

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACVEST

CURSO DE DIREITO

EXEQUATUR

Revista Jurídica

ANO XVII - NÚMERO 30 - JAN/JUN 2019 - CIRCULAÇÃO NACIONAL

ISSN: 1806-8723



PUBLICAÇÃO OFICIAL DO CURSO DE DIREITO DA UNIFACVEST

EXEQUATUR

REVISTA JURÍDICA

Publicação Oficial do Curso de Direito da Unifacvest
Lages/SC

Ano XVII - Nº 30, Lages: UNIFACVEST - jan/jun 2019

EXEQUATUR - ISSN 1806-8723

**EXEQUATUR - Revista Jurídica do Centro Universitário
UNIFACVEST - Lages: Papervest Editora, nº 30, janeiro a
junho de 2019, 196p.**

Circulação Nacional

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACVEST
Mantenedora: Sociedade de Educação Nossa Senhora Auxiliadora

Publicação da Papervest Editora
Av. Marechal Floriano, 947 - Cep: 88.503-190
Fone: (49)3225-4114 - Lages / SC

www.unifacvest.edu.br

EXEQUATUR - REVISTA JURÍDICA
Publicação Oficial do Curso de Direito da Unifacvest – Lages/SC

Editores - Renato Rodrigues (Presidente) e Arceloni Neusa Volpato

Conselho Editorial e Científico

Doutores

Alceu Pinto da Luz (Brasil)
Alejandro Villalobos Claveria (Chile)
Alexandre Teixeira (Uruguay)
Andreia de Bem Machado (Brasil)
Camilla Volpato Broering (Brasil)
Doris Dukova (Colombia)
Eduard Marquardt (Brasil)
Fabio Eduardo Grunenwald Soares (Brasil)
Gustavo Capobianco Volaco (Brasil)
José Endoença Martins (Brasil)
José Ricardo Mariano (Brasil)
Juan Martin Ceballos Almeraya (México)
Juscelino Francisco do Nascimento (Brasil)
Lourival Andrade Junior (Brasil)
Luis Miguel Cardoso (Portugal)
Ramon Hernandez de Jesus (Venezuela)
Rita Borges (Brasil)
Soeli Staub Zembruski (Brasil)

Diagramação - Marcelo Antonio Marim

Curso de Direito - Unifacvest
Coordenadora - Caroline Ribeiro Bianchini

EXEQUATUR, Revista Jurídica do Centro Universitário UNIFACVEST. Ano XVII, nº 30, Lages: Papervest Editora – janeiro a junho de 2019. 196p.

Semestral
ISSN 1806-8723

1. Direito 2. Periódicos

I. Título

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACVEST

Reitor

Geovani Broering

Pró-reitora Administrativa

Soraya Lemos Erpen Broering

Pró-reitor de Pesquisa e Extensão

Renato Rodrigues

Pró-reitor Acadêmico

Roberto Lopes da Fonseca

APRESENTAÇÃO

O curso de Direito do Centro Universitário Unifacvest orgulha-se em dar continuidade a publicação da Revista Exequatur, oportunizando que professores, acadêmicos, egressos e colaboradores da instituição possam apresentar resultados relevantes de pesquisa. Dessa forma, proporciona uma colaboração com a formação de uma cultura científica sólida.

Esta revista é fruto do envolvimento dos acadêmicos e professores nas atividades de pesquisa e extensão do curso, consolidando-se como um meio de veiculação e divulgação de investigações científicas e reflexões sobre os mais diversos temas jurídicos.

Dessa forma, a revista Exequatur se propõe a divulgar publicações científicas de cunho crítico, contemplando debates acerca dos mais diversos assuntos jurídicos em evidência nas discussões acadêmicas.

As publicações são de extrema relevância para a sociedade, uma vez que os temas e as discussões publicadas são disponibilizadas, proporcionando reflexões acerca dos resultados veiculados.

CAROLINE RIBEIRO BIANCHINI
Coordenadora do Curso de Direito da UNIFACVEST

SUMÁRIO

DESJUDICIALIZAÇÃO DO INVENTÁRIO

Adriana Acácia de Almeida Silva; Josiane Dilor Brugnara Ghidorsi; Diego Fernando Sá; Laura Maria Bertoti Kuster.....01

O DIREITO SUCESSÓRIO E SEUS EFEITO NA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Danilo Ferreira da Silva Junior; Caroline Ribeiro Bianchini; Luis Claudio Araujo Schneider; Laura Maria Bertoti Kuster.....13

OS SISTEMAS JURIDICOS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW* E SUAS PRINCIPAIS DIFERENÇAS

Emiliano da Silva Ramos; Caroline Ribeiro Bianchini; Luis Claudio Araujo Schneider; Laura Maria Bertoti Kuster.....27

ADOÇÃO NO BRASIL: IMPACTO DA LEI 13.509/2017 NA CELERIDADE PROCESSUAL

Letícia Isabel Carminatti; Miriam Lisiane Schuwantes Rodrigues; Cassandro Devenz; Dagmar Dengo.....39

UMA ANÁLISE SOBRE A PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS E A PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA

Leani Budde; Igor Muzeka; Igor Ajouz; Darlan Nardi.....58

ANÁLISE JURÍDICA SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA

Cassandro Devenz; Fabiane Fisch; Dilmar Ribeiro Pereira; Maria Aparecida Leite Holthausen da Silva.....68

DEONTOLOGIA E QUESTÕES ÉTICAS NO MUNDO DO DIREITO

Iria Catarina Queiroz Baptista; Leani Budde; Cassandro Devenz; Carlos Albano Wolkmer de Castilho.....78

A DESAPROPRIAÇÃO – SANÇÃO DO ESTATUTO DA CIDADE

Igor Ajouz; Flavia Sanna Leal Meirelles; Leani Budde; Maria Aparecida Leite Holthausen.....94

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS EM FACE DA APLICAÇÃO DO CDC

Dagmar Dengo; Valdomiro Branco Hildebrando; Carlos Albano Wolkmer de Castilho; Iria Catarina Queiroz Baptista.....111

O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A LEI DE CRIMES HE-DIONDOS

Eduardo Henrique Bondarczuk; Darlan Nardi; Ademar De Souza Mendes; Igor Ajouz.....122

CENÁRIO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER: O RELATO

ATRÁS DA PORTA

Viviane Padilha Nunes; Rejane Dutra Bergamaschi; Grazielle Ferreira da Silva Floriani; Leani Budde..... 138

ASPECTOS DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Dagmar Dengo; Grazielle Ferreira da Silva Floriani; Iria Catarina Queiroz Baptista; Igor Muzeka..... 154

QUESTÕES SOBRE O DIREITO DE RECORRER

Dagmar Dengo; Iria Catarina Queiroz Baptista; Carlos Albano V. de Castilho; Maria Aparecida Leite H. da Silva..... 165

NEPOTISMO MAGISTRATURA: UM ESTUDO SOBRE ÉTICA

Carlos Albano Volkmer de Castilho; Cassandro Devenz; Darlan Nardi; Valdomiro Branco Hildebrando..... 181

NORMAS PARA COLABORADORES..... 196

DESJUDICIALIZAÇÃO DO INVENTÁRIO

Adriana Acácia de Almeida Silva¹
Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi²
Diego Fernando Sá³
Laura Maria Bertoti Kuster⁴

RESUMO

O presente trabalho apresenta como tema a desjudicialização do Inventário e Partilha nos termos da Lei 11.441/2007. A solução trazida pela lei ao ordenamento jurídico atualmente possibilitou agilizar processos antes morosos desde que haja consenso entre as partes interessadas e cumpram os requisitos legais. Atualmente o procedimento está previsto no Código de Processo Civil, cujas regras de competência dispostas naquele não se aplicam ao procedimento extrajudicial, que conflita com a Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça.

Palavras-chave: Direito. Código de Processo Civil. Inventário. Lei 11.441/07. Resolução 35 do CNJ.

ABSTRACT

The present work presents as a theme the disjudicialization of the Inventory and Sharing under the terms of Law 11.441 / 2007. The solution brought by law to the legal system today has made it possible to streamline long-overdue processes as long as there is consensus among stakeholders and comply with legal requirements. Currently, the procedure is provided for in the Code of Civil Procedure, whose rules of jurisdiction set out therein do not apply to extrajudicial procedure, which conflicts with Resolution 35 of the National Council of Justice.

Keywords: Law. Code of Civil Procedure. Inventory. Law 11.441 / 07. Resolution 35 of the CNJ.

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNIFACVEST.

² Professora Mestra do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST, doutoranda pela UNIJUÍ/RS.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Unifacvest.

⁴ Graduada em Direito pelo Centro Universitário Unifacvest e Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade do Estado de Santa Catarina.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta como tema a Desjudicialização do Inventário e Partilha, nos termos da Lei 11.441/2007.

A relevância do mencionado assunto se respalda no fato de que no Brasil com o advento da referida Lei foram realizados 1,5 milhão de atos extrajudiciais, destes 852.929 foram inventários e 13.973 partilhas, segundo dados da Central Notarial de Serviços Compartilhados.

A escolha do tema fez-se necessário em virtude do elevado número de processos desjudicializado nos últimos dez anos, que tramitaram pela via administrativa de forma mais célere e econômica.

O problema levantado é referente ao conflito de normas, entre o Código de Processo Civil que prevê regras de competência e a Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça que as exclui taxativamente no que concerne aos processos que tramitam nos termos da Lei 11.441/2007.

Nesse interim, o presente estudo analisa o conflito existente entre a fixação de competência nas ações de inventários e partilhas extrajudiciais e estabelecer um entendimento amplo entre o conflito de normas no Direito Brasileiro.

Visa-se verificar as disposições de fixação de competência do Código de Processo Civil e a Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça na realização do inventário e partilha pela via administrativa, bem como a gratuidade estabelecida pela referida lei.

2 NOÇÕES GERAIS

Sobre o tema evidenciado, faz-se necessário uma breve explanação sobre o fim da pessoa natural que se dá através do advento morte, e sua prova se dá através da Certidão de Óbito do de cujus, extraída no Registro Civil das Pessoas Naturais onde foi lavrado o assento de óbito. No Código Civil Brasileiro está previsto que a morte pode ser real ou presumida, mas, ambas resultam em relevantes consequências no tange o patrimônio do de cujus.

Nesse aspecto morte real da pessoa natural, se dá com o fim da personalidade que é a vida, deixando de existir com o advento morte, tem previsão legal conforme disposto no artigo 6º do Código Civil/2002, *in verbis*: “A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”, logo, com o advento morte encerra-se a personalidade e a pessoa natural deixa de existir e dessa forma está aberta a sucessão.

Com a morte do autor da herança, está aberta a sucessão, assim, é necessário proceder ao levantamento dos bens do espólio do “de cujus”, visando a posterior partilha entre os herdeiros, legatários e/ou testamentários, e/ou a adjudicação dos bens do espólio, caso haja apenas um sucessor.

Assim sendo, o processo de inventário e partilha é indispensável para a regularização e transferência dos bens do *de cujus* para o meeiro, herdeiros.

2.1 Conceitos de Inventário e Partilha

Inventariar é relatar e descrever de forma minuciosa dos bens deixados pelo falecimento de uma pessoa o *de cuius*, no qual se consideram direitos e obrigações de natureza patrimonial, sendo ao final incluído numa divisão chamada de partilha, “Inventário (derivado do verbo invenire, que significa “achar, encontrar”) é o meio técnico de anotar e registrar o que “for encontrado”, pertencente ao morto, para ser atribuído aos seus sucessores.” (PEREIRA 2006, p. 369).

Nesse contexto o inventário é a descrição minuciosa e detalhada de todos os bens que compõem o acervo hereditário, é o relato detalhado dos bens que compõem os bens deixados por ocasião do desaparecimento da pessoa natural.

No conceito de Gonçalves (2012, p. 823) acerca do tema:

[...] A expressão ‘inventariar’ traz consigo a noção de enumerar, arrolar, elencar. É para isso mesmo que o inventário servirá: no momento da morte, abre-se a sucessão. É preciso descrever, então, tudo o que integra o patrimônio do morto, sejam ativos ou passivos, sejam direitos ou obrigações [...].

Neste ínterim, nota-se que, após aberta a sucessão tem-se o inventário como estágio inicial, onde deve ser detalhadamente descrito todos os bens que formam o acervo patrimonial do *de cuius*, arrolando dívidas ativas e passivas, e direitos patrimoniais deixados por ocasião do óbito devem ser elencados para posterior distribuição entre os herdeiros, a chamada partilha.

Leciona sobre o referido tema, ainda, Theodoro Júnior (2016, p. 269):

[...] A partilha é o segundo estágio do procedimento e vem a ser a atividade desenvolvida para ultimar a divisão do acervo entre os diversos sucessores, estabelecendo e adjudicando a cada um deles um quinhão certo e definido sobre os bens deixados pelo morto [...]

Assim sendo a partilha é a divisão de bens de uma herança entre dois ou mais herdeiros, que visa encerrar a divisão do acervo, aos sucessores titulares desse bem, estabelecendo a cada um seu quinhão correspondente.

Conforme acima disposto inventário é o primeiro estágio da descrição dos bens que compõem o acervo patrimonial do *de cuius*, já a partilha é a divisão dos bens do espólio entre os herdeiros.

2.1.1 Direito de herança e o *Droit de saisine*

O *Droit de saisine*, denominado no Direito brasileiro de princípio da *Saisine* é o direito que os herdeiros têm de entrar na posse e administração da herança, aplicado no Direito Sucessório, como forma de transmissão direta da propriedade e posse dos bens do *de cuius*, a fórmula advém do direito costumeiro de Paris, onde o morto é substituído imediatamente pelo vivo.

Embora a transmissão da posse imediata se dê pelo princípio da *SAISINE*, conforme preceitua o artigo 1.784 do Código Civil/2002: “aberta à sucessão, a herança

transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”, entretanto aos herdeiros cabe a posse indireta dos bens do espólio, assim sendo faz-se necessário proceder ao levantamento dos bens que compõem o acervo hereditário, e promover a partilha entre os herdeiros.

Tendo em vista o entendimento supra os herdeiros terão seus direitos hereditários efetivamente assegurados através do procedimento de inventário e partilha, mesmo já sendo titulares dos bens da herança e interessados em geral no patrimônio.

2.1.2 Procedimento Judicial de Inventário e Partilha

A ação de Inventário está devidamente disciplinada no artigo 610 do Código de Processo Civil: Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial, cuja a ação deverá ser proposta nos sessenta dias após a abertura da sucessão, compreendido da data do óbito, já que pelo princípio da *Saisine*, os bens são transferidos aos herdeiros, isto posto faz-se necessário formalizar e regularizar a transmissão. Conforme dispõe o artigo 611: “O processo de inventário e de partilha deve ser instaurado dentro de 2 (dois) meses, a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar esses prazos, de ofício ou a requerimento de parte”. No entanto havendo necessidade o prazo poderá ser prorrogado.

A abertura da Ação de Inventário incumbe à parte que estiver na posse e administração dos bens, conforme disposto no artigo Art. 615 do Código de Processo Civil, in verbis: “O requerimento de inventário e de partilha incumbe a quem estiver na posse e na administração do espólio [...]”, assim cabe àquele que estiver na posse ou administrador dos bens do espólio requerer a abertura do inventário.

Contudo o Inventário e Partilha dos bens também poderá ser proposta por cônjuge ou companheiro que estivesse convivendo com o *de cujus* na ocasião do falecimento, qualquer herdeiro que esteja na administração dos bens do espólio, o herdeiro menor representado por seu representante legal, o testamentário, o cessionário, o inventariante judicial se houver, ou pessoa estranha idônea se não houver inventariante judicial, na ordem disposta nos incisos do artigo 617 do Código de Processo Civil.

Art. 617. O juiz nomeará inventariante na seguinte ordem:

I - o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste;

II - o herdeiro que se achar na posse e na administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou se estes não puderem ser nomeados;

III - qualquer herdeiro, quando nenhum deles estiver na posse e na administração do espólio;

IV - o herdeiro menor, por seu representante legal;

V - o testamentário, se lhe tiver sido confiada a administração do espólio ou se toda a herança estiver distribuída em legados;

VI - o cessionário do herdeiro ou do legatário;

VII - o inventariante judicial, se houver;

VIII - pessoa estranha idônea, quando não houver inventariante judicial.

Nos termos do supracitado artigo resta elencado o rol de pessoas que poderão

se habilitar nos autos de ação de inventário de forma a requerer sua abertura.

Em se tratando de inventário judicial, aplica-se o disposto no artigo 617 do mesmo diploma legal, in verbis: “parágrafo único. O inventariante, intimado da nomeação, prestará, dentro de 5 (cinco) dias, o compromisso de bem e fielmente desempenhar a função”, assim o inventariante depois de intimado firmará compromisso no prazo de cinco dias e ficará incumbido de administrar os bens do espólio até findar a partilha, prestar as primeiras e últimas declarações, elencar herdeiros, atuar ativa e passivamente para defender os interesses do espólio, exhibir documentos e enfim prestar contas de sua administração.

Nesse sentido, após transitar em julgado a sentença da partilha dos bens, será expedido o chamado formal de partilha, que é o documento hábil, para concretizar e formalizar a transferência da titularidade dos bens junto ao Ofício de Registro de Imóveis da Comarca onde estiverem situados os bens imóveis.

2.1.3 Procedimento Extrajudicial de Inventário e Partilha

A lei 11.441, de 04 de janeiro de 2007 que entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação, nos trouxe a oportunidade de estar realizando o inventário através de escritura pública, a ser lavrada no tabelionato de notas, rompendo desta forma com uma tradição existente no ordenamento jurídico de só então poder realizar o inventário através do meio judicial.

Tendo em vista a sua normatização, através do Código de Processo Civil, pode-se observar que certos requisitos deverão ser cumpridos para que tal ato tenha validade.

O advento da Lei federal 11.441/2007, a qual introduziu algumas modificações no Código de Processo Civil, relativas ao uso facultativo do procedimento administrativo para a realização de inventários.

Com a apresentação dos documentos necessários ao feito, os herdeiros poderão junto ao Tabelionato de Notas, não havendo herdeiros menores e incapazes, requerer a lavratura de escritura de Inventário e Partilha, eis que o prazo para que o inventário protocolado finda-se em trinta dias, dessa forma reduz-se o tempo de espera, pois, em curto espaço de tempo o processo estará encerrado.

O instituto que prevê a lavratura do Inventário Extrajudicial está previsto no direito processual civil desde o advento da lei 11.441/2007, inclusive para os falecidos anteriormente a sua vigência.

Nesse diapasão para realização do Inventário Extrajudicial encontra-se previsto no artigo 1º da resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça, a livre escolha do Tabelião de Notas, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil, podendo ser realizado em qualquer local, inexistindo a competência territorial, deixando livre às partes a escolha do local de lavratura da escritura.

Haja vista, que mesmo em casos em que o inventário esteja em andamento pela via judicial, pode-se requerer o arquivamento dos autos e dar seguimento pela via extrajudicial, se for de interesse das partes.

3 DO FORO COMPETENTE NAS AÇÕES DE INVENTÁRIO E PARTILHA

A fixação do Foro competente para as ações de inventário é determinada pelo artigo 96 do Código de Processo Civil, a regra geral é que o inventário seja instaurado no foro do último domicílio do autor, cuja regra vem de encontro ao estabelecido no artigo 1.785 do Código Civil, segundo o qual “a sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido”. Não tendo o autor da herança domicílio certo, o foro competente será o foro da situação dos bens, e deixando bens em diversos lugares, a competência se dará onde ocorreu o óbito.

3.1 Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça e o Inventário e Partilha Extrajudicial

A Resolução nº. 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça traz a solução de controvérsias e esclarecimentos sobre a Lei 11.441/2007. A referida resolução deu eficácia e legitimidade na aplicação da Lei, com isso facilitando a lavratura de Inventários pela via Extrajudicial.

A matéria da competência Extrajudicial foi regulada pela referida Resolução nº. 35/2007, do Conselho Nacional de Justiça em 2007, que em seu artigo 1º que dispõe acerca da escolha do Tabelião: “Para a lavratura dos atos notariais de que trata a Lei nº.11.441/07, é livre a escolha do Tabelião de Notas de notas, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil. (CNJ, 2007)”.

Logo, deixando a cargo das partes interessadas a escolha do Tabelionato de Notas onde será lavrado o inventário e partilha, não observando o local do óbito ou dos bens, entretanto prevê o artigo 48 do Código de Processo Civil a observância do princípio da territorialidade prevista na Lei Civil, quanto ao foro competente para lavrar o inventário e partilha.

3.2 Relevância e Função Social do Tabelião de Notas no Inventário Extrajudicial

O tabelião é um profissional dotado de fé pública a quem é delegado o exercício da atividade notarial. A função notarial teve sua origem ligada à evolução de documentos históricos, eram os chamados escribas na civilização egípcia, considerado como um antecessor do notário, e tinha grande impotência social. Porém do Direito Romano sua competência se restringia apenas a gramática e caligrafia.

A atribuição do Registro desses fatos passa ao crivo do Tabelião e do Registrador, assim sendo a atribuição para o Registro do fim da pessoa natural pela morte real ou presumida fica a cargo dos Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais, enquanto a Escritura Pública é lavrada por Tabelião de Notas.

A função Notarial foi regulamentada com o advento do artigo 236 da Constituição Federal de 1988, regulamentado pela Lei Federal 8.935, de 18 de novembro de 1994, conforme prevê o artigo: “Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”, ficando assim, o Tabelião e o Registrador in-

cumbidos de dar segurança jurídica aos atos praticados por particulares, atendendo as necessidades da sociedade.

Nessa mesma linha de pensamento afirma Tavares, Desembargador Claudio de Melo (2017, p. 20), que:

A atividade extrajudicial vai ao encontro da tendência mundial dessa desjudicialização em que busca a pacificação social por meio da mudança comportamental, cujo valor fundamental é a colaboração além de implementar celeridade aos procedimentos e desafogar o poder judiciário.

Nesse contexto vimos que atividade notarial vem agregando ao meio social a mudança comportamental e fundamental para a solução de litígios de forma extrajudicial.

4 REQUISITOS PARA A LAVRATURA DA ESCRITURA PÚBLICA DE INVENTÁRIO E PARTILHA EXTRAJUDICIAL

O Código Civil Brasileiro traz a definição de escritura pública e determina seus requisitos básicos para sua lavratura, conforme dispõe em seu artigo 215: “A escritura pública, lavrada nas notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena, nela deverá consignar expressamente à vontade das partes e adotar a língua nacional”.

É um instrumento jurídico de declaração de vontade, celebrado na presença do Tabelião, que está investido de forma e fé pública, que tem a responsabilidade legal e formal para a sua lavratura.

Ademais, para a lavratura da Escritura Pública de Inventário e Partilha Extrajudicial levado seja a feito pela via administrativa há de se observar disposto nos artigos 610, § 1º do Código de Processo Civil, desde que não haja herdeiros menores ou incapazes, e nem disposição testamentária.

Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial.

§ 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Conforme disposto no artigo acima para que o inventário se dê de forma extrajudicial deverá o Tabelião de Notas observar a capacidade das partes. Portanto, foram mantidos o Inventário Judicial e Extrajudicial, devendo aplicar-se cada um ao dispositivo legal, relativos à capacidade e vontade das partes e disposição testamentária, se houver.

Cumprir destacar, que traz a Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça em seu artigo 1º traz que a escolha do Tabelião de Notas é livre, não se aplicando as

regras de competência do Código de Processo Civil, in verbis: “Art. 1º Para a lavratura dos atos notariais de que trata a Lei nº 11.441/07, é livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil”, assim como estabelece a Resolução o ato notarial pode ser lavrado em qualquer Tabelionato no País. Nesse sentido, Só pode ser aplicado ao caso concreto o disposto no artigo 1º da Resolução 35, quando inexistir testamento, e forem todos os herdeiros capazes e estarem de comum acordo com a partilha dos bens do espólio.

4.1 Da nomeação do Inventariante

A nomeação do Inventariante se dá nos autos da Escritura Pública de Inventário e Partilha, dispensando nos termos do artigo 11 da Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça, o Termo de Inventariante, e sem seguir a ordem disposta no Código de Processo Civil.

Art 11. É obrigatória a nomeação de interessado, na escritura pública de inventário e partilha, para representar o espólio, com poderes de inventariante, no cumprimento de obrigações ativas ou passivas pendentes, sem necessidade de seguir a ordem prevista no art. 990 do Código de Processo Civil.

Com o advento da Lei cominada com o disposto na Resolução a nomeação do inventariante é na própria Escritura Pública de Inventário e Partilha, nela deverá ser consignada sua aceitação e declaração, não existindo a necessidade de Lavrar um Termo de Inventariante em apartado a escritura.

Para o teórico Gomes, a nova lei processual deverá ser observada: “[...] entre os coerdeiros, gradua-se a preferência pela idoneidade, se nenhum estiver na posse dos bens. Se bem que esta regra não tenha sido observada na nova lei processual, é aconselhável sua observação [...]”. (GOMES, 2012, p. 296).

Nesse contexto segundo alude o teórico, deverá ser definida a nomeação do Inventariante e administrador do espólio até que ocorra a partilha e divisão do legado. Dessa forma deverá ser observada a legitimidade concorrente para a propositura da ação de inventário todos os elencados no artigo 616 do Código de Processo Civil, pois, em não estando nenhum herdeiro na posse e administração dos bens do espólio tem legitimidade concorrente os demais ali elencados.

4.2 Dos documentos necessários à lavratura da Escritura de Inventário e Partilha no âmbito da Lei 11.44/2007

A escritura pública feita no Tabelionato de Notas retrata a mesma situação que se faria se o inventário e partilha se desse de forma judicial, nela conterà o rol os bens e direitos ali elencados confirmados através de certidões emitidas pelos órgãos competentes, qualificação completa dos herdeiros, cessionários, cônjuge ou companheiro, *de cujus*, que se dará através de documentos de identificação das partes, o vínculo de parentesco entre as partes que deverá ser comprovada através de certidões de nascimen-

to, casamento Civil e óbito, para tanto a Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça traz em seu artigo 22 elencado o rol de documentos necessários a serem apresentados e consignados na lavratura do ato extrajudicial.

Segue a normativa do Conselho Nacional de Justiça em seu artigo 22:

Art. 22. Na lavratura da escritura deverão ser apresentados os seguintes documentos: a) certidão de óbito do autor da herança; b) documento de identidade oficial e CPF das partes e do autor da herança; c) certidão comprobatória do vínculo de parentesco dos herdeiros; d) certidão de casamento do cônjuge sobrevivente e dos herdeiros casados e pacto antenupcial, se houver; e) certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos; f) documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver; g) certidão negativa de tributos; e h) Certificado de Cadastro de Imóvel Rural - CCIR, se houver imóvel rural a ser partilhado.

Logo, na Escritura Pública lavrada nas Notas do Tabelião deve constar minuciosamente a descrição de todos os documentos apresentados, os quais estão elencados no aludido artigo supracitado, para que ao final seja pelos herdeiros, advogado ou assistente e tabelião subscritos, encerrando o ato.

4.3 Das dívidas do espólio

No que tange a prerrogativa do tabelião este deverá consignar na Escritura a existência de dívidas deixadas pelo *de cujus*, o que não impede a lavratura do Inventário e Partilha Extrajudicial, conforme dispõe o artigo 27 da Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça, *in verbis*: Art. 27. “A existência de credores do espólio não impedirá a realização do inventário e partilha, ou adjudicação, por escritura pública”.

Esclarece o aludido artigo que a existência de credor do espólio não obsta a realização da escritura pública de inventário e partilha pela via extrajudicial. No que se refere aos eventuais credores do espólio, aplicando o disposto na Resolução, não há impedimento para ao Inventário e Partilha Extrajudicial, isto posto, depois da partilha responde cada um dos herdeiros até a totalidade do seu quinhão recebido.

4.4 Desnecessidades de homologação judicial e opção pela via extrajudicial

Com o advento da Lei 11.441/2007, que trouxe a possibilidade do inventário e partilha extrajudicial, quis o legislador retirar do poder judiciário a apreciação das questões de menor complexidade, deixando a cargo dos tabeliães a apreciação, interpretação, sentido e alcance da norma, por tratar-se apenas de questões patrimoniais onde não haja litígios, independente de homologação judicial, conforme está previsto no artigo 3º da Lei 11.441/2007:

Art. 3º As escrituras públicas de inventário e partilha, separação e divórcio consensuais não dependem de homologação judicial e são títulos hábeis para o registro civil e o registro imobiliário, para a transferência

de bens e direitos, bem como para promoção de todos os atos necessários à materialização das transferências de bens e levantamento de valores (DETRAN, Junta Comercial, Registro Civil de Pessoas Jurídicas, instituições financeiras, companhias telefônicas, etc.)

Isto posto verifica-se que é dispensável a homologação da Escritura Pública de Inventário e Partilha Extrajudicial, sendo está título hábil para transferência de imóveis, bens e direitos, levantamento de quantias junto às instituições financeiras, sendo, pois, todos maiores, capazes e concordes e não havendo litígio, podem optar pelo procedimento extrajudicial.

Ademais podem os interessados, requerer ao juiz a extinção do feito em andamento pela via judicial, para que o ato seja lavrado de forma administrativa, conforme previsto no artigo 2º da Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça: que é facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial, assim sendo não há prejuízo aos interessados, pois o ato será concluído em menor tempo, de forma mais célere.

4.5 A assistência do advogado no inventário extrajudicial

Em que pese tratar-se o inventário extrajudicial de procedimento administrativo, a participação do advogado é indispensável, com observância de todos os deveres, responsabilidades e princípios éticos na Lei disciplinados. Conforme artigo 8º, da Resolução nº 35/2007, do Conselho Nacional de Justiça, in verbis: “É necessária a presença do advogado, dispensada a procuração, ou do defensor público, na lavratura das escrituras decorrentes da Lei 11.441/107, nelas constando seu nome e registro na OAB”.

Portanto, os interessados deverão ser obrigatoriamente assistidos por advogado, podendo ser constituído em comum a todas as partes ou a cada um em separado, devendo o causídico ter sua qualificação e assinatura aposta ao final na escritura de inventário e partilha.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se a acerca das normas gerais e específicas no que tange as ações de inventário e partilha, invocando a legislação do direito processual civil, tem-se que o Inventário e Partilha Extrajudicial veio como forma de desafogar o sistema judiciário brasileiro, é uma via alternativa de procedimento simples em caráter de jurisdição voluntária, em que a intensão do legislador vai de encontro o anseio da sociedade pela resolução dos conflitos de forma mais célere e de custo mais baixo aos interessados.

Verificou-se que para as ações de inventário e partilha na forma extrajudicial, são inaplicáveis das regras de competência instituídas pelo Código de Processo Civil Brasileiro, cuja observância dos preceitos legais da norma foi atribuída ao Tabelião, que por sua vez, está revestido de fê pública, dando segurança jurídica a vontade das partes, seguida da relevância da sua função social.

Isto posto, observa-se através da aplicação das normas regulamentadoras ex-

pressas na lei civil, enseja-se na facultatividade do procedimento extrajudicial garantido nos termos da Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça, a desistência do procedimento pela via judicial e encaminhar pela via extrajudicial.

Por derradeiro, com base nos estudos realizados, tratou-se dos requisitos essenciais a lavratura do ato pela via extrajudicial, cujo título possui o mesmo valor jurídico do Mandado de Averbação de Sentença emitido pela via judicial, independentemente de homologação, sendo título hábil para transferência de bens e valores.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/jul/2016.

_____. **Lei Federal n. 6.015, de 31 set. 1973**. Dispõe sobre os Registros Públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 08/set/2017.

_____. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 08/set/2017.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/jul/2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Coleção de Leis do Império do Brasil - 1888**, Página 248. Vol. 1 pt. II (Publicação Original) Disponível em: <http://www2.camara.leg.br>. Acesso em: 21/out/2017.

COLÉGIO REGISTRAL DO RIO GRANDE DO SUL. **Inconstitucionalidade da gratuidade estabelecida na Lei nº 11.441/2007**. Disponível em: <http://www2.colegioregistrals.org.br>. Acesso em: 14/nov/2017.

DINIZ, M. H. **curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. V. 6. 18. ed, São Paulo: SARAIVA, 2004.

GOMES, O. **Sucessões**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**. V. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito das Obrigações**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GONÇALVES, M. V. R. **Direito processual civil esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REGIMENTO DE CUSTAS E EMOLUMENTOS DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Disponível em: <http://cgj.tjsc.jus.br>, Acesso em: 08/DEZ/2017.

RESOLUÇÃO Nº 35, DE 24 DE ABRIL DE 2007. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 15/set/2017.

Revista de Direito Notarial e Registral do Espírito Santo. Ano II, 2016. Disponível em: <http://www.sinoreg-es.org.br>. Acesso em: 14/nov/2017.

RODRIGUES, R; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de Metodologia Científica.** 7 ed. Lages: Papervest, 2014.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais.** V. 2. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

O DIREITO SUCESSÓRIO E SEUS EFEITO NA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Danilo Ferreira da Silva Junior¹
Caroline Ribeiro Bianchini²
Luis Claudio Araujo Schneider³
Laura Maria Bertoti Kuster⁴

RESUMO

A família tem evoluído cada vez mais junto com a sociedade, novas entidades familiares são inseridas no contexto social, e devem ter seus direitos e deveres assegurados pelo estado. A partir de 1988 com a promulgação da Constituição Federal, nosso ordenamento jurídico vem evidenciar os valores assegurados ao cidadão, através do princípio da dignidade da pessoa humana, garantir respeito, a solidariedade e o afeto no âmbito familiar. Os novos vínculos afetivos que formam as entidades familiares traz a importância do reconhecimento de uma paternidade socioafetiva, pois supera os laços consanguíneos entre os pais e os filhos. O presente trabalho realiza uma análise, da necessidade de garantia efetiva da proteção dos direitos sucessórios dos filhos que compreendem a família nessas novas relações. O ordenamento jurídico, hoje não possui positivado em lei esse conceito, buscando amparo na doutrina e nas decisões existentes e mais recentes. A pesquisa, verificada ainda possibilidade, do reconhecimento do filho socioafetivo, para que o entendimento jurisprudencial a respeito, e seus reflexos no Direito Sucessório, venham garantir tudo que é de direito, não admitindo a mera ambição patrimonial.

Palavras-chave: Família, Paternidade; Socioafetividade, Sucessão.

ABSTRACT

The family has evolved more and more along with society, new family entities are inserted in the social context, and must have their rights and duties assured by the state. Since 1988, with the promulgation of the Federal Constitution, our legal system shows the values guaranteed to the citizen, through the principle of the dignity of the human person, guarantee respect, solidarity and affection within the family. The new affective bonds that form the family entities, brings the importance of the recognition of a paternity socio-affectivity, because it surpasses the consanguineous bonds between the parents and the children. The present work analyzes the need for an effective guarantee of the protection of the inheritance rights of the children who understand the family in these new relationships. The legal system today does not have in law this concept, seeking protection in doctrine and existing and more recent decisions. The research, still verified possibility, of the recognition of the socio-affective son, so that the jurisprudential understanding in respect, and its reflexes in the Succession Law, will guarantee everything that is of right, not admitting the mere equity ambition.

Keywords: Family, Paternity, Socioactivity, Succession.

¹ Acadêmico do Curso de Direito, 10ª Fase, da disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso, da UNIFACVEST.

² Profª Mestra em Direito do curso de graduação em Direito, do Centro Universitário UNIFACVEST.

³ Profº especialista em Direito Penal e Processo Penal e em Processo Civil. Mestre em Ambiente e Saúde. Advogado.

⁴ Graduada em Direito pelo Centro Universitário Unifacvest e Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade do Estado de Santa Catarina.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como objetivo institucional, requisito para a conclusão do curso de Direito do Centro Universitário Unifacvest, apresentar a problemática em torno do tema adotando, que se refere ao Reconhecimento dos Direitos Sucessórios nas Filiações Socioafetivas. A pesquisa tem como finalidade demonstrar as garantias legais necessárias para que filhos concebidos ou reconhecidos dentro das diversas modalidades de famílias existentes na atualidade, possam encontrar a garantia no direito sucessório brasileiro.

É necessário discutir sobre essa matéria, pois a família norteia todas as decisões, referências e aprendizados de nossa existência, por isso deve ser amparada legalmente em todas as suas formas.

O conceito de família ocorre desde as primeiras civilizações como por exemplo a Grécia e a Roma antigas. Junto com a sociedade, os direitos inerentes quanto as relações de afeto sofrem mudanças significativas, sejam culturais ou comportamentais.

No Brasil com a consagração dos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da igualdade entre as filiações e da pluralidade das entidades familiares dispostos na Constituição Federal de 1988, e com o Código Civil de 2002, novas modalidades familiares começam a ser admitidas, garantindo aos que desta façam parte seus direitos e deveres. O principal ponto disso são direitos as mulheres antes não existente, aos filhos sejam eles legítimos do matrimônio ou não, e também dos filhos reconhecidos pela adoção.

Este estudo busca no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do método dedutivo e o procedimento bibliográfico, através da pesquisa indireta (doutrina e jurisprudência), encontrar uma solução para o reconhecimento dos Direitos Sucessórios na filiação socioafetiva, filhos que não possuem vínculos biológicos, mas que compõem a relação familiar constituída pelo afeto.

2 O DIREITO SUCESSÓRIO E SEUS EFEITO NA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Para compreender mais sobre o Direito Sucessório, e a problemática quanto o direito nas filiações socioafetivas no Brasil, é necessário compreender tudo que foi abordado até aqui, e correlacionar com todo o entendimento do ordenamento jurídico brasileiro, para assim garantir os direitos a que faz jus deles.

2.1 A Sucessão no Direito Brasileiro

A sucessão é um efeito jurídico, previsto no Código Civil Brasileiro, que dispõe quanto a substituição de bens, direitos ou obrigações de uma pessoa a outra em razão da morte. Desta forma os sucessores passam a ter a mesma situação jurídica do de cujus.

Conforme DINIZ (2011, p. 16), “O termo “sucessão” aplica-se a todos os modos derivados de aquisição do domínio. Indica o ato pelo qual alguém sucede a outrem, investindo-se, no todo ou em parte, nos direitos que lhe pertenciam”.

A sucessão se dá com a morte do autor da herança conforme artigo 1784 do

Código Civil de 2002, regulamentada por lei vigente ao tempo de sua abertura, transmitindo aos herdeiros legítimos e aos testamentários o direito de herança.

GONÇALVES (2015, p. 21 e 22), trata sobre a evolução do Direito Sucessório, conforme a história:

O conhecimento da evolução histórica do direito das sucessões torna-se mais nítido a partir do direito romano. A Lei das XII Tábuas concedia absoluta liberdade ao *pater familias* de dispor dos seus bens para depois da morte. Mas, se falecesse sem testamento, a sucessão se devolvia, seguidamente, a três classes de herdeiros: *sui*, *agnati* e *gentiles*. Os *heredi sui et necessarii* eram os filhos sob o poder do pater e que se tornavam *sui iuris* com sua morte: os filhos, os netos, incluindo-se também, nessa qualificação, a esposa. Os *agnati* eram os parentes mais próximos do falecido.

Desde então entende-se que a transmissão da herança segue uma ordem de preferência aos herdeiros legítimos, denominada ordem de vocação hereditária, atualmente disposto no art. 1829 do Código Civil.

A ordem das classes sucessórias conforme DIAS (2011, p. 99), “Os herdeiros serão chamados à sucessão dentro da respectiva classe. Somente na hipótese de uma classe estar vazia é que são chamados os integrantes da classe subsequente. A presença de um único herdeiro de uma classe afasta todos os que pertencem às classes seguintes”, compõe a organização de quem há o direito de suceder o de cujus, conforme disposto em lei.

Com isto a sucessão socioafetiva, uma vez que o de cujus não possua outros filhos, além daquele reconhecido de forma afetiva, afasta os demais na linha sucessória, pois reconhecido o estado de filho, este será seu descendente legítimo.

2.2 Da Igualdade entre os Filhos

Uma vez que aberta a sucessão, são chamados os descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente nos termos do artigo 1829 do CC. Assim, quando se fala em descendentes não deve haver distinção entre o vínculo com o autor da herança, seja este dado através de um vínculo biológico, ou construído através do afeto.

Quanto a filiação socioafetiva, onde através do afeto, se cultiva o vínculo familiar, não deve haver nenhum tipo de distinção, no que se refere aos Direitos Sucessórios, uma vez que o artigo 227 da Constituição Brasileira, preserva a igualdade entre os filhos sendo biológicos ou não.

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

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

Assim, conforme os princípios de igualdade jurídica entre os filhos e da dignidade da pessoa humana, todos deverão ter os seus direitos e deveres devidamente garantidos uma vez admitida essa filiação de forma plena e absoluta, que geram direito pessoais e patrimoniais com a posse do estado de filhos.

Ao tratar dessa igualdade, dispõe GONÇALVES (2008, p. 361) que “Com relação ao Direito Sucessório, todos os filhos concorrem, em igualdade de condições com os filhos de sangue, em razão da paridade estabelecida pelos arts. 227, § 6º da Constituição e art. 1.628 do Código Civil. Em consequência, os direitos hereditários envolvem também a sucessão dos avós e dos colaterais, tudo identicamente como acontece na filiação biológica”.

Com isto, admitido o estado de posse de filho, este também possui as condições de neto, e demais parentescos colaterais, adquiridos da filiação socioafetiva, bem como seus direitos à sucessão.

Nas palavras de DIAS (2015, p. 50), “falar em filhos legítimos, ilegítimos, naturais, incestuosos, espúrios ou adotivos. Filho é simplesmente filho”, desta forma, independente de como advém o vínculo, estes tem igualdade sucessória.

Uma vez admitido de forma legal o vínculo de afeto, entre pais e filhos, estes concorrem de igual condições aos que de vínculo consanguíneo possuem, uma vez que este reconhecimento é um fato gerador de direitos.

2.3 Os Direitos Sucessórios dos Filhos Socioafetivos

A posse do estado de filho, advém da relação paterno-filial, que conforme o art. 1593 do Código Civil, não depende só de origem biológica, o que admite a filiação socioafetiva como um vínculo familiar, constituída através da convivência e da afetividade, e que traz como consequências os direitos e deveres civis, como a sucessão hereditária;

Conforme DIAS (2009, p 47), uma vez que o filho afetivo tem igualdade com os demais, concorre a sucessão como sendo um herdeiro necessário:

[...] de um modo geral, a doutrina identifica o estado de filiação quando há *tractus* (comportamento dos parentes aparentes: a pessoa é tratada pelos pais ostensivamente como filha, e esta trata aqueles como pais); *nomem* (a pessoa porta o nome da família dos pais); e fama (imagem social ou as reputações: a pessoa é reconhecida como filha pela família e pela comunidade; ou as autoridades assim a consideram) [...].

O mesmo encontra-se no Enunciado nº 519 do Conselho de Justiça Federal, onde diz que no artigo 1.593 do Código Civil “o reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais”. As filiações advindas de relações afetivas que se dão no seio familiar, devem preencher os requisitos do *tractatus*, *reputatio*, *nomatio* ou *nomem*, requisitos esses essenciais, que produzem efeitos jurídicos, bem como a problemática, sobre o direito de ser herdeiro legítimo na linha de sucessão do pai ou mãe afetivo, em seus patrimônios, direitos e deveres.

Os requisitos anteriormente citados, devem ser preenchidos, através do estado de filiação, mesmo que não em conjunto uns aos outros, do que diz LOBO (2010, p. 212):

[...] estas características não necessitam estar presentes conjuntamente, pois não há exigência legal nesse sentido e o estado de filiação deve ser favorecido, em caso de dúvida. A tutela jurídica da posse de estado de filiação abriga os chamados filhos de criação, enquadráveis na filiação socioafetiva, hipótese que corresponde a “veemente presunções de fatos já certos [...]”.

