção. Nesse contexto, vislumbra-se que o objetivo primordial dos alimentos gravídicos é proporcionar uma vida digna àqueles que os pleiteiam direta e indiretamente, demonstrando assim a proteção jurídica que o Estado disponibiliza, indistintamente, ao ser humano, tendo por base a boa-fé objetiva. Partindo dessa ideia, será analisada a origem do instituto da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro, as questões atinentes aos alimentos, sua origem, classificações, requisitos, características, adentrando-se nos alimentos gravídicos e sobrelevando a importância basilar assumida pelos pais, não só na criação, mas também na manutenção de sua prole. Assim é que, no presente trabalho, o que se busca é analisar a concessão da obrigação alimentar nas Ações de Alimentos Gravídicos, cujo objetivo é proteger sobremaneira a vida intrauterina, tendo por base fundamentos entendimentos jurisprudenciais, doutrinários, além de outras considerações pertinentes sobre o tema, evidenciando os assuntos abordados.

Palavras-chave: Alimentos. Nascituro. Má-fé. Ato ilícito. Sentença.

Abstract: This paper will address the gravidic foods, which are those received from an alleged father, which disagrees with the pregnancy or parenthood distrusts itself. In this case, there is an imputation of a maintenance obligation based only on evidence of paternity, which, after child birth, may be subject to compensation, equity and morality in the face of that pregnant woman who imbued acts in bad faith. The above foods intended for pregnant women directly and indirectly to the unborn from conception. In this context, it is envisaged that the primary food of gravidic goal is to provide a dignified life to those that seek them directly and indirectly, thus demonstrating the legal protection that the State provides, without distinction, to humans, based on the objective good faith. Based on this idea, we will analyze the origin of the institution of good faith in the Brazilian legal system, matters relating to food, its origin, classification, requirements, features, entering yourself in gravidic food and exceeding basilar importance assumed by the parents, not only the creation, but also in the maintenance of their offspring. So that, in this study, which seeks to analyze the granting of maintenance obligation in Shares gravidic Foods, whose goal is to greatly protect the intrauterine life, with the cornerstone jurisprudential, doctrinal understandings, and other relevant considerations issue by showing the subjects covered.

Keywords : Food. Unborn child. Bad faith. Tort. Sentence.

1 Introdução

Os deveres alimentares cifram-se na obrigação que determinada pessoa tem de prestar à outra alimentos indispensáveis à sobrevivência e à manutenção da sua condição social.

Quando alguém requer alimentos, o intuito é o de manter sua existência com dignidade, garantindo, por meio do judiciário, a efetivação do fundamento primordial da atual Constituição da República Federativa do Brasil, qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que deste emanam as demais normas inseridas no ordenamento jurídico brasileiro.

Com o decorrer do tempo, devido às várias mutações sociais, houve a possibilidade de requerê-los, inclusive, intrauterinamente. Essa nova visão traduz uma preocupação a mais para o magistrado que, ao se buscar a aplicação da justiça, forma seu convencimento tomando por base apenas indícios de paternidade. Isso porque inexistia a possibilidade de comprovação pericial da perfilhação através do exame de DNA, por temer prejuízos irreversíveis ao nascituro, se assim o fizesse.

Diante da não exigência de prova robusta que comprove, de maneira eficaz, o vínculo paterno, o lapso temporal existente entre a concepção e o parto poderá dar azo à gestante que, agindo sob a égide da má-fé, movimentada a máquina judiciária com o intuito de angariar o benefício alimentar, imputando a outrem uma paternidade tendo plena convicção de sê-la inverídica.

É perceptível que sua conduta encontra em desarmonia com a fundamentação das normas jurídicas, qual seja a boa-fé objetiva, atingindo patrimonialmente e moralmente a vida do devedor dos alimentos gravídicos. Ressalte-se que, mesmo diante da irrepetibilidade alimentícia vislumbra-se que, posteriormente, pode-se buscar, via judiciário, a reparação dos prejuízos obtidos. O objeto que se coloca em pauta é a natureza jurídica da sentença que solucionará essa demanda.

Para elaboração deste artigo, utilizou-se como procedimento metodológico a pesquisa doutrinária, legislação e jurisprudência.

2 Origem histórica do instituto

Ao se buscar doutrinariamente as origens do direito civil, o direito romano é sempre ponto de referência.

Nos meados do século XIX, o pensamento jurídico era informado pela escola positivista, criada pelo francês Auguste Comte. Nesse período, o direito era sinônimo de norma; assim sendo, somente aquilo que estava previsto em lei poderia ser aplicado ao caso concreto, havendo o descarte de qualquer ideia valorativa.

Nesse contexto, em 1800 inicia-se na França a elaboração de um conjunto de leis, o qual viria a ser o mais importante marco da era das codificações, não apenas pelo seu significado histórico, mas também pelo seu valor intrínseco, como afirma o doutrinador Paulo Nader (2006, p. 215).

Esse conjunto de leis entrou em vigor em 1804, recebendo o nome de “Code de France” (Código Francês, apelidado de Código Napoleônico), dotado da mesma concepção filosófica da escola positivista, qual seja o direito é sinônimo de norma,

tendo como características marcantes o individualismo – não intervenção estatal nas relações privadas, e o patrimonialismo. Este, de fácil constatação, pois dos 2.000 artigos inclusos no referido código, 800 diziam respeito à propriedade privada e apenas 7 eram destinados ao trabalho, conforme acentua a doutrinadora Flávia Regis de Castro (2007, p. 263).

Em 1896, inicia-se a elaboração do B.G.B. (Bürgerlich Gesetzbuch), Código Alemão, entrando em vigor em 1º de janeiro 1900, dotado das mesmas características do Código Napoleônico.

Em 1916, aprova-se, no Brasil, sob a autoria do jurista Clóvis Beviláqua, o primeiro código civil brasileiro, entrando em vigor um ano após a sua publicação, tendo como principais fontes inspiradoras o B.G.B. e o Código Napoleônico, portanto, com feição totalmente individualista e patrimonialista.

O Código Civil de 1916 passa a ser considerado o “Astro Rei” do sistema jurídico, ou seja, há a supremacia do Direito Infraconstitucional, sendo a Constituição apenas uma Carta Política, sem força normativa, o que significa dizer que ela não passava de uma mera recomendação. Na visão de Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald,

não podia ser diferente, em razão do momento histórico em que foram talhados os conceitos e ideias que permearam o Estatuto Civil de 1916, nascidos sob a égide do liberalismo econômico, buscando proteger os direitos e liberdades do indivíduo contra as ingerências do Estado (FARIA; ROSENVALD, 2008, p. 22).

Exemplo típico do ideal patrimonialista contido no código acima está no instituto da tutela, em que 23 artigos tratavam do patrimônio do tutelado, um artigo da pessoa do tutor e nenhum artigo da pessoa do tutelado. Assim, fica evidente a preocupação excessiva com as questões patrimoniais daquela época.

A partir de 1950, na Europa e nos Estados Unidos, com a queda do positivismo, tendo como marco a 2ª Guerra Mundial, houve mudanças significativas no pensamento jurídico. Os Códigos Civis ali existentes perderam o caráter patrimonialista passando a ser personalistas, preocupando-se, nas relações privadas com o social, não mais com o indivíduo em si, e sim com a sociedade de um modo geral, princípio da função social.

No mais das vezes, o direito continuava sendo norma, mas a esta deveria ser acrescentado valor. Tomando como exemplo: se um juiz, na aplicação do direito, detectasse que uma norma poderia vir de encontro à moral e à ética, não poderia fazer uso da mesma, sem, contudo, acrescentar-lhe valores.

No Brasil, essas mudanças chegaram somente décadas depois com a entrada em vigor, no dia 5 de outubro de 1988, da atual Constituição da República Federativa do Brasil que, ao ser promulgada, recebeu toda influência do movimento pós-positivista, consagrando valores até então inexistentes, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social, da erradicação da pobreza, da liberdade, valorizando sobremaneira o ser humano de uma forma geral.

Conseqüentemente, a nova Constituição passa a ser o “Astro Rei” do sistema jurídico, refletindo-se nos demais ramos do direito, tanto público quanto privado. A

partir desse marco histórico, todo dispositivo de lei deverá ser interpretado sob a luz Constitucional e aquela norma que a ela seja antagônica será taxada de inconstitucional e arrancada do sistema jurídico.

Diante da nova realidade do ordenamento jurídico, não havia mais lugar para o individualismo e patrimonialismo do Código Civil de 1916 que, na realidade, desde 1941, já era objeto de tentativas frustradas de reformulação. Nele não se encontrava mais a solução para os diversos problemas sociais e, por isso, hierarquicamente ao seu lado, quebrando seu sistema monolítico, foram criando-se microssistemas jurídicos, cujo objetivo era atender os anseios sociais. Dentre eles, citem-se: o Estatuto da Mulher Casada, a Lei nº 4.591/64 que regulamentava as incorporações e condomínio, a Lei nº 6.015/73, Lei dos Registros Públicos, dentre outros. A isso, a doutrina denominou-se “descodificação do direito civil”.

Entretanto, o direito civil não poderia ser eliminado do ordenamento jurídico, mas havia uma premente necessidade da reestruturação de seu conteúdo, pois o Estado precisava intervir nas normas desse instituto, estabelecendo limites, objetivando a manutenção do equilíbrio nas relações de caráter privado.

Era inevitável o surgimento de um Direito Civil Constitucional. Este adjetivo não sufocaria a vida privada e sim daria eficácia aos institutos fundamentais do Direito Civil, revitalizando-os à luz dos novos valores constitucionais como as garantias e direitos fundamentais do cidadão. Neste contexto, evidencia-se o caráter dinâmico da ciência jurídica, como processo de adaptação social, como afirmam os doutrinadores já mencionados.

Com o intuito de compatibilizar o direito civil com os novos ideais constitucionais, em 10 de janeiro de 2002, sob a coordenação do Professor Miguel Reale, foi promulgado o novo Código Civil Brasileiro, revogando o até então existente - Código Beviláquiano.

O novo Códex, cujo objetivo é reelaborar a dogmática do direito civil interpenetrando direito público e privado, fundamenta-se em três princípios basilares: o princípio da socialidade, que traz em seu bojo a ideia central da prevalência dos valores sociais sobre os individuais, cuja característica principal é a função social; o princípio da operabilidade, com o escopo de conferir ao magistrado maior campo de atuação na aplicação da lei, para que a mesma atenda os fins sociais à qual se destina, satisfazendo assim os interesses da coletividade e, por fim, o princípio da eticidade que, por sua vez, encontra-se alicerçado em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil que é a “dignidade da pessoa humana”, dando ênfase à equidade, à probidade e à boa-fé.

Neste diapasão, vislumbra-se a presença, nesse código, da boa-fé tanto na Parte Geral, que se divide em: Livro I – Das Pessoas; Livro II – Dos Bens; Livro III – Dos Fatos Jurídicos em sentido amplo, quanto na Parte Especial, dividida em: Livro I – Do Direito das Obrigações; Livro II – Do Direito de Empresa; Livro III – Do Direito das Coisas; Livro IV – Do Direito de Família e Livro V – Do Direito das Sucessões.

Note-se que o legislador, ao elaborar normas, sejam elas públicas ou privadas, arraigam-nas no princípio da boa-fé. Não foi diferente quando se criou a Lei nº. 11.804/08 (Lei dos Alimentos Gravídicos), cuja finalidade é garantir alimentos em favor

do nascituro que, ao nascer com vida e não havendo impugnação, se converterão em pensão alimentícia.

Por fim, percebe-se também que as relações privadas, tanto as contratuais quanto extracontratuais, deverão estar pautadas no princípio da boa fé.

3 Dignidade da pessoa humana

Ao analisar a dignidade, nota-se ser a mesma uma qualidade intrínseca do ser humano, portanto, desprovida de qualquer valor econômico. É preexistente e não mera criação do legislador, embora seja por ele tutelado, como afirmam os doutrinadores Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald (2009, p.125). Percebe-se que, ao colocá-la como fundamento da República Democrática, cria uma espécie de blindagem com o intuito de protegê-la, tentando impedir que a mesma seja violada.

A dignidade da pessoa humana é complexa e encontra-se efetivada quando se respeita os Direitos e Garantias Fundamentais, disciplinados entre os artigos 5º aos 17 da Constituição/88.

O ponto culminante e, portanto, o mais importante dos Direitos Fundamentais é a inviolabilidade do direito à vida, concedida desde a concepção. Neste sentido, o artigo 2º, 2ª parte do Código Civil, aduz que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Percebe-se, através do dispositivo citado, que o nascituro tem direitos e não expectativa de direitos. Dentre eles podem ser citados: o direito de filho, o direito de herança, o direito à adoção e imprescindivelmente, o direito de crescer e de se desenvolver intrauterinamente recebendo, para sua formação e subsistência, cuidados adequados e necessários dos pais e, conforme o caso, alimentos gravídicos, como um imperativo estatal.

A vida, fundamento indispensável para a existência dos demais direitos, é objeto de tutela estatal e deve ser analisada sob dois ângulos. O primeiro relacionado ao direito de nascer e o segundo, ao direito de sobreviver e se desenvolver de maneira digna.

Com intuito de resguardar a pessoa humana desde a concepção, como já mencionado, principalmente no que se refere à vida com dignidade, têm sido elaboradas leis, tanto gerais quanto especiais, dispendo sobre a matéria. A principal delas, a Magna Carta, expressa de forma imperativa que “a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana”. À luz deste fundamento decorrem: o Código Civil/2002, no Livro de Família que dispõe sobre alimentos de modo geral, a Lei nº 5.478/68 “Lei dos alimentos”, a Lei nº 8.069/90 “Estatuto da Criança e do Adolescente”, a Lei nº 11.804/08 “Lei dos Alimentos Gravídicos”.

Neste contexto protetivo dispensado à figura humana, nota-se que o meio mais eficaz de se respeitá-la é prover-lhe alimentos, sendo que estes alcançarão sua família. Estudiosos afirmam ser o trabalho o meio mais eficaz para alcançar esses objetivos, porquanto este dignifica o homem, ou seja, é por meio dele que surge a possibilidade do desfrute de uma vida descecente, dando-lhe condição financeira para a aquisição de

alimentos em sentido amplo, dentre eles, moradia, vestuário, educação, lazer, saúde, segurança e os alimentos em sentido estrito, provendo assim sua subsistência e de sua família para que vivam de forma digna.

Ao revés, o desemprego traz como consequência cruel inúmeras famílias vivendo em condições sub-humanas em meio a lixões, à procura de sua dignidade, esclarecendo: em busca de restos de alimentos, em sentido geral, para satisfação das necessidades vitais, sendo a maior delas saciar a fome.

Nesse contexto, milhares de crianças morrem por inanição, o que leva ao questionamento da possibilidade de o Estado impor uma obrigação de pagar alimentos, que poderá, em determinados casos, ser gravídicos, a um suposto pai que viva nessas condições sem ter como se auto sustentar.

4 Proteção dada à família

Hodiernamente, família não é apenas o grupo oriundo do casamento como previa as constituições anteriores. Com a adoção do divórcio, concedido através da Emenda Constitucional nº 9 de 28 de junho de 1997, o conceito de família aspirava por novas modificações, não sendo mais aceitável um paradigma familiar único.

As volubilidades sociais fizeram com que a Constituição vigente, no seu artigo 226, ampliasse de forma genérica o conceito de família, definindo-o como sendo a base da sociedade. Esta é merecedora de proteção especial por parte do Estado, desconsiderando-se, vez por toda, a regra das constituições anteriores sobre a formação familiar. Portanto, basta a junção de pessoas, independentemente do sexo, com características de permanência e continuidade, para que sejam abraçadas como família pela *Lex Mater*.

Tem-se na atualidade diversas modalidades familiares. Citem-se: matrimonial (que origina do casamento), união estável (constituída quando duas pessoas vivem juntas sem contraírem matrimônio), monoparental (formada por um dos pais e seus filhos), uniparental (decorrente de ascendente e descendente), anaparental (formada por irmãos que vivem juntos), pluriparental (oriunda de desfazimento de vínculos anteriores e constituição de novos vínculos), eudomista (formam-se pelo afeto), homoafetiva (decorrente da união de pessoas do mesmo sexo) e unipessoal (composta por apenas uma pessoa). Note-se que, para a Constituição, não há distinção entre família e entidade familiar.

Não obstante as diversidades supracitadas existentes na atual conjuntura social, entidade familiar é agrupamento limitado. Segundo Uadi Lammego Bulos (2009, p. 1416), “família não abrange todas as pessoas descendentes de ancestral análogo tais como: tios, primos, parentes por afinidade, sogro sogra, genro nora e cunhado”. Entretanto, todos fazem parte da sociedade e, assim sendo, são objeto de proteção estatal.

Pode-se comparar a função social protetiva do Estado a uma via de mão dupla. Proteger a família significa se auto proteger. É como se houvesse um diálogo entre o Estado e a família “eu a protejo, mas em contrapartida, me darás vida”. Isso porque a família, conforme definida expressamente na Constituição Federal, é a base da sociedade. Sem sociedade o Estado se transformará num verdadeiro caos e,

automaticamente, inexistirá. Neste contexto, vislumbra-se o porquê da preeminente função protetiva estatal disponibilizada à família.

É importante destacar que a família é instituto do direito privado e, assim sendo, goza de direitos básicos de autonomia. Citem-se como exemplos: o direito à escolha do companheiro para contrair matrimônio; o direito à escolha do momento adequado para se constituir a prole; o direito à aquisição do imóvel familiar dentre outros. Sabe-se que o reflexo do direito público se faz presente no direito privado. É sempre o Estado que ditará as regras para o casamento, para o registro da prole, para a aquisição do imóvel. Enfim, ele adentra na vida privada, mas não de maneira invasiva e sim protetiva, com o intuito de garantir toda estrutura social.

Frise-se que o direito de se constituir uma família não é obrigação imposta pelo Estado, mas o dever de alimentá-la sim, uma que vez comprovada a existência do vínculo familiar ou de parentesco. Após a verificação do binômio “necessidade do alimentado” e “capacidade do alimentante”, decorre a obrigação alimentar disciplinada na Lei de Alimentos e, de forma específica, na Lei dos Alimentos Gravídicos.

5 Fontes dos alimentos

O Código Civil, em seu artigo 1694, diz que “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”. Pela interpretação deste dispositivo, é possível verificar, de maneira inequívoca, que as fontes da obrigação alimentar são: relação familiar e relação de parentesco.

A fonte dos alimentos decorrente da relação familiar é aquela estabelecida entre marido-esposa ou companheiro-companheira, quando da dissolução do casamento ou da união estável. A doutrina afirma ser esta uma dilatação do dever de manutenção conjugal, ou seja, uma espécie de solidariedade familiar. Encargo este que perdurará até que a outra parte consiga, financeiramente, se auto administrar.

Já a fonte oriunda da relação de parentesco, por sua vez, é aquela existente entre avô e neto, também denominada de avoenga, entre irmãos, e a mais comum, entre pai e filho.

O Professor, Mestre e Doutor, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), Antônio Cláudio da Costa Machado (2010, p.1375), compartilhando da mesma linha de raciocínio de renomados doutrinadores, tais como Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosendal, é categórico ao afirmar que a obrigação de prestar alimentos surge de uma relação familiar ou de um vínculo existente na relação de parentesco, tomando por fundamento a consanguinidade entre alimentante e alimentado. Matéria esta disciplinada inclusive pelo atual Código Civil, que dispõe também das regras de vocação e distribuição quanto ao encargo alimentar, baseando-se em vínculos probatórios subsistentes.

De outra banda, levando em consideração as fontes supracitadas, se inexistente, comprovadamente, a relação de parentesco, os alimentos deferidos pelo juiz numa

Ação de Alimentos Gravidicos, em face de um suposto pai, é objeto de dúvida o conhecimento de qual fonte esta obrigação decorrerá.

6 Classificação doutrinária dos alimentos

6.1 Aspectos gerais

Doutrinariamente, e para fins meramente didáticos, os alimentos comportam três critérios classificatórios: quanto à causa jurídica, são legítimos, voluntários e indenizatórios; quanto à natureza, são civis e naturais, e quanto à finalidade, são provisionais, provisórios, e definitivos.

6.2 Quanto à causa jurídica

Por esse critério, segundo afirma o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 458), os alimentos se classificam em legítimos, voluntários e indenizatórios. Os legítimos ou legais são devidos em função da relação de parentesco ou da relação familiar e são os únicos disciplinados no Direito de Família. Os voluntários decorrem de um ato voluntário, ou seja, são oferecidos espontaneamente e se subdividem em convencional, que é uma forma de doação por ato inter vivos, com previsão no artigo 545 do CPC, e em testamentário, considerado um ato de última vontade produzindo efeito pós-morte do instituidor e, neste caso, a prestação não excederá a legítima. Finalizando, há os indenizatórios, que são aqueles decorrentes de uma sentença de natureza condenatória, numa ação indenizatória de reparação de dano que resulte do cometimento de um ato ilícito. Vale ressaltar que estes alimentos, assim como os voluntários, têm natureza obrigacional e não familiar, só se admitindo o mecanismo de coerção patrimonial, enquanto o uso da prisão civil é restrito aos alimentos legítimos.

6.3 Quanto à natureza

Quanto a esse critério, os alimentos se classificam em civis e naturais. Os civis, necessários, são destinados a manter não só as necessidades vitais, mas também o *status* social. Já os naturais destinam-se à mera subsistência do alimentado e têm como limite as necessidades primárias básicas.

Hodiernamente, na concepção jurídica de alimentos, tem-se, como regra, a junção dos dois critérios citados. Poderá haver restrições nos vitais, em alguns casos, como por exemplo, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia. Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 457-458) afirma que “o Código Civil de 2002 introduziu expressamente em nosso direito a aludida classificação, restringindo o direito a alimentos, em alguns casos, ao indispensável à subsistência do indivíduo, ou seja, aos civis ou necessários”.

6.4 Quanto à finalidade

Segundo esse critério, os alimentos são especificados da seguinte forma: provisionais; provisórios e definitivos.

Os provisionais são aqueles fixados enquanto há demanda, em razão da premente necessidade do requerente, pois este não poderá ficar desamparado enquanto não sobrevinha sentença. O alimentando, nesse caso, não dispõe de prova pré-constituída sobre a existência de obrigação alimentar. Cite-se, como exemplo, a companheira que ainda não obteve o reconhecimento da união estável ou o filho que está investigando a paternidade.

Os provisórios somente podem ser fixados nas ações de alimentos ou em ações cumuladas com pedidos de alimentos. Exigem prova pré-constituída do parentesco ou da relação familiar e apresentam natureza antecipatória. De acordo com o artigo 4º da Lei 5.478/68, o juiz somente deixará de fixar os alimentos provisórios se a parte dispensá-los. Percebe-se, então, que poderá fixá-los de ofício.

Os definitivos, por sua vez, são os de natureza permanente, mas condicionada à manutenção de uma situação fática subjacente. São aqueles alimentos fixados por sentença ou por homologação do juiz, caso haja acordo entre os litigantes sendo referendado pelo advogado.

Frise-se que qualquer alteração na condição fática autoriza ser revistos esses alimentos numa Ação Revisional de Alimentos ou até mesmo extintos numa Ação de Exoneração de Alimentos.

Ante ao exposto, verifica-se que os alimentos gravídicos se classificam em legais, naturais e provisionais e que, automaticamente, se transformarão em definitivos após o nascimento, com vida, da criança, conforme parágrafo único do artigo 6º da Lei de Alimentos Gravídicos.

7 Requisitos da obrigação alimentar

Para muitos doutrinadores, os alimentos fundam-se no binômio necessidade do credor e possibilidade do devedor. O Código Civil de 2002, no artigo 1.694, § 1º, diz que “os alimentos devem ser fixados na proporção da necessidade do reclamante e dos recursos da pessoa reclamada”.

O Doutor em Ciências jurídicas, Douglas Phillips Freitas diz que

embora se fale em binômio, a teoria moderna, liderada pelo jurista gaúcho e Desembargador do Tribunal de Justiça daquele Estado, Rui Portanova, trata da fixação dos alimentos é realizada por um trinômio,[...]: necessidade, disponibilidade e proporcionalidade. (FREITAS, 2011, p. 61).

Quando o pedido de alimentos vem à baila, no ordenamento jurídico brasileiro, o juiz, com o escopo de aplicar a justiça, procura traçar um parâmetro entre necessidade e capacidade, para fixar um quantum proporcionalmente adequado, com vistas a não assentar pensão alimentícia com valor exacerbado e nem por demais ínfimos, uma vez que a finalidade da obrigação alimentar deve ser apta a atender às

condições dignas de sobrevivência daquele que a pleiteia. Perceptível é que, na prática, faz uso da teoria moderna supracitada.

Cabe ressaltar que a necessidade é presumida quando se trata de filhos menores, por óbvio, incapazes, levando-se em consideração que gozam do direito de serem sustentados, guardados e educados, em decorrência do poder familiar exercido sobre esses. Quando não se tratando de filhos, deve atentar-se para que os alimentos não sejam considerados recompensa para os aproveitadores e descompromissados da vida.

No que tange ao quantum fixado na ação de alimentos, este é mutável, podendo sofrer variação de acordo com as condições sociais, tanto daquele que fornece os alimentos, quanto daquele que os recebe. Assim sendo, poderão ser revistos quando sobrevier fato que diminua os rendimentos salariais do alimentante ou, ao revés, ser majorado caso haja aumento patrimonial. Pode ainda o alimentante ser exonerado da referida obrigação quando, por exemplo, o alimentado completar a maioridade e não estiver frequentando ensino superior.

O Novo Código Civil, Lei nº 10.406/02, em seu artigo 1.694, já transcrito em tópico anterior, indica quais são os sujeitos da obrigação alimentícia, deixando de forma transparente que os alimentos são devidos entre cônjuges, companheiros e parentes. Diante disso, percebe-se a necessidade da existência dos requisitos supracitados e do vínculo decorrente da relação familiar ou da relação de parentesco. Na relação familiar, os alimentos somente serão devidos após sua dissolução. Enquanto perdurar a relação, o dever existente entre o casal é o de assistência material e não o de alimentos, visto que aquele se funda quando finda a relação. Na relação de parentesco, o artigo 1697 do Código Civil disciplina a matéria, aduzindo que “na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada à ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais”.

Desse modo, podem pleitear alimentos em linha reta ascendentes e descendentes sem limitações e os colaterais até o segundo grau, primos.

A Desembargadora aposentada Maria Berenice Dias faz crítica ferrenha ao dispositivo citado, pelo fato de parentes de terceiro e quarto grau terem direito a receber herança, quando inexistirem parentes mais próximos, e não terem a obrigação de fornecer alimentos, ferindo assim o princípio da reciprocidade. Ainda se fere também o princípio da solidariedade, uma vez que um familiar deve ajudar o outro que não tem condições para sua manutenção. Para ela, não há como reconhecer direitos aos parentes e não lhes atribuir deveres. Se esta não fosse a intenção do legislador, o art. 1.694 simplesmente diria: “Podem os parentes, até o segundo grau [...] pedir alimentos uns aos outros”.

Percebe-se que o Código Civil usa uma linguagem clara para imputar obrigação alimentar aos parentes (sendo que os pais serão chamados em primeiro lugar), alicerçada na existência da necessidade, da possibilidade e do vínculo de consanguinidade.

Mesmo sendo o vínculo um dos requisitos da obrigação alimentar, o que é discutível é a (in) ocorrência de sua violação quando o juiz defere o pedido de alimentos numa Ação de Alimentos Gravídicos. Outro ponto questionável é se a Lei 11.

804/2008 gera ou não um conflito de normas e se esta entra em rota de colisão com o artigo 1.694 do atual Código Civil.

8 Características do direito aos alimentos

À luz doutrinária, o direito aos alimentos possui as seguintes características: personalíssimo, que são aqueles deferidos em razão da pessoa, cujo objetivo é proteger a integridade física e psíquica daquele que os pleiteia; transmissível, nos termos do artigo 1.700 do CC/02, “a obrigação alimentícia transmite-se aos herdeiros do devedor [...]”; incessível, o direito a alimentos sendo personalíssimo inadmite cessão e penhora, como se depreende do art. 1.707 do CC /02: “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”; impenhorável e incompensável, não se admite penhora e nem compensação, salvo para o cumprimento de outra obrigação da mesma natureza, por exemplo, desconto no benefício previdenciário destinado a pagamento de alimentos; imprescritível, não há prazo prescricional para a propositura de alimentos. Atente-se que imprescritível é a pretensão em pleitear os alimentos, mas a execução prescreve em dois anos; intransacionável, os alimentos não podem ser objeto de transação; e, por último, irrestituível ou irrepetível, não se restitui o que foi pago a título de alimentos, porque sua natureza extrapatrimonial impossibilita restitui-los, mesmo que a ação seja julgada improcedente ou que em grau de recurso haja a modificação da decisão anterior, suprimindo ou reduzindo o montante.

Lembre-se que os alimentos são destinados a garantir a subsistência do alimentado, bem como à aquisição de bens de consumo necessários à realização da dignidade humana, mantendo-se, sempre que possível, sua condição social. Portanto, inquestionável é sua devolução.

Como foi dito, a irrepetibilidade não está expressa em lei, mas a doutrina de modo límpido a vislumbra. Neste sentir, Carlos Roberto Gonçalves afirma:

Os alimentos uma vez pagos são irrestituíveis [...] É que a obrigação de prestá-los constitui matéria de ordem pública e só nos casos legais podem ser afastadas, devendo subsistir até a decisão final em contrário [...] Quem pagou alimentos, pagou uma dívida, não se tratando de simples antecipação ou de empréstimo (2009, p. 477).

Na mesma linha de entendimento tem se manifestado a jurisprudência. Veja o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em acórdão do Relator Desembargador Kildare Gonçalves de Carvalho:

EMENTA: EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS – EX-CÔNJUGE –ALIMENTADA – CONSTITUIÇÃO DE UNIAO ESTÁVEL – ARTIGO 1.708, CÓDIGO CIVIL – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – IMPOSSIBILIDADE. Provada nos autos a constituição de união estável pelo cônjuge credor dos alimentos, impõe-se a procedência do pedido de exoneração da pensão paga pelo cônjuge alimentante. Aplicação do artigo 1.708, do Código Civil. Não há falar em devolução dos valores pagos a título de pensão alimentícia, eis que os alimentos prestados são irrepetíveis.

Nega-se provimento aos agravos retidos e dá-se parcial provimento ao recurso. (TJMG - APELAÇÃO CÍVIL Nº 10024.03.184192-7/002 – COMARCA DE BELO HORIZONTE [...] RELATOR: EXMO. SR. DES. KILDARE CARVALHO, julgado em 19/09/2007 e publicado em 04/05/2007).

Nessa ordem de ideias, não poderia ser diferente, quanto à aplicação da referida característica aos alimentos gravídicos. Nestes, também, não há como falar em devolução, nem punição da requerente, muito menos indenização, quando não for comprovada a paternidade, se a gestante agiu de boa-fé.

Ressalte-se que o artigo 8º da Lei 11.804/08 dispunha: “havendo oposição à paternidade, a procedência do pedido do autor dependerá da realização de exame pericial”. Dispositivo este que prevê a possibilidade da comprovação da perfilhação paterna. Acertadamente, foi vetado pelo presidente, por entender que exame pericial não é cláusula para procedência de litígio, e sim elemento de prova, além do que o dispositivo em foco, se aplicado fosse, poderia colocar em risco a vida do nascituro, quando da retirada do líquido amniótico para realização do exame de DNA, havendo, inclusive, unanimidade sobre o assunto na comunidade médica.

Diante desta impossibilidade, e conseqüentemente sendo a paternidade presumida, o judiciário tem se portado de maneira cautelosa na concessão dos alimentos gravídicos. Por mais frágil que sejam as provas, estas deverão existir. É o que se infere do julgado do Tribunal de Justiça do rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS DE CONVICÇÃO SEGUROS A ATESTAR A ALEGADA PATERNIDADE. No caso, não se fazem presentes os requisitos autorizadores à fixação de alimentos gravídicos, o que reclama nos termos do art. 6º da Lei nº 11.804/08, elementos de convicção seguros o bastante a atestar a alegada paternidade, e que aqui inexistem, já que nada foi colacionado ao instrumento a sinalizar a possível existência de uma relação amorosa havida entre a agravante e o suposto pai em período próximo à época da concepção, nada havendo, assim, a assinalar o indigitado liame parental. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO, POR MAIORIA. (Agravado de Instrumento Nº 70049264633, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 12/07/2012).

Percebe-se que, não basta indicar o suposto pai, faz-se necessária também a presença de fundados indícios de paternidade apresentados na exordial pela genitora, quando se quer pleitear alimentos gravídicos. A título de exemplo, citem-se: fotografias, e-mails, cartas, testemunhas dentre outras provas lícitas que visam formar o convencimento do magistrado.

Outro ponto importante e, portanto, objeto de ressalva em linhas gerais, é que, assim como no artigo supracitado, houve também a vedação do artigo 10 da referida lei. Neste, havia previsão da hipótese da aplicabilidade da responsabilidade objetiva à genitora, pelos danos materiais e morais, nas Ações de Alimentos Gravídicos, diante a negativa de paternidade conferida pelo exame de DNA. Estipulava em seu parágrafo

único que a indenização seria líquida nos próprios autos. Segundo Douglas Phillips Freitas é a razão do veto:

Trata-se de norma incriminadora, pois cria hipótese de responsabilidade objetiva pelo fato de se ingressar em juízo e não obter êxito. O dispositivo pressupõe que o simples exercício do direito de ação pode causar dano à terceiro, impondo ao autor o dever de indenizar, independente da existência de culpa, media que atenta contra o livre exercício do direito de ação (2011, p. 33-34).

Conquanto seja absolutamente perceptível a irrepetibilidade dos alimentos gravídicos devido à sua finalidade, ocorre a indagação sobre a natureza jurídica da sentença que condena a restituição do valor havido, fundado na má-fé, nas Ações de Alimentos Gravídicos. Assim sendo, essa sentença é desconstitutiva ou condenatória pela imputação de uma obrigação a quem não lhe era devida.

9 Da boa-fé objetiva como fonte de obrigação

9.1. Exposição geral do instituto da boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva, princípio aplicável de um modo geral a todo direito, pode ser entendida como a evolução do conceito de boa fé, que sai do plano intencional, boa-fé subjetiva, para o plano de conduta contratual ética, de confiança, de honestidade, de lisura, de certeza, de segurança e de lealdade entre as partes pactuantes, boa-fé objetiva. Por ter sua origem no direito romano, sob a influência do cristianismo, como afirmam os doutrinadores, a boa fé decorre da máxima cristã, que comporta dos seguintes dizeres: “não basta estar bem intencionado, pois de boas intenções o inferno está cheio”.

O instituto em análise guarda relação com o princípio já analisado em tópicos anteriores, qual seja o da dignidade da pessoa humana. Entretanto, foi expresso como norma primeiramente na Lei 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 4º, III; e posteriormente, transposto, por Miguel Reale, para o Código Civil /02, mais precisamente em seus artigos 113, 187, 422. Estando agregada, também, nos pilares deste Código.

Sobreleva, assim, perceber que a boa-fé objetiva é a solidificação do princípio da eticidade, fixada na lealdade contratual das partes. Está relacionada, também, com o princípio da socialidade, no que diz respeito à análise dos institutos civis que devem ser interpretados de acordo com o contexto social. Não poderia estar ela, a boa-fé, indiferente quanto ao princípio da operabilidade, uma vez que este conferirá ao juiz maior campo de atuação na aplicação das cláusulas gerais e dos conceitos abertos existentes no próprio Código Civil. Significa dizer que o magistrado presumirá a incidência da boa-fé e a má-fé deverá ser provada.

Valem destacar doutrinariamente as funções da boa-fé objetiva, quais sejam: integrativa, reativa e interpretativa.

A boa-fé como função integrativa encontra-se fundamentada no art. 422 do CC/02, que diz: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do

contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” Este dispositivo diz que a boa-fé deverá estar presente na fase de conclusão e na fase de execução do contrato. Percebe-se que nada dispôs sobre a fase das tratativas, cabendo, então, tanto à jurisprudência quanto à doutrina, disciplinar o assunto.

Neste sentir, para o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2009), a boa-fé deve estar presente tanto nas tratativas, quanto na formação e mais, na execução do contrato, para que ninguém se beneficie da própria torpeza, sendo entendimento majoritário de que negociação que surge na fase pré-contratual possui natureza extracontratual.

A boa-fé como função reativa alicerça-se no art. 187 do CC/02 que dispõe: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. A norma em comento diz respeito à figura do abuso de direito, situando-o no rol dos atos ilícitos. Para o doutrinador Antônio Cláudio da Costa Machado (2010, p. 179), o titular de um direito deverá exercê-lo de maneira equilibrada, tendo como norte a boa fé, a probidade e os bons costumes.

Desse modo, se detectado o abuso de direito em uma cláusula contratual, está será nula por ilicitude do objeto com fundamento no artigo 166, inciso II, do Código Civil. E mais, a Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF/STJ), em seu enunciado 37, informa que “a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”. Conclui que, no abuso de direito, não há perquirição de culpa, adotando, portanto, a responsabilidade objetiva.

Vale pontuar a existência de um confronto com o ato ilícito puro do artigo 186 do CC, cuja responsabilidade é de natureza subjetiva, ou seja, para este dispositivo, adota-se o modelo subjetivo culposo de responsabilidade, com o ato ilícito do artigo 187 do CC que, como visto no parágrafo anterior, adota o modelo objetivo, pois a responsabilidade a ele aplicada é objetiva.

A boa-fé como função interpretativa solidifica-se no art. 113 do CC, que diz: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Por meio deste dispositivo, pode-se dizer que as relações contratuais devem ser favoráveis àqueles que se pautam pela boa-fé, vez ser esta princípio basilar do Código Civil, devendo estar presente em todos os negócios jurídicos.

No direito comparado, principalmente o alemão, desenvolveu-se a boa-fé objetiva, pós-guerra mundial, relacionando-a com os deveres inerentes à obrigação principal, chamados pela doutrina de deveres anexos ou laterais. Como deveres anexos em relação à outra parte do negócio jurídico, podem ser citados o respeito, o cuidado, a informação, a colaboração ou cooperação, a transparência, a confiança, o agir com honestidade e a razoabilidade.

É relevante citar que, no caso de inadimplemento decorrente da quebra de deveres anexos, fato este denominado pelos doutrinadores de Violação Positiva do Contrato, aplica-se a responsabilidade objetiva, por não se tratar de inadimplemento absoluto nem de relativo, e sim autônomo, conforme o disposto no Enunciado 24 da Jornada de Direito Civil do CJF: “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.

9.2 *Má-fé da gestante*

À luz do exposto, o ordenamento jurídico brasileiro está alicerçado na boa-fé, devendo esta ser palco dos atos praticados pelas partes. Sendo assim, tanto no direito material quanto no processual, as declarações dos litigantes devem imbuir-se de boa-fé.

Em posição antagônica, encontra-se a má-fé. Condutas de má-fé perpetram contra a dignidade da justiça, devendo ser extirpadas sempre que detectadas. A má-fé encontra-se também configurada quando há o abuso no exercício de um direito processual, conforme afirma o art. 187 do CC, supratranscrito. Anne Joyce Angher (2005, p. 75) a conceitua assim: “A má-fé é o oposto da boa-fé ou boa intenção. É a vontade deliberada de praticar um ato prejudicial a outrem, tendo consciência do injusto e da falta de razão”.

O Código de Processo Civil impõe às partes tanto o dever de expor os fatos em juízo conforme a verdade, como também de se portar com lealdade e boa-fé. Partindo desses ditames legais, a gestante que peticiona alimentos a um suposto pai, alcançando o convencimento do magistrado, mediante apresentação das provas indiciais que compõem a exordial, conforme a interpretação do art. 6º da Lei 11.804/08, tendo ciência que suas alegações são inverídicas e, portanto, passíveis de causar dano, tanto moral quanto patrimonial a outrem, age impregnada pela má-fé. Tal conduta quebra a boa-fé objetiva e, conseqüentemente, contraria o sistema jurídico brasileiro. Neste contexto, indaga-se sobre a possibilidade de reembolso do quantum pago injustamente a título de alimentos gravídicos, vez que estes não contêm caráter de restituição.

À luz da Lei dos Alimentos gravídicos inexistente tal possibilidade, uma vez que houve a vedação do seu artigo 10, caput e parágrafo único. Neles havia previsão de negativa de paternidade, culminando com a indenização líquida nos próprios autos.

Referida Lei esclarece ainda, expressamente, no seu art.11, que a Lei dos Alimentos, cuja característica principal é a irrepetibilidade alimentícia, é diploma suplementar. Por esse motivo, pode-se dizer que à Lei dos Alimentos Gravídicos aplicar-se-á, também, tal característica.

Douglas Phillips Freitas diz que

[...] por meio da ação indenizatória, contra a autora da Ação de Alimentos Gravídicos quando provado o abuso de direito; e contra o verdadeiro pai por locupletamento, afinal, enriqueceu-se este por não pagar os alimentos ao filho, deixando ao encargo de outro o pagamento (2011, p. 112).

Percebe-se que, para ele existem duas formas de se buscar a restituição do injusto pagamento no caso de Alimentos gravídicos.

9.3. *Má-fé (ação)*

Tem-se doutrinariamente que uma das fontes das obrigações é o ato ilícito, com previsão legal no artigo 186 do Código Civil. Logo, a gestante que, com sua conduta, vai de encontro a esse dispositivo viola direito subjetivo da parte contrária e, conseqüentemente, causa dano patrimonial e/ou moral, a um cidadão que não é o

verdadeiro pai da sua prole, cometendo assim ato ilícito passível de indenização nos termos do artigo 927 do mesmo diploma legal.