Assim, entende-se que mantido o estado de filiação, o filho afetivo é considerado um herdeiro legítimo, bem como os princípios constitucionais garantidores dos direitos das relações parentais, ao qual podem ser usados por analogia, para admitir as relações sóciosafetivos.

Destaca-se o julgado de 2015, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, como um exemplo:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO SUCESSÓRIO - SUSPENSÃO DO PROCESSO DE INVENTÁRIO - POSSIBILIDADE - SOLUÇÃO QUE DEPENDE DE OUTRA CAUSA - ALEGADA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA - MATÉRIA SUB JUDICE - RECURSO NÃO PROVIDO. Nos termos do artigo 265 do CPC, é plausível a suspensão de um feito quando sua solução depende do julgamento de outra causa. Ajuizamento de Ação de Declaração de Posse do Estado de Filho, em que se pretende o reconhecimento da filiação socioafetiva, que pode comprometer a relação de herdeiros elencada na ação de inventário. Suspensão devida dada a relevância da matéria discutida nas vias ordinárias.

Uma vez alegado a Posse de Estado de filho, e comprovado o vínculo de afeto entre o autor da herança e o filho afetivo, este será considerado um dos herdeiros legítimos, o que suspende a abertura do inventário até que seja julgada a matéria.

A exemplo disso o judiciário trata das consequências de se comprovar o afeto, para a legitimidade sucessória nas novas modalidades familiares:

APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - NASCIMENTO - REGISTRO CIVIL - RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE - SIMULAÇÃO - FALSIDADE - PATERNIDADE BIOLÓGICA - PATERNIDADE SOCIOAFETIVA - ADOÇÃO - DEVIDO PROCESSO - VÍNCULO AFETIVO - INEXISTÊNCIA - EFEITOS - PATERNIDADE SOCIAL - ASSISTÊNCIA MATERIAL - PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PATERNIDADE RESPONSÁVEL -” ADOÇÃO À BRASILEIRA “: CONSEQUÊNCIAS PERSISTENTES. 1. É nulo o ato de reconhecimento de filiação alheia como própria, se dolosamente simulada a declaração de paternidade. 2. Embora nulo o negócio jurídico simulado, o que se dissimulou subsiste se válido no conteúdo e na forma. 3. Processo e sentença proferida em ação de adoção são requisitos formais de validade do ato de registro da paternidade socioafetiva. 4. O afeto é elemento de consolidação da relação parental, mas sua ausência não a descaracteriza.

5. Só a extinção do vínculo afetivo entre pais e filhos não os exime das obrigações e direitos legais derivados do poder/dever familiar. 6. Ainda que não haja afeto, subsiste a relação de parentalidade social, fundada nos princípios constitucionais da dignidade humana e da paternidade responsável, orientados à preservação da família. 7. O dever de prestação de alimentos é expressão da paternidade social de que se investe aquele que voluntariamente reconheceu como próprio filho de outrem, ainda que ao arrepio do devido processo (“adoção à brasileira”). V. V. P. APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO DE NASCIMENTO. PATERNIDADE. AUSÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO CONFESSADO PELOS LITIGANTES. DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DE INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO SOCIOAFETIVO. RECURSO DESPROVIDO. I - Sabendo-se que o registro público goza de presunção” juris tantum “de veracidade, sua desconstituição é perfeitamente possível. II - Comprovada a inserção da paternidade no assentamento civil mediante alegação de falso (inveracidade da declaração do perfilhante), justificável a relativização da irrevogabilidade do reconhecimento preconizada no art. 1.610 do CCB/2002, como autorizam os arts. 1.604 e 1.608, ambos também do CCB/2002. III - Se as partes não controvertem quanto à inexistência da paternidade biológica e se revelado inequivocamente nos autos a inexistência da paternidade socioafetiva, inexorável concluir que o assentamento civil que a estampa não prestigia a verdade real, o que suficiente a seu desfazimento. (TJ-MG - AC: 10362100016314001 MG, Relator: Peixoto Henriques, Data de Julgamento: 28/01/2014, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 07/02/2014).

Não havendo meios de o Estado, comprovar a veracidade do vínculo de afeto e o estado de posse de filho, conforme jurisprudência, não há o que se falar em Direito Sucessório, mas uma vez reconhecida esta filiação e desconstituição do afeto entre as partes não extingue a relação jurídica antes admitida.

2.4 Ação Declaratória da Paternidade Socioafetiva

A “adoção à brasileira”, que se difere da adoção tradicional, se dá quando alguém registra outrem independente de ser filho biológico, evidenciado assim pelo afeto. O artigo 1.607 e seguintes do Código Civil, não faz distinção aos filhos biológicos ou não, ou seja, é possível o reconhecimento dos filhos socioafetivos.

A Ação Declaratória de Paternidade Socioafetiva, é o registro que exclui do registro o nome do pai biológico e inclui o do pai socioafetivo, preservando direitos a uma filiação constituída no afeto. Existe a possibilidade de um reconhecimento de filiação socioafetiva, extrajudicialmente, em cartório, para que se manifeste o interesse na filiação, sendo que é orientado sempre buscar a adoção via esfera judicial.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”. Então a qualquer tempo pode-se garantir ao filho socioafetivo o seu reconhecimento, o que lhe traz o direito a sucessão hereditária com a posse do estado de filho.

DIAS (2017, p. 466) diz “que não se confunde com a declaração de filiação socioafetiva *post mortem*, em que é suficiente a prova de o filho gozar da posse de estado, após o falecimento de quem desempenhou as funções de pai”. Prevista no art. 42, § 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que a possibilidade de adoção póstuma, exige a manifestação de vontade do adotante em reconhecer o vínculo ainda em vida.

2.5 Do Reconhecimento Legal do Afeto no Direito Sucessório

As relações socioafetivas, cada vez mais presentes em nossa sociedade, trazem a problemática desta monografia, quanto a de quem é o direito de ser constituído como herdeiro nas sucessões, uma vez que este sucessor seja considerado através do afeto, filho do autos das sucessões.

Nos casos de filiação socioafetiva, que se refere ao Direito Sucessório, conforme WELTER (apud DIAS, 2015, p. 53), é citado o reconhecimento do valor afetivo no Código Civil de 2002:

- (a) ao estabelecer a comunhão plena de vida no casamento (CC 1.511);
- (b) quando admite outra origem à filiação além do parentesco natural e civil (CC 1.593);
- (c) na consagração da igualdade na filiação (CC 1.596);
- (d) ao fixar a irrevogabilidade da perfilhação (CC 1.604) e;
- (e) quando trata do casamento e de sua dissolução, fala antes das questões pessoais do que dos seus aspectos patrimoniais.

O afeto está presente nos demais dispositivos que compõem o ordenamento jurídico brasileiro, garantindo a proteção necessária para regulamentar as demandas, advindas nas mudanças sociais que compõem as diversas constituições familiares, mesmo não estando estas previstas em lei

DIAS (2015, P. 53), retrata a necessidade do poder judiciário em reconhecer o afeto, nas normas jurídicas:

A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, da família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas. Na esteira dessa evolução, o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto.

Uma vez que através do afeto, constitui-se a filiação sócioafetiva com o autor da herança, cabe também ao judiciário, lembra a existência dos direitos desse filho, para como o pai biológico, uma vez que também mantém este vínculo, nos casos de pluriparentalidade à herança desses dois pais.

Com isto cita DIAS (2015, p. 409) sobre a coexistência dessas relações:

[...] coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los, na medida em que preserva direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo a dignidade e a afetividade da pessoa humana. [...] Esta é uma realidade que a Justiça já começou a admitir: o estabelecimento da

filiação pluriparental quando verificada que a posse de estado de filho, sem excluir o vínculo com o genitor [...].

A pluriparentalidade no Brasil, reconhece a existência de registro das partes, sejam pais ou mães afetivos, ou biológicos, uma vez que o registro da filiação afetiva, não tenha havido por erro, dolo ou coação, uma vez que este registro é feito por vontade própria da parte, tomando a posse do estado de pai e filho

O STF julgou em 2016, o RE 898060 onde propôs a seguinte tese quanto a matéria:

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, salvo nos casos de aferição judicial do abandono afetivo voluntário e inescusável dos filhos em relação aos pais.

O relator do RE 898060, ministro Luiz Fux, considera que nada impede o reconhecimento simultâneo das filiações sejam biológicas ou socioafetivas, seguindo o princípio da paternidade responsável. Conforme o Ministro da a entender a legislação deve amparar esse reconhecimento, uma vez que esta seja de interesse ao filho.

Desta forma a filiação sócioafetiva, uma vez que garantido o registro da vontade espontânea daqueles pais ao qual acolhem o filho através do afeto, a este garantem o amparado legal na sucessão legítima, uma vez existente a relação afetiva e a convivência familiar entre herdeiro e autor da herança, baseando-se no princípio da solidariedade familiar, e na posse do estado de filiação, ao qual tem por objetivo específico nesta monografia.

Dispõe ainda o Ministro Luiz Fux, quanto ao reconhecimento civil, e a garantia dos direitos afetivos compreendidos na Carta Magna de 1988:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB).VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB).

Com base nisso, cabe ao judiciário analisar cada história, de forma análoga aos princípios norteadores do Direito de Família, e Sucessório, elencados na Constituição e nas leis infraconstitucionais, para garantir que sejam satisfeitas as demandas.

Ante todo exposto, fica claro que para que não exista dúvidas quando ao direito do herdeiro, compreendido pelo vínculo de afeto com o *de cujus*, faz-se necessário que o mesmo venha manifestar a preocupação para com reconhecimento do filho socioafetivo. Desta forma o autor da herança já terá expressado em vida, o desejo de o filho sócioafetivo, tenha os seus direitos pessoais e patrimoniais garantidos, uma vez reconhecida a relação de afeto e o vínculo familiar entre as partes.

Não havendo a expressa vontade de reconhecer em vida a filiação sócioafetiva, a jurisprudência ressalta que não deve haver o direito de sucessão *post mortem*:

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. INEXISTÊNCIA DO VÍNCULO PARENTAL. CARÁTER PATRIMONIAL. PROVA. 1. A ação de investigação de paternidade visa o estabelecimento forçado da relação jurídica de filiação. 2. Se o de cujus pretendesse reconhecer o recorrente como filho, certamente teria promovido o seu registro como filho (adoção à brasileira) ou, então, formalizado a sua adoção, ou, ainda, lavrado algum instrumento público neste sentido, mas nada foi feito, não tendo sido o autor sequer contemplado com alguma deixa testamentária, pois testamento ele fez...

(TJ-RS - AC: 70041323528 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 19/10/2011, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 24/10/2011).

O reconhecimento da adoção após o falecimento, só se dará se antes do óbito o adotante já havia manifestado sua vontade, bem como trata a jurisprudência:

ADOÇÃO SOCIOAFETIVA PÓSTUMA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DOS FALECIDOS. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. É possível a adoção póstuma quando existe inequívoca manifestação de vontade do adotante e este vem a falecer no curso do procedimento, antes da sentença. Inteligência do art. 42, § 5º, da Lei nº 8.069/90. 2. Revela-se juridicamente impossível, no entanto, o pedido de transformação da mera guarda em adoção socioafetiva, quando as pessoas apontadas como adotantes não deixaram patente a vontade de adotar em momento algum, nem tomaram quaisquer medidas tendentes ao estabelecimento do vínculo de filiação, ficando claro que o vínculo pretendido era apenas e tão-somente de mera guarda. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70052765195, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 27/03/2013).

Conforme isto, não havendo o reconhecimento, da filiação sócioafetiva, não há o que se falar em direito a sucessão, uma vez que o Provimento 63, de 14 de novembro de 2017, do CNJ, (Diário da Justiça - CNJ - Edição no 191/2017), dispõe que o reconhecimento do filho socioafetivo pode ser realizado diretamente em Cartório, ou seja, independe de sentença judicial. Ademais, a jurisprudência diz:

APELAÇÃO DIREITO CIVIL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE. ADOÇÃO PÓSTUMA. AUSÊNCIA DE EXPRESSA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO ADOTANTE. Não cabe a adoção póstuma, se inequívoca a ausência de vontade do falecido em reconhecer os autores como seus filhos adotivos, ou de criação, porque nada nesse sentido providenciara quando ainda era vivo. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70054468616, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 26/06/2013).

Desta forma encerra-se este capítulo deixando claro que para a existência da sucessão, na filiação sócioafetiva, a mera guarda ou convívio entre as partes não configura o real interesse de constituição familiar, para que alguém seja considerado apto a sucessão, deverá o autor da herança expressar em testamento sua última vontade, conforme disposto nos artigos do Código Civil, Livro V – Do Direito das Sucessões, que tratam sobre o direito de receber eventual herança, bem como o reconhecimento em vida do filho, aquele a quem lhe deverá suceder, demonstrado o afeto, e o vínculo familiar, seguindo os princípios do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

3 CONCLUSÃO

Analisando o contexto histórico abordado na pesquisa, vimos primeiramente a família nas sociedades passadas, onde o sistema patriarcal regia todas as decisões imputadas sobre aquele que a compõe, a criação da instituição do matrimônio, o reconhecimento dos filhos, e o poder absoluto do *pater*, deste ponto até a atualidade, sofrendo mudanças junto com a necessidade social.

A constituição Federal de 1988, foi o marco para o início do reconhecimento de princípios basilares da família, e seus indivíduos em sociedade. Tais princípios trazem a igualdade entre os filhos, havidos na constância do matrimônio, ou fora dela. Já em 2002 o Código Civil, traz a lide novas formas de garantia de direito, tanto para a mulher, quanto para os filhos.

Na atual realidade social encontram-se modalidades de família, que não advém da união entre um homem e uma mulher como anteriormente regravava nosso ordenamento jurídico. É a partir desse ponto que se faz necessário uma analogia aos princípios constitucionais para a garantia da proteção a essas relações, e aqueles que a compreendem.

O afeto é o princípio que vem evidenciar a existência da filiação nesses casos. Independente de como se gera o vínculo de pais e filhos, seja de forma biológica ou não, o princípio da afetividade, mostra que os laço de amor, de carinho, respeito mútuo.

No entanto, com a seguinte pesquisa o direito pacifica todas as formas de reconhecimento possíveis para essa filiação. Ao tratarmos de Direito Sucessório, é inegável que deve existir a pretensão ainda em vida do *de cuius*, em reconhecer esta filiação. Esse reconhecimento pode ser tanto na esfera judicial ou extrajudicial. Ademais é sabido que o mesmo pode fazer tal reconhecimento no próprio testamento. Assim reconhecido o filho, este goza de todos os direitos e dos deveres pertinentes a filiação legítima.

Assim, um dos pais que venha a falecer, e não havendo tal reconhecimento

não é razoável, segundo a jurisprudência, que seja atribuído este direito, posteriormente, para que isto não configure no mero interesse ao patrimônio do *de cuius*.

A jurisprudência, compreende no contexto atual que o afeto se sobrepõe ao vínculo biológico, porém ao não estar positivado em nosso direito e passivo de diferentes opiniões nos tribunais.

Consoante ao exposto, sustenta-se a ideia de que Direito Brasileiro ainda carece de novas atualizações, que os tribunais ainda precisam pacificar o entendimento, que conforme os princípios constitucionais, o afeto e o princípio da igualdade entre os filhos, que por sua vez reconhecidos não se pode rejeitar os direitos a sucessão ao filho afetivo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

_____. **Decreto Federal nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a convenção sobre os direitos das crianças. Diário Oficial da União, Brasília, Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 Abr. 2019.

_____. **Lei 3071, de 1º de janeiro de 1916**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

_____. **Lei nº 6.515. De 26 de dezembro de 1997**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

_____. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

_____. **Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992**. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado n. 519**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento n. 63 de 14 de novembro de**

2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 01 mai. 2019.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **Direito de Família e das Sucessões**. rev. e atual. por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIAS, Maria Berenice. **Novos Tempos, Novos Termos**. Boletim IBDFAM, Belo Horizonte, n. 24, 2004.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual das Sucessões**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 10.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. rev., atual e ampl – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Código Civil Anotado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 3: teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 31. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A Paternidade Fragmentada**: família, sucessões e bioética. Porto Alegre: Livro do Advogado Ed., 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito Civil Brasileiro**, volume 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOCKS, Jéssica Cristina dos Anjos. **As Novas Modalidades de Família**. 2012. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Código Civil Comentado**: famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Princípio da solidariedade familiar. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3759, 16 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **AC: 10362100016314001**. Relator: Peixoto Henriques. DJ: 28 jan. 2014. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 01 mai. 2019.

_____. **AI 1.0024.13.424950-7/001**. Relator: Des. Armando Freire. DJ: 27 jan. 2015. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 01 mai. 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. **Direito de Família**: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. **Princípios norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 1. ed. ver. e ampl.. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **AC: 70041323528**. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. DJ: 19 out. 2011. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 01 mai. 2019.

_____. **AC: 70052765195**. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. DJ: 27 mar. 2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 01 mai. 2019.

_____. **AC: 70054468616**. Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro. DJ: 26 jun. 2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 01 mai. 2019.

RODRIGUES, Silvio, Direito Civil, v. 6, p. 297. In: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume 6: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**

na Constituição Federal de 1988. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

Supremo Tribunal Federal. **RE: 898060.** Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 21 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 mai. 2019.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil:** Direito de Família. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Direito de Família. 6ª Edição. Ed. Atlas. São Paulo, 2006.

VILLELA, João Baptista. **O Modelo Constitucional da Filiação.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro Marx. Teoria Tridimensional do Direito de Família. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n.71, p. 127-148, jan./abr. 2012. Disponível em: <www.amprs.com.br>. Acesso em: 05 abr. 2019.

OS SISTEMAS JURIDICOS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW* E SUAS PRINCIPAIS DIFERENÇAS

Emiliano da Silva Ramos¹
Caroline Ribeiro Bianchini²
Luis Claudio Araujo Schneider³
Laura Maria Bertoti Kuster⁴

RESUMO

O presente trabalho versa sobre as influências do Sistema jurídico *common law* no ordenamento jurídico pátrio, passando por sua origem histórica juntamente com a tradição *civil law*, esta qual o Brasil é adotante. Por meio de pesquisa bibliográfica, busca-se verificar qual o objetivo do legislador ao trazer, dentro do novo Código de Processo Civil, especificações no que tange a utilização da jurisprudência uniforme e os precedentes como fonte primária de Direito, especificamente, no intuito de dar celeridade e efetividade à prestação jurisdicional, juntamente com o escopo educacional das referidas alterações legislativas para que se evitem a judicialização das coisas. Observa-se que a previsão em Lei acerca da utilização de precedentes como fonte direta do Direito, difere daquela contida nas normas do Direito costumeiro. O legislador preservou as fontes historico-empíricas do sistema jurídico que o Brasil adota, expressando, em Lei, que o precedente, ainda que diferente do adotado no *common law*, deve ser adotado na fundamentação da decisão bem como, obrigatoriamente acompanhado quando sedimentado pelos tribunais superiores. Outrossim, diante das percepções advindas da pesquisa, conclui-se que é necessário uma mudança na postura dos magistrados e da comunidade jurídica em geral, para uma maior efetividade daquilo previsto no texto de Lei, para que se alcance a almejada segurança jurídica.

Palavras – chave: Jurisprudência. Precedentes. *Common law*. *Civil law*. Obrigatoriedade.

¹ Acadêmico do Curso de Direito, 10ª fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Profª Mestra em Direito do curso de graduação em Direito, do Centro Universitário UNIFACVEST.

³ Profº especialista em Direito Penal e Processo Penal e em Processo Civil. Mestre em Ambiente e Saúde. Advogado.

⁴ Graduada em Direito pelo Centro Universitário Unifacvest e Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade do Estado de Santa Catarina.

THE COMMON LAW AND CIVIL LAW LEGAL SYSTEMS AND THEIR MAIN DIFFERENCES

Emiliano da Silva Ramos¹
Caroline Ribeiro Bianchini²
Luis Claudio Araujo Schneider³
Laura Maria Bertoti Kuster⁴

ABSTRACT

The present work deals with the influences of the common law legal system in the legal order of the country, passing through its historical origin along with the civil law tradition, which Brazil adopts. Through a bibliographical research, it is sought to verify the purpose of the legislator by bringing, within the new Code of Civil Procedure, specifications regarding the use of uniform jurisprudence and precedents as a primary source of law, specifically, in order to give celerity and effectiveness to the jurisdictional provision, together with the educational scope of said legislative changes so that the judicialization of things is avoided. It is observed that the prediction in Law about the use of precedents as a direct source of Law, differs from that contained in norms of customary law. The legislator preserved the historical-empirical sources of the legal system that Brazil adopts, expressing in Law that the precedent, albeit different from that adopted in the common law, must be adopted in the grounds of the decision as well as obligatorily accompanied when settled by the higher courts. Moreover, in the face of the perceptions arising from the research, it is concluded that a change in the position of the magistrates and of the legal community in general is necessary, in order to achieve greater effectiveness of what is provided for in the text of the Law, in order to achieve the desired legal certainty.

Key word: Jurisprudence. Precedents. Common law. Civil law. Obligatoriness.

¹ Acadêmico do Curso de Direito, 10ª fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Profª Mestra em Direito do curso de graduação em Direito, do Centro Universitário UNIFACVEST.

³ Profº especialista em Direito Penal e Processo Penal e em Processo Civil. Mestre em Ambiente e Saúde. Advogado.

⁴ Graduada em Direito pelo Centro Universitário Unifacvest e Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade do Estado de Santa Catarina.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta como objetivo institucional preencher requisitos para conclusão do curso de Direito do Centro Universitário Unifacvest. Adota-se como tema a possível entrada do sistema *common law* e alguns de seus institutos no ordenamento jurídico brasileiro.

A importância do tema decorre da necessidade de se evitar que os juízes “criassem” direitos, e acabassem por fim interferindo diretamente no poder legislativo e ferindo o princípio da legalidade, assim sendo é que este incluiu os dispositivos legais que preveem os precedentes jurisprudenciais como fonte primária e direta dos casos a serem julgados.

Destaca-se que os institutos da precedência (uniformização) e o *stare decisis* são elementos objetivos do sistema jurídico *common law*, ocorrência esta que originou o presente estudo, surgindo então os questionamentos essenciais à presente monografia.

O problema central da presente pesquisa surgiu ao se perceber que, há um certo tempo, vem os juízes adotando meios de julgamento que não os expressamente previstos em Lei (direito positivado, *civil law*), mas com base objetiva na jurisprudência pátria, aí então, questiona-se: pode ou não o juiz limitar-se a uma fonte que não a prevista em lei para fundamentar os seus julgados? Essa questão incorre ou não em influência da *common law* no ordenamento jurídico brasileiro? As questões em comento, nos remetem diretamente a lei de introdução as normas do direito brasileiro, que admite a jurisprudência como fonte do direito, dentre outras previsões.

Adota-se como escopo analisar se na nova atualização legislativa do código de processo civil, ao ordenamento jurídico brasileiro restou incorporado, ainda que de forma sucinta, à *common law*, qual o objetivo do legislador ao normatizar a uniformização da jurisprudência pátria prevista no art. 926 do referido diploma legal, com a adoção do instituto da precedência, tendo como objetivos específicos, verificar a evolução do direito processual brasileiro, e até o momento da adoção de influxos do referido sistema jurídico.

Através de pesquisa bibliográfica pretende-se encontrar a resposta que identifique a semelhança entre os sistemas jurídicos *civil law* e *common law* no direito brasileiro.

2 OS SISTEMAS JURIDICOS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW* E SUAS PRINCIPAIS DIFERENÇAS

Ao se estudar a história do direito e suas instituições, é necessária a compreensão de seus institutos e os sistemas que o compõem. Os sistemas jurídicos mais utilizados, a *civil law* e *common law*, representam dois dos modelos mais influentes e reguladores, e ainda que tenham sofrido influência direto do Direito romano, ambas reagiram a este de maneiras diferentes. Ambas buscam a segurança jurídica, entretanto, *civil law*, busca a segurança por intermédio das Leis positivadas, ao passo que a *common law* a busca por intercorrência dos precedentes judiciais.

2.1 O sistema *civil law*

Os dois sistemas, os principais utilizados no mundo ocidental, destoam profundamente entre si por razão de suas origens históricas e a forma que se desenvolveram. A *civil law* que teve origem direta do Direito romano-germânico, exerceu maior influência na Europa continental, onde a elaboração de leis, codificações e constituições, primaram pela organização de estado com base naquilo que lecionava o direito romano, Vieira (2007, p.270):

E, por isso, a expressão Civil Law, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais; portanto, também denominado sistema Romano-Germânico.

No período renascentista, momento em que as cidades e o comércio organizavam-se de forma a obter os melhores meios de convivência, o ideal de que “somente o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso” (DAVIDS, 2002, p.39) separou o direito da religião.

O estado romano, que organizou primeiramente o direito, seus processos e procedimentos legou um sistema jurídico nunca antes visto.

As invasões bárbaras, conforme dito alhures, restou por derrubar todo o sistema ordenado pelos romanos, já que o povo se encontrava dominado e sujeito as normatizações bárbaras. Este movimento de abstração normativa, resultou em declínio do direito escrito, trazendo à tona procedimentos místicos, os ordálios ou juízos de Deus. René David (1972, p.59-60) ao tratar do tema:

Para que serve conhecer e precisar as regras do direito quando o sucesso dum parte depende de meios tais como o juízo de Deus, o juramento das partes ou dos “conjuradores” (compurgação) ou a prova dos “ordálios”? Para que serve obter um julgamento se nenhuma autoridade, dispondo de força, está obrigada ou preparada para pôr esta força à disposição do vencedor? Nas trevas da Alta Idade Média, a sociedade voltou a um estado mais primitivo. Pode existir ainda um direito: a existência de instituições criadas para afirmar o direito (as *rachimburgs* francas, as *laghman* escandinavas, as *eósagari* islandesas, as *brehons* irlandesas, as *withan* anglo-saxônicas) e até mesmo o simples fato da redação de leis bárbaras tende a convencer-nos disso. [...] No século XVI, também um adágio, na Alemanha, diz *Juristem, böse Christen* (Juristas, maus cristãos); se aplica de preferência aos romanistas, o adágio vale para todos os juristas; o próprio direito é coisa má.

O trato para com o Direito, em um momento de turbulência na Europa continental, acabou por relativizar a aplicação deste, pelo menos o escrito, resultando basicamente mais na vontade dos dominadores, que nos estudos dos doutrinadores (glosadores).

O retorno dos estudos do direito romano, nas universidades italianas, resultou em uma maior utilização de sua doutrina pelos tribunais europeus continentais constituindo então uma nova cultura jurídica, decorrente dos estudos dos textos de lei roma-

nos, cuja extração doutrinária denominava-se glosas. (BARREIRO; PARICIO, 2010, p.189-190)

Somente no momento de estudo aprofundado dos textos de Lei romanos é que possibilitou uma melhor aplicação da Lei, visto que, os glosadores, interpretavam os textos em sua íntegra, e transmitiam a quem responsável. O Estado se organizava de forma que a Lei fosse o norteador do comportamento da vida em sociedade.

Por esta razão, é que o Estado Romano foi fundamental para a história do Direito, e considerado marco divisório na fundação dos sistemas *civil law* e *common law* (WAMBIER, 2017, p.35)

Destaca-se que o estudo do direito nas universidades medievais, não se pautava no estudo do direito positivado, mas sim em princípios gerais, filosóficos e que buscavam princípios gerais de justiça. O texto rígido de lei, não era objeto de debates ou de doutrina, mas o que eles queriam dizer é que sim, mesmo porque não especificamente positivados, os usos e costumes sobrepujam os textos, porquanto a filosofia era disciplina norteadora dos estudos acadêmicos, e dentro dela, o senso de justiça.

Nesta linha, o estudo sistemático do direito, ensejou no surgimento do *ius commune*, direito comum das universidades, ainda que presentes em estado/nações diferentes. Para Lopes (2008, p.105) é o caráter transnacional do ensino jurídico que acrescenta à cristandade uma familiaridade a mais: a *ius commune*, asseverando ainda que o direito comum teve papel fundamental na harmonização das nações, por meio de seus juristas que, letrados, promoveram e formalizaram as discussões sobre, liberdade, legalidade, equidade, misericórdia e justiça.

Todos os países que adotam o sistema *civil law*, são prevalentes na explicitação do Direito escrito e legislado, tendo como norma, o acompanhamento do que diz textualmente a sua codificação, no Brasil, ainda há a recepção de outras formas de fonte do direito, tais como, o direito comparado, os usos e costumes etc.

Doutrina, jurisprudência e costume, gozam de *status* normativo inferior, utilizados supletivamente, no caso de a legislação não solucionar a contento determinado questão (LIMA, 2013, p.82).

Os ideais positivistas, neste caso o positivismo jurídico, triunfaram primeiramente na França, com a publicação dos Códigos Napoleônicos, Código civil francês, comercial, penal e processual penal e processual civil, forjando assim, cinco códigos que norteiam as normas positivadas nos países adotantes do sistema *civil law*.

A tradição *civil law*, é basicamente dotada de normas rígidas ou flexíveis, escritas, positivadas, e interpretadas, cuja codificação destas, constituem a espinha dorsal do sistema jurídico do estado, separando o Direito público do privado.

O código, nos países que adotam a *civil law*, compreende a legislação ordinária, que tem por escopo exaurir a regulamentação sobre determinado ramo do direito, difere dos códigos romanos, que em si tinham inseridos legislações esparsas. Somente a partir sec. XIX, é que estas obras, visavam expor o direito comum aplicáveis em um Estado. (DAVID, 1972, p.128)

Destaca-se que no momento atual, a influência do sistema *common law*, não retirou do papel do Juiz, a interpretação da lei, o acompanhamento dela, mas, fixou, dentro do princípio da legalidade, o dever/poder de este acompanhar os precedentes nos seus julgados.

Não é recente a aproximação de ambos os sistemas, o Código de 39, já trazia em seu corpo normativo, mais especificamente o art. 861, que o Tribunal poderia promover o pronunciamento prévio sobre a interpretação de qualquer norma jurídica (DOMINGOS BRITO; OLIVEIRA, 2013, p.01).

Diante da clara volatilidade do Direito brasileiro, é que ao longo dos tempos, vem, os legisladores, com o auxílio dos doutrinadores e membros de comissões jurídicas, buscando meios de simplificar a jurisdição, sem que estejam sujeitos os Tribunais pátrios atolados em processos infundáveis. Todavia, a vontade legislativa, difere da Prática Judiciária, visto que, até o código atual, o poder geral de cautela do julgador e outros princípios, superava o próprio texto de Lei.

2.2 O sistema *common law*

Diferentemente do *civil law*, muito embora derive do direito romano-germânico, têm sua origem no direito casuística ou *case law*.

É utilizado majoritariamente nos países membros da Grã-Bretanha e EUA, abrangendo toda a sua estrutura judiciária, e apesar das diferenças culturais e históricas, suas fontes de direito derivam do mesmo sistema de aplicação da Lei.

Esse sistema, teve sua formação entre os anos de 1066 e 1485, com a conquista normanda, levando à Inglaterra um “poder forte, centralizado, rico de uma experiência administrativa posta à prova no ducado da Normandia” (DAVID, 1978, p.358).

O feudalismo, originado logo após a referida conquista, formou também, organização militar suficiente para que o avanço pelo continente europeu, ensejasse no desenvolvimento do sistema, com a criação do Direito comum, fazendo frente aos costumes locais.

Embora os primeiros juizes da *common law* tenham aplicado regras de origem germânica – princípios que serviram de alicerce ao sistema jurídico inglês - verifica-se que “o sistema da *common law*, desde sua formatação inicial, era considerado tão adequado às necessidades e estava tão bem inserido na realidade social do seu tempo.” (TUCCI, 2004, p.150-152).

Destaca-se por oportuno, que, diferentemente da *civil law*, o seu desenvolvimento deu-se por evolução histórica, enquanto que aquela, por revolução. O Direito comum, que tem por base a tradição, os usos e costumes, e a jurisprudência manteve-se volátil.

De acordo com Wambier (2017, p.54) o *common law* não foi sempre como é hoje, mas a sua principal característica sempre esteve presente: casos concretos são considerados fonte do direito. O direito inglês, berço de todos os sistemas de *common law*, nasceu e se desenvolveu de um modo que pode ser qualificado como “natural”: os casos iam surgindo, iam sendo decididos. Quando surgiam casos iguais ou semelhantes, a decisão tomada antes era repetida para o novo caso. Mais ou menos como se dava no direito romano.

Justamente neste sentido, é que o sistema, ainda que evoluindo ao longo dos séculos, mantinha os precedentes como fonte primária: o que se decidia em casos anteriores, se decide em caso análogo.

Ademais, outra grande característica do sistema, é que, a ausência de direito textual sobre determinado assunto, autorizava aos juízes, a “criação” de um direito, fonte de si mesmo, e que melhor solucionasse o caso em discussão.

Observa-se que ambos os sistemas, conforme já dito, buscavam a segurança jurídica na aplicação da lei, todavia, na Europa continental, tutelada pelo direito de origem romano-germânica, este desejo ensejou em codificações, conquanto que na Inglaterra, os precedentes buscaram idênticos meios de ofertar a sociedade a mesma segurança. (SILVA, 1996, p.105)

Aliás, a segurança jurídica é o objetivo direito de ambas as tradições. Ainda que se entre na seara de eficiência de ambas, não se questiona o objetivo real destas. Sempre que se analisa o caso, o intuito do julgador nas tradições majoritárias, é dar sentido ao caso objeto da demanda, não ultrapassando os limites da lei na *civil law* e os precedentes na *common law*.

René David (1978, p.428), faz ressalvas as referidas seguranças advindas do Direito comum, ao dizer que o direito jurisprudencial, no ideal de respeitar os precedentes, nem sempre resultou em certeza, isto porque, somente no sec. XIX a regra do precedente se estabeleceu rigorosamente, impondo aos juízes ingleses o recurso às regras criadas pelos seus predecessores.

O contexto histórico da utilização dos precedentes, não superou a necessidade do respeito aos usos e costumes, tendo aquele virado regra obrigatória, somente no final do século retrasado.

Tal efeito vinculante restou reconhecido no julgamento do caso *Beamish v. Beamish*, em 1861, conduzido pelo Lord Campbell. Nesse caso restou determinado que a House of Lords estaria obrigada a acatar a sua própria autoridade proclamada nos julgamentos, em que: O direito declarado na *ratio decidendi*, sendo claramente vinculante para todas as cortes inferiores e todos os súditos do reino, se não fosse considerado igualmente vinculante para os Law Lords, a House of Lords se arrogaria o poder de alterar o direito e legislar com autônoma autoridade. (TUCCI, 2010, p.220).

O que se depreende das formas de aplicação do Direito comum, é que invariavelmente, o acompanhamento de casos anteriores era essencial a solução do caso discutido, isto porque, sempre se observava os usos e costumes como cerne do julgamento, cerne este que se mantém como espinha dorsal da aplicação legal da *common law*.

2.3 Principais diferenças entre ambos os sistemas

Muito embora *common law* e *civil law*, derivem do direito romano-germânico, sua aplicação legal, em momentos-chave, diferiu em sua evolução histórica, resultando em codificação de Leis para uma, e a de um sistema jurisprudencial para outro.

Luiz Guilherme Marinoni ao traçar um perfil histórico-crítico do direito comum e *civil law* diz que “a segurança jurídica, postulada na tradição *civil law* pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, há muito estabelecido para assegurar essa mesma segurança no ambiente *common law*” (MARINONI, 2010, p.99).

O que se percebe da doutrina é que há algum tempo a aproximação de ambas as tradições, especificamente no Direito brasileiro, tornou-se necessária para encerrar discussões infundáveis, alongadas no tempo pela morosidade judiciária e cujo objetivo não era resolver a lide da melhor maneira possível.

A máxima de que Lei é igual para todos, parecia não vigorar no ordenamento jurídico pátrio, já que invariavelmente encontrava-se decisões distintas a casos iguais.

Primeiramente é importante destacar que, a *common law* atualmente tem deixado de lado o direito consuetudinário em si, muito embora este fosse sua espinha dorsal por um determinado período, o que se percebe desta tradição é a utilização do direito jurisprudencial como sua fonte direta, dita pelo juiz, analisando caso a caso e suas semelhanças.

René David, ao analisar o sistema moderno, leciona: “O atual funcionamento da regra do precedente ignora a noção, aparentada como a do costume, de jurisprudência constante; o precedente obrigatório é constituído por um único acórdão, dado por uma jurisdição”. (DAVID, 1978, p.351).

Logo, é essa a idéia que se deve ter em mente ao se referir ao direito da *common law*, cuja obrigatoriedade vem de uma decisão única e colegiada, gerando daquele ponto em diante, obrigação de acompanhamento do que fora decidido.

Conforme dito alhures, o surgimento das universidades na Itália aprofundou os estudos do direito romano, base da *civil law*, cujo objetivo era organizar, compreender e interpretar os textos de Lei romanos ausentes de coerência e harmonização (WAMBIER, 2017, p.24).

O respeito a utilização do instituto dos precedentes, oriundo da *common law*, vem em obediência ao princípio da legalidade, já que o novel Código de Processo Civil trouxe em seu texto, a utilização expressa dos precedentes com fito a uniformizar o entendimento sobre determinados temas nos Tribunais superiores e instâncias inferiores.

Importante destacar que mesmo antes, já havia a possibilidade de utilização da jurisprudência como fonte de direito, em ocorrência de eventual lacuna legislativa, essa condição de exceção fez e faz parte da flexibilidade do Direito Brasileiro.

Segundo Marinoni (2010, p.91-92):

Entretanto, após a transformação do conceito de direito e da nova dimensão da função jurisdicional impostas pelo neoconstitucionalismo, o que realmente interessa saber é como o juiz constrói uma norma jurídica para o caso concreto quando a norma geral não existe ou está em desacordo com os princípios constitucionais de justiça e com os direitos fundamentais.

Destaca-se que sendo a Lei fonte primária do sistema jurídica brasileiro, o movimento em direção as tradições do direito comum obedecem ao que diz a Lei neste mesmo sentido, em obediência ao princípio da legalidade. Os julgadores não criam Leis, mas decidem, dentro do próprio texto normativo, acerca de temas em que este seja omissos.

Ainda sobre o tema, o colendo doutrinador ressalva que “a construção dessa norma jurídica não significa criação de norma geral individual para regular o caso concreto ou criação de norma geral” (MARINONI, 2010, p.92)

Destá forma, o que diferencia as tradições supra, é a sua obrigatoriedade, uma vez que a utilização da jurisprudência encontra o seu limite dentro da lei (STRECK; ABOUD, 2013, p.31) sendo que no direito comum, o seu limite é o que o próprio caso apresenta, se utilizando de jurisprudência anterior, aplicando-a ao caso concreto e não o texto de lei em si.

Ainda, a mais óbvia das diferenças, é justamente que na tradição *civil law*, o direito vem da Lei, e não do juiz, muito embora se verifique na jurisprudência pátria, inúmeros casos em que, a inércia do Poder Legislativo, acaba por “permitir” que o Julgador, singular ou colegiado, aplique o direito conforme sua conveniência, mas ainda assim, em respeito ao princípio da legalidade, já que a Lei de introdução as normas de direito brasileiro, assim o permite, ainda que interfira em um dos poderes.

O renomado Juiz, agora Ministro de Estado Sergio Moro, sobre o assunto diz que “quando é declarada a inconstitucionalidade de uma Lei, o grau de interferência da jurisdição sobre o legislativo é maior do que quando se faz o controle da inconstitucionalidade por omissão no caso concreto. (MORO, 2004, p.244) apenas para citar um exemplo.

Já na *common law*, cuja fonte, conforme já dito, é a jurisprudência anterior, é permitido ao juiz, de forma deliberada e diante de um caso concreto, onde ele não encontre suporte em precedentes sobre o tema, dizer o direito conforme sua conveniência, que por consequência, após formalidades legais do local, originará um precedente ao próximo caso semelhante.

Os limites legais de utilização do instituto da precedência, e de suas nuances, restam por demonstrar que o Direito brasileiro, vinha sofrendo influências da tradição *common law*, e que agora, com o advento do novo Código, vêm expressamente autorizar a utilização destes, com suas exceções e obrigatoriedades, tudo isto referendado pelo princípio da legalidade.

3 CONCLUSÃO

De toda a pesquisa bibliográfica realizada, concluímos que desde os primórdios dos tempos, o Direito sempre esteve ajustado à evolução da sociedade.

A civilização romana nos trouxe as primeiras leis escritas, os primeiros fundamentos de procedimento e processo, alinhando-se ao longo de sua existência, com as necessidades do povo.

Trouxeram também figuras e princípios importantes dentro do processo, como forma de organizar o procedimento e com justeza, garantir a aplicação de Lei.

Após o domínio dos bárbaros, o Direito processual viveu um hiato de inoperância, já que, a vontade destes é que prevaleciam, sendo os textos de Lei romanos subutilizados ou utilizados em exceções.

Entretanto, não se afasta do Direito moderno, importantes soluções trazidas pelos bárbaros, em conjunto com o Direito canônico, que se destacava em parte da Europa.

Com a volta dos estudos dos textos de Lei romanos, os procedimentos bárbaros, e as regulações do Direito canônico e romano, é que surgiu a base do processo civil moderno, fruto da interpretação por parte daqueles que integravam as universidades na Itália.

O processo por eles ajustado, vigorou por aproximadamente cinco séculos, tendo sido modernizado com a revolução francesa. Aliás, neste período é que efetivamente ocorreu a separação do processo, com codificações, também conhecidos como códigos napoleônicos, em constituição, código civil, processo civil, comercial, penal e

processo penal, resultando na *civil law*, ou seja, a lei escrita, positivada é que regula-menta o comportamento social.

Na parte não continental da Europa, um novo tipo de Direito avançava sobre o continente, advindo da conquista normanda, cuja fonte do direito, eram os usos e costumes, com o claro intuito de criar uma figura que diz o direito, independente de Lei.

Este direito, que ao longo dos anos foi modernizado, e nominado como *common law*, direito comum, tem em si, uma relativização do texto legal, inexistência de codificação, e jurisdição vinda dos tribunais, utilizando os precedentes anteriores como fonte do caso atual.

No Brasil, diante da colonização portuguesa, somente com a vinda da família imperial, constituição do império, é que o processo civil evoluiu. A adoção das ordenações Filipinas como instrumento normatizador, vigorou até que surgiu a necessidade de legislação própria diante do crescimento do País.

O código comercial, o regulamento 737 dentre outras legislações, serviram de base para um processo civil regular e ordinário.

Cumprе ressaltar, que o Brasil, colonizado, adotou para si a tradição *civil law* como espinha dorsal da constituição do Estado. Com a República, veio também, uma nova necessidade de reformulação processual.

A modernidade apontada pelos republicanos, era necessária também no processo civil e penal. Mais uma vez, o processo, como fonte pacificadora da vida social, sofre mudanças no início do século XX, com o código de processo civil de 1939, vigorando este, até o advento do código Buzaid, e agora o atual.

De todo o histórico, as influências da tradição do Direito comum no nosso ordenamento jurídico eram sempre mínimas ou ignoradas por aqueles que diziam o direito, porque o Brasil adotante da tradição *civil law*. O texto de lei, era fonte primária de direito.

As influências do direito comum no nosso ordenamento, diante de suas diferenças, restaram devidamente introduzidas no ordenamento jurídico pátrio com o advento do novo Código de Processo Civil.

Fica claro que o objetivo do legislador é dar celeridade aos processos judiciais, desestimular a judicialização das coisas e uniformizar o entendimento seja através de controle concentrado de constitucionalidade, recursos repetitivos ou enunciados jurisprudências.

O que se depreende da pesquisa realizada, é que sim, há uma influência direta da tradição *common law*, entretanto, a aplicação de objetos do referido sistema, esteve ajustado à realidade brasileira, considerando principalmente, que em obediência ao princípio da legalidade.

Conclui-se, que muito embora exista a previsão legal de se obedecer a jurisprudência uniforme, uma mudança no comportamento dos magistrados é necessária para uma real efetividade na aplicação dos precedentes.