Atente-se que, para a caracterização de um ilícito, é imprescindível que se comprove a presença de três elementos, qual sejam: primeiro, a existência de um fato lesivo voluntário, ou seja, uma conduta consciente à lesividade de um direito subjetivo; segundo, a existência de um dano que tenha o condão de gerar prejuízo a outrem e, terceiro, o elo entre a conduta lesiva e o dano, denominado pela doutrina de nexo causal.

A partir dessa compreensão, fica translúcido que a má-fé, contida na conduta da requerente nas Ações de Alimentos Gravídicos, causa um dano ao requerido. Esse dano se arraigado a prejuízos, por sua vez corresponde a um ilícito, cuja natureza é indenizável, pela aplicação da responsabilidade civil extracontratual cometida, por força do disposto no artigo 186 e no artigo 927, ambos do Código Civil de 2002.

10 Conclusão

A Lei nº. 11.804/2008, que regulamenta a Lei dos Alimentos Gravídicos, nasce e se aflora com o intuito de proteger a vida e confirmar a paternidade responsável, almejada pela Constituição Federal, respectivamente, no artigo 5º caput e § 7º do artigo 226 e demais legislações. Em busca desses objetivos e levando em consideração que a ciência jurídica direciona-se no sentido de tutelar a vida, é primordial dar proteção àquele que necessita de uma visão voltada para o seu desenvolvimento intrauterino.

Neste sentir, nas Ações de Alimentos Gravídicos quando há o empasse entre a necessidade do nascituro e a impossibilidade da comprovação do vínculo paterno, aquele prevalecerá sobre este. Isso porque impor dever e obrigação, provisórios, a um alegado pai é mais razoável do que suprimir o direito à vida do nascituro que busca, por meio de uma representação, o devido amparo legal. Significa dizer que o juiz, em caráter de urgência, sentenciará fundando em indícios de provas, colocando a vida em detrimento do patrimônio, garantindo assim a dignidade da pessoa humana desde a concepção.

Diante do exposto, após o nascimento da criança, se comprovada a negativa de paternidade por meio do DNA, inexistente meio legal que ampare a devolução dos créditos recebidos no decorrer da gravidez. Percebe-se que a penalidade da mãe pela conduta indevida praticada em desfavor do suposto pai não estará sob o foco da restituição alimentícia devido seu caráter de irrepeditibilidade.

Os valores recebidos injustamente servirão apenas de base de cálculos para uma possível indenização. Desta feita, a gestante que de má-fé violou o princípio da boa-fé objetiva ao imputar uma paternidade inverídica, causando prejuízos a quem não lhe era devido, feriu a boa-fé criativa, originando a obrigação principal de reparação de danos.

Neste contexto, a responsabilidade é subjetiva, havendo a necessidade daquele que se sentir prejudicado buscar o judiciário por meio da Ação de Indenização, tanto no campo patrimonial quanto no campo moral. O escopo dessa ação é provar a ilicitude do ato cometido pela gestante, buscar o ressarcimento do quantum que lhe foi injustamente cobrado e dos prejuízos morais a ele agregados, pela litigância de má-fé.

Assim, verificou-se que sob essa perspectiva inexistente a possibilidade do magistrado sentenciar desconstituindo os créditos supracitados. Desse modo, concluiu-se que a natureza jurídica da sentença que condena a restituição dos valores havidos de má-fé nos alimentos gravídicos é uma condenatória. Esta encontra fundamento legal na combinação do artigo 186 com o artigo 927, ambos do Código Civil/2002, dando aplicabilidade à responsabilidade extracontratual pela prática do ato ilícito cometido pela gestante, tendo como consequência a indenização pelos prejuízos causados. Assim, são atendidos os anseios sociais daqueles que se encontram em busca da justiça.

Referências

ANGHER, Anne Joyce. *Litigância de má-fé no Processo Civil*. São Paulo: Rideel, 2005.

BRASIL. *Código Civil*. Vade Mecum. 13 ed. atual. e ampl. São Paulo: Rideel, 2012.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Vade Mecum. 13 ed. atual. e ampl. São Paulo: Rideel, 2012.

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

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 9 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASTRO, Flávia Lages. *História do Direito Geral e Brasil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FREITAS, Douglas Phillips. *Alimentos gravídicos: comentários à Lei n. 11.804/88*. 3 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 6.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Manole, 2010.

MARTINS COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; JUNY CHINELLATO, Silmara. *Código Civil Interpretado*. 3 ed. São Paulo: Manole, 2010.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de MG. Exoneração de alimentos – ex-cônjuge – alimentada – constituição de uniao estável – artigo 1.708, código civil – repetição de indébito – impossibilidade. *Apelação cível n. 10024.03.184192-7/002*. Relator: Exmo. Sr. Ses. Kildare Carvalho. Belo Horizonte. Disponível em: < www.tjmg.gov.br>. Acesso em: 22 jul. 2012.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do RS. Ação de alimentos gravídicos. ausência de elementos de convicção seguros a atestar a alegada paternidade. Agravo de Instrumento n. 70049264633. Oitava Câmara Cível. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Rio Grande do Sul, 12 de julho de 2012. Disponível em: < www.tjrs.gov.br>. Acesso em: 30 jul. 2012.

VENOSA, Sílvio Rodrigues. *Direito Civil*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 6.



JURISVOX
N. 14, VOL. 2, DEZ. 2013
SEÇÃO DOCTRINA

O aplicativo LULU: a responsabilidade da empresa desenvolvedora pelas “avaliações” feitas pelas usuárias

LULU application: the responsibility of the developer company for the “evaluations” made by the users

Demócrito Reinaldo Filho

Juiz de Direito da 32ª. Vara Cível do Recife.
E-mail: demo@ibdi.org.br

Resumo: O presente trabalho tem por escopo realçar as discussões jurídico-legais em torno do aplicativo Lulu, que tem acarretado para as usuárias, e também para não usuários, diversos problemas decorrentes do uso indevido, indiscriminado ou não autorizado das permissões conferidas pelo aplicativo. Procura-se destacar, no artigo, a responsabilidade não das usuárias diretas do aplicativo, mas sim da empresa que promoveu o desenvolvimento do mesmo e, conseqüentemente, tornou possível a sua utilização por um sem-número de usuárias.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Aplicativo lulu. Criadores. Desenvolvedores.

Abstract: The present work has the purpose to enhance the legal discussions about Lulu computer application, which has led to the users, and also to non-users, several problems arising from misuse, unauthorized use or indiscriminate use of the permissions granted by the application. We will try to highlight, in the article, not the responsibility of the direct users of the application, but rather the responsibility of company which promoted its development and, consequently, made possible its use by a large number of users.

Keywords: Liability. LULU Computer Application. Creators. Developers.

A mais nova febre da Internet brasileira em termos de aplicativo social tem sido o “Lulu”³⁵, desenvolvido exclusivamente para mulheres. Lançado há apenas poucas semanas no Brasil (no dia 20 de novembro), o aplicativo para telefones celulares (smartphones) já se tornou o mais baixado nas lojas virtuais³⁶. Desde então, tem dividido opiniões e já enfrenta problemas na Justiça.

O aplicativo permite que mulheres façam avaliações de homens com quem já se relacionaram. O programa não permite que as mulheres façam seus próprios comentários, mas apenas respondam perguntas com respostas de múltiplas escolhas, através da atribuição de *hashtags*³⁷ como #bomdecama, #nãooliganodiaseguite,

³⁵ <http://company.onlulu.com/>

³⁶ Os desenvolvedores não divulgaram números definitivos sobre a quantidade de usuárias, mas se sabe que já passou de 1 milhão. Segundo a empresa, já foram feitos mais de 5 milhões de downloads do *app*.

³⁷ *Tags* são palavras-chave (relevantes) ou termos associados a uma informação, tópico ou discussão que se deseja indexar de forma explícita no aplicativo *Twitter*, e também adicionado

#bomhalito, #nãoquernadacomnada etc. As notas (cujo conjunto gera uma nota final de 1 a 10) podem ser dadas em sete categorias: aparência, humor, primeiro beijo, educação, ambição, sexo e compromisso. Quem é do sexo masculino tem acesso restrito e não pode interferir e nem ver as avaliações, tendo ciência apenas da quantidade de visualizações que seu perfil teve. Os homens aparecem automaticamente na base de dados do “Lulu”, que “importa” os perfis do *Facebook*. Na página do “avaliado” no aplicativo, são visíveis, somente para as usuárias (mulheres), as *hashtags* (etiquetas) relativas às avaliações, bem como a nota (final) que é atribuída ao indivíduo.

Aqueles que pretendem ficar fora das avaliações têm que fazer um pedido para que seu perfil seja retirado, no próprio site do *Lulu*³⁸. A bem da verdade, nenhuma pessoa do sexo masculino sabe se está sendo avaliada, pois, sem ter acesso, precisa se valer de alguma amiga para ingressar no programa e investigar se seu perfil foi incluído.

Há uma grande discussão sobre a legalidade desse aplicativo. Muitos argumentam que funciona como uma ferramenta para invasão da privacidade alheia. Outros vão até mais além, aduzindo que se trata de “uma plataforma perigosa, propícia para disseminar mentira, vingança e *cyberbullyng*”³⁹. Para o advogado Alessandro Miranda, que escreveu artigo recentemente sobre as implicações jurídicas do Lulu, “o software conclama a segregação entre os sexos, a ditadura da imagem e o anonimato das declarações, ensejando discriminações absurdas”⁴⁰. Ele argumenta que, do ponto de vista técnico-jurídico, o funcionamento do Lulu implica em direta violação ao art. 5º., incs. V, X e XII, da CF, que garantem o direito à intimidade, vida privada, imagem e honra. Sustenta, ainda, que no aplicativo Lulu os seus desenvolvedores garantem participação às mulheres de forma anônima e anunciam esse aspecto como forma de atrair público, mas isso impede o direito de resposta e a responsabilização (de quem faz a avaliação), além do que a nossa Constituição garante a liberdade de expressão, mas veda o anonimato (art. 5º., IV). Considera, por fim, que o modo de funcionamento do programa também desrespeita normas consumeristas, já que impede que os homens tenham acesso às informações arquivadas sobre eles bem como não os comunica previamente da abertura do cadastro de suas informações, em claro desrespeito ao que preceitua o art. 43 do CDC.

Existe um movimento pela desativação do Lulu, com abaixo-assinado digital⁴¹. Já foi inclusive ajuizada a 1ª ação judicial no Brasil contra a empresa que desenvolveu o

ao *Facebook* e/ou *Instagram*. *Hashtags* são compostos pela palavra-chave do assunto antecedida pelo símbolo *cerquilha* (#). (Cf. *Wikipedia*).

³⁸ No final da página onde estão contidas informações sobre o funcionamento do Lulu, existe o botão “Remover meu perfil do Lulu”, onde os homens que não querem ser vistos podem ser excluídos do programa – ver em: http://company.onlulu.com/br/how_lulu_works

³⁹ É a análise que faz a psicóloga Alexandra Araújo, em entrevista para o jornal *O Dia*, publicada em 28.11.13. Acessível em: <http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2013-11-27/aplicativo-lulu-em-que-meninas-avaliam-rapazes-e-contestado-na-justica.htm>

⁴⁰ “LULU: as implicações legais do aplicativo mais controverso da Internet”, artigo publicado no site *JusBrasil*. Acessível em: <http://advalessandro.jusbrasil.com.br/artigos/112160120/lulu-as-implicacoes-legais-do-aplicativo-mais-controverso-da-internet>

⁴¹ Ver em: <https://www.change.org/petitions/lulu-shut-down-lulu>

aplicativo e o *Facebook*, por um estudante de Direito de 26 anos⁴². Ele se sentiu ofendido ao saber que foi avaliado com nota negativa e que na sua avaliação estavam coladas “etiquetas” como #NãoLigaNoDiaSeguinte, #CaiDeBoca e #SafadoNaMedidaCerta⁴³. Segundo seu advogado, “é notória a imprudência praticada pela ré, porquanto se utiliza das informações pessoais do autor expondo sua honra, bom nome e a intimidade à milhares de usuárias do programa, violando flagrantemente preceitos e garantias constitucionais”⁴⁴. Logo depois, o Ministério Público do Distrito Federal instaurou um inquérito civil contra o *Facebook* e a *Luluwise Incorporation* (empresa desenvolvedora do Lulu), para investigar suspeitas de “ofensa a direitos da personalidade de milhões de usuários do sexo masculino”⁴⁵.

Os desenvolvedores do programa, por sua vez, dizem que as opções fixas e limitadas, através de *hashtags*, para avaliação, evitam a possibilidade de difamação. “O Lulu não é um app de vingança, mas de compartilhamento de informações”, explica a criadora do aplicativo, Alexandra Chong⁴⁶. Para o advogado Luiz Fillipe Cardoso, a ferramenta é apenas um meio pelo qual ocorre a violação dos direitos de uma pessoa e não deve ser o alvo do processo. “Para a lei, não há um destaque específico ligado ao Lulu. Ele não se diferencia de uma ofensa que uma pessoa possa fazer a outra no mundo real. Poderia ser por carta, por telefonema ou qualquer outro veículo”, explica⁴⁷. Parece que o Prof. Carlos Affonso, da FGV, também enxerga o programa Lulu como um mero intermediário na disponibilização do conteúdo e não vê uma ilicitude inata no seu funcionamento, mesmo em face do anonimato que promete para as usuárias que fazem as avaliações. Ele lembra, em relação a esse ponto, que as identidades delas podem ser reveladas na Justiça. “O Lulu resguarda o anonimato para o seu uso lícito, mas, em casos de danos para outra pessoa e isso gerar um requerimento judicial, ele poderia indicar em qual IP está o comentário que foi feito. Assim, se a vítima de um eventual dano quiser processar, processe quem efetivamente fez o comentário e não o provedor, que assume o papel de intermediário”, sustenta⁴⁸. Por fim, os que defendem a legalidade do programa lembram que o “avaliado” pode requerer sua exclusão do sistema, como o faz a diretora da agência de Lulu no Brasil,

⁴² O processo, uma ação de indenização por danos morais (1012716-43.2013.8.26.0016), tramita perante a 2ª. Vara do Juizado Especial Cível de Vergueiro-MG.

⁴³ Ver notícia publicada no site Migalhas, em 27.11.13. Acessível em:

<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI191281,91041-Estudante+de+Direito+ajuiza+acao+contra+aplicativo+Lulu+que+avalia>

⁴⁴ Ver cópia da petição em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2013/11/art20131127-02.pdf>

⁴⁵ Ver notícia publicada no UOL, em 02.12.13, em:

<http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2013/12/02/app-lulu-e-alvo-de-investigacao-por-ofensa-a-direito-de-personalidade.htm>

⁴⁶ Ver notícia na Forbes Brasil, publicada no dia 26.11.13. Acessível em:

<http://forbesbrasil.br.msn.com/negocios/h%C3%A1-uma-semana-no-brasil-lulu-%C3%A9-o-aplicativo-mais-baixado-em-app-stores>

⁴⁷ Ver reportagem em: <http://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2013/11/justica-brasileira-nao-garante-anonimato-do-app-lulu.html>

⁴⁸ Ver reportagem em: <http://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2013/11/justica-brasileira-nao-garante-anonimato-do-app-lulu.html>

Caroline Andreis. "Temos uma série de proteções para o produto e para os usuários, incluindo uma política de retirada progressiva e responsiva. Quem não deseja ser avaliado pelas mulheres da sua vida no Lulu, vamos tirá-lo imediatamente. Tudo o que tem a fazer é enviar um e-mail para privacy@onlulu.com", completa a diretora⁴⁹.

Em nossa opinião, a maneira como está estruturado o aplicativo e como seus controladores anunciam suas funcionalidades faz com que se tornem responsáveis solidários por qualquer ato dos seus usuários que possa resultar em prejuízo de terceiro. Ainda que o programa não tenha sido criado com a intenção de se tornar uma plataforma eletrônica para difamar pessoas, é inegável que pode trazer intoleráveis efeitos colaterais, em termos de constrangimentos aos indivíduos que não querem ter seus perfis submetidos a uma avaliação pública, no tocante a diversos aspectos relacionados à personalidade e ao comportamento social. Por isso, a empresa que desenvolveu e mantém o programa em funcionamento, a *Luluwise Incorporation*, pode ser demandada como responsável solidária em qualquer ação judicial em que uma pessoa (do sexo masculino) se sinta lesada em decorrência de avaliações feitas utilizando-se seu nome ou imagem.

É que, ao contrário do que se pode supor, o aplicativo não pode ser considerado um provedor de serviço que apenas serve como conduto para a publicação de informações no meio digital. Não se trata de mero condutor da informação e, portanto, indene à responsabilização, à consideração de que não teria o dever nem meios de monitorar o conteúdo que é postado por seus usuários. A concepção de que os provedores de serviço na Internet não podem ser responsabilizados por material informacional ilícito que transita em seus sistemas, quando produzido diretamente por seus usuários, foi construída na jurisprudência alienígena⁵⁰ e depois consagrada nos tribunais pátrios⁵¹. Os prestadores de serviços na Internet, como os mantenedores de

⁴⁹ Ver reportagem em: <http://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2013/11/justica-brasileira-nao-garante-anonimato-do-app-lulu.html>

⁵⁰ No caso *Cubby, Inc. v. CompuServe*, um dos primeiros julgados sobre difamação na Internet (em 1991), a Corte Distrital de Nova Iorque concluiu que o provedor não teve oportunidade de rever o conteúdo da publicação antes dela ser enviada para o seu sistema, daí que não podia ser responsabilizado pela mensagem eletrônica. Esse caso emergiu como resultado de uma ação judicial contra um dos maiores provedores de serviços *on line* do mundo, a CompuServe. Nesse caso, *Cubby, Inc. v. CompuServe*, uma mensagem eletrônica foi distribuída por via de um sistema de fórum *on line*, mantido pela CompuServe à disposição de seus usuários, contendo mensagens difamatórias sobre um provedor rival (*Cubby*). A Corte Distrital de Nova Iorque entendeu que, sem poder examinar e sem ter controle sobre a informação que circulava em seu sistema, a CompuServe não podia ter conhecimento do caráter danoso da mensagem, sendo isentada de responsabilidade. A partir do julgamento desse caso, fortaleceu-se na jurisprudência estrangeira o princípio geral de que o operador de um site não pode, em regra, ser responsabilizado pelas mensagens postas em serviços eletrônicos de mensagens, à falta de controle editorial, já que, nesses casos, quem faz a "fixação prévia da mensagem para comunicação ao público" não é ele, mas sim um usuário do sistema.

⁵¹ Ver artigo de nossa autoria, intitulado "Julgados sobre a Responsabilidade dos Provedores", publicado no site *Consultor Jurídico*, em 20.02.13, onde fazemos uma análise da evolução da jurisprudência nacional em torno do tema da responsabilização dos provedores por publicações

sites de relacionamento (redes sociais), de fóruns eletrônicos de discussão e de canais de chat não têm controle sobre o conteúdo das informações que transitam em seus sistemas, por causa das tecnologias que empregam. Simplesmente permitem que mensagens, fotos e vídeos sejam postados instantaneamente, em espaços (virtuais) que fornecem em seus sistemas para que o usuário (internauta), por sua própria conta e iniciativa, edite (publique) a informação. Como não dispõem de controle editorial sobre as publicações (que são feitas de forma instantânea), concebe-se que eles não podem ser responsabilizados pelo que seus usuários publicam, a não ser se, comunicados posteriormente pelo ofendido, não tomam a iniciativa de retirar o material ofensivo⁵² ou não propiciam a identificação do autor primitivo da publicação.

Mas tal construção jurisprudencial (e doutrinária) só se aplica a provedores de serviços editorialmente neutros, ou seja, àqueles que não incentivam ou de qualquer forma colaboram para o tipo de conteúdo informacional que é veiculado por seus usuários. Para um provedor de serviço (aplicativo) que adota um código de conduta ou comportamento específico – como no caso do Lulu, voltado a propiciar a “avaliação do desempenho de pessoas” -, ele se torna responsável pelos conteúdos que circulam no seu sistema. Se o operador do sistema encaminha os usuários para a prática de uma atividade específica – a publicação de informações sobre particularidades de outras pessoas, obviamente que a ele não se aplica o padrão de responsabilidade de um provedor que se limita a fornecer espaço para que o usuário por sua própria conta e iniciativa promova a edição de conteúdos (como, p.ex., um serviço de *webhosting*).

No caso do programa Lulu, o seu desenvolvedor, em razão do trabalho que empreende, não apenas está em condições de controlar as publicações, mas ele próprio escolhe que tipo de informação pode ser publicada (as *hashtags* ou etiquetas) e como as pessoas (do sexo masculino) são avaliadas. Desse poder de controle e da “linha editorial” que escolheu, decorre a responsabilidade pela publicação de informações danosas. A pressuposição é de que, se decide deixar que publiquem esse tipo de conteúdo, é porque tem conhecimento da natureza da informação publicada. Por essa razão, responde solidariamente com a pessoa que posta a informação (escolhe a *hashtag* dentre as que lhe são oferecidas no sistema).

A estruturação e a própria finalidade do programa Lulu realmente coloca o seu operador/controlador em posição que o diferencia de outros prestadores de serviços na Internet. Já que conclama mulheres a realizar avaliações do desempenho ou das características particulares de pessoas do sexo oposto, não pode invocar o princípio da não responsabilização pelo conteúdo das informações que armazena. Se influencia as atividades dos seus usuários ou, bem mais grave do que isso, define o que devem fazer, entregando-lhes as ferramentas técnicas para que adotem determinada conduta, não pode ser visto como um mero prestador de serviços de publicação eletrônica de informações, equidistante ao que se passa em seu espaço (no interior do seu sistema

de terceiros. Acessível em: <http://www.conjur.com.br/2011-fev-20/jurisprudencia-responsabilidade-provedores-internet>

⁵² A ideia dominante passou a ser a de que um provedor notificado por um indivíduo que considera uma publicação difamatória, somente pode ser responsabilizado se não removê-la.

informático), mas sim em posição idêntica ao do próprio editor do conteúdo, com o mesmo grau de responsabilidade que a este é reconhecido.

A imposição de um padrão mais severo de responsabilidade para o desenvolvedor do *Lulu* decorre de outra característica de funcionamento do aplicativo. Com efeito, além das avaliações serem feitas de acordo com *hashtags* (palavras-chaves ou indexadores), elas são feitas de forma anônima, de modo que o “avaliado” não possa ter conhecimento de quem lhe aplicou determinada nota ou conceito. Ou seja, a pessoa do sexo masculino objeto da avaliação não tem como distinguir quais usuárias foram responsáveis pelo seu conceito, nos diferentes aspectos analisados, mesmo que consiga entrar no programa utilizando uma senha de uma amiga. A anonimização conferida pelo aplicativo amplia o arco de responsabilização dos seus controladores, por todo e qualquer efeito lesivo que as avaliações possam produzir na órbita dos direitos da personalidade de terceiros (os “avaliados” pelo sistema). A nossa Constituição garante a liberdade de expressão, mas veda o anonimato (art. 5º., IV). Assim, o desenvolvedor de um programa que facilita a postagem de informações de caráter pessoal ou a respeito de aspectos da vida privada das pessoas e permite que a autoria dos comentários não fique visível aos demais usuários não pode fugir à responsabilização. Mesmo que o sistema registre a autoria dos comentários, para possibilitar que uma pessoa que se sinta lesada por alguma “avaliação” requeira o rastreamento do autor da publicação, ainda assim essa peculiaridade revela a linha editorial do serviço, que é a de deixar as usuárias se sentirem mais livres e seguras para publicizar aspectos da personalidade, do comportamento ou da vida privada de terceiros – o que evidentemente não fariam se fossem identificadas pelo nome ao lado de cada comentário. Se concorre dessa maneira, a empresa que mantém o programa *Lulu* não pode escapar da responsabilização decorrente das publicações feitas pelos seus usuários, quando eventualmente atinjam de maneira lesiva a órbita dos direitos da personalidade (nome, intimidade ou imagem) de outra pessoa.

Ainda um outro aspecto da arquitetura do aplicativo *Lulu* denota a responsabilidade da empresa que o desenvolveu pelos comentários ou avaliações feitas pelas usuárias: o fato de que os “avaliados” não deram autorização expressa para que seus atributos sejam objeto de comentários. O uso de informações pessoais, sobretudo para fins comerciais, requer conhecimento e consentimento prévio e expresso do titular dos dados. Toda abertura de cadastro, registro em banco de dados ou atividade que envolva o tratamento de informações pessoais, com finalidade comercial, pressupõe a concordância do titular dos dados, a pessoa a quem eles se referem. Isso é um princípio básico em termos de proteção da privacidade informacional da pessoa humana. É uma derivação ou sub-princípio da norma constitucional que garante a todo o indivíduo o direito fundamental da proteção à sua intimidade, honra, privacidade e imagem (art. 5º., X). Além disso, a exigência de autorização prévia do potencial cadastrado mediante consentimento informado e por meio de assinatura em instrumento específico ou cláusula apartada está prevista na Lei 12.414/11 (art. 4º)⁵³, que tem aplicação subsidiária

⁵³ A Lei n. 12.414, de 09 de junho de 2011, regula o chamado “cadastro positivo”. Embora editada com a finalidade específica de disciplinar a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de

ou por analogia a qualquer atividade que envolva o processamento e armazenamento de informações pessoais em banco de dados (físico ou eletrônico).

A empresa responsável pelo aplicativo Lulu argumenta que qualquer pessoa do sexo masculino que não deseje ser avaliada pode remover seu perfil em página do seu site na Internet ou enviando mensagem solicitando o descredenciamento⁵⁴. Mas a empresa deveria ter empregado, em relação às pessoas “avaliadas”, uma política de uso de dados pessoais de cunho “opt in”, ou seja, deveria obter previamente a permissão deles para inserir suas informações (extraídas do *Facebook*) na base de dados do aplicativo. Somente os indivíduos que concordassem, de forma expressa, em participar do “jogo”, é que poderiam ter seus “perfis” submetidos à avaliação pelas usuárias do aplicativo.

Não se diga que a autorização concedida previamente ao *Facebook*, no sentido de que ele poderia repassar dados de todos os seus usuários a aplicativos desenvolvidos por empresas parceiras, supre a ausência de consentimento diretamente pelo operador do aplicativo Lulu. Além da própria política de uso de dados pessoais do *Facebook* também ser falha, lacunosa e até mesmo enganosa, o consentimento que lá foi dado pelo usuário (do sexo masculino) teve uma finalidade específica. Isso quer dizer que, mesmo que se entenda válida a autorização para que o *Facebook* repasse os dados dos seus cadastrados a pessoas jurídicas diversas (empresas parceiras), a empresa que opera o programa Lulu utilizou os dados para finalidade diversa, não expressamente consentida ou contemplada pela autorização original. Todo o indivíduo tem direito de que seus dados pessoais sejam utilizados somente de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados⁵⁵. Se o operador de um sistema informático ou desenvolvedor de aplicativo anuncia que os dados dos usuários são coletados para uma finalidade específica, e depois se constata que foram utilizados de maneira diversa, não só a autorização dada perde a validade como o operador responde pelo desvio de finalidade.

Em conclusão, não há dúvida de que o aplicativo Lulu, da forma como arquitetado ou desenvolvido, dá margem à produção de danos sobre a esfera de direitos da personalidade alheia e, por isso, a empresa que o desenvolveu e o mantém em operação pode ser chamada à responsabilização.

Em outro artigo, examinaremos a responsabilidade do *Facebook* em relação à atividade do *Lulu* e sua abusiva política de transferência de dados pessoais.

Referências

BRASIL. Lei Federal nº 12414, de 9 de junho de 2011. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplimento, de pessoas naturais ou de

histórico de crédito, algumas de suas regras podem ser aplicadas, de forma subsidiária ou por analogia, a qualquer atividade que envolva o tratamento e armazenamento de informações pessoais.

⁵⁴ Para o endereço de e-mail: privacy@onlulu.com

⁵⁵ O princípio da finalidade está definido no inc. VII do art. Lei n. 12.414, de 09 de junho de 2011, ao dizer que são direitos do cadastrado “ter seus dados pessoais utilizados somente de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados”.

pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. *Presidência da República*. 2011. ed. Brasília, DF.

FORBES BRASIL. *Há uma semana no Brasil, Lulu é o aplicativo mais baixado em app stores: Ferramenta exclusiva para mulheres já arrecadou mais de US\$ 2,5 milhões no mundo*. 2013. Elaborada por Caroline Pereira e Lucas Borges Teixeira. Disponível em: <<http://forbesbrasil.br.msn.com/negocios/há-uma-semana-no-brasil-lulu-é-o-aplicativo-mais-baixado-em-app-stores>>. Acesso em: 01 dez. 2013.

MIGALHAS (Ed.). *Estudante de Direito ajuíza ação contra aplicativo Lulu, que avalia homens: Sincronizado com o Facebook, aplicativo permite que mulheres façam uma espécie de “resenha” de amigo, ex-namorado, etc., com publicação de notas, imagens e hashtags*. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI191281,91041-Estudante+de+Direito+ajuiza+acao+contra+aplicativo+Lulu+que+avalia>>. Acesso em: 29 nov. 2013.

MIRANDA, Alessandro. *Lulu: as implicações legais do aplicativo mais controverso da internet*. 2013. Disponível em: <<http://advalessandro.jusbrasil.com.br/artigos/112160120/lulu-as-implicacoes-legais-do-aplicativo-mais-controverso-da-internet>>. Acesso em: 02 dez. 2013.

O DIA (Ed.). *Aplicativo Lulu, em que meninas ‘avaliam’ rapazes, é contestado na Justiça: ‘Clube da Luluzinha’ virtual vira febre e abre polêmica*. 2013. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2013-11-27/aplicativo-lulu-em-que-meninas-avaliam-rapazes-e-contestado-na-justica.htm>>. Acesso em: 03 dez. 2013.

TECHTUDO. *Lulu está na lei, mas Justiça pode violar anonimato, diz advogado*. Elaborada por Luciana Maline. 2013. Disponível em: <<http://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2013/11/justica-brasileira-nao-garante-anonimato-do-app-lulu.html>>. Acesso em: 02 dez. 2013.

UOL (Ed.). *Ministério Público abre inquérito contra aplicativo Lulu e Facebook*. 2013. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2013/12/02/app-lulu-e-alvo-de-investigacao-por-ofensa-a-direito-de-personalidade.htm>>. Acesso em: 09 dez. 2013.

Escritura pública: aspectos importantes

Deed: important aspects

Nathália da Mota Dias

Graduada em Direito pelo UNIPAM e Especialista em Direito Notarial e Registral.
E-mail: nathalia.m.dias@hotmail.com

Resumo: Este trabalho tem como tema “escritura pública: aspectos importantes” e como objetivo discorrer sobre o assunto, abordando o seu conceito e os princípios aplicáveis ao instrumento público, analisando a obrigatoriedade de sua lavratura e indicando os requisitos considerados necessários e essenciais para todas as escrituras públicas a serem lavradas no país, utilizando, para isso, como método, pesquisa bibliográfica, abrangendo doutrina e legislação. A escritura pública, ato exclusivo do tabelião de notas, advém da manifestação qualificada da vontade das partes. São aplicáveis a ela, diretamente, vários princípios inerentes à atividade notarial. É essencial quando expressamente exigido por lei e, caso inobservada essa regra, afeta a validade do ato. Na lavratura de todas as escrituras públicas devem ser observadas as normas gerais expressamente previstas em lei.

Palavras-chave: Instrumento público. Conceito. Princípios. Essencialidade. Normas gerais.

Abstract: This study has as its theme "public deed: important aspects" and aimed to discuss on the topic, addressing the concept and principles applicable to public instrument, analyzing mandatory drafting and indicating the requirements considered necessary and essential for all public scriptures to be drawn up in the country, using, for this, as a method, literature research, covering doctrine and legislation. The public deed, exclusive act of the notary officer, comes from the qualified manifestation of the will of the parties. Apply to it directly, several principles inherent in the notarial activity. It is essential as expressly required by law, and if not applied, this rule affects the validity of the act. In the drafting of all public deeds the general rules expressly provided by law must be observed.

Keywords: Public instrument. Concept. Principles. Essentiality. General standards.

1 Introdução

As escrituras públicas têm ganhado a cada dia mais relevância nas relações sociais. Esse instrumento público é fundamental para a concretização de alguns atos/negócios jurídicos, como, por exemplo, os negócios superiores a 30 salários mínimos envolvendo direitos reais sobre imóveis. As operações referentes a bens imóveis, principalmente as relacionadas à compra e venda, mostram-se crescentes, aumentando, por isso, a quantidade de interessados na lavratura de um instrumento público a esse respeito.

Além disso, a partir de 2007, com a edição da Lei 11.441/07, criada para tornar mais ágeis e menos onerosos os atos a que se refere e, ao mesmo tempo, descongestionar o Poder Judiciário, o rol de atos praticados pelos tabelionatos de notas por meio de escritura pública foi expandido de forma relevante porque se passou a

permitir por este instrumento a realização de separações, divórcios, inventários e partilhas de forma consensual.

A observância de todas as normas legais na lavratura da escritura pública faz-se essencial. Estando conforme as determinações normativas, o ato é capaz de gerar todos seus efeitos normais e também os dele esperados, além de produzir prova plena, podendo ser oposta a terceiros, inclusive em juízo.

Nesse sentido, a questão que orienta o presente trabalho é: quais são os aspectos mais importantes das escrituras públicas?

O tema “escritura pública: aspectos importantes” pode ser considerado relevante porque este instrumento é tido como o principal trabalho do tabelião e para alcançar os efeitos esperados por ele é essencial que sejam observadas as normas legais, atendendo à finalidade de garantir segurança jurídica e eficácia.

Nessa direção, este trabalho se justifica por proporcionar ao pesquisador um conhecimento ampliado, especializado e crítico a respeito do tema “escritura pública: aspectos importantes”. Após a realização deste estudo, ter-se-á grande avanço nos âmbitos acadêmico, intelectual e principalmente profissional.

A escritura pública é um ato notarial que se relaciona com todos os tipos de serventias. Os registradores e demais tabeliães têm dentre suas atribuições a verificação/análise de instrumentos públicos, por isso faz-se de extrema importância o conhecimento dos aspectos mais importantes desses atos, como forma de garantir uma atuação desses profissionais conforme os ditames legais.

Como as escrituras públicas produzem inúmeros efeitos nas relações sociais, constituindo, modificando, extinguindo direitos, este trabalho também se justifica por ser relevante um conhecimento geral a seu respeito pela sociedade, como uma forma de os particulares acompanharem a lavratura do ato conscientes dos seus requisitos essenciais, de suas finalidades, das obrigações do tabelião, dentre outros aspectos importantes.

Sendo assim, com a utilização de uma pesquisa bibliográfica, abrangendo doutrina e legislação, espera-se que seja possível discorrer sobre alguns aspectos importantes das escrituras públicas, abordando o seu conceito e os princípios aplicáveis ao instrumento público, analisando a obrigatoriedade de sua lavratura e indicando os requisitos considerados necessários e essenciais para todas as escrituras públicas a serem lavradas no país.

2 Referencial teórico

2.1 Contextualização

A Lei 8.935, editada em 1994, obedecendo à determinação constitucional do artigo 236 da Constituição Federal (CF), é denominada “Lei dos Notários e Registradores” porque foi criada para regulamentar a atividade registral e notarial, disciplinar a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e dos prepostos de ambos, além de ter definido como responsável pela fiscalização dos atos notariais e registrais o poder Judiciário estadual, ou seja, essa normatização instituiu a base da atividade.

A respeito da atividade registral e notarial há também a Lei 6.015/73, que dispõe sobre registros públicos. A princípio, essa lei não se aplicaria diretamente à atividade notarial, mas em alguns de seus preceitos é mencionado por ela expressamente a atividade notarial, como também há alguns institutos por ela regulados que são passíveis de aplicação ao notariado, como, por exemplo, o procedimento de suscitação de dúvida.

O profissional titular de um ofício de notas e, por isso, responsável pela lavratura de todos os atos a ele atribuídos, é denominado notário ou tabelião. Ressalta-se que os titulares de ofício de protestos e de registro de contratos marítimos também são denominados tabeliães ou notários.

A Lei 8.935/94 trouxe em seu artigo 6º a especificação das atribuições dos notários, que são: formalizar a vontade das partes; intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo; e autenticar fatos. Esses atos elencados são de competência de todos os notários, ou seja, são competentes para sua prática os tabeliães de notas, de protestos e os tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos.

Ainda a referida norma estabeleceu a competência exclusiva dos tabeliães de notas, que é a seguinte: lavrar escrituras e procurações públicas; lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados; lavrar atas notariais; reconhecer firmas; autenticar cópias (artigo 7º). Não está estabelecido expressamente na lei, mas também pode ser considerada como competência exclusiva dos notários a expedição de traslados, certidões e fotocópias dos atos lavrados por eles e/ou documentos arquivados na serventia da qual é titular.

Diante do texto expresso em lei que traz o rol das competências exclusivas dos tabeliães de notas, vê-se que a lavratura de escrituras públicas está reservada unicamente aos titulares de ofício de notas, não se permitindo a outras pessoas/entes, públicos ou privados, a realização desse ato. Assim, necessitando as partes da materialização de um instrumento público, é necessário que elas dirijam-se a um notário.

No âmbito da atividade notarial, segundo Ceneviva (2010, p. 94), vigora o princípio da “plena liberdade de escolha do notário” que preconiza que as partes podem dirigir-se a qualquer tabelião de notas do país, qualquer que seja seu domicílio ou o lugar da situação dos bens, não vigorando a territorialidade, ou seja, não há limites de município ou comarca para a lavratura dos atos. Porém, ao contrário do estabelecido por este preceito, o notário não pode praticar atos de seu ofício fora do município para o qual recebeu a delegação (artigo 9º, Lei 8935).

2.2 Conceito de escritura pública

A escritura pública pode ser entendida como ato de competência exclusiva do tabelião de notas que, quando procurado pelas partes, recebe a sua vontade, a interpreta, a adequa à legalidade e a formaliza por meio da lavratura do instrumento público.

Para Brandelli (2011, p. 373), o conceito de escritura pública é “ato notarial mediante o qual o tabelião recebe manifestações de vontade endereçadas à criação de atos jurídicos”. Ainda para esse autor,

é o ato notarial pelo qual o notário recebe a vontade manifestada pelas partes e endereçadas a ele, tabelião, para que instrumentalize o ato jurídico adequado; é o ato por meio do qual o tabelião recebe a vontade das partes, qualifica essa vontade e cria o instrumento adequado a dar vazão jurídica a esta vontade (BRANDELLI, 2011, p. 373).

Segundo Neves *et al.* (2012, p. 16), escritura “é documento solene lavrado no tabelionato de notas, que reproduz a declaração de vontade ou negócio entabulado por uma ou várias pessoas físicas ou jurídicas e tem a finalidade de criar, modificar ou extinguir direitos”.

O notário tem a obrigação de observar todos os deveres e cuidados em sua atuação profissional, pois, partindo-se dos conceitos de escritura pública apresentados, isso mostra-se essencial para a lavratura de um instrumento público perfeito, legal e eficaz.

2.2.1 Escritura pública x ata notarial

A escritura pública e a ata notarial são atos praticados pelo notário, estando dentro do rol de suas atribuições exclusivas, porém ambos os instrumentos não se confundem.

Na escritura, o tabelião recebe a manifestação de vontade das partes, voltada para a concreção do suporte fático de um ato jurídico *lato sensu*, e a qualifica juridicamente, assessorando juridicamente as partes; na ata, não há manifestação de vontade, mas tão somente a narração de um fato presenciado e apreendido pelos sentidos, sem qualificação jurídica do fato, sem moldá-lo juridicamente, sem juízo de valor (BRANDELLI, 2011, p. 359).

Diante da diferenciação exposta, pode-se concluir que a distinção fundamental entre esses atos notariais encontra-se na existência da manifestação de vontade. Nas escrituras, as partes expressam seu desejo para determinado negócio que é formalizado pelo notário. As atas notariais, ao contrário, são despidas de vontade, o tabelião expressa a sua percepção, dá fé ao que foi percebido por seus sentidos. Nuñez Lagos (s.d *apud* BRANDELLI, 2011, p. 360) conclui que “nas escrituras o notário redige e nas atas narra”.

2.3 Princípios aplicáveis à escritura pública

São inúmeros os princípios aplicáveis à atividade notarial. Rezende e Chaves (2010) os classificam da seguinte forma: princípios de deontologia notarial, princípios notariais legais extrínsecos, princípios notariais legais intrínsecos, princípios notariais constitucionais e princípios notariais contemporâneos. Atendo-se ao assunto central

deste estudo, serão abordados apenas os princípios ligados diretamente à escritura pública.

A Lei dos Notários e Registradores (Lei 8.935/94) prevê em seu artigo 1º que os serviços notariais são destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

O princípio da publicidade estabelece que, em regra, todos os atos são públicos, salvo os atos previstos na legislação ou normatização em razão da inviabilidade da sua publicização. A publicidade das escrituras públicas é plena e ampla, porém será de forma indireta, porque o conhecimento de seu conteúdo se dará por meio da expedição de certidões, que poderá ser solicitada por qualquer interessado independentemente da apresentação de justificativa.