O que se vê, é que mesmo com o advento da emenda constitucional 45, a criação de sumulas vinculante e outros parâmetros de jurisdição, estes, por diversas vezes, desacompanham os entendimentos sedimentados, obrigando a parte a percorrer todo o árduo caminho recursal e, tudo isso, embasados nos princípios do livre convencimento e poder geral de cautela do juízo, que ao nosso ver, restou mitigado com a nova Lei de regência.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, A. **Manual de Direito civil**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- AMARAL, G. R. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: revista dos Tribunais, 2015.
- BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Brasília: escola Nacional das Magistrados, 2006.
- BERMUDES, S. **A reforma judiciária pela Emenda Constitucional no 45**: observações aos artigos da Constituição no 45, de 8 de dezembro de 2004. Rio de janeiro: forense, 2005.
- BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mai/2019.
- _____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mai/2019.
- _____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**: Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mai/2019.
- CARDOZO, B. **A natureza do processo e a evolução do direito**. 4ª conferência – adesão ao precedente. O elemento subconsciente no processo judicial. São Paulo: Nacional de Direito, 1956.
- DAVID, R. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978.
- DINIZ, M. H. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- LOPES, J. R. L. **O direito na história**: lições introdutórias. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MARIONI, L. G. **Procedimentos obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MEDINA, J. M. G. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MORO, S. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: RT, 2004.

NERY JUNIOR, N.; ABOUD, G. **Novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A.; **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA, G. S. **Stare decisis et non quita movere**: a vinculação aos precedentes no direito comparado no brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUNES, J. A. M. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ODAHARA, B. P. **Um rápido olhar sobre o stare decisis**. Processos coletivos. Porto Alegre, Vol. 2. nº.03. 1 de jul. 2011.

RAMIRES, M. **Crítica à aplicação de precedentes no direito Brasileiro**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2010.

RODRIGUES, R; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de Metodologia Científica**. 8. ed. Lages: Papervest, 2017.

SABINO, M. A. C. O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil. **Revista Dialética de Direito Processual Civil**, n.85, abr. 2010, fls.51/72.

SANTANA, A. A.; ANDRADE NETO, J. **Novo CPC**: Doutrina sobre o novo direito processual brasileiro. Vol. 1. 1. ed. Campo Grande: Contemplar, 2016.

_____. **Análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro**. Vol. 3. 1. ed. Campo Grande: Contemplar, 2016.

STRECK, L. L. **Súmulas no Direito brasileiro**: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2. ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 1998.

STRECK, L. L.; ABOUD, G. **O que é isto, precedente judicial e sumulas vinculantes**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

THEODORO JUNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TUCCI, J. R. C. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex Editora, 2010.

WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. **Curso avançado de Processo Civil**. Vol. 3. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ADOÇÃO NO BRASIL: IMPACTO DA LEI 13.509/2017 NA CELERIDADE PROCESSUAL

Leticia Isabel Carminatti¹
Miriam Lisiane Schuwantes Rodrigues²
Cassandro Devenz³
Dagmar Dengo⁴

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso versa sobre os impactos da Lei 13.509/2017 na Celeridade do Processo de Adoção. A presente pesquisa ao trazer um breve histórico da adoção no Brasil faz referência aos principais acontecimentos que culminaram na promulgação da Lei 12.010/2009. A Lei Nacional da Adoção, instituiu um microsistema legal que centralizou a regulamentação do instituto da adoção. Detalhados os procedimentos que envolvem a adoção, o estudo volta-se para uma investigação dos fatores que influenciaram no advento da Lei 13.509/2017 e nos principais impactos na celeridade do processo por ela ocasionados. Através dessa premissa, evidenciou-se que a nova legislação alterou dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código Civil e da Consolidação das Leis Trabalhistas. Dentre as principais modificações com vistas a agilização e maior efetividade do procedimento de adoção, estão o estabelecimento de prazos mínimos e máximos para os atos de destituição do poder familiar; reinserção na família de origem ou extensa; para o ingresso da ação de adoção daqueles que detêm a guarda da criança ou adolescente; do estágio de convivência e, por fim, estabelecimento de prazo máximo para conclusão da ação de adoção de 120 dias. Concluiu-se na presente pesquisa que a lei 13.509/2017 inovou não apenas ao fixar prazos que tornam o processo de adoção mais célere, mas também no tratamento dos adotantes como sujeitos de direito ao priorizar o melhor interesse do menor e a convivência familiar, contribuindo para a eficácia e segurança jurídica do processo.

Palavras Chave: Adoção. Estatuto da Criança e do Adolescente. Celeridade Processual. Lei 13.509/2017.

¹ Acadêmica do Curso de Direito, 10ª fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Professora do Centro Universitário Unifacvest. Especialista em Direito Tributário pela Univali e Mestre em Direito do trabalho pela UCS.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

⁴ Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestre em Direito.

ADOPTION IN BRAZIL: IMPACT OF LAW 13.509/2017 ON PROCEDURAL SPEEDNESS

Leticia Isabel Carminatti¹
Miriam Lisiane Schuwantes Rodrigues²
Cassandro Devenz³
Dagmar Dengo⁴

ABSTRACT

The present work present a conclusion of course, to cross up at 13.509/2017 law impacts in the celerity process for adoption. The present search brings one short historic about adoption in Brazil, having references to the most important facts culminating in the promulgation of the 12.010/2009 law. The national law of adoption, instituted one correct micro-system if that centralized the regulament of adoption at institute. Detailed the procedments which involve the adoption, and the study turn around for the investigation, the factors which influenced in the advent of 13.509/2017 law and in the most important impacts ocasioned at the celerity of process. Through this premise, was evident if that new legislation changed the dispositives for the Statute of Children and Teenager, civil code and the consolidation of work laws. Inside the most important modifications with views, have to expedite the bigger efectivity of process to adoption, are the establishment of minimum and maximum deadlines for acts of deprivation of family power; reinsertion into the family of origin or extensive; for the entry of the action of adoption of those who hold the custody of the child or adolescent; of the stage of coexistence and, finally, establishment of maximum term to complete the action of adoption of 120 days. It was concluded in present search, in which the 13.509/2017 law, not innovated just in fix deadlines if turn the process of adoption more fast, but also in the treatment of adopters as subjects of prioritize the rights for the best interest of convicence about the child and family, contributing to the effectiveness and legal security of process.

Kew-words: Adoption, Statute of Child and Teenager, Celerity Processual. 13.509/2017 Law.

¹ Acadêmica do Curso de Direito, 10ª fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Professora do Centro Universitário Unifacvest. Especialista em Direito Tributário pela Univali e Mestre em Direito do trabalho pela UCS.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

⁴ Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestre em Direito.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso nutre seu conteúdo, na investigação sobre a celeridade do processo de adoção brasileiro diante das recentes alterações em dispositivos legais.

O instituto da Adoção está previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde o ano de 1965 com a lei 4.655. No entanto, somente em 1988 com a promulgação da nova Constituição Federal que o adotando passou a ter integralidade de direitos relativos à filiação. Ao ser promulgado em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), na forma da lei 8.069/90, passou a regular o procedimento da adoção juntamente com o Código Civil (lei 10.406/02). Até o ano de 2009, a adoção regia-se por legislação esparsa na lei 8.069/90 e no Código Civil (2002).

Além disso, novas demandas passaram a exigir do legislador solução legal para problemas como adoção irregular, tráfico de menores e coibir a prática de adoções à brasileira. Neste contexto, surge a lei 12.010/2009, que revogou diversos artigos do Código Civil (2002), estabelecendo a lei 8.069/90 como único diploma legal da Adoção. Intitulada Lei Nacional da Adoção a Lei 12.010/2009, representou um marco no Direito Brasileiro ao garantir maior segurança jurídica ao adotando.

A relevância do tema abordado neste estudo se efetiva através da análise de dados do Conselho Nacional de Justiça, quando em 2010, apenas um ano após a promulgação da Lei Nacional da adoção, houve uma queda de 63,6% no número de adoções no Brasil. Este fato pode ser explicado por um dos mais citados entraves à adoção no Brasil: a burocracia.

Neste contexto, foi promulgada a lei 13.509/2017 que ao reduzir e estabelecer novos prazos ao procedimento, visa acelerar o processo e resgatar o interesse pela adoção. O legislador traz neste diploma legal um novo olhar com enfoque não apenas na garantia da segurança jurídica, mas também na celeridade do processo de adoção.

O estudo proposto tem como problemática a investigação dos aspectos trazidos pela lei 13.509/2017 para agilizar o processo, bem como verificar de que forma as alterações legais contribuem para reduzir a espera no processo e reduzir os prejuízos para adotantes e adotandos que aguardam ansiosamente pela concretização da adoção.

No seu objetivo geral, na tentativa de buscar recursos para resolução da problemática apresentada, a pesquisa pretende evidenciar mediante execução das legislações disponíveis em nosso ordenamento jurídico, as alterações legislativas e jurisprudenciais advindas com a Lei 13.509/2017 e os impactos por elas ocasionados no instituto da adoção.

Através dos objetivos específicos, identificar situações legais que influenciam positiva ou negativamente na celeridade processual, em comparativo com a legislação anterior, afim de verificar os reais avanços obtidos no que pese a celeridade no processo de adoção como um todo.

Na abordagem do presente estudo, foi utilizado o método dedutivo, mediante a elaboração de um problema com a finalidade de se deduzir o conhecimento a partir das premissas utilizadas no presente estudo. A pesquisa realizada foi bibliográfica e jurisprudencial, obtida através da consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e/ou digital.

Limita-se a presente pesquisa em conclusões acerca da temática, abordando

a legislação atual sobre o instituto da adoção no que tange aos aspectos que proporcionaram maior agilidade na adoção em relação a redução de prazos e medidas que privilegiam o melhor interesse do menor, servindo de estímulo a quem tenha interesse na adoção, impactando direta ou indiretamente na celeridade do processo como um todo.

2 CELERIDADE PROCESSUAL NA ADOÇÃO: IMPACTOS E ASPECTOS RELEVANTES DA LEI 13.509/2017

Sancionada em 22 de novembro de 2017 a Lei 13.509/17 implicou em significativas mudanças para o processo de adoção. Ao alterar dispositivos da lei 8.069/90, do Código Civil (Lei 10.406/02) e da Consolidação das Leis Trabalhistas (Decreto Lei 5.452/43), a nova lei demonstrou a preocupação do legislador em trazer celeridade ao processo de colocação do menor em família substituta. No entanto, é nítida a preocupação com o melhor interesse do menor ao reforçar o direito a convivência familiar e priorizá-lo frente às situações de conflitos legais. Neste sentido leciona Assis (2017, p.02):

Observa-se que com a publicação da Lei nº 13.509/2017 a intenção do legislador foi efetivar a proteção integral da criança e adolescente, protegendo-os de modo mais efetivo nas situações de risco e oportunizando-lhes uma convivência familiar, enaltecendo o convívio em famílias acolhedoras e colocando em última hipótese o acolhimento institucional.

Parafraseando o disposto aludido pela autora, a tão buscada efetividade e celeridade do processo de adoção é escopo da lei 13.509/2017, que preceitua em mesmo texto legal o respeito a princípios como o da convivência familiar e do melhor interesse do menor. A busca pela celeridade não pode colocar em segundo plano a segurança jurídica do processo como um todo.

Nesse sentido nos tópicos a seguir, serão apresentados os principais impactos que as alterações da lei 13.509/17 trouxeram ao procedimento da adoção, em relação a prazos e procedimentos, bem como demais aspectos relevantes que privilegiem o melhor interesse do menor e a segurança jurídica do processo.

2.1 Novos prazos e procedimentos e a redução na espera no Processo de Adoção

A lei 13.509/2017 dentre inúmeras inovações relativas à destituição do poder familiar e de colocação do menor em família substituta, tem grande enfoque na redução de prazos para agilizar a execução de procedimentos relativos ao processo de adoção. Neste sentido a lei trouxe mudanças que alteraram disposições do ECA, do Código Civil e da CLT que serão devidamente abordadas no decorrer deste capítulo.

2.1.1 Acolhimento Institucional e o Princípio da Convivência Familiar

O menor que se encontrar em situação de risco, que estabeleça o rol do artigo 98 da lei 8.069/90, com devida determinação do juiz, poderá ser encaminhado ao

acolhimento institucional previsto no artigo 101, VII da lei 8.069/90. No entanto, cabe destacar que em atenção ao princípio da convivência familiar e do melhor interesse do menor, esta medida deve ser aplicada apenas em caráter excepcional, conforme leciona Madaleno (2018, p.846):

A preferência é pelo acolhimento familiar em detrimento do acolhimento institucional, pois o relacionamento e a interatividade serão indubitavelmente mais fortes, significativas e relevantes em um ambiente familiar do que a criança ou o adolescente permanecer em um abrigo repleto de crianças igualmente necessitadas de especial atenção.

Partindo dessa premissa elencada pelo doutrinador, a colocação do menor em família substituta acolhedora deve prevalecer sobre o acolhimento institucional, sempre que houver possibilidade. Para os casos em que não for possível o acolhimento familiar, com intuito de reduzir a espera do menor em instituição acolhedora, a lei 13.509/2017 alterou a redação do artigo 19 §1º e 2º, reduzindo de 2 (dois) anos para 18 (dezoito) meses o prazo máximo de permanência do menor em programa de acolhimento institucional, reduzindo também de 6 (seis) para 3 (três) meses o prazo para reavaliação pela autoridade judicial competente de sua situação familiar, decidindo mais brevemente acerca de sua realocação em família natural ou extensa ou colocação em família substituta.

Ao trazer nova redação aos artigos que dispõem sobre a permanência do menor em acolhimento na lei 8.069/90, resta clara a preferência pela modalidade de acolhimento familiar frente ao institucional, devendo este último ocorrer como última hipótese:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR CUMULADA COM COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL E SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR DETERMINADO PELO JUÍZO. INSERÇÃO IMEDIATA NO ROL DE CRIANÇAS APTAS PARA ADOÇÃO. POSSIBILIDADE. Caso dos autos em que foi ajuizada ação de destituição do poder familiar da genitora em relação aos infantes, de quatro e cinco anos, os quais foram encaminhados para acolhimento institucional, em razão da negligência familiar, sem qualquer indicio de que possam retornar à família de origem. Ditames do ECA priorizam a proteção à infância, evidenciando possível a colocação imediata das crianças em família substituta, respeitada a habilitação pelo CNA. Direito da criança previsto no artigo 227 da Constituição Federal, que assegura a convivência familiar. Agravo desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70079319190, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em 13/12/2018).

O desembargador José Antônio Daltoé Cezar negou provimento ao Agravo de Instrumento interposto pela genitora, inconformada com a decisão do juízo de primeira instância que deferiu a colocação dos menores, seus filhos, em família substituta, ainda que não tenha finalizado o processo de ação de destituição do poder familiar, o qual foi movido pelo Ministério Público. Em face do exposto, denota-se que o direito à convivência familiar, estabelecido pelo artigo 227 da Constituição Federal (1998),

sobrepeem-se até mesmo ao processo de destituição do poder familiar, entendendo os magistrados por priorizar a colocação imediata em família substituta, uma vez ausentes indícios de reinserção na família natural.

Ainda no sentido de priorizar o melhor interesse do menor, a nova lei acrescentou redação ao artigo 19 da lei 8.069/90 assegurando a convivência integral entre mãe e filho quando a genitora ainda adolescente estiver incluída em programa de acolhimento institucional. Sendo assegurado, nesses casos, a assistência de uma equipe multiprofissional.

2.1.2 Entrega Voluntária do menor para Adoção: Regulamentação e Novas Hipóteses de Destituição do Poder Familiar

O ingresso do menor no sistema de adoção inicia-se a partir da destituição do poder familiar, quando o judiciário verifica não haver mais possibilidade de reinseri-lo no seio de sua família natural ou extensa. Dentre várias hipóteses de ingresso no sistema de adoção, a intenção de entrega voluntária do menor pela gestante ou mãe, antes ou logo após o nascimento passou a ter nova regulamentação com a lei 13.509/2017.

Na entrega voluntária, a mãe ou gestante deve obrigatoriamente ser encaminhada para a Justiça da Infância e da Juventude, onde será ouvida por equipe interprofissional que irá avaliá-la por meio de um relatório (artigo 19-A §1º lei 8.069/90). O referido artigo foi inserido com o propósito de trazer mais segurança ao processo de destituição do poder familiar. O juiz competente determinará seu encaminhamento à rede de saúde pública e assistência social para atendimento especializado (artigo 19-A §2º lei 8.069/90). Dessa forma, a intenção do legislador foi fornecer à genitora o acompanhamento necessário para verificar a real intenção e os motivos que fazem-na ensinar a entrega voluntária, afim de eliminar futuro arrependimento na entrega do menor, tornando maior a segurança jurídica do procedimento para todos os envolvidos. Neste sentido leciona Madaleno (2018, p.848):

A Lei n. 13.509/2017 acrescentou o inciso V ao artigo 1.638 do Código Civil e estabeleceu mais uma modalidade de perda do poder familiar do progenitor que entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção, mormente quando o artigo 19-A do ECA (acrescido pela Lei n. 13.509/2017), faculta à gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, mas que o faça por meio da Justiça da Infância e da Juventude.

Corroborando neste sentido o ensinamento do doutrinador de que a nova lei incluiu uma nova modalidade de destituição do poder familiar, trazendo com isto uma série de alterações referentes a entrega voluntária. Dentre as alterações cabe destacar que na hipótese de a genitora desejar entregar o menor a adoção, esta deve fazer a indicativa de possível pai, afim de que o juizado verifique a possibilidade de que este assumo a responsabilidade pelo menor.

Não havendo indicativa pela genitora, inicia-se a busca pela família extensa. Neste sentido a lei 13.509/17 estabelece que a procura pela família do menor não pode exceder 90 dias, prorrogável por igual período. A nova legislação inova ainda ao deter-

minar a destituição do poder familiar caso não haja possibilidade de manter a guarda do menor junto à família natural ou extensa, conforme dispõe a lei 8.069/90:

Art.19-A, §4o. Na hipótese de não haver a indicação do genitor e de não existir outro representante da família extensa apto a receber a guarda, a autoridade judiciária competente deverá decretar a extinção do poder familiar e determinar a colocação da criança sob a guarda provisória de quem estiver habilitado a adotá-la ou de entidade que desenvolva programa de acolhimento familiar ou institucional.

Conforme o disposto aludido, a lei 13.509/17 dentre inúmeras inovações estabelece uma nova hipótese para destituição do poder familiar, com o intuito de agilizar o ingresso do menor no sistema de adoção, além de priorizar a colocação deste sob guarda provisória de família substituta habilitada. Da mesma forma, ocorre a destituição do poder familiar diante da falta de interesse da família natural ou extensa, conforme dispõe a lei 8.069/90:

Art 19-A § 6º Na hipótese de não comparecerem à audiência nem o genitor nem representante da família extensa para confirmar a intenção de exercer o poder familiar ou a guarda, a autoridade judiciária suspenderá o poder familiar da mãe, e a criança será colocada sob a guarda provisória de quem esteja habilitado a adotá-la.

O dispositivo supracitado ao determinar a extinção do poder familiar diante do não comparecimento do genitor ou da família extensa em audiência, possibilita que haja uma maior celeridade no ingresso do menor no sistema de adoção. Ainda nesse sentido, sendo o poder familiar destituído e a guarda provisória do menor tendo sido conferida a família substituta, esta terá o prazo de 15 dias para propor a ação de adoção, contado do dia seguinte à data do término do estágio de convivência (artigo 19-A §7º da lei 8.069/90). Este último dispositivo impulsiona o andamento do processo de adoção, inserindo prazo para a proposição da ação no caso de adotante que possua a guarda provisória do menor, contribuindo para a diminuição do tempo de espera para conclusão da adoção.

2.1.3 Ação de Perda ou Suspensão do Poder Familiar: Novas hipóteses de destituição e alterações procedimentais

A criança e o adolescente têm direito à proteção integral garantida pelo ECA, que prevê sanções caso haja evidente ameaça ou prejuízo ao desenvolvimento do menor. Neste sentido, a lei 10.406/02 em seu artigo 1638 as seguintes hipóteses de extinção do poder familiar:

Art. 1638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I - castigar imoderadamente o filho;
II - deixar o filho em abandono;
III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.
V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

Conforme o dispositivo acima aludido, o legislador identificou situações que acometem a integridade do menor aplicando como sanção para sua transgressão a perda do poder familiar. Cabe destacar que a lei 13.509/17 ao incluir neste rol o inciso V como nova hipótese de destituição, facilita o andamento da ação de perda do poder familiar, uma vez que a legislação passa a expandir o rol de possibilidades para sua extinção. Para Madaleno (2018, p.848):

Faltando os pais com suas funções parentais de zelo, guarda, formação, criação e educação de sua prole, regula o artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente o decreto de perda ou suspensão do poder familiar por descumprimento dos deveres ordenados no artigo 22 do ECA.

Em face do exposto pelo autor, a lei 13.509/2017 ao fazer ampla interpretação dos artigos da lei 8.069/90 que fazem referência ao desenvolvimento integral do menor, expande as hipóteses de destituição do poder familiar, garantindo maior segurança jurídica ao infante. Ainda neste contexto, a nova legislação alterou a redação do artigo 166 §1º da lei 8.069/90, incluindo outra modalidade de destituição do poder familiar:

Art. 166. Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado.

§ 1º Na hipótese de concordância dos pais, o juiz:

I - na presença do Ministério Público, ouvirá as partes, devidamente assistidas por advogado ou por defensor público, para verificar sua concordância com a adoção, no prazo máximo de 10 (dez) dias, contado da data do protocolo da petição ou da entrega da criança em juízo, tomando por termo as declarações; e

II - declarará a extinção do poder familiar.

De acordo com o acima exposto, nos casos em que ambos os genitores concordarem com a colocação do menor em família substituta, o juiz poderá verificar a concordância com a adoção ou declarar a extinção do poder familiar. A nova sistemática legal permite que nos casos elencados pelo artigo 166, a manifestação de vontade dos genitores na perda do poder familiar pode ser feita diretamente em cartório, sem necessidade de constituir advogado. No entanto, o consentimento deve ser ratificado na audiência para ter validade. Nestes casos, é garantido o direito de arrependimento em no máximo 10 dias a contar da data da prolação da sentença de destituição, sendo irretratável o consentimento decorrido o prazo.

No que tange as alterações nos procedimentos do ECA, com vistas a agilizar a ação de perda do poder familiar a nova legislação determinou a realização de estudo social ou perícia de forma imediata ao recebimento da petição inicial (artigo 157, § 1º da lei 8.069/90), independente de requerimento do interessado e juntamente ao despacho de citação. Além disso, o Ministério Público passa a ter 15 dias para ingresso da ação de destituição do poder familiar, contados do recebimento do relatório da equipe interdisciplinar (artigo 101 §10º lei 8.069/90) que anteriormente era de 30 dias. Inovação também a lei trouxe ao determinar a contagem dos prazos no processo em dias corridos. Não há contagem em dobro para MP e Fazenda (artigo 152 §1º e 2º lei 8.069/90), evitando

privilégios para as partes e a protelação da duração do processo.

A lei 13.509/17 trouxe a possibilidade de citação por hora certa (art. 252 CPC) e por edital no processo de extinção do poder familiar conforme previsão do artigo 158 §3º e 4º da lei 8.069/90. No caso de citação por edital, estando os genitores em local incerto ou não sabido, serão citados por edital no prazo de 10 dias (artigo 158 §4º lei 8.069/90):

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ADOÇÃO E DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. CITAÇÃO DA MÃE BIOLÓGICA POR EDITAL. POSSIBILIDADE. TENTATIVA DE LOCALIZAÇÃO FRUSTRADA DIANTE DA MUDANÇA DE ENDEREÇO PARA LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. MEIO IDÔNEO DE COMUNICAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE NA BUSCA REALIZADA ATRAVÉS DE ÓRGÃOS PÚBLICOS. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO. (TJ-RN-AG: 52752 RN 2009.005275-2, Relator: Juiz Virgílio Fernandes de Macêdo Junior (Convocado), Data de Julgamento: 07/08/2009, 2ª Câmara Cível)

A decisão neste fato baseou-se no entendimento de que embora o meio prioritário seja a citação pessoal da mãe biológica, diante das tentativas frustradas de localização, a citação por edital constitui meio idôneo de intimação. Evidencia-se que esta situação já ocorria na prática, uma vez que jurisprudencialmente já era admitida, porém passou a ter previsão expressa apenas com a edição da nova lei.

Em relação ao prazo máximo para conclusão do procedimento de destituição do poder familiar permanece 120 dias recebendo o artigo 163 da lei 8.069/90 nova redação ao destacar que nos casos de notória inviabilidade de manutenção do poder familiar, caberá ao juiz dirigir esforços para preparar a criança ou o adolescente com vistas à colocação em família substituta.

2.1.4 Estágio de Convivência: novos prazos de duração

O Estágio de convivência é o período no qual o menor é colocado em família substituta devidamente habilitada e selecionada para a adoção afim de verificar a compatibilidade deste com os adotantes. Etapa final do processo, mas não menos importante, é indispensável para a concretização da adoção.

A lei 13.509/17 alterou redação do artigo 46 da lei 8.069/90 estabelecendo um prazo máximo de 90 dias para o término do estágio de convivência, podendo ser prorrogado por igual período, mediante decisão fundamentada. O juiz permanece tendo autonomia para determinar a duração deste período de adaptação do menor em família substituta, porém agora dentro do limite de tempo estabelecido pela lei. Nas palavras de Madaleno (2018, p.903):

O estágio de convivência respeita a um período pelo qual a posse da criança ou o adolescente a ser adotado é mantida com o pretendente à adoção ou com o casal candidato à adoção para efeitos de adaptação. Na prática o adotando fica sob a responsabilidade do adotante, em

uma custódia precária, monitorado por uma equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, encarregada de apresentar um relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida (ECA, art. 46, § 4º), sendo que este estágio de convivência será cumprido no território nacional, mas, preferencialmente, na comarca de residência da criança ou adolescente, respeitada, em qualquer hipótese, a competência do juízo da comarca de residência da criança.

Parafraseando o disposto pelo doutrinador, o estágio de convivência deverá garantir que o adotando está devidamente adaptado à família substituta para que ocorra a conclusão da adoção. A nova legislação também trouxe mudanças para o estágio de convivência do menor que for adotado por estrangeiro ou pessoa residente fora do país. O estágio deverá ser realizado em território brasileiro, preferencialmente na comarca de residência da criança (artigo 46, §5º lei 8.069/90) permanecendo em estágio de convivência pelo prazo mínimo de 30 dias, incluído pela nova lei o prazo máximo de 45 dias, prorrogável por igual período mediante fundamentada decisão do juiz.

2.1.5 Habilitação: Novos prazos e procedimentos no Cadastro Nacional de Adoção

A adoção inicia-se a partir da habilitação dos candidatos à adoção. Através de petição inicial os futuros adotantes manifestam interesse junto ao judiciário que manterá um banco de dados com os perfis dos menores em condição de adoção e de pessoas interessadas em adotar, que estejam devidamente habilitadas. Para Dias (2016, p.843):

A finalidade das listas é agilizar o processo de adoção, organizar os pretendentes à adoção, facilitar a concessão da medida, e não deveria obstaculizá-la, como vem acontecendo. Estabelecido vínculo afetivo com a criança, é perverso negar o pedido e entregá-la ao primeiro inscrito. Tal postura desatende aos interesses prioritários de quem goza da especial proteção constitucional.

Corroborando com o disposto pela doutrinadora o entendimento do legislador acerca de situações em que é possível a dispensa de inscrição no cadastro nacional de adotantes afim de agilizar o processo de adoção e garantir os interesses do adotando. A lei admite exceções de prévia inscrição no cadastro nos casos elencados pelo artigo 50 §13º da lei 8.069/90:

Art. 50 § 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:

- I - se tratar de pedido de adoção unilateral;
- II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;
- III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

Neste sentido, ainda se inclui ao rol de adoção sem prévia inscrição no cadastro nacional de adotantes, a colocação em família substituta com consentimento dos pais (artigo 166 lei 8.069/90). Matéria de grande divergência entre doutrinadores, a exigência da devida habilitação dos pretensos adotantes fica em segundo plano quando em conflito com o princípio do melhor interesse do menor:

Ação de adoção ‘intuitu personae’. Entrega da criança logo após o nascimento. Guarda definitiva. Ausência de indícios de má-fé. Não inscrição no cadastro de pretendentes à adoção. Criança com 05 (cinco) anos de idade e convivência com a adotante no mesmo período. Vínculos sócio-afetivos comprovados. Mitigação da observância rígida ao supracitado cadastro. Preponderância do melhor interesse da criança. Prioridade absoluta. Sentença que indeferiu a adoção. Recurso provido. O cadastro de adoção se destina a dar maior agilidade e segurança ao processo de adoção, uma vez que permitem averiguar previamente o cumprimento dos requisitos legais pelo adotante, bem como traçar um perfil em torno de suas expectativas. Evita influências outras, negativas ou não, que, por vezes, levam à sempre indesejada “adoção à brasileira”. Todavia, deve-se ter em mente sempre o melhor interesse da criança. É certo que existem casos, excepcionais, em que se mitiga a habilitação dos adotantes no competente cadastro para o deferimento do pedido de adoção, possibilitando a chamada adoção direta ou ‘intuitu personae’. - Retirar uma criança com 05 (cinco) anos de idade do seio da família substituta, que hoje também é a sua, e lhe privar, inclusive, da convivência com seus 02 (dois) irmãos biológicos, sob o pretexto de coibir a adoção direta, é medida extremamente prejudicial. O menor poderá ser exposto a grande instabilidade emocional, em face de uma brusca mudança. - A retirada do infante da casa de sua guardiã após o transcurso de longo período de convivência e constatada a formação de fortes laços de afetividade, não se mostra recomendável, pois certamente resultará em traumas e frustrações para o menor, com prejuízo ao seu ideal desenvolvimento, inserido que está como verdadeiro membro daquele núcleo familiar. (TJMG, AC 1.0194.12.006162-8/002, 2.ª C. Cív., Rel. Hilda Teixeira da Costa, j. 27/01/2015).

O entendimento da ilustre Desembargadora Hilda Teixeira da Costa, demonstra que embora seja de extrema importância a inscrição e rígida obediência ao cadastro nacional de adoção, quando se trata do melhor interesse da criança, poderá ser a habilitação dispensada quando concluir-se boa fé dos adotantes e prejuízo ao infante em sua retirada do seio da família substituta.

Frente à este contexto, excetuados os casos em que a lei dispensa a inscrição no cadastro nacional de adoção, a lei 13.409/17 no intuito de tornar mais célere o processo de habilitação e conseqüentemente a adoção, abarcou novos dispositivos legais no que tange aos prazos de procedimentos relativos à inclusão de adotantes e adotandos no referido cadastro. Neste sentido o artigo 197-F da lei 8.069/90, adicionado pela nova lei estabelece que a conclusão da habilitação no processo de adoção deve ser concluída no máximo em 120 dias, prorrogável por igual período quando fundamentado pelo juiz. Outra nova medida é a realização de cadastro para adoção de recém-nascidos e crianças acolhidas não procuradas por suas famílias no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir do dia do acolhimento (artigo 19-A, §10 lei 8.069/90). No entanto no entendimento

do Ministério Público do Paraná (2018, p.07) a medida deve ser aplicada com cautela:

Na verdade o dispositivo viola toda a estrutura da parte do ECA que trata da destituição do poder familiar, estabelecendo uma forma de colocação da criança em adoção sem que haja o devido processo legal em relação a seus genitores que em tese descumprem com seus deveres, e sob a ótica deste CAOP esta parte pode ser considerada ilegal eis que viola vários dispositivos e princípios norteadores da legislação infanto juvenil sendo o principal deles a prevalência dos vínculos familiares estabelecidos no artigo 100, não se recomendando a sua aplicação. Devendo ser mantida a sistemática de, em caso de abandono, tentar a promoção familiar e somente em esta não sendo possível ajuizar a DPF, e somente procedendo-se ao cadastro na lista de adoção após o trânsito em julgado desta.

Conforme o acima disposto, ao estabelecer um prazo o legislador objetivou agilizar a colocação do menor em família substituta e o início do processo de adoção, porém é necessário a observância dos demais institutos que disciplinam a adoção afim de evitar falhas na segurança jurídica do processo.

No que tange a habilitação, deve ser trienalmente renovada, devendo serem os habilitados avaliados por equipe interprofissional conforme preceitua o artigo 197-E da lei 8.069/90. Com vistas a facilitar o andamento de um novo pedido de adoção pelo mesmo habilitado, dispensa-se a renovação da habilitação bastando a avaliação por equipe interprofissional (artigo 197-F, § 3º da lei 8.069/90). Neste sentido, o legislador buscou desburocratizar o processo ao candidato que já tendo adotado uma vez, enseje uma nova adoção.

2.1.6 Ação de Adoção: Novos prazos nos procedimentos da lei 8.069/90 (ECA)

As alterações da lei 13.509/17 refletem uma preocupação do legislador em reduzir prazos e privilégios aos órgãos públicos, impulsionando o andamento do processo pela diminuição de prazos. O artigo 47 §10º da lei 8.069/90 estabeleceu o prazo máximo de duração da ação de adoção de 120 dias. O prazo que só existia para a ação de destituição do poder familiar, passa a existir para a ação de adoção.

No que tange a adoção de crianças e adolescentes portadoras de deficiência, doenças crônicas ou com necessidades específicas de saúde, a nova lei acrescentou o §15º ao artigo 50 da lei 8.069/90, assegurando prioridade no cadastro de pessoas com interesse em adotá-las. Ainda é garantida a prioridade no processo de habilitação de candidatos interessados em adotar grupos de irmãos.

Neste sentido leciona Dias (2016, p.846): “A ação de adoção deve tramitar, tanto na primeira instância como nos Tribunais, com prioridade absoluta identificada com tarja apropriada na capa. Quando o adotado for criança ou adolescente com deficiência ou doença crônica, a prioridade é ainda maior.”

Nessa constância a prioridade de tramitação atua como tentativa do legislador de estimular os adotantes a optarem pelos referidos grupos dada a agilidade com que findar-se à a ação de adoção. Outro mecanismo introduzido pela lei com intenção de promover maior celeridade ao processo de adoção é a possibilidade de nomeação de

peritos para elaboração dos estudos sociais, diante da indisponibilidade de servidores habilitados para tal tarefa (artigo 151 § único da lei 8.069/90). Esta medida reflete a realidade do judiciário que enfrenta dificuldades de elaborar os estudos necessários à tramitação dos processos diante da alta demanda.

2.2 Demais Aspectos Relevantes da Lei 13.509/2017

A Lei 13.509/2017 dentre inúmeras inovações trouxe em seu diploma legal a prevalência dos princípios da convivência familiar e do melhor interesse do menor. Neste sentido, o legislador incluiu ao texto da nova lei medidas que tem como foco uma melhoria na qualidade de vida dos menores que aguardam pela adoção, bem como das famílias que esperam por ela.

Incluído pelo artigo 39 § 3º da lei 8.069/90, o princípio da prevalência dos interesses do adotando é uma exemplificação do comprometimento da nova legislação com a segurança jurídica e com o bem-estar do menor. O referido artigo disciplina que em caso de conflito entre direitos do adotando e de terceiros, inclusive seus pais biológicos, deve prevalecer os direitos e interesses do adotando:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA PROPOSTA POR AVÓ MATERNA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR DA FILHA, COM RELAÇÃO AOS DOIS NETOS, POR NEGLIGÊNCIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELO DA AVÓ. MANUTENÇÃO DAS CRIANÇAS NA FAMÍLIA NATURAL OU EXTENSA. PREFERÊNCIA LEGAL NÃO ABSOLUTA. CASO CONCRETO EM QUE NÃO HÁ VÍNCULOS SUFICIENTES ENTRE OS MENORES E A PRETENSA GUARDIÃ. COLOCAÇÃO DAS CRIANÇAS EM FAMÍLIA SUBSTITUTA E POSTERIOR ADOÇÃO. MANUTENÇÃO DA REALIDADE CONSOLIDADA QUE SE AFIGURA MEDIDA CONSENTÂNEA À PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DOS INFANTES. SENTENÇA MANTIDA. APELO DESPROVIDO. Embora o Estatuto da Criança e do Adolescente dê preferência para que a criança (ou adolescente) seja criado e educado no seio da sua família natural ou extensa, sendo exceção a sua colocação em família substituta, não se pode olvidar que a guarda deve ser deferida à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, além do grau de parentesco, as relações de afinidade e afetividade. (TJ-SC - AC: 03077126820168240064 São José 0307712-68.2016.8.24.0064, Relator: Jorge Luis Costa Beber, Data de Julgamento: 24/05/2018, Primeira Câmara de Direito Civil).

Vislumbra-se que o ilustre desembargador Jorge Luis Costa Beber, em seu voto, disserta que a colocação do menor em família substituta deve ocorrer como exceção, devendo sempre prevalecer o melhor interesse do infante. Nessa senda, negou-lhe recurso interposto pela avó materna e deu provimento a manutenção dos menores em família substituta diante da inexistência de vínculo afetivo entre a pretensa guardiã e os infantes. Neste sentido leciona Dias (2016, p.843):

Quando se trilha o caminho que busca enlaçar no próprio conceito de família o afeto, desprezando-o afronta não só a norma constitucional que consagra o princípio da proteção integral, mas também o princípio maior que serve de fundamento ao Estado Democrático de Direito: o respeito à dignidade de crianças e adolescentes. Assim, independentemente da ocorrência de eventual vício de consentimento no procedimento de entrega do filho, há que se preservar o seu melhor interesse.

Nessa senda, o conceito de família como laço afetivo prepondera sobre o laço biológico, priorizando o interesse do menor acima de qualquer outro. No mesmo intuito, o programa de apadrinhamento, incluído pela nova lei é uma maneira de estimular a formação de vínculos afetivos entre os menores em acolhimento institucional ou familiar e outras pessoas que se tornam “padrinhos” afetivos. A medida em si tem enfoque principal no desenvolvimento do menor, conforme leciona Madaleno (2018, p.885):

A Lei n. 13.509/2017 criou no artigo 19-B, este, acrescido ao Estatuto da Criança e do Adolescente, a figura jurídica do apadrinhamento, cujo objetivo consiste em estabelecer e proporcionar à criança e ao adolescente vínculos externos à instituição para fins de convivência familiar e comunitária, tanto de pessoa física como jurídica, e colaboração com o seu desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro.

Retira-se da doutrina de Madaleno (2018) que o apadrinhamento estabelece um papel importante na formação socio afetiva do infante, propiciando que durante o período em que se encontra sob o acolhimento institucional ou familiar estabeleça vínculos que contribuam para seu bem-estar e desenvolvimento.

Cumpra destacar que a nova lei trouxe medidas que alteraram para além do ECA e do Código Civil (2002) também o Decreto Lei 5.452/43 (CLT). A primeira delas alterou o parágrafo único do artigo 391-A estendendo ao empregado adotante a estabilidade de cinco meses que tiver concedida a guarda provisória para fins de adoção. Ainda a licença maternidade de que trata o artigo 392-A da CLT foi estendida também aos filhos adolescentes (12 a 18 anos incompletos) adotados. E por último a ampliação do descanso para amamentação (artigo 396 da CLT) as adotantes quando se tratar de adotado com menos de 6 meses de idade.

Embora não representem medidas legais diretamente relacionadas a celeridade na adoção, valem ser destacadas uma vez que trazem alterações importantes, seja pela segurança jurídica que proporcionam, por privilegiarem o melhor interesse do menor e pelo estímulo que geram a quem tenha interesse na adoção, impactando indiretamente na celeridade do processo como um todo.

3 CONCLUSÃO

Ao finalizar o presente trabalho de conclusão de curso acerca do impacto das recentes alterações legais na celeridade do processo de adoção, percebe-se que se trata de um tema longe de ser esgotado.

O legislador, ao dar nova redação ao Estatuto da Criança e do Adolescente

(Lei 8.069/90), bem como alterar dispositivos da Lei 10.406/02 e da CLT (Decreto Lei 5.452/43), buscou solucionar algumas das principais demandas referente a Adoção no Brasil. Percebe-se a preponderância do princípio do melhor interesse do menor e da preferência pela convivência familiar como basilares no processo de Adoção. A busca pela celeridade no processo de adoção se fez presente, porém sem colocar em risco a segurança jurídica dos envolvidos.

Isto porque, conforme demonstrado no segundo capítulo, na história da adoção é muito recente a proteção integral ao menor, que adveio apenas com a Constituição Federal de 1988, ganhando reforços com a redação da Lei 8.069/90 e posteriormente com as Leis 12.010/2009 e 13.509/2017. Em um macro sentido histórico, o instituto da Adoção passou a ter um empoderamento legislativo com a Lei Nacional da Adoção. Dessa forma, decorridos 10 anos de sua promulgação, o enfoque maior foi o de criminalizar atos que burlem a legislação afim de coibir práticas de adoção irregular, tráfico e violência infantil.

Corrobora neste sentido o exposto a partir do título três, quando ao ser realizada uma análise detalhada das etapas e procedimentos que envolvem a adoção desde o processo de destituição do poder familiar até a sentença de adoção, percebe-se o quão burocrático estabeleceu-se a regulamentação do instituto com base na Lei 12.010/2009, resultando em um desestímulo no interesse pelos adotantes em obter a guarda de menores via adoção, premissa que motivou as alterações da Lei 13.509 em 2017.

Ao final do estudo, durante o capítulo quatro, a presente pesquisa elencou as alterações trazidas pela nova legislação no que tange à celeridade no processo de adoção. Em comparativo com a legislação anterior, evidenciou-se como principais impactos a redução de prazos pela metade como a permanência do menor em acolhimento institucional e sua reavaliação por equipe interprofissional, de duração do estágio de convivência e do ingresso da ação de destituição do poder familiar. Ainda, a nova lei estabeleceu prazos máximos para procedimentos onde não havia, dentre eles o de 120 dias para conclusão da ação de adoção, retirando a autonomia do judiciário ao exigir decisão fundamentada da autoridade quando necessária prorrogação.

A Lei 13.509/2017 ao estabelecer novas hipóteses de destituição do poder familiar, torna mais célere o ingresso do menor no sistema de adoção, uma vez que alia-se a medidas como a realização imediata do estudo social ou perícia, independente de requerimento das partes; a nomeação de peritos para realização do estudo social diante da escassez de profissionais do judiciário; e a possibilidade de citação dos genitores por edital e por hora certa no processo de destituição do poder familiar. Ademais, a regulamentação da entrega voluntária possibilita maior eficiência e segurança aos envolvidos agilizando a extinção do poder familiar nos casos de inviabilidade de colocação do menor na família natural ou extensa.

Não menos importante, está a criação de mecanismos para gerar estímulo a adoção e proporcionar uma melhor qualidade de vida aos menores que aguardam pela colocação em família substituta, dentre eles a prioridade de tramitação de processos em se tratando da adoção de portadores de deficiência, doenças crônicas, necessidades especiais de saúde e grupos de irmãos; e o programa de apadrinhamento e a prevalência do acolhimento familiar sobre o institucional.

A partir do evidenciado, percebe-se que os impactos trazidos pelas alterações da Lei 13.509/2017 na celeridade do processo de adoção, referem-se à redução de pra-

zos nos procedimentos, bem como a criação de mecanismos para estimular e agilizar o andamento do processo. Subsidiariamente, mas não menos importante, verificou-se o compromisso do legislador com o desenvolvimento integral do menor, instituindo no âmbito das alterações a prevalência do melhor interesse do menor e da convivência familiar.

Apesar de ligeiras, e ainda haver muito o que desburocratizar na adoção, as determinações da nova legislação são positivas e devem ser pensadas e incentivadas outras novas. Em dez anos da Lei Nacional da Adoção, podemos considerar que são grandes os avanços já obtidos, em se tratando do lapso temporal desde sua promulgação, porém com um longo caminho ainda pela frente. A busca pela redução de entraves que reduzem a celeridade do processo deve continuar sem deixar de lado o principal: o superior interesse do infante e o tratamento deste como sujeito de direito, merecendo do legislador o devido respeito para com a sua vida e sua infância.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, E. P. **Extinção, suspensão e perda do poder familiar**. Direito Civil. Justiça e Cidadania. Editora JC. 10/ago/2016. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br>. Acesso em: 10/mar/2019.

ASSIS, R. B. Breve análise do processo de adoção no sistema jurídico brasileiro: enfoque nas inovações legislativas advindas da Lei nº 13.509/2017. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 9/jan/2018. Disponível em: <https://jus.com.br>. Acesso em: 08/mar/2019.

AZAMBUJA, M. R. F. **A criança no novo Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria Do Advogado Editora, 2004.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/fev/2019.

_____. **Decreto Lei nº 5.452 de 1º de Maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15/mar/2019.

_____. **Decreto Lei nº 17.943 de 12 de Outubro de 1927**. Consolida as Leis de Assistência e Proteção a menores (Revogado). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15/mar/2019.

_____. **Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (Revogada). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mar/2019.

_____. **Lei 3.133, de 8 de maio de 1957**. Atualiza o instituto da adoção prescrita no Código Civil (Revogada). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mar/2019.

_____. **Lei 4.655, de 2 de junho de 1965.** Dispõem sobre a legitimidade adotiva (Revogada). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mar/2019.

_____. **Lei 6.697, de 10 de outubro de 1979.** Institui o Código de Menores (Revogada). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mar/2019.

_____. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mar/2019.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002:** Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mar/2019.

_____. **Lei 13.509 de 22 de novembro de 2017.** Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mar/2019.

BRAUNER, M. C. C.; ALDROVANDI, A. Adoção no Brasil: Aspectos Evolutivos do Instituto no Direito de Família. **Revista JURIS.** Rio Grande. 2010. Disponível em: <https://periodicos.furg.br>. Acesso em: 12/abr/2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Número de adoções internacionais diminui 63% no país nos últimos cinco anos.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 27/abr/2019.

CUNHA, T. M. **A evolução histórica do instituto da adoção.** Conteúdo Jurídico. 28/nov/2011 Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br>. Acesso em: 20/mar/2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris.** 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br>. Acesso em: 26/mar/2019.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias.** 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Adoção burocrática: Lei de adoção não consegue alcançar seus objetivos. **Revista Consultor Jurídico.** 22 jul. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 20/abr/2018.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro:** Direito de Família. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

EM DISCUSSÃO. Brasília: SENADO FEDERAL, n.15, maio de 2013. **Realidade**

brasileira sobre adoção. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em: 06/mai/2019.

GLAGIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. P. **Manual de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro:** Direito de família. Vol. 6. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

JORGE, D. R. Histórico e aspectos legais da adoção no Brasil. **Rev. Bras. Enferm,** Brasília, Vol. 28, n. 2, p. 11-22, Jun. 1975 . Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 04/abr/2019.

KÜMPELL, V. F. **A lei 13.509/2017 e a ressurreição da adoção.** 16/jan/2018. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br>. Acesso em: 05/abr/2019.

LIANA, C. **Blog Psicologia de Família e Adoção.** 2011. Disponível em: www.psicologiaeadocao.blogspot.com.br. Acesso em: 01/abr/2019

MADALENO, R. **Direito de família.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAYCON, R. **A Lei de Adoção (LEI 12.010/2009):** avanços e estagnações acerca de seus institutos na realidade brasileira. 2017. Disponível em: <https://ramiromayconadv.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 10/mai/2019.

MELLO, C. A. B. **Curso de direito administrativo.** 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Adoção:** Legal, Segura e para sempre. 2008. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br>. Acesso em: 25/mar/2019.

_____. **Comparativo:** ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente e as alterações definidas pela Lei nº 13.509/2017, de 22 de novembro de 2017. 2018. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br>. Acesso em: 25/mar/2019.

REIS, A. C.; et al. **Adoção Internacional.** II Seminário Científico da FACIG: Sociedade, Ciência e Tecnologia. I Jornada de Iniciação Científica. 18/nov/2018. Disponível em: <http://pensaracademico.facig.edu.br>. Acesso em: 07/mai/2019.

RODRIGUES, R; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de Metodologia Científica.** 8. ed. Lages: Papervest, 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível n.º 1.0194.12.006162-8/002,** Segunda Câmara Cível, Rel. Hilda Teixeira da Costa. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 15/jun/2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Apelação Cível n.º**

03077126820168240064, Primeira Câmara Cível, Rel. Jorge Luis Costa Beber. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 15/jun/2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE. **Agravo de instrumento com suspensividade n.º 2009.005275-2**, Segunda Câmara Cível, Rel. Juiz Virgílio Fernandes de Macêdo Junior. Disponível em: < <https://tj-rn.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 15/jun/2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Agravo de instrumento n.º 70079319190**, Oitava Câmara Cível, Rel. José Antonio Daltoe Cezar. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 15/jun/2019.

VENOSA, S. S. **Direito Civil**: Parte geral. Vol.1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

UMA ANÁLISE SOBRE A PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS E A PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA

Leani Budde
Igor Muzeka
Igor Ajouz
Darlan Nardi

RESUMO

O presente artigo busca analisar o instituto da prestação de alimento no direito de família brasileiro, investigando ainda a paternidade socioafetiva, busca-se estudar o direito de família a partir do prisma do dever da prestação alimentar por parte deste pai afetivo, portanto é necessário que se investigue a paternidade socioafetiva. O estudo pesquisa estuda os aspectos que englobam o conceito de alimentos e do dever de alimentar, relacionado ao vínculo parental socioafetivo, o artigo foi construído a partir da revisão de literatura e da metodologia bibliográfica. Trata-se de se desenvolver as discussões que estão em torno do binômio necessidade e possibilidade. Sendo assim, o que importa é o que alimentado necessita para viver com dignidade, próximo aos padrões aos quais vive o alimentante. Deve ser observado, entretanto, que em casos de separação, será muito difícil manter um padrão próximo ao que se vivia na constância do matrimônio.

Palavras-chave: prestação de alimentos, dever de alimentar, paternidade, socio afetividade.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the institute of the provision of maintenance in the Brazilian family law, also investigating the socio-affective paternity, it seeks to study the family law from the prism of the duty of provision of food by this affective father, so it is necessary that investigate socio-affective paternity. The research study studies the aspects that encompass the concept of food and the duty to feed, related to the socio-affective parental bond, the article was built from the literature review and bibliographic methodology. It is about developing the discussions that are around the binomial need and possibility. Therefore, what matters is what fed needs to live with dignity, close to the standards to which the feeder lives. It should be noted, however, that in cases of separation, it will be very difficult to maintain a pattern close to what was experienced in the constancy of marriage.

Keywords: provision of maintenance, duty to feed, paternity, socio-affectiveness.

INTRODUÇÃO

Já para Yussef Said Cahali (2006) alimentos, em seu significado vulgar, são aqueles que podem abranger “tudo aquilo que é necessário à conservação do ser humano com vida”, e em seu significado amplo, “é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigí-la de outrem, como necessário à sua manutenção”.

Silvio Rodrigues (2003) vai um pouco além em sua definição, ao abordar a possibilidade da diversificação do modo como a prestação alimentar será efetivada e a necessidade da contemplação desta em relação aos estudos que sejam necessários para a formação do alimentado, assim expõe o autor, para quem as condições de cada caso devam ser analisadas de forma específica, caso a caso:

Alimentos, em Direito, denomina-se a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para que possa atender às necessidades da vida. A palavra tem conotação muito mais ampla do que na linguagem vulgar, em que significa o necessário para o sustento. Aqui se trata não só do sustento, como também do vestuário, habitação, assistência médica em caso de doença, enfim de todo o necessário para atender às necessidades da vida; e, em se tratando de criança, abrange o que for preciso para sua instrução.

O que na verdade todos os autores tratam é do binômio necessidade e possibilidade. Sendo assim, o que importa na verdade é o que alimentado necessita para viver com dignidade, próximo aos padrões aos quais vive o alimentante.

Deve ser observado, entretanto, que em casos de separação, será muito difícil manter um padrão próximo ao que se vivia na constância do matrimônio, salvo os casos em que as partes envolvidas na lide sejam privilegiadas financeiramente. Até porque, aquele que deixou o lar, terá que reconstruir a sua vida.

E isso, gera custos. Além, de ser muito provável, que esta pessoa também passe a ter as mesmas despesas que mantinha anteriormente com a sua família, voltadas agora para suprir as suas necessidades particulares.

1. DA PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS

Como dito anteriormente, as situações que se enquadram nesse contexto devem ser analisadas cautelosamente, para evitar injustiças. Sejam elas as provenientes da falta de recursos que possibilitem a obtenção da dignidade necessária à nossa subsistência, como também, o falso instituto que alguns tentam consagrar, impondo um encargo deveras oneroso, a título de prestação alimentar, que mais se assemelha a possibilidade de um enriquecimento ilícito. Os alimentos não constituem vínculo empregatício, não devendo assim serem confundidos com remuneração salarial. Fato este, por mais absurdo que seja, muito comum na nossa sociedade.

Nos casos de pedidos de alimentos, o mais comum é o suposto pai se recusar a assumir sua vinculação junto ao seu suposto filho. Muitas vezes se recusam a se submeter ao exame de DNA, ou quando o fazem e tem a paternidade a si atribuída, se armam de subterfúgios e falsas declarações de renda, para não fornecer a esse filho a condição

de vida que estes poderiam desfrutar.

Não podemos, mesmo diante de qualquer tipo de argumento, corroborar com essa linha injusta de ação. O filho, seja proveniente de qualquer que seja o tipo de relacionamento que seus genitores mantivessem, não pode ser penalizado pelos atos dos seus pais. Não importa aqui se este foi fruto de um relacionamento de uma noite só, ou de anos de amor. Importa que esse filho existe, tem pai e mãe, e precisa de condições mínimas, ao menos, para poder crescer com dignidade.

Com esse triste comportamento, os pais aqui exemplificados, se esquecem que não estão se vingando da mãe da criança, e sim do seu próprio filho, que possivelmente não será beneficiado com todas as oportunidades que seu pai poderia lhe proporcionar, porque simplesmente, esse pai não valoriza em nada o produto vivo da sua herança genética.

Ou, igualmente grave, são os casos em que os pais socioafetivos mantêm o mesmo comportamento acima descrito em relação àqueles que, mesmo não tendo o vínculo biológico, sempre foram considerados seus filhos. Se esquecem do compromisso moral e afetivo a que sempre se prestaram, tratando-os como filhos descartáveis, que passam a não ser mais alvo de seu interesse por conta da efetiva separação do casal.

Os alimentos são definidos como necessários ou naturais, e civis NADER, 2006 p.533 Os alimentos naturais são aqueles destinados a suprir as necessidades básicas da pessoa, tais como a de habitação, vestuário, alimentação e saúde.

Diferentemente são os alimentos considerados civis, que não se limitam apenas as necessidades fundamentais da pessoa, mas principalmente objetivam a manutenção do mais próximo que possa ser, no caso específico, do seu modo anterior de vida. Na verdade, encontramos aí a ideia clara do legislador em não penalizar de forma pecuniária aqueles que tiveram a sua família desfeita.

Isto se deve, ao intuito de preservar a condição social anteriormente mantida, para que a separação do casal não traga uma pobreza efetiva e conseqüentemente uma mudança radical em relação ao padrão de vida, que esta família estava acostumada. Assim, com a possibilidade da inclusão os alimentos civis, ocorrendo à possibilidade de uma menor traumatização em cima de toda a situação vivida por aqueles envolvidos na lide.

Com a propositura da ação de alimentos, não mais se observa exclusivamente as necessidades básicas, sejam elas de ordem literalmente alimentar ou de moradia, mas também a manutenção dos seus status de vida anterior. Com isso, o legislador tenta evitar aquele tipo de caso muito comum, onde uma família com determinado padrão de vida, por ocasião da separação, tem o seu padrão de vida bruscamente alterado.

Atente-se que neste caso exemplificado nos referimos aos seus credores alimentares, que vivem a partir do momento da separação como quem mendiga alguns trocados, enquanto aquele que é o devedor vive sem ter nenhuma mudança em relação a sua condição de vida anterior. Podendo neste caso, fornece efetivamente uma vida mais digna para aqueles, com quem ainda mantém laços, que não são na verdade no todo interrompido, por conta da separação.

Para que seja possível o pedido de alimentos, esta ação deve estar prescindida de alguns pressupostos. Explica Paulo Nader, 2006 p.554 “que os alimentos são devidos em razão e laço familiar: parentesco, relação carnal ou união estável”. Sejam estes oriundos de atos de vontade própria ou sanção.

Os alimentos constituem direito personalíssimo DIAS, 2005 p. 450 a 460, não podendo ser transferido a outra pessoa, sendo certo que a pensão alimentícia é bem impenhorável por tratar diretamente da subsistência da pessoa beneficiada. Também detêm a característica da reciprocidade por ser obrigação alimentar na verdade um dever de solidariedade entre aqueles que fazem parte da mesma família. Regula o tema o art. 1696 do Código Civil, sendo que na falta dos ascendentes caberá obrigação aos descendentes, art.1697 do Código Civil.

Tendo também como característica a sua inalienabilidade, não podendo o direito alimentar ser transacionado por constituir claramente na subsistência do credor. Outra característica se da na irrepetibilidade, onde, é impossível a restituição de valores, podendo apenas ser admitidos a devolução, quando for provado o pedido Ter sido de má-fé. E por mais estranho que possa parecer existe a lógica do motivo que acarretam na impossibilidade dos alimentos. Isto se deve, partindo do pressuposto, de que estes já foram efetivamente utilizados na sua subsistência durante o curso processual que os modificou ou os indeferiu.

Mais uma peculiaridade do que se refere ao suprimento da necessidade alimentar é aquela que está atrelada a sua alternatividade Dias, 2005 p. 453. Os alimentos podem ser pagos tanto em espécie como em benefícios. Neste caso, a lei faculta a possibilidade da diversificação da efetiva prestação, que pode, exemplificadamente, ser paga mensalmente com uma quantia ou percentual definido em moeda corrente, ou, com pagamento de aluguéis, planos de saúde, ensino e afins.

Dias (2005 p. 453) A transmissibilidade é um fator de suma importância n instituto mencionado, visto que com a morte do devedor a sua obrigação se transmite aos seus herdeiros. Aqui encontramos incluídos institutos relativos ao direito real de habitação e ao usufruto, não sendo utilizado apenas no que tange a dívida alimentar. Ressalta-se que o encargo não pode ultrapassar as forças da herança e se encerra por ocasião da partilha RODRIGUES, 2004 p. 270.

Os sucessores, como também seus familiares, daquele que efetivamente se denominava devedor, não poderão suportar a obrigação que cabia a este. Isto apenas ocorrerá por força de ação judicial própria que profira sentença transitada em julgado, que determine assim quem daqueles herdeiros será o responsável por tal obrigação legal.

Quanto à irrenunciabilidade em Dias, 2005 p.454, cabe ao credor não exercer o seu direito, mas não pode este renunciar ao direito que lhe é concedido. Já o devedor, não pode jamais renunciar ao feito, mas a obrigação se extingue por força de casamento, união estável, ou concubinato do credor. Quando este é descendente do devedor a obrigação se extinguirá por ocasião da maioridade ou da emancipação, ou ainda se for menor o credor, até a data que este termine seus estudos. Data esta, que não poderá ser “ad eternum”, sendo cabível neste caso ação própria caso o credor ache por bem se dedicar exclusivamente na sua vida aos estudos.

Podemos dizer que o dever de alimentar é determinado por uma obrigação jurídica legal, imposta a pessoas ligadas pelo vínculo familiar e que de nenhuma forma poderá ser descumprida. Em contrapartida, a prestação alimentar qualquer que seja, deverá ajustar-se ao binômio necessidade-possibilidade (NADER, 2006) isto é, a necessidade de quem pleiteia com a possibilidade do requerido, ou seja, os alimentos devem ser prestados por aquele que os forneça sem comprometer ao próprio sustento, especifica o

art. 1.694 § 1º, que “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.”

A solidariedade é o fator primordial nessa relação. Pois, se hoje o menor necessita de alimentos, com o passar dos anos estes poderão ser fornecidos por ele a quem hoje os presta. Discorrendo sobre o assunto, Marco Aurélio S. Viana (1998) afirma que:

A solidariedade deveria nortear a vida dos seres humanos. Incompletos por natureza, somente quando agrupados podem alcançar objetivos maiores. A vida em regime de interdependência é um fato. É por isso que se localizam no núcleo familiar os alimentos, sob a forma de obrigação ou dever, onde o vínculo de solidariedade é mais intenso e a comunidade de interesse mais significativa, o que leva os que pertencem ao mesmo grupo ao dever de recíproca assistência.

Desse modo o fundamento da obrigação alimentar se dá pela solidariedade das pessoas que fazem parte desta mesma família. Pois, na verdade a família nada mais é do que um conjunto de pessoas envolvidas em um projeto comum pautado no afeto e carinho.

Ao se iniciar uma relação familiar, está também implícito um acordo de assistência recíproca. E esta assistência será prestada de diversas formas. Neste sentido, hoje o conceito de poder familiar é dividido entre o casal, sendo explícito desta forma, que ambos possuem deveres e direitos em relação a sua família.

Assim, todos que fazem parte desta família, estão obrigados a agir de acordo com os preceitos morais que cada uma escolhe para si, e também aos legais, estes impostos de modo regulador pelo Estado em suas leis próprias.

Portanto, não seria justo, que alguém que se propôs a integrar uma família já constituída em um papel que se encontrava vago, e com isso, assumiu responsabilidades, se ache no direito de simplesmente alegar não ter vínculo biológico com quem necessita da prestação alimentar. Orlando Gomes (1999) acrescenta que tal dever consiste “na prestação do necessário ao sustento de quem o necessita, sem que o direito correspondente seja correlato a um dever inerente ao estado de cônjuge, ou de pai”.

Podemos acrescentar que para se estipular a prestação de alimentos, estes deverão ser fixados de forma equilibrada, não sendo admitida a impossibilidade deste encargo, por isso é importante a busca da real proporção do binômio necessidade e possibilidade. Se não houver outro meio possível para o sustento de quem pleiteia os alimentos, o pedido inerente a estes deve ser proposto. Sobre isso, observou Moura Bittencourt, 1979 p. 53:

Não é preciso que o pretendente a alimentos chegue à miséria completa para obtê-los; basta que não tenha renda suficiente para manter-se e não possa conseguir pelo trabalho os meios indispensáveis à subsistência correspondente a sua posição social.

O dever de sustentar financeiramente os filhos é obrigação dos seus pais como determina o nosso Código Civil, em seu artigo 1566, IV. Esse dever, teoricamente, tem seu tempo de prestação pré-definido. Porém a prestação alimentar em relação aos outros parentes, que não tem seu tempo pré-determinado. Mas, não é essa condição temporal imutável. Maria Helena Diniz (2007) expressa sua opinião de sobre o tema abordado, da seguinte forma:

“O dever de sustentar os filhos (CC, art.) é diverso da prestação alimentícia entre parentes, já que (a) a obrigação alimentar pode durar a vida toda e o dever de sustento cessa, em regra, ipso iure com a maioridade dos filhos sem necessidade de ajuizamento pelo devedor de ação exoneratória, porém a maioridade, por si só, não basta para exonerar o pai desse dever, porque filho maior, que não trabalha e cursa estabelecimento de ensino superior, pode pleitear alimentos, alegando que se isso lhe for negado prejudicaria sua formação profissional. (b) a pensão alimentícia subordina-se à necessidade do alimentando e à capacidade econômica do alimentante, enquanto o dever de sustentar prescinde da necessidade do filho menor não emancipado, medindo-se na proporção dos haveres do pai e da mãe. “Logo, essas duas obrigações não são idênticas na índole e na estrutura”.

Mais Além, Marco Aurélio S. Viana (1998), ressaltando que “o dever é exigível independentemente da situação econômica do devedor”, acrescentando, ainda, que “o filho menor deverá ser atendido mesmo com sacrifício dos pais, pois é sagrado o socorro ao menor”.

Essas afirmações tem seu fundamento, não só baseados na doutrina como também ao exposto no nosso Código Civil, pois, este é claro ao determinar no seu artigo “Art. 1.694. § 1º que estes “devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.” O fator de relevância aqui encontrado é o da responsabilidade parental, não sendo admitido que os progenitores não contribuam para o sustento da sua prole.

Ao preservar o estado de filiação, e também a instituição familiar, seja ela composta da forma que se propuser, o Estado visa não somente que esta atribuição não lhe seja atribuída, mas que o conceito do planejamento familiar e da paternidade responsável seja posto em prática. A proteção da instituição familiar é o interesse maior Estatal, visando com isso que os direitos concedidos a filiação, no seu sentido protetivo, sejam sempre respeitados. O melhor interesse da criança deve sempre ser o fator de maior relevância, não podendo, sob nenhuma circunstância, ficar a prole desprotegida e sem a devida assistência emocional e financeira de seus familiares.

2. DA PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA

Como disposto no art. 1.634 do Código Civil, compete aos pais dirigir a criação e a educação de sua prole, bem como ter em sua companhia e guarda, os seus filhos menores. Combinando este artigo do referido diploma legal com o artigo 1.593 do Código Civil, que é aquele correspondente ao reconhecimento do parentesco seja ele natural dependendo da sua consanguinidade, ou civil, se advindo de outra origem, poderíamos pressupor facilmente, ser totalmente plausível a propositura do pedido de alimentos para aqueles que são fruto do vínculo socioafetivo.

Porém, para Waldir Grisard Filho (apud 1960, Beliláqua, Clóvis) a obrigação de alimentar se funda apenas no vínculo e parentesco resultante da consanguinidade. Outros autores, em obras mais recentes, ainda mantêm essa mesma linha tradicionalista, parecendo não acompanhar a evolução as nossas necessidades sociais, bem como, a resposta direta a elas advinda dos nossos tribunais. Podemos citar o entendimento atual sobre o tema:

Tribunal de Justiça do RS DATA DE JULGAMENTO: 11/11/2002
Nº DE FOLHAS: 9 ÓRGÃO JULGADOR: Segunda Câmara Especial
Cível COMARCA DE ORIGEM: PORTO ALEGRE SEÇÃO: CIVEL
PUBLICAÇÃO:
TIPO DE DECISÃO: Acórdão
RELATOR: Marilene Bonzanini Bernardi
Agravado de Instrumento NÚMERO: 70004752267
Trata-se de agravo de instrumento interposto por A.G., nos autos da ação de alimentos que lhe move G.N.S.G., menor representado por sua mãe A.P.S.G., contra decisão que deixou de acolher pretensão, do requerido, de revogação de alimentos provisórios deferidos em favor do agravado. Sustentou o agravante que, em 11/06/2002, G., representado por sua mãe A.P., ingressou com ação de alimentos em desfavor daquele, tendo sido deferido alimentos provisórios em 17/06/2002. Referiu que, em 08/07/2002, foi citado para comparecer a audiência conciliatória para dia 22/07/2002, quando então passaria a correr prazo para a contestação. Disse que, na data supracitada, as partes compareceram e restou inexitosa a tentativa de conciliação, quando então o agravante requereu a reconsideração daquele despacho inicial, que deferira alimentos provisórios ao alimentando, eis que alegava não ser o pai biológico da criança, conforme comprovado por exame de DNA realizado em 1998. Observou que o Julgador Monocrático indeferiu o pedido sob a argumentação de que os alimentos seriam devidos em face do caráter sócio-afetivo. Aduziu que não era pai biológico do autor da ação de alimentos, conforme exame de DNA anexado, bem como que o agravante teria 70 anos de idade, tendo se casado com a genitora do autor pressionado pelo fato de irrogadamente ser o pai da criança e, como estava debilitado mentalmente à época do fato, casou com separação de bens, pensando ser o menor seu filho biológico. Asseverou que resolveu colocar um fim no casamento, quando tomou conhecimento das traições da mulher, ingressando com ação de separação judicial litigiosa com liminar de separação de corpos. Expôs que a criança sempre foi incentivada a não obedecer ao agravante o que não caracterizaria o aspecto sócio-afetivo usado como fundamento para o indeferimento do pedido de reconsideração de alimentos provisórios. Destacou que a genitora deveria procurar o pai biológico da criança para obter alimentos, já que os deferidos, provisórios, não teriam mais volta ao agravante, mesmo sendo julgada a ação a seu favor. Colocou-se à disposição para realização de novo exame de DNA. Pediu efeito suspensivo. Requereu provimento. Indeferido o efeito suspensivo. Solicitadas informações, as mesmas foram prestadas. O agravado contra-arrazoou alegando que na certidão de nascimento do menor o agravante consta como pai. Referiu que o aspecto sócio-afetivo gera a “adoção a brasileira”, conforme Des. Rui Portanova. Aduziu que era inverídica a alegação do réu de que não nutria nenhum sentimento pelo menor, uma vez que, mesmo passados mais de 03 anos da certeza de que não é o pai do menor, o chama de filho. Citou o art. 26, da Lei 8.069/90. Observou que até decisão em contrário e irrecorrível, o autor teria direito a perceber alimentos por parte do agravante. Requereu fosse negado provimento ao recurso. Opinou o Douto Procurador de Justiça pelo desprovimento do agravo. Vieram os autos conclusos. É o relatório.

Carlos Roberto Gonçalves, 2007 p.447 esclarece que “entre pais e filhos menores, cônjuges e companheiros, não existe propriamente obrigação alimentar, mas dever familiar, respectivamente de sustento e de mútua assistência” e completa o seu pensamento de forma mais detalhada: “a obrigação alimentar também decorre da lei, mas é fundada no parentesco, ficando circunscrita aos ascendentes, descendentes e colaterais até o segundo grau, com reciprocidade, tendo por fundamento o princípio da solidariedade familiar”.

Seguindo o raciocínio acima exposto fica claro que é totalmente possível o pedido de alimentos daquele que é oriundo da relação sócio afetiva (2004). Pois o que conta efetivamente para a propositura do pedido é sua possibilidade inserida no nosso Código Civil. Sendo certo que não existam pessoas da família biológica a quem se possam solicitar os alimentos em primeiro lugar, cabe o pedido para aqueles que são os incluídos na família sócio-afetiva. A súmula 341 do Conselho da Justiça Federal sobre o artigo 1.696 do Código Civil assim determina: “Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar.”

O princípio maior do dever de alimentar se encontra na preservação a dignidade da pessoa. Nota-se que o “Código Civil de 2002, a exemplo do revogado, não trouxe expressamente o critério etário como forma de exoneração da obrigação alimentar” (2003) mas o entendimento é o de que cessa a obrigação com a maioridade. Nesse sentido, Alex Sandro Ribeiro cita Yussef Cahali (2003):

A orientação mais acertada é aquela no sentido de que, cessada a menoridade, cessa ipso jure a causa jurídica da obrigação de sustento adimplida sob a forma de prestação alimentar, sem que se faça necessário o ajuizamento, pelo devedor, de uma ação exoneratória: quando a obrigação resulta do pátrio poder, cessando esta, aquela também cessa. Não há obrigação sem causa

Não existe sentido da nossa lei reconhecer as várias formas de modelos familiares, proteger esse instituto e não atribuir a ele os direitos inerentes aos demais. Partindo do pressuposto do reconhecimento a família constituída pelos vínculos civis, não se pode diferenciá-la de tal forma das demais, a tal ponto e negar-lhe o direito de subsistência concedido às demais.

Para Luana Babuska Chrapak Silva (2004), em seu estudo publicado na internet, “A jurisprudência, como atualmente tem se posicionado, reconhece a relação de paternidade através da posse de estado de filho, e uma das consequências da paternidade e da maternidade sócio-afetiva é o direito à prestação de alimentos”.

Cita ainda a autora a pronúncia do STF nesse sentido e cita ainda o seguinte acórdão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. INTEMPESTIVIDADE. REQUISITO DO ART. 526 DO CPC. NEGATIVA DA PATERNIDADE. Intempestividade. O agravo interposto no décimo dia o prazo não é intempestivo. Requisito do art. 526 do CPC. Segundo a nova redação do art. 526, a parte agravada, além de alegar, deverá provar que o primeiro grau não foi comunicado do recurso. Negativa da paternidade. A obrigação alimentar se fundamenta no parentesco, que é comprovado pela certidão de nascimento. O agravante alega não ser o

pai biológico do menor. Enquanto não comprovar, não se pode afastar seu dever de sustento. A rigor, mesmo esta prova não será suficiente, pois a paternidade sócio-afetiva também pode dar ensejo à obrigação alimentícia.

Como o acima exposto, acreditamos ser não só possível, como também justificadamente cabível a propositura da referida ação de alimentos nos casos das relações filiais sócio-afetivas.

Voltamos aqui a nos referir a súmula 339 do Conselho de Justiça Federal, que é claro ao afirmar que: “A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho.”

Já a súmula 336, também do Conselho de Justiça Federal referente ao artigo 1.584 do código civil, no que se refere à guarda dos filhos, quando não previamente acordado por ocasião da separação do casal é claríssima ao determinar que: “O parágrafo único do art. 1.584 aplica-se também aos filhos advindos de qualquer forma de família.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fica muito clara a ideia dos nossos legisladores sobre a matéria aqui pesquisada. O entendimento dominante nos nossos tribunais visa sempre a proteção da criança, em seus direitos fundamentais. Nota-se que como foi amplamente explanado neste estudo, não se admite o caráter transitório do estado de filiação. Ser pai de alguém não é uma condição mutável.

Não podemos apoiar a tese baseada na falta da filiação biológica, que alguns tentam defender, como excludente da obrigação de assistência mútua. Devemos sempre lembrar que a dignidade da pessoa, juntamente com as condições mínimas para sua subsistência, engloba diretamente a parte psíquica. Uma pessoa não necessita apenas de alimentos, aqui no sentido literal da palavra, para manter a sua subsistência. Os danos emocionais que possam ser gerados mediante ao abandono não podem ser menosprezados.

Aqueles que estariam sujeitos à situação hipotética aqui apresentada, poderiam sofrer danos psicológicos de tal monta, que haveria a probabilidade real destes impossibilitarem o desenvolvimento adequado dessas pessoas. Não é admissível que se pleiteie que nossos legisladores desconsiderem as conseqüências que tal abandono poderia acarretar, deixando de cumprir a tutela Estatal, que tem como princípio maior a defesa dos nossos direitos primordiais.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, volume 5: direito de família – Rio de Janeiro: Forense, 2006

BITTENCOURT, Edgard.Moura, **Alimentos**, 4ª ed. rev., aument. Ed. Atual, São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1979

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade**: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e Jurisprudência. Págs. 52, 55, 59, 2001.

CAHALI, yussef Said. **Dos alimentos** – 4.Ed. atual.e amp. – São paulo: ed. Revista dos Tribunais,2002

GOMES,Orlando. **Direito de família**, 11ª ed, atualizada por Humberto Theodoro Junior,Rio de Janeiro:Revista Forene,1999

VIANA, Marco Aurélio. **Alimentos**, Belo horizonte: Del Rey,1998

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**, Direito de família, Sétima edição, Ed. Atlas, 2005

MOREIRA FILHO, José Roberto. Direito à identidade genética. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744> Acesso em: 26 jun. 2007.

KAUSS, Laís fraga, **O alcance do sócio afetividade para determinação da filiação**, acesso 26 de Jun. 07 material de pesquisa obtido do site http://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_VII_janeiro_2007/o_alcance_socio_laiksauss.pdf

RIBEIRO, Alex Sandro. Critério etário de maioridade civil e extinção da obrigação alimentar **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 96, 7 out. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4254>

ANÁLISE JURÍDICA SOBRE O ACESSO À JUSTIÇACassandro Devenz¹Fabiane Fisch²Dilmar Ribeiro Pereira³Maria Aparecida Leite Holthausen da Silva⁴**RESUMO**

A presente pesquisa tem por objetivo primordial analisar aspectos referentes ao acesso à justiça, sendo dividida em seu desenvolvimento nas temáticas que versam sobre comentários acerca do acesso à justiça, fazendo uma abordagem sobre o direito de ação nas Constituições brasileira; o acesso à Justiça, inclusive a celeridade, ou melhor, uma razoável duração do processo, é um direito que inclusive foi explicitamente introduzido na Constituição Federal de 1988 (CF/88), pela Emenda Constitucional n.º 45/2004. O atual artigo busca elucidar os ditames jurídicos do acesso justiça com pesquisa exploratória e metodologia bibliográfica investigando constitucionalmente como esse direito se constrói e é assegurado.

Palavras-chave: acesso à justiça, súmula vinculante, direito brasileiro.

ABSTRACT

The main objective of this research is to analyze aspects related to access to justice, being divided in its development into themes that deal with comments about access to justice, making an approach on the right of action in the Brazilian Constitutions; access to justice, including speed, or rather a reasonable duration of the process, is a right that was explicitly introduced in the Federal Constitution of 1988 (CF/88), by Constitutional Amendment no. 45/2004. The current article seeks to elucidate the legal dictates of access to justice with exploratory research and bibliographic methodology, constitutionally investigating how this right is constructed and ensured.

Keywords: access to justice, binding summary, Brazilian law.

¹ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

² Professor do Centro Universitário Unifacvest.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

⁴ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

INTRODUÇÃO

No Brasil, o acesso à justiça é assegurado constitucionalmente no artigo 5º, XXXV, da Carta de 1988, ao dispor que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Por sua vez, o acesso à Justiça, inclusive a celeridade, ou melhor, uma razoável duração do processo, é um direito que inclusive foi explicitamente introduzido na Constituição Federal de 1988 (CF/88), pela Emenda Constitucional n.º 45/2004. A súmula vinculante, mesmo apontada como uma medida restritiva é principal aposta para dar mais eficiência ao Judiciário. Sancionada pelo presidente, a nova ferramenta define que o Supremo Tribunal Federal (STF) pode criar regras aplicáveis aos juízes sobre como atuar em casos recorrentes na justiça brasileira. Isso fará com que os processos julgados obedeçam a um padrão de sentença definido pela instância superior, o que serviria para diminuir a morosidade da Justiça. Embora o conceito de súmula já existisse no direito brasileiro, o novo mecanismo, já utilizado em outros países, tem como novidade o efeito vinculante, isto é, obriga os juízes de instâncias menores a seguirem as recomendações do STF. Até a edição da lei n.º 11.417/2006, as súmulas serviam para documentar jurisprudências. Com a nova lei, a súmula se torna vinculante após a aprovação de oito dos 11 ministros do STF. Depois disso, o Conselho Nacional de Justiça é quem a transforma em norma válida em todo o Brasil. É importante destacar que, a nova súmula não ameaçará a existência das atuais jurisprudências, pelo contrário, poderá usá-las como base e apenas no caso de duas jurisprudências conflitantes sobre o mesmo assunto é que a súmula vinculante deverá privilegiar uma delas.

DESENVOLVIMENTO

Sancionada pelo presidente, a nova ferramenta define que o Supremo Tribunal Federal (STF) pode criar regras aplicáveis aos juízes sobre como atuar em casos recorrentes na justiça brasileira. Isso fará com que os processos julgados obedeçam a um padrão de sentença definido pela instância superior, o que serviria para diminuir a morosidade da Justiça.

Embora o conceito de súmula já existisse no direito brasileiro, o novo mecanismo, já utilizado em outros países, tem como novidade o efeito vinculante, isto é, obriga os juízes de instâncias menores a seguirem as recomendações do STF. Até a edição da lei n.º 11.417/2006, as súmulas serviam para documentar jurisprudências. Com a nova lei, a súmula se torna vinculante após a aprovação de oito dos 11 ministros do STF. Depois disso, o Conselho Nacional de Justiça é quem a transforma em norma válida em todo o Brasil.

Muitas são as discussões acerca da súmula vinculante e isso foi iniciado muito antes da edição da referida lei. Isso porque, mesmo tendo sido apresentada como uma das saídas à lentidão do Judiciário brasileiro, não há consenso no setor jurídico. Os argumentos contrários baseiam-se, principalmente, na restrição da liberdade de interpretação dos juízes, que não mais poderiam dar a sentença, exclusivamente, de acordo com conclusões próprias. Outra crítica é a imposição de resultados a casos semelhantes, mas separados por realidades sociais completamente distintas.

A medida é acusada de centralizadora já que são limitadas as instituições

que podem entrar com pedidos de revisão ou de cancelamento das súmulas. De acordo com a Lei n.º 11.417/2006, em seu artigo 3º, só podem propor edição, revisão ou cancelamento de súmulas as seguintes instituições: Presidência da República; Mesa do Senado, Procuradoria-geral da União; Conselho Federal da OAB; o Defensor Público-Geral da União, Partido político com representação no Congresso; Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; e os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

Pode-se observar que, atualmente, diversas ações judiciais se arrastam durante anos e o principal motivo de tal fato é, além da lentidão da máquina judiciária, a grande quantidade de recursos elaborados por quem perde as causas. Com a entrada em vigor da súmula vinculante, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), órgão incumbido de julgar casos extremos não constitucionais, poderá definir sentenças padrão para certas irregularidades.

É importante destacar que, a nova súmula não ameaçará a existência das atuais jurisprudências, pelo contrário, poderá usá-las como base. Apenas no caso de duas jurisprudências conflitantes sobre o mesmo assunto é que a súmula vinculante deverá privilegiar uma delas. Nesse caso, a não contemplada deixaria de existir.

Inicialmente, quando se fala em acesso à Justiça, pensa-se logo numa Justiça eficaz, acessível aos que precisam dela e em condições de dar resposta imediata às demandas; enfim, uma Justiça capaz de atender a uma sociedade em constante mudança. A expressão acesso à Justiça, é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico, o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e resolver seus litígios. Além disso, deve-se ter em mente que o sistema deve ser igualmente acessível a todos, além de produzir resultados que sejam justos.

De acordo com Horácio Rodrigues,

É necessário destacar, frente à vagueza do termo acesso à Justiça, que a ele são atribuídos pela doutrina diferentes sentidos, sendo eles fundamentalmente dois: o primeiro, atribuindo ao significante justiça o mesmo sentido e conteúdo que o de Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões acesso à Justiça e acesso ao Poder Judiciário; o segundo, partindo de uma visão axiológica da expressão justiça, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. E conclui que esse último, por ser mais amplo, engloba no seu significado o primeiro.

Na verdade, pode-se dizer que o acesso à Justiça compreende o acesso aos órgãos encarregados de produzi-la e também um sistema processual adequado à propositura das demandas, com procedimentos compatíveis com a cultura nacional, com assistência judiciária aos necessitados, e um sistema recursal que não transforme o processo em uma busca interminável de justiça, tornando o direito da parte mais um fato virtual do que uma realidade social. Além disso, o acesso só é possível com juízes dispostos a fazer justiça em todas as instâncias, com sensibilidade e consciência.

Destaque-se que quando se fala em acesso à Justiça, ouve-se também falar

sobre as ondas de acesso. São três ondas de acesso à Justiça: assistência judiciária para os pobres; representação dos interesses difusos; e acesso à representação em juízo, a uma concepção mais ampla de acesso à Justiça e um novo enfoque de acesso à Justiça. De todas as ondas, a mais importante, para a ordem jurídica nacional, é a terceira, por compreender uma série de medidas, desde a reestruturação do próprio Poder Judiciário, passando pela simplificação do processo e dos procedimentos, até chegar a um sistema recursal que não faça da parte vencedora refém da perdedora. Tudo com vistas a agilizar a prática judiciária, para que a parte que tem razão tenha a certeza de que receberá do Estado-juiz, ainda em vida, a prestação jurisdicional que lhe garanta o gozo do seu direito.

A primeira onda (Assistência judiciária para os pobres) está relacionada aos meios de facilitar o acesso das classes menos favorecidas à Justiça. Significa dizer que a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei. A finalidade desse sistema é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação (em juízo) que teriam se pudessem pagar um advogado.

Há países, como a Suécia, que oferecem ao necessitado a escolha entre o atendimento por advogados servidores públicos ou por advogados particulares, embora o sistema sueco penda mais para o modelo em que os advogados públicos devem ser mantidos, essencialmente, através dos honorários pagos pelo Estado em benefício dos indivíduos assistidos. Já em Quebec os escritórios de advocacia são mantidos diretamente pelo governo sem que se leve em conta quão bem sucedidos eles sejam na competição com sociedades de advogados particulares RODRIGUES, 1994 p. 39-40.

As medidas adotadas nos diversos países têm contribuído para melhorar os sistemas de assistência judiciária, fazendo ceder as barreiras de acesso à Justiça.

A segunda onda de acesso à Justiça (Representação dos interesses difusos) tem como foco de preocupação especificamente os interesses difusos. Em uma primeira percepção, são chamados de interesses difusos os interesses coletivos ou grupais, diversos daquele interesse dos pobres, que caracteriza a primeira onda.

A preocupação com a segunda onda resultou da incapacidade de o processo civil tradicional, de cunho individualista, servir para a proteção dos direitos ou interesses difusos. É que o processo civil foi sempre visto como campo de disputa entre particulares, tendo por objetivo a solução de controvérsia entre eles a respeito de seus próprios direitos individuais.

De uma perspectiva equivocada, em que se pensava que se o direito ou interesse pertencia a todos é porque não pertencia a ninguém, percebeu-se que se o direito ou interesse não pertencia a ninguém é porque pertencia a todos, e, a partir desse enfoque, cuidou-se de buscar meios adequados à tutela desses interesses, que não encontravam solução confortável na esfera do processo civil MAZZILI, 2006 p. 48.

Essa nova percepção do direito pôs em relevo a transformação do papel do juiz, no processo, e de conceitos básicos como a citação e o direito de defesa, na medida em que os titulares de direitos difusos, não podendo comparecer a juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, em uma determinada região – é preciso que haja um representante adequado para agir em benefício da coletividade. A decisão deve, em tais casos, ser efetiva, alcançando todos os membros do grupo, ainda que não tenham participado individualmente do processo. Também o conceito de coisa

judgado deve ajustar-se a essa nova realidade, de modo a garantir a eficácia temporal dos interesses e direitos difusos MAZZILI, 2006 p. 46.

É importante destacar que essa onda permitiu a mudança de postura do processo civil, que, de uma visão individualista, funde-se numa concepção social e coletiva, como forma de assegurar a realização dos direitos públicos relativos a interesses difusos.

Por sua vez, a Terceira onda (Acesso à representação em juízo, a uma concepção mais ampla de acesso à Justiça, e um novo enfoque de acesso à Justiça), propõe uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações das formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas, como juízes e como defensores, ou seja, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução, além da utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios.

A reforma dos procedimentos judiciais é de suma importância, para modificar a engrenagem judiciária, de modo a adotar procedimentos simples para demandas simples, e procedimentos complexos para demandas complexas. Além disso, o procedimento deve contar com a presença de leigos com atividade de auxílio dos juízes, não apenas na movimentação do processo (juntada, vista, etc.), mas da própria instrução, que toma a maior parte do tempo do juiz.

Os princípios configuradores da oralidade, dentre os quais o da identidade física, que exige a presença física do juiz no comando das audiências, devem ser repensados, para que entrem em cena os servidores instrutores. A partir daí, poderia cada juízo ter a seu serviço um certo número de servidores especializados na instrução de processos, notadamente na tomada de depoimentos de partes e testemunhas, reservando-se ao juiz o poder de reinquiri-las, caso entenda necessário para o esclarecimento dos fatos MAZZILI, 2006 p. 46.

É importante destacar que por causa da diversidade cultural do país, é mais efetivo que, ao lado de um código nacional de processo, haja procedimentos adequados a cada Estado-membro, conforme o seu desenvolvimento, pois não se pode exigir para a diligência de arrombamento, por exemplo, a presença de dois oficiais de justiça, onde, muitas vezes, não existe nenhum.