A publicidade não é considerada direta por não ser permitida aos interessados a consulta diretamente nos livros do tabelião, em razão da preservação da segurança jurídica, conservação e integridade dos livros etc. Pode-se dizer que pela publicidade se garante as outras 3 finalidades dos atos notariais (segurança, autenticidade e eficácia). A publicidade anda junto com a segurança.

Pode-se dizer que a segurança jurídica é o principal e mais importante dos princípios. É em função dela que existe a atividade notarial. A sua busca, por meio da realização de um instrumento público, é o que justifica a existência das serventias. Esse princípio tem o condão de garantir maior estabilidade jurídica às partes. Para Ceneviva (2008, p. 28), “a primeira segurança é da certeza quanto ao ato e sua eficácia. Quando o ato não corresponder à garantia, surge o segundo elemento de segurança: a de que o patrimônio prejudicado será devidamente recomposto”.

A autenticidade do instrumento público advém da fé-pública, que é um atributo inerente a todo ato notarial e decorre da lei. Gera a crença de que a escritura é autêntica e que demonstra a vontade das partes. A presunção de veracidade dos instrumentos públicos é relativa porque a confirmação de sua autenticidade se dá em relação à lavratura do documento e não ao seu conteúdo. Nesse caso, há a inversão do ônus da prova, ou seja, a comprovação da falsidade compete a quem a alegar (artigo 389 do CPC).

Não é permitido pelo ordenamento jurídico brasileiro negar fé a documento emitido por registrador/tabelião, conforme preceitua o artigo 19 da Constituição Federal: “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) II – recusar fé aos documentos públicos”.

A escritura pública faz prova plena em juízo. Assim ensina o artigo 364 do CPC: *“o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, tabelião, ou o funcionário declarar que ocorrerão em sua presença”*.

O princípio da eficácia estabelece que a escritura pública estará apta a produzir os efeitos jurídicos esperados pelas partes. O instrumento público tem presunção de eficácia e por isso, pode ser oposto a terceiros. Rezende e Chaves (2010, p. 31) alertam que esse princípio “não se confunde com o princípio da eficiência, que pode ser vinculado somente ao exercício da atividade e não com um atributo do ato jurídico”.

O princípio rogatório preceitua que o notário não pode realizar um ato por si. Para lavrar um instrumento público ele dependerá de requerimento da parte, que em regra é verbal e expresso. O dever de exercício, que também é um princípio aplicável às

escrituras, surge depois de realizado o controle de legalidade, verificada a aptidão normativa da vontade das partes. Assim, o tabelião estará obrigado a lavrar a escritura pública. Caso a parte não queira mais a realização do ato, antes das assinaturas, por exemplo, o tabelião não poderá concretizá-lo, deve abster-se à vontade manifestada por ela.

O tabelião deve exercer o controle de legalidade em todos os atos em que for solicitada sua atuação. É decorrência de seu mister a obrigação de verificar se a lavratura da escritura pública é possível e se estará apta a produzir efeitos. Aqui se insere a função de assessoramento das partes, que é uma de suas principais atribuições. Após solicitada sua atuação, o notário será um conselheiro das partes, deve informá-las das consequências jurídicas do instrumento público, do alcance jurídico e dos efeitos que ele produzirá.

É certo que o notário tem o dever de assessorar os requerentes da escritura pública, mas isso não quer dizer que ele está obrigado a praticar todo e qualquer ato solicitado por eles. Esse é o princípio da autonomia notarial que garante a independência do tabelião no exercício das atividades e possibilita a recusa dos atos que entender que não são passíveis de execução.

O princípio da prevenção de litígios ou acautelamento é inerente à atividade notarial, tendo como objetivo prevenir, conter demandas. Brandelli (2011, p. 180) ensina que

o notário, no exercício de sua função, dever ter sempre em mente o seu mister de prevenção de litígios. O tabelião só atua onde não há lide, onde há consenso, e atua garantindo a relação do ponto de vista jurídico, prevenindo assim que a lide venha a surgir no futuro, ou fazendo com que, caso surja a lide, seja ela de mais fácil resolução.

Foi esse princípio que fundamentou a edição da Lei 11.441/07, que possibilitou a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

2.4 Essencialidade da escritura pública

Conforme determina o artigo 107 do CC, “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

Em seguida, o artigo 108 do CC expressamente determina a essencialidade da escritura pública para validade dos negócios jurídicos que visem a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país. Alvarenga (2010, p. 127) entende que nessa disposição legal existem duas exigências: “uma de forma, exigindo a lei que o negócio jurídico seja efetivado mediante escritura pública; e outra de solenidade, pois a escritura pública é lavrada perante o tabelião que lhe dará publicidade e oponibilidade contra terceiros”.

Ainda tratando dos requisitos de forma, o artigo 109 CC prevê que quando o negócio jurídico for celebrado com cláusula de não valer sem o instrumento público,

este é da substância do ato. Essa exigência é um requisito de validade específico consensual, ou seja, é estabelecido conforme o desejo das partes contratantes e o não cumprimento invalida o ato. Além disso, representa uma exceção ao princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional.

O CPC afirma a essencialidade da escritura pública, determinado em seu artigo 366 que quando a lei exigir como da substância do ato o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.

Assim, conclui-se que nos casos especificados pela lei será fundamental que a declaração de vontade seja feita por meio de escritura pública. Partindo-se da legislação nacional vigente, são atos que devem ser realizados por instrumento público por expressa exigência legal:

1. Negócios jurídicos relativos à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis que tenham valor superior a trinta salários mínimos – previsão expressa no artigo 108 do CC;

2. Procuração pública para ato público – determinado pelo artigo 657 do CC;

3. Constituição de renda – imposto pelo artigo 807 do CC;

4. Constituição de direito real de superfície, independentemente do valor do negócio – previsto no artigo 1369 do CC;

5. Pacto antenupcial – estabelecido pelo artigo 1653 do CC;

6. Bem de família voluntário – previsto no artigo 1711 do CC;

7. Cessão de direitos hereditários – determinado no artigo 1793 do CC;

8. Testamento público – abordado pelo artigo 1864 do CC;

9. Atos abrangidos pela Lei federal 11.441/07, quais sejam: inventário, partilha e sobrepartilha de bens, divórcio e separação, todos consensuais e independentemente do valor – regulados pela resolução 35 do CNJ.

10. Venda de imóvel rural para pessoa física ou jurídica estrangeira – previsto no artigo 8º da Lei federal 5.709/71, regulamentada pelo decreto 74.965/74;

A necessidade da realização do ato por meio de escritura pública encontra-se, conforme entendimento do doutrinador Tartuce (2012), no plano de validade dos negócios jurídicos, ou seja, no segundo degrau da Escada Ponteano. Sendo assim, a ausência do instrumento público quando expressamente exigido por lei gera ato inválido. Segundo Tartuce (2012, p. 201),

as formalidades ou solenidades previstas em lei também têm por finalidade garantir a autenticidade do negócio, para, eventualmente, facilitar sua prova, bem como garantir que a autonomia privada seja preservada, objetivando sempre a certeza e a segurança jurídica.

A escritura pública, se feita por oficial público incompetente, ou seja, sem atribuição legal, ou sem a observância das formalidades legais, sendo subscrita pelas partes, não será considerada ato inválido ou ineficaz, a ela será atribuída a mesma eficácia probatória do documento particular. Machado (2010) entende que, nesse caso, o documento público perde a presunção de autenticidade, valendo como se fosse particular, mas para isso não poderá ocorrer nos atos em que a escritura pública é de

sua substância e, apesar dos vícios, deve preencher os requisitos exigidos para o instrumento particular.

Em razão do princípio da liberdade das formas ou da forma livre, adotado pelo artigo 107 do CC, mesmo os atos em que não se exige expressamente a sua realização por escritura pública, como no caso de negócios referentes a direitos reais sobre imóveis com valor inferior a 30 salários mínimos, podem ser assim lavrados, caso queiram as partes. Todos os instrumentos jurídicos realizados de forma particular admitem a forma pública. O instrumento público tem fé pública, presunção de veracidade dos fatos presenciados pelo tabelião, por isso confere maior segurança jurídica à declaração de vontade.

2.5. Normas gerais das escrituras públicas

Para lavrar-se uma escritura pública, é necessário que todo tabelião de qualquer Estado do país obedeça às regras gerais estabelecidas para a consecução do instrumento público.

O Código Civil estabelece no artigo 215, §1º os requisitos mínimos que devem constar em todas as escrituras públicas e, nos outros parágrafos desse artigo, as demais regras para a sua lavratura.

O parágrafo 3º estabelece o que poderia se dizer que é a primeira regra, que é exigência de redigir a escritura em língua nacional. Por esse dispositivo, afasta-se a possibilidade de lavrar um instrumento em qualquer outra língua que não seja a portuguesa, por mais que o tabelião tenha fluência em outro idioma.

No caso de ser uma das pessoas participantes ou interessadas na lavratura do ato alguém que não saiba se expressar na língua nacional e o tabelião não entender o idioma falado por ela, o parágrafo 4º do artigo 215 determina que será necessário para a realização da escritura tradutor público para servir de intérprete, ou, não havendo este profissional na localidade, outra pessoa capaz que, a juízo do notário, tenha idoneidade e conhecimento bastantes.

O primeiro dos requisitos enumerados no parágrafo primeiro do artigo 215 é a indicação da data e do local de sua realização. A data a constar da escritura será a do dia em que o tabelião a redigir, não se considerando a data em que começaram as tratativas entre o profissional e as partes. Ao mencioná-la, deve-se fazer por extenso e indicar os numerais que a represente. O local será o da localização da serventia, com apresentação do endereço completo, da denominação do cartório, cidade, comarca e estado.

O reconhecimento da identidade e da capacidade das partes e das pessoas que tenham comparecido ao ato, por si, como representantes, intervenientes ou testemunhas é a segunda exigência do §1º do artigo 215. O reconhecimento da identidade se faz por meio da apresentação dos documentos pessoais e, é recomendável, que sejam os originais para afastar dúvidas relacionadas à veracidade ou autenticidade.

A respeito da identificação das partes, o parágrafo 5º do referido artigo esclarece que se algum dos comparecentes não for conhecido do tabelião e não puder ser identificado por meio de documento, será lícita a realização da escritura pública,

desde que dela participem pelo menos duas testemunhas que o conheçam e atestem a sua identidade.

Nos outros casos, além do acima citado, a presença de testemunhas na lavratura das escrituras públicas somente é obrigatória quando a lei exigir. Isso acontece quando um dos comparecentes for analfabeto e na realização de testamentos, tanto públicos quanto cerrados.

A capacidade pode ser verificada pelo notário por meio da identificação da idade dos comparecentes, que, se menores, devem estar representados ou assistidos e também pela confirmação da ausência de interdição dos interessados. Também é recomendável que o tabelião, por sua percepção pessoal, verifique, aparentemente, as condições psicológicas das partes. O notário deve aferir se os comparecentes em cartório encontram-se em pleno gozo de suas faculdades mentais, abstendo-se de lavrar qualquer ato, caso contrário.

A capacidade, conforme texto expresso do artigo 104 do Código Civil, é condição de validade dos negócios jurídicos. Assim, caso esse requisito não seja observado pelo tabelião, a escritura pública pode ser nula, se a incapacidade for absoluta ou anulável, se a incapacidade for relativa. Segundo Florêncio (2010, p. 167), “praticado por relativamente incapaz, será o negócio anulável, por ser passível de ratificação; praticado por absolutamente incapaz, nulo será o negócio”. Ainda para esse autor, a anulabilidade do negócio realizado pelo relativamente incapaz é relativa, porque é possível que ele realize negócio válido e eficaz mesmo sem assistência.

A respeito da capacidade das partes Alvarenga (2010, p. 124) ensina que

a capacidade superveniente à prática do ato não é suficiente para sanar a nulidade. Por outro lado, a incapacidade que sobrevém ao ato não o invalida nem o vicia. Essa capacidade é conhecida como geral, e existe também a capacidade especial ou legitimação, porquanto certos negócios jurídicos exigem, além da capacidade do agente, que ele também seja legítimo, isto é, que tenha competência para praticá-lo. A falta de legitimação pode tornar o negócio jurídico nulo ou anulável.

Outro ponto a ser observado na realização de uma escritura é a qualificação completa das partes e dos demais comparecentes com a indicação dos seguintes itens: nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do outro cônjuge e filiação. A qualificação das partes é decorrência da obrigatoriedade do princípio registrário da especialização subjetiva, que, segundo Konno (2010), é a perfeição na qualificação dos participantes do ato, seguindo as determinações do artigo 176 da Lei 6.015/73.

Além disso, constar o regime de bens que rege o casamento da parte participante do ato, citando os dados do pacto antenupcial, se houver, é fundamental porque em razão dele determina-se a propriedade do bem e pode-se aferir a legitimação para sua alienação, como no caso de venda bem imóvel, se deverá ser exigida pelo notário a anuência do cônjuge. A esse respeito Tartuce (2010) esclarece que em alguns casos a lei exige a anuência ou autorização de terceiro para a prática de alguns atos, o que é denominado de legitimação, e, caso não seja observada essa

exigência de autorização, o negócio será anulável, interpondo a parte prejudicada a competente ação.

Sendo uma das partes pessoa jurídica, Ceneviva (2010, p. 76) indica que deve constar:

nome da pessoa jurídica, mediante comprovação documental, registro na Junta Comercial ou no registro civil de pessoas jurídicas, com o correspondente CNPJ, a disposição estatutária ou contratual autorizadora do comparecimento, qualificação do representante legal, com indicação do modo de sua escolha.

Caso uma das partes esteja representada por procurador ou sendo realizado o ato em cumprimento de alvará judicial, a procuração e o alvará devem, necessariamente, ser apresentados ao tabelião.

O quarto requisito exigido pelo Código Civil é a manifestação clara da vontade das partes e dos intervenientes. A intenção das partes será captada pelo tabelião por meio de sua atuação imparcial como assessor jurídico dos requerentes, proporcionando a sua livre e correta manifestação de vontade, zelando pela legalidade e pela prevenção de litígios.

O tabelião, em seu ofício, deve atuar de modo a observar a legalidade, sendo um fiscal da lei, não permitindo a realização de atos contrários a ela. Não bastando essa obrigação, os notários são fiscalizadores de tributos, desempenham o papel de fiscal tributário e também de fiscal de rendas. O tabelião deve exigir a quitação dos tributos relativos à determinada escritura pública antes mesmo de sua lavratura.

O artigo 134, inciso VI do CTN, prescreve que na impossibilidade de exigir o pagamento do tributo pelo contribuinte serão solidariamente responsáveis “os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício”. Além disso, exige o artigo 1º da IN n. 1.112/2010 da Receita Federal, que o notário, ao realizar qualquer operação de aquisição ou alienação de bem imóvel, informe seus dados à Secretaria da Receita Federal por meio da DOI (declaração sobre operações imobiliárias).

Em razão do exposto, além de ser uma obrigação do tabelião ao lavrar a escritura pública fazer referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato, exigida pelo Código Civil, é uma forma de garantir a segurança jurídica e de afastar sua responsabilidade pessoal.

Também deve conter na escritura pública a declaração de ter sido lida na presença das partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram, bem como é fundamental constar a assinatura deles e do tabelião ou de seu substituto legal, encerrando o ato. Sendo um dos interessados no ato analfabeto ou se não puder assinar a escritura, o artigo 215, §2º faz a seguinte ressalva: “se algum comparecente não puder ou não souber escrever, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo”. Nesse caso, a escritura será perfeitamente válida.

Todos os requisitos acima expostos estão determinados expressamente no texto do Código Civil e devem ser, necessariamente, observados na realização de qualquer escritura pública. Caso o tabelião na lavratura de uma escritura pública, deixe de observar alguma dessas formalidades, o instrumento será nulo por infringir o artigo

166 do CC, que determina a nulidade do negócio jurídico quando não revestir a forma prescrita em lei e for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para sua validade.

Além dos requisitos apresentados, que são gerais, para que a escritura pública seja legal, válida e eficaz, legislação específica, federal ou estadual, bem como normas da corregedoria geral de justiça de cada estado podem exigir outros itens essenciais a serem observados em sua lavratura, mas isso vai depender do tipo do instrumento a ser lavrado e de cada unidade da federação.

3 Conclusão

O objetivo do presente trabalho foi discorrer sobre alguns dos aspectos importantes das escrituras públicas, abordando o seu conceito e os princípios aplicáveis ao instrumento público, analisando a obrigatoriedade de sua lavratura e indicando os requisitos considerados necessários e essenciais para todas as escrituras públicas a serem lavradas no país.

A partir do trabalho empreendido, foi possível constatar que a principal lei aplicável aos notários é a Lei 8.935/94, que, além de regulamentar a atividade notarial e de registro, instituiu as atribuições dos notários e as competências exclusivas dos tabeliães de notas, constando dentre elas a lavratura de escrituras públicas.

Em relação ao conceito de escritura pública, pode ser assim considerado o ato notarial por meio do qual o notário recebe as manifestações de vontade das partes e dos demais comparecentes, a qualifica, adequando-a à legalidade e lava o instrumento mais adequado a produzir os efeitos esperados. Além disso, viu-se que escritura pública e ata notarial, apesar de ambos serem atos exclusivos dos notários, não se confundem. A principal diferença encontra-se na manifestação de vontade, porque esse é um elemento fundamental da escritura e, ao contrário, a ata notarial é despida de vontade.

Foi possível perceber que, dentre os princípios relacionados à atividade notarial, vários são os princípios aplicáveis às escrituras públicas. Expressos na Lei 8.935/94 estão os princípios da publicidade, segurança jurídica, autenticidade e eficácia. Também se aplicam diretamente ao instrumento público os princípios do rogatório, do dever de exercício, do controle de legalidade, do dever de assessorar as partes, da autonomia notarial e, por fim, da prevenção de litígios.

Com relação à essencialidade da escritura pública, concluiu-se que ela será essencial à validade do ato sempre que a lei expressamente a exigir. A partir disso, constatou-se que são atos que exigem a escritura pública como condição de validade: negócios jurídicos relativos à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis que tenham valor superior a trinta salários mínimos (artigo 108 CC); procuração pública para ato público (artigo 657 CC); constituição de renda (artigo 807 CC); constituição de direito real de superfície (artigo 1369 CC); pacto antenupcial (artigo 1653 CC); bem de família voluntário (artigo 1711 CC); cessão de direitos hereditários (artigo 1793 CC); testamento público (artigo 1864 CC); inventário, partilha e sobrepartilha de bens, divórcio e separação (resolução 35 do CNJ); venda de

imóvel rural para pessoa física ou jurídica estrangeira (artigo 8º da Lei federal 5.709/71).

Ainda sobre a obrigatoriedade da lavratura do ato por meio de escritura pública, verificou-se que não sendo assim realizado, haverá vício de validade, que se encontra no segundo degrau da Escada Ponteano, ou seja, haverá ato inválido.

Constatou-se que as normas gerais para a lavratura das escrituras públicas estão expressamente elencadas no artigo 215 do Código Civil. É esse artigo que indica quais os pontos a serem observados na realização de qualquer instrumento público. Abordando de forma sucinta, pode-se apontar como requisitos mínimos: redação em língua nacional; indicação da data e do local de sua realização; reconhecimento da identidade e da capacidade das partes e dos demais comparecentes; presença de testemunhas nos casos exigidos por lei; qualificação completa dos participantes do ato; manifestação clara da vontade das partes e dos intervenientes; referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato; declaração de ter sido lida na presença das partes e demais comparecentes; assinaturas de todos e do tabelião ou de seu substituto.

Por fim, concluiu-se que, ausente algum dos requisitos exigidos pelo artigo 215 do CC, a escritura pública será nula por infringir norma expressa do artigo 166 do Código Civil, que trata das causas de nulidade do negócio jurídico.

Referências

ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. Dos fatos jurídicos. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; CHINELLATO, Silmara Juny. *Código civil interpretado*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 3.ed. Barueri: Manole, 2010.

BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 abr 2013.

_____. Lei 5.709, de 07 de outubro de 1971. Regula a aquisição de imóvel rural por estrangeiro residente no país ou pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5709.htm>. Acesso em: 01 abr 2013.

_____. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Código de processo civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 10 abr 2013.

_____. Lei 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_03/leis/l6015.htm>. Acesso em: 31 mar 2013.

_____. Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o artigo 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm>. Acesso em: 31 mar 2013.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 04 abr 2013.

_____. Lei 11.441, de 04 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm>. Acesso em: 31 mar 2013.

_____. Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça, de 24 de abril de 2007. Disciplina a aplicação da Lei n. 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro.. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_35.pdf>. Acesso em: 01 abr 2013.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e dos registradores comentada*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Lei dos notários e registradores comentada*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FLORÊNCIO, Gilbert Ronald Lopes. Dos defeitos do negócio jurídico. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; CHINELLATO, Silmara Juny. *Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 3.ed. Barueri: Manole, 2010.

KONNO, Alyne Yumi. *Registro de Imóveis: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Memória Jurídica, 2010.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 9. ed. Barueri: Manole, 2010.

NEVES, Gustavo Bregalda; LOYOLA, Kheyder; SILVA, Clícia Maria Roquette; CABAÑAS, Bruno. *Cartório*. São Paulo: Rideel, 2012.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 2. Ed. São Paulo: Método, 2012.

_____. Da prova. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; CHINELLATO, Silmara Juny. *Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 3.ed. Barueri: Manole, 2010.

REZENDE, Afonso Celso Furtado de; CHAVES, Carlos Fernando Brasil. *Tabelionato de notas e o notário perfeito*. 5. ed. Campinas: Millennium, 2010.

A dimensão jurídico-normativa e axiológica da dignidade da pessoa humana

The legal-normative and axiological dimension of human dignity

Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães

Advogado, Mestre em Direito Público/UFU, Professor das disciplinas Introdução ao Estudo do Direito, Teoria Geral do Processo e Direito Constitucional do Centro Universitário de Patos de Minas/UNIPAM.

E-mail: gabriel@mauriciobarros.com.br

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo perquirir acerca da dimensão jurídico-dogmática da dignidade da pessoa humana, de modo a se verificar a sua estrutura normativa como princípio e regra, bem assim a sua funcionalidade como vetor axiológico hermenêutico. Desse modo, pretendeu-se responder aos seguintes questionamentos: a dignidade da pessoa humana ostenta uma dimensão normativa? Se sim, ela assume a estrutura de regra ou princípio? Além disso, a dignidade humana consubstancia uma carga valorativa? Qual a relação entre dignidade humana e direitos fundamentais? Para tanto, realizou-se pesquisa teórica, por meio de revisão bibliográfica, valendo-se do método dedutivo de análise, a fim de que os apontamentos conclusivos abstratos possam ser utilizados no âmbito de situações concretas.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais. Base normativa. Vetor axiológico.

Abstract: This paper aims to assert about the legal-dogmatic dimension of human dignity, in order to verify its normative structure as a principle and rule, as well as its functionality as axiological hermeneutic vector. Thus, we sought to answer the following questions: does the dignity of the human person bear a normative dimension? If yes, does it take the structure of rule or principle? In addition to this, does human dignity constitute an evaluative load? What is the relationship between human dignity and fundamental rights? To do so, we performed theoretical research, through literature review, taking advantage of the deductive method of analysis, so that the abstract conclusive notes can be used in the context of concrete situations.

Keywords: Human dignity. Fundamental Rights. Normative basis. Axiological vector.

A real consciência da necessidade de se proteger a pessoa humana, especialmente no que diz com a sua dignidade, certamente figurou como postulado essencial neste novo cenário caracterizado por uma série de mudanças admitidas na forma de se compreender a ciência jurídica, irrompidas, sobretudo, a partir do término da segunda grande guerra.

Árdua é a tarefa de se conceituar a dignidade da pessoa humana, bem como de se estabelecer o seu âmbito de incidência nas hipóteses de fato e o seu conteúdo, em virtude da configuração demasiadamente aberta em que se apresenta na Constituição Federal. Ao se deparar com este signo ao longo do texto constitucional “dignidade da pessoa humana”, pouco sentido se pode extrair à primeira vista desta expressão de baixa concretude, demandando, pois, uma análise mais detida para se perscrutar o seu

real sentido e alcance, que se afigura sob a forma de um termo jurídico indeterminado, carecedor de alcance normativo imediato.

Dentre tantas formas de se conceituar a dignidade da pessoa humana, prefere-se compreendê-la na acepção de que ela traduz um atributo, uma qualidade própria de toda pessoa humana, funcionando como um elemento de distinção do ser humano em relação aos demais seres vivos ou coisas. Nesse sentido, ainda no século XVIII, Immanuel Kant⁵⁶ trouxe à baila a inusitada noção para a época de que as coisas tem valor, ao passo em que os seres humanos têm dignidade, ou seja, um valor imanente à pessoa humana, donde revela-se possível verificar-se a fungibilidade própria das coisas ante a possibilidade de serem substituídas, e o caráter infungível imanente à pessoa humana⁵⁷.

É forçoso esboçar a ideia, ora pulsante nesta construção científica, de que o ser humano guarda uma posição apriorística em relação ao reconhecimento do próprio preceito que lhe assegura a dignidade, uma vez que tanto figura como sujeito da tutela normativa ou axiomática que dela emana, como também se apresenta como titular da dignidade humana. Em outros termos, não há se falar em dignidade humana antes de se reconhecer o ser humano como potencial titular de direitos que lhe viabilizarão uma proteção.

⁵⁶ “No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade” (KANT, Immanuel. *Fundamentação à metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2004, pág. 77/78.) No mesmo prisma de Kant, Luís Roberto Barroso deixa assentado em seu (*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 2011, pág. 274), que “O princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.”

⁵⁷ “Para Kant as pessoas e, em geral qualquer espécie racional, devem existir como um fim em si mesmo e jamais como um meio, a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito. Os objetos têm, por sua vez, um valor condicional, enquanto irracionais, por isso, são chamados ‘coisas’, substituíveis que são por outras equivalentes. Os seres racionais, ao revés, são chamados de ‘pessoas’, porque constituem um fim em si mesmo, têm um valor intrínseco absoluto, são insubstituíveis e únicos, não devendo ser tomados meramente como meios. As pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que têm um valor intrínseco. (...) Adiciona Kant que a autonomia é a base da dignidade humana e de qualquer criatura racional. Lembra que a ideia de liberdade é intimamente conectada com a concepção de autonomia, por meio de um princípio universal da moralidade, que, idealmente, é o fundamento de todas as ações de seres racionais.” (PIOVESAN, Flávia. *Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Direito à Alimentação Adequada: Mecanismos Nacionais e Internacionais*. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 20.)

Vale dizer, por oportuno, que o rol de direitos fundamentais assegurados à pessoa deriva desta cláusula maior que é a dignidade da pessoa humana, eis que se trata de um valor supremo a partir do qual se extrai a ideia de que a pessoa humana deve ser protegida e assegurados os seus direitos em todas as vertentes, isto é, pelo Estado, em uma relação vertical de efetivação dos direitos fundamentais, bem assim pelos próprios particulares em uma perspectiva altruísta de que o respeito e garantia dos direitos fundamentais também serão promovidos no âmbito privado, verificando-se, portanto, a existência de várias dignidades da pessoa humana, igualmente tuteláveis no âmbito jurídico.

Resulta claro, na perspectiva em análise, a nítida função de base normativa e fonte axiológica dos direitos fundamentais identificada na dignidade da pessoa humana, porquanto ela representa um pressuposto lógico à própria titularidade desses direitos pela pessoa humana. Assim, todos os direitos consagrados na Constituição Federal sob a insígnia “Direitos Fundamentais” ou, então, “Direitos Individuais e Coletivos”, “Direitos Sociais”, decorrem da cláusula geral de humanização em voga, dentre eles: o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à alimentação, ao devido processo legal, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, daí porque se dizer que os direitos fundamentais nada mais são do que concretizações normativas da própria dignidade da pessoa humana. Decerto que, tanto normativamente como axiologicamente, a proteção da pessoa radica-se na dignidade humana, de tal sorte que mesmo não estando expressamente consagrados no texto fundamental, revela-se possível que se leve ao auge a proteção da pessoa humana por meio deste preceito humanizador global.

Consoante se verifica, a dignidade da pessoa humana está disposta na Constituição Federal enquanto cláusula geral ou termo jurídico indeterminado, uma vez que o seu conteúdo é identificado nos próprios direitos fundamentais a partir das situações concretas verificadas nas hipóteses de fato⁵⁸. Lado outro, não se pode olvidar que da natureza aberta e dinâmica imanente à dignidade humana é possível se promover a proteção da pessoa humana, independentemente de haver qualquer norma de direito fundamental como seu instrumento concretizador.

De toda sorte, é imperioso perceber que a dignidade da pessoa humana não pode ser compreendida em um viés furtivo, sendo vista como um recurso evasivo dos

⁵⁸ “Neste contexto, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que a dignidade da pessoa humana (por tratar-se, à evidência – nisto não diverge de outros valores e princípios jurídicos – de categoria axiológica aberta) não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto se afirmar que (também aqui) nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento. Assim, há que reconhecer que também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico normativo, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 49.)

juristas ante a ausência de melhor conteúdo normativo para a situação particular. Com efeito, não obstante a relevância da dignidade humana como instrumento de proteção da própria pessoa, há se falar que a sua incidência na situação particular requer a construção de um arquétipo argumentativo que justifique a proteção que dela decorre.

A despeito de na órbita normativa a dignidade humana carecer de um conteúdo claro, preciso e direto, no prisma dogmático vários são os pesquisadores que se empenharam em estudá-la, cada qual trazendo a sua contribuição para melhor compreendê-la. Nesse viés, cumpre trazer à colação o conceito lapidado por Ingo Sarlet em sua obra “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais”, por sua precisão científica e terminológica ao definir a dignidade da pessoa humana. Em razão da sua relevância na construção deste trabalho, optou-se por aloca-lo no corpo do texto; além disso, o alto preciosismo jurídico que reveste este conceito o faz merecedor de uma posição de destaque.

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.⁵⁹

Considerando-se que a dignidade da pessoa humana, consoante já restou assentado, dentre outras atribuições, funciona como fonte normativa dos direitos fundamentais⁶⁰, verifica-se, pois, que tais direitos é que passaram a ocupar uma posição de destaque no ordenamento jurídico a partir da segunda metade do século XX. Evidentemente, se a proteção da pessoa consiste no núcleo essencial da pós-modernidade – o que faz Daniel Sarmento⁶¹ sustentar que a dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico do nosso ordenamento jurídico –, certo é que, em última análise, os próprios direitos fundamentais estão alocados no centro do ordenamento jurídico para onde tudo deve se verter, figurando como signos de humanização do Direito.

Convém salientar nesse sentido, que a dimensão normativa emprestada à dignidade da pessoa humana, a qual representa um reduto normativo de toda a malha de direitos fundamentais, à vista que estes nada mais são do que “concretizações da

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 70.

⁶⁰ “O valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem.” LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.118.

⁶¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 85/86.

dignidade da pessoa humana”⁶², produziu relevantes consequências em relação ao fenômeno jurídico considerado na sua totalidade e, inevitavelmente, nas suas mais variadas ramificações.

Nessa linha de ideias, registre-se que o Direito Privado, notadamente o Direito Civil, sua maior expressão, foi dominado por uma perspectiva dogmática humanista, de sorte que a atividade hermenêutica levada a efeito sobre as normas que o compõem passou a se pautar por uma conformação ditada pelos direitos fundamentais e, em última análise, pela cláusula geral de humanização, que é a dignidade da pessoa humana.⁶³

Ainda no que tange à íntima conexão que se vislumbra entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, donde se extrai que aquela figura como base normativa e vetor interpretativo dos direitos fundamentais, não há como se olvidar em reconhecer uma dimensão libertária, igualitária e, sobretudo, solidária da dignidade humana. Sabe-se que no âmbito do processo histórico de construção dos direitos fundamentais, é possível se identificar em cada uma das dimensões ou gerações de direitos fundamentais um valor norteador que, em última análise, representa a sua esfera de proteção.

Isto é, o valor liberdade conduz ao reconhecimento dos direitos de primeira dimensão, circunscritos à noção de que a postura do Estado ante os cidadãos é meramente absentista no sentido de que a proteção do indivíduo se concretizaria na não ingerência do Estado no plano particular. Ao seu tempo, em meio a outro cenário social, político e econômico, os direitos fundamentais de segunda dimensão passaram a ser reconhecidos, a partir de um processo de afirmação histórica⁶⁴, como meios de proteção da pessoa a partir de uma atuação positiva do Estado, de modo que a proteção da pessoa subsistiria em parte por meio da intervenção estatal, cujas políticas públicas, num primeiro momento, seriam os instrumentos hábeis de efetivação dos direitos integrantes desta categoria. Por seu turno, há se reconhecer ainda os direitos de terceira dimensão, os quais encontram a sua manifestação direcionadas para uma vertente solidarista, a partir da qual a esfera de proteção dos direitos fundamentais estaria associada a um aspecto da tutela eminentemente difusa.

Cumpra perscrutar, neste momento, a natureza jurídica da dignidade da pessoa humana, de sorte a se identificar como ela se encontra prevista em nosso ordenamento jurídico. Em outras palavras, há que se verificar se a dignidade da pessoa ostenta uma

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. *Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso*. in CANOTILHO, José Joaquim Gomes. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 78.

⁶³ “É preciso avaliar a mudança do ponto de vista sistemático, ressaltando que, se a normativa constitucional está no ápice de um ordenamento jurídico, os princípios nela presentes se tornam, em consequência, as normas diretivas, ou normas-princípio, para a reconstrução do sistema de direito privado. (...) É nesse sentido que se deve entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização do direito civil.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.73.)

⁶⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

dimensão normativa, circunstância em que poderá receber a roupagem de princípio ou de regra, ou, então, e talvez simultaneamente, se ela representa um valor a ser observado em nossa ordem jurídica. É preciso verificar, portanto, como a dignidade da pessoa humana está para a estrutura social representada pelo Direito.

Nesse prisma, para além de se reconhecer a dignidade da pessoa humana como elemento integrante de estruturas sociais não positivadas, como resulta evidente a sua estreita correlação com a moral, com o próprio direito natural e com a religião, cumpre verificar a dignidade humana em uma perspectiva jurídico-normativa, no sentido de que ela integra o nosso ordenamento jurídico enquanto norma jurídica positivada.

É de se notar, pois, que a dignidade da pessoa humana encontra-se reduzida formalmente no texto constitucional em diversos momentos, encontrando-se disseminada por todo o documento identificador do Estado em meio a contextos jurídico-constitucionais distintos. A começar pelo artigo 1º da nossa Constituição Federal de 1988, que a consagra como um princípio fundamental norteador das próprias atividades da República Federativa do Brasil. Exsurge, nesse viés, que parcela da essência do Estado se reporta à dignidade humana, colaborando para a compreensão de que ela figura, em verdade, como uma das finalidades essenciais a serem perseguidas pelo Estado, e não como um instrumento-meio à consecução das suas atividades.⁶⁵

Por seu turno, o estatuto jurídico-constitucional também a consagra no título destinado à regulamentação da ordem econômica, ao dispor em seu art. 170, *caput*, que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna. Da mesma forma, o dispositivo assentado no art. 226, §7º, da Constituição, na esteira de se proporcionar à pessoa humana uma vida pautada pela dignidade, prevê que o planejamento familiar funda-se na dignidade da pessoa humana. Ainda, com vistas a garantir a dignidade humana no âmbito das minorias, em particular às crianças e aos idosos, o texto constitucional estatui em seu art. 227 que compete à família, à sociedade e ao Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, entre outros direitos o direito à dignidade. Nesse viés, o artigo 230 da Constituição dispõe ser dever da família, da sociedade e do Estado amparar as pessoas idosas, assegurando a sua

⁶⁵ “(...) o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua e não meio da atividade estatal. Em outras palavras, de acordo com a lição de Jorge Reis Novais, o momento em que a dignidade é guindada à condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, é o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, pág. 75/76.)

participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem estar e garantindo-lhes o direito à vida⁶⁶.

Denota-se evidente, assim, a natureza normativa formal e material emprestada à dignidade da pessoa humana pela Constituição Federal de 1988 como consequência inequívoca da força normativa imanente aos preceitos constitucionais, a qual traduz uma das principais notas distintivas da nova forma de se compreender hermeneuticamente o fenômeno jurídico. Suplantando os contornos do ordenamento jurídico brasileiro, não se pode olvidar em dizer que a dignidade da pessoa humana também encontra respaldo normativo em outros ordenamentos jurídicos, de maneira que diversas Constituições promulgadas após a segunda grande guerra passaram a consagrá-la em seus textos, além do que a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 – um importante marco formal da repersonalização do Direito – encontra na dignidade da pessoa humana um dos seus pilares.⁶⁷

No que tange à natureza normativa da dignidade da pessoa humana, vem a lume o questionamento concernente à sua estrutura normativa, isto é, indaga-se se ela é veiculada nos documentos legislativos por meio de regras ou princípios jurídicos.

Há que se ter claro, sem que isso possa representar um entendimento prematuro sobre a questão, que a dignidade da pessoa humana, enquanto norma jurídica que é, pode se manifestar como regra ou princípio.

Aprioristicamente, ao se deparar com os enunciados normativos que a veiculam, não há nenhum êxito em se afirmar que a dignidade da pessoa humana possui um cariz normativo principilógico, eis que tratam-se de enunciados de textura eminentemente aberta, cuja concretização está a depender das peculiaridades das hipóteses de fato. Verifica-se, a princípio, a sua feição de mandado de otimização, cuja realização deve ser levada a efeito da melhor forma possível a partir das circunstâncias fáticas e jurídicas.

Observando-se, dessa forma, as diretrizes sustentadas por Robert Alexy em tema de princípios, considerando-se a dignidade humana como princípio, há que se admitir, por conseguinte, a possibilidade de ela vir a ser ponderada com outro princípio fundamental na hipótese de haver colisão entre ambos.

Por mais que se diga que a dignidade humana ostenta uma posição de destaque no ordenamento jurídico, sustentando alguns estudiosos⁶⁸ até mesmo que ela seria uma

⁶⁶ Essa mesma abordagem da dignidade da pessoa humana numa perspectiva dogmática constitucional é levada a efeito por Ingo Sarlet in *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na Constituição Federal de 1988*. 2010.

⁶⁷ “Logo após a Segunda Guerra Mundial, passou ele a figurar em documentos internacionais, como a Declaração dos Direitos Humanos (1948), e em Constituições como a italiana (1947), a alemã (1949), a portuguesa (1976) e a espanhola (1978). (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 2011, pág. 273.)

⁶⁸ A autora lusitana Cristina Queiroz sustenta ser a dignidade da pessoa humana um valor superlativo, o que conduz à compreensão de que ela não seja nem mesmo admitida como objeto de uma eventual ponderação. “A dignidade da pessoa humana não se apresenta como um conceito vazio de conteúdo. Do mesmo modo, não pode nem deve ser tomado como pura

norma supralegal, convém salientar que ela não está imune a conflitos normativos, na medida que outros princípios possuem igual ou maior relevância do que a dignidade da pessoa humana. Isso implica na possibilidade de, entrando em rota de colisão com outros princípios fundamentais, a dignidade humana ser flexibilizada na situação concreta, para se admitir a prevalência, temporária e circunstancialmente, de outro princípio.

Nesse viés, observa Ingo Sarlet a possibilidade de ela ser sopesada com o próprio direito fundamental à vida que, na eutanásia, por exemplo, pode sim sofrer uma redução proporcional a se colocar o direito vida em proeminência.

De igual modo, faz-se necessário compreender que existem várias dignidades da pessoa humana, identificando-se uma órbita de proteção fundamental em cada indivíduo, razão pela qual também não se pode afastar a possibilidade de haver no caso concreto um conflito entre duas dignidades da pessoa humana. É preciso visualizar no outro um potencial titular de direitos, sendo esta pessoa, pois, dotada de dignidade. Assim, vislumbrando-se concretamente um conflito entre dignidades, certo é que uma delas prevalecerá em detrimento da outra.

Remanesce evidente portanto que, não obstante seja a dignidade da pessoa humana um princípio sobremaneira relevante e que, no mais das vezes, figura como base normativa e axiológica dos direitos fundamentais, pode ser ela objeto de uma ponderação no caso em que se deparar com outro princípio fundamental que ofereça uma melhor proteção à pessoa, incluindo, quiçá, uma outra dignidade da pessoa humana⁶⁹.

abstracção epistemológica de fundamentação de um sistema asséptico e pretendidamente 'neutro'. É um conceito valorativo, um valor constitucional, que se apresenta como 'fundamento' e 'base' da ordem jurídico-constitucional. Um conceito que se apresenta, simultaneamente, como 'norma fundamental' e 'direito fundamental', numa palavra, como 'compromisso fundamental do Estado'. Por tudo isto o conceito de 'dignidade' não deve ser visto unicamente na sua dimensão meramente 'negativa', de exclusão de intromissões arbitrárias por parte do poder público, mas essencialmente como um conceito de teor 'positivo', de tal sorte que não deve sequer ser tomado como critério de 'ponderação', sempre relativa, entre valores, bens e princípios constitucionais. O homem – e a sua 'dignidade preferente' – é um fim em si mesmo, não um meio ou instrumento na resolução de conflitos, que só podem, em última análise, ser aferidos perante os dados do 'caso'." (QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pág. 23/24.)