Os métodos alternativos de resolução dos conflitos, fora da justiça pública devem ser também prestigiados, estimulando os jurisdicionados a buscar justiça fora dos tribunais públicos, como forma de se obter decisão mais rápida e eficaz, como a arbitragem e a mediação. Muitos países conjugam a justiça pública com a justiça privada, permitindo, por exemplo, que o juiz de direito se transforme em árbitro. Isso facilita o acesso a uma decisão justa.

Essas alternativas dependem muito do perfil do jurisdicionado, residindo aí a grande dificuldade em fazer com que a conciliação alcance seu real objetivo, pois o brasileiro é um litigante nato, e, mesmo sabendo morosa a Justiça pública, tem por ela uma preferência.

Destaque-se que os juizados especiais, tanto cíveis quanto criminais, são duas especiais modalidades de se fazer justiça rápida, e uma não exclui a outra, podendo, ambas, conviver na solução dos conflitos (arts. 24, X, e 98, I, CF).

Ressalte-se que o denominado princípio do duplo grau de jurisdição, ao contrário do que se supõe, não tem assento constitucional, e o fato de a Constituição prever

a existência de juízes e tribunais, não significa que deva o legislador infraconstitucional, ao disciplinar os procedimentos, prever sempre a possibilidade de recurso. O direito ao recurso deve ser entendido, não como direito a que a lei preveja recurso, mas como direito ao recurso que a lei prevê; de forma que, se a lei não prevê recurso, nenhum direito tem a parte de recorrer MAZZILI, 2006 p. 46.

Pela natureza e valor das causas, os juizados especiais devem ser centrados basicamente em juízes leigos, com julgamentos segundo o critério de equidade, além dos conciliadores, pessoas capacitadas para por termo, mediante acordo das partes, à grande massa de litígios que ocorrem a essa justiça.

Segundo a teoria imanentista, o direito de ação, em seus primórdios e desenvolvimento inicial, foi entendido como apêndice do direito material. Isso se percebe positivado no Código Civil brasileiro em seu artigo (COUTURE, 2001 p. 47). Depois, direito material e ação foram vistos como coisas diferentes e o direito de ação foi identificado constitucionalmente como instrumento de cidadania, como direito subjetivo público de se pleitear a tutela jurisdicional do Estado GRINOVER, 2000 p. 78.

A doutrina dominante distingue, porém, a ação como direito ou poder constitucional (garantido a todos e de caráter extremamente genérico e abstrato), do direito de ação de natureza processual (o único a ter relevância no processo). O direito de ação de natureza constitucional seria o fundamento do direito de ação de natureza processual CINTRA, 2005 p.38.

A Constituição de 1934 foi a Carta Política promulgada na primeira fase do governo de Getúlio Vargas, em que este, após a Revolução de 30, legitimou-se no poder prometendo uma reviravolta na situação criada pelos grandes latifundiários que dominaram a chamada República Velha com sua política do café com leite. A proposta de Estado, baseada na Constituição, portanto, não poderia ser outra senão democrática-FERREIRA FILHO, 1988 p. 126.

Além da tradicional cláusula de que todos os poderes emanam do povo, e em nome dele são exercidos (art. 2º), que de uma forma ou de outra, sempre esteve prescrita nas Cartas brasileiras, percebe-se uma série de avanços no que tange ao exercício da ação e da função jurisdicional.

O art. 113 da Constituição, “Dos direitos e das garantias individuais”, que hoje corresponderia ao vigente art. 5º da CF/88, trouxe inúmeras alterações em relação à Constituição de 1891, que revelavam a abertura de portas ao judiciário, demonstrando a relação entre a democracia e o amplo acesso ao judiciário. Pela primeira vez na história constitucional brasileira surge a menção ao mandado de segurança (art. 113, XXXIII), como mais um instrumento de tutela jurisdicional; pela primeira vez também se fala de ação popular (art. 113, XXXVIII), embora nem se utilize, ainda, este nome; como inovação se nota, ainda, a prescrição da assistência judiciária aos necessitados (art. 113, XXXII), como forma de efetiva participação de todos na formulação do direito, levada a cabo pela função jurisdicional.

A Constituição de 1937, que se imortalizou pela alcunha de Polaca Ferreira Filho, 1988, p. 128, foi a Carta política mais marcadamente ditatorial que já regeu a sociedade brasileira. Várias de suas diretrizes chegam a ser absurdas, descaracterizando-se totalmente o Estado de Direito que se buscava erigir a partir do modelo de 1934. Foi a Carta de 1937 decretada, e não promulgada, como se seria de esperar. Em segundo lugar, surgiu ela de uma farsa gerada pelo presidente Getúlio Vargas para perpetuar-se

no poder: a farsa denominou-se Plano Cohen, e consistia numa suposta ameaça comunista ao BrasilFERREIRA FILHO, 1988, p. 128.

Getúlio passa a gozar de poderes amplíssimos de governo, criando a primeira ditadura da era republicana brasileira. E esse governo de exceção, restringiu a ação e a função jurisdicional. Ao poder jurisdicional foi vedado conhecer questões exclusivamente políticas.

A norma constitucional que deveria prever direitos e garantias constitucionais trata da prescrição da pena de morte e de suas hipóteses de ocorrência (art. 122, XIII); a censura e outras medidas restritivas (art. 122, XV); a assunção de tribunais de exceção (art. 122, XVII); o amplo controle e restrição à imprensa (art. 122, XV); limitação do uso dos direitos individuais (que já eram escassos) pelo interesse público.

O que havia, na verdade, era a nítida formatação de um Estado totalitário, ditatorial, e que assume como instrumento de dominação a repressão e a restrição de canais para a população, que passa a não ter mais a quem recorrer para tentar modificar sua situação de desvantagem.

Como reação a esse modelo ditatorial e lesionador dos direitos mais caros ao ser humano, promulga-se aquela que é por muitos considerada a Constituição mais imbuída de ideais liberais que o país já possui a carta de 1946. Novamente se percebe a tentativa de correção de rumos e de prestígio do ideal democrático.

Um novo alento que é dado em relação ao acesso ao judiciário, ou seja, garante-se a grande ferramenta de cidadania que é o direito de ação, meio de se garantir a aplicação e efetivação dos direitos garantidos pela legalidade. É nesse sentido que o art. 141 da CF/46, que trata dos direitos e das garantias individuais reinsere todos aqueles instrumentos que haviam sido suprimidos pela fatídica Polaca, destacando-se o mandado de segurança (art. 141, § 24); as garantias processuais (art. 141, § 26, 27); a assistência judiciária (art. 141, § 35); a ação popular (art. 141, § 28) etcMIRANDA, 2003 p. 179.

Ressalte-se que uma inovação trazida com a Carta Política de 1946 foi a cláusula que garantia o amplo e irrestrito acesso ao judiciário (art. 141, § 4^a) (hoje ampliada no art. 5^o, XXXV da CF/88), estabelecendo que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de direito individual. Mais uma vez percebe-se a congruência entre o modelo democrático e a abertura de portas ao judiciário.

A Carta Constitucional de 1967, por sua vez, surge no correr da Revolução Militar, em um momento em que ainda se pregava a sua dita idéia inicial, que era restabelecer a ordem e a paz social que haviam se dissipado no início da década de 60 e devolver o poder a um governo civil. Dessa forma, apresenta a Carta Magna de 1967 uma estrutura basicamente democrática e garantidora do direito de ação e de outras formas de manifestação e interação entre cidadão e Estado. Embora existissem restrições a direitos fundamentais, o direito de ação e o acesso ao judiciário não são afetados.

Todos os direitos prescritos pela CF/46 referentes, de algum modo, ao acesso ao judiciário, continuam presentes. O amplo e irrestrito acesso ao judiciário se encontra estampado no art. 150, §4^o. Pela primeira vez uma constituição denomina de ação popular aquele instrumento de tutela do patrimônio público que já vinha prescrito desde a Constituição de 1934.

O que parecia rumar, portanto, para uma situação de maior abertura sofre um grande e pérfido ataque em 1968, quando foi editado aquele que, ao lado da Constitui-

ção de 1937, é o mais ditatorial diploma legal já visto em nosso Estado: o AI-5.

Em 1968, o presidente Costa e Silva, alegando que pessoas ou grupos anti-revolucionários conspiravam contra o regime estabelecido pelo golpe de 1964, editou um Ato Institucional que faria inveja a Mussolini e a muitos outros ditadores que o muito infelizmente produziu: o malfadado AI-5. Este, dentre outras coisas, instituía a possibilidade de decretação de recesso do poder legislativo, em todos os seus níveis (art. 2º); intervenção nos Estados e Municípios (art. 3º); a suspensão dos direitos políticos de qualquer cidadão por 10 anos (art. 4º) MIRANDA, 2003 p. 179.

Criou-se, por meio deste ato hediondo, um regime de terror talvez nunca antes observado no Estado brasileiro. Esse regime de exceção restringiu o direito de ação e o acesso ao judiciário. Primeiramente, nos termos do art. 6º, suspenderam-se as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo. Dessa forma, um magistrado que desagradasse o poder estabelecido com uma decisão sua poderia ser removido de sua comarca e transferido para outro lugar em que não oferecesse perigo.

O habeas corpus, remédio constitucional mais antigo na estrutura constitucional, foi parcialmente vedado, nos termos do art. 10, que apregoava que ficaria suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Completando o quadro, ampliando ainda mais a vedação à jurisdição, o art. 11 do AI-5 prescreveu que se excluía de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos complementares, bem como os respectivos efeitos. Mais uma vez, a congruência entre o modelo ditatorial e a vedação ao direito de ação e ao acesso ao judiciário.

Em 1969, os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica, utilizando-se de atribuições legislativas que eles se concederam no § 1º do art. 2º do AI-5, após a decretação de recesso no Congresso Nacional, decretaram a Emenda Constitucional nº 1 que alterou de forma profunda e densa a CF/67, gerando um diploma que passou a se considerar nova carta constitucional. Nela, muitos direitos foram restritos, outros que já o eram foram explicitamente citados na Carta Magna.

Dentre os direitos que se restringiram, estava o de ação, que nos termos do art. 153, § 4º, foi condicionado e delimitado. A lei não poderia excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual, mas o ingresso em juízo poderia ser condicionado a que se exaurissem previamente as vias administrativas.

Assim, embora mais branda que o AI-5, a CF/69 ainda restringe o direito de ação, instituindo a possibilidade de limitá-lo ao esgotamento de vias administrativas, mostrando mais uma vez a congruência entre um paradigma ditatorial, de exceção, e a dificuldade de acesso ao judiciário, de contestação da ordem de fatores estabelecida.

Diante de tudo o que foi exposto até o momento, não é por acaso que se diz ser a Carta Magna de 1988 a Constituição Cidadã. O art. 5º da CF, em seus setenta e sete incisos, além de conferir as garantias clássicas e explicitá-las claramente, estabelece novidades como o Mandado de segurança coletivo (art. 5º LXX); o mandado de injunção (LXXI); o habeas data (art. 5º, LXXII); dentre outros instrumentos que demonstram o extenso alargamento de possibilidades de defesa judicial de direitos e interesses e do próprio ordenamento jurídico.

Numa mudança de perspectivas sensível, estendeu-se a cláusula do amplo e

irrestrito acesso ao judiciário não somente às situações de lesão a direito, mas também ao perigo de sua ocorrência (art. 5, XXXV).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa apresentada abordou o tema súmula vinculante e acesso à Justiça, destacando o significado da expressão acesso à justiça e a evolução do direito de ação nas Constituições brasileiras, além de tecer vários comentários acerca da morosidade dos procedimentos judiciais e o uso indiscriminado dos recursos, discutindo a problemática da súmula vinculante e fazendo comentários pontuais relativos à Lei n.º 11.147/06.

Foi demonstrado que, com o objetivo de regulamentar o artigo 103-A da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, foi promulgada a Lei n.º 11.417/06, que disciplinou a edição, a revisão e o cancelamento de súmula vinculante por parte do STF, bem como alterou a Lei do Processo Administrativo Federal (n.º 9.784, de 1999).

REFERÊNCIAS

CARDOSO, Fernando Henrique. A reforma do Judiciário segundo FHC. **Revista Consulex** n.º 21 de 30/9/1998.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **Súmula de efeito vinculante**: solução ou problema? monografia apresentada no 4º CONAJIC - Concurso Nacional Âmbito Jurídico de Iniciação Científica, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et alli. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

COSTA, Evaldo Borges Rodrigues da. Súmula vinculante e interesses difusos. in **Revista Consulex** n.º 34 de 31/10/1999.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **O efeito vinculante e os poderes do juiz**. São Paulo: Saraiva, 2004;

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros, v. I, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. Súmula vinculante e independência judicial. in **Revista Consulex** n.º 8 de 31/8/1997.

LIMA, Leonardo Moreira. **Súmula vinculante**: um estudo comparado. Disponível em: http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev14_leonardo.html. Acesso em: 20 mar 2007.

LINS E SILVA, Evandro. Crime de hermenêutica e súmula vinculante. in **Revista Consulex** nº 5 de 31/5/1997;

MALLET, Estêvão. Algumas linhas sobre o tema das súmulas vinculantes. in **Revista Consulex** nº 11 de 30/11/1997;

MENEGATTI, Christiano. **O efeito vinculante e a crise no judiciário**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=251>. Acesso em: 20 mar 2007.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2000.

PEDRASSANI, Ermes Pedro. Solução provisória para julgar resíduo - Especial sobre a Reforma do Judiciário. **Revista Consulex** , nº 3 de 31/3/1997.

ROSA, Antônio José M. Feu .Súmula vinculante. **Revista Consulex**, nº 26 de 28/2/1999.
SÁ, Djanira Maria Radamés de. Súmula vinculante: análise de sua adoção. Belo Horizonte: Del Rey, 2006;

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Anchieta da. **A súmula de efeito vinculante no direito brasileiro: um problema e não uma solução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VELOSO, Carlos Mário. Efeito vinculante: prós e contras. **Revista Consulex**, nº 3 de 31/3/1997.

DEONTOLOGIA E QUESTÕES ÉTICAS NO MUNDO DO DIREITO

Iria Catarina Queiroz Baptista¹

Leani Budde²

Cassandro Devenz³

Carlos Albano Wokmer de Castilho⁴

RESUMO

As crises profundas e as dívidas sociais cruéis da realidade brasileira questionam a administração da justiça, explicitam as contradições de um poder marcado pelo distanciamiento da sociedade. Por um lado, a crise do judiciário é parte da própria crise do Estado brasileiro. Mas, também é uma crise específica, por sua incapacidade de corresponder às demandas sociais. O atual artigo através da metodologia de revisão de literatura em seu caráter exploratório busca investigar a “Deontologia”, colocado como sinônimo de ética, é considerado um neologismo, que nos informa o sentido das duas palavras gregas: “deon”, que significa o que é conveniente, obrigatório, o que deve ser feito e “logia” que significa conhecimento metódico sistemático e fundado em provas no mundo do direito, que perpassa portanto, todos os operadores do direito, do advogado ao magistrado.

PALAVRAS-CHAVE: deontologia, operadores do direito, ética.

ABSTRACT

The deep crises and cruel social debts of the Brazilian reality question the administration of justice, explaining the contradictions of a power marked by the distance from society. On the one hand, the crisis in the judiciary is part of the crisis of the Brazilian state. But it is also a specific crisis, due to its inability to respond to social demands. The current article through the literature review methodology in its exploratory character seeks to investigate “Deontology”, placed as a synonym for ethics, is considered a neologism, which informs us the meaning of the two Greek words: “deon”, which means what it is convenient, obligatory, what must be done and “praise” which means systematic methodical knowledge based on evidence in the world of law, which therefore permeates all operators of law, from lawyers to magistrates.

KEYWORDS: deontology, legal operators, ethics.

¹ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

² Professor do Centro Universitário Unifacvest.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

⁴ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

INTRODUÇÃO

Quando falamos em ética, logo pensamos em respeito, bondade, deveres, direitos, enfim, em uma série de “obrigações” que assumimos no nosso dia a dia; por outro lado, percebemos também ao nosso redor a presença do cinismo, da falsidade, da maledicência, comportamentos esses que, sem dúvida, estão em nossas vidas; afetando o lado bom, alargando o lado mau, que, naturalmente, sempre irão existir. A importância da ética hoje se dá pela necessidade, por uma questão de sobrevivência; positiva entre as pessoas, considerando que a humanidade passa por um momento de anseio por uma vida melhor, acima de tudo, digna, feliz. Podemos dizer que o tema mais universalizante que existe atualmente é o da dignidade humana, de uma vida com qualidade e, por fim, da felicidade. No entanto, percebemos que o mundo se tornou um caos, que o ser humano como um todo se encontra perdido em meio a tanta confusão; de perda de valores, um verdadeiro “jogo de interesses escusos”.

Sempre que falamos em deontologia, em moral, em respeito, em viver em sociedade, voltamos os olhos para nós e para o mundo que nos envolve e temos como “primeiro extinto” justificar nossos pensamentos, mas nos faltam palavras...

Para entender melhor o que seja ética, propomos dizer que ela é a base de tudo e qualquer norma, norteando o comportamento adequado a ser seguido, observando os costumes e a legislação local.

O vocábulo “Deontologia”, colocado como sinônimo de ética, é considerado um neologismo, conforme entendimento do filósofo e economista inglês Jeremy Bentham (1991), que nos informa o sentido das duas palavras gregas: “deon”, que significa o que é conveniente, obrigatório, o que deve ser feito e “logia” que significa conhecimento metódico sistemático e fundado em provas.

No dicionário de filosofia, Nicola Abbagnano 200, p. 853, consta que o vocabulário deontologia em inglês deontology, em francês déontologie e, em alemão, deontologie, é o termo criado por Jeremy Bentham para designar uma ciência do que conveniente isto é, uma moral fundada na tendência de seguir o prazer e de fugir da dor, ressaltando-se todo um apelo à consciência do dever.

Ainda, falando de Bentham, ele denomina como “tarefa do deontólogo” o fato de ensinar ao homem como deve dirigir as suas emoções, de modo que se subordine, no que for possível ao seu próprio bem estar.

Desta forma, devemos entender que a nossa conduta moral é um dos grandes alicerces da sociedade organizada, pois não pensamos que seria utópico um dia chegarmos a um nível de valor positivo, emanado de “dentro para fora”, porque acreditamos, como dissemos no início, que a ética teria que nascer conosco, mas em muitos não aflora, não aparece, não se forma.

Evidente é o fato que o meio modifica muitas as pessoas, o que negativamente, deveria ser errado, mas acontece. O exercício do poder tem um papel, às vezes muito desagradável para pessoas que amanhã se tornam amorais, mais isso acaba se tornando “verdade”. Dizem muitos que o homem é fruto do meio em que vive. Acreditamos que em grande parte, sim.

A realidade moral, por muitos fatores ligados ao predomínio do “teo”, tem se tornado insignificante. Muitas famílias, pela luta, pela sobrevivência, pela manutenção de um status social condizente, têm deixado a educação dos filhos para terceiros, ou,

muitas vezes nem isso, abandonando-os simplesmente dentro de casa pela necessidade de trabalhar fora, exige que deixem os filhos sozinhos, correndo os mais variados riscos. Percebemos que a sociedade, em si mesma deixou de lado o compromisso com a educação e o ensino de valores relacionados a direitos e deveres do cidadão, obrigação que outrora era cobrada da família, do Estado e da sociedade como um todo, fazendo-a recair sobre a escola, como se ela, sozinha pudesse dar conta desta tarefa. É relevante considerar que o corpo docente existente na escola também está inserido nessa mesma sociedade, portadora de um individualismo extremo, também é envolvido por um número de conflitos. E se não tiver compromisso, responsabilidade e, sobretudo uma consciência ético-profissional, que lhe aponte os deveres, todas as expectativas de uma sociedade melhor acabarão virando utopia. A única solução estaria em preparar eticamente não só o professor para atuar devidamente, mas todos os profissionais que tem maior importância por suas tarefas na sociedade, ou seja, proporcionar-lhes saber fundamentado numa prática reflexiva e ética, alicerçada na competência, na responsabilidade e, sobretudo espelhada em uma esperança de um mundo melhor.

Os operadores do direito, o juiz, com certeza precisam estar nesse meio.

Novamente Elcias Costa 2002 p. 9 ressalta:

Não basta, pois, que se estimule o estudante universitário, candidato a profissões jurídicas ou a cargos políticos, para ser um astuto e ladino técnico da prática jurídica forense ou mesmo para que domine o universo do conhecimento jurídico. Quando a um profissional falta-lhe a crença nos valores morais, quanto mais conhecer das leis e perito na arte forense, tanto mais perigoso e pernicioso para a sociedade, na medida em que domina todos os mecanismos procedimentais apropriados para frustrar a aplicação da lei, para impedir a defesa da ordem social, para descuidar a repressão ao crime e para assegurar a impunidade dos comprovadamente delinquentes.

Os códigos jamais serão suficientes para garantir uma sociedade ética, pois, sem educação, consciência e sensibilidade, sempre estarão os operadores do direito, o juiz de forma especial a mercê do medo e da punibilidade. As regras e os códigos continuarão existindo e sendo reformulados, mas elas, apenas, por existirem, não são capazes de garantir condutas éticas de efetiva responsabilidade. É preciso, antes de tudo, que sejam incorporadas como valor. Variáveis externas só impulsionarão condutas éticas verdadeiras, quando fizerem parte da consciência, da sensibilidade, apontando para a construção de um novo estado, de uma nova sociedade.

1 JUSTIÇA E ÉTICA DA INCLUSÃO

“Diante das diversas denúncias de irregularidades que vão desde a Primeira Instância até o STJ, seja na Justiça Federal, seja nas Estaduais, fica claro que a reforma é essencial. Tudo isso criou a necessidade de estabelecer um controle, de reconstruir a confiança do público na justiça” (JUNIOR, 2004 p 25-27).

O poder judiciário não tem ficado imune aos olhos da sociedade, devido ao torvelino de denúncias públicas de corrupção e envolvimento de juizes com o crime organizado; o crédito de que goza o poder judiciário ainda é expressivo, mas tanto quanto

o prestígio dos representantes do povo eleito para o poder legislativo e/ou executivo dependerá de medidas concretas de correção que tomarem e de posições claras e justificadas para se manterem merecedores do respeito da sociedade, o mesmo todos esperam do judiciário.

Até o início dos anos 90, a maioria dos juizes acreditavam poder desempenhar suas funções alheios aos conflitos políticos. Ao ser proibido pela Constituição da possibilidade de executar atividades político-partidárias, os juizes passaram a assumir em regra, postura de aparente indiferença ao resultado dos confrontos políticos, do que ocorria nas urnas. Aos poucos, porém críticas embora crescendo sempre a respeito da posição e opinião partidária, da afinidade pessoal do juiz com este ou aquele político, tornando-se objeto de desqualificação do magistrado. Nepotismo e fisiologismo também foram sendo, com o passar do tempo, denunciados pela mídia.

Reivindicando para si uma falsa condição de neutralidade política, juizes decidiam controvérsias sobre propriedade de terras, salários, direito ao trabalho e até mesmo questões criminais, invocando as regras de uma legalidade construído no tempo do arbítrio e fundada na prevalência dos interesses singulares das elites em face dos direitos dos excluídos, direitos estes que tenha ficado fora da Constituição.

Os juizados especiais tornam-se hoje a prova de que talvez os juizes estejam buscando uma postura totalmente nova diante dos poderosos, todavia tornava-se inquestionável o compromisso que, ainda aparece, de forma evidente, com a população de classe média, que sabe dos seus direitos, como reivindicá-los. Insuficiência de compromisso pode ser atestada, às vezes por um sentimento, quase de descaso, que a população pobre percebe, quando recorre à Justiça e não consegue ser percebida “a partir de seu ponto de vista”.

Em relação a essa questão, o Juiz da 37ª Vara Criminal do TJ/RJ Geraldo Prado, 2006 p. 76 entende que:

É possível interpretar a escolha de outro modelo de relação entre governantes e governados – evidente mensagem das urnas – como exigência de outra ética que muito afete o trabalho dos juizes. Trata-se de “olhar a partir de baixo” como diria conhecido cientista francês, e perceber do ponto de vista dos mais pobres as históricas contradições sociais, políticas e econômicas que abalam a estrutura da sociedade brasileira, assumindo que a reversão das expectativas de pobreza e ignorância depende muito do nível de comprometimento social dos juizes e da qualidade das práticas sociais que implementarem.

É preciso que se atue politicamente em favor dos menos favorecidos. A opção pela mudança do “antigo” para o “novo” será notada de acordo com a postura que os juizes adotarem diante da tensão gerada pelo conflito entre interesses do sistema legal e da população menos aquinhoadada. Para que se tenha uma nova sociedade, é preciso que se tenha também uma nova justiça. E para isso é preciso que se reveja a Reforma do Judiciário.

O jurista Miguel Reale (2004, p. 25-27), faz sua crítica em relação ao Direito. Devido aos escândalos de corrupção que vão desde a Primeira Instância até o Superior Tribunal de Justiça, ele acredita que o Judiciário precisa de uma reforma geral, intuindo o controle sobre os juizes e que a Justiça deve chegar a quem precisa de maneira mais rápida e eficaz. O jurista acredita ainda que havendo conselhos superiores de Justiça nos

Estados e um conselho federal para apurar ações dos membros dos tribunais junto ao Supremo Tribunal Federal haveria maior transparência e imparcialidade.

Em relação a posse na carreira de juiz o jurista diz que o Juiz não deveria apenas fazer concurso e sim ter um tempo anterior de prática na área jurídica, como advogado, promotor, defensor público, para saber o que é a defesa dos interesses deatendido pretendidos à Justiça. Ele defende maior rigor por parte da OAB em relação ao exame da ordem em conceder a advogados inexperientes a exercer a advocacia de maneira corrupta que assume uma ligação entre os policiais corruptos e aos juizes também corruptos. É preciso analisar com serenidade. A justiça brasileira é muito lenta e a tentativa de se fazer uma justiça mais célere através dos juizados especiais criminais, tem sido um desastre. Um caminho para melhora na agilidade da Justiça é implantar ouvidorias populares onde os menos favorecidos possam reclamar pelos seus direitos e serem ouvidos por juizes, delegados e policiais sem qualquer tipo de preconceito ou morosidade. O jurista termina dizendo que “aproximar-se do povo, rasgar os tapetes vermelhos e jogar fora os estrados é o que falta para a Justiça brasileira”.

2 A QUESTÃO DA PREVALÊNCIA DOS VALORES ÉTICOS, DEONTOLÓGICOS

No aprofundamento da discussão acerca da ética e da moral, envolvendo a figura do juiz ressaltamos, oportuno lembrar que a crise de valores que alcança um mundo em pleno processo de globalização, aguça a preocupação de toda a sociedade e, especialmente, dos juristas, considerando a “flexibilização” das relações no plano de uma economia que se apresenta integrada, sob referenciais padrões.

Essa flexibilização passa necessariamente pelas regras do Estado de Direito e das políticas sociais. E, na crítica de Tarso Genro 1994, p. 29-40, trata-se de uma nova fase da retórica neoliberal, antes apegada à ordem jurídica para garantir interesses materiais e que propõe, atualmente, uma desjuridificação para facilitar o exercício de sua “nova barbárie”.

Disso podemos extrair, toda uma dimensão política do jurídico, a partir da qual se torna possível afirmar “um compromisso ético para com a causa da democracia, da cidadania e da dignidade humana” ARGUELLO, 1996 p. 100-101.

Nessa seara podemos, então ver inserido ao papel dos operadores do Direito e, com especial relevo que procuramos dar neste trabalho, do juiz, comprometido, sim, com cidadania, diferenciando-se “daqueles últimos homens, daquelas nulidades sem espírito que se colocam no último estágio da civilização...”. Construindo a sua personalidade e “o sentido do seu agir e do seu ser”, conformando-o a um valor que escolhe em contraste com outros, construindo o sentido de cidadania de sua ação, constituindo-se em verdadeiro “jurista cidadão” ARGUELLO, 1996 p. 100-101.

Percebemos que a ênfase numa interrelação Ética Direito tende a direcionar para uma “positivação”, ao lado da norma jurídica, das normas éticas. Entretanto o carácter dinâmico da Ética, remete-nos a concluir que sua maior valia na sociedade brasileira pode vir a ser referendada em uma concepção de quase superação das normas jurídicas positivas, não no sentido de minimizá-las, mas sim na dimensão de “alargá-las” na busca de um “encontro” em um plano buscando idealizado, em função do “mais ser”

mas acima do ordenamento positivado. Em contrapartida, na interrelação entre Direito e Justiça, a importância da Ética reside, na sua quase função de “supervisionar” o próprio ideal de Justiça, muitas vezes adequando-o à prática dos limites impostos pela norma jurídica.

Não há dúvida de que o princípio da moralidade deverá necessariamente nortear e conduzir todo o comportamento da Administração Pública em qualquer das suas esferas, consubstanciado nos atos do juiz, como seu agente, aí inexoravelmente se inserindo a Justiça pública. Embora preexistente, consagrou-se, desta feita em ápice constitucional, a Ação Popular como mecanismo de defesa ao alcance dos cidadãos para coibir os abusos lesivos ao patrimônio público, sem prejuízo do sem número de outros mecanismos criados e princípios fortalecidos com o advento da Constituição Federal de 1988, a exemplo do quanto preceituam os arts. 37, caput e § 4º, 85, V, bem como a própria Emenda Constitucional de Revisão nº 4, que alterou o § 9º do artigo 14.

O ministro Celso Antônio Bandeira de Mello (1996), identifica o princípio da moralidade administrativa com os princípios éticos de atuação dos agentes públicos, nesse particular, para nós, por tudo já dito cresce de importância o papel e a atuação do juiz de tal forma que, reparo algum haja a ser feito.

Ressaltamos, que, mesmo não se confundindo com a atividade administrativa propriamente dita, a moralidade como princípio norteador, vem ainda consubstanciada como regra deontológica direcionada pelos demais operadores do Direito, ao advogado, esculpida para este, de forma própria, no Código de Ética e Disciplina da OAB de 1995, colocando-o, como responsável pela tutela da moralidade pública, além de indispensável à administração da justiça, defensor do Estado Democrático de Direito, da cidadania, da Justiça e da paz social.

O princípio da razoabilidade, em nosso entendimento, se desconsideramos todos os demais princípios norteadores da prática da magistratura, a exemplo da legalidade, da impessoalidade, merece também uma atenção especial em específico, quando traz a obrigação do agir não apenas conforme a lei.

Weida Zancaner 200 p. 67-70, diz que a moralidade administrativa, nada mais é que a obediência às regras de boa administração, entendida esta não em seu sentido comum, mas enquanto interpretação finalística do sistema jurídico, tendo em vista a missão à qual a administração está afeta, associada às idéias de função e interesse público.

A autora, traz a lume os ensinamentos de Oswaldo Aranha de Mello 1996. p. 69, para quem a moralidade administrativa implica, “regras éticas que informam o Direito positivo como mínimo de moralidade que circunda o preceito legal, latente na fórmula escrita e costumeira. Encerra normas jurídicas universais, expressão de proteção do gênero humano na realização do Direito. (...) podia-se dizer ser o álcool que conserva o vinho, lhe dá vitalidade, está dentro dele, mas com ele não se confunde”.

É sintetizada, no comentário do princípio de moralidade administrativa, no qual pretendemos ver envolvida a figura do juiz, fazendo uso das palavras de Marçal Justen Filho (1996) para quem, trata-se de um princípio jurídico “em branco”, o que significa que seu conteúdo não se exaure em comandos concretos e definidos, explícita ou implicitamente previstos no Direito legislado. O princípio da moralidade pública contempla a determinação jurídica de observância de preceitos éticos produzidos pela sociedade, variáveis segundo as circunstâncias de cada caso.

Na esfera da Deontologia da Magistratura, acreditamos, colocadas essas questões, as normas éticas e comportamentais assumem particular relevância, considerando a imparcialidade, a confiança, a independência profissional, dentre outros.

Ao lado da magistratura, a Advocacia Pública assumiu o status, com o advento da CF/88, de Função Essencial à Justiça. Destarte, tamanha responsabilidade, traz consigo a necessidade não apenas de observância dos ditames éticos, que efetivamente afigura-se condição indissociável ao exercício de tal relevante mister, zelar pelo efetivo cumprimento do dispositivo constitucional em sua inteireza, assegurando aos advogados públicos, denominados Procuradores, na maioria dos Estados e Municípios e respectivas autarquias, prerrogativas, que possibilitem a tomada de posturas comprometidas sim, com a lei, a ética, e a moral, resguardando em última análise o interesse coletivo e não compromissos com Administradores, personificados em quem quer que seja, correr qualquer risco de retaliações políticas.

Ora, no caso da advocacia pública, assume particular relevo tal dever, que somente poderá ser eficazmente observado, em conjunto com os princípios da legalidade, razoabilidade e moralidade, dentre outros.

3 IMPORTÂNCIA DO USO CORRETO DA LINGUAGEM

O juiz deve estar intelectualmente preparado para interpretar e aplicar o Direito à luz de uma realidade as vezes absolutamente diversa daquela que orientou as grandes construções teóricas da Dogmática Jurídica Segundo o José Renato Nalini 1992, p. 114:

Há o estilo do Juiz, como há o estilo do político, do militar, do artista, do esportista ou do religioso. Cada qual preserva o seu mundo no estilo que lhe é próprio. Não poderá o juiz, enquanto juiz, transgredir impunemente o estilo da toga em prol dos modos do artista, ainda que também no momento próprio produza arte, da mesma forma que o artista não misturará a manifestação estética com a esportiva a que porventura se dedique. A linguagem do juiz exterioriza-se a todo instante. Todas as formas de expressão judicial merecem o aprofundamento do estudo que venha a traçar os padrões para o preenchimento das melhores condições de prestação da Justiça. Tudo compõe o quadro de deontologia principalmente sobre a linguagem escrita da atividade profissional típica, que é a decisão nos autos.

Uma eventual limitação de vocabulário constitui fator restritivo ao desenvolvimento e compreensão da forma de agir da magistratura, a todo instante objeto de atenção, de cuidado, por parte daqueles que o observam.

Importante, pois, que ele tenha pleno domínio do vocabulário com o qual se põe em contato com a “realidade processual”, devendo familiarizar-se cada vez mais com o vocabulário jurídico.

Durante sua vida acadêmica, como estudante de Direito, havia sido estimulado, por inúmeras formas, a utilizar, metódica e regularmente, dicionários da língua portuguesa, de termos jurídicos, de expressões latinas relacionadas com o Direito, dentre outros.

A capacidade de compreensão de textos jurídicos supôs-lhe, igualmente, o domínio dos conceitos básicos da Teoria Geral do Direito aprimorando habilidade para a elaboração de documentos específicos, ao longo de todo curso. Aproveitando devidamente o conteúdo dos “planos de ensino”, ter-lhe-ão sido consignadas as formas pelas quais se tornou capaz de promover a articulação da teoria com a prática, do Direito fundamentando o desenvolvimento de toda a habilidade que teria que assumir no desempenho das funções relativas à magistratura.

Nas atividades propostas durante o Estágio de Prática Jurídica, terá começado a dar relevância à interpretação e aplicação do Direito, pelo exercício de elaboração de sentenças. A simulada atividade jurisdicional terão começado a mostrar para ele, realizada com base em casos concretos, submetidos ao Judiciário, aproveitando-se as fases de processos judiciais até a conclusão para julgamento.

No âmbito das atividades simuladas extrajudiciais do Estágio, terá tido espaço para estímulo de habilidades específicas, através da elaboração de pareceres em “processos administrativos” compostos a partir de casos concretos submetidos aos diferentes órgãos e entidades da Administração Pública.

A habilidade para a pesquisa e utilização das leis, da doutrina e da jurisprudência emergiu naturalmente no tradicional processo de ensino-aprendizagem das disciplinas que tenham o Direito positivo como objeto.

A correta utilização da linguagem, riqueza de vocabulário e a fluência na comunicação escrita são habilidades foram sendo desenvolvidas através dos processos de estímulo ao hábito da leitura, à capacidade de compreensão de textos e à habilidade para a elaboração de textos e documentos, em sala de aula, através de todas as técnicas que envolveram o processo de ensino-aprendizagem, com especial e permanente contribuição dos docentes; em trabalhos de pesquisa, que lhe foram propostos em todas as etapas do Curso, com indicação de bibliografia especialmente selecionada, para que fossem atingidos os objetivos maiores da formação; na elaboração supervisionada de peças processuais e documentos, integrantes do “programa” de atividades simuladas do Estágio de Prática entre outros.

O estímulo à leitura sistemática de obras jurídicas, acórdãos, artigos, pareceres e outras peças de Direito terão sido utilizados também com o propósito de enriquecer-lhe o vocabulário, enquanto a técnica da argumentação e do convencimento jurídico, aperfeiçoada pelo estudo da boa doutrina e da jurisprudência, especialmente dos acórdãos dos tribunais superiores, que envolviam questões complexas e controversas.

No âmbito das atividades jurídicas, a capacidade de julgar e tomar decisões, no sentido mais amplo dessas expressões terá sido desenvolvida no Estágio de Prática Jurídica.

Assumindo o papel de magistrado, ao examinar as questões que lhe eram submetidas, como estagiário, em atuação predominantemente individual, terá estabelecido um juízo, ou julgamento dos casos, sob o enfoque do Direito material e processual, decidindo sobre as teses que deveram fundamentar a sua atuação profissional, quando for o caso, decidirá também sobre os meios processuais mais adequados a cada ação. Em momento posterior, foi chamado a fazer julgamentos sobre cabimento de recursos e a respeito da conveniência de sua interposição.

Se, contudo, no exercício da função jurisdicional que o desenvolvimento de

suas habilidades poderá e deverá ser estimulados de forma mais expressiva, mediante o aprimoramento da técnica de elaboração de sentenças, procedimento decisivo para desenvolver a habilidade de julgar e tomar decisões.

O serviço de assistência judiciária aos necessitados constituiu a tarefa dominante nas atividades reais do Estágio desenvolvido, que também o terá levado a “crescer”, a se aprimorar.

Nem todos entendem que a pompa e o rebuscamento do jargão jurídico, chamado juridiquês, pelo magistrado, de forma especial impedem o completo entendimento pelo não graduados em Direito. Quem já precisou estar diante de um advogado sabe que às vezes pode ser bem difícil entender o que está falando; os menos familiarizados com esse tipo de formalidade têm a impressão de estar ouvindo uma outra língua.

Diz José Renato Nalini (1996 p. 114) a respeito do comportamento do juiz quanto ao uso da linguagem:

A linguagem do juiz exterioriza-se a todo instante. Todas as formas de expressão judicial merecem o aprofundamento do estudo que venha a traçar os padrões para o preenchimento das melhores condições de prestação da Justiça. Tudo compõe o quadro de deontologia da comunicação do juiz, de que se cuida, embora a ênfase recaia principalmente sobre a linguagem escrita da atividade profissional típica, que é a decisão nos autos.

A linguagem usada nos tribunais, embora seja a norma culta da língua portuguesa, não é de fácil entendimento para a maioria dos cidadãos, Repetimos jargões utilizados tornam, não raro, a linguagem técnica incompreensível para quem a ouve.

Pensando na democratização da terminologia técnica do Direito, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) lançou em agosto de 2005 uma campanha nacional pela simplificação da linguagem jurídica. Um comitê foi designado para promover a “reeducação lingüística” de juizes, advogados e até de membros do Ministério Público.

Na maioria das vezes, o jurisdicionado não tem formação jurídica e acaba prejudicado em seu entendimento, por mera formalidade de expressão. Por outro lado, a sobrecarga de processos que tumultua a realidade de um juiz, por exemplo, está fazendo com que os advogados procurem fazer suas petições cada dia de forma mais simples – até mesmo por uma questão de sobrevivência. Que magistrado tem tempo para avaliar longas e complicadas petições? Ele já é um entendedor do direito, portanto, não precisa ser “impressionado” com linguagem excessivamente formal.

Segundo José R. Nalini 1996, p. 122:

Não devem ser usados termos complicados, nem mesmo os da técnica jurídica, salvo, naturalmente, se imposto pela necessidade de precisão da mesma técnica, em momento conveniente. Os profissionais da imprensa as vezes reclamam da linguagem judiciária, que não entendem. Pode e deve ela ser simples, embora nem sempre inteligível sem o socorro técnico: com substituir por palavras comuns termos técnicos (...) Mas afasta-se o tempo pretensioso, o arcaísmo, de tempo de procura no dicionário para dizer algo com palavra desusada, o que aliás, geralmente apenas realça a falsa cultura, em maus escritos de bons julgamentos, com a decisão de conteúdo certo a desmoralizar-se pela inadequação e, tantas vezes, pelo ridículo da forma.

A tendência da simplificação, é real e não tem volta – ela reflete a realidade instalada no meio jurídico. Acreditamos que os futuros magistrados, hoje ainda nas bancas da universidade, farão parte dos que defendem a adoção da simplicidade de linguagem, de atitudes, pois são ensinados por aqueles que compõem hoje o mercado e se colocam, também, a maioria, nessa posição.

A linguagem do magistrado deve ser objetiva, clara e inteligível. Publicada a decisão, qualquer pessoa deverá ser capaz de entendê-la sem precisar de “explicações” de profissionais da área jurídica, acreditamos.

4 PRINCÍPIOS ÉTICOS DOS MAGISTRADOS

De acordo com a lei complementar n. 35/79, compete ao juiz respeitar a lei, interpretando-a de forma imparcial e honesta, analisando sempre o direito das partes que compõem um conflito de interesses, o que garante, assim, o princípio do contraditório. Deve também o mesmo possuir um alto grau de dever e um evidente senso de justiça, na medida em que tem como função primordial a manutenção da harmonia social, já que assume o papel do Estado na resolução dos conflitos. O juiz tem a obrigação de respeitar a lei genérica, podendo adequá-la ao caso concreto pelo princípio da equidade, não se esquivando do princípio maior, que é o da justiça.

O magistrado jamais poderá abster-se de julgar um caso, alegando lacuna ou obscuridade da lei, sendo permitido a ele recorrer, nesses casos, à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito.

Um dos compromissos éticos conferidos ao magistrado é não se deixar corromper pelo poder que lhe é conferido, prezando constantemente pela humildade e deixando de lado todas as suas volições, para que isso não interfira na sua atividade julgadora.

Preceitua o artigo 35 da Lei Orgânica de Magistratura Nacional que cabe ao juiz “cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, os dispositivos legais e os atos de ofício”. Podendo-se, então, dizer que somente com estabilidade, equilíbrio psicológico e resguardo ético, terá o magistrado condições de exercer bem suas funções judicantes.

Infelizmente não é isso que vem acontecendo, em muitos casos, na magistratura brasileira. Discutir acerca da ética na magistratura é questão prioritária, para uma sociedade mais democrática, afinal, não se podemos ter democracia sem que o cidadão tenha consciência da garantia de seus direitos e deveres, sem conseguir acesso à justiça.

A ética profissional não parte de valores absolutos ou atemporais, mas consagra aqueles que são extraídos do senso comum profissional, como modelares para a reta conduta do juiz. São tópicos na expressão aristotélica, nas condutas qualificadas como exemplares; não se confundem com juízes subjetivos de valor.

Quando a ética profissional passa a ser objeto de regulamentação legal, convertem-se em normas jurídicas definidas, obrigando a todos os profissionais. No caso da magistratura brasileira, a ética profissional foi objeto de detalhada normatização destinada aos deveres dos magistrados, no Código de Ética e Disciplina, editado pelo Conselho Federal da OAB.

Ciência, a significar o conhecimento técnico adequado, exigível a todo profis-

sional. O primeiro dever ético do magistrado é dominar as regras para um desempenho eficiente na atividade que exerce. Para isso, precisará ter sido um aprendiz aplicado, seja no processo educacional formal, seja mediante inserção direta no mercado de trabalho, onde a experiência é a forma de aprendizado.

Mas além da ciência, o juiz deverá atuar com consciência. Existe uma função social a ser desenvolvida em sua profissão.

As crises profundas e as dívidas sociais cruéis da realidade brasileira questionam a administração da justiça, explicitam as contradições de um poder marcado pelo distanciamento da sociedade. Por um lado, a crise do judiciário é parte da própria crise do Estado brasileiro. Mas, também é uma crise específica, por sua incapacidade de corresponder às demandas sociais.

No contexto social brasileiro é grave o sentimento de impunidade. É uma trágica realidade que gera ainda mais impunidade, num círculo vicioso de violência e autoritarismo. E aqui atenção: ninguém imagina que o juiz, só e solerte, resolva toda a problemática do judiciário. O chamado sistema de segurança e justiça (Policías, Ministério Público, Poder Judiciário, Penitenciárias, Legislações) aparece as vezes como uma sucessão de equívocos. Não há, nessa área, políticas públicas consistentes e coerentes. Beira à irresponsabilidade. E, pior, por vários motivos não faz parte do debate público, de forma tal que se possa apontar os problemas e construir soluções conjuntas para um melhor funcionamento do judiciário.

O acesso à justiça tem grandes obstáculos. O custo dos litígios é muito dispendioso. O Estado não tem uma assistência jurídica que corresponda e dê consequência à ampla demanda por justiça. O afastamento histórico da burocracia judiciária de um serviço público realmente a serviço do público, principalmente dos mais pobres, colocou a justiça como utilizável por poucos beneficiários.

Para que resistamos a esse processo de sucateamento do poder judiciário crescente no país, com reflexos danosos sobre a vida das populações mais fracas, é indispensável estancar a tendência de amolecimento da autoridade do juiz no anseio da democracia do Estado. Sem vigilância do poder público, dentro da lei, não há condições para distribuição de justiça. Sem esse pressuposto, dificilmente prevalecerá procedimento ético do magistrado no confronto entre as pessoas e seus interesses contrapostos, pela inexistência de freios ao arbítrio e à ganância.

Ao juiz cabe dizer o Direito. E para que ele possa dizer o Direito, deve assumir deveres éticos, conforme Nalini 1999. p. 262-263 diz : presteza; coragem; estudo permanente; frequência a cursos de atualização; residir na comarca; interesse pelo que faz; dedicação exclusiva; abstenção político-partidária.

A jurisdição é justamente a instância que realiza a função de interpretar e aplicar, coativamente, as normas jurídicas de modo terminal, garantindo a certeza e a segurança jurídicas, valores imprescindíveis à estabilidade social, ou seja, o juiz é “um” poder, cuja função específica é interpretar e aplicar o direito em vista de sua efetivação na vida humana.

Sintetizando sobre os deveres éticos do juiz, no processo, citamos novamente Nalini 1996 p. 271 “(...) o juiz deve procurar manter a imparcialidade, empenhar-se na busca da verdade real, zelar pelo efetivo cumprimento dos prazos e atuar, enfim, com devotamento”.

Não por estar encarregado de dizer o Direito o juiz está imune às sanções

disciplinares. É Nalini 1996 p. 277 quem esclarece também:

O juiz pode ser punido com advertência, censura, remoção compulsória, disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço e demissão. A aplicação dessas penas dependerá da gravidade da infração cometida.

A força, o respeito e a própria crença no Judiciário depende da conduta ética de seus juízes. Só há Judiciário respeitado, caso seus magistrados exerçam bem a sua função e também sejam independentes, probos e corajosos. Estes são predicados eminentemente éticos exigidos pelos jurisdicionados e pela sociedade.

Ao juiz compete fazer ou impor respeito à lei. Cabe ainda interpretá-la de forma imparcial e honesta. A própria idéia de Justiça é de natureza ética, fazendo com que mais do que qualquer outra atividade, a de julgar tenha uma forte conotação moral. Isso deve fazer, portanto, desde o primeiro momento que ele rejeite a prática do nepotismo.

Combater a corrupção, combater nepotismo requer muito mais do que medidas formais: requer, antes de tudo, uma mudança de mentalidade, de atitude, da assunção de valores éticos, morais. Porém, a ausência de proibições expressas, ou de regras que delimitem claramente o campo de atuação, por exemplo, dos dirigentes políticos, é terreno fértil para que a semente do nepotismo germine e continue a florescer. Sabemos que medidas profiláticas ou preventivas contra o nepotismo não serão implementadas sem resistência: estamos diante de uma prática nociva, arraigada, cuja eliminação não se fará facilmente, em breve espaço de tempo. De tal forma o nepotismo está arraigado em nossa cultura política, em nossa prática administrativa, ou quem sabe até, no nosso judiciário, que proibição apenas sua face “mais visível”, deixando as “raízes” para sua expansão, poderá resultar inócuo. A troca de favores, como prática substitutiva, já ocorre, em larga escala, como demonstra a incidência do nepotismo no Conselho de Justiça Federal, e em gabinetes parlamentares, de magistrados.

A proibição legal será, contudo, um passo importante para a moralização dos costumes e, por isso, práticas antinepóticas que possam ser incentivadas ou ampliadas devem ser largamente divulgadas, assumidas a proibição deverá, no entanto, ser acompanhada de medidas tendentes à implementação de quadros profissionais efetivos e qualificados no serviço público, em geral, que possam tornar dispensável a busca de “pessoas competentes”, fora dos quadros efetivos da administração pública.

Não há, como ignorarmos o fato de que o servidor público atua num ambiente predominantemente político, por definição. A administração pública e o próprio sistema de governo são marcados por idéias, atitudes, normas, processos, instituições e demais formas de conduta humana que determinam como se distribui e se exerce a atividade política, e como se atendem os interesses públicos. Não há como impedir que haja, no âmbito do serviço público, pois em função disso, determinado grau de politização, paralelamente ao de profissionalização, que se pretenda nele instituir. O antigo dogma da “neutralidade política” não mais se coaduna com o perfil desejado do servidor público, nem com o interesse dos que chegam ao poder pelo voto, como demonstram as tendências verificadas na Inglaterra e na França, notadamente a partir da segunda metade da década de 1980.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A profissionalização e o grau de politização do serviço público precisam anelar, assim, lado a lado no regime democrático, de forma indissociável. É exatamente nesse contexto que se podem implementar medidas que atendam à necessidade de elevar a profissionalização e, ao mesmo tempo, permitam que o grau de politização e democratização do serviço público seja adequado à função social que exerce. A isso acrescentamos a enorme dificuldade, com todos observada, que se institucionaliza a exigência de concurso público no país, forma exclusiva de recrutamento essencial para a profissionalização do serviço público, ajustado à necessidade de democratização do acesso aos seus cargos, remetendo, inclusive, a uma indispensável relação Ética/poder político.

Vale dizer, no entanto, que, embora o sistema de recrutamento por concurso público, por tudo isso, seja “forma ideal”, por propiciar à administração escolha numa amostra maior de candidatos qualificados, por impedir atos discricionários de nomeação e contratações baseadas em critérios outros que não o do aprimoramento, ele não é suficiente, por isso, para assegurar a existência do sistema de mérito, para garantir a profissionalização dos quadros.

São necessários, ainda, instrumentos consistentes de avaliação de desempenho, processos de formação, treinamento e capacitação, que enfatizem “compromisso, deveres” a serem cumpridos.

Elcias Costa 2002 p. 223. Dita que:

São deveres do juiz os poderes jurisdicionais de sentenciar (CPC, art. 128), de motivar a sentença (CPC arts. 131, 458), de não proferir sentença ilíquida (art. 459, parágrafo único) o de não sentenciar ultra petita (CPC, art. 460), o poder-dever de recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito, a fim de evitar decidir por não sentenciar (CPC, art. 128) e os poderes-deveres processuais, pelos quais assegura o correto andamento do processo (CPC, arts. 130, 177, 181, 182, 342, 599, I).

A eficácia do serviço público depende, em grande medida, de forma com que cada um se engaja no treinamento no processo de capacitação, frente às tarefas que são assumidas. Uma vez que o servidor seja recrutado, selecionado e preparado cumprir seus deveres segundo critérios transparentes, impessoais, éticos, o cenário pode ser mudado. A estabilidade é requisito essencial, mas não suficiente, para impedir que o servidor se sinta “seguro” e, portanto, mais responsável pelo que realiza. Avaliação de desempenho, capacitação e treinamento contínuos, associados a uma discussão permanente sobre fundamentos éticos, morais, são indispensáveis para assegurar os bons servidores possam ser identificados, valorizados e estimulados em sua atividade cotidiana, deixando o “tráfico de influências” de lado. Aspecto associado ao sistema de mérito e essencial para assegurar a transparência do processo de profissionalização da administração pública é o estabelecimento de regras claras que assegurem aos servidores de carreira condições de acesso “igualdade” a cargos e funções de confiança.

Essas situações devem ser, associadas à posse de qualificações adequadas, limitando-se os casos de livre provimento às situações essenciais de critério de confiança política. Nos demais casos, e como regra geral, o acesso deve ser vinculado, por

meio de linhas de acesso, às carreiras gerenciais e técnicas, em diferentes níveis e em função da qualificação e experiência do servidor de carreira, como forma de viabilizar a profissionalização e reduzir a descontinuidade administrativa em áreas específicas. Isso quer dizer que ainda que se assegurem condições para que o comando político possa determinar as diretrizes e as políticas a serem implementadas, essa liberdade não pode ser absoluta, sob pena de converter-se, sob a capa do paradigma “agente-principal”, em apenas mais uma faceta de clientelismo, de patrimonialismo, que contaminam a instituição da administração burocrática, no serviço público.

Mas nepotismo, favoritismo e artifícios análogos para escolher assessores podem facilmente ter efeito contrário. O dirigente pode acabar tendo nas mãos pessoas relativamente incapazes em termos técnicos e, ao mesmo tempo, desonestas. Os “resultados” obtidos poderão atingir seus próprios interesses ferir, se for o caso, seus propósitos em termos de clientelismo. Cabe aos planos de carreira definirem até que ponto os cargos comissionados existentes na estrutura hierárquica podem ser caracterizados como indispensáveis ou não, ainda que com numa posição hierárquica acima de não comissionados.

Prevê a Constituição de 1988 que as nomeações para cargo em comissão de livre nomeação e exoneração prescindem de concurso público, numa hipótese que requer interpretação restrita, a fim de que se preservem não apenas o sistema de mérito como a possibilidade de profissionalização do serviço público a partir da obediência ao princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos.

Tal excepcionalidade, no entanto, tem gerado a proliferação de cargos comissionados, em desrespeito à natureza específica para a qual o vínculo de confiança e a especificidade das qualificações são justificadoras da exceção constitucional, na medida em que são amplas as restrições impostas pelo artigo 37, II, em relação aos cargos efetivos e empregos permanentes.

Desde 1988 tem havido - mais do que no ordenamento anterior - uma excessiva proliferação desses cargos na administração pública, o que, além de viabilizar a apropriação patrimonialista dos postos de trabalho, à revelia do sistema de mérito, permite que ocorra um elevado grau de politização da direção da administração pública.

A proliferação de cargos providos por critérios discricionários tem-se dado por meio da criação de cargos comissionados cujos conteúdos atributivos são, na maior parte dos casos, indefinidos – permitindo sua utilização para a satisfação de necessidades corriqueiras, típicas do dia-a-dia dos órgãos e entidades, ou mesmo explicitamente definidos como cargos tipicamente encartados na estrutura administrativa ordinária, como os de advogado, médico, professor, motorista, laboratorista e outros, providos sob a forma de comissionamento, sem que esteja associada, a esses casos, nenhuma comissão ou compromisso político que justifique a sua exclusão do sistema de mérito.

CONSIDERAÇÕES

Necessário é, no entanto, é considerar a natureza precípua desses cargos, as razões que permitem a sua exclusão do sistema de mérito se admitindo a finalidade de simplesmente substituir cargos efetivos ou empregos permanentes e destinados a suprir necessidades que devam ser satisfeitas com vistas a burlar o sistema de mérito e enco-

brir práticas clientelistas ou legitimar o personalismo, sob pena de ofensa aos princípios da moralidade e da impessoalidade.

Se todos esses aspectos não forem considerados, certamente o “desaguadouro” para onde irão caminhar certamente serão o do nepotismo, onde se privilegiam aspectos subjetivos, de interesse pessoal, afetivo, na maioria das vezes.

Mesmo na ausência de expressa e;geral proibição quanto à prática do nepotismo, uma das atitudes que podem ser deslocadas, por nós, nesse sentido, ainda que de restrito alcance, foi a decisão adotada pelo ministro da Reforma e do Desenvolvimento Agrário, Raul Jungmann, que, em abril de 2000, proibiu, por meio de portaria, que cargos em comissão no ministério e no Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária fossem ocupados por parentes de até terceiro grau de servidores efetivos ou comissionados. No entanto, somente seis meses depois, em 15 de outubro de 2000, e após a realização de levantamento em 29 superintendências do INCRA, foram exonerados 22 servidores que se enquadravam em tais situações e que haviam sido nomeados antes da portaria; outros dez servidores pediram exoneração. Foi a primeira demonstração concreta de uma prática antinepotismo adotada pelo Governo Federal.

O momento que vivemos hoje no país é de desvelamento, de denúncia de tudo aquilo que denigre, que compromete a Administração Pública.

Problemas como o de pagamento do “mensalão”, do envolvimento de parlamentares nas mais graves falcaturas tornaram-se de domínio público.

O povo cobra dos políticos, de todos aqueles que têm responsabilidades a assumir em cada um dos 3 poderes, executivo, legislativo, judiciário, honestidade, correção, postura ética.

Assim, o atual clima existente sugere uma tendência à redução da tolerância e condescendência com o nepotismo e o empreguismo, podendo ser este um momento único para que sejam redobrados esforços para aprovação de leis que estabeleçam restrições à conduta dos agentes políticos e administradores públicos acostumados à prática do nepotismo.

Sem dúvida, no entanto, sem que haja um aperfeiçoamento dos mecanismos institucionais e sociais de controle, sem que haja uma preocupação real com ética, com moralidade, estar-se-á, mais uma vez, resvalando para um mero formalismo, de que nada resultará, na verdade, para erradicação do nepotismo nos diversos escalões de governo, no judiciário.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Ed. Martins Fontes, 2000.

ALMEIDA, Guilherme A., CHRISTMANN, Martha O. **Ética e Direito: uma perspectiva integrada**. São Paulo: Atlas, 2002.

BENTHAM, Jeremy. **Dicionário básico de filosofia**. Em 1834. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

CALDEIRA, Regina. “**Uma nova postura na Justiça do Trabalho**”: Ministro Vantuil

Abdala. Justilex – Ano III, n. 29 maio 2004.

COSTA, Elcias Ferreira da. **Deontologia jurídica**: ética das profissões jurídicas. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FRANCO, Bernardo Mello. “Falcão meninos do tráfico: imagens de uma infância perdida”. **Jornal O GLOBO** - Seção Rio. 3. ed. 2 mar. 2006.

HERKENHOFF, João Baptista. **Para onde vai o direito?** Reflexões sobre o papel do Direito e do jurista. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

LEALI, F.; LA PENÃ, Bernardo de. “Nos tribunais, jeitinho para salários de até R\$ 56 mil”. **Jornal O GLOBO**. 12 mar. 2006.

LOYOLA, Leandro. “Juízes sobre controle”. **Revista Época**. 2 fev. 2004.

NALINI, J. Renato. **Curso de deontologia da magistratura**. São Paulo: Saraiva, 1992.

SILVA, Dalmo. **A psicologia aplicada ao direito e à justiça** – no seu dia-a-dia. 2. ed. Rio de Janeiro: BVZ, 1996.

A DESAPROPRIAÇÃO – SANÇÃO DO ESTATUTO DA CIDADE

Igor Ajouz¹

Flavia Sanna Leal Meirelles²

Leani Budde³

Maria Aparecida Leite Holthausen⁴

RESUMO

O presente trabalho aborda a desapropriação sanção, que diverge de todas as demais formas de desapropriação descritas no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de uma modalidade de desapropriação trazida a lume por necessidade de organização urbana em razão do crescimento populacional advindo, em especial, do êxodo rural que tem apresentado grandes desafios aos municípios que, regra geral, não têm conseguido estabelecer uma política mínima que satisfaça aos anseios do bem estar social. Com o Estatuto da Cidade, Lei 10.257/01, o agente público municipal, no interesse social de sua municipalidade, tem a competência para desapropriar um imóvel urbano que, após a imposição do IPTU progressivo por 05 (cinco) anos, ainda assim seu proprietário não atenda ao comando de parcelamento ou edificação compulsórios previstos no plano diretor local. É um procedimento de aplicação drástica que se caracteriza sobremaneira no seu caráter sanção ao assegurar ao poder público o direito de promover a desapropriação sem que a indenização seja prévia ou em dinheiro, além da sanção já aplicada pela incidência do IPTU progressivo. O caráter sancionatório também se manifesta em que a indenização não será pelo valor de mercado do bem, mas pelo valor venal do imóvel sem o cômputo da valorização decorrente de obras públicas realizadas após a notificação do proprietário em dar a devida destinação à propriedade. A aplicação do comando legal da desapropriação sanção tem como objetivo a adequada função social da propriedade sem contrariar as garantias constitucionais ao direito de propriedade, tendo com fundamento o princípio geral da supremacia do interesse público sobre o privado.

Palavras-chaves: estatuto da cidade, plano diretor, sanção, política urbana e função social.

¹ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

² Professora do Centro Universitário Unifacvest.

³ Professora do Centro Universitário Unifacvest.

⁴ Professora do Centro Universitário Unifacvest.

THE EXAPPROPRIATION - SANCTION OF THE CITY STATUTE

Igor Ajouz¹

Flavia Sanna Leal Meirelles²

Leani Budde³

Maria Aparecida Leite Holthausen⁴

ABSTRACT

This paper addresses sanction expropriation, which diverges from all other forms of expropriation described in the Brazilian legal system. It is a modality of expropriation brought to light due to the need for urban organization due to population growth arising, in particular, from the rural exodus that has presented great challenges to municipalities that, as a general rule, have not been able to establish a minimum policy that satisfies to the desires of social well-being. With the City Statute, Law 10.257/01, the municipal public agent, in the social interest of its municipality, has the competence to expropriate an urban property which, after the imposition of the progressive IPTU for 05 (five) years, is still its owner does not comply with the compulsory subdivision or building command provided for in the local master plan. It is a procedure of drastic application that is highly characterized in its sanctioning nature by assuring the public authorities the right to promote expropriation without prior compensation or in cash, in addition to the sanction already applied by the levy of progressive IPTU. The sanctioning character is also manifested in that the indemnity will not be at the market value of the property, but by the market value of the property without the calculation of the valuation resulting from public works carried out after notification of the owner to give the property the proper destination. The application of the legal command of sanction expropriation aims at the adequate social function of property without contradicting the constitutional guarantees to the right to property, based on the general principle of supremacy of the public interest over the private one.

Keywords: city statute, master plan, sanction, urban policy and social function.

¹ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

² Professora do Centro Universitário Unifacvest.

³ Professora do Centro Universitário Unifacvest.

⁴ Professora do Centro Universitário Unifacvest.

INTRODUÇÃO

De todas as formas de intervenção estatal na propriedade privada, a desapropriação é sem dúvida a mais drástica, já que retira em favor do poder público o conteúdo total do domínio.

Esse caráter de excepcionalidade, somado a uma gama de procedimentos previstos em lei é que tornam a desapropriação um tema tão palpitante no direito brasileiro.

A desapropriação por utilidade pública e por interesse social, já tradicional no ordenamento jurídico brasileiro, é regulada por uma legislação sexagenária e tem por fundamento geral o célebre princípio administrativo da soberania do interesse público sobre o interesse particular.

O Estatuto da Cidade, diploma que supriu uma lacuna deixada desde a Constituição Federal de 1988, arts. 182 e 183, inovou no direito pátrio trazendo uma nova modalidade de desapropriação que, muito além de atender o princípio acima descrito, guarda estreita relação com outro princípio constitucional não menos relevante: a função social da propriedade (CF/88 art. 5º, XXIII).

Trata-se da desapropriação sancionatória urbanística ou desapropriação para fim de reforma urbana, disciplinada pelo art. 8º e seguintes da lei 10257/01, cabível na hipótese de, após a incidência do IPTU progressivo por 5 anos, o proprietário de imóvel urbano não atender ao comando de parcelamento ou edificação compulsórios previstos no plano diretor local.

Como se verifica desde já, a desapropriação-sanção se justifica pela teimosia do proprietário de imóvel urbano em não conferir ao seu patrimônio a função social imposta pelo plano diretor da cidade.

Evidentemente, esse caráter sancionatório mitiga o rigor indenizatório das demais espécies de desapropriação, especialmente em relação ao princípio geral de que a desapropriação deverá ser necessariamente precedida da justa e prévia indenização em dinheiro. Por sinal, na desapropriação sancionatória urbanística, a indenização não é prévia e nem em dinheiro.

Não é de se surpreender que esta espécie de desapropriação, nos moldes instituídos no Estatuto da Cidade, já esteja provocando muita discussão no meio doutrinário. E até por ser cedo demais para a sedimentação de alguma jurisprudência alguma acerca do tema, muitas questões ainda carecem de resposta.

A proposta deste trabalho é justamente colecionar alguns questionamentos feitos por diversos doutrinadores, apresentando soluções formuladas por aqueles que já se aventuraram a escrever nesse sentido, antecipando o que se pode esperar dos tribunais.

Enfim, trata-se de um tema interessante não só pela novidade que é, mas também pelas inúmeras polêmicas que o cercam.

1. O ESTATUTO DA CIDADE E O DIREITO DE PROPRIEDADE

Com o grande aumento da população urbana, decorrente do êxodo rural nos anos 60, que buscava melhores condições de vida, tornou-se necessária, e de grande urgência, a criação de normas que tratassem as relações urbanas das cidades brasileiras.

Até aquele momento, a maior parte da legislação existente fora editada em um contexto em que a sociedade era caracterizada principalmente como rural.

A concentração de pessoas na periferia tornou-se um fenômeno social diagnosticado pelo Estado que se via impotente no planejamento urbano para receber multidões sem a infra-estrutura básica de subsistência, sobretudo a voltada para o saneamento. Assim nasceu e aumentou consideravelmente o número de favelas que passaram a abrigar precariamente os migrantes oriundos da zona rural.

Esse êxodo rural tornou-se irreversível e se agravou com a malfadada política de reforma agrária no Brasil por sua ineficácia em fixar o homem no campo.

Como resposta a essa necessidade de organização urbana, surgiu então o projeto de lei 775/83, ainda sob vigência da Constituição Federal de 1967, para tratar de normas voltadas à política urbana. O dito projeto, que inovou a ordem jurídica e apresentou novos institutos - como a transferência do direito de construir - pretendia explicar o preceito de função social da propriedade com o uso adequado do solo urbano; o estabelecimento de uma política financeira e fiscal que sustentasse ações necessárias; os investimentos públicos na valorização de imóveis urbanos; e a regularização de áreas urbanas ocupadas por pessoas de baixa renda, com preocupação ao seu crescimento desordenado.

Apesar da carência a ser suprida, esse projeto de lei não foi objeto de alterações nem propostas, sendo retirado pelo Poder Executivo em julho de 1995, sem deliberação.

Logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, surge, de autoria do deputado Raul Ferraz, o projeto de lei nº 2.191/1989, já devidamente adaptado às novas normas constitucionais, com destaque àquelas relativas ao plano diretor e às competências dos entes federados em matéria urbanística.

Também, merece destaque a grande discussão em torno da constitucionalidade dos municípios com menos de 20 mil habitantes estarem desobrigados da elaboração do plano diretor.

O temor de que houvesse nesses municípios menores, que chegam à soma de 71,1% dos municípios nacionais, uma administração dispersa e improvisada, é solucionado com a obrigação de elaborarem sua legislação urbanística, especificando, pelo menos, a proposta de estrutura urbana, a especificação das áreas preferenciais de urbanização, os limites da área urbana, as diretrizes de uso e ocupação do solo. Obedecidas essas obrigações, o particular estará cumprindo a função social, apesar de não estarem inseridas no plano diretor.

Em 1989, surge o Projeto de Lei 181, que foi a primeira formatação do Estatuto da Cidade, elaborado e proposto pelo falecido Senador Pompeu de Souza. Embora esse Projeto de Lei ter tido tramitação rápida no Senado, sendo aprovado no ano seguinte, ficou estacionado até 1999, quando então o deputado Inácio Arruda, relator da Câmara, sistematizou as Emendas, resultando assim um Projeto de Lei substitutivo, que recebeu o número de 5.788/99.

Agora o projeto de lei, aperfeiçoado, foi apresentado com mais chances de ser aprovado, pois tratava a política urbana de maneira mais detalhada, a ponto de inserir no texto constitucional um capítulo inteiro destinado a essa matéria.

Coube ao relator senador Paulo Miranda reiterar o referido texto aprovado em novembro do ano seguinte pela Câmara dos Deputados, para que finalmente fosse

aprovado em definitivo, em junho de 2001, sob o nº 10.257.

Enviado ao Presidente da república para ser sancionado ou vetado, o Estatuto da Cidade causou uma enorme polêmica entre os juristas que eram contrários à sua aprovação. Estes argüiam serem inconstitucionais vários princípios e instrumentos da nova lei, pedindo o veto presidencial.

Ao fim desse processo, foram vetados apenas alguns dispositivos que previam a possibilidade de concessão de uso especial para fins de moradia de terras públicas.

Embora a necessidade de uma lei específica que tratasse do solo urbano em todos os seus desdobramentos fosse de caráter urgente, a demora em sua regulamentação que beneficiou as inadequadas e irreversíveis ocupações bem como o problema gerado pela especulação imobiliária, elemento impeditivo de uma boa política de ocupação urbana para que o imóvel cumpra sua função social, segundo farta corrente, se justifica por ser melhor o seu atraso do que deixar lacunas difíceis de serem sanadas no ordenamento jurídico.

2. DIRETRIZES GERAIS DO ESTATUTO DA CIDADE

O Estatuto da Cidade traz em seu art. 2º as diretrizes gerais da política urbana que tem por objetivo ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante a ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar a utilização inadequada e a retenção especulativa dos imóveis urbanos que resulte na sua subutilização ou não utilização.

Diz-se que há a subutilização da propriedade urbana quando o imóvel está sendo utilizado, porém de forma não adequada em relação à política urbana. O caso mais comum em algumas grandes cidades é o uso de imóveis, mesmo em local onde há muitas construções, para a simples guarda de bens.

Outra hipótese de arbitrariedade do solo urbano é a sua não utilização, que se dá quando o proprietário não destina qualquer fim de utilidade razoável à propriedade, objetivando, apenas, vantagem pessoal, inflacionando o mercado imobiliário.

Nessa última hipótese, sem dúvida alguma, surge o efeito cascata onde a classe média se vê obrigada buscar seu espaço residencial na periferia, “empurrando”, por sua vez, a classe de menor poder aquisitivo cada vez mais para longe dos grandes centros, o que tem estimulado em muito o crescimento desordenado de favelas na periferia dos grandes e pequenos centros do Brasil.

Em ambos os casos, conforme se verá posteriormente, cabe ao Estado exercer uma atitude coercitiva para que seja alcançada a finalidade social da propriedade urbana.

Pretende-se que o Poder Público tenha os instrumentos necessários para implantar uma política de urbanização que, além de restaurar os casos possíveis de recuperação, faça cessar o crescente desequilíbrio social movido pelos abusos advindos da especulação imobiliária.

O Autor José Filho define as diretrizes gerais da política urbana como

“o conjunto de situações urbanísticas de fato e de direito a serem alvejadas pelo Poder Público no intuito de construir, melhorar, restaurar e preservar a ordem urbanística, de modo a assegurar o bem-estar das comunidades em geral” CARVALHO, 2005p. 21.

Essas diretrizes expressam uma nova concepção de uso, desenvolvimento e ocupação do território urbano, que deve orientar a ação dos agentes públicos e privados na reconstrução de municípios visando a justiça, a democracia e a sustentabilidade, tendo como objetivo não o crescimento, mas sim o equilíbrio.

Foi dada ao município a competência de determinar o equilíbrio entre os interesses coletivos e individuais no que diz respeito ao uso e destino do solo urbano. As decisões tomadas na efetivação das diretrizes fixadas no Estatuto da Cidade devem contar com a participação de toda a coletividade e não apenas do município.

É inegável que o município possua uma visão mais ampla do espaço por ter em seu corpo profissionais competentes das mais diversas áreas, mas a colaboração de particulares na formação do interesse público precisa ser considerada, ainda mais porque a ação do ente público municipal visa, também, a consecução do bem estar social de seus municípios e estes podem prestar grande colaboração nos projetos que se voltam para satisfação de suas próprias necessidades e interesses.

É indispensável que a Administração Pública intervenha na fixação das diretrizes a serem tomadas, assumindo a condução de todo o processo na busca do almejado equilíbrio da função social da propriedade, pois a cidade é um fato coletivo que condiciona a vida de todos que nela habitam. Neste sentido a doutrinadora Renata Pinheiro diz que

“deixar a critério da livre conveniência de cada proprietário o destino do território, com certeza não conduzirá a melhor utilização a que ele pode ser dado” PINHEIRO, 2004, p. 37.

As diretrizes gerais fixadas no Estatuto da Cidade deverão ser complementadas pelos municípios, no que for compatível com as peculiaridades e objetivos locais, sem perder de vista que a função social da propriedade objetiva o equilíbrio da paz social, onde, sem dúvida alguma, não haja espaço para aqueles que detêm o domínio e/ou a posse de um imóvel urbano à espera de valorização para aumento de seu patrimônio.

O que não se pode, segundo Liana Portilho Mattos é

“conceber que o direito dê abrigo a propriedades ociosas, sem destinação de uso, à espera de uma valorização futura a ser auferida sobretudo em razão de investimentos do poder Público” MATTOS, 2002, p. 86.

A Constituição Federal, no seu art. 5º, XXII, concede ao indivíduo o direito de propriedade, reconhecendo a possibilidade de não usar o imóvel ou de não usá-lo adequadamente, como muitos poderiam evocar. Para José dos Santos Carvalho Filho, “o que é prejudicial à ordem urbanística é o não-uso do imóvel ou seu uso inadequado objetivando o proprietário retê-lo para fins especulativos” CARVALHO, 200 p. 51.

Diferenciar se há ou não a especulação imobiliária com o intuito de lucro indevido - que é uma ofensa às diretrizes da política urbana - dependerá da análise de cada caso concreto.

3. ORIGEM DO DIREITO DE PROPRIEDADE

O direito de propriedade é o direito que qualquer pessoa natural ou jurídica possui sobre um bem.

A autora Renata Peixoto acrescenta que

“o sentimento e a noção de propriedade aparecem em razão de um desejo do indivíduo de ter algo que lhe pertença com exclusividade, para garantir sua própria subsistência e de seus familiares” (PINHEIRO, 2004 p. 41).

Para se entender melhor qualquer instituto atual, torna-se necessário buscar a sua origem histórica. A origem do direito é objeto de divergência entre os doutrinadores.

Para Elida Seguin, o direito de propriedade surgiu devido aos cultos fúnebres que davam aos indivíduos o direito de terem, perto de si, a terra aonde os seus parentes mortos fossem enterrados. Isso por acreditarem que os mortos viravam deuses e iriam “estender sua proteção, influência e benção aos seus descendentes na medida em que estejam satisfeitos” SEGUIN, 2004 p. 130.

Para Renata Peixoto, o direito de propriedade teve início com o deslocamento de indivíduos, chamados de nômades, para locais distantes, onde precisavam viver coletivamente para sobreviverem. A propriedade territorial pertencia a toda coletividade, não havendo nenhuma propriedade individual da terra.

Quando o homem passou a se fixar em um determinado espaço territorial, deixando de ter a vida nômade que até então vivia, surgiu o direito de propriedade familiar. Nesse momento as terras passaram a ser usadas não mais por toda a coletividade, mas apenas pelos grupos familiares que nela habitavam, surgindo posteriormente, o direito individual da propriedade.

A princípio, entendia-se que o direito de propriedade era absoluto, perpétuo e exclusivo, pois, conforme salienta o renomado doutrinador Orlando Gomes, “confere ao titular o poder de decidir se deve usar a coisa, abandoná-la, aliená-la, destruí-la” (GOMES, 1997 p.87), e ainda que a propriedade “tem duração ilimitada, e não se extingue pelo não-uso”.

Esse entendimento sofreu grande mudança ao longo dos anos, precisando se adaptar às circunstâncias que surgiam em cada momento específico. Sobre essa evolução histórica o autor José Carlos de Moraes Salles diz que

“o direito de propriedade tem sido entendido de maneira diversa pelos povos, no tempo e no espaço, em razão das diferenças existentes entre os sistemas econômicos, políticos e jurídicos que adotaram” (SALLES 2000, p.82).

Atualmente, entende-se conforme a afirmação de João Carlos Macruz,

“a concepção de que o proprietário pode dela se utilizar em toda a sua substância, de maneira ilimitada, podendo praticar sobre a coisa todos os atos que lhe aprouver, fruindo do modo mais completo possível, podendo transformá-la, aliená-la ou consumi-la, não mais subsiste de maneira inatingível” (MACRUZ, 2002, p. 22).

No século XIX, por grande parte da população estar vivendo na miséria, tornou-se necessária a intervenção do Estado na concepção individualista do direito de propriedade, com a criação de movimentos com características coletivas visando diminuir a enorme desigualdade social existente.

O sistema jurídico positivo passou, então, a condicionar o exercício do direito de propriedade ao interesse da coletividade. O direito individual do proprietário urbano de usar, gozar e dispor continua assegurado, mas desde que a propriedade esteja cumprindo uma função social, qualidade esta, tornada inafastável no ordenamento constitucional pátrio, pelo art. 5º, XXIII, da Constituição Federal.

4. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Não basta para a propriedade urbana apenas estar edificada, ela precisa obedecer à função social estipulada pelo Poder Público expressa no Plano Diretor, o que se justifica por ser o principal instrumento que norteia as políticas de desenvolvimento e expansão urbana. Caso a propriedade não esteja atingindo esse interesse coletivo, o direito de propriedade poderá ser cessado, atingindo-lhe a perpetuidade.

A necessidade da propriedade obedecer a uma função social tem sido motivo de discussão por décadas. Já em 1919, como relembra Renata Peixoto Pinheiro, Leon Duguit propõe em sua obra que

“todo indivíduo tem obrigação de cumprir na sociedade uma certa função, na razão direta do lugar que nele ocupa. Ora, o detentor da riqueza, pelo próprio fato de deter a riqueza, pode cumprir uma certa missão que só ele pode cumprir. Somente ele pode aumentar a riqueza geral, assegurar a satisfação das necessidades gerais, fazendo valer o capital que detém. Está, em consequência, socialmente obrigado a cumprir esta missão e só será socialmente protegido se cumpri-la e na medida que o fizer. A propriedade não é mais o direito subjetivo do proprietário; é função social do detentor da riqueza”. (DUGUIT, 2204 p. 44).

O conceito de função social da propriedade é definido apenas de modo formal na Constituição Federal que diz em seu art. 182: “a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. Assim, cabe a cada Município estabelecer o seu entendimento sobre a função social da propriedade, em seu plano diretor.

Todo plano diretor tem como objetivo geral, promover a ordenação dos espaços habitáveis, mediante a fixação de diretrizes do desenvolvimento urbano do Município, e, como objetivo específico, o cumprimento do interesse coletivo de acordo com a própria realidade em que o Município se encontra, como por exemplo, ampliação de rede de esgoto, reurbanização de bairros, construção de casas populares, etc.

O plano diretor deverá exigir do proprietário de solo urbano que cumpra a função social por ele estipulado, em benefício de toda a população, que se justifica pelo princípio geral do direito da supremacia do interesse público sobre o privado.

A propriedade urbana não pode ser usada de modo contrário à utilidade social. Para isso, o Estado tem a faculdade de impor limites e condições sobre os direitos inerentes ao proprietário de usar, gozar e dispor.

O descumprimento de dar à propriedade a finalidade social imposta no Plano Diretor é o mesmo que o inadimplemento de uma prestação, e, por isso, a Constituição Federal prevê sanções, que serão analisadas adiante.

Há doutrinadores, como por exemplo, Eros Roberto Grau que entendem que a propriedade, em si mesma, é uma função social. Porém, esse pensamento não pode prosperar.

Se assim fosse, no caso da propriedade não cumprir sua função social, poder-se-ia afirmar que a mesma não configuraria propriedade e, conseqüentemente, não estaria sujeita à desapropriação.

Nessa mesma linha de raciocínio Renata Peixoto diz que,

“se a propriedade fosse função social em si mesma, o seu descumprimento deveria ensejar o perdimento do bem e não a desapropriação como está previsto em nossa Carta Magna (artigo 182, § 4º, III)”. (PINHEIRO, 2004 p. 51).

E conclui dizendo que “se o Estado desapropria esta propriedade, indenizando o proprietário, este pagamento configura-se pagamento indevido, e, conseqüentemente, enriquecimento ilícito” (PINHEIRO, 2004 p. 41).

O ideal a ser perseguido é que as propriedades em solo urbano atendam não somente à função social da propriedade, mas também à função social de cada cidade, derribando as deformidades causadas pelo interesse egoístico do proprietário, pondo em risco os interesses coletivos.

Uma cidade pautada pelo equilíbrio na aplicação efetiva de um plano diretor adequado às suas realidades e que consiga coibir o mau uso da propriedade, há de desfrutar de paz social, pois um dos objetivos da norma jurídica é a administração do crescimento urbano sem as visíveis discrepâncias históricas onde os detentores das riquezas se tornam cada vez mais ricos utilizando-se, sobretudo, da famigerada especulação imobiliária.

5. A DESAPROPRIAÇÃO

Conforme já visto, o direito de propriedade é assegurado pela Constituição Federal, mas condicionado ao atendimento à função social. Quando ocorre um desacordo entre a propriedade e a função social, a Carta Magna admite em seu artigo 5º, XXIV, a desapropriação.

A desapropriação é considerada a forma mais drástica de intervenção do Estado na propriedade, pois transfere o patrimônio e a posse originalmente atribuídos a um particular, contra a sua vontade, para um terceiro, que geralmente é o próprio Estado.

É possível a desapropriação de bem público, desde que o processo expropriatório não seja por iniciativa exclusiva do Executivo; tenha autorização confirmada pelo Poder Legislativo de seu âmbito; e se respeite os limites e a direção vertical das entidades federativas, conforme o artigo 2º, § 2º, da lei geral expropriatória.

O doutrinador José dos Santos define a intervenção do Estado na propriedade como “toda e qualquer atividade estatal que, amparada em lei, tenha por fim ajustá-la aos inúmeros fatores exigidos pela função social a que está condicionada.” Entende o

ilustre doutrinador ainda que

“qualquer ataque à propriedade, que não tenha esse objetivo, estará contaminado de irretorquível ilegalidade. Trata-se, pois, de pressuposto constitucional do qual não pode afastar-se a Administração” (CARVALHO FILHO, 2005 p. 611).

Contudo, para ser possível a desapropriação, não basta somente a vontade de desapropriar. O Estado precisa demonstrar qual o interesse público perseguido que sirva como justificativa para a medida extrema.

A competência para declarar a utilidade pública ou o interesse social é concorrente entre a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e os Territórios (que atualmente inexistem), conforme previsto no artigo 2º do Decreto-Lei nº 3.365/41.

Por outro lado, a competência executória, ou seja, a competência de promover a desapropriação, providenciando as medidas necessárias à efetivação da transferência da propriedade para o estado é mais ampla.

Além, das pessoas federativas, as autarquias, as empresas públicas e as demais pessoas da Administração Pública Indireta podem ser autoras do processo administrativo e judicial expropriatório. Essa competência se manifesta desde a negociação com o proprietário, até o final do processo judicial.

No procedimento expropriatório administrativo poderá haver acordo com relação ao valor a ser pago a título de indenização pelo desapropriante em favor do desapropriado. Esse procedimento, conhecido como extrajudicial, se dará sem a intervenção do poder Judiciário, cingindo-se à instância administrativa.

Não havendo acordo preliminar entre as partes do processo desapropriatório, o desapropriante deverá ingressar em juízo com a ação de desapropriação. Se o proprietário expropriado aceitar em juízo a oferta feita pelo expropriante, o juiz apenas homologará o acordo. Se não houver acordo prévio, nem acordo em juízo, caberá ao juiz fixar o valor indenizatório que considerar justo e cabível.

O fundamento de qualquer modalidade de desapropriação é a prevalência do interesse público sobre o interesse individual. E por ser medida excepcional, causadora de grave intervenção na propriedade privada (direito fundamental consagrado na Constituição Federal), a desapropriação reclama que haja necessidade, utilidade pública ou interesse social, e, ainda, seja precedida de justa e prévia indenização em dinheiro, como regra.

6. NECESSIDADE, UTILIDADE PÚBLICA OU INTERESSE SOCIAL

Sobre esse tema o doutrinador Seabra Fagundes ensina que

“a necessidade pública aparece quando a Administração se encontra diante de um problema inadiável e premente, isto é, que não pode ser resolvido nem procrastinado e para cuja solução é indispensável incorporar no domínio do Estado o bem particular. A utilidade pública aparece quando a utilização da propriedade privada é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo, mas não constitui imperativo irremovível. Haverá motivo de interesse social quando a expropriação se destine a

solucionar os chamados problemas sociais, isto é, aqueles diretamente atinentes às classes pobres, aos trabalhadores e à massa do povo em geral pela melhoria nas condições de vida, pela mais equitativa distribuição de riqueza, enfim, pela atenuação das desigualdades sociais”.

Na verdade, conforme entendimento do próprio autor, é desnecessário que haja a configuração das três causas condicionantes do direito de desapropriar. A configuração de qualquer uma delas já seria suficiente para a utilização do instituto estudado.

Desrespeitada a função social por parte da propriedade urbana é lícito ao Estado, expropriar o imóvel, transferindo-o, à quem o dê a destinação conforme os reclamos do interesse público. Não é apenas o próprio Estado que está apto a cumprir essa finalidade, podendo ser outro particular a fazê-lo.

7. INDENIZAÇÃO PRÉVIA E JUSTA

O particular atingido pela desapropriação não pode, sob o ponto de vista da justiça e da igualdade, ser prejudicado isoladamente em contrapartida ao benefício coletivo.

Por essa razão, porque se sacrifica em prol do interesse público, surge a segunda condicionante da desapropriação. O particular deve ser indenizado justa e previamente pelo poder público, numa verdadeira substituição de sua propriedade pelo equivalente em dinheiro.

A idéia da indenização ser prévia surge para evitar a arbitrariedade de maus administradores que poderiam promover desapropriações e retardar o pagamento indenizatório para as administrações posteriores.

Também, vale destaque que a indenização precisa ser justa. A jurisprudência pátria entende que a indenização na reposição da propriedade urbana precisa estar equivalente a como ela se encontrava antes de ter sido expropriada pelo Estado.

O doutrinador José Carvalho entende que

“para que se configure a justiça no pagamento da indenização, deve esta abranger não só o valor real e atual do bem expropriado, como também os danos emergentes e os lucros cessantes decorrentes da perda da propriedade. Incluem-se também os juros moratórios e compensatórios, a atualização monetária, as despesas judiciais e os honorários advocatícios” (CARVALHO FILHO, 2005 p. 677).

A justa indenização em dinheiro não pode propiciar enriquecimento exorbitante ao particular, e sim, dar apenas a garantia de trocar o bem expropriado por um do mesmo valor.

É no pagamento da indenização que se configura a consumação da desapropriação, com a posse definitiva do bem pelo expropriante. Em outras palavras, não se pode considerar transferido a propriedade urbana sem antes ter sido paga a indenização.

No entanto, se o estado declarar urgência e depositar em juízo, em favor do expropriado, um valor fixado segundo critério previsto em lei, caberá imissão provisó-

ria da posse. Nessa hipótese, o expropriante terá a posse provisória do bem, concedida em juízo, já no início da lide.