⁶⁹ "Além disso, resta a evidência, amplamente comprovada na prática, de que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser realizado em diversos graus, isto sem falar na necessidade de se resolver eventuais tensões entre a dignidade de diversas pessoas, ponto sobre o qual voltaremos a nos manifestar, ou mesmo da possível existência de um conflito entre o direito à vida e à dignidade, envolvendo um mesmo sujeito (titular) de direitos. (...) No mínimo – e neste sentido já não se pode falar de um princípio absoluto – impende reconhecer que mesmo prevalecendo em face de todos os demais princípios (e regras) do ordenamento, não há como afastar – como ainda teremos oportunidade de discutir – a necessária

Por seu turno, identifica-se, além disso, a sua manifestação normativa como regra, a qual emana como resultado de um eventual juízo ponderativo. Perceba-se que, ao se realizar uma ponderação onde a dignidade humana figura como um dos princípios colidentes, o produto desta equação jurídica inexata figurará com regra jurídica para a situação de fato que embasa o conflito em evidência. Tem-se, portanto, que o resultado do juízo ponderativo assumirá a feição de uma verdadeira regra jurídica, devidamente concretizada para incidir no caso particular.

Ainda, no que diz com a aparência da dignidade da pessoa humana para o sistema jurídico, identifica-se o seu viés axiológico, pelo que trata-se de um valor fonte que informa todo o ordenamento jurídico, consoante enuncia Flávia Piovesan⁷⁰.

No plano dos valores, a dignidade assim se manifesta – como axioma fundamental – tanto quanto exsurgir como princípio ou regra. Há que se esclarecer, nesse viés, que toda regra ou princípio possui um viés axiológico, de sorte que a dignidade da pessoa humana, em quaisquer de suas manifestações, também produz efeitos de ordem axiológica.

Nessa ordem de ideias, denota-se que a dignidade da pessoa humana, a despeito de estar consagrada em cláusula de textura aberta e se apresentar por meio de enunciado abstrato e impreciso, encerra densificação normativa e axiológica, de vez que se manifesta como norma jurídica a concretizar-se na esfera dos direitos fundamentais, bem assim como valor fonte do ordenamento jurídico, cuja funcionalidade de mandamento hermenêutico não se pode questionar.

Referências

ALEXY, Robert. *Constitutional rights, balancing and rationality*. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003. Tradução para fins acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

relativização (ou, se preferirmos, convivência harmônica) do princípio da dignidade da pessoa em homenagem à igual dignidade de todos os seres humanos." (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2010, pág. 84/85.)

⁷⁰ "O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm construir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988 esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional." (PIOVESAN, Flávia. *Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Direito à Alimentação Adequada: Mecanismos Nacionais e Internacionais*. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 35.)

_____. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 55-66. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Direito à Alimentação Adequada: Mecanismos Nacionais e Internacionais*. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. CONTI, Irio Luiz (Coord.). *Direito humano à alimentação adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

O comportamento dos *black blocs* sob a ótica das teorias criminológicas

The behavior of black blocs from the perspective of criminological theories

Luciana de Brito Freitas Leite

Professora universitária de Direito penal. Especialista em processo. Mestre em direito público pela UFU. Doutoranda em Ciências Penais pela UBA.
E-mail: lucianaleite@netsite.com.br

Resumo: Exame das diferentes visões do delito, a partir do estudo das teorias criminológicas avaliando o comportamento do indivíduo e os conflitos sociais.

Palavras-chave: Criminologia. Teorias. Comportamento dos *black blocs*. Violência urbana.

Abstract: Examination of different visions of the offense, from the study of criminological theories assessing the behavior of the individual and social conflicts.

Keywords: Criminology. Theories. Behavior of *black blocs*. Urban violence.

1 Introdução

Pretende-se examinar as diferentes visões justificadoras do delito, explicativas ou críticas, a partir do estudo das teorias criminológicas, avaliando a interação entre indivíduos e sociedade como um todo, e do seu sistema de funcionamento, de seus conflitos e crises, de modo a obter, por meio do estudo do fenômeno delitivo, as diferentes respostas explicativas da criminalidade, inclusive o recente fenômeno dos *black blocs*. Percebe-se que qualquer classificação não fica imune de determinadas simplificações.

Conforme exposto por Sérgio Salomão Shecaira em sua obra,

uma ideia nunca é resultado de um gênio criador, mas sempre é um produto de seu tempo. As condições de existência de um pensamento decorrem das múltiplas relações humanas condicionantes daquele momento. Não é por outra razão que, como ondas sucessivas, alguns temas serão tocados por alguns autores e posteriormente serão revisitados por outros que lhes sucedem. (2011, p.149).

Como se sabe, muitas vezes as teorias têm uma concepção provisória, para só adquirirem seu quadrante definitivo depois da crítica que recebem. A classificação que será exposta obedece a dois critérios: ao científico e ao pedagógico.

Podem-se agrupar duas concepções principais da macrosociologia que influenciaram o pensamento criminológico. A primeira concepção possui enfoque funcionalista, mas também é conhecida como teoria da integração, a qual foi chamada de teoria do consenso. A segunda concepção, argumentativa, pode-se intitular de teorias do conflito. A escola de Chicago, a teoria da associação diferencial, a teoria da anomia e a teoria da subcultura delinquente podem ser consideradas teorias do

consenso e serão objeto de estudo a seguir. Já as teorias do labelling (interacionista) e crítica partem de visões conflitivas da realidade, que também serão abordadas.

Para a perspectiva das teorias consensuais, a finalidade da sociedade é atingida quando há um perfeito funcionamento das suas instituições, de forma que os indivíduos compartilham os objetivos comuns a todos os cidadãos, aceitando as regras vigentes e compartilhando as regras sociais dominantes. Para a teoria do conflito, a coesão e a ordem na sociedade são fundadas na força e na coerção, na dominação por alguns e sujeição de outros.

A visão de consenso não postula que a ordem é baseada em um consenso geral em torno de valores, mas sim que ela pode ser concebida em termos de um tal consenso, e que, se ela fora concebida nestes termos, são possíveis certas proposições que resistem ao teste de observações específicas.

Para os defensores da visão conflitiva da sociedade, o pressuposto da natureza coercitiva da ordem social é um princípio heurístico, e não um juízo factual. Do ponto de vista da teoria consensual, as unidades de análise social são essencialmente associações voluntárias de pessoas que partilham certos valores e criam instituições, com vistas a assegurar que a cooperação funcione regularmente.

Um dos principais autores na defesa da ideia segundo a qual a sociedade está fundada no conflito foi Marx.

Até hoje, a história de todas as sociedades que existiram até nossos dias tem sido a história das lutas de classes. Homem livre e escravo, patrício e plebeu, barão e servo, mestre de cooperação e companheiro, numa palavra, opressores e oprimidos, em constante oposição, tem vivido numa guerra ininterrupta, ora franca, ora disfarçada; uma guerra que terminou sempre, ou por uma transformação revolucionária da sociedade inteira, ou pela destruição das suas classes em luta (MARX, s/d, p. 22).

As teorias do consenso têm como base um certo número de premissas. Conforme lições de Dahrendorf,

toda sociedade é uma estrutura de elementos relativamente persistente e estável; toda sociedade é uma estrutura de elementos bem integrada; todo elemento em uma sociedade tem uma função, isto é, contribui para sua manutenção como sistema; toda estrutura social em funcionamento é baseada em um consenso entre seus membros sobre valores. Sob várias formas, os mesmos elementos de estabilidade, integração, coordenação funcional e consenso reaparecem em todos os enfoques funcionalista-estruturalistas do estudo da estrutura social. Estes elementos são, naturalmente em geral, acompanhados de afirmações no sentido de que a estabilidade, integração, coordenação funcional e consenso são apenas relativamente generalizados (*apud* SHECAIRA, 2011, p. 151).

As premissas das chamadas sociedades do conflito podem ser percebidas a partir da verificação de que toda sociedade está, a cada momento, sujeita a processos de mudança, a mudança social é ubíqua, toda sociedade exhibe a cada momento dissensão e conflito e o conflito social é ubíquo; todo elemento em uma sociedade

contribui de certa forma para sua desintegração e mudança; toda sociedade é baseada na coerção de alguns de seus membros por outros.

Seja na visão da teoria do consenso ou na visão da teoria do conflito, é preciso investigar o papel desempenhado pelo crime dentro desse processo. Sendo assim, analisaremos as escolas sociológicas dos crimes, procurando enquadrar o fenômeno dos *black blocs* em alguma delas.

2 Escola de Chicago

A escola de Chicago tem uma perspectiva transdisciplinar que discute múltiplos aspectos da vida humana, todos relacionados com a vida da cidade. A chamada Escola de Chicago é apresentada como uma das primeiras correntes de pensamento dentro da criminologia, que parte de abordagem macrosociológica e não mais biopsicológica do fenômeno da criminalidade.

A Universidade de Chicago foi fundada em 1890, a partir principalmente de investimentos de John Rockefeller, conforme relatam autores como Wagner Cinelli de Paula Freitas, Sérgio Salomão Shecaira e principalmente Howard Becker, que decidiu incentivar a criação de uma universidade na cidade de Chicago. Foi a primeira universidade norte-americana a ter um departamento de sociologia e foi chamada de Escola de Chicago por Luther Bernard, em 1930.

Na época da fundação da universidade, Chicago era a terceira maior cidade dos Estados Unidos e experimentava a continuidade de tal crescimento, com a expansão da indústria, redução da taxa de mortalidade, mudanças nas relações de produção e significativa chegada de imigrantes europeus e de outras regiões norte-americanas, o que ocasionava um grande déficit na oferta de vagas de empresa e também na área habitacional. O mencionado contexto acabava por proporcionar ambiente propício para o aumento dos conflitos sociais, conseqüentemente, do crime e de sua repressão⁷¹. É o que afirma Sérgio Salomão Shecaira:

a expansão da classe média e trabalhadora, com a vinda de grandes levas de imigrantes e migrantes para as cidades que se transformam em centros industriais dinâmicos, cria um diversificado ambiente intelectual, dentro do qual evoluíram as ciências sociais (2011, p. 140).

Diante dos problemas observados na cidade, que era o laboratório dos pesquisadores da Universidade de Chicago, os autores estavam interessados em trabalhos pragmáticos, que pudessem contribuir de alguma forma para a superação dos problemas enfrentados pela população, a partir de suas próprias ações e atitudes, reforçando os mecanismos tradicionais de controle.

É comum designar como uma escola um grupo de autores que pensam de forma razoavelmente semelhante, o que é verificado por outros pensadores, anos após a produção dos primeiros. Porém, no que se refere à escola de Chicago, foi considerada não apenas uma escola de pensamento, mas principalmente uma escola de atividade,

⁷¹ FREITAS, 2002.

que consiste em um grupo de pessoas que trabalham em conjunto, não sendo necessário que os membros da escola de atividade compartilhem a mesma teoria; eles apenas têm de estar dispostos a trabalhar juntos.

Importa ressaltar apenas que autores, tais como Robert E. Park, Herbert Mead, Everett Hughes, entre outros, deram grande relevo à análise da cidade, tida como seu verdadeiro laboratório, aonde seria possível observar as interações repetitivas entre as pessoas.

A ecologia criminal, expressão também utilizada para se referir ao pensamento da escola de Chicago, “é o próprio princípio ecológico que, aplicado aos problemas humanos e sociais, postula a sua equação na perspectiva do equilíbrio duma comunidade humana com o seu ambiente concreto” (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 270).

Explica Davi de Paiva Costa Tangerino (2007, p. 115) que “ecologia é o estudo dos seres vivos, não como indivíduos, mas como membros de uma complexa rede de organismos conexos”, e pode ser dividida em vegetal, animal e, de acordo com os sociólogos de Chicago, humana”.

A cidade submete o indivíduo a estímulos, conduzindo-o à impessoalidade, à liberdade, ao anonimato e ao distanciamento tanto físico quanto emocional. Assim, a cidade rompe os mecanismos tradicionais de controle dos comportamentos, pois “os contatos da cidade podem ser face a face, mas são, não obstante, impessoais, transitórios e segmentários” (WIRTH *apud* FREITAS, 2002, p. 34).

Pode-se dizer que a consequência da teoria ecológica é priorizar a ação preventiva, minimizando a atuação repressiva. Qualquer intervenção na cidade deve ser planejada. Iniciar-se-á pela vizinhança e deve restringir-se ao bairro ou a uma área predeterminada. É fundamental o envolvimento da sociedade com a busca de comunhão de esforços dos diferentes segmentos sociais.

No aspecto puramente metodológico, depois da escola de Chicago, não há qualquer política criminal séria que não se baseie em estudos empíricos da criminalidade na cidade. A criminologia passa a ser o substrato teórico para intervenção político-criminal no combate à criminalidade. O próprio direito penal terá que buscar articular sua atuação de uma maneira convergente com o ideário da teoria. Políticas preventivas ou repressivas sem exames prévios da realidade podem criar uma disfunção prejudicial aos interesses da comunidade, com investimentos de recursos da comunidade de uma forma incompatível com os interesses dos habitantes da cidade.

3 Teoria da Associação Diferencial

A teoria da associação diferencial tem seus aportes iniciais com o pensamento de Edwin Sutherland (1883-1950), nos idos de 1924, com base no pensamento originário de Gabriel Tarde. O primeiro contato de Sutherland com a criminologia ocorre em 1906, na Universidade de Chicago, sofrendo grande influência dos autores da escola de Chicago. No final dos anos 30, cria a expressão White-collar crime, que passa a identificar os autores de crimes diferenciados que apresentavam pontos acentuados de dessemelhança com os criminosos chamados comuns.

Sutherland constrói sua teoria com alicerce em alguns pilares, princípios que dizem respeito ao processo pelo qual uma determinada pessoa mergulha no comportamento criminoso:

- a) o comportamento criminoso é aprendido, o que implica a dedução de que este não é herdado e de que a pessoa não treinada no crime não inventa tal comportamento;
- b) o comportamento em questão é aprendido em interação com outras pessoas, em um processo de comunicação, que é, em muitos aspectos, verbal, o que não exclui a gestual;
- c) a principal parte da aprendizagem do comportamento criminoso se verifica no interior de grupos pessoais privados, significando, em termos negativos, o papel relativamente desimportante desempenhado pelas agências impessoais de comunicação, do tipo dos filmes e jornais, na gênese do comportamento criminoso;
- d) a aprendizagem de um comportamento criminoso compreende as técnicas de cometimento do crime, que são ora muito complexas, ora muito simples, bem como a orientação específica de motivos, impulsos, racionalizações e atitudes;
- e) a orientação específica de motivos e impulsos é aprendida a partir de definições favoráveis ou desfavoráveis aos códigos legais, de feição que, em algumas sociedades, o indivíduo está cercado por pessoas que invariavelmente concebem os códigos legais como normas de observância necessária, ao passo que, em outras, acontece o inverso, o mesmo se encontra cercado por pessoas cujas definições apoiam a violação dos códigos legais;
- f) o fato de a pessoa se tornar delinquente se deve ao excesso de definições em favor da violação da lei sobre aquelas em oposição à infringência desta, constituindo este o princípio definidor da associação diferencial e referindo-se tanto a associações criminosas quanto a anticriminosas, sem deixar de incluir forças contrárias;
- g) as associações diferenciais podem variar em frequência, duração, prioridade e intensidade, o que quer dizer que as associações com o comportamento criminoso e igualmente aquelas com o comportamento anticriminoso sofrem variações nesses aspectos;
- h) o processo de aprendizagem do comportamento criminoso por associação com padrões criminosos e anticriminosos envolve todos os mecanismos peculiares a qualquer outro processo de aprendizagem, o que implica, no plano negativo, a constatação de que a aprendizagem do comportamento criminoso não está limitada ao processo de imitação, de sorte que a pessoa seduzida, a título de exemplificação, aprende o comportamento criminoso mediante associação, não sendo tal processo ordinariamente caracterizado como imitação, dentre outros.

Sutherland considera não ser necessário explicar porque as pessoas possuem determinadas associações, em virtude da complexidade dos fatores em causa. Como exemplo, ele cita que um garoto sociável, expansivo e ativo, vivendo em uma área de elevada taxa de delinquência, apresenta grande probabilidade de vir a travar contato com outros garotos do bairro, aprender padrões de comportamento criminoso com eles e, por derradeiro, se tornar, ele próprio, um delinquente. Na outra face da moeda, um garoto emocionalmente perturbado, no mesmo dado bairro, que seja sozinho, introvertido e inativo, pode permanecer mais em casa, deixando de conhecer outros garotos do bairro e de se envolver em comportamento criminoso.

Na terceira hipótese levantada pelo doutrinador, o garoto sociável, expansivo e ativo pode virar escoteiro, jamais se engajando em atividades delinquentes. Sua ilação é de que a definição das associações de uma pessoa se dá em um contexto geral de organização social, pois, como específica, uma criança é geralmente criada em uma família, cujo lugar de residência depende largamente da renda familiar, não se olvidando a existência de relação entre a taxa de delinquência da área e o valor de aluguel das casas, entre outros fatores da organização social que influenciam as associações de alguém.

Resumindo, todo comportamento, para o criminólogo, seja legal ou criminoso, é aprendido em decorrência de associações com outros, dando-se a parte mais importante da aprendizagem no seio de grupos pessoais íntimos. O comportamento criminoso, conquanto exprima necessidades e valores gerais, não é explicado por tais referenciais, posto que o comportamento conformista, não criminoso, reflete iguais necessidades e valores. As fontes motivacionais do comportamento são, portanto, as mesmas tanto para o criminoso como para o conformista, respeitador da lei, morando a distinção no fato de que a persecução dos objetivos, pelo primeiro, se faz com a utilização de meios ilícitos. A associação diferencial emerge, então, como produto de socialização no qual o criminoso e o conformista são orientados por muitos princípios idênticos. As variáveis da frequência, duração, prioridade e intensidade da associação determinam o que é aprendido, sendo que, se são suficientes e as associações criminosas, a pessoa aprende as técnicas de cometimento de delitos, além dos impulsos, atitudes, justificativas e racionalizações que integram o conjunto de pré-condições para o comportamento criminoso, significando que o desenvolvimento de uma predisposição favorável aos estilos de vida delinquentes é desencadeado pela aprendizagem dessa convergência de instrumentais.

A teoria da associação diferencial tem o grande mérito de ampliar a crítica ao fenômeno criminal como tendo um caráter exclusivamente biológico. A criminologia proporciona, a partir de Sutherland, uma explicação de valor onicompreensivo e macrossocial do fenômeno delitivo. É evidente que estas ideias puseram em cheque as aporias dos paradigmas etiológicos e seu encurtamento de visão em haver se concentrado no delito e no delinquente como categorias dadas.

Várias críticas foram feitas à teoria. A primeira delas diz respeito à desconsideração da incidência de fatores individuais de personalidade, ocultos e até inconscientes na associação e demais processos psicossociais. O crime nem sempre decorre de padrões racionais e utilitários, pois há fatos absurdos, ocasionais, espontâneos, impulsivos, alheios a qualquer processo de aprendizagem. Existe uma simplificação na reconstrução muito mecânica do processo de aprendizagem.

A teoria desatende as diferentes aptidões individuais para a aprendizagem; tampouco aclara o porquê de sua interpretação estar dirigida unicamente aos modelos de comportamento criminal e às orientações de valores desviados. Não se explica a razão pela qual, em iguais condições, uma pessoa cede à influência do modelo desviante, e outra, nas mesmas circunstâncias, não. Por que alguém que convive com o modelo criminoso não adere obrigatoriamente a ele? Por fim, tal como foi construída, a teoria não resulta eficaz para explicar a conduta individual dos agentes, ainda que

tenha sido relevante para aplinar caminhos que posteriormente tenham sido analisados em termos sociais mais amplos.

4 Teoria da Anomia

A teoria da anomia pode ser considerada a réplica mais significativa às teorias estruturais de obediência marxista. Ela se distancia do modelo médico e patológico de interpretação do crime por não interpretá-lo como anomalia, como fizeram os primeiros estudiosos da criminologia.

O sentido de anomia, como o de tantos outros conceitos sociológicos, passou por muitas modificações. Os principais expoentes dessa teoria são Emile Durkheim e Robert Merton. Houve acréscimos e modificações por parte de Cloward, Ohlman, Parsons e Opp, dentre outros.

Essa teoria insere-se dentro de teorias designadas como funcionalistas. O pensamento funcionalista considera a sociedade um todo orgânico, que tem uma articulação interna. Sua finalidade é a reprodução através do funcionamento perfeito dos seus vários componentes. Isto pressupõe que os indivíduos sejam integrados no sistema de valores da sociedade e que compartilhem os mesmos objetivos, ou seja, que aceitem as regras sociais vigentes e se comportem de forma adequada às mesmas.

4.1 Emile Durkheim

Anomia é uma palavra que tem origem etimológica no grego (a=ausência; nomos=lei) e que significa SEM LEI, conotando também a ideia de iniquidade, injustiça e desordem. Inicia-se com as obras de Durkheim: *Da divisão do Trabalho social* (1893), *As regras do método sociológico* (1895) e *O suicídio* (1897).

É anomia uma ausência ou desintegração das normas sociais. Três ideias são importantes para o estudo: a situação existente de transgressão das normas por quem pratica ilegalidades; a existência de um conflito de normas claras, que tornam difícil a adequação do indivíduo aos padrões sociais; a existência de um movimento contestatório que descortina a inexistência de normas que vinculem as pessoas num contexto social. É a chamada crise de valores, causadora das grandes mudanças comportamentais de nosso tempo. O foco da questão será a ausência de normas sociais de referências que acarreta uma ruptura dos padrões sociais de conduta, produzindo uma situação de pouca coesão social.

O conceito de anomia em Durkheim remete necessariamente à ideia da consciência coletiva ou comum. Essa consciência coletiva comporta maior ou menor extensão ou força. O fato criminoso só terá relevo quando atingir a consciência coletiva na sociedade. O fenômeno delitivo apresenta, segundo este pensamento, todos os sintomas de normalidade, uma vez que eles aparecem estreitamente ligados às condições de toda a vida coletiva.

Encarar o crime como uma doença, como o faziam Lombroso, Ferri, Garofalo e todos os autores que aderiram a um modelo médico-repressivo de crime, seria admitir que a doença não é algo de acidental, mas, ao contrário, que, em certos casos, deriva da

constituição fundamental do ser vivo; seria apagar toda distinção entre o fisiológico e o patológico.

Não é o crime um fato necessariamente nocivo, uma vez que pode ter inúmeros aspectos favoráveis à estabilidade e mudança social, pelo reforço que pode trazer à solidariedade dos homens. O incremento da criminalidade decorre da anomia, que é o desmoronamento das normas vigentes em dada sociedade.

4.2 Robert Merton

Outro sociólogo, Robert King Merton, em 1938, nos EUA, retoma com grande ênfase a ideia da anomia. Seu objetivo principal foi demonstrar como algumas estruturas sociais exercem uma pressão definida sobre certas pessoas da sociedade, para que sigam condutas não conformistas, em vez de trilharem os caminhos de conformidade aos valores culturais socialmente aprovados.

Para esse pensamento, o cometimento do crime decorre da pressão da estrutura cultural e das contradições desta com a estrutura social. A anomia fomenta a criminalidade e advém do colapso na estrutura cultural, especialmente de uma bifurcação aguda entre as normas e objetivos culturais e as capacidades (socialmente estruturadas) dos membros do grupo de agirem de acordo com essas normas e objetivos.

Preocupa-se o estudo da anomia com as causas, e não simplesmente com os fatores que são inúmeros, mesmo porque de quase nada adianta combater os fatores sem eliminar as causas.

5 Teoria da Subcultura Delincente

A ideia da subcultura delincente foi consagrada na literatura criminológica pela obra de Albert Cohen: *Delinquent boys*. Para a presente teoria, o crime resulta da interiorização (aprendizagem, socialização e motivação) de um código moral ou cultural que torna a delinquência imperativa. As teorias da subcultura partem do princípio de que delinquentes são as culturas e não as pessoas. À semelhança do que acontece com o comportamento conforme a lei, também a delinquência significa a conversão de um sistema de crenças e valores em ação.

O conceito não é exclusivo da área criminal, sendo utilizado igualmente em outras esferas do conhecimento, como na antropologia e na sociologia. Trata-se de um conceito importante dentro das sociedades complexas e diferenciadas existentes no mundo contemporâneo, caracterizado pela pluralidade de classes, grupos, etnias e raças.

A presente teoria demonstra uma coincidência entre os mecanismos de aprendizagem e interiorização das normas e paradigmas comportamentais ligados à delinquência e aqueles mesmos mecanismos da socialização normal. Deixa clara a relatividade do livre arbítrio pessoal frente a esses mecanismos de socialização. Desse modo, “constitui não só uma negação de toda teoria normativa e ética da culpabilidade, mas uma negação do próprio princípio de culpabilidade ou

responsabilidade ética individual, como base do sistema penal” (SUTHERLAND *apud* BARATTA, 1997, p. 76).

A subcultura, em grande parte, reproduz alguns valores contidos na sociedade tradicional, porém com um sinal invertido. A lealdade é valorizada, enquanto o traidor será considerado arqui-inimigo do grupo. Algumas atitudes são normalmente aceitas dentro dos padrões do grupo, incluindo jogos de azar, algazarras nas ruas, obscenidades e vandalismo. Os grupos subculturais se retiram da sociedade convencional. Exemplos de grupos subculturais podem incluir alguns delinquentes juvenis, as gangues de periferia, grupos *anarcopunks*, *skinheads*, os chamados *hooligans* e os *black blocs*.

Outro fenômeno que pode ser identificado dentro dessa teoria é o *bullying*, que é uma forma de violência escolar que nasce no centro das relações entre alunos dentro da escola e manifestam-se por meio de agressões físicas, insultos, ameaças, intimidação e pelo conseqüente isolamento. Existe uma variedade de comportamentos negativos que se reiteram no tempo, como conseqüência de um real e identificado desequilíbrio de poder, em que as crianças mais fortes do grupo se valem dessa diferença etária para dominar os mais fracos. Essas agressões morais e físicas são realizadas de modo repetitivo e exacerbado, cujo resultado pode causar evasão escolar, danos psicológicos para a criança e o adolescente e, conseqüentemente, pode facilitar a entrada dos mesmos na criminalidade (CHACHAU, 2009).

Percebe-se que o combate a essa criminalidade não pode ser feito por meio de mecanismos tradicionais de enfrentamento do crime. A ideia central dessa prática delituosa tem certas particularidades que são dessemelhantes de outras formas mais corriqueiras. Algumas dessas formas de manifestação não se combatem com a pura repressão, mas talvez com um processo de cooptação dos grupos, envolvendo-os com o mercado de trabalho e com o acesso à sociedade produtiva.

6 Labelling Approach (Teoria da Rotulação Social ou Etiquetamento)

O movimento criminológico do *labelling approach*, surgido nos anos 60, é o verdadeiro marco da chamada teoria do conflito. Referida teoria é também conhecida como interacionismo simbólico ou social e ainda como teoria do etiquetamento. Essa teoria representou uma profunda mudança no pensamento criminológico, descentralizando os estudos no fenômeno delitivo em si e passando o enfoque para a reação social proveniente da ocorrência de um determinado delito.

Os principais expoentes desta teoria são Erving Goffman e Howard Becker. A metodologia usada por esses autores é a observação direta e o trabalho de campo. Dirigem suas atenções aos processos de criação dos desvios, à conversão do indivíduo em desviado.

Conforme explicam Molina e Gomes (2000), por volta dos anos 70 ganhou grande vigor uma explicação interacionista do fato delitivo que parte dos conceitos de ‘conduta desviada’ e ‘reação social’.

Genuinamente norte-americana, essa teoria surge com a modesta pretensão de oferecer uma explicação científica aos processos de criminalização, às carreiras

criminais e à chamada desviação secundária, adquirindo, sem embargo, com o tempo, a natureza de mais um modelo teórico explicativo do comportamento criminal.

De acordo com esta perspectiva interacionista, não se pode compreender o crime prescindindo da própria reação social, do processo social de definição ou seleção de certas pessoas e condutas etiquetadas como delitivas. Delito e reação social são expressões interdependentes, recíprocas e inseparáveis. A desviação não é uma qualidade intrínseca da conduta, senão uma qualidade que lhe é atribuída por meio de complexos processos de interação social, processos estes altamente seletivos e discriminatórios (MOLINA; GOMES, 2000).

No processo de criminalização do indivíduo, existe o desvio primário, correspondente à primeira ação delitiva do sujeito, que geralmente tem como finalidade resolver alguma necessidade, seja ela econômica seja ela para acomodar sua conduta às expectativas de um determinado grupo. O desvio secundário está ligado à repetição de atos delitivos, especialmente a partir da forçada associação do indivíduo com sujeitos delinquentes. O pensamento central dessa corrente é dizer que uma vez rotulado como "criminoso", quando o indivíduo é etiquetado, dificilmente voltará a se adaptar ao meio social. A prisão cumpre uma função reprodutora; a pessoa rotulada como delinquente assume o papel que lhe é atribuído.

A teoria faz uma crítica ao aparato de repressão estatal, demonstrando que ele funciona, na maioria das vezes, como segregador, retirando do indivíduo desviado as possibilidades de reinserção social. Uma vez adquirido o estigma de delinquente, podemos citar duas razões pelas quais dificilmente será modificado tal quadro. Primeiramente pela dificuldade da sociedade aceitar o indivíduo rotulado. Depois, porque a experiência de ser considerado desviado e a publicidade dada ao fato fazem com que haja um processo em que o próprio sujeito se reconhece como tal.

7 Teoria Crítica

A teoria crítica, também denominada como radical, tem sua origem mediata no livro *Punição e Estrutura Social*, de Georg Rusche e Otto kirchheimer. Baseado no pensamento Marxista, a teoria crítica, também conhecida como "nova criminologia", entende que a solução da criminalidade passa pela extinção da opressão e exploração econômica das classes políticas, é o que podemos chamar de criminologia Marxista. Tal pensamento sustenta ser o delito um fenômeno dependente do modo de produção capitalista. A criminologia crítica, atentando para o processo de criminalização, busca como um dos seus objetivos principais estender ao campo do direito penal a crítica do direito desigual.

De acordo com Calhau (2011, p. 82), "a criminologia radical recusa o estatuto profissional e político da Criminologia tradicional, considerada como um operador tecnocrático a serviço do funcionamento mais eficaz da ordem vigente".

A criminologia radical se recusa a adotar um modelo tecnocrata porque considera o problema criminal insolúvel em uma sociedade capitalista. A "nova criminologia" distingue os crimes que são expressão de um sistema intrinsecamente criminoso (corrupção, crimes contra o sistema financeiro, racismo etc.) e os crimes de classes mais desprotegidas (furto, vadiagem etc.).

Dentre as principais contribuições teóricas da criminologia crítica está o fato de que o fundamento mais geral do ato desviado deve ser investigado junto às bases estruturais econômicas e sociais, que caracterizam a sociedade na qual vive o autor do delito. Vale dizer que a perfeita compreensão do fato delituoso não está no fato em si, mas deve ser buscada na sociedade onde serão encontradas as causas da criminalidade. O fundamento imediato do ato desviado é a ocasião, a experiência ou o desenvolvimento estrutural que fazem precipitar esse ato não em um sentido determinista, mas no sentido de eleger, com plena consciência, o caminho da desviação como solução dos problemas impostos pelo fato de viver em uma sociedade caracterizada por contradições (psicologia social do delito).

As novas indicações possibilitadas pelo pensamento da “Nova Criminologia” têm o grande predicado de constituírem um fértil campo para o desenvolvimento de uma visão crítica da organização social em geral e do sistema penal em especial, inclusive com repercussões no âmbito legislativo e da Política Criminal. Contudo, não se pode olvidar sua lacuna ao desconsiderar a real existência de condutas conflituosas inaceitáveis e deletérias ao sadio convívio social, para as quais, necessariamente, deve haver mecanismos de controle, independentemente de quaisquer relações de poder subjacentes ou ocultas ideologicamente.

8 Conclusão

Importante frisar que nos idos de 1482 já existia criminologia. O termo criminologia científica surgiu a partir de 1876, o que não significa que não havia criminologia antes. A obra *Maleus maleficarum* pode ser considerada o marco inicial da criminologia. Depois disso, outro marco importante é a obra de Beccaria, considerado o rei da criminologia clássica; com sua obra *Dos delitos e das penas*. Já em 1876 desponta a escola positivista, com a obra de Lombroso, *O homem delinquente*. Fica evidente que Lombroso estava influenciado pelas teorias evolucionistas de Darwin.

Nessa época todos criticavam as injustiças do sistema penal e a forma de prevenir os delitos era definir quem poderia delinquir e colocá-los no cárcere. O que se avaliava era a periculosidade do agente. Vale destacar que a primeira obra positivista da América latina é de Clovis Beviláqua, em 1896 e que a Alemanha nazista se justificou no positivismo, o que prejudicou o discurso científico e ficou mal visto. Assim, o positivismo perdeu espaço.

Depois das duas grandes guerras, surge a escola da sociologia da investigação (no começo do século XX). Não obstante autores de prestígio como Zaffaroni entenderem que a escola clássica não existe, a mesma, juntamente com a positiva, foram as mais importantes para a criminologia.

A partir daí, necessária se tornou a investigação da sociologia e criminologia nos Estados Unidos, com o início da Escola de Chicago, a primeira a ser mencionada neste estudo.

Diante da evolução da criminalidade, ainda não se tem uma resposta sobre a causa da delinquência, muito menos foi descoberto que papel cumpre o castigo na sociedade.

A pena já não cumpre a sua função, seja através da adoção da teoria absoluta ou relativa da pena seja no aspecto de impedir que o agente volte a delinquir. A pena também não consegue cumprir sua função de intimidação geral e muito menos especial.

No Brasil, estamos vivendo um momento de clamor social por penas mais rigorosas para tentar impedir manifestações sociais, em que alguns grupos, identificados pela mídia como *black blocs*, praticam atos de vandalismo, pequenos furtos, depredações, lesões corporais, desacato, desobediência. Essas manifestações populares tomam conta de ruas, avenidas, hospitais, shoppings centers e os *black blocs* se valem da oportunidade de se ocultarem nelas, que têm cunho nitidamente político, porque a sociedade brasileira vive um momento de insatisfação com o governo.

O legislador brasileiro rapidamente sacou a sua arma legiferante e já está com projeto de lei pronto para ser aprovado tipificando o delito de vandalismo, sem atentar para o fato do direito penal ser última opção do Estado, além de inobservar princípios basilares, como fragmentariedade e intervenção mínima do Estado.

Não é possível tipificar uma conduta mais severamente e ainda com a exigência de um elemento subjetivo, finalidade política, difícil de ser provado. Existem nessas manifestações grupos que praticam crimes comuns, que já estão tipificados.

Assistimos impávidos a encenação da teoria das janelas quebradas ou da subcultura delinquente e o Estado não percebe o significado da sua omissão. Já dizia Beccaria: mais vale a certeza da punição do que a gravidade da sanção. Entretanto, o legislador brasileiro não aprendeu a lição.

Em matéria de punição, não visualizamos uma evolução em escala ascendente, mas episódios de avanço e regresso à idade medieval. O homem ainda não aprendeu com os estudiosos do passado. As lições estão postas, necessário que sejam divulgadas, interiorizadas, para que deem frutos.

A lição das duas teorias citadas, que parecem descrever os atuais eventos brasileiros e o fracasso do Estado em prevenir ou impedir esses atos que estão deixando a sociedade refém, é que existem formas diferentes de punir. A desobediência civil se torna atrativa para o grupo dos desordeiros. Foi criado um código moral próprio. A parcela da sociedade que destoa desse código é atacada, assim como as instituições do Estado.

Se houvesse fiscalização e se os atos que ofendem os bens jurídicos penalmente protegidos fossem penalizados, não chegaríamos aos delitos maiores, e talvez não teríamos morte com rojão.

Se há uma pichação de bem público que fica sem resposta, o próximo bem jurídico ofendido será a vida. Mas isso não significa que a resposta seja o cárcere. A resposta deve surgir bem antes, na formação do indivíduo, na preocupação do Estado com a educação, para que, independente do local onde a pessoa esteja, ela consiga fazer a sua opção.

Uma ciência criminológica ciente de seu papel social e da complexidade de seus problemas e respostas ensinará um “novo modelo integrado de ciência penal”, consciente de sua íntima relação com as ciências sociais. O caminho é longo, a meta é distante, os pressupostos implicam, entre outros, uma radical revisão dos métodos de formação do jurista, do legislador e do cidadão.

Realmente os desafios da criminologia e da ciência penal em geral são áridos, especialmente considerando a heterogeneidade e complexidade reinantes no mundo atual, extremamente fértil na produção dos mais variados conflitos individuais e sociais. Porém, as dificuldades não devem paralisar o pesquisador, e sim tornarem-se fatores de incentivo para o seguimento de suas investigações.

Referências

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal; introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Reva, 1997.

CALHAU, Lélío Braga. *Resumo de criminologia*. 6 ed. Niterói: Impetus, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminogena*. Ed. Coimbra. Imprensa: Coimbra, 1997. 573p.

FREITAS, Wagner Cinelli de Paula. *Espaço urbano e criminalidade: lições da escola de Chicago*. São Paulo: IBCCrim, 2002.

MARX, Karl. *Manifesto do Partido Comunista*. Obras escolhidas. São Paulo: Alpha ômega. s/d. v.3.

MOLINA, Antônio García Pablos de; GOMES, Luís Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3 ed. São Paulo: RT, 2011.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Crime e cidade: violência urbana e a Escola de Chicago*. Rio de Janeiro Lumen Juris, 2007.



JURISVOX
N. 14, VOL. 2, DEZ. 2013
SEÇÃO ENSAIO JURÍDICO

Possibilidade de inscrição do nome do devedor de pensão alimentícia nos órgãos restritivos de crédito⁷²

Possibility of inscription of alimony debtor's name on credit protection agencies

Betânia Nunes de Sousa

Aluna do 9º período de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.
E-mail: betanianunes@hotmail.com

Resumo: A inclusão do nome do devedor de pensão alimentícia nos órgãos restritivos de crédito, tais como SPC e SERASA, é uma medida que ainda não possui previsão legal, porém, já foi adotada em alguns tribunais visando à complementação e aprimoramento das formas de execução de alimentos existentes, que, por vezes, demonstram-se falhas e ineficazes. O Tribunal pioneiro na adoção da medida é o Tribunal de Justiça de São Paulo, que, desde o ano de 2010, tem firmado o entendimento de que essa possibilidade viabiliza uma maior efetividade na tutela do direito do alimentando em ver seu crédito satisfeito, e, por conseguinte, sua subsistência assegurada. Por ser um entendimento novo e sem previsão expressa na legislação pátria, ainda possuem divergências acerca de sua aplicabilidade. Tribunais como do Estado do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e até algumas Câmaras Cíveis do de São Paulo entendem-na descabida tendo em vista que, para eles, os órgãos restritivos de crédito não se prestam a tais serviços, mas tão somente aos relativos à matéria consumerista. Destarte, com o desenvolvimento do presente trabalho, analisar-se-ão tais posicionamentos, com o fito de verificar os pontos controvertidos, analisar a eficácia dos recursos para se cobrar os alimentos conforme a legislação atual, estudar casos em que se foi decidido pela inclusão do nome do devedor de alimentos nos órgãos restritivos de crédito bem como os efeitos desta inclusão, para, assim, demonstrar a possibilidade de se adotá-la, apontando os benefícios e prejuízos que tal medida pode acarretar.

Palavras-chave: Alimentos. Devedor de pensão alimentícia. Inclusão. Órgãos Restritivos de Crédito.

Abstract: The inclusion of the name of the debtor alimony in restrictive credit agencies such as SPC and SERASA, is a measure which does not have legal provision, however, it has already been adopted in some courts aimed at complementing and enhancing the ways of implementation of food alimony existing, which, sometimes, show up failures and ineffective. The pioneer in the adoption of measurement Court is the Court of São Paulo, which, since 2010, has signed an understanding that this possibility enables greater effectiveness in protecting the right of the person who sees its credit pleased, and, therefore, the livelihood guaranteed. Being a new understanding without prevision expressed in the legislation, still have disagreements about its applicability. Courts of Rio Grande do Sul, Minas Gerais and even some Civil Chambers of São Paulo understand it as being misplaced, considering that, for them, the restrictive credit agencies do not lend themselves to such services, but only to the services related to the consumption matter. Thus, with the development of this work, it will be examined whether such positions - with the aim of checking the controversial points, analyze

⁷² Trabalho orientado pela prof. Raquel Nascimento Cunha.

the effectiveness of resources to collect the alimony according to the current legislation, to study cases in which it was decided by the inclusion of the debtor's name in the restrictive credit agencies as well as the effects of this inclusion, thereby, to demonstrate the possibility of adopting it, pointing out the benefits and harms that such measure might entail.

Keywords: Alimony. Debtor alimony. Inclusion. Restrictive Credit organs.

1 Introdução

Diante da necessidade de se dar um provimento mais efetivo à execução de alimentos, propõe-se uma análise de sua eficácia nos casos concretos visando ao aprimoramento da tutela dos interesses de quem não pode, por si só, prover seu próprio sustento.

Para executar os alimentos fixados judicialmente e não pagos, o credor tem, conforme dispõe o ordenamento jurídico que regula o assunto, os seguintes meios: desconto em folha de pagamento, desconto de rendimentos ou aluguéis, expropriação de bens e prisão civil. Contudo, o que se percebe é que tais medidas não têm se mostrado tão aptas a assegurar a efetivação do direito do credor perante aquele que lhe deve alimentos. Este tem encontrado, constantemente, formas para driblar a aplicação da lei, se escusando, pois, de cumpri-la.