Nesse caso excepcional, salvo se o Poder Público desistir da desapropriação no curso da ação judicial, a posse se converterá em posse definitiva com o pagamento da indenização.

Ocorrendo a desapropriação, merece destaque que a mesma não pode dar aumento patrimonial exorbitante ao Estado em detrimento do particular. Assim, a doutrina nacional considera a indenização não apenas como uma dívida de dinheiro, mas como uma dívida de valor.

8. MODALIDADES

Para regular as normas constitucionais, figuraram dois diplomas que tratam da desapropriação que, apesar do tempo em que foram editados, encontram-se ainda vigentes no ordenamento jurídico pátrio. O primeiro é o Decreto-lei nº 3.365/41, também chamado de Lei Geral das Desapropriações, que dispõe sobre a desapropriação por necessidade ou utilidade pública.

Essa modalidade de desapropriação tradicional no Direito brasileiro pressupõe a existência de algum motivo de relevante interesse público e, ainda, que o imóvel em mira seja declarado pelo poder público como adequado para satisfazer essa necessidade coletiva.

O artigo 5º do dito Decreto enumera hipóteses que podem ocasionar a desapropriação. Dentre elas se destacam os casos de segurança nacional e defesa do Estado, calamidade e salubridade pública, aberturas de vias e a execução de planos de urbanização, proteção de monumentos históricos e artísticos etc.

Na desapropriação por utilidade ou necessidade pública, não há nenhum viés de sanção ao proprietário do imóvel desapropriado, razão pela qual, aliás, pode ser deflagrada contra qualquer bem, independentemente de estar ou não cumprindo sua função social.

E já que, nesse caso, a causa da desapropriação reside unicamente na prevalência do interesse público sobre o interesse individual, ainda que exercido em consonância com a função social, a indenização correspondente deverá ser a mais justa possível, além de prévia e em dinheiro.

O segundo diploma regulamentador da desapropriação é a Lei 4.132/62, que define os casos de desapropriação por interesse social. Entre as hipóteses previstas na lei como casos de interesse social, tem relevo, o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros populacionais, a instalação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça a plano de zoneamento agrícola etc.

Como já estudado, a regra é que a indenização há de ser paga em dinheiro, ou seja, em espécie. Porém, em algumas modalidades de desapropriação, consideradas excepcionais, a Constituição Federal admite a ausência de indenização, ou, ainda, que o pagamento indenizatório seja feito mediante títulos da dívida pública ou em títulos da dívida agrária.

A modalidade de desapropriação, que se consuma sem o pagamento de qual-

quer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, é conhecida como Desapropriação-Confisco.

Esta forma expropriatória, prevista no artigo 243 da Carta Magna, dá-se em caso de cultivo ilegal de planta psicotrópica.

Quando isso ocorre, a propriedade é imediatamente desapropriada e destinada ao assentamento de colonos, para cultivo de produtos alimentícios e medicamentos. Vale destacar que a destinação provisória dos bens do patrimônio expropriado será do Estado e definitiva dos colonos.

Outra exceção do pagamento indenizatório ser em dinheiro é na Desapropriação para fins de reforma agrária. Nessa modalidade de desapropriação, com previsão legal no artigo 184 da Constituição Federal, a indenização é paga através de títulos da dívida agrária, com preservação do valor real, podendo ser resgatáveis no prazo de até 20 anos, a partir do segundo ano de sua emissão.

Essa forma de indenização não vale para as benfeitorias úteis e necessárias no bem expropriado, que devem ser indenizadas em dinheiro, conforme o § 1º do mesmo dispositivo jurídico em tela.

A última modalidade de desapropriação que excepcionalmente não paga indenização prévia, embora a Constituição assim a qualifique, e nem em dinheiro, é a desapropriação para fins urbanísticos, também conhecido como desapropriação-sanção, prevista no artigo 182, § 4º, III da CF e regulamentada pela lei 10.257/01, autodenominada de Estatuto da Cidade.

Nessa forma peculiar de desapropriação, que será analisada mais a fundo posteriormente, o pagamento da indenização se dá através de títulos da dívida pública, com prazo de resgate de até 10 anos, em parcelas iguais e sucessivas, sendo assegurados, todavia, o valor real da indenização e os juros legais.

9. ASPECTOS GERAIS

Todas as formas de desapropriação do ordenamento jurídico nacional, a aquisição da propriedade, pela forma que se consuma, é considerada como aquisição originária da propriedade.

Segundo o autor Bandeira de Mello, afirmar

“que a desapropriação é forma originária de aquisição de propriedade significa que ela é, por si mesma, suficiente para instaurar a propriedade em favor do Poder Público, independentemente de qualquer vinculação com o título jurídico do anterior proprietário”. (MELLO, 2006 p. 827).

Por ser forma originária de aquisição de propriedade, entende-se que, mesmo se o Estado desapropriar um bem e indenizar um terceiro que não seja o dono do bem expropriado, não invalidará a desapropriação e nem obrigará a realização de novo processo expropriatório.

Isso porque se considera a desapropriação como o ponto inicial de um novo ciclo que se formará para futuras transferências do bem, sendo extintos os ônus reais que haviam sobre o imóvel, livrando-o de quaisquer gravames.

O objetivo do estado ao desapropriar o imóvel é adequá-lo ao bem comum.

Se o Estado expropriante deixa de dar ao bem a finalidade pública, terá o antigo dono o direito de reavê-lo. Essa possibilidade de reaver o bem expropriado é chamado na doutrina de retrocessão.

Entende-se que se, mesmo com a desapropriação, a propriedade não cumpriu a sua destinação social, é preferível que a mesma retorne ao proprietário expropriado, prevalecendo, nesse caso, o direito de propriedade.

Nesse sentido, a autora Odete Medauar justifica que

“de fato seria inadmissível que o imóvel fosse retirado forçadamente do proprietário, em virtude do descumprimento da função social da propriedade, e que tal função social continuasse não sendo atendida”. (MEDAUAR 2004, p. 112).

Para que não ocorra a retrocessão, o Estado expropriante possui o prazo de 5 anos, a contar da incorporação do imóvel ao patrimônio estatal - que se dá com o pagamento indenizatório - para proceder ao adequado aproveitamento do bem expropriado.

A retrocessão não cabe quando o Poder Público dá ao imóvel uma destinação pública diversa daquela mencionada no processo expropriatório. O Código Civil dispõe, em seu artigo 519, “Se coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa”.

Deste mesmo modo, entende a jurisprudência de forma pacífica que se o objetivo final da desapropriação é cumprir o interesse social, uma destinação alternativa do bem expropriado que também esteja de acordo com esse interesse, também será possível.

Quanto à retrocessão, no que diz à mudança da adequação definida no processo expropriatório, bem retrata a autora Maria Di Pietro,

“só é possível em caso de desvio de poder (finalidade contrária ao interesse público, como, por exemplo, perseguição ou favoritismo a pessoas determinadas), também chamado de treditinação, ou quando o imóvel seja transferido a terceiros, a qualquer título, nas hipóteses em que essa transferência não era possível” (DI PIETRO 2005, p.181).

Não havendo a adequação da propriedade ou ficando configurada a utilização de modo diverso do interesse público incorrerá o representante do executivo no crime de improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429/92. Se for na desapropriação por interesse social tratada pelo artigo 8º do Estatuto da Cidade, ele responderá pela sua omissão de acordo com a norma expressa no artigo 52, II, do Estatuto da Cidade.

É importante ressaltar que o proprietário expropriado que faz jus à retrocessão deve estar atento ao prazo de prescrição de 5 ou 10 anos (de acordo com a posição doutrinária), contados a partir de caracterizada a desistência pelo poder Público de utilizar o bem para qualquer finalidade de interesse coletivo.

CONCLUSÃO

A concepção da propriedade como direito absoluto sucumbiu diante do princípio da função social da propriedade, inserto na Constituição Federal de 1988, art. 5°, inciso XXIII.

Isso equivale dizer que, no atual panorama jurídico nacional, toda propriedade, seja móvel ou imóvel, deve estar empregada numa finalidade socialmente útil, sob pena de perder o manto da proteção constitucional como um direito individual.

Para a propriedade imóvel urbana, o princípio da função social ganhou corpo com o advento do Estatuto da Cidade, Lei n° 10.257/2001.

É que este diploma veio a suprir uma lacuna deixada desde a Constituição da República, que em seu art. 183 já atribuía aos Municípios a competência para estabelecer os critérios de aferição do cumprimento da função social de imóvel urbano em seus respectivos planos diretores, porém carecendo de legislação federal regulamentadora.

O Estatuto da Cidade, ao traçar as diretrizes da política urbana nacional, dita também as normas de caráter geral a respeito dos procedimentos administrativos e judiciais aptos a compelir os proprietários de bens imóveis urbanos a cumprirem sua função social, nos moldes previstos no plano diretor local.

Nesse contexto, o Estatuto da Cidade prevê a hipótese máxima de desapropriação sancionatória em face do proprietário que deixe de atender às obrigações contidas no plano diretor.

Como medida extrema que é, a desapropriação-sanção se submete a um procedimento rigoroso, que, aliás, para muitos, acabará por inviabilizar sua execução prática.

Por sinal, são requisitos para a desapropriação do Estatuto da Cidade que o poder público local notifique previamente o proprietário de imóvel urbano a fim de que cumpra a obrigação prevista no plano diretor, de edificação, utilização ou parcelamento compulsório.

Depois de inadimplida essa obrigação, terá ainda o Município que aplicar sobre o proprietário recalcitrante o IPTU progressivo no tempo, com a alíquota máxima anual de 15% sobre o valor do imóvel.

Segundo propõe o Estatuto da Cidade, somente após cinco anos de incidência de IPTU progressivo e permanecendo o proprietário inerte em relação à obrigação contida no plano diretor, poderá o Município desapropriar o imóvel, como sanção ao não cumprimento da função social.

O caráter sancionatório desta espécie de desapropriação implica em que a indenização não será paga em dinheiro e nem será prévia, mas sim será paga mediante títulos da dívida pública resgatáveis no prazo máximo de 10 anos.

Em virtude de o Estatuto da Cidade ter traçado linhas apenas gerais, regulando a matéria propositalmente de forma concisa, e considerando que não há casos concretos sobre o assunto e, por conseguinte, nenhuma jurisprudência se construiu, muitas questões são debatidas na doutrina.

Questiona-se, por exemplo, a constitucionalidade da previsão de pagamento da indenização com base no valor venal do imóvel, que, como cediço, é arbitrado unilateralmente pela administração.

Argumenta-se que a veia sancionatória da desapropriação do Estatuto da Ci-

dade já é suficientemente exposta pela mitigação da previdade e pecuniariedade da indenização, de modo que esta deverá ser, no mínimo, justa.

Esta é apenas uma das questões suscitadas na doutrina, existindo tantas outras corajosamente enfrentadas por diversos doutrinadores, que residirão sem uma resposta unívoca até que, com o passar dos anos, as mais altas cortes comecem a apreciar e decidir sobre a desapropriação sanção do Estatuto da Cidade.

O que se conclui, por fim, é que o instituto da desapropriação sancionatória se encontra em estágio meramente embrionário no direito brasileiro. De fato, sua compleição física somente será aperfeiçoada, e aos poucos, mediante o aprofundamento dos ainda tímidos estudos doutrinários, bem como pelas discussões em torno da edição dos planos diretores municipais e, sobretudo, do futuro enfrentamento do tema pelos tribunais pátrios.

REFERÊNCIAS

BEZDOS, Clóvis. Desapropriação em nome da política urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade**: comentário à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentário ao Estatuto da Cidade**: Lei nº 10.257, de 10.07.2001 e Medida Provisória nº 2.220, de 04.09.2001. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

_____. **Manual de Direito Administrativo**, 14ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CÓDIGO CIVIL, 2002

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (NOVA). São Paulo: Atlas, 1988.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade**: Comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição Brasileira de 1988**, vol 2. São Paulo: Ed. Saraiva, 1990.

GOMES, Orlando. **Direitos areais**, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MACRUZ, João Carlos; MACRUZ, José Carlos; MOREIRA, Mariana. **O Estatuto da Cidade e seus instrumentos urbanísticos**. São Paulo: LTr, 2003.

MATTOS, Liana Portílio. **Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001 – Comentários**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006.

MUKAI, Tochio. **O Estatuto da Cidade: anotações à Lei N.10.257, de 10-7-2001**. São Paulo: Saraiva, 2001.

NEVES, Maria Carolina Neves. Desapropriação para fins de reforma Urbana e o Estatuto da Cidade. **Revista da ESM/FE**, n. 6, 2004.

NOBRE JR, Edilson Pereira. Desapropriação para fins de reforma urbana. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 39, n. 156, out./dez. 2002.

PINHEIRO, Renata Peixoto. **Desapropriação para fins urbanísticos em favor de particular**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002.

SAULE JR., Nelson. **Direito à cidade: trilhos legais para o direito às cidades sustentáveis**. São Paulo: Max, 1999.

SÉGUIN, Elida. **Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS EM FACE DA APLICAÇÃO DO CDC

Dagmar Dengo¹

Valdomiro Branco Hildebrando²

Carlos Albano Wolkmer de Castilho³

Iria Catarina Queiroz Baptista⁴

RESUMO

Em face ao reconhecimento da organização da atividade bancária e que a mesma se encontra em constante evolução, não se pode afirmar que tal fato aboliria a possibilidade do risco de se causar dano ao seu usuário. O atual artigo busca estudar a responsabilidade civil dos bancos, haja vista que o risco é inerente aos bancos em suas relações com seus clientes e isto se torna maior e mais crescente em decorrência do avanço tecnológico alcançado pelas instituições bancárias no exercício de sua atividade. Por conseguinte, ao lado desse progresso, passar a existir as devidas preocupações inerentes ao mesmo, dentre elas a responsabilização pelos danos que porventura sejam causados. Todavia, o avanço tecnológico na prestação do serviço bancário faz com que o particular procure e confie cada vez mais nos bancos que, na mesma proporção, deve ver-se civilmente responsável; daí a evolução da responsabilidade civil dos bancos.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil; Bancos, Cdc.

ABSTRACT

Given the recognition of the organization of the banking activity and that it is in constant evolution, it cannot be said that this fact would abolish the possibility of the risk of causing damage to its user. The current article seeks to study the civil liability of banks, given that the risk is inherent to banks in their relations with their customers and this becomes greater and more growing as a result of the technological advances achieved by banking institutions in the exercise of their activity. Therefore, in addition to this progress, there will be due concerns inherent to it, including liability for any damage that may be caused. However, technological advances in the provision of banking services make individuals increasingly seek and trust banks that, in the same proportion, must see themselves as civilly responsible; hence the evolution of civil liability of banks.

KEYWORDS: Civil Liability; Banks, Cdc.

¹ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

² Professor do Centro Universitário Unifacvest.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

⁴ Professora do Centro Universitário Unifacvest.

INTRODUÇÃO

A princípio a responsabilidade civil dos bancos se processa apenas subjetivamente, baseado na culpa. Sem apreensão, a nova redação do Código Civil Brasileiro, mantém, como regra da responsabilidade civil, a observância à teoria subjetivista, voltada para a culpa como elemento caracterizador. Todavia, observa-se um relativo enfraquecimento desta posição, desencadeadas pela constituição doutrinária e jurisprudencial, sendo que, em face desta última, pode-se verificar e ter como marco inicial da alteração, a edição da Súmula N° 28 do STF que, particularmente em relação aos bancos, reconhece a responsabilidade civil com base na culpa presumida; é, por conseguinte, em função desta presunção de culpa, a responsabilidade encontra-se predominantemente com o agente passivo causador do fato danoso e permanece com ele até a real comprovação fática de que não agiu com culpa. Prosseguindo com a relativização em apreço, a doutrina e a jurisprudência – numa construção gradual – vêm se afirmando pela responsabilização objetiva no que se refere-se à atividade bancária, quando lesiva ao usuário, deixando de lado a pesquisa da culpa, que se mostrou como imenso óbice para a sociedade em geral usuária dos serviços bancários, em especial a quem não tem o contrato como elemento probatório essencial de imputação de culpa.

Partindo deste pressuposto, desenvolveu-se, então, a denominada teoria do risco profissional, que serviria de base à responsabilidade objetiva e cujos reflexos seriam sentidos por grande parte das leis especiais reguladoras da atividade econômica. Assim, numa medida de pesos e contrapesos, coloca-se, de um lado, os proveitos e as vantagens do avanço tecnológico e, de outro, a necessidade e a possibilidade de o lesado poder responsabilizar alguém – também em benefício da coletividade – sem a obrigatoriedade de se perquirir sobre a culpa, equilibrando a aviltante diferença de poder econômico existente, dando relevância à mera relação de causalidade entre o fato e o dano, abstraindo-se, inclusive, tanto da ilicitude do ato quanto da existência de culpa. A Teoria do Risco Profissional tem forte referencial na doutrina italiana, apontando que “ele (o banqueiro) assumiu o serviço de caixa pelo seu cliente, e disso auferiu lucro, é justo que suporte os riscos inerentes a esse serviço. Exercendo tal serviço profissionalmente, os lucros que dele retira podem compensá-lo de um prejuízo que ao cliente seria muitas vezes irreparável.” (VIVANTE e RAMELA apud ANDRADE, 1996 p. 265).

Pelo exposto, observa-se que teoria tem sempre levado à jurisprudência - em acertadas decisões - a buscar indenizações morais e materiais ao cliente, atuando de forma protetora; isto se deve de maneira especial pela razão de que os bancos se relacionam de maneira com seus clientes de forma contratual, enquanto em relação a terceiros pode ser extracontratual.

A jurisprudência nacional, por conseguinte, direciona para o perfeito ajuste da atividade bancária na teoria do risco profissional, partindo do pressuposto que da mesma forma que são elevados os proveitos profissionais dos bancos, através de exorbitantes lucros, na mesma proporção deve ser sua responsabilização para eventuais danos causados aos seus clientes. E aqui, pouco importa o elemento anímico do banqueiro, pois, o que nos interessa é a relação de causalidade entre a conduta e o dano. Correto afirmar, pois, que a atividade do banqueiro, de um modo geral, é notadamente de risco, isto porque responde pelas inadimplências aqui e ali, razão do relevo de seus lucros. Nessa linha, a doutrina nacional esclarece que segundo WALD 1979, p. 28:

Pela própria natureza dos serviços prestados pela instituição financeira, entendemos que se impõe a sua responsabilidade objetiva pelos mesmos motivos por que se estabeleceu a do Estado, que mereceu até ser consagrada constitucionalmente. Na realidade, sendo impossível ao cliente conhecer a vida interna da constituição financeira, pelo grau de complexibilidade que alcançou, justifica-se que este responda objetivamente pelos danos causados [...] (WALD, 1979, p. 28).

É de relevância salientar que o Banco Central do Brasil (BCB), através da Resolução N° 002878 de 26/07/200, determina que as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral, devem adotar medidas que objetivem assegurar a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, causados a seus clientes e usuários. Desta forma, deve o banco ser cauteloso ao desempenhar sua atividade profissional, sem o que pode haver responsabilidade contratual ou delitual, conforme seja a vítima o cliente ou um terceiro. O banco ou instituição financeira tem um dever de vigilância e, sem imiscuir-se nos negócios de seu cliente e/ou de terceiros, deve agir com prudência e discernimento, pois, se seu serviço causar um dano, torna-se o banco responsável. Entretanto, analisando o tema da responsabilidade civil dos bancos, vemos que a própria jurisprudência aparenta ainda não ter se firmado sobre o assunto, mostrando-se relevante o exaustivo debate, mas tendo-se em mente a importância social e processual do instituto para a defesa do interesse da parte mais vulnerável na relação bancária, o usuário/consumidor.

O serviço bancário se constitui e se verifica, na maiorias dos casos, por meio de contratos bancário que, como todo contrato, é um fato jurídico e dentro do gênero fato jurídico, normalmente é enquadrado especificamente como negócio jurídico. Assim, no âmbito da atividade bancária, os contratos bancários representam o esquema jurídico como fato jurídico propulsor da relação jurídica obrigacional bancária, engendrando direitos e deveres.

Conceitualmente, define-se o contrato bancário conforme cita Luz (1996) é considerado como um “negócio jurídico concluído por um Banco no desenvolvimento de sua atividade profissional e para a consecução de seus próprios fins econômicos”. (LUZ, 1996, p. 36).

No entanto, observa-se que no contrato bancário peculiaridades que justificam tenha ele uma disciplina diferenciada, pois, conforme leciona Gomes (1999),

Os esquemas contratuais comuns, quando inseridos na atividade própria dos bancos, sofrem modificações sob o aspecto técnico, que determinam alterações em sua disciplina. (GOMES, 1999, p. 323).

Essas particularidades são inerentes aos fatos de que o contrato bancário é instrumento de crédito e como tal envolve relação de confiança, continuidade e habitualidade na prestação do serviço, o preço e o risco, este intimamente ligado à operação de crédito.

Conseqüentemente pode-se concluir que o dinheiro é um bem consumível. Conseqüentemente, na relação bancária e financeira, surge o consumidor como sendo o tomador do crédito para utilização própria ou o correntista da instituição financeira. Ocorrendo uma prestação de serviços bancários, onde figurem, de um lado, na qualidade de fornecedor um determinado banco comercial e, de outro, na qualidade de consu-

midor, uma pessoa física ou jurídica qualquer, que contrate objetivando uma destinação final, mostra-se evidente que essa relação jurídica se caracterizará como uma relação de consumo, resultando - extreme de dúvida - na aplicação do Código de Defesa do Consumidor às operações bancárias. Nessa linha, observa Marques que:

Apesar das posições contrárias iniciais, e com apoio na doutrina, as operações bancárias no mercado, como um todo, foram consideradas pela jurisprudência brasileira como submetidas às normas e ao novo espírito do CDC de boa fé obrigatória e equilíbrio contratual. (MARQUES, 1995, p. 143)

Destaque-se, igualmente, que o CDC está consubstanciado na Lei Nº. 8.078/90, a qual veio dar cumprimento ao mandamento constitucional do artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2002). A norma de regência preceitua critérios específicos para o funcionamento dos contratos e serviços bancários, até porque fala expressamente em atividade de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, devendo estar sujeitos às normas de ordem pública e de interesse social previstas no referido diploma legal. Nessa esteira, devem-se concluir pela sujeição das operações bancárias ao regime jurídico do código consumerista, posto tratar-se de relações de consumo e os bancos, por sua vez, de prestadores de serviços.

É certo que o CDC foi editado para revolucionar as relações vividas na sociedade brasileira, impondo o fornecimento de produtos e serviços segundo os melhores padrões de qualidade, confiabilidade e segurança. Desta forma, não se pode admitir que somente alguns segmentos da economia nacional fiquem à margem dessa evolução legislativa, como no caso das instituições bancárias e financeiras.

1. ABUSIVIDADE DAS CLASULAS BANCARIAS EM FUNÇÃO DO CDC

Juro é o fruto do dinheiro. É o que o credor recebe do devedor, além da importância da dívida. “Entende-se por juros o que o credor pode exigir pelo fato de ter prestado ou de não ter recebido o que se lhe devia prestar” (Pontes de Miranda, 1984).

Atualmente, não significa apenas o fruto civil do capital, pois passou a ser importante instrumento de política monetária, juntamente com o câmbio, o comércio exterior e a regulação da moeda e do crédito, servindo para controlar o fluxo financeiro.

Para o cálculo dos juros, considera-se o custo de captação do dinheiro, a sobretaxa do banqueiro, a desvalorização da moeda e, por fim, os riscos operacionais, pois, quanto maior a possibilidade de inadimplência, maior o risco.

Segundo Pontes de Miranda (1984): “O crédito de juros nasce a determinado momento, periodicamente, como se pingasse da quantia devida, sem a diminuir”.

No Brasil atual, as taxas praticadas, o pinga se torna maior que o balde após alguns meses de juros capitalizados. “De acordo com o relatório ‘Juros e Spread Bancário no Brasil’, elaborado pelo BC, o spread está composto por: 16% pela inadimplência; 19% por despesas administrativas; 29% por impostos; 36% pela margem líquida do banco. Margens de lucro tão elevadas garantem os lucros astronômicos dos bancos brasileiros, muito acima da média mundial” (editorial da Folha de São Paulo, 6/2/2003, A/2). Como se vê, a alegação corrente de que o spread é elevado por causa da inadim-

plênia não procede, pois a sua maior parcela, quase o triplo, corresponde ao lucro; reduzido o quantitativo deste, certamente seria menor o índice de inadimplência. Nos países em que é menor o índice de inadimplência, é significativamente menor o percentual do lucro.

Os juros restauratórios são os devidos pelo dano emergente e pelo lucro cessante. É o que o mutuante recebe por ser privado do dinheiro. É o caso do que vende o que tem para obter capital e emprestar. Nesse ato, surge para o titular do capital um dano emergente (a perda da disponibilidade do bem imóvel). Se o prédio rendia aluguel, sofre ainda a perda do lucro cessante. Juros compensatórios, remuneratórios ou lucrativos são devidos em razão do empréstimo mesmo, e não do dano emergente ou do lucro cessante. Este é o que figura no contrato bancário.

Juros moratórios – ou punitivos – correspondem à pena pela morosidade ou tardança no pagamento do principal. Pode não haver juros compensatórios e pactuarem-se moratórios.

A cobrança dos juros quando proibida, ou a sua exigência em excesso, caracteriza a usura. Pecunia non parit pecuniam, diziam os romanos, pois o dinheiro é estéril. Assim, se há transferência da propriedade do capital, não poderia haver pagamento pelo seu uso. Porém, na verdade, há o trespasse de propriedade, e esse é o fato econômico que gera o direito ao juro.

Segundo o ordenamento jurídico pátrio já contemplava regras distintas a disciplinar a matéria sobre juros, descontos, comissões e demais formas de remuneração. A regra genérica, disposta nos arts. 1.062 e 1.063, do Código Civil, e complementado pelo art. 1º, “caput”, do Decreto n. 22.626/33 (Lei da Usura), estabelece que a taxa anual de juros, quer sejam compensatórios ou moratórios, não poderá ultrapassar a 12% (doze por cento) ao ano em qualquer contrato. Entretanto, abriu-se uma exceção com a Reforma Bancária, definida pela LF n. 4.595/64, a qual atribuiu competência para o Conselho Monetário Nacional, de acordo com as Diretrizes do Presidente da República, para limitar, sempre que necessário, a remuneração pactuável nas operações e serviços prestados por instituições financeiras (art. 4º, IX).

Através deste entendimento é aceito pelo Este entendimento é acatado pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do Enunciado n. 596 (v. item 3.4.1) A revogação, segundo o Pretório Excelso, dá-se não pelo descaso ou pela inflação, mas pela aprovação da LF n. 4.595/64, que passa a regular a matéria no tocante às instituições financeiras. Inobstante, a aplicação da regra posterior não afasta a caracterização do crime de usura quando houver excesso nos limites fixados (RHC n. 55.624 - RTJ 83/772; RTJ 104/840; 109/326), nem a aplicação do Enunciado 121 STF, o qual veda “a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”, salvo nas hipóteses previstas em lei. Percebe-se com a nova lei o estabelecimento de uma desigualdade, haja vista que o limite máximo de 12% ao ano de taxa de juros, como estatuem o Código Civil e o Decreto n. 22.626/33, só permanece válido em relação às demais pessoas jurídicas e físicas que não integram o sistema financeiro do país. Configurando, portanto, um privilégio aos bancos a prática de juros livres.

Exemplo é de um comerciante venda a prazo a um banco, não poderá cobrar-lhe, a título de juros, mais do que 12% ao ano, ao passo que aquele, na qualidade de cliente do mesmo banco, fica sujeito a taxas remuneratórias sem limites.

Uma leitura mais minuciosa da LF n. 4.595/64 denota que em nenhum mo-

mento é permitida a graduação de juros superior à taxa legal. Apenas confere ao Conselho Monetário Nacional o poder de intervir no mercado delimitando as taxas de juros e outros encargos, sem que possa elevá-los a quaisquer níveis, e isentar os bancos da vedação disposta em lei.

O STF construiu uma ficção jurídica ao dar um alcance à LF n. 4.595/64, que atendesse aos interesses das entidades bancárias, ainda mais numa época em que o governo militar, recém instalado, fez uma opção desenvolvimentista com base na acumulação de capital via endividamento público, e para tanto precisou atrair recursos de organismos financeiros nacionais e internacionais com taxas de juros vantajosas, sem as restrições legais.

Os bancos e financeiras tem desempenhado uma função de intermediação financeira, e o denominado “SPREAD”, que corresponde à diferença entre a taxa de aplicação, cobrado dos devedores nas respectivas operações de créditos e a taxa de captação que são pagas aos investidores.

Observa-se, porém que em todas as atividades seja ela comercial ou industrial, o valor de venda do produto não pode ser menos que o respectivo custo, conforme observação do Ministro Ari Pargendler, do STJ, em análise sobre a formação da taxa de juros (In. Gazeta Mercantil, 18 de março de 2003, caderno A página 11).

Segundo estudo divulgado pelo Banco Central do Brasil, divulgado em novembro de 2001 denominado de “Juros e Spread Bancário no Brasil”, o “spread” médio ficou situado em 2,65% ao mês, decomposto nos seguintes fatores: “despesas de inadimplência – 15,8%; despesas administrativas – 19,2%; impostos indiretos – 8,2%; impostos diretos – 21%; margem líquida do banco por 35,7%.

A fixação da taxa de juros nominal é uma ferramenta de política monetária. A maioria dos bancos centrais emprega a taxa de juros como instrumento de controle da inflação. Na formação do preço do crédito pelas instituições financeiras, o Banco Central do Brasil, centraliza o seu trabalho na redução do “Spread”.

Os devedores sabem: as instituições financeiras exercem o papel de agentes econômicos da intermediação financeira, de proeminente importância para a produção e a circulação de riqueza. Mas alguns devedores, em clara configuração ao processo de revisão pleiteiam o benefício da taxa de juros em patamar inferior ao custo dos recursos para a instituição financeira.

Impregnados de má-fê, esses maus pagadores não abordam a questão do “spread” para justificar uma eventual excessiva onerosidade, e se apegam somente à taxa de juros nominais, sem antes realizar um exame na taxa do ambiente macroeconômico e como ferramenta de política monetária, distante do poder de mercado das instituições financeiras.

Os juros das operações de crédito, à luz da taxa efetiva anual, quando não proporciona elevada margem líquida (“Spread líquido), para o credor, não representa excessiva onerosidade para o devedor, a partir do princípio segundo o qual a excessiva onerosidade extrema vantagem ao credor, conforme artigo 478 do Novo Código Civil:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Os contratos de conta corrente costumam ser repletos de cláusulas ilegais que autorizam o banco a agir como procurador do consumidor, cobram juros abusivos, capitalizam os juros até diariamente, etc. Uma ação revisional de conta corrente pode não só zerar a dívida do correntista, como pode obrigar o banco a restituir valores cobrados a mais.

No Direito Brasileiro são encontrados regras bem definidas e específicas: na obrigação positiva e líquida, a falta de pagamento no termo constitui em mora o devedor; não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação (art. 960 do Código Civil de 1916

Art. 960. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo constitui de pleno direito em mora o devedor. Não havendo prazo assinado, começa ela desde a interpelação, notificação, ou protesto.

E o artigo 397 parágrafo único do Código Civil de 2002 (Brasil, 2006a)

Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.
Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

De acordo com o art. 1.533 do CC/17 (disposição que não se repete no Código Civil de 2002, mas serve igualmente para a formulação do conceito), “Considera-se líquida a obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto”. Na obrigação negativa – que pouco interessa ao nosso exame –, a mora se dá quando é praticado o ato. Na obrigação ilíquida, decorrente do descumprimento do contrato, a citação válida constitui em mora o devedor (art. 219 do CPC).

Na obrigação por ato ilícito absoluto, conforme o art. 159 do Código Civil de 1916 (BRASIL, 2006b).

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº. 3.725, de 15.1.1919)

E o art. 186 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2006a):

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Considera-se o devedor em mora desde o fato, art. 962 do Código Central de 1916 (BRASIL, 2006b): Art. 962. Nas obrigações provenientes de delito, considera-se o devedor em mora desde que o perpetrar.

E observado também pelo art. 398 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002a): Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

Isto é, o valor da indenização pode ser apurado a final, mas a mora é desdantes.

Em referência aos juros pela mora, são eles contados desde o vencimento, na obrigação positiva e líquida, com termo certo, ou desde a interpelação, sem termo; desde o fato ilícito absoluto, na indenização pelos danos (Súmula 54/STJ); desde a citação inicial, nos demais casos são fundamentados pelo artigo 1.536, § 2o, do CC/1916 (BRASIL, 2006b)

Art. 1.536. Para liquidar a importância de uma prestação não cumprida, que tenha valor oficial no lugar da execução, tomar-se-á o meio-termo do preço, ou da taxa, entre a data do vencimento e a do pagamento, adicionando-lhe os juros da mora.

[...]

§ 2o Contam-se os juros da mora, nas obrigações ilíquidas, desde a citação inicial.

E pelo artigo 405 do CC/2002 (BRASIL, 2006a) na ação principal ou na cautelar preparatória.

Art. 405. Contam-se os juros de mora desde a citação inicial.

O Código Civil de 1916, tinha regra para a proposição de ilícito absoluto, para determinar que os juros a serem pagos pelo autor do fato (apenas por ele, não por seu preponente ou empregador, Súmula 186/STJ) não são apenas lineares, mas capitalizados anualmente (juros compostos) (art. 1.544 do CC/1916, sem correspondente no CC/2002).

Art. 1.544. Além dos juros ordinários, contados proporcionalmente ao valor do dano, e desde o tempo do crime, a satisfação compreende os juros compostos.

No sistema jurídico brasileiro, as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, são baseados nos juros de mora e custas. Segundo o Código Civil de 2002 permite a cobrança de mais uma parcela, a título de perdas e danos, quando insuficiente à verba dos juros (art. 404, parágrafo único).

Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagos com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.

Segundo pronunciamento da 4ª Turma houve deferimento sobre as perdas e danos, além de juros moratórios, contra seguradora que deixou de pagar em tempo a indenização do seguro, causando dano ao segurado, que ficou impossibilitado de retomar suas atividades.

É o caso do REsp. no 285.702/RS, 4ª Turma, de minha relatoria, DJ 20/8/2001, assim ementado:

Seguro. Inadimplemento da seguradora. Lucros cessantes. Cabimento. – A seguradora é obrigada ao pagamento da indenização dos danos provocados por sinistro contemplado na apólice, nas condições contratadas. Porém, se do descumprimento do contrato pela seguradora surgem danos ao segurado, que por isso fica impossibilitado de retomar suas

atividades normais, por esse dano provocado pelo seu inadimplemento responde a seguradora. Deferimento de parcela que, nas instâncias ordinárias, foi definida como sendo de lucros cessantes. Recurso não conhecido.

Portanto, pela obrigação de dar, cabíveis os juros; pelo descumprimento do contrato, a indenização por perdas e danos. Também se concedeu indenização pelo dano moral decorrente de constrangimento imposto ao segurado pela demora no pagamento (REsp. no 257.036/RJ, 4a Turma, de minha relatoria).

Conforme o Código Civil de 2002, o mesmo não limita os juros em 6% a.a. (conforme previsto no Artigo 1.062 do CC/16, supra citado anteriormente), e emana a taxa de juros em vigor para a mora de pagamentos de impostos federais conforme exposto no artigo 406 do CC/2002 (BRASIL, 2006a).

Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Conseqüentemente, atualmente, à ausência de outro índice deferido pelo CMN, a taxa legal passou a ser a prevista no art. 406 do Cód. Civil. Tem sido lembrada para esse fim a SELIC, que serve à remuneração dos títulos do Tesouro, fixada periodicamente pelo COPOM. A utilização da taxa SELIC como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou correção monetária; é incompatível com a regra do art. 591 do novo CC, que permite apenas a capitalização anual dos juros, e pode ser incompatível com o art. 192, § 3o, da CF/1988 (BRASIL, 2002), se resultar em juros reais superiores a 12%” (enunciado apresentado pelo Des. Francisco Moesch). Não há manifestação do STJ sobre o novo tema.

CONCLUSÕES

Pelo exposto pode-se que as operações bancárias se dão por meio dos contratos bancários. O contrato bancário, como todo contrato, é um fato jurídico. E dentro do (gênero fato jurídico, normalmente) é enquadrado especificamente como negócio jurídico.

Assim, dentro do âmbito das operações bancárias, os contratos bancários funcionam como seu esquema jurídico, como fato jurídico propulsor da relação jurídica obrigacional bancária, engendrando direitos subjetivos e deveres jurídicos.

Enfim, conceituar contrato bancário implica dar-lhe sua nota essencial, suficientemente restrito para distingui-lo dos demais contratos civis e comerciais, e suficientemente amplos para abarcar todas as atividades historicamente incluídas no rol bancário.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário**. Ed. Saraiva. 7ed. São Paulo. 2001.
- ANDRADE, Odilon de. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros editores, 1996.
- BAPTISTA, Joaquim de Almeida. **Código do Consumidor Interpretado**. São Paulo, Ed. Iglu, 3ed. ed., 2000.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. **O Direito do Consumidor**. RS, Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, nº. 26, 1992.
- BESSA, Leonardo Roscoe. A abrangência da disciplina conferida pelo Código de defesa do consumidor aos bancos de dados de proteção ao crédito. In: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.42, abril-junho de 2002.
- BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**: principiologia, conceitos, contratos. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.
- BRASIL, **Código de Defesa do Consumidor – CDC**. In. www.Presidencia.gov.br/legislação. Acessado em agosto de 2006.
- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.
- CARVALHO SANTOS, **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. v . XXXIV, suplemento IX, p. 27.1982.
- CORTEZ, Luciano Braga. **Código de Defesa do Consumidor - A Aplicação Restritiva do CDC aos Contratos Bancários**, 2003.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 1991.
- Negócios jurídicos bancários, o banco múltiplo e seus contratos. São Paulo: RT, 1996.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Revista de Direito do Consumidor**. RT, Vol. 33, 2000.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1995.
- MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**, Rio de janeiro RJ Freitas Bastos, 1939

MENESES, Daniel M. G. et al. A influência do CDC nos contratos bancários. IN **Revista Jurídica Consulex**, ano VI – n. 122 P. 34-38 de 15 de fevereiro de 2002.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**, 4ª. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1976.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos bancários em tempos pós-moderno-primeiras reflexões, In: **Revista Direito do Consumidor**, vol. 25, p. 28, 1995.

NERY JR. Nelson, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, Coment. Autores do Ante Projeto, 6ª ed., 2001.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa. **Código de processo civil e legislação processual civil extravagante em vigor**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A LEI DE CRIMES HEDIONDOS

Eduardo Henrique Bondarczuk¹
Darlan Nardi²
Ademar De Souza Mendes³
Igor Ajouz⁴

RESUMO

O sistema prisional brasileiro adota a progressão de pena, dependendo do comportamento do condenado e de forma paulatina. Entretanto em 1990 foi editada uma lei, a 8.072/90 também conhecida como lei de crimes hediondos que trouxe para o ordenamento jurídico uma nova modalidade de regime de pena, o regime integralmente fechado. Com o advento desta lei, vários foram os argumentos a favor e contra a constitucionalidade de seu §1º, art. 2º que previa o referido regime. Desde então, há uma discussão sobre o dispositivo em questão, com o passar do tempo o entendimento do supremo tribunal federal vem evoluindo e nos dias de hoje o seu entendimento é que o dispositivo é inconstitucional.

Palavras-chave: sistema prisional; crimes hediondos; princípio da individualização.

ABSTRACT

the Brazilian prison system adopts the sentence progression, depending on the convict's behavior and gradually. However, in 1990, a law was enacted, the 8072/90 also known as the law of heinous crimes, which brought to the legal system a new type of penalty regime, the fully closed regime. With the advent of this law, there were several arguments in favor and against the constitutionality of its §1, art. 2 that provided for the referred regime. Since then, there has been a discussion about the device in question, over time the understanding of the supreme federal court has evolved and nowadays its understanding is that the device is unconstitutional.

Keywords: prison system; heinous crimes; principle of individualization.

¹ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

² Professor do Centro Universitário Unifacvest.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

⁴ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

INTRODUÇÃO

Antiga é a idéia da Pena Privativa de Liberdade, já na Antiguidade e na Idade Média se tem relatos de prisões na Grécia e Roma antigas, no Egito, na Mesopotâmia e na Assíria. Até a Idade Moderna, a prisão servia como um local de garantia para manter aqueles que seriam submetidos a castigos corporais e à pena de morte, garantindo, dessa forma, o cumprimento das punições.

Com o passar do tempo, as penas foram evoluindo e ao longo do século XIX, a pena privativa de liberdade passou a ser o principal instrumento de controle do sistema penal e começou a se desenvolver a noção de que punição é igual a prisão. O apogeu da pena privativa de liberdade coincide com o abandono dos regimes celular e a adoção do sistema progressivo. Este sistema caracteriza-se por distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o preso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e, ainda, na possibilidade de o mesmo reincorporar-se à sociedade antes do término de sua pena, sendo liberado condicionalmente.

Os sistemas progressivos passaram a ser amplamente utilizados quando se adotou a idéia de que a pena privativa de liberdade poderia constituir-se em instrumento de “ressocialização” do condenado. Em vários países, a maior parte dos condenados por uma infração penal recebe penas alternativas à pena de prisão. Em alguns países europeus, por exemplo, esse contingente varia entre 60% e 80%. No Brasil, a situação é inversa: a quase totalidade das condenações referem-se a penas de prisão.

O Brasil adota o sistema progressivo, porém, com o advento da Lei 8.072/90 tem-se um novo regime de cumprimento de pena previsto em seu §1º, Art. 2º quando diz que: A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado. Por isso se faz necessário um estudo mais aprofundado no sentido de saber se este dispositivo legal vai de encontro ao princípio da individualização da pena, previsto na Carta Magna Pátria.

Dentro deste contexto, o tema escolhido para a apresentação da presente monografia, justifica-se pela importância em analisar as espécies de Pena que existem no ordenamento jurídico, o sistema de progressão e a Lei de Crimes Hediondos, para se saber sobre sua Constitucionalidade no que tange ao Princípio da Individualização da Pena.

A metodologia utilizada é a bibliográfica, sendo, para tanto, consultadas as obras doutrinárias, a legislação vigente, bem como artigos publicados em revistas e em meio eletrônico pertinentes ao tema.

A estrutura da pesquisa apresenta-se composta de quatro capítulos. O primeiro capítulo traz uma abordagem inicial, mostrando o conceito de pena, as espécies e formas de cumprimento da pena.

O segundo capítulo é dedicado exclusivamente a tratar, com mais profundidade, sobre os regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade, procurando mostrar as espécies e as formas de execução em cada regime.

O terceiro capítulo vem mostrar o sistema progressivo de cumprimento de pena privativa de liberdade, indicando o que se faz necessário para progressão do regime de pena no sistema brasileiro de execução penal.

O quarto e último capítulo tem por finalidade questionar o surgimento do

regime integralmente fechado e a vedação à progressão de regime previstos na Lei 8.072/90, mostrando os argumentos favoráveis e contra à Inconstitucionalidade do referido regime prisional.

“É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida.” BECCARIA, 1997 p. 32.

Na história do Direito Penal o surgimento da pena coincide com o surgimento do próprio Direito devido a constante necessidade de sanções penais em todas as épocas e em todas as culturas, sendo assim a pena se tornou a principal consequência jurídica que deriva da infração penal.

Para Rogério Greco o conceito de pena é:

“A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu ius PUNIENDI” GRECO 2005, p. 542.

Já no Código Penal comentado por Delmanto, encontra-se a seguinte noção de Pena:

“Pena é a imposição da perda ou diminuição de um bem jurídico, prevista em lei e aplicada pelo órgão judiciário, a quem praticou ilícito penal. Ela tem finalidade retributiva, preventiva e ressocializadora. Retributiva, pois impõe um mal (privação de bem jurídico) ao violador da norma penal. Preventiva, porque visa a evitar a prática de crimes, seja intimidando a todos, em geral com o exemplo de sua aplicação, seja em especial privando de um bem jurídico o autor do crime e visando obstar que ele volte a delinquir. E ressocializadora, porque objetiva a sua readaptação social.” DELMANTO 2002. p. 67.