Destarte, no presente trabalho, pretende-se demonstrar uma nova forma de coerção do devedor de alimentos: a inclusão do seu nome nos órgãos de proteção ao crédito. Embora não haja previsão legal para sua aplicação, esta medida vem sendo adotada em alguns tribunais brasileiros. Realizou-se, pois, uma análise acerca dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que norteiam o assunto, para se chegar a uma conclusão sobre o benefício e prejuízos de sua aplicação nos casos concretos.

Para o desenvolvimento da pesquisa, utilizou-se o método dedutivo-bibliográfico, fazendo-se uso de obras jurídicas, bem como da legislação pátria. O conteúdo foi levantado através de consulta a livros, artigos, doutrinas, jurisprudência. Para o estudo de casos, utilizou-se a pesquisa documental, na qual foram analisadas ementas dos acórdãos proferidos por Tribunais Superiores Brasileiros bem como os votos dos seus ministros em processos em que se discute a possibilidade ou não da inclusão do nome do devedor de pensão alimentícia nos órgãos restritivos de crédito.

2 Noções gerais sobre os alimentos

2.1 Alimentos na Visão Civil-Constitucional

Considerando os avanços pelos quais a sociedade passou ao longo dos tempos, percebe-se que a atual entidade familiar sofreu algumas mudanças: passou a ser compreendida como um instrumento de proteção da pessoa que a compõe baseado no afeto e na solidariedade familiar. Deixou-se, portanto, a compreensão de núcleo econômico e reprodutivo, passando-se à de unidade socioafetiva baseada nos princípios e fundamentos constitucionais. (FARIAS *et al*, 2010, p. 664).

Nesse sentido, ao analisar o direito aos alimentos e a aplicabilidade dos princípios constitucionais a este instituto do Direito de Família, percebe-se a preocupação do legislador com a tutela do direito fundamental à vida do alimentando na medida em que visa a garantir meios de prover seu sustento de forma digna.

O direito à vida, base norteadora do direito aos alimentos, é o direito mais fundamental, já que representa um pré-requisito à existência e ao exercício de todos os demais direitos. Ele se vincula ao direito a integridade física, alimentação, vestuário digno, moradia, assistência médica, descanso e demais serviços sociais essenciais (MENDES, *et al*, 2010), representando o mínimo necessário para se viver dignamente. A dignidade da pessoa humana é o fundamento maior da República Federativa do Brasil tendo previsão no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Deve, pois, ser observado em todas as relações, sendo dever do Estado adotar as medidas necessárias para promovê-la, conforme explica Carlos Roberto Gonçalves,

o Estado tem interesse direto no cumprimento das normas que impõem a obrigação legal de alimentos, pois a inobservância ao seu comando aumenta o número de pessoas carentes e desprotegidas, que devem, em consequência, ser por ele amparadas. Daí a razão por que as aludidas normas são consideradas de ordem pública, inderrogáveis por convenção entre os particulares e impostas por meio de violenta sanção, como a pena de prisão a que está sujeito o infrator. (2009, p. 456)

Destarte, percebe-se a importância conferida pelo Estado ao instituto dos alimentos, no direito de família, já que possibilita, por meio daquele que tem o dever de alimentar, a assistência aos cidadãos que não conseguem, por si só, promover a sua manutenção de forma digna.

2.2 Conceito e Natureza Jurídica

Os alimentos representam as prestações necessárias para se garantir a satisfação das necessidades básicas do indivíduo no tocante à alimentação, vestuário, habitação, saúde, educação, lazer, entre outras necessidades, desde que não sejam supérfluas. Sua previsão encontra-se no Código Civil Brasileiro de 2002, que, em seu artigo 1.695, prevê que os alimentos são devidos à pessoa que não pode promover, por si só, a própria manutenção por aquele que pode fornecê-los, sem, contudo, comprometer seu próprio sustento.

Aplicando o princípio vetor constitucional no âmbito alimentício resulta que os alimentos tendem a proporcionar uma vida de acordo com a dignidade de quem recebe (alimentando) e de quem os presta (alimentante), pois nenhuma delas é superior, nem inferior. Nessa linha de ideias, resulta que fixar o quantum alimentar em percentual aquém do mínimo imprescindível à subsistência do alimentando ou além das possibilidades econômico-financeiras do devedor ofende, de maneira direta, o princípio da dignidade humana. (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 664)

Assim sendo, a fixação dos alimentos deve atentar-se para as reais necessidades do alimentando bem como para as possibilidades do alimentante, já que, embora este tenha o dever de alimentar, não deve ser excessivamente onerado se isso lhe causar prejuízos em sua própria subsistência.

Entende-se, majoritariamente, que a natureza jurídica da obrigação de prestar alimentos possui conteúdo patrimonial e finalidade pessoal, embora alguns entendam tratar-se de direito pessoal extrapatrimonial, ou apenas de direito patrimonial. (GONÇALVES, 2009).

2.3 Obrigação Alimentar e suas Características

Segundo dispõe o artigo 1.964 do Código Civil, os parentes, os cônjuges ou companheiros podem pedir, uns aos outros, os alimentos de que necessitem para viver de forma digna, percebendo-se, assim, que a obrigação funda-se, principalmente, no parentesco.

A característica fundamental da obrigação legal de alimentos está na íntima relação entre o direito aos alimentos e o direito à vida. Como cada um tem direito à vida, é justo que o grupo social a que o indivíduo pertença lhe forneça os meios necessários para viver. Se o indivíduo não é capaz com recursos próprios de assegurar sua subsistência, esta obrigação compete ao Estado; mas, antes de caber ao Estado, cabe aos parentes, aos membros da família *lato sensu*, da qual o indivíduo faz parte e que tem a obrigação de sustentá-lo. Esta íntima relação entre o direito à vida e o direito aos alimentos define todas as características da obrigação alimentar. (DANTAS, 1991, p. 331 *apud* SANTOS, 2009, p. 55)

Além do vínculo de parentesco, haverá de se observar a necessidade do reclamante de obter um auxílio para prover seu sustento por não ter meios de o fazer sozinho e também se o reclamado tem condições de prestar esse auxílio sem comprometer seu próprio sustento. Logo, deve ser observada a proporcionalidade, no momento da fixação dos alimentos, entre a necessidade do alimentando e as condições do alimentante.

Diante do seu caráter essencial e personalíssimo, os alimentos não podem ser cedidos, seja onerosa ou gratuitamente, assim como não podem ser compensados com outras dívidas e devem ser fixados levando-se em conta as peculiaridades do alimentando e do prestador.

Registre-se que o crédito alimentício é impenhorável, conforme reza o art. 1.707 do Código Civil, além de ter preferência no pagamento em casos de concurso de credores dada a sua importância na vida do alimentando.

Cumpra mencionar, ainda, que o direito aos alimentos é imprescritível, podendo ser postulado a qualquer momento se houverem os pressupostos para seu cabimento, sendo o prazo prescricional de dois anos para se cobrar alimentos fixados judicialmente e não pagos a partir da data de vencimento.

2.4 Execução de Alimentos Conforme a Legislação Vigente

A Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1.968 (Lei de Alimentos), dispõe sobre a ação de alimentos estabelecendo o rito especial, se já houver prova previamente constituída do parentesco ou do dever alimentar. Na impossibilidade de se fazer prova do parentesco, a ação cabível é a de rito ordinário, segundo preceitos do Código Processual Civil, podendo ainda ser formulado pedido cautelar ou de tutela antecipada conforme o caso.

A execução dos alimentos está disciplinada nos artigos 732 a 735 do Código de Processo Civil e na Lei de Alimentos nos artigos 16 a 19. Optar-se-á pela via executiva comum, na qual a prestação alimentar é executada como dívida por quantia certa, citando-se o devedor para pagar em três dias sob pena de penhora; ou ainda pela via executiva especial, na qual o devedor estará sujeito à prisão civil. Destaca-se que não há distinção entre a execução da prestação alimentícia entre os tipos de alimentos, podendo ser os naturais, civis, definitivos, provisórios ou provisionais. (WAMBIER, 2008, p. 479).

As modalidades de execução da prestação alimentícia são: desconto em folha de pagamento, cobrança em aluguéis ou outros rendimentos do devedor, execução coercitiva, que são a prisão civil e a execução expropriatória, segundo o procedimento estabelecido para o cumprimento da sentença no Código de Processo Civil.

Vale ressaltar que a execução por coerção (prisão do devedor) somente pode ter como causa de pedir o inadimplemento das três parcelas vencidas antes do ajuizamento da ação. Entende-se que as prestações pretéritas perdem o caráter alimentar, não sendo possível, pois, a prisão do devedor. (DONIZETTI, 2009, p. 339).

Nesse sentido, a súmula 309 do STJ estabeleceu que a prisão civil do alimentante deve ser referente ao débito das três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e das que se vencerem no curso do processo. Entende-se que as prestações passadas não são mais tão urgentes a ponto de serem englobadas como causa de pedir na execução por prisão civil, já que o credor conseguiu manter-se sem elas, podendo ser cobradas pelas outras vias executivas.

Embora o Código de Processo Civil não tenha determinado a ordem a ser adotada na execução, a Lei de Alimentos deu preferência em reservar os meios mais severos, tais como a prisão e a expropriação, para quando as outras tentativas de execução forem frustradas. Tal gradação na aplicação das medidas executórias atende tanto aos interesses do credor, que pode receber as prestações que lhe são devidas pelo meio mais simples e ágil de cobrança, quanto do devedor, que somente terá sua prisão decretada ou seus bens expropriados em última hipótese.

3 Ineficácia dos meios executórios da prestação alimentícia

Os meios executórios das prestações alimentícias não satisfeitas foram pensados visando a atender com a máxima efetividade aos princípios que norteiam o direito aos

alimentos. Tanto é que, dentre tais medidas, se autoriza, como única exceção à regra, a prisão civil do devedor de pensão alimentícia. Contudo, na prática, essas medidas não têm se mostrado plenamente eficazes de forma que muitos acabam se eximindo das obrigações, fugindo à atuação do Judiciário.

A prática revela que muitas vezes o provimento jurisdicional se mostra inócuo na solução dos conflitos, e a prisão civil para os casos de inadimplemento não é a solução mais benéfica, pois muitos acabam por encarar a prisão como uma escapatória para o não pagamento da pensão alimentícia, seja porque o pai está foragido ou porque o prazo da prisão já tenha sido cumprido. (SILVA, 2011, p. 1).

Ademais, o desconto em folha de pagamento ou em rendas do devedor não é possível àquele que possui renda a partir de economia informal e que, por isso, é difícil auferir o quanto recebe. Também a expropriação dos bens daqueles que, por vezes, propositalmente, não mantém bens em seu nome resta frustrada.

Destarte, buscou o judiciário como alternativa à coerção do devedor de alimentos a inclusão do seu nome nos órgãos de proteção ao crédito, tais como SPC e SERASA.

4 Primeiras determinações pela inclusão do nome do devedor de alimentos nos órgãos restritivos de crédito – SPC/SERASA

Conforme notícia publicada na revista eletrônica Consultor Jurídico, o Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu, pioneiramente, em meados de julho de 2010, decisão determinando a inclusão do nome de um pai, devedor de pensão alimentícia, nos cadastros de inadimplentes dos órgãos SPC/SERASA, somente sendo possível sua retirada mediante o pagamento da dívida.

Desde o início daquele ano, a Defensora Pública do Estado de São Paulo, Cláudia Tannuri, já incluía o pedido de restrição ao crédito nas ações de execução de alimentos e, desde então, foram proferidas cerca de quarenta decisões liminares em primeiro grau prevendo tal medida. Assim sendo, a referida decisão proferida em segundo grau que autorizou tal restrição confirmou a teoria defendida pela Defensora de que os juízes podem determinar certas medidas não previstas expressamente no ordenamento para consolidar e fazer valer as leis já existentes. Segundo ela, este tipo de decisão contribui para coagir o devedor que possui renda a partir de economia informal, e que, por isso, não é possível o desconto em sua folha de pagamento, bem como aquele que se encontra foragido, não sendo possível a sua prisão, entre outros casos, a pagar o débito tendo em vista os prejuízos que a restrição ao seu crédito pode lhe causar. (CONSULTOR JURÍDICO, 2010).

Assim, passa-se à análise de alguns julgamentos favoráveis à adoção da medida:

AGRAVO REGIMENTAL - ALIMENTOS - EXECUÇÃO - Pretensão do exequente de inscrever o nome do devedor contumaz de alimentos nos cadastros do SERASA e SCPC - Negativa de seguimento por manifesta improcedência - Impossibilidade - Medida que se apresenta como mais uma forma de coerção sobre o executado, para

que este cumpra sua obrigação alimentar - Inexistência de óbices legais - Possibilidade de determinação judicial da medida - Inexistência de violação ao segredo de justiça, uma vez que as informações que constarão daqueles bancos de dados devem ser sucintas, dando conta apenas da existência de uma execução em curso - Privacidade do alimentante que, ademais, não é direito fundamental absoluto, podendo ser mitigada em face do direito do alimentado à sobrevivência com dignidade - Ausência de violação ao artigo 43 do CDC, uma vez que tal artigo não faz qualquer restrição à natureza dos débitos a serem inscritos naqueles cadastros - Cadastros que, ademais, já se utilizam de informações oriundas de distribuidores judiciais para inscrição de devedores com execuções em andamento, execuções estas não limitadas às relações de consumo - Argumento de que o executado terá dificuldades de inserção no mercado de trabalho que se mostra fragilizado, ante a possibilidade de inscrição de outros débitos de natureza diversa - Manifesta improcedência não verificada - Agravo de instrumento que deverá ser regularmente processado e apreciado pelo Órgão Colegiado, para que se avalie se estão presentes as condições para concessão da medida - Recurso Provido" (TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, AR nº 990.10.088682-7/50000. Rel. Egidio Giacoia, 25/05/2010).

Ao dar provimento ao recurso interposto contra decisão que denegou o pedido de inscrição do nome do devedor contumaz de alimentos nos cadastros do SERASA e SPC, o Tribunal de Justiça de São Paulo vem firmando seu posicionamento sobre essa questão, sob o ponto de vista de que esta representa mais uma forma de coerção do devedor, não possuindo vedação legal à sua adoção.

Reforçando esse entendimento, a 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo julga:

Execução de alimentos - Inserção do nome do devedor nos cadastros de proteção ao crédito concreto - Decisão recorrida que indeferiu a pretensão - Inconformismo da exequente. Acolhimento. Circunstâncias do caso autorizam a medida - Se o procedimento especial autoriza medida extrema de prisão do devedor, mais justificada a possibilidade de meio excepcional menos gravoso ao devedor na busca pela satisfação do crédito, em razão da própria natureza e da urgência da pretensão perseguida - Decisão reformada. Recurso provido. (TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado, AG Nº 0187568-19.2010.8.26.0000, Rel. Des. Viviani Nicolau, j. 01/02/2011)

Nesta situação, a parte interessada afirma que o executado se trata de devedor contumaz de alimentos, há muito não prestando auxílio financeiro a sua filha. As tentativas para sua localização foram frustradas, motivo pelo qual a decretação de sua prisão não surtiu efeito, já que o mandado não fora cumprido. Dessa forma, o tribunal entendeu pelo provimento do recurso, ensejando a expedição de ofícios ao SPC e SERASA para inscrição do nome do devedor de alimentos em seus cadastros.

A relatora do processo apontou que

a medida é buscada porque gerará uma publicidade, obviamente indesejada pelo devedor de alimentos, o que não acontece no âmbito restrito da execução do julgado, que se limita ao conhecimento das partes envolvidas no litígio. Todo o

sistema creditício é alimentado com a notícia da inadimplência e o devedor sofre uma série de restrições, desde a inviabilidade de fazer compras, de forma parcelada, até a negativa de empréstimos [...]. (NICOLAU, 2011, p. 3).

Destacou-se, ainda, que o pedido de negativação deve ser aferido pelo magistrado com base na análise do caso concreto com vistas a se evitar prejuízos de difícil reparação às partes.

5 Influência da legislação estrangeira

Na Província de Buenos Aires, regulamentado pela Lei nº 13.074/2003, funciona um Registro de Devedores Morosos que tem por finalidade inscrever, por ordem judicial, o nome dos devedores de pensão alimentícia referente a cinco pensões alternadas ou a três sucessivas. As consequências desta medida são a impossibilidade de se abrir contas ou de se adquirir cartões de crédito, impossibilidade de se exercer quaisquer cargos eletivos, judiciais ou hierárquicos no Governo daquela cidade, bem como de se obter licenças, concessões, habilitações que dependam deste, ou ainda de ser provedor de algum organismo da referida cidade. Também o Peru possui uma lei que regula a criação de um Registro no qual são inscritos os inadimplentes de no mínimo três prestações alimentícia, sucessivas ou não, estabelecidas em sentença judicial. (LOUZADA, 2008).

No ordenamento jurídico brasileiro não há, ainda, lei que preveja tal mecanismo de coerção do devedor. Entretanto, como se observa, alguns tribunais já apresentam tendências ao seu reconhecimento. Ana Maria Gonçalves Louzada (2008) defende que, a exemplo das leis argentina e peruana, essa medida pode ser adotada no Brasil, bem como quaisquer outras que garantam a satisfação do débito. Pondera-se que são medidas que, notadamente, produzem resultados positivos naqueles países, e que, por isso, devem ser trazidas ao nosso ordenamento jurídico para assegurar a efetiva proteção à vida do alimentando, que, pela sua importância, ora se sobrepõe a eventuais direitos do devedor.

6 Projetos de lei

Atualmente tramitam alguns Projetos de Lei no Congresso Nacional Brasileiro que visam à inserção, na legislação pátria, da medida de inclusão no nome do devedor de alimentos nos órgãos restritivos de crédito.

Cita-se o Projeto de Lei nº 119/11, apresentado pelo Deputado Assis Melo, que visa a acrescentar ao artigo 24 da Lei nº 5.478/68 parágrafo único estabelecendo que o devedor de prestações alimentícias, impostas em sentença transitada em julgado, que se encontrar ausente de seu domicílio sem ter deixado notícias terá seu nome incluso no cadastro de devedores. Pretende-se proteger os interesses da pessoa que tem o provimento jurisdicional a seu favor, mas que não consegue efetivá-lo, já que não há como se executar a sentença contra alguém que está foragido.

Nesse sentido, também há o Projeto de Lei nº 799/11, apresentado pelo Deputado Paulo Abi-Ackel, que propõe o acréscimo, à Lei de Alimentos, do art. 24-A

para dispor sobre a inclusão, em Serviços de Proteção ao Crédito, daquele que deixar, sem justo motivo, de pagar a pensão alimentícia judicialmente fixada.

Tal projeto pretende aprimorar a legislação existente que regula a matéria de alimentos, já que a prisão civil do devedor não tem se mostrado tão eficiente ao fim a que se destina, além de representar um trauma para aquele alimentado que possui forte vínculo afetivo com o alimentante, não desejando vê-lo preso. Acredita-se que a inclusão do nome do devedor de alimentos em Sistemas de Proteção ao Crédito, a exemplo do SPC e SERASA, é uma boa alternativa à coerção do devedor, pois este ficaria proibido de comprar a prazo e fazer empréstimos, gerando-lhe um transtorno em sua vida privada.

Cita-se, também, o Projeto de Lei nº 906/11, apresentado pelo Deputado Marcio Marinho, que tramita apensado ao PL nº 799/11, e propõe a alteração do artigo 19 da Lei nº 5.478/68, acrescentando, ainda, a possibilidade de o juiz determinar a inclusão do nome do devedor de pensão alimentícia nos órgãos de proteção ao crédito até a quitação da dívida.

Percebe-se, pois, que há tendências favoráveis à adoção desta medida, não somente pelo Judiciário, mas também dentro das Casas Legislativas. Porém, os mencionados Projetos de Lei, apesar de manifestarem uma tendência à receptividade de tal medida, não exprimem opinião dominante, tampouco, pacificada. Ademais, como observado, são vistos meramente como tendência, já que, até sua aprovação e sanção, não tem força de lei.

7 Posicionamentos contrários

A possibilidade de inclusão do nome do devedor de pensão alimentícia nos órgãos restritivos de crédito como forma de coerção do devedor é uma medida que vem ganhando espaço na jurisprudência e doutrina brasileiras, entretanto esse entendimento ainda não é pacífico. Alguns tribunais, a exemplo dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais, se posicionam contrariamente à medida.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entende descabida essa medida tal como se observa a partir dos seguintes julgados:

AGRAVO INTERNO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PEDIDO DE NEGATIVAÇÃO DO NOME DO EXECUTADO JUNTO A ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DESCABIMENTO. (Agravo Interno Nº 70044052934, Oitava Câmara Cível, TJRS, Relator Ricardo Moreira Lins Pastl, 18/08/2011)

Argumenta-se, no referido julgado, que os órgãos de proteção ao crédito, tais como SPC e SERASA, são empresas privadas que cobram pela utilização de seus serviços, sendo estes voltados para a concessão de crédito no mercado de consumo e não para prestarem serviços ao Judiciário. Assevera-se, ainda, que não há qualquer previsão legal para amparar o pedido de inclusão de nomes de devedores de alimentos nos registros de tais órgãos e que Projetos de Lei nesse sentido ainda não possuem o condão de autorizar tal medida. Assim, conclui-se pela validade dos meios já

regulamentados em lei para compelir o devedor de alimentos, não reconhecendo, tal Tribunal, quaisquer pedidos nesse sentido.

Cita-se também:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PEDIDO DE INCLUSÃO EM CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. NÃO CABIMENTO. (Agravo De Instrumento Nº 70037692159, Oitava Câmara Cível, TJRS, Rel. Rui Portanova, 21/07/2010)

Ressalta o Desembargador Rui Portanova, no julgado supra, que os órgãos restritivos de crédito estão sob o controle do Poder Judiciário apenas para se evitar os abusos cometidos pelos fornecedores de produtos e serviços de consumo que incluem, indevidamente, os nomes dos consumidores em tais órgãos, não devendo, pois, serem utilizados para fins de coerção no âmbito do Direito de Família.

Tem-se, ainda na sétima câmara cível:

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PEDIDO DE INCLUSÃO DO NOME DO EXECUTADO EM CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. DESCABIMENTO. (TJRS, Sétima Câmara Cível, AG nº 70 043 906 114, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 14/07/2011)

Aponta-se, no julgado citado, a incompatibilidade de tal medida diante da finalidade para a qual existem os órgãos restritivos de crédito. A Serasa, conforme esclarece o Relator (CHAVES, 2011, p. 2), é uma empresa privada que possui dados cadastrais de empresas e pessoas, além de registro de informações negativas relativas a dívidas, registros de protestos de títulos, ações judiciais, cheques sem fundos e demais que sejam provenientes de fontes públicas e oficiais. Tais informações são fornecidas aos bancos, lojas, empresas conveniadas com o fito de alertá-los antes do fornecimento de crédito, dando, assim, maior segurança às relações comerciais e de consumo. Já o SPC (Serviço de Proteção ao Crédito), representa um banco de dados com informações de crédito organizado por associações comerciais e câmaras de dirigentes lojistas que trocam entre si informações, através da Rede Nacional de Informações (RENIC) como meio, também, de se dar mais segurança à concessão de crédito no mercado.

Contrário à medida em debate, se posiciona, também, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. REGISTRO DO NOME DO EXECUTADO NOS CADASTROS RESTRITIVOS AO CRÉDITO. ARTIGO 461 DO CPC. INAPLICABILIDADE. SPC E SERASA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AO PODER JUDICIÁRIO ESTADUAL. INEXISTÊNCIA. ARTIGO 155, §2º DO CPC. SEGREDO DE JUSTIÇA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO. DECISAO MANTIDA. (TJMG, Segunda Câmara Cível, AG nº 1.0024.08.124419-6/001, Rel. Des. Afrânio Vilela, 05/07/2011)

Defende-se que não é cabível a medida com base no artigo 461 do CPC, o qual dispõe sobre a possibilidade de o juiz adotar as medidas necessárias para a efetivação do adimplemento da obrigação, entendendo-se que tal dispositivo, por tratar das obrigações de fazer e não fazer, não abrange as execuções por quantia certa contra devedor solvente, não abrangendo, portanto, as execuções alimentares. Ademais, acredita-se que há violação ao segredo de justiça, já que a medida de inclusão do nome do devedor de alimentos em órgãos restritivos de crédito constitui medida de caráter público.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DEVEDOR. INCLUSÃO DO NOME NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. SPC E SERASA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL. VIOLAÇÃO AO SEGREDO DE JUSTIÇA. (TJMG, Primeira Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº1.0433.09.308261-1/001, Rel. Eduardo Andrade, 05/06/2012)

Tamanha a divergência de posicionamentos que norteia o tema, têm-se, dentro do próprio Tribunal que pioneiramente proferiu a decisão que reconheceu a aplicabilidade da medida, Câmaras que a julguem descabida. É o que se vê a partir da decisão proferida na 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

ALIMENTOS. EXECUÇÃO. CONFIRMA-SE INDEFERIMENTO DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO PARA A SERASA E O SPC. (TJSP, Agravo de Instrumento nº 0011953-78.2011.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Vilenilson, 06/09/2011)

A 10ª Câmara de Direito Privado deste mesmo Tribunal também discorda da medida, que, nas palavras do Desembargador João Carlos Salleti (2011, p. 3), em julgamento de Agravo de Instrumento, acaba sendo prejudicial ao próprio alimentado, na medida em que pode influenciar na perda de emprego do devedor, ou dificultar sua inserção no mercado de emprego. O mesmo acredita que os meios executórios vigentes, tais como prisão e expropriação, já bastam para a coerção do devedor.

8 Possibilidade da adoção da medida e sua eficácia

Apesar de muitos tribunais ainda se manterem conservadores com relação à inserção do nome do devedor de pensão alimentícia nos órgãos restritivos de crédito, acredita-se ser esta uma medida inovadora, capaz de cumprir a finalidade maior que norteia o instituto dos alimentos, que é a garantia da subsistência dos que deles necessitam. Visa-se à tutela de um bem maior, que é a vida do alimentado. Assim, se é esta a medida que se apresenta eficaz, muitas vezes até mais que as previstas legalmente, deve sim, ser aplicada nos casos concretos.

Observam-se os exemplos da Província de Buenos Aires e Peru, já mencionados, que possuem órgãos nos quais são cadastrados os devedores de alimentos que, a partir de então, têm diversos direitos restringidos, tais como o de se abrir contas, o de se adquirir cartões de crédito, o de se exercer cargos eletivos, judiciais

ou hierárquicos no Governo, entre outros, que gerem diversos transtornos na vida do devedor.

Tendo em vista que nesses países tais medidas realmente funcionam, é plenamente viável sua adoção também no Brasil, mediante determinação judicial. É o que defende Louzada:

ao ser determinada judicialmente a inscrição dos devedores recalcitrantes nesses órgãos, é bem provável que o contumaz devedor, ao ter seus direitos subtraídos, pense muito antes de deixar de pagar pensão alimentícia aos seus dependentes econômicos. Essas medidas que possuem força coercitiva em relação ao pagamento da verba alimentar (notadamente aquelas expressas nas Leis argentina e peruana) são passíveis de serem determinadas (ainda que não exista lei nacional regulando a matéria), eis que o direito à sobrevivência, à vida com dignidade sobrepõem-se a eventuais direitos do devedor. (2008, p. 183).

A inclusão do nome do devedor de pensão alimentícia nos órgãos de proteção ao crédito, por produzir certas dificuldades na vida do devedor _ impedindo-o de conseguir empréstimos, compras a prazo, financiamentos, concessão de crédito, aluguel de imóveis, realização de seguros de automóveis _ pode coagi-lo a optar por adimplir seu débito.

Segundo defende Ramires (2012, p. 3), Defensor Público do Estado do Mato Grosso, com tais negativas determinadas judicialmente, independentemente do lugar que esteja dentro do território nacional, o executado não poderá se esquivar dos efeitos da medida, já que, ao pretender realizar qualquer compra a prazo, que atualmente constitui prática comum, teria seu acesso ao crédito negado. Ao perscrutar o motivo, o devedor tomaria ciência de que o obstáculo é a pendência alimentar, o que geraria uma situação absolutamente constrangedora, tendente a influenciá-lo a satisfazer a obrigação.

É fato que, para a execução de alimentos, já existem medidas legalmente previstas, como desconto em folha de pagamento, cobrança em aluguéis ou outros rendimentos do devedor, por execução coercitiva por meio da prisão civil e da execução expropriatória. Contudo, muitas vezes, elas não têm se mostrado eficazes, tornando-se, portanto, obsoletas. É o que aponta Grisard Filho:

na prática, entretanto, tais medidas não têm dado o resultado esperado pelo legislador, mormente a prisão civil, pois, de nada serve ao filho ter um pai processado e preso. Daí, que se adotam medidas não expressamente previstas para esse fim, mas de aplicação possível e com resultados mais eficazes. (2006, p. 8).

Isso se dá quando o devedor encontra brechas para escapar à sua aplicação, como quando a pessoa que detém emprego informal, ou mesmo seja profissional liberal, ocasiões em que se torna difícil auferir com exatidão seus rendimentos para que se proceda ao desconto em folha de pagamento ou sobre a renda.

Citam-se, ainda, os casos das pessoas que não possuem bens para serem expropriados, ou mesmo daqueles que se encontram foragidos, sendo, por isso,

impossível a execução do respectivo mandado de prisão. Ademais, mesmo que cumpram o período de prisão, se permanecerem inadimplentes, não podem ser presos novamente pelo referido débito. Percebe-se, assim, que nem mesmo a prisão, uma das medidas mais severas _ sendo a única forma de prisão civil admitida no Direito Brasileiro dada a importância do bem tutelado _ tem servido mais à coerção do devedor. Este faz uso de inúmeros subterfúgios para procrastinar, ao máximo, o adimplemento da obrigação alimentar, o que, inegavelmente, prejudica a manutenção do credor.

Com relação a tais fatos, critica o Professor Rolf Madaleno:

processos lentos e insolúveis têm desacreditado leis e desmentido advogados, juízes e promotores, pois a estes que operam o direito, tem sido delegado o inglorioso esforço de buscar amenizar as angústias e de aparar os deletérios efeitos psicológicos causados sobre o credor de alimentos sempre quando constata e assimila que a realidade das demandas de execução alimentícia, no atual estágio processual em que se apresentam, mais tem servido ao renitente devedor, do que ao desesperado credor. (2000, p. 64; *apud* MOLD, 2008, p. 3).

Assim, não é excessiva a aplicação de mais um instrumento passível de pressionar o devedor de alimentos. Faz-se necessário que o Judiciário, na omissão da lei, neste caso, se pronuncie determinando as medidas necessárias ao alcance da finalidade da execução de alimentos, que é a tutela da vida do alimentado, a partir do auxílio a ser prestado por quem tem a obrigação de alimentar.

Há que se dar uma interpretação teleológica à lei que regula os alimentos adaptando, pois, o sentido e alcance desta às atuais necessidades sociais. Assim, diante da carga de direito fundamental deste instituto, a inadimplência do devedor faz com que o Judiciário deva responder, com meios céleres e eficazes na prestação jurisdicional, proporcionando a imediata satisfação do direito do alimentado. (CASSOL, 2007).

O credor de alimentos, como qualquer pessoa, possui o direito à adequada tutela jurisdicional. Assim, tão logo se observe ameaça ao seu direito, é cabível a tutela inibitória executiva, que se funda na necessidade de se conferir ao cidadão uma proteção jurisdicional capaz de impedir a violação de seu direito. Propõe-se, portanto, que essa tutela seja ofertada no momento em que o demandado demonstre que não se intimidará com a ameaça contida na ordem judicial. (MARINONI, 2008, p. 449). Destarte, é imprescindível que sejam adotadas eventuais providências que se amoldem às necessidades concretas da situação, que, no caso, é a defesa dos direitos do credor de alimentos.

Como a tutela inibitória, por meio de seu caráter coercitivo, visa a se fazer com que a parte cumpra a determinação judicial, pertinente se faz trazer a baila o permissivo contido no artigo 461 do Código de Processo Civil. Acredita-se que, embora tal dispositivo se refira a obrigações de fazer ou não fazer, exprime a vontade do legislador em conferir ao magistrado o poder de adotar as medidas cabíveis para a efetivação da medida específica ou obtenção de resultado prático equivalente ao da decisão proferida. (LOUZADA, 2009).

Nesse sentido, o artigo 19 da Lei de Alimentos também permite ao juiz tomar todas as providências necessárias para o cumprimento do julgado, até mesmo a decretação da prisão do devedor. Ora, se há a autorização de até mesmo se decretar a prisão do devedor, imprudente seria uma interpretação conservadora da norma, de forma a não se admitir a adoção da inclusão do nome do devedor de alimentos nos órgãos restritivos de crédito, já que esta, por vezes, atinge resultado mais efetivo que a própria prisão.

Ressalta-se que não há quaisquer óbices legais a sua aplicabilidade, mesmo não representando débito de natureza consumerista, tal como argumenta a parte contrária. O artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor não faz qualquer menção à natureza dos débitos que podem ser inscritos nos órgãos restritivos de crédito, cabendo, pelo princípio da razoabilidade, a inscrição, também, dos nomes dos devedores de alimentos, nos casos concretos. Nesse sentido, assevera Simões (2012) que os órgãos de proteção ao crédito já fazem uso das informações oriundas de distribuidores judiciais para inscrição de devedores recalcitrantes que possuam execuções em andamento, feitos estes, também não ligados às relações de consumo.

A aplicabilidade da medida, que ora se defende, é mais benéfica tanto ao credor, que poderá ter sua demanda solucionada com maior celeridade, quanto ao devedor, na medida em que a decretação da sua prisão pode ser evitada. Ademais, como exposto, não fere nenhum preceito normativo vigente, nem mesmo ao princípio do segredo de justiça que norteia as ações de cunho alimentício, já que se propõe que as informações inseridas nos cadastros dos devedores devam ser sucintas, apenas dando conta de que existe uma execução contra determinada pessoa, não ferindo, pois, sua intimidade. (MAGALHÃES, 2011).

Ainda assim, esclarece-se que o direito à intimidade não é um princípio absoluto, em especial quando em confronto com os direitos à dignidade da pessoa humana e à vida, de forma que estes se sobrepujam àquele. Conforme explica Egidio Giacoia, desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo:

nem se argumente que a inscrição do nome do devedor nos cadastros de proteção ao crédito violaria o segredo de justiça: a uma, porque as informações constantes de tais bancos de dados são sucintas, dando conta apenas da existência de uma execução em curso contra o devedor; a duas, porque o segredo de justiça visa proteger a intimidade das partes, direito fundamental que - a exemplo dos demais direitos fundamentais - não tem caráter absoluto. Desta forma, ante o conflito deste direito fundamental (intimidade do devedor de alimentos), com o direito fundamental do alimentando à sobrevivência e à vida com dignidade, aplicada a regra da proporcionalidade, sobrelevam-se os interesses do menor, devendo prevalecer os últimos. (2010, p. 5)

Ele ainda afirma que o argumento de que a inscrição do nome do devedor de alimento nos órgãos restritivos de crédito dificultaria sua inserção no mercado de trabalho é frágil, pois, segundo ele, a premissa que a maioria das empresas não contrata funcionários com restrições financeiras não exprime a realidade. Ademais, se assim fosse, nenhum credor poderia incluir o nome do seu devedor em tais cadastros,

justamente pelo motivo de que se este ficasse desempregado não teria como adimplir seu débito.

Assim sendo, o macro princípio da Dignidade da Pessoa Humana, insculpido na Constituição Federal, segundo afirma Louzada (2009), ampara, subsidia, alberga e sustenta a aplicação de medidas que visem a sustentar uma vida digna. Resta, pois, incontestemente a importância da receptividade desta medida nos casos concretos a partir da determinação do Judiciário.

9 Conclusão

O alimentando recebe as prestações alimentícias para satisfazer necessidades com alimentação, saúde, educação, vestuário e demais que garantam a sua manutenção de forma digna. Assim, o inadimplemento dos alimentos, judicialmente fixados, pode prejudicar significativamente a pessoa que deles necessita, pressupondo-se que ela não tenha as condições necessárias para manter o próprio sustento sem tal auxílio.

Contudo, vê-se que as formas legais de coerção do devedor de pensão alimentícia não têm sido plenamente eficazes, como nos casos de pessoas que possuem renda a partir de economia informal, daquelas que não possuem bens passíveis de penhora ou até mesmo daquelas que se encontram foragidas.

Diante desta realidade e da imprescindibilidade dos alimentos, buscou o Judiciário, como forma de aprimorar as já existentes, a medida de inclusão do nome do devedor de alimentos nos órgãos de proteção ao crédito, que demonstra ser plenamente viável na medida em que não fere nenhuma lei e produz resultados favoráveis ao alimentando.

Observa-se que o Judiciário dispõe de autonomia para adotar as medidas suficientes a garantir o alcance do resultado esperado com o julgado. Assim, deve-se determinar tal medida quando, a partir da análise do caso concreto, percebe-se que os meios executórios vigentes não se apresentam aptos a coagir o devedor.

Já foram editados alguns Projetos de Lei visando à inclusão desta medida na normativa vigente, o que explicita o reconhecimento de seu benefício também por parte de alguns Legisladores.

A restrição ao crédito dos devedores de pensão alimentícia já é adotada em alguns países, como Argentina e Peru, e produzem, notadamente, resultados satisfatórios na coerção do devedor. Assim, acredita-se que, a exemplo daqueles países, ela pode ser adotada também no Brasil para garantir que o direito do alimentando seja efetivado na medida em que produz inúmeras dificuldades na vida do devedor, que estaria impedido de receber empréstimos, realizar financiamentos, comprar a prazo, entre outros. Desta forma, ele se sentiria pressionado a pagar o débito, já que necessita ter seu crédito no mercado para realizar inúmeras atividades.

Ressalta-se que, embora haja quem defenda que tais órgãos se prestam apenas a débitos referentes a matéria consumerista e que tal medida fere o princípio do segredo de justiça, acredita-se que isso não condiz com a realidade. Não há qualquer previsão em lei que restrinja, expressamente, a atuação daqueles órgãos apenas a matérias de cunho consumista. Ademais, o segredo de justiça não é violado, já que a inclusão do nome do devedor nos órgãos restritivos de crédito deve limitar-se a informar a

existência de uma execução em curso contra o referido devedor, não expondo a intimidade das partes. Assevera-se que, mesmo que de alguma forma houvesse o entendimento que a intimidade do devedor seria exposta, tal direito seria mitigado quando comparado ao direito do credor a uma vida digna.

Destarte, acredita-se que a inclusão do nome do devedor de pensão alimentícia nos órgãos restritivos de crédito deve ser aplicada em todos os casos nos quais os outros meios executórios não forem eficientes, devendo o Judiciário agir de forma a se promover o alcance do resultado previsto na decisão judicial que fixou os alimentos. Busca-se primordialmente garantir a tutela à vida e à dignidade humana do alimentando, princípios supremos arraigados na Constituição Federal da República Federativa do Brasil, devendo-se, portanto, adotar todos os meios possíveis que apresentem resultados efetivos e eficazes na garantia de tais direitos.

Referências

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 119/2011*. Altera a Lei nº 5.478, de 1968 determinando a inclusão do nome de devedor de alimentos em cadastro de inadimplentes. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 799/2011*. Acrescenta à Lei nº 5.478 de 25 de Julho de 1968, que regulamenta a ação de alimentos, o art. 24-A para dispor sobre a inclusão, em Serviços de Proteção ao Crédito, daquele que deixar, sem justo motivo, de pagar a pensão alimentícia judicialmente fixada. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 906/2011*. Altera a lei 5.478 de 25 de julho de 1968 que dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências para determinar a inclusão do nome do devedor de obrigação alimentícia nos órgãos de proteção ao crédito. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 309*. O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 22 out. 2012.

CASSOL, Mariana Helena. A Execução de Alimentos em face da Reforma Processual Civil na Execução. *IBDFAM*, Belo Horizonte, 28 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 30 out. 2012.

DEVEDOR de pensão tem nome incluído no SPC. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 23 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-23/pai-nao-paga-pensao-alimenticia-nome-incluido-spc>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

DONIZETTI, Elpídio. *O novo processo de execução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 6.

GRISARD FILHO, Waldyr. *O futuro da prisão civil do devedor de alimentos: caminhos e alternativas*. 2006. Disponível em:
<<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/090407.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2012.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. *Alimentos: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. Tutela inibitória e execução de alimentos. *IBDFAM*, Belo Horizonte. 15 out. 2009. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 12 out. 2012.

MAGALHÃES, Carolina da Cunha Pereira França. Inscrição do Devedor de Alimentos nos Cadastros de Proteção ao Crédito. *IBDFAM*, Belo Horizonte, 1 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 12 jun. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. vol. 2.

MENDES, Gilmar *et al.* *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Primeira Câmara Cível. *Agravo de Instrumento nº 1.0433.09.308261-1/001*. Rel. Eduardo Andrade. Belo Horizonte. 05/06/2012. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Segunda Câmara Cível. *Agravo de Instrumento nº 1.0024.08.124419-6/001*. Rel. Afrânio Vilela. Belo Horizonte. 05/07/2011. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

MOLD, Cristian Fetter. Um cadastro para os devedores de pensão alimentícia. *IBDFAM*, Belo Horizonte. 4 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 10 out. 2012.

RAMIRES, Marcello Affonso Barreto. *Alternativas à prisão civil nas execuções de alimentos*. Mato Grosso. 23 mar. 2012. Disponível em: <www.defensoriapublica.mt.gov.br>. Acesso em: 7 nov. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. *Agravo nº 70 043 906 114*. Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre. 14/07/2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. *Agravo Interno Nº 70044052934*. Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre. 18/08/2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. *Agravo de Instrumento nº 70037692159*. Rel. Rui Portanova. Porto Alegre. 21/07/2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

SANTOS, Clilton Guimarães dos. *Tutela jurisdicional ao direito a alimentos: efetividade do processo e execução da prestação alimentar*. 2009. 253 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Nona Câmara de Direito Privado. *Agravo de Instrumento nº 0187568-19.2010.8.26.0000*. Rel. Viviani Nicolau. São Paulo. 01/02/2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Décima Câmara de Direito Privado. *Agravo de instrumento nº 990.10.487563-2*. Rel. João Carlos Salleti. São Paulo. 05/04/2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Nona Câmara de Direito Privado. *Agravo de Instrumento nº 0011953-78.2011.8.26.0000*. Rel. Antonio Vilenilson. São Paulo. 06/09/2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara de Direito Privado. *Agravo Regimental nº 990.10.088682-7/50000*. Rel. Egidio Giacoia. São Paulo. 25/05/2010. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

SILVA, Luisa Angelo Meneses Caixeta *et al.* *Da possibilidade de inscrição do nome do devedor de alimentos no cadastro de proteção ao crédito: um novo meio para garantir o pagamento da pensão alimentícia*. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20473>>. Acesso em: 13 out. 2012.

SIMÕES, Fernanda Martins; OLIVEIRA, José Sebastião de. Comentários a acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acerca da possibilidade de inserção do nome do devedor de alimentos nos cadastros de proteção ao crédito. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, Maringá, v. 12, n. 1, p. 363-379, 2012. ISSN 1677-6402

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. vol. 2.

O neoconstitucionalismo e o instituto da mutação constitucional: uma virada metodológica na hermenêutica constitucional⁷³

The neoconstitutionalism and the institute of constitutional change: a methodological shift in constitutional hermeneutics

Priscila Cardoso Chaves

Bacharelada do 8º período do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: priscilacardosoch@hotmail.com

Resumo: O tema da mutação constitucional é sobremaneira importante, dada sua intensa manifestação no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, o escopo do trabalho, além de demonstrar a densidade teórico-jurídica do instituto, visa exemplificá-lo por meio de uma causa social que lhe é ínsita, noutras palavras, estudar-se-á a consideração da relação homoafetiva como entidade familiar pelo STF. A esteira epistemológica da pesquisa radica na ligação subsistente entre mutação constitucional, princípios (*exegese*, hermenêutica) e sociedade – principalmente os grupos sociais que lutam por reconhecimento. Para tanto, a mutação, que não é senão um processo informal de modificação da Constituição, implica na exaltação dos princípios democrático de direito, segurança jurídica, igualdade e dignidade da pessoa humana, entre outros – o neoconstitucionalismo é verdadeira fábrica de princípios – partindo-se do pressuposto de que todos merecem a proteção das normas constitucionais. Dessa forma, imperioso ressaltar que o instituto da mutação encontra-se imbricado à Constituição, a qual acompanha as mudanças sociais. Nesse sentido, compreende-se a lógica atuacional da mutação, observação engendrada não somente por mecanismo silogístico, mas também por via interpretativa, se observadas, concomitantemente, as diversas mudanças que exsurtem no meio social. Em palavras singelas, não existe texto sem contexto. O trabalho, então, perpassará pela seara dos fatos sociais e tem como objetivo compreender a interligação destes com o instituto da mutação, bem como compreender de que maneira a ciência hermeneuta pode contribuir para análise e interpretação do direito posto. Ademais, o tema da mutação é um assunto tormentoso ainda pouco enfrentado pela doutrina.

Palavras-chave: Mutação constitucional. Neoconstitucionalismo. Entidade familiar. União homoafetiva.

Abstract: The subject of constitutional mutation is particularly important, given its intense manifestation in the Brazilian legal system. Thus, the scope of this work, besides demonstrating the theoretical density-legal of the institute, aims to exemplify it via a social cause intrinsic to it, in other words, it will be studied the consideration of homo-affective relationship as a family unit by STF. The epistemological wake of research lies in the connection subsisting between constitutional mutation principles (*exegesis*, hermeneutic) and society - mainly social groups struggling for recognition. For both, the mutation, which is nothing but an informal process of changing the Constitution, imply the exaltation of the democratic principles of law, legal certainty, equality and human dignity, among others – the

⁷³ Trabalho orientado pelo prof. Gabriel Gomes Canêdo de Magalhães

neoconstitutionalism is the true factory of principles – based on the assumption that everyone deserves the protection of constitutional norms. Thus, it is imperative to emphasize that the institute of mutation lies interwoven with the Constitution, which accompanies social change. In this sense, one can understand the logic of actantial mutation, observation engendered not only by syllogistic mechanism, but also by way of interpretation, if observed, concomitantly, the various changes in the social environment which arise. In simple words, there is no text without context. The work, then, will go through the field of social facts and aims to understand the interconnection of these with the Institute of mutation as well as understand how the hermeneutic science can contribute to the analysis and interpretation of the right. Moreover, the theme of the mutation is a subject which is still a little stormy faced by the doctrine.

Keywords: Constitutional Mutation. Neoconstitutionalism. Family entity. Homo-affective union.

1 Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro vem sofrendo significativas mudanças nos últimos anos em decorrência do surgimento de um novo modelo na teoria jurídica, que tem sido designado como fenômeno do neoconstitucionalismo, superando a velha ordem formal-positivista. Nesse sentido, diz-se que hoje há uma incompatibilidade paradigmática entre o positivismo jurídico e o novo constitucionalismo do século XX. Isso porque o positivismo, preocupando-se apenas com a aplicabilidade dos conceitos embutidos nas regras e ignorando os fatos, escondendo-os no interior dos conceitos, abre espaço para decisionismos e arbitrariedades. No entanto, com a vigência do novo modelo constitucional, tem-se como superada no positivismo a aplicabilidade estrita da lei aos fatos concretos, discutindo-se, hoje, a diferença ontológica de texto e norma, isto é, entre texto jurídico e o sentido desse texto.

Portanto, disserta-se que ao modelo da ciência jurídica em sentido estrito sobrepuseram a força normativa dos princípios jurídicos constitucionais e a intervenção da jurisdição constitucional. Sendo assim, uma vez que grande parte das ideias que contemplam a corrente positivista de pensamento jurídico encontra-se superada e que modernamente a filosofia tem revolucionado o campo da hermenêutica, principalmente no que tange à filosofia da linguagem, tem-se como objetivos deste trabalho elucidar algumas contribuições do neoconstitucionalismo no espaço jurídico brasileiro, bem como tecer comentários acerca de um dos institutos mais importantes da contemporaneidade constitucional, qual seja, a mutação constitucional e, por fim, analisar, sob o prisma da teoria da interpretação, o recente caso da consideração das uniões homoafetivas como entidades familiares pelo Superior Tribunal Federal (STF).

No que tange à metodologia científica, infere-se, primeiramente, que o trabalho se insere no contexto das ciências factuais, na modalidade social, posto que se objetiva tratar dos fatos, recorrendo aos dados obtidos através da observação de um determinado segmento da sociedade (fato social). Para tanto, o método de abordagem utilizado é o dedutivo, que se caracteriza por ser um processo de raciocínio que se desenvolve a partir de conclusão de ordem geral até atingir fatos particulares.

Além disso, uma vez apresentado o problema que se pretende discutir no trabalho, necessário se faz elucidar sua forma de abordagem. Nesse sentido, no que se refere à pesquisa científica, emprega-se a perspectiva qualitativa de abordagem do problema (existência de um vínculo indissociável entre o mundo dos fenômenos e a subjetividade do sujeito).

No que concerne aos seus objetivos, impende-se que o trabalho lança mão das perspectivas exploratória, descritiva e explicativa e, por fim, quanto aos procedimentos técnicos adotados (técnicas de coleta de dados), faz uso da pesquisa de cunho bibliográfico – elaborada a partir de material já publicado (livros, artigos, teses, etc.), revisando de forma intensa a literatura existente sobre o determinado assunto em questão.

2 Contornos teóricos do neoconstitucionalismo

Sabe-se que a Segunda Guerra Mundial possibilitou mudanças significativas na seara jurídica em todo o mundo, haja vista que as constituições europeias do pós-guerra são documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que, substancialmente, refletem variedades de temas que, até então, não eram abarcados por Constituições, tais como relações de trabalho, família e economia. Assim,

uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário deu origem ao fenômeno de constitucionalização da ordem jurídica, que ampliou a influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do Direito (SARMENTO, 2008, p. 113-148)

Dessa maneira, a reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, lastreou a Constituição de grande importância, redefinindo seu lugar, bem como estendeu a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. No caso brasileiro, propugna-se que a revolução copernicana no direito constitucional se deu, outrossim, na ocasião da reconstitucionalização do país, especificamente no ambiente de transição de um regime totalitário e opressor para um Estado Democrático de Direito (promulgação da Constituição de 1988).

Nessa linha de inteligência, as teorias neoconstitucionais surgidas no Brasil e no mundo objetivam construir novas correntes teóricas que se compatibilizem com a nova realidade jurídico-social, em substituição àquelas do positivismo tradicional. Repise-se, por exemplo, ao invés de insistir na utilização da subsunção e silogismo do positivismo formalista, ou da discricionariedade política dos intérpretes, de acordo com o agregado jus-filosófico de Kelsen e Hart, possa-se discutir métodos ou teorias argumentativas que ensejem respostas razoáveis e proporcionais para “os casos difíceis” do Direito. Noutras palavras, propugna-se pela centralidade da Constituição no ordenamento, a supremacia da sua influência na ordem jurídica, além do papel construtivo da

jurisprudência, *contrario sensu* de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal.

Nessa esteira, teoricamente atesta-se que o novo constitucionalismo, por meio de três grandes transformações, subverte a cognição tradicional relativamente à aplicação do direito constitucional, quais sejam reconhecimento de força normativa à Constituição, expansão da jurisdição constitucional e, por fim, desenvolvimento de um novo dogma da interpretação constitucional.

Nessa linha de pensamento e considerando o levante de ideias já apresentado, conceitua-se o neoconstitucionalismo⁷⁴ como movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional responsável por mudanças fundamentais que, de acordo com a doutrina abalizada de Humberto Ávila,

nesse quadro, o ponto zero estaria na positivação e na aplicação, exclusiva ou preponderante, dos princípios no lugar das regras. Da preferência normativa ou teórica por determinado tipo de norma (os princípios) decorreria um método diferente de aplicação (a ponderação), do qual, por sua vez, adviria tanto a preponderância de uma perspectiva distinta de avaliação (individual e concreta), quanto o predomínio de uma dimensão específica da justiça (a particular), os quais, a seu turno, conduziriam à dominância de um dos Poderes (o Judiciário) e de uma das fontes (a Constituição). (2009, p. 3)

Ainda de acordo com as concatenações de Humberto Ávila sobre o novo constitucionalismo, mensura-se que quatro são os seus fundamentos: “o normativo (‘da regra ao princípio’); o metodológico (‘da subsunção à ponderação’); o axiológico (‘da justiça geral à justiça particular’) e o organizacional (‘do Poder Legislativo ao Poder Judiciário’)” (2009, p. 3).

Nessa abordagem teórica, também

é imperioso explicitar que, pela expressão Neoconstitucionalismo, termo empregado como novo paradigma da Teoria do Direito, podemos entender o direito constitucional do século XXI, que se desdobra na nova Teoria do Direito. Não surge como teoria geral, mas como Teoria do Direito fundada nas bases de constituições democráticas, com previsão e proteção de direitos fundamentais e com um sistema constitucional que confere supremacia à Constituição. Quando se observam tais pré-requisitos, pode-se afirmar que há um caminho aberto para uma Teoria do Direito capaz de concretizar as práticas jurídicas ocidentais contemporâneas, uma vez que o positivismo e jusnaturalismo já perderam tal potencialidade (MOREIRA; BUNCHAFT, 2011, p. 41)

As bases axiológicas do positivismo não mais satisfazem as ondas de transformações sociais, porquanto o formalismo positivista traduz a ideia de que aos fatos sem previsão legal é defesa a contextualização das bases legais que analogamente poderiam ser aplicadas, ou seja, tendo-se fatos novos, necessariamente, é preciso o

⁷⁴ Não se pode dizer que existe apenas um conceito de “neoconstitucionalismo”, porquanto a diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é considerável, obstando o esboço de uma única teoria da nova percepção constitucional. Por isso, viável a expressão plural de “neoconstitucionalismo (s)”.

surgimento de leis que os protejam. Além disso, uma vez que se vive na era da “modernidade líquida” e que as transformações necessitam de respostas céleres, elas não podem ficar reféns de um processo legislativo demorado e complexo, quando há a possibilidade de uma resposta de contextualização, haja vista que o neoconstitucionalismo permite esse processo com vistas a tutelar mais fatos jurídicos, bastando, para isso, que se opere mudança de sentido das normas.

2.1 Força normativa da Constituição

Com as mudanças ocorridas ao longo do século XX, sobreveio a superação do modelo que considerava a Constituição como documento meramente político, que previa a atuação dos poderes políticos, atribuindo, para tanto, à norma constitucional o *status* de norma jurídica. Desta feita, as normas constitucionais são imperativas, isto é, são vinculativas e obrigatórias, de modo que, se não observadas ou ignoradas, há de deflagrar a aplicação dos mecanismos cogentes de cumprimento forçado. Não obstante, ressalta-se, ainda, que a Constituição tem aplicabilidade direta e imediata.

2.2 Expansão da jurisdição constitucional

A partir do final da década de 40, adotou-se no Brasil e no mundo, inspirada na experiência norte-americana, a supremacia da Constituição. Significa que ao Poder Judiciário restou a proteção da constitucionalização dos direitos fundamentais, sendo que, para tanto, criados foram modelos próprios de controle de constitucionalidade, associados à criação de tribunais constitucionais.

No Brasil, a expansão da jurisdição constitucional deu-se com a promulgação da Carta de 1988, em que à ação direta – destinada ao controle por via principal –, ao direito de propositura da “representação de inconstitucionalidade”, somaram-se a formação de novos instrumentos de controle concentrado, a exemplo da ação declaratória de constitucionalidade, e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

De acordo com Barroso,

no sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade (i) em ações de sua competência originária (CF, art. 102, I), (ii) por via do recurso extraordinário (CF, art. 102, III) e (iii) em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas. (2009, p.9-10)

A Assembleia Constituinte de 88 reforçou o papel do Judiciário na Constituição de 1988, na medida em que consagrou a inafastabilidade da tutela judicial (art. 5º, XXXV), criando diversos novos remédios constitucionais, bem como fortalecendo a independência do Ministério Público e ampliando os mecanismos de controle de constitucionalidade.⁷⁵

⁷⁵ “Neste último tópico, ela democratizou o acesso ao controle abstrato de constitucionalidade, ao adotar um vasto elenco de legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103) e ampliou o escopo da jurisdição constitucional, ao instituir no

2.3 A nova interpretação constitucional

Reconhecendo-se que normas constitucionais são normas jurídicas, frise-se também que a interpretação constitucional é espécie de interpretação jurídica. Sendo assim, os elementos tradicionais da interpretação do Direito, tais como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico são aplicáveis à interpretação constitucional. Cabe anotar que caso exurgem conflitos normativos, os critérios para solução são: hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre o geral). Vale enfatizar que a doutrina e jurisprudência desenvolveram um conjunto de princípios ajustáveis à interpretação constitucional. Eles são de caráter instrumental, adequáveis às circunstâncias apresentadas. São eles: “o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade” (BARROSO, 2003, p. 102).

É cediço que a tradicional interpretação jurídica anuncia que cabe à norma, abstratamente, prever a solução dos conflitos e, no que se refere ao juiz, a ele cabe o enquadramento do fato no relato da regra jurídica. Noutras palavras, o juiz é “boca da lei” e seus métodos de interpretação se dão por meio da subsunção e silogismo.

Com a resplandecência do direito constitucional, a aplicabilidade dos métodos da hermenêutica tradicional já não mais é viável, raciocinando-se, pois, que nem sempre a solução dos conflitos de interesses se encontra no relato abstrato da norma, e, quanto ao juiz, não lhe resta uma função meramente técnica. O intérprete complementa a atividade desenvolvida pelo legislador, na medida em que contribui para a criação do Direito, ao atribuir sentidos às clausulas gerais (ex.: ordem pública, interesse social e boa-fé) e ao proceder com a ponderação.

Outra contribuição da nova interpretação constitucional é a atribuição de normatividade aos princípios⁷⁶ e a distinção deles em relação às regras. São três as perspectivas acerca da diferenciação entre os princípios e regras. A primeira refere-se à separação qualitativa, na qual advogam Dworkin e Alexy. A segunda disserta que a distinção entre regras e princípios é de grau, “seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade” (SILVA, 2003, p. 609). Esse é o segmento mais difundido em

Brasil o controle da inconstitucionalidade por omissão, tanto através de ação direta como do mandado de injunção” (SARMENTO, 2007, p. 14)

⁷⁶ Uma das mais importantes inovações introduzidas pelo neoconstitucionalismo foi o reconhecimento da natureza jurídica dos princípios referidos expressamente ou implícitos no texto constitucional, igualando-os, em termos de eficácia e imediata exigibilidade, às normas constitucionais. Por força dessa inovação, os princípios constitucionais deixam de ser vistos e tratados como recomendações ou sugestões, que poderão ser acolhidas e respeitadas ou não, sem que a recusa de acolhimento ou desrespeito acarretem qualquer consequência jurídica. Essa é, realmente, uma das inovações de maior reflexo prático, pois até recentemente os princípios, geralmente inseridos no preâmbulo da Constituição ou no início de um capítulo ou artigo referente à Declaração de Direitos, não eram reconhecidos como normas jurídicas, e por isso não eram tidos como obrigatórios e exigíveis por meios jurídicos. (DALLARI, 2010, p. 320-321)

terrae brasilis. E, para completar a tríade, existem aqueles que, por razões diversas, denegam ou rejeitam a separação entre regras e princípios.

Tendo em vista que a segunda concepção prevalece para a literatura jurídica brasileira, “princípios são, tradicionalmente, definidos como ‘mandamentos nucleares’ ou ‘disposições fundamentais’ de um sistema” (MELLO, 2008, p. 942). De acordo com Silva, concatena-se que

(...) são vários os que se dedicaram ao problema dos princípios jurídicos no Brasil – mas a idéia costuma ser a mesma: princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema, enquanto que as regras costumam ser definidas como concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental. (2003, p. 612)

Para Lorenzetti, por seu turno,

a distinção entre regras e princípios é de fundamental importância para qualquer concepção de direito preocupada com a razoabilidade das decisões jurídicas. Em resumo, poderíamos referir o seguinte: as regras (por exemplo, “o limite de velocidade máxima é de 100 km/h”) têm determinação precisa do suporte fático, de maneira que sua aplicação consiste em subsumir os fatos no direito e deduzir a solução (dedução). O cidadão não pode dizer que por razões de princípio não as respeita, ou que tem outro princípio mais importante no caso (por exemplo, a urgência, porque está atrasado para o trabalho), e ignorar a regra: ou obedece, ou sofrerá uma sanção por desobediência. Se há duas regras diferentes sobre um mesmo suporte fático (uma lei determinando que a velocidade máxima é de 100 km/h e uma norma municipal que a fixe em 40 km/h), existe um problema de antinomia: uma exclui a outra, por razões de hierarquia (lei superior), temporais (lei posterior) ou de especialidade (lei especial), mas nunca se aplicam as duas, porque uma delas será inaplicável ou inválida. Por isso, aplicam-se às regras a dedução e, quando há conflito, as antinomias; os princípios são indeterminados, porque não têm suporte fático específico (por exemplo, se for utilizado um princípio em lugar de uma regra para regular a velocidade, dir-se-á “conduza de maneira que não cause dano a outrem”, mas isso seria muito difícil, porque cada condutor faria uma valoração diferente. Demandaria muito trabalho tomar a decisão sobre velocidade a cada instante – altos custos de transação – e ocasionaria uma grande insegurança, uma vez que os demais não teriam como saber, de antemão, qual a decisão de cada condutor nas diferentes situações). Ao não existir um suporte fático, não se aplica a dedução (subsunção do fato no direito). São guias de raciocínio lógico-jurídico, e ordenam que sejam cumpridos na máxima medida possível, pois sempre existirá outro princípio a eles contraposto. A colisão entre princípios, porém não é uma opção, senão uma ponderação, posto que cada caso deverá ser observado como será medida a importância de cada um deles. (2010, p. 35-36)

Não se pode ignorar a existência de colisões de normas constitucionais, aqui englobadas tanto as de princípios como as de direitos fundamentais. Para exemplificar, há choque entre proteção ambiental e promoção do desenvolvimento, entre a livre-iniciativa e a proteção ao consumidor. No campo

dos direitos fundamentais, o direito de privacidade e a liberdade de expressão estão sempre em tensão. Nessa situação, o hermenêuta criará o direito aplicável ao caso concreto. Para a solução dos conflitos entre normas constitucionais, necessário se faz a ponderação, como já mencionado por Lorenzetti, no fragmento de texto encimado. De acordo, também, com Barroso,

neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores (v. infra) é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da razoabilidade. (2009, p. 14)

Humberto Ávila, no segmento do raciocínio majoritário, adota a corrente em que se diferenciam regras e princípios pelo grau de abstração, sustentando que os princípios são mais abstratos do que as regras (2001, p. 167). Sustenta, ainda, que tanto quanto os princípios, as regras devem passar pelo processo interpretativo. Silva, ao comentar a obra de Ávila, afirma ser importante também a distinção na teoria geral do direito entre texto e norma. Acredita-se, igualmente, que para os fins os quais se dirige o trabalho, sendo um deles a delimitação do instituto da mutação constitucional, tal distinção é prodigiosamente importante.

Dessa maneira, seguindo o raciocínio de Silva, pronuncia-se que,

segundo essa distinção, de larguíssima aceitação, independente de corrente doutrinária, texto e norma não se confundem, pois o primeiro é apenas enunciado lingüístico, enquanto que a norma é o produto da interpretação desse enunciado. Um breve exemplo é suficiente para deixar clara essa distinção. O inc. XL do art. 5º da Constituição tem a seguinte redação: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Isso é o que aqui se chama de texto ou enunciado. Esse texto exprime uma norma que proíbe a retroação da lei penal, a não ser que essa retroação beneficie o réu. Nesse último caso, existe um dever de retroação. A mesma norma poderia ser expressa por meio de outros enunciados, como, por exemplo, “a lei penal retroagirá somente em benefício do réu”, ou ainda “é proibida a retroação penal, a menos que seja para beneficiar o réu” etc. Como se vê, a despeito das variações na redação dos enunciados apresentados, por meio da interpretação de todos eles chega-se à mesma norma. Toda norma é, pois, produto da interpretação de um sinal lingüístico, quase sempre um texto. (2003, p. 616)

Nesse sentido, afirma Lenio Streck, sob os aportes da hermenêutica filosófica, que a norma é o produto da interpretação do texto. Isto é, há uma diferença, que é ontológica, entre ambos, contudo, o texto não subsiste sem a norma, assim como também não há norma sem texto (2011, p. 279).

Vale dizer, então, que a diferença entre regras e princípios é a diferença entre dois tipos de normas e não entre dois tipos de textos, sendo que, como já dito, as regras e princípios devem passar pelo crivo da interpretação.

Por fim, relata-se acerca da argumentação, ou seja, as decisões proferidas mediante ponderação, nos chamados casos difíceis, que são aqueles que ensejam mais de uma solução possível, devem ser razoáveis e, por conseguinte, fundamentadas. Para assegurar a legitimidade e racionalidade de sua interpretação, de acordo com Barroso, deve o intérprete, em meio a outras considerações:

- (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador;
- (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas;
- (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos. (2009, p. 15)

Lembra-se que, no que concerne à argumentação, a filosofia da linguagem trouxe diversas contribuições, sendo importante a adequação das palavras, ou seja, a linguagem tem uma função constitutiva a respeito das relações sociais e políticas.

2.4 Construção de uma teoria da decisão judicial como condicionante à obtenção de respostas constitucionalmente adequadas

É sabido que se tem discutido bastante atualmente acerca das decisões judiciais e seus métodos de formação. Alguns admitem o caráter excludente dos critérios para formar a decisão constitucionalmente adequada, outros, como é o caso de Ricardo Lorenzetti, pugnam pelo caráter da complementariedade dos critérios entre si, dizendo-se, ainda, que deve existir uma ordem no raciocínio. Nessa linha de pensamento, cita-se que,

no entanto, entendemos que deve existir uma ordem no raciocínio, e este deve ser sucessivo: primeiro, aplicar a dedução das regras válidas; segundo, controlar esse resultado conforme os precedentes, o resto do sistema legal e as conseqüências; terceiro – e se restarem problemas, estaremos diante de um caso difícil -, deve ser aplicada a solução baseada em princípios; quarto, se houver paradigmas que definam a solução, serão aplicados, devendo ser procurada a sua harmonização. (LORENZETTI, 2010, p. 157)

O método dedutivo permite a distinção entre casos fáceis e casos difíceis, sendo que, no que concerne aos casos fáceis, relata-se que os inconvenientes judiciais que os encetam são resolúveis por meio da dedução. Já nos casos difíceis, dado o seu grau de indeterminação exasperador, o sistema dedutivo mostrou-se falível, de modo que conveniente, então, é resolver os problemas jurídicos por meio da ponderação dos princípios. Infere-se, também, que os casos fáceis são a regra e os casos difíceis são exceção. Nesse sentido, traz-se à baila, mais uma vez, o pensamento de Lorenzetti a respeito:

segundo essa concepção, a maioria das situações é resolvida com base no raciocínio dedutivo de uma norma válida (requisito da validade) e aceita (norma de reconhecimento). Os casos difíceis são aqueles em que se detectam dificuldades no elemento normativo (determinação da norma aplicável, interpretação) ou no fático (prova dos fatos) ou na dedução (qualificação). (2010, p. 158)

Dessa maneira, os passos para aplicação do método dedutivo são: delimitar os fatos (elemento fático) – identificar um suporte fático proeminente por aplicação das regras processuais (elemento fático-premissa menor), identificar a norma (elemento normativo) – delimitar um conjunto de premissas jurídicas válidas que autorizam fomentar um enunciado normativo geral (elemento normativo – premissa maior) e, por fim, deduzir a solução do caso (elemento dedutivo) – o juiz deve analisar os elementos fáticos e sua correspondência com a norma aplicável, dando a solução ao caso pela via da dedução (LORENZETTI, 2010).

Em relação ao controle da solução dedutiva, afirma-se que é imprescindível levar-se em consideração os precedentes judiciais que estabeleceram regras jurídicas para os casos similares, bem como que as decisões baseadas nas regras jurídicas insculpidas nos casos análogos sejam harmônicas com o resto do sistema jurídico e que, importante também, é focar na análise das consequências gerais jurídicas ou econômico-sociais que podem produzir a decisão no futuro (LORENZETTI, 2010). Noutras palavras, significa dizer que a interpretação não pode dispensar as consequências jurídicas. Trata-se de um paradigma consequencialista, importante para conferir às decisões conotação de razoabilidade.

Ressalta-se que nem sempre um conflito jurídico pode ser resolvido por simples dedução, seja porque há dificuldades na aplicação da norma ou na sua interpretação, seja porque ela é inconstitucional. Assim, surgem os chamados casos difíceis, que podem ser solucionados por meio da discricionariedade, que significa escolha entre alternativas e que encontra limite nos parâmetros da razoabilidade. Lembra-se que a arbitrariedade não é cabível no método de interpretação aplicável nos casos difíceis, não podendo o juiz decidir como quiser, isto é, não se pode olvidar que o magistrado deve pautar-se pelos princípios e aplicar o juízo de ponderação, justificando a sua decisão.

E, por último, explica-se a solução baseada em paradigmas, apregoando-se que os juízes não devem julgar com base em seus valores pessoais que não são jurídicos, ou seja, a interpretação não pode ser subjetiva. Para tanto, devem ser observados dois passos, quais sejam, o da explicação e o da harmonização. De acordo com o quesito da explicação, exprime-se que “é necessário expor o paradigma e qual o objetivo a ser alcançado, assim como a tensão que provoca com outro paradigma competitivo”, e o quesito da harmonização, por sua vez, apregoa que a “tensão deve ser resolvida mediante uma harmonização que leve em conta o modelo de democracia deliberativa” (LORENZETTI, 2010, p. 164).

2.5 Trinômio moral – princípio – discricionariedade e insurgência do ativismo judicial

Muito já foi mencionado a respeito do surgimento de uma nova teoria do Direito, conhecida como pós-positivismo, considerado um momento marcado pela eclosão de diversas visões teóricas que pretendem romper com o segmento positivista de Direito. A título de exemplo, fala-se da teoria de Ronald Dworkin, com seu conceito interpretativo de Direito, que reconhece a política como a justificativa mais geral e abrangente para o direito, derivando dessa justificativa a “doutrina da responsabilidade política”⁷⁷ que rege a jurisdição constitucional. Dworkin reconhece, também, o importante papel dos princípios no fechamento aplicativo dos direitos. Tem-se, também, Neil MacCormick, com sua proposta de reconciliação entre o viés argumentativo e o Estado Democrático de Direito, que se consubstancia no reconhecimento de um freio fundamental no processo de argumentação jurídica, que nada mais é que a conformação da argumentação às condições de racionalidade e razoabilidade. Mencionam-se, ainda, Jürgen Habermas e Niklas Luhmann, que questionam, no Direito, a questão da comunicação.

Desta maneira, admitindo-se mudanças significativas na órbita jurídica, com o estabelecimento do neoconstitucionalismo, é possível, observando-se este fenômeno jurídico, identificar a marca do trinômio moral – princípios – discricionariedade⁷⁸. A introdução da moral ao direito produz uma elasticidade interpretativa por meio da eleição de valores (discricionariedade judicial). Os princípios aumentam as possibilidades interpretativas. Por fim, a nova tendência corrobora que a Constituição cuja atualização não depende de reformas, mas de uma contextualização – está vinculada à discricionariedade, de outra maneira, o reconhecimento da discricionariedade dos juízes importa em elementos inéditos para a Teoria do Direito, que inauguram uma nova tradição jurídica.

Além do trinômio ressaltado acima, é importante dissertar sobre a teoria do direito e a insurgência do caráter ativista do judiciário. Nesse norte, o ativismo judicial

⁷⁷ De acordo com a doutrina explicitada, os juízes têm para si o dever de, no momento da decisão judicial, decidir conforme o direito segundo argumentos de princípios e não argumentos de política. Com base nessa teoria, pode se questionar acerca da atuação da suprema Corte Constitucional Brasileira no que tange à formação de suas decisões judiciais: são principiológicas ou de caráter manifestamente político?

⁷⁸ Lenio Streck (2011) constrói sua teoria afirmando a necessidade (o direito) de se obter respostas corretas (ou constitucionalmente adequadas), a partir da negação da discricionariedade judicial (considerada principal característica do positivismo). Nisso está incluído algo que a prática dos juízes e tribunais parece se esquecer – de que há um dever de fundamentar as decisões ou, nas palavras do autor, de que é imprescindível a existência de “uma fundamentação da fundamentação, traduzida por uma radical aplicação do art. 93, IX, da Constituição” (STRECK, 2011, p. 619). Veja-se que a proposta de Lenio Streck é algo muito maior do que conferir se a decisão está de acordo com o manancial de leis existentes e com o texto constitucional: por óbvio, pragmaticamente, também passa por isso; entretanto, seu posicionamento vai bem mais além, afirmando a ruptura com a clássica compreensão positivista (exegética) do direito e a importância de pensá-lo como um todo. (LIMA; TASSINARI, 2011, p.109)

caracteriza-se quando a decisão judicial é formada por critérios extrajurídicos, isto é, pelo desejo do julgador – entre as várias soluções possíveis, a escolha do magistrado é adstrita ao desejo de acelerar a mudança social ou, ao reverso, de traduzir módicas transformações. Desse modo, a discussão sobre ativismo é saber em que medida juízes e tribunais podem considerar suas próprias crenças e preferências como fundamento para decidir casos jurídicos. Este é o problema a ser enfrentado: a postura ativista do Judiciário consistente numa decisão fundamentada em um ato de vontade de quem julga, fazendo com que a concretização de direitos e a democracia fiquem presas aos aspectos subjetivos dos juízes de seu poder discricionário⁷⁹.

Comenta-se que o ativismo judicial provoca um desequilíbrio na relação entre os Poderes, impedindo uma atuação constitucionalmente legitimada. Por isso, há necessidade de se construir uma teoria da decisão judicial, questionando-se os limites da intervenção do Judiciário, bem como estabelecer a adequada aplicação do trinômio supramencionado.

3 Mutação Constitucional

Para se discutir o assunto da mutação constitucional, primeiramente faz-se importante relatar uma história, “Katchanga Real”, criada por Luis Alberto Warat e citada por Lenio Luiz Streck:

Chegou um forasteiro e desafiou o croupier do cassino, propondo-lhe o jogo da Katchanga. Como o croupier não poderia ignorar esse tipo de jogo – porque, afinal, ali se jogavam todos os jogos (lembremos do non liquet) –, aceitou, ciente de que “o jogo se joga jogando”, portanto, não há lacunas no “sistema jogo”.

Veja-se que o dono do Cassino, também desempenhando as funções de croupier, sequer sabia que Katchanga se jogava com cartas... Por isso, desafiou o desafiante a iniciar o jogo, fazendo com que este tirasse do bolso um baralho. Mais: o desafiado também não sabia com quantas cartas se jogava a Katchanga... Por isso, novamente instou o desafiante a começar o jogo.

O desafiante, então, distribuiu dez cartas para cada um e começou “comprando” duas cartas. O desafiado, com isso, já aprendera duas regras: 1) Katchanga se joga com cartas; 2) é possível iniciar “comprando” duas cartas. Na sequência, o desafiante pegou cinco cartas, devolveu três; o desafiado (croupier) fez o mesmo. Eram as regras seguintes.

⁷⁹ Vale lembrar que se admite a aplicação da discricionariedade na nova teoria do direito, qual seja, neoconstitucionalismo. No entanto, o poder discricionário, quando da sua utilização, deve pautar-se de razão e proporcionalidade, posto que, se assim não o seja, transgredirá o Estado Democrático de Direito. Para retratar a visão sobre a discricionariedade que se tem atualmente, Celso Antônio Bandeira de Mello a conceitua como: “é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”. (MELLO, 2012, p. 48)

Mas o “Grundcassinero” (chamemos ele assim) não entendia o que fazer na sequência. O que fazer com as cartas? Eis que, de repente, o desafiante colocou suas cartas na mesa, dizendo “Katchanga”... e, ato contínuo, puxou o dinheiro, limpando a mesa. O “Grund...”, vendo as cartas, “captou” que havia uma sequência de três cartas e as demais estavam desconexas. Logo, achou que ali estava uma nova regra.

Dobraram a aposta e... e tudo de novo. Quando o “Grund...” conseguiu fazer uma sequência igual a que dera a vitória ao desafiante na jogada primeira, nem deu tempo para mais nada, porque o desafiante atirou as cartas na mesa, dizendo “Katchanga”... Tinha, desta vez, duas sequências...! Dobraram novamente a aposta e tudo se repetiu, com pequenas variações na “formação” do carteadado. O “doutor Grund...” já havia perdido quase todo o dinheiro, quando se deu conta do óbvio: a regra do jogo estava no enunciado “ganha quem disser Katchanga primeiro”.

Pronto. O “doutor” “Grund...” desafiou o forasteiro ao jogo final: tudo ou nada. Todo o dinheiro contra o que lhe restava: o Cassino. E lá se foram. O desafiante pegava três cartas, devolvia seis, buscava mais três, fazia cara de preocupado; jogava até com o ombro... E o “Doutor Grund”, agora, estava tranquilo. Fazia a sua performance. Sabia que sabia!

Quando percebeu que o desafiante jogaria as cartas para dizer Katchanga, adiantou-se e, abrindo largo sorriso, conclamou: Katchanga... e foi puxar o dinheiro. O desafiante fez cara de “pena”, jogando a cabeça de um lado para outro e, com os lábios semi-cerrados, deixou escapar várias onomatopeias (tsk, tsk, tsk)... Atirou as cartas na mesa e disse: Katchanga Real! (STRECK, 2012)

Pode-se extrair deste pequeno texto que os sentidos não cabem na regra (mutação e sentido são pressupostos inseparáveis), sendo que uma situação concreta enseja várias interpretações. Tendo em vista que atualmente não se promove a reforma das Constituições, mas, como já dito, sua contextualização, insere-se aqui o fenômeno da mutação constitucional que não dispensa, sobremaneira, a atuação conjunta da hermenêutica constitucional e do novo constitucionalismo sobre si. As Constituições não são eternas e nem imutáveis. Por esse motivo é que as Cartas Políticas preveem mecanismos para sua própria alteração e adaptação aos novos contextos. No entanto, esta não é a única forma de modificação do conteúdo das normas constitucionais.

3.1 Conceito

Com efeito, a modificação da Constituição pode ocorrer por duas vias: a via formal e a via informal. A via formal⁸⁰ se dá através da reforma constitucional, procedimento este complexo, posto que a modificação do sentido e do texto da Constituição é gravosa (rigidez constitucional). Já a via informal consubstancia-se por meio da alcunhada mutação constitucional, que, nas palavras de Barroso, é

⁸⁰ No que tange à alteração formal do texto de uma Constituição, há apenas uma maneira. Isso se dá pela via de um processo legislativo específico, previsto em seu art. 59 – emenda constitucional. Este procedimento de alteração textual necessita da aprovação do Congresso Nacional, do Presidente da República ou de Assembleias Legislativas, observados os requisitos e particularidades estabelecidos pelo art. 60 da Constituição do Brasil.

(...) mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que são adotadas inúmeras normas constitucionais. (2010, p. 124)

Vale a pena fazer transcrição das palavras de Canotilho sobre o conceito de mutação, a saber: “(...), considerar-se-á como transição constitucional a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto” (CANOTILHO, 2000, p. 1228).

Por seu turno, Nelson Nery Júnior (2009) afirma que mutação constitucional não consiste em processo de artificialidade. Ou seja, não se trata de uma medida intencional, programada. Em outras palavras, não se pode pretender fazer uma mutação – ela ocorre ou não, caso contrário se estaria incorrendo em violação ao Estado Constitucional.

Por todo o exposto, em relação à concepção de mutação, refere-se a um fenômeno que não tem previsão legal, tratando-se, portanto, de mudança informal da Constituição. Por meio dela, modifica-se a norma constitucional, propriamente, seu sentido, mantendo-se seu texto, pressupondo a não identificação entre norma e texto.

Ressalta-se, aqui, a importância do neoconstitucionalismo para este instituto, porquanto o novo modelo de constitucionalismo permitiu a distinção entre norma e texto, texto e sentido, princípios e regras, entre outros, como já elucidado neste trabalho, e esta diferenciação proporcionada que ensejou o surgimento da mutação constitucional. Sendo assim, a mutação é mais uma das inovações da teoria pós-positivista, decorrente, substancialmente, da distinção entre texto e norma e, também, da corrente de contextualização/conformação da Constituição à nova realidade social, política e econômica.

Nesse sentido, manifesta-se Adriano Sant’Ana Pedra, dizendo que

o fenômeno da mutação constitucional é uma constante na vida dos Estados e ocorre porque o significado da Constituição não é dado de antemão, mas depende do contexto no qual é concretizado. O sentimento constitucional presente em cada momento vivido passa a permear a realização da Constituição, e a natureza dinâmica da Constituição, como organismo vivo que é, permite que ela possa acompanhar a evolução das circunstâncias sociais, políticas e econômicas. (2010, p. 3)

Nesse contorno, é indispensável estabelecer um liame entre o mundo fático e o mundo normativo, a fim de que as normas constitucionais sejam responsáveis por conformar a Constituição à realidade.

3.2 Espécies de mutação constitucional

A mutação constitucional aplica-se quando configurado o estado de incongruência entre as normas constitucionais e a realidade, sendo suas espécies utilizadas:

- a) Mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição;
- b) Pela impossibilidade de se exercerem certos direitos estatuídos constitucionalmente;
- c) Por uma prática estatal contraditória com a Constituição; ou, ainda,
- d) Através de interpretação, situação de anormalidade que se normaliza ou se ultrapassa no curso da própria práxis constitucional. (MENDES, COELHO e BRANCO, 2010, p. 189)

Ressalta-se que, como se objetiva discutir neste trabalho o caso das uniões estáveis como entidades familiares, então, a espécie de mutação constitucional a que se pode fazer a subsunção ao aludido caso é a que se dá pela via interpretativa.

3.3 Limites da mutação constitucional

A mutação constitucional manifesta-se por via da interpretação feita por órgãos estatais ou por costumes e práticas políticas adequadas socialmente. A legitimidade de sua prática está na convergência entre conceitos que guardam tensão entre si, que são: a rigidez da Constituição e a elasticidade de suas normas. Segundo Barroso,

a rigidez procura preservar a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica, ao passo que a plasticidade procura adaptá-la aos novos tempos e às novas demandas, sem que seja indispensável recorrer, a cada alteração da realidade, aos processos formais e dificultosos de reforma. (2010, p. 128)

Como intuitivo, a mutação constitucional tem limites e, caso sejam ultrapassados, violados serão o poder constituinte e a soberania popular. Externando essa preocupação, Canotilho afirma que,

muito embora não se deva entender a Constituição como um texto estático e rígido, completamente indiferente às alterações da realidade constitucional, isso não significa entregar o seu texto à discricção dos intérpretes/aplicadores, liberando-os para leituras que, realizadas à margem ou além da fala constitucional, acarretem alterações não permitidas pela Constituição. (2003, p. 1195-1245)

O tema preocupa bastante àqueles que trabalham com a Constituição, pois mesmo as leituras não autorizadas da Carta Constitucional se espalham no ordenamento jurídico e nela provocam grandes estragos. Essas leituras são aceitas sem o menor esforço, pois, afinal, as interpretações e as recepções são formas abreviadas de criação do direito. Assim, visando proteger o espírito da Constituição, não permitindo que as adaptações à nova realidade desvirtuem sua substância, de acordo com Barroso,

(...) a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição. Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder

constituente reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário. (2010, p. 128-129)

Noutras palavras, deverá haver um cuidado precioso no que se refere à atribuição de sentido à norma constitucional, de modo a preservar os princípios fundamentais da Constituição.

3.4 Mutação inconstitucional

Caso a modificação informal da Constituição ultrapasse o limite imposto pela elasticidade do texto constitucional, surge a chamada mutação inconstitucional, o que a doutrina chama de falseamento ou quebrantamento (ou quebramento) da Constituição, que ocorre quando a alteração informal representa afronta ao sistema constitucional. Conforme discorre Adriano Sant'Ana Pedra,

Néstor Pedro Sagües escreve que, por vezes, ocorre uma manipulação constitucional, isto é, a utilização da Constituição com um interesse particular. Nessa hipótese, o manipulador, ao invés de servir à Constituição, serve-se dela. Os mecanismos manipuladores são muitos, dentre os quais o autor cita: (i) dar às palavras da Constituição um sentido absurdo; (ii) interpretar isoladamente um artigo da Constituição; (iii) realizar afirmações infalíveis e sem necessidade de demonstração; (iv) praticar analogias improcedentes; (v) postular algo como regra, mas não aplica-la sempre; e (vi) criar exceções que a constituição não prevê. (PEDRA, 2011, p. 16)

Os efeitos provocados pelas mutações inconstitucionais possibilitam transformações temporárias ou perenes e, até mesmo, suspendem a eficácia da norma constitucional, em evidente desrespeito à Constituição. Assim, não se pode deixar que a mutação constitucional promova resultados conflitantes com a ordem jurídica constitucional. Desta feita, do mesmo modo que as mudanças formais da Constituição (reforma e revisão) passam pelo crivo do controle de constitucionalidade, as mudanças informais são suscetíveis de serem controladas.

3.5 Mecanismos de atuação da mutação constitucional

A adaptação da norma constitucional a novas realidades pode acontecer por meio de ações estatais ou por comportamentos sociais. Tal adaptação pode ser levada a efeito através da interpretação constitucional, pelo costume constitucional ou pelo próprio legislador. A interpretação constitucional visa determinar o sentido e o alcance de uma norma constitucional. Aplicar-se-á a Constituição nas operações de concretização do direito, podendo a aludida aplicação ser direta ou indireta. Será direta quando a pretensão tiver como fundamento dispositivo constitucional, a exemplo da pessoa que ingressa com ação na defesa de seu direito de privacidade (CF, art. 5º, X). Lado outro, será indireta quando a pretensão estiver sob égide de norma infraconstitucional. Nesse caso, de acordo com Barroso, “a Constituição figurará como

parâmetro de validade da norma a ser aplicada, além de pautar a determinação de seu significado, que deverá ser fixado em conformidade com ela” (2010, p. 130).

Ademais, tem-se na contemporaneidade constitucional adotado o costume como fonte de direito positivo, inclusive por países dotados de Constituições escritas e rígidas, como é o caso do Brasil. O costume, por muitas vezes, ensejará a interpretação informal da Constituição, tendo, ainda, papel atualizador de seu texto e, em algumas situações, estará em contradição com a norma constitucional. Das três espécies de costume, que são: *secundum legem* ou interpretativo, *praeter legem*, também conhecido como integrativo e, por fim, o *contra legem* ou derogatório, somente este último não merece a guarda do Direito.

Por fim, haverá mutação constitucional por via legislativa, mais uma vez invocando aqui a doutrina de Barroso,

(...) quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional. É possível conceber que, ensejando a referida norma mais de uma leitura possível, o legislador opte por uma delas, exercitando o papel que lhe é próprio, de realizar escolhas políticas. A mutação terá lugar se, vigendo um determinado entendimento, a lei vier a alterá-lo. (2010, p. 133)

Em certas ocasiões, que requerem a edição de legislação integradora, o legislador atuará, por determinação expressa da Constituição. Nesse sentido, haverão casos em que a mera edição de normas com escopo de desenvolvimento ou complementação do texto constitucional não caracterizará mutação constitucional.

4 Reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares pelo STF

Primeiramente, é preciso suscitar a aplicação da elasticidade do texto normativo no que tange ao conceito de família dado pela Constituição de 1967/1969, no qual “a família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos” (artigo 167, do texto de 1967 e artigo 175, do texto de 1969). Inserida neste conceito, não estava a ideia de proteção à situação de um homem e uma mulher que vivessem juntos como cônjuges, sem, no entanto, serem casados. O Supremo Tribunal Federal, no seu processo de concretização, entendeu, no julgamento do Recurso Extraordinário RE nº60.657/GO⁸¹, que, tendo em vista as mudanças socioculturais brasileiras, o direito deveria também proteger a relação constituída a partir da convivência, sob o mesmo teto, de homem e mulher não casados.

Já sob a proteção da Constituição Brasileira de 1988, o Governador do Estado do Rio de Janeiro propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental – ADPF nº 132/RJ, em que se pretendia obter a declaração de aplicação do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas.

De acordo com Barroso,

⁸¹ Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Rel. Min. Adalicio Nogueira. J. 20/11/1970. DJ 16/12/1970.

o contexto fático do ajuizamento da ação pode ser descrito da seguinte forma. Nas últimas décadas, culminando um processo de superação do preconceito e da discriminação, inúmeras pessoas passaram a viver a plenitude de sua orientação sexual e, como desdobramento, assumiram publicamente suas relações homoafetivas. No Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum. A aceitação social e o reconhecimento jurídico desse fato são relativamente recentes e, conseqüentemente, existiam incertezas acerca do modo como o Direito deve lidar com o tema. (2012, p. 121)

Contudo, a Constituição Federal de 1988, que pugna por organizar uma sociedade sem preconceito e sem discriminação, forjada na igualdade⁸² de todos, não tem previsão legal a respeito da liberdade de orientação sexual. Por consequência, não se fez menção, também, às uniões homoafetivas. Faz referência, no entanto, às uniões heterossexuais, reconhecendo como entidade familiar a união estável entre homem e a mulher (CF/88, art. 226, § 3º). O Código Civil acrescentar nas referências, ao disciplinar o tema da união estável, em seu art. 1.723, prescreve que: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Analisadas as teses jurídicas apresentadas, de acordo com Barroso,

em seu voto-condutor, o Ministro Carlos Ayres Britto acentuou a liberdade individual, o direito à intimidade e à privacidade das pessoas, além de enquadrar a orientação sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, percorreu os dispositivos constitucionais que vedam tratamento discriminatório em razão do sexo, de modo a concluir que eventual interpretação reducionista do conceito de família iria de encontro a princípios constitucionais, bem como redundaria em discurso homofóbico ou preconceituoso. Nesse sentido, os casais homoafetivos teriam o mesmo direito subjetivo titularizado pelos casais heteroafetivos de formar uma família. Em conclusão, o Ministro-Relator atribuiu ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição, para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união estável (contínua, pública e duradoura) entre pessoas do mesmo sexo como família, reconhecendo a aplicação das mesmas regras e consequências conferidas à união estável heteroafetiva. (2012, p. 124)

Da leitura do texto retro, conclui-se que a concepção de entidade familiar envolve toda a problemática do caso, sendo que, para conformar uniões homoafetivas ao conceito de família, fizeram-se necessários dois institutos oriundos da nova ordem constitucional, quais sejam, a mutação e a interpretação conforme a constituição. A interpretação, conforme a constituição, é ramo do direito constitucional que traduz a conformação das leis infraconstitucionais às normas da Constituição. Sendo assim,

⁸² “A lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania”.

uma vez que união homoafetiva foi considerada entidade familiar, o art. 1.723 do CC não pode representar óbice para a concretização deste direito por parte da Constituição Federal. Por isso, aplicou-se à união homoafetiva o mesmo regime jurídico da união estável entre pessoas heterossexuais.

4.1 Contextualização do caso das uniões homoafetivas na Teoria Tridimensional do Direito

É cediço que não mais se vive sob a proteção do formalismo positivista, que apregoava validade jurídica somente para os enunciados normativos previstos. Dessa maneira, o abandono ao positivismo simboliza que não é pelo fato que a Constituição menciona expressamente a união entre homem e mulher como entidade familiar, que seja esta o único tipo de união permitido. A redação constitucional expressa apenas que restou reconhecida a união heteroafetiva, nada dizendo a Carta Política acerca da união homoafetiva: não a regulamentou expressamente, como também não a proibiu. Assim, valendo-se do disposto no art. 5, inciso II, da CF/88, segundo o qual ninguém será obrigado a deixar de fazer algo senão em virtude de lei, tem-se que inexistem proibições implícitas no Direito brasileiro. Então, ou existe norma constitucional expressa proibitiva ou se tem a existência de mera lacuna normativa passível de colmatação pela interpretação extensiva ou pela analogia.

Com efeito, levando-se em consideração os contornos da ordem constitucional, não se reconhecem apenas os fatos expressamente albergados pela literalidade normativa. Quando a lei regulamenta determinado fato, ela o faz devido a determinado valor a ele atribuído, valoração esta que gera a norma. Noutras palavras, a norma é o resultado da valoração de determinados fatos (Teoria Tridimensional do Direito⁸³ segundo a qual norma = fato + valor). Nessa linha de pensamento, diz-se que

⁸³ Em outras palavras: a norma é a conjunção de fatos e valores (as três dimensões do Direito), donde se pode concluir pela existência da equação segundo a qual norma = fato + valor, do que se percebe que é o valor que justifica a regulamentação de determinado fato, sendo o valor, assim, o elemento relevante da análise da finalidade normativa, não o mero fato. (Cf. REALE, 2004. p. 64-65). Essa é a teoria tridimensional do Direito, segundo a qual há três aspectos nas normas jurídicas, a saber: (i) um aspecto fático, que engloba os fatos abarcados pela norma; (ii) um aspecto valorativo, que justifica a proteção aos fatos abarcados em virtude de um valor positivo a eles atribuído ou então justifica a condenação aos referidos fatos em virtude de um valor negativo a eles vinculado; e (iii) um aspecto normativo, que instrumentaliza em um texto normativo a proteção ou condenação legislativa aos fatos em comento. Isso significa que o Direito é uma ciência valorativa, no sentido de que protege ou reprime determinados fatos em razão da valoração a eles atribuída. Ademais, a equação norma = fato + valor é subjacente às lições de Miguel Reale. Afinal, afirma o autor que “a estrutura do Direito é tridimensional, visto como o elemento normativo, que disciplina os comportamentos individuais e coletivos, pressupõe sempre uma dada situação de fato, referida a valores determinados”, sendo preciso observar “a unidade ou a correlação existente entre os aspectos fático, axiológico e prescritivo do Direito” (REALE, 2008. p. 511); ou ainda que “a tridimensionalidade específica do Direito resulta de uma apreciação inicial da correlação existente entre fato, valor e norma no interior de um processo de integração, de modo a abranger, em unidade viva, os problemas do fundamento, da vigência e da eficácia do Direito” (Ibidem, p. 515). Cite-se, ainda, o entendimento do autor no sentido de que “duas são as condições primordiais para que a

o fato verifica-se na existência de uniões entre pessoas de mesmo sexo, o valor consiste na identificação do elemento formador da família juridicamente protegida do atual ordenamento jurídico-constitucional e norma não é senão o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares pelo STF.

4.2 *Relação entre ativismo judicial e caso das uniões homoafetivas*

De acordo com Tassinari,

caso: reconhecimento das uniões homoafetivas. No voto do Ministro Gilmar Mendes, a questão do ativismo judicial começa a ser discutida em diálogo com o texto de Lenio Streck, Vicente Barreto e Rafael Tomaz de Oliveira⁸⁴. Como resultado da análise do posicionamento destes autores, o ministro manifesta entendimento contrário, afirmando que o Judiciário deve ter um papel ativo, na espera que o Legislativo venha a atuar; que o Supremo Tribunal Federal deve apresentar uma resposta de caráter positivo; que “se o Poder Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir o próprio sistema político, a resposta do Supremo Tribunal Federal só pode ser de caráter positivo (pp. 160-162). Já o pronunciamento do ministro Celso de Mello sobre o ativismo, em um primeiro momento, ocorre de modo diferenciado, pois afirma: “nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justifiquem esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos”; e, ainda, “práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, torna-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam excessivamente o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade” (p. 261). No voto do Ministro Gilmar Mendes, a questão do ativismo apresenta-se como uma

correlação entre fato, valor e norma se opere de maneira unitária e concreta: uma se refere ao conceito de valor, reconhecendo-se que ele desempenha o tríplice papel de elemento constitutivo, gnoseológico e deontológico da experiência ética; a outra é relativa à implicação que existe entre o valor e a história, isto é, entre as exigências ideais e a sua projeção na circunstancialidade histórico-social como valor, dever-ser e fim. (...) Dizemos que o valor constitui a experiência jurídica porque os bens materiais ou espirituais, construídos pelo homem através da História, são, por assim dizer, ‘cristalizações de valor’ ou ‘consustanciações de interesses’” (Ibidem, p. 543). Ora, se a estrutura do Direito é tridimensional porque o elemento normativo supõe uma situação fática referida a valores determinados (primeira citação), isso significa que a norma é formada pela atribuição de um valor a um fato. Logo, a equação apresentada (norma = fato + valor) afigura-se correta.

⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro constituinte”. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo, v. 1, n. 2, pp. 75-83.jul./dez.2009.

postura positiva no suprimento da atuação dos demais Poderes. Celso de Mello, por sua vez, identifica o ativismo também como postura ativa, mas agrega o fato de que ela ocorre em cumprimento da Constituição. Ainda, aponta o ativismo como uma necessidade institucional.⁸⁵ (2012, p. 108-109)

Analisando-se o texto elucidado por Tassinari, diz-se que os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, mais alta Corte do país, denotam que a aceção e compreensão do ativismo vinculam-se a ideia de boa atuação do Judiciário, ou seja, o exercício de uma função que não é típica do Judiciário é uma consequência natural de sua intervenção, ou seja, é natural uma atuação por parte do Poder Judiciante para além de suas atribuições. Em outras palavras, a visão de ativismo judicial revela uma concepção de aumento de poderes do Judiciário que, conseqüentemente, comina no protagonismo judicial.

4.3 O caso das uniões homoafetivas como exemplo de mutação constitucional

Como já mencionado várias vezes, o direito precisa acompanhar a dinâmica das transformações sociais e, para tanto, são necessários métodos de contextualização da lei, fonte do Direito mais utilizada, principalmente das leis editadas há mais tempo, como é o caso da Constituição Federal de 1988. A mutação constitucional serve para os fins de contextualização, sendo que sua atuação se dá no campo semântico, isto é, transforma-se o sentido da norma, mantendo-se seu texto. De acordo com Cunha Júnior,

[...] a mutação constitucional é um processo informal de alteração de sentidos, significados e alcance dos enunciados normativos contidos no texto constitucional através de uma interpretação constitucional que se destina a adaptar, atualizar e manter a Constituição em contínua interação com sua realidade social. Com a mutação constitucional não se muda o texto, mas lhe altera o sentido à luz e por necessidade do contexto. É um fenômeno que vem se revelando necessário para a respiração das Constituições, cujos enunciados muitas vezes ficam asfixiados à espera de revisões formais que nunca vêm ou que, vindo, não atendem as demandas do texto e dos fatos. (2009, p. 257)

Dessa maneira, analisando o art. 226, § 3º, da CF, tem-se que a Carta Magna limitou a possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável somente às pessoas de sexo opostos, silenciando-se a respeito das uniões homoafetivas. De fato, essa nova maneira de pensar família, ou seja, pessoas do mesmo sexo que convivem intimamente, existe no Brasil desde a década de 80. Então, realmente, o constituinte originário foi relapso ao não albergar as uniões sob o mantra da Constituição. No tocante às relações de família e às constantes transformações, pronuncia-se 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

⁸⁵ ADIn 4277/DF/ Tribunal Pleno/Relator Ayres Britto/ Julg.:05/05/2011/ DJe Pub.: 14/10/2011

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. (2003, p. 12-13)

O interessante é que por meio do processo legislativo pudesse-se fomentar o regime jurídico das uniões homoafetivas. No entanto, sabe-se que esse processo é complexo, demorado e gravoso. Dessa forma, enquanto a lei não é editada, o Judiciário precisa suprir essa lacuna. Analisando-se a pretensão interposta no Supremo Tribunal Federal, observa-se que o julgamento tratou da apreciação conjunta da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) 4277/DF e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ. As pretensões encerram as seguintes propostas: reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, com a ampliação dos direitos conferidos aos companheiros heterossexuais nas uniões estáveis aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo e, sob os argumentos da isonomia, liberdade e dignidade da pessoa humana, que o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723, do Código Civil, fosse estendido às uniões homoafetivas.

Acompanhando o voto do Relator, Ministro Ayres Britto, por unanimidade, o Plenário do STF decidiu pela procedência das ações propostas e com efeito vinculante, dando interpretação conforme a Constituição no sentido de excluir qualquer significado do artigo 1.723, do Código Civil, que pudesse vir a impedir o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

Sendo assim, pode-se dizer que, uma vez que o art. 226, § 3º da CF não sofreu qualquer alteração em seu texto, e que, agora, para fins de consideração de entidade familiar inserem-se também as uniões homoafetivas, percebem-se mudanças de crivo semântico no conteúdo da norma constitucional. Portanto, restou comprovado que quando o Supremo Federal reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares, concedendo-lhes, ainda, regime jurídico equivalente às uniões estáveis, constatou-se a ocorrência da mutação constitucional, sendo a interpretação seu meio de efetivação, além, é claro, de restar ratificado igualmente o ativismo judicial do STF ao suprir a lacuna legislativa referente ao caso em questão.

5 Conclusão

O trabalho perpassou por vários segmentos do direito constitucional, na busca da solução da problemática que se propôs a discutir. O primeiro item tratou da questão da nova teoria constitucional e suas consequências, principalmente para o campo da hermenêutica. O Neoconstitucionalismo propiciou novas formas de se pensar o direito e os conteúdos constitucionalmente relevantes, influenciando, inclusive, nas decisões

judiciais. O segundo item teve como objetivo trazer à baila um esboço teórico acerca da mutação constitucional, traduzindo seus pontos mais importantes.

Já no terceiro item estabelece-se uma relação íntima entre a mutação constitucional, o ativismo judicial e o caso das uniões homoafetivas, concluindo-se que o STF, buscando suprir lacunas deixadas pelo constituinte originário e, levando-se em consideração que o processo legislativo, no tocante à emenda constitucional, é complexo, ampliou a compreensão acerca do que pode ser considerado como entidade familiar, inserindo neste campo as uniões homoafetivas, conferindo-lhes regime jurídico de uniões estáveis. Isto é, por meio do ativismo judicial⁸⁶, a Suprema Corte concedeu ao art. 226 da Constituição Federal uma nova interpretação, haja vista a mudança da realidade social e a nova percepção do Direito.

Há que se frisar, então, a aplicação da mutação constitucional por via da interpretação, concluindo-se que houve interpretação da interpretação, mudando-se o sentido, mas mantendo-se o texto no que se refere ao conceito de família e união estável.

Referências

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Bahia, n.17, 2009.

_____. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Bahia, n.4, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 379 p.

_____. Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito. In QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de [Coord.]. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal, Direitos Fundamentais e Casos Difíceis. *RBDC-Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 19, p.109-137, 2012.

BRASIL. *Código Civil*. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília, Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 09 set. 2013.

BRASIL. *Constituição* (1967). Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm> . Acesso em:

⁸⁶ O ativismo judicial para a Suprema Corte representa uma postura positiva no suprimento da atuação dos demais Poderes.

09 set. 2013.

BRASIL. *Constituição* (1988). Brasília, Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
Acesso em: 09 set. 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *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.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2009.

LIMA, Danilo Pereira; TASSINARI, Clarissa. O problema da inefetividade constitucional no Brasil: o Estado patrimonialista e o ativismo judicial. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n. 4, p. 98-113, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial*: Fundamentos do Direito. Tradução Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; BUNCHAFT, Maria Eugênia. Filosofia Constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. p. 37-79, 2011.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da Constituição: uma análise da experiência latinoamericana. In: VIII CONGRESSO MUNDIAL DA ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 2010, Cidade do México. *Mesa Temática 13: Novas tendências temáticas do direito constitucional na América Latina*. p.3-4.

_____. *Mutação Constitucional e Teoria da Concretização*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. p. 15-35, 2011.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Lições Preliminares do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de Paula; NOVELINO, Marcelo. [Coord.]. *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. A Incompatibilidade paradigmática entre positivismo e neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; Oliveira, Farlei Martins Riccio de Oliveira (Orgs.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 28 jun. 2012, Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>>. Acesso em 09/11/2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. Anotações sobre mutação constitucional: alteração da Constituição em modificação do texto, decisionismo e *verfassungsstaat*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais I*, p. 607-630, 2003.

TASSINARI, Clarissa. As transformações da teoria do direito contemporânea no contexto do trinômio moral-princípios-discrecionalidade. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*. v. 3, n. 3, 2010.

A função ressocializadora da medida socioeducativa de internação: estudo de caso da Comarca de Patos de Minas-MG⁸⁷

The resocialization function of socioeducative measure of internation: case study of the Patos de Minas/MG judicial district

Fernanda Sâmea Marques Pacheco

Aluna do 10º período do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: fersamea@hotmail.com

Resumo: Atualmente, em todos os setores da sociedade, os atos infracionais aumentam progressivamente, sendo vários os fatores que contribuem para essa conduta atípica. No presente estudo, analisar-se-ão os principais motivos que levam os jovens a praticarem atos análogos a crimes, bem como o que desencadeia a reincidência. Nessa senda, será averiguada a eficácia da medida de internação aplicada aos adolescentes infratores e em que grau tal medida tem contribuído para que esses jovens não reincidam na prática de atos infracionais, adotando uma postura de cidadãos de bem e percebendo que o 'crime' não compensa.

Palavras-chaves: Adolescentes em conflito com a Lei. Atos Infracionais. Medidas Socioeducativas. Ressocialização.

Abstract: Currently, in all sectors of society, infractions increase progressively, with several factors contributing to this atypical behavior. The present study will analyze up-the main reasons which lead young people to practice acts analogous to crime, as well as what triggers recurrence. In that way, it will be investigated the effectiveness of hospitalization as it is applied to juvenile offenders and to what degree such measure has contributed to these young people do not reoffend in the commission of illegal acts, adopting an attitude of good citizens and realizing that the 'crime' does not pay.

Keywords: Adolescents in conflict with the law. Infraction Acts. Socio-Educational Measures. Resocialization.

1 Introdução

Atualmente, crianças e adolescentes em conflito com a lei são matérias de destaque em meios de comunicação que circulam por todo território nacional, ante o fato de que cresce alarmantemente o número de atos infracionais cometidos por esses indivíduos.

A progressividade de atos infracionais análogos a crimes tem suas causas e estas vão desde a estrutura familiar, ao nível de escolaridade e à falta de oportunidades. Os adolescentes que cometem atos infracionais fazem parte de um

⁸⁷ Trabalho orientado pelo prof. Saulo Santos.

cenário em que ora são autores de condutas descritas como contrárias à ordem e aos bons costumes, ora são vítimas de uma sociedade egoísta, individualista e preconceituosa.

Cabe uma análise sobre a origem de erros e acertos, e quanto àqueles, buscar meios que auxiliam a repará-los, a fim de que se construa um parâmetro capaz de desenvolver jovens convictos de um futuro honesto, justo e promissor.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 confere, em seus artigos 226 a 230, tratamento especial à criança e ao adolescente, bem como a Lei nº 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, que regulamenta e confere efetividade às normas constitucionais que tratam do tema. No ordenamento jurídico brasileiro, existem decretos, tratados e convenções que auxiliam nas garantias que tanto crianças quanto adolescentes possuem, utilizando a normatização seguindo uma escalada, acompanhando a questão da infância, desde a prevenção até a repressão.

Antes do Estatuto, as medidas aplicadas aos menores infratores visavam, sobretudo, à sua proteção, tratamento e cura, como se eles fossem portadores de patologia social que tornava insustentável sua presença no convívio social, além de não serem considerados sujeitos de direitos, mas objetos de atividades policiais e das políticas sociais. Com o advento da Lei 8069/1990, a criança e o adolescente tornaram-se sujeitos de direitos, premiados pela influência internacional.

Elucida o artigo 2º da Lei nº 8.069/1990, que considera criança o indivíduo que tenha doze anos incompletos e adolescente aquele que tem a idade compreendida entre doze anos de idade completos e dezessete anos de idade incompletos.

Na seara penal, existe a cisão entre os procedimentos de apuração do ato infracional praticado por criança daquele praticado por adolescente, haja vista que, se praticado por crianças, essas serão encaminhadas ao Conselho Tutelas ou à autoridade judiciária (ECA, artigo 262), que, de imediato, aplicará uma das medidas de proteção previstas no artigo 101 do ECA, sendo vedada conduzi-la à Delegacia. No caso de cometimento por adolescente, este será submetido às medidas socioeducativas ou cumulativamente às medidas de proteção e socioeducativa.

Dentre a diversidade de princípios informadores do ECA, há alguns de suma importância que merecem ser lembrados, dentre os quais, a proteção integral, garantida no artigo 1º do diploma legal, assegurando que crianças e adolescentes são sujeitos carecedores de ampla e integral proteção; a prioridade absoluta prevista nos artigos 227, caput da CF e 4º do ECA, impõe a família, a sociedade e ao Estado o dever de garantir que os direitos tanto das crianças quanto dos adolescentes sejam efetivados, preferencialmente, com primazia em relação às demais pessoas. O artigo 6º do ECA assegura que a criança e o adolescente são sujeitos que estão em processo de formação, por isso lhes é garantida a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. Deve ser observado, no caso da prática de atos infracionais, o respeito aos princípios da excepcionalidade e da brevidade, este assegurando a razoável duração da medida privativa de liberdade e aquele se observando o caráter excepcional da aplicação desta medida, ambos respeitando o fim a que se destinam, qual seja, a ressocialização do infrator.

Para que a criança e o adolescente sejam completamente resguardados, deverão ser respeitados seus direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, quais

sejam, à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, à profissionalização e à proteção ao trabalho.

Segundo Dias, “tanto a sociedade, o Estado, a família, quanto qualquer cidadão, todos, tem o dever de prevenir qualquer violação a direitos da criança ou do adolescente” (2013, p. 364). A prevenção é um instituto previsto nos artigos 70 a 85 do ECA, que trata acerca de normas destinadas a prevenir a violação a direitos fundamentais da criança e do adolescente, conforme elucida Garcia (2013).

No que tange aos aspectos da prevenção especial, observam-se questões sobre entrada/permanência em determinados ambientes; a exibição de programas em emissoras; a venda/ locação de mídias; a proibição do comércio de revistas/publicações com conteúdo inadequado; a venda de objetos ilícitos; e assuntos sobre a autorização para viagens. Ressalta-se que todos esses elementos devem ser compatíveis e apropriados para a idade.

2 Os atos infracionais e as garantias processuais

O ato infracional trata-se de uma “conduta descrita como crime ou contravenção penal” (Artigo 103, ECA). Ou ainda, segundo Garcia (2013), é uma ação que viola normas que definem crimes ou contravenções. Para Dias, o ato infracional seria “qualquer conduta que seja tipificada como delito, seja crime ou contravenção”, frisando-se a máxima *tempus regit actum*, isto é, “o momento da conduta é que determinará a idade a ser considerada” (2013, p. 370).

A legislação materializou o princípio da legalidade ou da anterioridade da lei, previstos no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal Brasileira e artigo 1º do Código Penal Brasileiro, segundo o qual só haverá ato infracional se houver figura típica penal anteriormente prevista na lei (*nullum crimen sine lege*) (LIBERATI, 2013).

Assim, se o ato praticado por crianças e adolescentes estiver adequado ao tipo penal, então terão praticado ato descrito como crime ou contravenção penal – ou, como preferiu o Estatuto, um ato infracional. (LIBERATI, 2013). Ressalta-se que a diferença entre as nomenclaturas é quanto à aplicação da pena.

Em relação à imputabilidade em razão da idade, a legislação brasileira adota o critério puramente biológico de inimputabilidade, bastando para isso que o jovem seja menor de idade e será considerado inimputável. Data vênua, este é um preceito relativizado, visto que o artigo 27 do Código Penal Brasileiro e o artigo 228 da Constituição Federal Brasileira de 1988 prescrevem que os menores de 18(dezoito) anos são penalmente inimputáveis, mas estão sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. Dessa forma, reconhece-se que a legislação especial determinará as regras e os mecanismos de responsabilização para autores de atos infracionais com idade inferior a 18 (dezoito) anos. Logo, esses sujeitos não ficarão impunes, visto que cumprirão medidas compatíveis a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, conforme estabelece a Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

É mister ressaltar que, quando o ato infracional for cometido por criança, aplicar-se-ão as medidas de proteção previstas no artigo 101 do ECA, mas não em caráter de punição, tão somente com natureza administrativa. Em caso de adolescentes

em conflito com lei, ser-lhe-ão aplicadas as medidas socioeducativas, previstas no artigo 112 do ECA, sendo que poderão ser submetidos cumulativamente tanto às medidas de proteção quanto às medidas socioeducativas, caso encontrem-se em situação de risco. Para aplicação das medidas de proteção e/ou socioeducativas, levar-se-á em consideração o tempo do ato infracional, isto é, será observada a idade do sujeito à data da conduta, à data do fato e não a do resultado, segundo Garcia (2013).

As garantias processuais do adolescente que está em conflito com a lei estão elencadas nos artigos 110 e 111 do ECA, os quais preveem que os mesmos direitos e proteção que os adultos possuem, dentre eles o respeito ao princípio do devido processo legal, ou seja, a um processo justo, que garanta o contraditório e a ampla defesa, os adolescentes que forem autores de atos infracionais também os têm.

3 As medidas específicas de proteção

As medidas de proteção têm sua previsão legal nos artigos 98 a 102 do ECA e serão “aplicadas sempre que a criança ou o adolescente encontrar-se em situação de risco, ou ainda quando do cometimento de ato infracional.” (GARCIA, 2013, p. 934). Referidas medidas, elencadas em rol exemplificativo no artigo 101 do ECA, terão aplicabilidade sempre que direitos da criança e do adolescente forem violados ou ameaçados, quer seja por ação ou omissão da sociedade, do Estado ou dos pais ou responsáveis legais, quer seja em razão de sua conduta, segundo relata Garcia(2013).

O doutrinador Dias ressalta que tais medidas “podem ser aplicadas de forma cumulada ou isolada, além de serem cambiáveis a qualquer tempo, visando à plena (re)integração do ser em desenvolvimento ao meio social” (2013, p. 369).

Existem princípios que norteiam as medidas protetivas, pois, sendo crianças e adolescentes sujeitos de direitos, terá assegurada a responsabilidade primária e solidária do poder público, a privacidade, a intervenção mínima, a responsabilidade parental e a obrigatoriedade da informação. Em relação à proteção integral e prioritária, prevalecerá o interesse superior da criança e do adolescente, a intervenção precoce, a proporcionalidade e atualidade, a prevalência da família, a oitiva obrigatória e a participação.

Tais medidas possuem caráter educativo e se destinam a fazer com que se cumpram os direitos da criança e do adolescente que outrora estão sendo violados pelos pais, pelos responsáveis, pela sociedade ou pelo Estado. Dessa forma, os operadores da medida devem utilizar todos os recursos necessários para o restabelecimento do papel da família, da sociedade e do Estado.

4 As medidas socioeducativas

As medidas socioeducativas configuram uma resposta à prática de um delito cometido por adolescentes, previstas no artigo 112 do ECA. Apresentam um caráter predominantemente educativo e não punitivo, visto que são medidas de natureza jurídica sancionatória com a finalidade de inibir a reincidência dos mesmos e de prover a ressocialização.

Após análises da capacidade do adolescente de cumprir a medida, das circunstâncias do fato e da gravidade da infração, dispõe o artigo 146 do ECA que o Juiz da Infância e da Juventude será o responsável para proferir as sentenças socioeducativas.

Segundo Liberati, os métodos para a aplicação das medidas socioeducativas são “pedagógicos, sociais, psicológicos e psiquiátricos, visando, sobretudo, à integração do adolescente em sua própria família e na comunidade, incentivando-o a reconstruir os valores violados” (2013, p. 116).

O doutrinador Mário Volpi afirma que as medidas socioeducativas

(...) comportam aspectos de natureza coercitiva, vez que são punitivas aos infratores, e aspectos educativos, no sentido da proteção integral e oportunidade e do acesso à formação e informação, sendo que, em cada medida, esses elementos apresentam graduação, de acordo com a gravidade do delito cometido e/ou sua reiteração (2011, p. 20).

Ressalta-se que os regimes socioeducativos devem constituir-se em condição de garantia de acesso do adolescente às oportunidades de superação de sua condição de exclusão social, bem como de acesso à formação de valores positivos de participação na vida em sociedade. Entretanto, por outro lado, o adolescente autor de ato infracional deve ajustar sua conduta, por meio de movimentos de coercibilidade e de punição pelo ato ilícito praticado (LIBERATI, 2013).

A execução dessas medidas deve prever a participação da família e da comunidade. Esta contribuirá com atividades de planejamento, controle e execução das ações que serão desenvolvidas em locais apropriados. Assinala Mário Volpi que programas socioeducativos devem utilizar-se do

princípio da incompletude institucional, caracterizado pela utilização do máximo possível de serviços (saúde, educação, defesa jurídica, trabalho, profissionalização, etc.) na comunidade, responsabilizando as políticas setoriais no atendimento aos adolescentes (2011, p. 21).

4.1 Advertência

Disposta no artigo 115 do ECA, “a advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada”, é considerada “a mais branda de todas as medidas, reservada, por isso, para atos infracionais de pequena gravidade”, segundo Garcia (2013, p. 1116). Significa admoestação, aviso, repreensão, observação, ato de advertir, representando uma modalidade de sanção aplicada a quem praticou infração penal, visando sua reintegração sociofamiliar.

Para que essa medida seja aplicada, basta, para a sua incidência, prova da materialidade e indícios suficientes de autoria (artigo 114, parágrafo único, do ECA), ressaltando-se que será recomendada para adolescentes que não tem histórico criminal e para os atos infracionais considerados leves, quanto à sua natureza ou consequências.

4.2 Obrigação de reparar o dano

Considerada a modalidade mais adequada para os atos infracionais praticados contra o patrimônio, poderá a autoridade determinar que o dano causado ao patrimônio seja reparado, de modo que o adolescente tenha que restituir a coisa, promover o ressarcimento do dano ou compense o prejuízo causado à vítima.

Essa reparação, segundo Chaves, visa criar no adolescente a consciência efetiva de seus atos.

Porém, o interesse precípua não é reparar o dano das partes, mais sim medida que visa despertar as consequências do ilícito praticado funcionando como uma das fases do processo reeducativo. Ainda, fará com que seus pais ou responsáveis, exerçam maior vigilância sobre os passos do menor (CHAVES, 1997, p. 518).

O propósito da referida medida é fazer com que o adolescente autor de ato infracional se sinta responsável pelo ato que cometeu e intensifique os cuidados necessários para não causar prejuízo a outrem. Dessa forma, a medida tem caráter personalíssimo e intransferível, devendo o adolescente ser o responsável exclusivo pela reparação do dano, mesmo que os artigos 3º, 4º, 180, 186 e 932 do Código Civil Brasileiro façam outra exegese concernente à obrigação de reparar o dano, responsabilizando, para tanto, pais, responsáveis, curadores ou tutores. O Estatuto deixa claro que o objetivo dessa medida é a retribuição pessoal, de caráter punitivo e, ao mesmo tempo, educativo ao adolescente que praticou ilícito penal.

4.3 Prestação de serviços à comunidade

A prestação de serviço à comunidade, prevista no artigo 117 do ECA, consiste na realização de tarefas gratuitas, de interesse geral da população, desempenhadas em entidades conveniadas com a Vara de Infância e Juventude, tais como entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, por período não superior a seis meses, em jornada semanal inferior a oito horas, em qualquer dia da semana, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho. As tarefas serão desenvolvidas por cada jovem conforme suas aptidões, que serão analisadas por um grupo de assistentes da própria prefeitura local.

Ressalta-se que a aplicação dessa medida depende de prévia e expressa anuência do adolescente e seus pais ou responsáveis, visto que se for contra a vontade do adolescente representará trabalho forçado, modalidade proibida no ordenamento jurídico.

Essa medida possui natureza sancionatório-punitivo, comunitário e educativo, constituindo uma medida de excelência tanto para o jovem infrator quanto para a comunidade, visto que esta poderá responsabilizar-se pelo desenvolvimento integral do adolescente e para este valerá como experiência de vida comunitária, de aprendizado de valores e compromissos sociais.

4.4 Liberdade assistida

Prevista no artigo 118 do ECA, é considerada a mais rígida de todas as medidas socioeducativas em meio aberto, tem por finalidade o acompanhamento, auxílio ou orientação do adolescente, sendo estabelecida por um prazo mínimo de 6 (seis) meses, podendo ser prorrogada ou substituída a qualquer tempo, segundo Dias (2013).

O encargo da execução é pessoal, e poderá cada entidade ter os seus próprios orientadores, sendo que a autoridade judiciária poderá, a qualquer tempo, indicar alguém de sua confiança para que exerça o cargo de orientador.

Ocorre a concretização da medida pelo acompanhamento do infrator em suas atividades sociais (escola, família, trabalho). O doutrinador Mário Volpi, lembra que a intervenção educativa da medida

(...) se manifesta no acompanhamento personalizado, garantindo-se os aspectos de proteção, inserção comunitária, cotidiano, manutenção de vínculos familiares, frequência à escola, inserção no mercado de trabalho e/ou cursos profissionalizantes e formativos (2011, p. 24).

Essa medida em questão, quando cumprida, ainda que a falta tenha sido grave, não poderá ser cumulada com outra medida de internação, ocorrendo-se a extinção com o trânsito em julgado.

4.5 Inserção em regime de semiliberdade

A semiliberdade, prevista no artigo 120 do ECA, é uma espécie de medida socioeducativa privativa de liberdade, situando-se entre a internação e as medidas em meio aberto. A inserção nesta medida permite ao adolescente a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.

A inserção em regime de semiliberdade pode ser aplicada como medida originária ou como medida em conversão, para possibilitar o retorno do menor ao meio social, não podendo ser aplicada por tempo determinado e tendo como requisitos a frequência à escola e ao sistema profissionalizante (DIAS, 2013, p. 370).

Esse regime será aplicado em duas hipóteses. A primeira quando o adolescente que praticou o ato grave e que foi punido em regime de internação deixa de ser considerado por especialistas um perigo para à sociedade e volta a se integrar à mesma. A segunda hipótese ocorrerá quando o adolescente infrator, apesar de ter praticado um ato consideravelmente grave, não representa um perigo para a sociedade. Vale frisar que esse tipo de análise é complexo, devendo-se fazer a oitiva dos pais do adolescente, das vítimas, do próprio adolescente que cometeu o ato ilícito, além de ser necessário realizar estudos sociais.

Ressalta-se que a convivência do adolescente fora de seu local de internação deverá ser monitorada pela mesma equipe multidisciplinar que o faz no seu cumprimento como interno.

Na comarca de Patos de Minas/MG, segundo informações do Diretor Geral do Centro de Internação Provisória, Sr. José Pinto, não há aplicação desta medida, sendo Belo Horizonte/MG a comarca mais próxima em que há tal aplicação. O diretor ressaltou que, para seu cumprimento, deverá existir uma residência que acomode no máximo 15 (quinze) adolescentes, onde estes dormirão no local e realizarão trabalho externo durante o dia, sendo que, em caso de bom comportamento, o adolescente poderá ir aos finais de semana para sua residência (documento formal) ⁸⁸.

4.6 Internação em estabelecimento educacional

A medida protetiva de internação está elucidada no artigo 121 do ECA, considerada como sendo a mais severa de todas as demais, visto que constitui modalidade de privação de liberdade, assemelhando-se a prisão impostas a adultos que infringem as regras sociais, ocasionando a perda de um de seus bens mais preciosos: a liberdade, seu direito de ir e vir.

O Estatuto da Criança e do Adolescente condiciona a aplicação desta medida aos princípios da brevidade, do respeito à condição peculiar de pessoas em desenvolvimento e da excepcionalidade. O primeiro reza para que a medida aplicada seja mais célere possível, perdurando somente enquanto durar a necessidade de readaptação do adolescente. O segundo visa manter as condições gerais para o desenvolvimento do adolescente, como, por exemplo, garantindo o ensino e a profissionalização. O último princípio considera esta medida como a última *ratio* do direito do adolescente, devendo ser aplicada depois de todas as demais medidas terem sido ineficazes.

A execução desta medida não comporta prazo determinado, sendo necessária a reavaliação da situação do menor a cada seis meses, respeitando o limite máximo de três anos, consistindo isso não uma mera faculdade do magistrado ou do órgão que aplica a medida, mas um direito atribuído ao adolescente. Ressalta-se que, extrapolado esse prazo, o adolescente será colocado em regime de liberdade assistida ou de semiliberdade, ou ainda poderá ser liberado. Vale lembrar que a liberação compulsória ocorre aos 21 anos de idade, mesmo em razão da redução da maioridade civil.

Existem hipóteses amplamente discutidas no ECA, como por exemplo o artigo 122, em que a internação poderá ser aplicada, o inciso I dará aplicabilidade à medida quando tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, por exemplo, roubo, latrocínio, homicídio, estupro, dentre outros; já o inciso II será aplicado no caso de retorno à prática de ato infracional grave; e o inciso III incidirá nos casos de desobediência de medida anteriormente aplicada, sendo esta limitada por um período de três meses.

O doutrinador Garcia reforça que o cumprimento da medida “deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração” (2013, p. 939-940). O parágrafo único do artigo 123 do

⁸⁸PINTO, José. Centro de Internação Provisória, Patos de Minas/MG, 13 de novembro de 2013. Entrevista.

ECA garante ao interno que, “durante o período de internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas”, visando a proteção do adolescente frente a “Escola do Crime”, onde o contato de adolescente de alto risco com os de menor risco ou de internos provisórios, por descumprimento de medida imposta anteriormente ou mesmo por outros motivos, faça com que, ao invés de ressocializar, de educar os adolescentes ali existentes, tenha por escopo o mau aprendizado, o compartilhamento de malfeitos, dentre outros. No caso de separação por idade, por exemplo, o intuito é de que vise a melhor aplicação de atividades pedagógicas condizentes com idade do adolescente.

Segundo Dias (2013), a medida de internação deverá ser cumprida em entidade própria, sendo obrigatória a realização de atividades de cunho pedagógico. Frisa-se que é vedada a incomunicabilidade, entretanto é possível a determinação de suspensão temporária, pela autoridade judiciária, de visitas, seja dos pais ou responsável, caso haja motivos sérios e fundados que tornem esta prejudicial aos interesses do adolescente.

O artigo 124 do ECA e o artigo 49 da Lei nº 12.594/12 contemplam direitos ao adolescente que se acha privado de sua liberdade, em que o Estado terá o dever de zelar pela integridade física e mental dos internos, cabendo adotar medidas de contenção e segurança.

Atualmente, a medida socioeducativa de internação não objetiva a ‘cura’ do infrator, ela terá eficácia se for um meio para conduzir o adolescente ao convívio da sociedade, nunca um fim em si mesma. Disso decorre que a internação deve ser cumprida em estabelecimentos próprios, bem como estes devem ser direcionados por profissionais especializados nas áreas pedagógica e psicológica.

A falta de critérios para o desenvolvimento dessa medida deriva de reações plausivelmente esperadas, como aquelas exemplificadas pelas rebeliões em estabelecimentos de custódia de menores em várias localidades brasileiras, como mostram os meios de comunicação nacional. As internações nesses locais, por mais que bem aplicadas pelos magistrados, são cumpridas dentro de um modelo antigo, inadequado, impróprio, onde são desenvolvidos programas que não se preocupam com a integração do jovem em sua família e em sua comunidade, tão somente os tratam como indivíduos portadores de patologia social.

5 Agentes motivacionais de reincidência de atos infracionais

Os agentes que poderão motivar uma criança e/ou um adolescente a cometerem ou a reincidirem no cometimento de atos infracionais são intrínsecos e extrínsecos.

Partindo-se da análise das causas, das origens, do núcleo familiar, das condições socioeconômicas, do sistema educacional, dentre outros, é possível visualizar que alguns dos fatos que contribuem para que crianças e adolescentes se envolvam em uma vida de ‘crimes’ têm três motivos principais, segundo os diversos meios de comunicação, quais sejam: família desestruturada, baixo nível de escolaridade e falta de oportunidades e perspectivas de trabalho digno, com remuneração adequada.

No âmbito da psicanálise, observa-se que a formação da personalidade do indivíduo ocorre através de um processo gradual, complexo e único, o qual se desenvolve através de instintos e hábitos do cotidiano, que, passados durante acontecimentos da infância, acabam por influenciarem na transformação de sua personalidade. Ademais, a antropologia relata que o grupo em que o indivíduo vive também é capaz de reprimir ou de alterar sua personalidade.

O menor, juridicamente entendido como hipossuficiente, com absoluta incapacidade ou capacidade relativa e, portanto, vulnerável, está mais propenso a situações de risco do que os adultos, motivo pelo qual se faz importante o apoio biopsicossocial exercido pela família. O processo de integração do ser humano no 'universo' social passa primeiramente pela família, onde a criança criará um vínculo de interação, aprendendo a conviver, crescer e introjetar valores que futuramente refletirão na sua adaptação com o meio, ocasião em que construirá a base para a exploração do mundo à sua volta.

A qualidade do relacionamento familiar poderá influenciar nas escolhas dos jovens, que, por sua vez, influirão em seu futuro. Quando, por exemplo, há ausência da figura paterna ou materna ou do responsável legal, seja por morte ou por falta de tempo destes, seja para ensinar, seja para dialogar, os jovens poderão se tornar alvos fáceis da criminalidade.

Durante o desenvolvimento da maturidade, os jovens poderão ser influenciados por 'colegas', quando aprenderão com estes 'coisas' das quais não tiveram orientação em casa para não se envolverem. A questão é que a inexperiência e a juventude expostas a situações perigosas e criminosas podem levá-los a participar de gangues, usar ou traficar drogas e bebidas, dentre outros, haja vista que o discernimento de um jovem não é completamente desenvolvido como o de um adulto. Ressalta-se também que o descontentamento dos jovens dentro dos lares com os próprios pais e irmãos por viverem num ambiente hostil, em meio à violência, a desentendimentos, a agressões físicas e/ou verbais, contribuem para que cresçam num clima de pura revolta, diante da ansiedade por uma vida melhor.

Outro fator que faz com que jovens optem pela vida criminal é a convivência com a criminalidade, por viverem em locais em que o crime e a violência são habituais, por exemplo, uma criança que cresce em uma localidade perigosa onde tiroteios e crimes domésticos são uma ocorrência diária, acabará por ver essa situação como natural.

A desigualdade social, antes mesmo da pobreza e da miséria, também é um fator que está diretamente associado ao fenômeno do ato infracional juvenil. A exclusão social, bem como o preconceito ante as famílias de baixa renda. Os próprios meios de comunicação divulgam em seus noticiários casos de envolvimento de jovens ricos e de pobres em um mesmo tipo legal, explicando nas manchetes que rico é jovem, pobre é bandido; aquele é apenas uma criança que fez coisa errada, este é um monstro que deve ser encarcerado'. É impressionante como a sociedade encara o tema, com uma diferenciação claramente causada pela origem social.

Para dirimir o cometimento de atos infracionais, fazem-se necessários investimentos em educação e profissionalização de jovens em situação de risco, visto que, em sua grande maioria, são analfabetos ou não concluíram seus estudos. Logo,

oportunidades de estudo e trabalho são alguns dos métodos para livrarem ou reduzirem a prática os atos infracionais.

Vale, pois, questionar: será que “Se eles tivessem nascido em outro lar, se tivessem tido mais atenção, se tivessem sido mais aceitos, será que eles seriam diferentes?” (documento informal)⁸⁹. Ou seja, se esses jovens problemáticos tivessem nascido e crescido em meio a uma família estruturada e estável, ladeados de atenção, carinho e disciplina, teriam tomado decisões diferentes, e, por conseguinte, teriam um futuro mais estável?

A Bíblia Sagrada diz no livro de Provérbios 22:6 “Ensina a criança o caminho que deve andar e ainda quando for velho, não se desviará dele” (BÍBLIA SAGRADA, 2009, p. 600). Também ressalta em Efésios 6:1-3 “Filhos, obedçam a seus pais no Senhor, pois isso é justo. ‘Honra teu pai e tua mãe’ - este é o primeiro mandamento com promessa – para que tudo te corra bem e tenhas longa vida sobre a terra” (BÍBLIA SAGRADA, 2009, p. 1193). Portanto, é notório que uma família bem estruturada, não necessariamente no aspecto financeiro, mas nas relações interpessoais entre os familiares, em que há reciprocidade de respeito, compromisso, comprometimento, amor, carinho, disciplina e limites, desenvolverá um indivíduo de caráter ilibado, que almejará seu futuro pautando-se em metas que contribuirão para seu sucesso em todas as áreas de sua vida.

Há de se ressaltar que pais que protegem seus filhos exacerbadamente também poderão atrapalhar o crescimento e o desenvolvimento destes, relata Josué Gonçalves, “filhos superprotegidos amanhã serão adultos fracassados, porque há pessoas que não nos ajudam a crescer, só atrapalham; porque o mundo não é um parque de diversões, é cheio de armadilhas, prepare seus filhos para a guerra” (documento informal)⁹⁰.

6 Aplicabilidades da medida socioeducativa de internação na comarca de Patos de Minas/MG

6.1 Análises de dados da Polícia Civil

Em Patos de Minas/MG, existe o 10º Departamento de Polícia Civil de Minas Gerais, a 1ª Delegacia Regional de Polícia Civil, e, inserida nesta, a Delegacia Adjunta de Menores, situada na Rua Carajás, nº 461, bairro Alto Caiçaras, especializada em investigar atos infracionais praticados por adolescentes infratores desta comarca, cuja direção é da Delegada de Polícia Dra. Tatiana Carvalho Paiva.

Os dados de pesquisa foram coletados do Livro de Registro de Ocorrências Policiais da Delegacia Adjunta de Menores, registrados pela Escrivã de Polícia Márcia Gorete Ferreira, também responsável pelo andamento das investigações policiais que envolvem menores.

⁸⁹ INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. *Nascidos para matar*. EUA: Investigação Discovery, 05 de outubro de 2013. Programa de TV.

⁹⁰ Sete decisões que os pais devem tomar com os seus filhos. *Família debaixo da graça*. São Paulo: Amo Família, 03 de novembro de 2013. Programa de TV.

Com base nos registros, foi possível constatar um crescente aumento em ocorrências policiais envolvendo crianças e adolescentes, do ano de 2012 ao mês de outubro de 2013, demonstrando a ineficiência generalizada tanto por parte dos pais ou responsáveis legais, quanto da sociedade e do poder público.

Cabe ressaltar que as ocorrências que envolvem crianças não são alvo de nenhum procedimento policial/judicial, de acordo com a lei, sendo passíveis apenas de intervenções do Conselho Tutelar, por meio da aplicação de medidas de proteção, contrário das que envolvem adolescentes, que, ao final das investigações, poderão ter aplicadas as medidas socioeducativas.

Na Delegacia, existem três tipos de procedimentos, quais sejam, BOC (Boletim de Ocorrência Circunstanciado), AAFAI (Auto de Apreensão em Flagrante por Ato Infracional) e PAAI (Procedimento de Apuração de Ato Infracional). Esses procedimentos se diferenciam entre si quando da análise da capacidade do adolescente de cumpri-la, das circunstâncias e da gravidade da infração. O BOC dá ensejo ao procedimento lavrado para casos da prática de atos infracionais análogos a crimes de menor potencial ofensivo, o qual é encaminhado para o Juizado da Infância e Juventude. Já o AAFAI e o PAAI são procedimentos lavrados para os casos em que há a prática de atos infracionais análogos a crimes de maior gravidade.

Os atos infracionais análogos aos crimes de menor potencial ofensivo mais praticados pelos adolescentes em conflito com a lei são o porte de drogas para consumo próprio, ameaça, dano, lesão corporal, furto, perturbação do sossego, vias de fato/agressão, desacato, apropriação indébita, resistência, posse de munição, receptação e violação de domicílio, em sua maioria, cometidos pelo envolvimento dos adolescentes com as drogas.

Já os atos infracionais análogos a crimes de maior gravidade praticados pelos adolescentes são homicídio, tentativa de homicídio, disparo de arma de fogo, porte/posse de arma de fogo, roubo e associação ao tráfico de drogas.

Conforme dados do livro de registros, houve, no ano de 2012, o registro de 400 (quatrocentos) BOC's e 44 (quarenta e quatro) AAFAI e PAAI. Já até a primeira quinzena do mês de outubro do ano de 2013 houve o registro de 490 (quatrocentos e noventa) BOC's e 51 (cinquenta e um) AAFAI e PAAI (documento informal)⁹¹.

Um fato preocupante para o poder público é que, no ano de 2012, ocorreram as seguintes apreensões de adolescentes em crimes mais graves: 14 (quatorze) por tentativas de homicídio; 14 (quatorze) por roubo; 08 (oito) por associação ao tráfico de drogas; 05 (cinco) sendo 02 (dois) por homicídio simples e 03 (três) por qualificado; 01 (um) por furto; 01 (um) por porte de arma de fogo; 01 (um) por posse de arma de fogo; 01 (um) por disparo de arma de fogo (documento informal).⁹² Até a primeira quinzena do mês de outubro de 2013, houve a apreensão de 16 (dezesesseis) por tentativas de homicídio; 11 (onze) por roubo; 11 (onze) por associação ao tráfico de drogas; 04 (quatro) sendo 03 (dois) por homicídio simples e 01 (um) por qualificado; 02 (dois) por receptação; 02 (um) por extorsão; 01 (um) por lesão corporal seguida de morte; 01 (um)

⁹¹ LIVRO DE REGISTROS POLICIAIS. *Registros Policiais*. Patos de Minas: Delegacia Adjunta de Menores, 01 de novembro de 2013. Livro de Registro de Ocorrências Policiais.

⁹² Idem nota nº 91.

por porte de arma de fogo; 01 (um) por disparo de arma de fogo (documento informal)⁹³.

Nota-se que esses adolescentes apresentam condutas desajustadas, em sua grande maioria, pela falta de estrutura familiar, sendo membros de famílias carentes, de baixa renda, com alto índice de analfabetismo, com escolaridade incompleta, com ausência dos pais ou de um destes e escassez de atenção, carinho e disciplina, vítimas privadas dos direitos que lhes são assegurados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, além de serem alvos de criminosos inescrupulosos que oferecem a esses jovens uma “vida fácil (drogas, dinheiro, dentre outros)” em troca de “prestações de serviços (roubos, furtos, latrocínios, homicídios, dentre outros)” para alcançarem seus objetivos escusos.

Ainda, segundo informações da Delegacia especializada, os menores que praticam atos infracionais, reiteradamente, voltam a cometer o mesmo ou outros delitos, no caso dos adolescentes privados de liberdade, especificadamente aqueles submetidos à medida de internação, demonstrando que o índice de reincidência em atos infracionais análogos a crimes é demasiadamente grande. Cabe, então, questionar: a internação tem sido um meio eficaz para ressocializar os adolescentes?

6.2 Análises com base em dados do Centro de Internação Provisória

O Centro de Internação Provisória de Patos de Minas/MG (CEIPPM), situado na Rua Vereador Doutor Joseph Borges de Queiroz, nº1000, bairro Residencial Gramado, foi implantado no mês de agosto do ano de 2011. É uma instituição que tem por função precípua atender os ditames do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e da Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, a qual instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), responsável pela regulamentação da execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescentes que praticam atos infracionais, buscando retirá-los da marginalidade e das drogas e reinseri-los no seio da sociedade.

O SINASE surgiu como uma estratégia para reverter a crescente tendência de internação dos adolescentes, bem como confrontar a sua eficácia invertida, uma vez que se tem constatado que a elevação do rigor das medidas não tem melhorado substancialmente a inclusão social dos egressos do sistema socioeducativo. Trata-se de um sistema coordenado pela União e integrado pelos sistemas estadual, distrital e municipal, responsáveis pela implementação dos seus respectivos programas de atendimento ao adolescente ao qual será aplicada medida socioeducativa.

A análise em apreço será feita apenas nos processos na esfera municipal, avaliando, especificadamente, os resultados desta aplicabilidade de gestão no Centro de Internação Provisória de Patos de Minas/MG, cuja gestão administrativa é de responsabilidade da Subsecretaria de Atendimento às Medidas Socioeducativas (SUASE), órgão subordinado à Secretaria de Estado de Defesa Social/Minas Gerais, unidade física, onde são realizados procedimentos organizacionais e de funcionamento, subsidiando o cumprimento das medidas socioeducativas, ou seja, são responsáveis pelo funcionamento do programa de atendimento.

⁹³ Idem nota nº 91.

A fonte utilizada no estudo do caso em questão foi uma entrevista, realizada com o Diretor-Geral do Centro de Internação Provisória de Patos de Minas, Sr. José Pinto (documento informal),⁹⁴ bem como com o Diretor de Segurança da organização, Sr. Amarildo Teodoro da Fonseca (documento informal),⁹⁵ por meio de gravação em áudio realizada nas dependências do Centro de Internação, em que foram discutidos os pontos centrais da temática, contendo respostas concisas e satisfatórias do ponto de vista dos entrevistados.

O jovem, após ter cometido algum delito, é apreendido e encaminhado à instituição. Esta fará o possível para reintegrá-lo ao convívio social, visto que tem como objetivo primordial a ressocialização dos adolescentes, utilizando-se para tanto uma rede, composta por profissionais regidos pelo Estatuto do Estado, tais como defensores, professores, psicólogos, psicopedagogos, além de Agentes Socioeducativos e profissionais do CREAS (Centro de Referência Especializado em Assistência Social), órgão da Prefeitura Municipal de Patos de Minas/MG.

No que tange ao processo de formação de todos os envolvidos no atendimento ao jovem assistido nas unidades de ressocialização, é fornecido um curso de formação continuada na Escola de Formação de Agentes Prisionais e Socioeducativos. Todos os profissionais são capacitados em Belo Horizonte e na própria unidade, onde são passadas todas as metodologias a serem utilizadas, uma vez que os adolescentes, antes de serem considerados criminosos, são, na verdade, vítimas da desídia da família, da sociedade e de órgãos governamentais, devendo, portanto, serem tratados com respeito e amparados pela lei.

A gestão de processos da unidade de internação tem como *input* o adolescente infrator que inicia o cumprimento de sua medida socioeducativa ainda influenciado pela marginalidade que o levou a se tornar um indivíduo em conflito com a lei. No que se refere ao *output*, o menor termina o cumprimento de sua medida apto a retornar para a convivência social.

O Centro de Internação Provisória de Patos de Minas conta com uma equipe multidisciplinar que possibilita o atendimento necessário a ressocialização do jovem infrator, com intuito de reinseri-lo no convívio com a família e com a sociedade, haja vista que tem como objetivo o auxílio e a capacitação do jovem que ingressa na instituição para uma nova condição de vida, dando sustentação para o convívio saudável com a família e com a sociedade, reintegrando o mesmo, dando-lhe novas oportunidades e, assim, diminuindo o índice de criminalidade de menores nas áreas trabalhadas.

Dentre as diretrizes adotadas pela instituição, destaca-se que o adolescente deve ser socializado antes de punido; adota-se um projeto político pedagógico, quais sejam, as ações a serem cumpridas durante um ano, avaliada a cada um ano; a participação do adolescente no processo de ressocialização; o respeito a singularidade do adolescente (crenças, costumes, opções sexuais, entre outros); compreensão e reconhecimento de

⁹⁴ PINTO, José. *Centro de Internação Provisória*. Patos de Minas/MG, 05 de outubro de 2013. Entrevista (0h18min28seg).

⁹⁵ FONSECA, Amarildo Teodoro da. *Centro de Internação Provisória*. Patos de Minas/MG, 05 de outubro de 2013. Entrevista (0h03min30seg).

respeito; diretividade do processo socioeducativo, ou seja, ter objetivo; disciplina para realizar o processo de ressocialização, visto que a falta de regras é o que leva à prática de delitos por parte do infrator; a dinâmica institucional com horizontalidade de informações e saberes; organização espacial e funcional das unidades de atendimento; garantia de desenvolvimento psicossocial do adolescente respeitando as diferenças; participação da família e da comunidade, como corresponsáveis pela evolução do projeto.

Os procedimentos da instituição seguem uma regra. Primeiro há a recepção do jovem infrator; depois o atendimento pela equipe de especialistas; posteriormente o envolvimento do adolescente em todo o processo de ressocialização; e, por último, o respeito quanto ao período máximo de permanência do jovem no Centro de Internação Provisória de Patos de Minas, que é de 45 (quarenta e cinco) dias.

Ressalta-se que, em qualquer programa/projeto, é de suma importância que se avalie e alinhe os resultados a cada etapa para que possa evitar um gargalo ou um entrave em qualquer ponto de aplicação. Segundo informações dos entrevistados, pelo tempo de vigência, aproximadamente 2 (dois) anos, os resultados apresentados pela instituição estão sendo positivos no Programa de Ressocialização implantado no Centro de Internação Provisória de Patos de Minas, mediante as diretrizes que são formuladas a cada ano, permitindo, assim, ajustes e adequações do Projeto Político Pedagógico implantado, observando-se pontos positivos e negativos para que, caso seja necessário, façam-se as mudanças necessárias e não comprometa todo o trabalho.

Salienta-se que lidar com jovens infratores e redirecioná-los para um novo caminho, respeitando todas as diferenças, as singularidades e ao mesmo tempo fazendo com que mantenham a disciplina, é uma tarefa árdua e que denota um resultado difícil de ser alcançado. Um ponto importante para o desenvolvimento positivo desse processo e eficiência dos procedimentos é a participação efetiva desse jovem, para o alcance dos objetivos, envolvendo-o em todo o processo, e ainda contando com a participação da família e da comunidade.

Os resultados apresentados, segundo relatos dos entrevistados, demonstraram que houve uma considerável redução da criminalidade, destacando que os projetos desenvolvidos pela instituição, outrora bem elaborados e executados da melhor forma possível, estão sendo eficazes e trazendo benefícios a todos que dependem desse tipo de atendimento.

7 Possibilidade de ressocialização?

Após análises, teóricas e práticas, é possível perceber os inúmeros desafios que poderão interferir durante o processo de ressocialização dos jovens privados de liberdade ou egressos da medida socioeducativa de internação. É perceptível que os obstáculos iniciam-se antes mesmo da sanção judicial, tendo em vista as diversas vulnerabilidades à que estão expostos, tais como a falta de estrutura familiar, o baixo nível de escolaridade, a ausência de submissão a uma autoridade familiar, a condição socioeconômica precária, o uso de drogas, o envolvimento em gangues, dentre outros.

O ideal de ressocialização, resguardado nos textos do ECA, do SINASE e de Leis internacionais, visa à promoção do desenvolvimento saudável, a garantia de

direitos e a mudança da conduta dos jovens, entretanto este ideal parece conter sérias limitações, fragilidades e lacunas, que necessitam de implantação de políticas públicas para surtirem o efeito esperado.

O fenômeno da ressocialização surge quando o desenvolvimento psicossocial do jovem se tornou socialmente desfavorável. Entretanto, para que haja contribuições favoráveis na sanção judicial privativa de liberdade, há necessidade de investimentos e melhoramentos na medida.

Diante dos dados fornecidos pela Delegacia Adjunta de Menores e do Centro de Internação Provisória, ambos os órgãos situados na cidade de Patos de Minas/MG, constata-se que o índice de criminalidade na cidade cresce alarmantemente, fruto de descaso do poder público, bem como de toda a sociedade.

As pessoas clamam por mudanças e justiça frente aos atos infracionais cometidos por adolescentes, todavia agem com atitudes insensatas e imaturas, exigindo punições severas, esquecendo-se de que antes de tudo devem prevenir e ensinar os jovens os métodos corretos para que não se envolvam no mundo da criminalidade.

Privar a liberdade dos jovens frente ao cometimento de atos contrários à legislação permite, por um lado, a manutenção de sua integridade física, por outro, gera danos psicossociais, os quais se pretendiam erradicar, quais sejam, a exclusão, a marginalização, a estigmatização. Logo, muitas das vezes, a ressocialização acaba sendo mais um dos mecanismos que reforça, reproduz ou mesmo expande a exclusão social.

Dados recentes dos Centros de Internação Provisória de Patos de Minas demonstram que a quantidade de internos supera a quantidade de vagas existentes, pois existem 28 (vinte e oito) internos e há disponíveis apenas 5 (cinco) alojamentos com 4 (quatro) vagas cada um, isto é, comporta um total de 20 (vinte) internos. Desses 28 (vinte e oito) internos, 20 (vinte) estão cumprindo medida de internação definitiva, os demais são internos provisórios. Frisa-se que, durante todos os dias, vagas são solicitadas nestas e em outras unidades, mas por causa da superlotação essas vagas são liberadas somente em casos mais graves. Outro fator que merece atenção é que existem jovens internados nesta unidade que residem em comarcas distantes, portanto não mantêm contato com familiares e amigos (documento informal)⁹⁶.

Para auxiliar na ressocialização dos jovens, a instituição fornece aulas de violão, computação, artesanato, estudos, além de possuir local para a prática de esportes, o que ajuda a contribuir na reinserção social (documento informal)⁹⁷. Todavia, o contingente de internos, que é maior do que o suportado, bem como a ausência de contato com a família, dentre outros fatores, podem atrapalhar esse processo.

Em todo o Estado de Minas Gerais existem 32 (trinta e dois) Centros de Internação, com cumprimento de medidas definitivas e provisórias, sendo que, desses, apenas um, situado em Belo Horizonte/MG, acolhe adolescentes do sexo feminino.

⁹⁶ PINTO, José. *Centro de Internação Provisória*. Patos de Minas/MG, 06 de novembro de 2013. Entrevista.

⁹⁷ Idem nota nº 96.

Segundo Sr. José, 80% dos internos de Patos de Minas são criados pelos avós e 20% são criados ou pelo pai ou pela mãe, e, quando da ausência da figura de um destes, geralmente a causa é abandono, ou, quando do convívio com um destes, comumente são pais alcólatras ou drogados (documento informal)⁹⁸.

O índice de reincidência em Patos de Minas é de aproximadamente 20%, sendo que os profissionais alegam que cumprem sua parte com o programa, no entanto, na maioria das vezes, o fato gerador desta advém dos próprios familiares e da sociedade, aqueles porque não fortalecem a base familiar e não apoiam ou influenciam mudanças e esta porque trata o jovem com desprezo e não oferece oportunidades de uma nova vida (documento informal)⁹⁹.

Em Patos de Minas/MG, existe o PROERD - Programa de Erradicação do Uso de Drogas - uma ação conjunta entre as Polícias Militares, Escolas e Famílias, desenvolvido nas Escolas Públicas e Particulares, voltada para a educação infantil (ProerdKids) e para adultos (pais, avós, tios, etc.), levando conhecimento sobre o problema das drogas às pessoas, para prevenção daqueles que detêm responsabilidade para com o público jovem, identificando o problema no seu início e de forma menos traumática, conversando com o jovem e lidando com essa questão da maneira mais positiva possível. Segundo informações do 2º Tenente da Polícia Militar, Sr. Pedro Henrique Batista Tafuri, o programa está sendo satisfatório e auxilia jovens e famílias a se afastarem da criminalidade (documento livre)¹⁰⁰. Existem projetos como “Cinema na Escola”, também desenvolvido pela Polícia Militar, que auxilia o relacionamento entre alunos, professores e a comunidade em geral.

Aos 24 dias do mês de setembro do ano de 2012, foi implantada, em Patos de Minas, a Associação Vem Ser de Proteção e Assistência ao Adolescente, com sede no CEIPPM e com atividades concentradas na Rua Doutor Marcolino, nº 405, Centro, com o objetivo de buscar a reeducação e reinserção social dos jovens que se encontram à margem da sociedade. A associação, segundo informações da Presidente, Sra. Simone Maria Guimarães e Silva, e do Psicólogo, Dr. Willian Chistie Lemos Lima, tem parceria com 9 (nove) escolas públicas estaduais e municipais, totalizando 528 crianças e adolescentes, além de familiares. Os jovens são encaminhados à associação através das escolas, do Conselho Tutelar, do CEIP, da Vara de Infância e Juventude ou mesmo por demanda espontânea. Nesta associação, são prestados serviços de assistência social e psicológica para crianças e adolescentes em situação de risco social, além de serem oferecidas atividades como reforço escolar, aulas de dança, jiu jitsu, violão, balé, karatê, bijuteria, curso de modelo, maquiagem, etiqueta social, dentre outras. Destaca-se que os trabalhos da ONG têm contribuído para a formação física, psicológica, cultural e moral do adolescente que necessita do tratamento, respeitando a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Para tanto são realizados dinâmicas em grupo e individual, debates, palestras e filmes. Para evitar a reiteração na prática de atos infracionais, a associação promove campanhas educativas preventivas, além de dar assistência ao adolescente e a sua família durante e após o cumprimento de medidas

⁹⁸ Idem nota nº 96.

⁹⁹ Idem nota nº 96.

¹⁰⁰ PROERD. *NTV News*. Patos de Minas/MG: NTV, 06 de novembro de 2013. Programa de tv.

socioeducativas, no sentido de reestruturar, preservar e fortalecer os vínculos familiares (documento informal)¹⁰¹.

No dia 07 de novembro de 2013, a associação lançou a 3ª etapa do Projeto “Manhãs de Convivência”, nas dependências do SEST-SENAT, desta cidade, onde pôde desenvolver orientações acerca da valorização da família e de hábitos saudáveis, além da prática de atividades esportivas e culturais, dinâmicas e palestras (documento informal)¹⁰².

O CRAS (Centro de Referência de Assistência Social), com unidades de atendimento situadas em vários bairros da cidade, tem como objetivo principal atender famílias residentes em áreas com índices de vulnerabilidade e risco social, através da prestação de serviços e programas sócio assistenciais de proteção social básica. O programa, com o apoio de entidades e empresas, dentre elas, SENAI, SESTSENAT, dentre outras, oferece cursos de teatro, informática, capoeira, pintura, bordado, xadrez, trançado em fitas, reciclagem, pintura em tecidos, entre outros (documento informal)¹⁰³.

O CREAS (Centro de Referência Especializado em Assistência Social), situado na Rua Dona Luiza, nº 840, bairro Lagoa Grande, nesta cidade, é o local de cumprimento das medidas socioeducativas de Prestação de Serviço à Comunidade e de Liberdade Assistida, sendo que, para tanto, será avaliado o perfil do adolescente, para que se aplique a medida mais adequada a fim de que esta contribua na ressocialização do jovem. Segundo informações da Diretora de proteção Social Especial, Sra. Maria Augusta de Lacerda Ferreira, existem empresas parceiras que contribuem para o cumprimento das medidas, ou com a disponibilização de empregos ou com o oferecimento de cursos de capacitação ou profissionalizantes, quais sejam, CRAS, CEAL, CEEB, Casa da Sopa Tia Euzábia, Cristavo, CDL, UNART, dentre outras. A unidade faz o atendimento, atualmente, de 60 (sessenta) adolescentes, os quais possuem acompanhamento, juntamente com os pais ou responsáveis legais, de psicólogos e assistentes sociais, além de serem monitorados por demais profissionais da rede. Ressalta-se que os profissionais prezam pela frequência à escola e oferecem cursos online, aulas de violão, percussão e artes cênicas (documento informal)¹⁰⁴.

8 Conclusão

A discussão em apreço está longe de findar-se, mas o que ainda se pode ter alento é a perspectiva de que mudanças estão ocorrendo e continuarão a ocorrer. Mesmo que paliativas, ao menos atitudes estão sendo tomadas.

¹⁰¹ LIMA, Willian Christie Lemos; SILVA, Simone Maria Guimarães e. *Associação Vem Ser de Proteção e Assistência a criança e ao Adolescente de Patos de Minas*, Patos de Minas/MG, 12 de novembro de 2013. Entrevista.

¹⁰² MANHÃS DE CONVIVÊNCIA. *NTV News*. Patos de Minas/MG, 07 de novembro de 2013. Programa de tv.

¹⁰³ INAUGURAÇÃO DE NOVAS UNIDADES DO CRAS. *NTV News*. Patos de Minas/MG: NTV, 10 de outubro de 2013. Programa de tv.

¹⁰⁴ FERREIRA, Maria Augusta de Lacerda. *Centro de Referência Especializado em Assistência Social*. Patos de Minas/MG, 12 de novembro de 2013. Entrevista.

A aplicação da medida de internação auxilia na ressocialização dos adolescentes, mas deve ser vista como a última opção, sendo perceptível que os fatores culpados pelo cometimento dos atos infracionais e dos índices de reincidências apresentam-se antes mesmo das aplicações das sanções. Dentre eles destacam-se a falta de estrutura familiar, a desinformação, o despreparo dos pais, a falta de empenho das autoridades públicas. No entanto, para que a reinserção social ocorra, fazem-se necessários investimentos em melhorias nas estruturas físicas das unidades de acolhimento, bem como no fornecimento de materiais didáticos e pedagógicos que auxiliem na mudança de comportamento e consequente ressocialização.

A ideia não seria dar atenção à sanção aplicada, mas encontrar meios para que estas não fossem necessárias. A aplicação de políticas públicas e sociais que priorizem efetividade nas áreas da educação, cultura, lazer, esporte, dentre outros, contribui positivamente para o desenvolvimento dos jovens, afastando os mesmos da criminalidade.

O caráter da criança começa a se desenvolver antes mesmo de seu nascimento, logo é necessário que esta cresça cercada de atenção, carinho, amor, disciplina e respeito, para que tenha limites e saiba onde termina seu direito e começa o de outrem.

Frisa-se que qualquer projeto de Emenda à Constituição ou Projeto de Lei que vise à redução da maioria penal e/ou o aumento do tempo de cumprimento da medida socioeducativa de internação, sem que antes tenham sido efetivados o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, apenas falsifica a realidade e afasta o Estado do compromisso com as políticas públicas prioritárias nas áreas da infância e da juventude. Logo, não promoverá eficácia, nem auxiliará na recuperação dos adolescentes, mas gerará desespero, revolta e reincidência, visto que estará se tratando o efeito e não a causa. Mas não é de se surpreender que para o estado seja mais fácil apreender do que educar. Nessa perspectiva, depende-se que somente o tratamento, a educação, a prevenção e a conscientização são capazes de diminuir a delinquência juvenil.

Os jovens devem receber cuidados desde a base, investindo-se nas áreas básicas, estas garantidas pela Constituição da República Federativa do Brasil, e não pensar que reprimi-los e excluí-los da sociedade os livrará da criminalidade e lhes fará mudar de postura.

Enfim, faz-se necessária a atuação conjunta dos órgãos públicos, dos familiares e de toda a sociedade para que a tão propalada ressocialização dos adolescentes em conflito com a lei seja concretizada. Além do mais, programas de execução de medidas devem estar em pleno funcionamento e atuando de maneira integrada com os profissionais da rede de atendimento, principalmente com as ligadas à execução de políticas públicas de saúde, educação, moradia, lazer e profissionalização.

Referências

BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Marco Antônio Araújo Júnior. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Marco Antônio Araújo Júnior. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. *Medidas socioeducativas*: apontamentos sobre a política socioeducativa segundo as diretrizes estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Estado de Minas Gerais: Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude - CAO/IJ, 2012.

_____. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase)*. Brasília, DF: Senado, 2012.

CHAVES, Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LRT, 1997.

DIAS, Wander Inácio Freitas. *Exame da Oab: Todas as Disciplinas – 1ª Fase - Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

FERREIRA, Maria Augusta de Lacerda. *Centro de Referência Especializado em Assistência Social*, Patos de Minas/MG, 12 de novembro de 2013. Entrevista.

FONSECA, Amarildo Teodoro da. *Centro de Internação Provisória*, Patos de Minas/MG, 05 de outubro de 2013. Entrevista (0h03min30seg).

GARCIA, Wander. *Super-Revisão Concursos Jurídicos: Doutrina Completa*. 2. ed. São Paulo: Foco, 2013.

GARCIA, Wander. *Super-Revisão OAB: Doutrina Completa para o Exame de Ordem*. 2. ed. São Paulo: Foco, 2013.

INAUGURAÇÃO DE NOVAS UNIDADES DO CRAS. *NTV News*. Patos de Minas/MG: NTV, 10 de outubro de 2013. Programa de tv.

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. *Nascidos para matar*. EUA: Investigação Discovery, 05 de outubro de 2013. Programa de TV.

LIBERATI, Wilson Donizete. *Adolescente e ato infracional: medida socioeducativa é pena?* 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

LIMA, Willian Christie Lemos; SILVA, Simone Maria Guimarães e. *Associação Vem Ser de Proteção e Assistência a criança e ao Adolescente de Patos de Minas*, Patos de Minas/MG, 12 de novembro de 2013. Entrevista.

LIVRO DE REGISTROS POLICIAIS. *Registros policiais*. Patos de Minas: Delegacia Adjunta de Menores, 01 de novembro de 2013. Livro de Registro de Ocorrências Policiais.

MANHÃS DE CONVIVÊNCIA. *NTV News*. Patos de Minas/MG, 07 de novembro de 2013. Programa de tv.

PINTO, José. *Centro de Internação Provisória*, Patos de Minas/MG, 05 de outubro de 2013. Entrevista (0h18min28seg).

_____, José. *Centro de Internação Provisória*, Patos de Minas/MG, 06 de novembro de 2013. Entrevista.

_____, José. *Centro de Internação Provisória*, Patos de Minas/MG, 13 de novembro de 2013. Entrevista.

PREGADOR, Bíblia do. A. T. *Provérbios*. 2. ed. Paraná: Esperança, 2009. cap. 22, p. 600.

PREGADOR, Bíblia do. N. T. *Efésios*. 2. ed. Paraná: Esperança, 2009. cap. 6, p. 1193.

PROERD. *NTV News*. Patos de Minas/MG: NTV, 06 de novembro de 2013. Programa de tv.

SETE DECISÕES QUE OS PAIS DEVEM TOMAR COM OS SEUS FILHOS. *Família debaixo da graça*. São Paulo: Amo Família, 03 de novembro de 2013. Programa de tv.

VOLPI, Mário. *O adolescente e o ato infracional*. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

DAS NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS

1. Os artigos deverão ser encaminhados à Revista pelo *e-mail* jurisvox@unipam.edu.br, conforme os seguintes critérios:

I – Os originais devem ter até 25 laudas (excluídas as destinadas a referências), digitadas em fonte Times New Roman tamanho 12, espaço entre linhas 1,5, margens superior e esquerda 3 cm, inferior e direita 2 cm, papel tamanho A4. O limite poderá ser extrapolado quando imprescindível à qualidade do trabalho e mediante aprovação dos pareceristas;

II – O título deverá ser centralizado, em caixa alta e negrito, sendo indicado o(s) autor(es) logo após, com as informações sobre sua titulação, instituição a que esteja vinculado, seu endereço eletrônico (*email*) e demais qualificações;

III – Após o nome do(s) autor(es) deverá ser apresentado resumo em português, com até 250 palavras, bem como sua versão em língua estrangeira, preferencialmente inglês. Após, deverão ser indicadas de 3 a 5 palavras-chave, nas mesmas línguas, dando-se preferência a palavras-chave que não estejam no título do trabalho;

IV – Aplicam-se, quanto ao conteúdo, as normas da ABNT, observando-se em especial as seguintes diretrizes:

a) Citações curtas (até 3 linhas) deverão estar inseridas no texto, entre aspas. Citações longas (mais de 3 linhas) deverão constituir parágrafo independente, digitadas em espaço simples (um), fonte tamanho 11, com recuo da margem esquerda em 4 cm;

b) As citações deverão ser feitas no estilo autor-data, com indicação do sobrenome do autor em maiúsculas, ano da publicação e página (se for o caso) entre parênteses: Ex: (NOVAIS, 1998, p. 175).

c) As notas de rodapé estarão restritas a observações pessoais, no sentido de prestar esclarecimentos sobre informações que não estejam no corpo do texto, e deverão ser numeradas sequencialmente;

d) As referências deverão aparecer no final do texto, em ordem alfabética de sobrenome do autor, da seguinte forma:

1) para livro: SOBRENOME DO AUTOR, Nome. Título (em itálico). Edição. Local: editora, ano.
Ex.: SILVA, José. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Jurídica, 2000.

2) para artigos: SOBRENOME DO AUTOR, Nome. Título do artigo. Título do periódico (em itálico). Local, volume, número, página inicial e página final do artigo, mês e ano. Ex.: SILVA, José. Aspectos de Direito Constitucional. *Revista de Direito*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 10-30, jan./2001.

1.1. Aplicar-se-ão subsidiariamente a estas instruções e normas da ABNT e as diretrizes fixadas no Manual de Normalização de Trabalhos Acadêmicos do UNIPAM (disponível em http://alunos2.unipam.edu.br/PortalCorporeRM/normas_UNIPAM.pdf).

1.2. A partir de 2009 o sistema de avaliação será obrigatoriamente o “*duplo blind peer review*”.

2. A Revista *Jurisvox* reserva-se o direito de alterar os originais, no sentido de adequá-los às normas de seu padrão editorial.

3. Ao encaminhar seu artigo para publicação, o autor estará automaticamente abrindo mão de seus direitos autorais, concordando com as diretrizes editoriais da Revista, recebendo em troca pela colaboração 2 (dois) exemplares da edição em que o trabalho for publicado.

Parágrafo único. A responsabilidade pelos artigos, trabalhos e opiniões é exclusivamente de

seus respectivos autores.

4. Os autores que tiverem seus artigos recusados ou com parecer técnico “favorável com restrições” poderão reelaborar seus textos, caso não se atinja o mínimo de artigos aprovados sem ressalvas, admitindo-se, no caso, uma nova avaliação a critério do Editor.

5. Os trabalhos recusados não serão devolvidos.