Nas lições de Mirabete, em seu Código Penal interpretado ele define a pena como:

“Tem-se definido a pena como uma sanção afliitiva imposta pelo Estado, por meio da ação penal, ao autor de uma infração, como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico; seu fim é evitar novos delitos. Tem ela esta função preventiva geral, com fim intimidativo a todos os destinatários da norma penal, e especial, dirigida ao autor do delito para o impedir de cometer novos crimes e reintegrá-lo socialmente. Suas características são: personalidade (art. 5º, XLIV, da CF), legalidade (art. 5º, XXXIX, da CF), inderrogabilidade e proporcionalidade.” MIRABETE 2005. p. 307.

Sendo assim entende-se que a pena tem caráter de retribuição ou de castigo pelo mal praticado pelo agente quando este comete um fato típico, ilícito e culpável, e

também visa a prevenção quando desestimula a prática de crimes.

Três são as espécies de pena: as privativas de liberdade, restritivas de direito e multa, conforme o art. 32 do Código Penal. As privativas de liberdade estão previstas pelo Código Penal para os crimes ou delitos e são as de reclusão e detenção.

As penas restritivas de direito são: a) prestação pecuniária; b) perda de bens e valores; c) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; d) interdição temporária de direitos; e e) limitação de fim de semana.

A multa penal é de natureza pecuniária, sendo o seu cálculo elaborado com base no sistema de dias-multa, variando entre um mínimo de 10(dez) e o máximo de 360(trezentos e sessenta) dias-multa, sendo que este valor do dia multa varia entre 1/30 do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, até 5(cinco) vezes esse valor.

No Código Penal interpretado por Mirabete encontra-se a seguinte lição:

“Na aplicação da pena de multa, impõe-se ao condenado o pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada pelo juiz na sentença condenatória. É calculada em dias-multa, sendo, no mínimo, de dez e, no máximo de trezentos dias-multa, qualquer que seja o crime praticado pelo condenado, (...)” MIRABETE 2005, p. 413.

De acordo com o Manual de Direito Penal de Cezar Roberto Bitencourt:

“Na análise desta questão faz-se necessário conciliar dois diplomas legais: o Código Penal e a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), os quais, embora elaborados e revisados pelas mesmas comissões, apresentam algumas discrepâncias, como veremos a seguir. O Código Penal (art. 50) determina que a multa deve ser paga dentro de 10 dias depois de transitada em julgado a sentença. No entanto, a Lei de Execução Penal determina que o Ministério Público, de posse da certidão da sentença penal condenatória, deverá requerer a citação do condenado para, no prazo de 10 dias, pagar o valor da multa, ou nomear bens à penhora (art. 164).” APUD BITENCOURT, 2000 p. 502.

Para Rogério Greco (2005):

“Uma vez transitada em julgado a sentença penal condenatória, a multa deverá ser paga dentro de dez dias. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais (art. 50 do CP). O juiz, antes de decidir, poderá determinar diligências para verificar a real situação econômica do condenado e, ouvido o Ministério Público, fixará o número de prestações (art. 169, § 1º da LEP). A cobrança da multa pode efetuar-se mediante o desconto no vencimento ou salário do condenado quando: a) aplicada isoladamente; b) aplicada cumulativamente com pena restritiva de direitos; c) concedida a suspensão condicional da pena. O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família (art. 50, § 1º e 2º, do CP). Caso não haja o pagamento do valor correspondente à pena de multa no prazo de dez dias, e não tendo o condenado solicitado o seu parcelamento, deverá ser extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, para fins de execução” APUD BITENCOURT, 2000 p. 502.

A legislação brasileira já prevê, desde 1984, as “penas restritivas de direitos”, genericamente conhecidas como penas alternativas. São elas: a) prestação pecuniária; b) perda de bens e valores; c) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; d) interdição temporária de direitos; e e) limitação de fim de semana.

A prestação pecuniária é um pagamento feito à vítima ou aos seus dependentes e, em casos extremos, a entidades públicas ou privadas. Ela é fixada pelo juízo da causa, não tem portanto natureza arbitrária. A sua natureza é recuperativa, ou seja, o agente criminoso tem a oportunidade de tentar reparar o dano causado pela sua ação ou omissão.

A perda de bens e valores ocorre em favor do chamado Fundo Penitenciário Nacional (FPN). Se trata de uma pena de natureza confiscatória.

A prestação de serviços à comunidade, ou a entidades públicas como o próprio nome indica, constitui-se na obrigação de o infrator prestar, por um número determinado de horas estabelecido pelo juiz, algum tipo de serviço, não-remunerado, à comunidade, que deve ser realizado em órgãos públicos ou entidades privadas sem fins lucrativos.

A interdição temporária de direitos está relacionada com a perda, por exemplo, da carteira de motorista, no caso de infratores envolvidos em acidentes de trânsito, ou da habilitação para exercer uma profissão, como nos casos de erros médicos.

Na limitação de fim de semana o condenado deve recolher-se a local determinado pelo juiz, aos sábados e domingos, devendo, em tais lugares, frequentar palestras ou submeter-se a algum tipo de orientação que o habilite a, no futuro, evitar cometer as mesmas infrações.

Segundo Mirabete, “As penas restritivas de direito não são cominadas abstratamente para cada tipo penal, mas aplicáveis na sentença a qualquer deles, independentemente de cominação na parte especial.”

Não resta dúvida que de acordo com o art. 44 do Código Penal, quando a pena privativa de liberdade não for superior a quatro anos quando o crime for doloso e não for cometido com violência ou grave ameaça pode ser substituída por pena restritiva de direito.

Quanto ao crime culposo, a possibilidade de substituição ocorre em qualquer que seja a duração máxima da pena privativa de liberdade aplicada. Em qualquer das duas hipóteses é indispensável que o juiz fixe inicialmente a pena privativa de liberdade, para só depois efetuar a substituição.

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt:

“A possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade, como fez a Alemanha, está estabelecida no Código Penal brasileiro e à disposição do juiz para ser executada no momento da determinação da pena na sentença (art. 59, IV do CP), já que, por sua própria natureza, requer a prévia determinação da quantidade de pena a impor. E, como na dosagem da pena o juiz deve escolher a sanção mais adequada, levando em consideração a personalidade do agente e demais elementos do artigo citado e, particularmente, a finalidade preventiva, é natural que nesse momento processual se examine a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade” BITENCOURT, 2000 p. 443.

Dentro das privativas de liberdade existe ainda o regime de cumprimento da

pena onde se a condenação for de reclusão, a pena é cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. Na detenção cumpre-se em regime semi-aberto ou aberto, salvo a hipótese de transferência excepcional para o regime fechado. Há ainda a prisão simples, prevista para as contravenções penais que pode ser cumprida nos regimes semi-aberto ou aberto.

De acordo com o Código Penal, os regimes têm lugares específicos para serem cumpridos, os estabelecimentos de segurança máxima ou média, são destinados ao regime fechado, sendo denominados de “penitenciária” pela lei de execução penal, lá alojando-se em cela individual, com seis metros quadrados de área mínima (art. 88, da lei de execução). O regime semi-aberto é cumprido em colônias, local onde os apenados são alojados coletivamente (art. 92, da lei de execução). O regime aberto é cumprido em casas de albergado, em imóvel que deve situar-se em centro urbano, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos contra a fuga, (art. 94 da lei de execução).

1. REGIMES DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Está previsto no Código Penal Brasileiro duas espécies de penas privativas de liberdade, a reclusão e detenção, que estão regidas sobre várias características e conceitos de Direito Penal e Direito Processual Penal.

Para dar cumprimento a estas espécies de pena privativa de liberdade, o direito brasileiro previu três regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade, ou regimes prisionais, neste sentido expõe Celso Delmanto:

“Existem três regimes para o cumprimento das penas privativas de liberdade: fechado, semi-aberto e aberto. Segundo dispõe o §1º deste art. 33, considera-se: a. Regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média. b. Regime semi-aberto a execução em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. c. Regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado” DELMANTO, 2002. p. 69.

Leciona ainda Cezar Roberto Bitencourt acerca do tema:

“Desde a Reforma Penal alemã de 1975, que adotou a “pena unitária privativa de liberdade”, passou-se a defender mais enfaticamente a unificação de reclusão e detenção. A Reforma Penal brasileira de 1984, no entanto, adotou “penas privativas de liberdade”, como gênero, e manteve a reclusão e a detenção como espécies, sucumbindo à divisão histórica do direito pátrio” BITENCOURT, 2000 p. 443.

Acrescenta Rogério Greco que:

“ A pena privativa de liberdade vem prevista no preceito secundário de cada tipo penal incriminador, servindo à sua individualização, que permitirá a aferição da proporcionalidade entre a sanção que é cominada em comparação com o bem jurídico por ele protegido.” GRECO, 2005 p. 556.

As regras do regime aberto encontram-se no art. 36 do Código Penal

Art. 36 O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. §1º O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. §2º O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.

Para Mirabete:

“O regime aberto é fundado na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, já que permanece ele em liberdade, sem custódia ou vigilância durante o dia, para trabalhar, freqüentar qualquer curso ou exercer qualquer outra atividade autorizada. Só deve recolher-se à casa do albergado ou outro estabelecimento no período noturno e nos dias de folga” MIRABETE,2005. p. 352.

Por sua vez, Cezar Roberto Bitencourt acrescenta que:

“O regime aberto baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do apenado. O condenado só permanecerá recolhido (em casa de albergado ou em estabelecimento adequado) durante o repouso noturno e nos dias de folga. O condenado deverá trabalhar, freqüentar cursos ou exercer outra atividade autorizada fora do estabelecimento e sem vigilância. Com responsabilidade e disciplinadamente o detendo deverá demonstrar que mercê a adoção desse regime e que para ele está preparado, sem frustrar os fins da execução penal, sob pena de ser transferido para outro regime mais rigoroso (art. 36, §2º, do CP). O maior mérito do regime aberto é manter o condenado em contato com a sua família e com a sociedade, permitindo que o mesmo leve uma vida útil e prestante” BITENCOURT, 2000 p. 443.

O regime aberto é o mais brando dos regimes de cumprimento de pena, neste regime o condenado fica recolhido na casa do albergado ou em casa residencial, devendo ficar ali recolhido no período noturno nos dias úteis e durante todo o dia nos dias de folga.

As regras do regime semi-aberto estão no art. 35 do Código Penal

Art. 35 Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto. §1º O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. §2º O trabalho externo é admissível, bem como a freqüência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior

Segundo Cezar Roberto Bitencourt:

“No regime semi-aberto não há previsão para o isolamento durante o repouso noturno. Nesse regime o condenado terá direito de freqüentar

... cursos profissionalizantes, de instrução de 2º grau ou superior. Também ficará sujeito ao trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar” BITENCOURT, 2000 p. 443.

Para Mirabete, no regime semi-aberto:

“... a pena deve ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou similar, podendo ser o condenado alojado em compartimento coletivo, observados os mesmos requisitos de salubridade de ambiente exigidos na penitenciária (arts. 91 e 92 da LEP).” MIRABETE 2005. p. 255.

Em regime semi-aberto, o trabalho é realizado em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, onde o condenado cumpre a pena, sendo admissível o trabalho externo em obras públicas ou particulares, mas sempre num regime de direito público. Permite-se ainda, no regime semi-aberto, a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

O art. 34 do Código Penal dita as regras do regime fechado onde determina que

Art. 34 O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução. § 1º O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno. § 2º O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena. § 3º O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.

O regime fechado é o mais severo de todos os regimes, tendo o condenado que, em regra, trabalhar no período diurno e a se isolar durante o período noturno.

No regime fechado o condenado cumpre a pena em penitenciária e fica obrigado ao trabalho em comum dentro do estabelecimento penitenciário no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno em cela individual com dormitório, aparelho sanitário e lavatório (art. 88 da LEP).

Acerca do assunto pondera Cezar Roberto Bitencourt:

“Quem cumpre pena em regime fechado não tem direito a frequentar cursos, quer de instrução, quer profissionalizantes. E o trabalho externo só é possível (ou admissível) em obras ou serviços públicos, desde que o condenado tenha cumprido, pelo menos, um sexto da pena” BITENCOURT, 200 p. 417.

Segundo o § 2º do Art. 33 do Código Penal a execução da pena deve ser feita de modo progressivo, porém a transferência do condenado depende da sua conduta que decorre, em boa parte do cumprimento das obrigações disciplinares estabelecidas.

O condenado a pena superior a oito anos deverá começar o cumprimento de sua pena em regime fechado; o condenado não reincidente, com pena não superior a quatro anos, poderá começar o cumprimento de sua pena em regime aberto, mas o condenado a pena superior a quatro anos e não superior a oito, se não for reincidente,

poderá iniciar o cumprimento de sua pena em regime semi-aberto. Isto indica que o reincidente deverá sempre iniciar o cumprimento de sua pena em regime fechado, e, nos demais casos, é o juiz quem fixará o regime em que o condenado deverá cumpri-la, em conformidade com as regras estabelecidas para a individualização da pena, neste sentido leciona Rogério Greco:

“Após o julgador ter concluído, em sua sentença, pela prática do delito, afirmando que o fato praticado pelo réu era típico, ilícito e culpável, a etapa seguinte consiste na aplicação da pena. Adotado o critério trifásico pelo art. 68 do Código Penal, o juiz fixará a pena-base atendendo aos critérios do art. 59 do mesmo diploma repressivo; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento” GRECO, 2005 p. 558.

Sendo assim, como a finalidade da pena é de reintegração ou reinserção social, o processo de execução deve acompanhar as respostas do condenado ao tratamento penitenciário.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete

“Adotando a lei o sistema progressivo, iniciado o cumprimento da pena conforme o regime inicial estabelecido na sentença, possibilita-se ao sentenciado a transferência para regime menos rigoroso, desde que tenha cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e o mérito do condenado recomendar a progressão (art. 112 LEP). Tem-se decidido que o sexto da pena a ser considerado após a primeira progressão deve ser calculado sobre o restante da pena. Não se permite a progressão do regime fechado diretamente para o regime aberto ainda que o condenado tenha cumprido o lapso temporal exigido para duas progressões” MIRABETE, 2005 p. 354.

Para que haja a progressão dos regimes de pena, ainda é preciso que o sentenciado preencha alguns requisitos, neste sentido:

“(...) Para que o sentenciado faça jus à progressão de regime prisional mister se faz que este preencha tanto os requisitos de natureza objetiva quanto subjetiva. Demonstrado que o peticionário não apresenta comportamento compatível para a obtenção do benefício, deve este ser indeferido.”(RT 811/606)

2. A QUESTÃO DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO E A VEDAÇÃO À PROGRESSÃO DE REGIME PREVISTO NA LEI 8.072/90

“É da essência desse fundamental princípio o reconhecimento de que toda pessoa natural é um verdadeiro microcosmo. Um ser absolutamente único, na medida em que, se é parte de um todo, é também um todo à parte. Se é parte de algo (o corpo social), é também um algo à parte.” BRITTO, Carlos Ayres. HC 82959.

No inciso XLV, art. 5º CRFB encontramos a seguinte regra que fundamenta o

princípio da individualização da pena: “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento dos bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.”

Neste sentido entende-se que a pena será aplicada a todo aquele que der causa ao ato delituoso e dele não ultrapassará. Este importante princípio da legislação pátria se trata de um freio legal aos abusos que eventualmente podem surgir do Estado.

Destarte conclui Alexandre de Moraes:

“O princípio da individualização da pena exige estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja suas finalidades de prevenção e repressão. Assim, a imposição da pena depende do juízo individualizado da culpabilidade do agente (censurabilidade de sua conduta).” MORAES, 2004 p. 327

individualização da pena, a pena deve ser individualizada nos planos legislativo, judiciário e executório, evitando-se a padronização a sanção penal. Para cada crime tem-se uma pena que varia de acordo com a personalidade do agente, o meio de execução etc.

O princípio da individualização da pena está previsto no CP, art. 59 e consagrado na CF, art. 5º, XLVI, segundo o qual “cada condenado receberá a reprimenda certa e determinada para prevenção e repressão do seu crime, cujo processo executório ficará também sujeito às regras do princípio individualizador”, a fim de que a expectativa de ressocialização (uma das funções da pena privativa de liberdade) não fique completamente frustrada. LEAL, 1996, p. 113.

Nessa perspectiva, Alberto Silva Franco nos ensina que:

“(…) mais importante do que a sentença em si é o seu cumprimento na prática, porque é na execução que a pena cominada pelo legislador, em abstrato, ajustada pelo juiz ao caso particular, encontra o seu momento de maior concreção. É aí que o processo individualizador chega à sua derradeira fase: adere, de modo definitivo, à pessoa do condenado. Excluir, portanto, o sistema progressivo é impedir o princípio constitucional da individualização das penas. Lei ordinária que estabeleça regime prisional único, sem possibilidade de nenhuma progressão, atenta contra a Constituição Federal”. FRANCO, 1992 p. 52-53.

A individualização da pena não é um poder outorgado do legislador constituinte ao Poder Legislativo, mas sim um direito fundamental previsto no corpo do art. 5º CF, devendo apenas ser posto em prática.

Leciona Cezar Roberto Bitencourt que:

“a individualização da pena ocorre em três momentos distintos: individualização legislativa – processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas; individualização judicial – elaborada pelo juiz na sentença, concretizando a individualização legislativa que cominou as sanções penais e, finalmente, individualização executória, que ocorre no momento mesmo do cumprimento da pena.” BITENCOURT, 2000 p 513

Sendo assim, a individualização da pena, que está prevista no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, encontra sua garantia e seus limites na lei ordinária, a qual prevê tipos de infrações penais, onde são estabelecidos o mínimo e o máximo de pena, “in abstrato”, aplicável através de uma metodologia.

O método está previsto no artigo 68 do Código Penal, o qual estabelece que inicialmente será fixada a pena base, atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”. Portanto, adotou-se a individualização da pena, em três fases.

Na primeira fase, calcula-se a quantidade de pena-base, dentre as cominadas no tipo penal, levando-se em conta as circunstâncias judiciais. Na segunda fase, consideram-se as circunstâncias legais, atenuantes e agravantes. As circunstâncias existentes não podem ser desprezadas pelo juiz. São de aplicação obrigatória.

A necessidade e a suficiência da pena devem ser aferidas pelo julgador, com amparo nas circunstâncias judiciais (art. 59, CP). Portanto, não se trata de discricionariedade, mas de atividade vinculada ao parâmetro legal, o qual não pode ser desrespeitado, sob pena de nulidade do ato praticado, se acarretar prejuízo para o réu. O juiz tem o dever constitucional de fundamentar a sentença, revelando e especificando, destarte, o trânsito subjetivo da aplicação da pena. Existe apenas um caminho a ser seguido, não lhe restando outro alternativo.

As circunstâncias permitem certa flexibilidade ao julgador, mas não são suficientes para autorizá-lo à aplicação da sanção além ou aquém da prevista na moldura legal, preexistente ao ato delituoso. A pena deve ser justa correspondente à imoralidade do crime, sendo certo que o juiz pode atribuir importância e influência diferentes à mesma circunstância, segundo a fisionomia e o valor que a infração penal confere ao delinqüente, segundo o meio e a época.

Vários são os autores que defendem a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, alegando que desta forma o condenado fica impossibilitado de ir conquistando paulatinamente a sua liberdade e acaba por ficar desacreditado com o sistema.

Alguns autores acreditam que a partir da edição da Lei n.9.455/97, deve-se reconhecer a aplicabilidade do sistema progressivo aos crimes hediondos e afins, pois esta lei reconhece o direito à progressão no crime de tortura. Neste sentido leciona Alberto Silva Franco:

“Não há razão lógica que justifique a aplicação do regime progressivo aos condenados por tortura e que negue, ao mesmo tempo, igual sistema prisional aos condenados por crimes hediondos ou tráfico ilícito de entorpecentes. Nem sob o ponto de vista do princípio da lesividade, nem sob o ângulo político criminal, há possibilidade de considerar-se a tortura um fato delituoso menos grave em confronto com os crimes já referidos”. FRANCO, 1997, p.2

Segundo o Min. Marco Aurélio:

“...relevante a arguição de conflito do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a Constituição Federal, considerado quer o princípio isonômico em sua latitude maior, quer o da individualização da pena previsto no inciso XLVI do artigo 5º da Carta, quer, até mesmo, o prin-

cípio implícito segundo o qual o legislador ordinário deve atuar tendo como escopo maior o bem comum, sendo indissociável da noção deste último a observância da dignidade da pessoa humana, que é solapada pelo afastamento, por completo, de contexto revelador da esperança, ainda que mínima, de passar-se ao cumprimento da pena em regime menos rigoroso. “A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social. O que se pode esperar de alguém que, antecipadamente, sabe da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social e familiar e da vida normal que tem direito um ser humano; que ingressa em uma penitenciária com a tarja da despersonalização? Sob este enfoque, digo que a principal razão de ser da progressividade no cumprimento da pena não é em si a minimização desta, ou o benefício indevido, porque contrário ao que inicialmente sentenciado, daquele que acabou perdendo o bem maior que é a liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social, da sociedade, que, dia-menos-dia receberá de volta aquele que inobservou a norma penal e, com isso, deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Estado.”

Nesse sentido é a melhor doutrina - Alberto Silva Franco:

“Vale acentuar que o legislador constitucional, ao estabelecer, no inc. XLIII, do art. 5º da Constituição Federal, restrições, de caráter penal e processual penal, aos delitos ali mencionados, deu-lhes um tratamento rigorosamente uniforme, equiparando-os em sua danosidade social. A própria Lei 8.072/90, mesmo estabelecendo restrição ao nível da execução penal, não prevista no texto constitucional, teve a preocupação de não criar distinções entre as hipóteses constitucionalmente igualadas. Agora, no entanto, há uma separação bem nítida. De um lado, os crimes hediondos, o terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes não autorizam o sistema progressivo na execução da pena; de outro, o delito de tortura consagra o referido regime prisional. Essa mudança de perspectiva mostra-se muito mais profunda do que possa, à primeira vista, parecer na medida em que se torna, para efeito de buscar-se a uniformidade de tratamento estabelecida na Constituição Federal, ponto de referência para a ampliação da regra contida na Lei 9.455/97. O ordenamento penal constitui um sistema racional de normas e, como tal, não suporta contradições internas. Não há razão lógica que justifique a aplicação do sistema progressivo aos condenados por tortura e que, ao mesmo tempo, se negue igual sistema aos condenados por crimes hediondos. Nem sob o ponto de vista do princípio da lesividade, nem sob o ângulo político-criminal, há possibilidade de considerar-se a tortura um fato delituoso menos grave do que os crimes hediondos ou o tráfico ilícito de entorpecentes. A extensão da regra do § 7º, do art. 1º da Lei 9.455/97, para todos os delitos referidos na Lei 8.072/90, equaliza hipóteses fáticas que estão constitucionalmente equiparadas e restabelece, em sua inteireza, a racionalidade e a sistematização do ordenamento penal. Além disso, representa uma tomada de posição do legislador ordinário em sintonia fina com o texto constitucional.” FRANCO, 1997, p. 69.

No julgamento do HC 82959 o Ministro Marco Aurélio cita:

“Não faz sentido entender-se que o crime mais grave do rol - o de tortura - contemple a aplicação da pena e o cumprimento em regime de progressão, não o admitindo os demais crimes situados no mesmo sistema. Com inteira razão, consignou a Procuradoria Geral da República, em peça subscrita pelo Subprocurador-Geral Cláudio Lemos Fonteles: 14. Ocorre que a recente Lei 9455/97, que definiu os crimes de tortura, também fixou disposições no espaço que lhe foi constitucionalmente conferido, fazendo-o de forma mais amena, na preservação de filosofia compatível com a progressão criminal. Disse, então, no § 7º, do artigo 1º, do cumprimento inicial da pena, no regime fechado. 15. Ora, quando duas leis infra-constitucionais, no espaço próprio que a Constituição confere-lhes dispor, dispõem diferentemente sobre tratamento que a Constituição quer comum e idêntico às situações - infrações penais - que expressa, há de prevalecer a disposição normativa mais favorável ao réu, pena violar-se o tratamento constitucional isonômico (folha 148).”

No mesmo julgamento, se posicionou o Ministro Carlos Ayres Britto:

“No tocante, porém, à inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, acompanho o eminente Ministro Marco Aurélio. A Constituição, quando tratou da individualização da pena, o fez depois de falar sobre os crimes hediondos, e se o regime de execução da pena é integralmente fechado, parece-me que teremos a hediondez desse regime. Ou seja, o Estado estará praticando a Lei de Talião: olho por olho, dente por dente.[...] O Direito é cada vez mais permeado daquela técnica de convencimento dos seus destinatários, que Norberto Bobbio chama de “sanção premial”, quer dizer, um direito que acena cada vez mais com promessas de recompensa do que com ameaças de castigo. Isso se aplica também ao regime das execuções das penas. É possível estimular a conduta socialmente desejável, com mais eficácia, pelo prêmio ou pela recompensa, do que desestimular a conduta socialmente indesejável pelo castigo.”

Ainda no sentido favorável a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90 são as lições de Alberto Silva Franco quando aduz:

“O sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade está também vinculado ao princípio constitucional da individualização da pena. Tal princípio garante, em resumo, a todo cidadão, condenado num processo-crime, uma pena particularizada, pessoal e distinta e, portanto, inextensível a outro cidadão, em situação fática igual ou assemelhada. A questão da individualização da pena tem sido objeto de exame em três níveis: constitucional, legal e judicial. Não há dúvida de que a individualização da pena assumiu, na Constituição Federal, a condição de direito fundamental do cidadão posicionado frente ao poder repressivo do Estado. Não é possível, em face da ordem constitucional vigente, a cominação legal de pena, exata na sua quantidade, nem a aplicação ou execução de pena, sem intervenção judicial, para efeito de adaptá-la ao fato concreto, ao delinqüente ou às vicissitudes de seu

cumprimento. Em nenhuma dessas situações haveria, de fato, um processo individualizador da pena: tudo já estaria predisposto, o que entraria em atrito com o próprio conceito de individualização que quer dizer ‘considerar individualmente’, ‘um a um, em separado’, ‘particularizar’, ‘distinguir’. Este é o sentido e o objetivo da norma constitucional. [...] Excluir, portanto, o sistema progressivo, também denominado ‘sistema de individualização científica’, da fase de execução é impedir que se faça valer, nessa fase o princípio constitucional da individualização da pena. Lei ordinária que estabeleça regime prisional único, sem possibilidade de nenhuma progressão atenta, portanto, contra tal princípio, de indiscutível embasamento constitucional.” SILVA FRANCO, 1997 p. 163,165

Alguns autores afirmam a constitucionalidade do dispositivo legal, alegando que a Constituição delegou poderes ao legislador infra constitucional para individualizar a pena no sentido de que se o agente ocorrer em crimes hediondos a sua pena está individualizada para que cumpra integralmente em regime fechado.

Ministra Ellen Gracie se posicionou da seguinte forma no julgamento do HC 82959:

“A individualização, porém, não se esgota no título executivo penal. Ela prossegue na fase executória, visto que a pena será cumprida em estabelecimentos penais distintos de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. É o que dispõe a Constituição, no seu artigo 5º, inciso XLVIII. Ao longo da execução, serão também observados procedimentos disciplinares previstos em legislação específica. E, aqui, novamente, a individualidade do apenado determinará o curso da execução.

É difícil, portanto, admitir, dentro desse grande complexo de normas que constituem o arcabouço do instituto da individualização da pena e de sua execução, que a restrição na aplicação de uma única dessas normas, por opção de política criminal, possa afetar todo o instituto. E mais, que possa essa restrição representar afronta à norma constitucional que instituiu a individualização da pena, ou seja, imaginar que o todo ficaria contaminado porque uma determinada parcela foi objeto de restrição. Por isso, com a devida vênia, não considero eivada de inconstitucionalidade a norma que restringiu a aplicação da regra da progressividade no regime prisional.

O legislador ordinário que instituiu essa progressividade, em 1984, com o advento da Lei de Execução Penal (art. 112), poderia até mesmo desconstituí-la. E, se pode o legislador desconstituí-la, pode, também, restringi-la, negando a sua aplicação aos crimes hediondos. Nada mais faz o legislador do que seguir a trilha do constituinte, que discriminou determinados delitos, privando seus autores de alguns benefícios penais. É o caso, no art. 5º da Constituição Federal, dos incisos XLII, XLIII e XLIV, que tratam dos delitos de racismo, tortura, tráfico, terrorismo e grupos armados.

O instituto da individualização da pena não fica comprometido apenas porque o legislador não permitiu ao juiz uma dada opção. A escolha do juiz em matéria de pena está submetida ao princípio da legalidade. Há crimes punidos apenas com privação de liberdade. Não pode o juiz substituir essa pena de privação de liberdade por restritiva de direitos

ou prestação pecuniária. Essa limitação, no entanto, não compromete a individualização da pena. Bem a propósito, diz o tópico da ementa do HC 69.603, lavrada pelo Ministro Paulo Brossard: À lei ordinária, disse Sua Excelência, “compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que, nos crimes hediondos, o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que ele não quis deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional.”

Muitas críticas foram feitas à Lei 8.072/90. Até mesmo com relação ao nome da lei. Mas como lembrou o Ministro Francisco Rezek no HC 69.657, também sobre o mesmo tema: “Não somos uma Casa Legislativa. Não temos a autoridade que tem o legislador para estabelecer a melhor disciplina. Nosso foro é corretivo e só podemos extirpar do trabalho do legislador ordinário – bem ou mal avisado, primoroso ou desastrado – aquilo que não pode coexistir com a Constituição. Permaneço fiel à velha tese do Ministro Luís Gallotti: “A inconstitucionalidade não se presume, a inconstitucionalidade há de representar uma afronta manifesta do texto ordinário ao texto maior.” GRACIE, Ellen. HC 82959

CONCLUSÃO

A realização deste trabalho foi com intuito de analisar o sistema prisional brasileiro, analisar os tipos de pena, sendo elas de multa, restritivas de direito e privativas de liberdade e saber quando podem ser usadas.

Com o presente trabalho chega-se a conclusão que o sistema prisional que o Brasil adota é o de regime progressivo, ou seja, o condenado começa a pena em um regime mais severo e vai progredindo paulatinamente de acordo com o seu comportamento.

Porém, em 1990, surgiu a lei 8.072/90, que foi aclamada por Lei de Crimes Hediondos, introduzindo ao nosso sistema prisional um novo regime de cumprimento de pena, o regime integralmente fechado, ou seja, o condenado inicia a pena em regime fechado e não tem perspectiva de progredir em sua pena, pois não é reconhecido a progressão de regimes na Lei de Crimes Hediondos.

Muito se comenta a respeito da inconstitucionalidade da Lei de Crimes Hediondos, pois para alguns autores e juristas a vedação à progressão de regimes instituído pela Lei de Crimes Hediondos viola um dos princípios que norteiam o instituto da pena, que é o princípio da individualização da pena.

A discussão ficou ainda mais acirrada quando em 1997 foi editada e promulgada a Lei 9.455/97, conhecida como Lei de Tortura, que permite a progressão de regime para o crime de tortura, que é um crime equiparado ao crimes hediondos.

Por conseqüência do surgimento da Lei de Tortura, vários foram os argumentos que chegaram ao STF para declarar a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90 porém, para os Ministros as leis não se confundiam e aquela não revogava esta.

Porém, no início deste ano, em 23/02/2006, um HC foi julgado no STF e

finalmente, ainda que gere somente efeito inter partes, os Ministros do STF julgaram a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90.

Desta forma, podemos vislumbrar que o STF vem se aprimorando em suas decisões e dando mais importância aos princípios basilares do direito, e ao maior de todos os princípios que existe em todas as culturas e classes, que é o princípio do direito á vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal:** parte geral, volume 1 – 6. ed. rev. e atual. pelas leis 9.099/95, 9.268/96, 9.271/96, 9.455/97 e 9.714/98, do Livro de direito penal. – São Paulo: Saraiva 2000.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado** – 6. ed. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WEINMANN, Amadeu de Almeida. **Princípios de direito penal** – Rio de Janeiro: Ed. Rio, 2004.

CENÁRIO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER: O RELATO ATRÁS DA PORTA

Viviane Padilha Nunes¹
Rejane Dutra Bergamaschi²
Grazielle Ferreira da Silva Floriani³
Leani Budde⁴

RESUMO

Este estudo tem como tema o cenário da violência doméstica contra a mulher, o objetivo geral foi pesquisar acerca da identidade da mulher vítima de violência doméstica. Através de um recorte de gênero, diferenciando as especificidades da violência física e psicológica, abordam-se também os motivos que contribuem para sua permanência nesta relação. Trata-se de um estudo qualitativo com entrevista estruturada como instrumento de coleta de dados e análise de conteúdo. Identificou-se que a violência contra as mulheres representam, o medo das ameaças, e que a permanência no relacionamento ocorre devido à esperança de mudança no comportamento do agressor. Conclui-se que uma relação violenta acarreta danos à saúde física e mental da mulher, principalmente, por constantes estados de lesões e manchas de pancadas, tristeza, ansiedade e medo, e uso de álcool e/ou outras drogas e o ciúme por parte do parceiro, são fatores preponderantes de violência doméstica contra a mulher.

Palavras Chaves: Violência, Lei, Mulher.

ABSTRACT

This study has as its theme the scenario of domestic violence against women, the general objective is to research about the identity of the woman victim of domestic violence. Through a gender cut, differentiating the specifics of physical and psychological violence, the reasons are also addressed that contribute to their permanence in this relationship. From a methodological point of view, it is a qualitative study, with the use of structured interviews as an instrument for data collection and content analysis: concept of violence, frequency of aggression, out of jealousy and serious violence. It was identified that violence represents for women the fear of constant threats, and that the permanence in the relationship occurs due to the hope of changing the behavior or the partner. From the information collected, it was concluded that experiencing a violent relationship causes damage to the woman's physical and mental health, mainly translated by constant states of injuries, blows, sadness, anxiety and fear. and use of alcohol and / or other drugs and jealousy on the part of the partner, are factors associated with domestic violence against women.

Keywords: Violence, Law, Women

¹ Acadêmica da 9ª fase do Curso de Psicologia do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Psicóloga – professora do Curso de Psicologia do Centro Universitário UNIFACVEST, especialista em Avaliação Psicológica, mestre em Ambiente e Saúde.

³ Psicóloga – professora do Curso de Psicologia do Centro Universitário UNIFACVEST, Mestre Em Práticas Transculturais

⁴ Professora do Centro Universitário UNIFACVEST

* Co-orientadores – Professores do Centro Universitário UNIFACVEST.

INTRODUÇÃO

Entender a violência doméstica contra a mulher é algo desafiador, e vem sendo estudado por diversos pesquisadores no mundo todo. Para alguns historiadores, como Vrissimtzis (2002), Puleo (2004), a violência contra a mulher é produto de uma construção desde o início da humanidade, portanto, passível de desconstrução, que carrega em seu meio, estreita relação com as categorias de gênero, classe, raça, etnia e suas relações de poder. Podendo ser considerada uma conduta baseado no gênero, que causa dano ou sofrimento físico, sexual e psicológico à mulher, podendo até causar a morte.

Os primeiros passos contra a violência à mulher, teve início na década de 1950, através das Organizações das Nações Unidas (ONU), com a criação da Comissão de Status da Mulher, que formulou entre os anos de 1949 e 1962, uma série de tratados baseados em provisões da Carta das Nações Unidas, que afirma expressamente os direitos iguais entre homens e mulheres e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que declara que todos os direitos devem ser aplicados igualmente a homens e mulheres, sem distinção de qualquer natureza.

A partir daí, várias ações têm sido conduzidas para, a promoção dos direitos da mulher. No Brasil, uma série de medidas protetivas vem sendo empregadas visando a solução dessa problemática.

A denominação “violência doméstica contra a mulher” é chamada pelo fato de ocorrer dentro lar, e o agressor ser alguém que já manteve, ou ainda mantém, uma relação íntima com a vítima. Esta agressão pode ser caracterizada por diversas formas, marcas no corpo caracterizando violência física, até modos sutis, porém não menos importantes, como a violência psicológica, que traz danos significativos à estrutura emocional da mulher (BRASIL, 2001).

O percentual de mulheres agredidas por ex-companheiros subiu de 13% para 37% entre 2011 e 2019, incluindo situações em que os agressores eram ex-maridos e também ex-namorados no momento do ataque. Números representam um aumento de 284% desses casos .

O alto índice de violências domésticas contra a mulher acontece devido a vários fatores. Grande parte da população feminina, sente-se insegura, frágil e desprotegida quando se depara com uma violência vinda de alguém do sexo masculino, independentemente de qual seja essa violência.

Segundo Miller (1999, p. 1):

Para tentar suportar essa realidade, a mulher precisa abdicar não somente de seus sentimentos, mas também de sua vontade. Com isso, ela passa a desenvolver uma autopercepção de incapacidade, inutilidade e baixa autoestima pela perda da valorização de si mesma e do amor-próprio.

A realidade desse impacto reflete nas mulheres, impotência, um sentimento de insegurança. E o seu lar ao invés de ser um lugar de amor, respeito, companheirismo e cumplicidade, passe a ser um lugar de medo, dor e sofrimento (BASTOS, 2007).

É impressionante o número de mulheres que apanham de seus maridos, além de sofrerem toda uma sorte de violência que vai desde a humilhação, até a agressão física. A violência de gênero é, talvez, a mais preocupante forma de violência porque, literalmente, a vítima, nesses casos,

por absoluta falta de alternativa, é obrigada a dormir com o inimigo. É um tipo de violência que, na maioria das vezes, ocorre onde deveria ser um local de recesso e harmonia, onde deveria imperar um ambiente de respeito e afeto, que é o lar, o seio familiar (BASTOS, 2007, p.125).

O poder, e a manipulação que a mulher acaba tendo que conviver dentro de um relacionamento afetivo geralmente existe uma detenção pela parte do agressor em relação à agredida. Ele não usa somente a força física, mas também passa a usar os filhos como base para manipulá-la psicologicamente e moralmente.

Com referência a esta manipulação, buscou-se em Teles e Melo (2002), que o desgaste emocional que o gênero feminino sofre é tão grande que ela sente medo de denunciar, e esse medo não é gerado apenas por conta da violência física, mas, também porque envolve seus valores morais.

Não é fácil para as mulheres recorrerem a polícia para denunciar a violência perpetrada por um parceiro íntimo, ao qual ela está e alguma forma vinculada; alguém com quem ela compartilha a casa a cama e, muitas vezes os filhos. O medo, a vergonha e mesmo um sentimento de culpa fazem com que a mulher se cale diante a violência sofrida (OLIVEIRA, 2005, p. 235).

É importante também ressaltar que a não denúncia também é ocasionada pelo desconforto causado pelos julgamentos, a vergonha, as ameaças; que algumas vezes fazem com que as mulheres se limitem a pedir ajuda (OLIVEIRA, 2005).

O gênero masculino, algumas vezes, transparece para a sociedade um papel de homem protetor, fazendo com que as pessoas próximas não desconfiem de suas atitudes. “Vistos de fora, os agressores podem parecer responsáveis, dedicados, carinhosos e cidadãos exemplares”. O fato de a mulher amar seu parceiro e acreditar na sua mudança de comportamento, e do mesmo ser bem visto pela sociedade a mesma sente-se oprimida e alienada para tratar do assunto (MACHADO; GONÇALVES, 2003, p.112).

Atualmente, a violência direcionada a mulher, é vista por grande parte das pessoas como algo normal, porém, trata-se de um caso sério, tão sério que a sociedade brasileira reconheceu a violência contra a mulher como um problema público, e não apenas privado (MACHADO; GONÇALVES, 2003).

Mesmo o gênero feminino sendo vista fisicamente mais fraca que o homem, tem uma lei que a protege, a Lei Maria Da Penha 11.340/2006, criada em 7 de agosto de 2006 e vigorada em 22 de setembro de 2006. É a lei criada para prevenir e coibir com a violência doméstica contra a mulher, sobre toda e qualquer violência contra ela. Criada para prevenir, punir e erradicar os maus tratos contra as mesmas e também estabelecem normas e medidas extremamente cabíveis para a proteção as mulheres em situações de riscos devido a violências domésticas (BRASIL, 2006).

A Lei 11.340/2006 ressalta ainda que todas as mulheres, independentemente de qualquer fator, raça, classe, cultura, renda financeira, idade, crenças possuem o direito de gozar por uma vida sem violência, e de preservar sua saúde mental e física.

Segundo Teles e Melo (2002, p.120):

As mulheres foram transformadas no maior grupo discriminado da história da humanidade, sem, contudo, serem excluídas inteiramente das

atividades masculinas. Criou-se uma intensa integração entre os opressores e oprimidas, que fez com que estas usassem a mesma cama, a mesma casa, a mesma alimentação e tudo mais que também fosse usado pelos opressores. Daí a necessidade de obrigar as mulheres a aceitarem sua própria degradação.

Nenhuma mulher é obrigada a conviver e vivenciar com a violência doméstica dentro da sua própria casa, sendo ela causada por pai, irmão, marido, padrasto, cônjuge. Existe a Lei 11.340/2006 que as protege, e nada, exatamente nada dá direito a um homem tratar mau, agredir ou ameaçar uma mulher (MACHADO; GONÇALVES, 2003).

O primeiro passo para a libertação da dor e do sofrimento causado pela violência, é quebrar o tabu e romper o medo e silêncio. A denúncia é a forma da mulher se libertar da insegurança, da humilhação, do desânimo e de todo o mal-estar que a violência provoca (BASTOS, 2007).

A Organização Mundial da Saúde (OMS), ao publicar o Relatório Mundial sobre Violência e Saúde, define a violência como o “uso intencional de força ou de poder físico, de fato ou como ameaça, contra si mesmo, outra pessoa, grupo ou comunidade, que cause ou tenha muita probabilidade de causar lesões, morte, danos psicológicos, transtornos de desenvolvimento ou privações” (SANTI; NAKANO; LETTIERE 2010, p. 419).

Portanto, esse fenômeno da violência, está presente na sociedade, encontra-se a violência contra a mulher, sendo a sua forma mais comum, segundo Schraiber et al. (2007), a perpetrada por parceiros íntimos. Santi, Nakano e Lettiere (2010) referem que a violência contra a mulher se manifesta de diferentes maneiras e em diversas ocasiões. Dentre essas, destacam-se aquelas cometidas no ambiente socialmente estabelecido para as mulheres, que é a esfera privada, a família e o domicílio. Assim, a violência doméstica refere-se a todas as formas de violência e aos comportamentos dominantes praticados no âmbito doméstico e familiar, podendo ser psicológica, física ou sexual.

Assim, Schraiber, D’Oliveira e Couto (2006) mencionam que a violência no domínio das relações familiares muitas vezes deixa de ser entendida como violência pela sociedade, sendo frequentemente invisível e caracterizada como uma situação normal. Desta forma, entende-se que a violência doméstica não pode ser vista como um fato costumeiro e, no campo da saúde, é necessário ampliar seu olhar além das consequências à saúde, preocupando-se também com a sua prevenção.

A violência contra a mulher pode ser entendida como uma relação de forças que convertem as diferenças entre os sexos em desigualdade. Com o objetivo de manter e exercer controle sobre a mulher, o agressor imprime comportamentos sistemáticos, seguindo um padrão específico. Iniciando-se com as tensões normais dos relacionamentos, tais como “o desemprego, preocupações financeiras, hábitos irritantes e diferentes opiniões que fazem surgir as agressões psicológicas” (MILLER, 1999).

A superioridade masculina supõe a legitimação da inferioridade e subordinação feminina, da mesma forma que não há ricos sem pobres. Algumas características ditas femininas como fragilidade, emotividade e docilidade tem seu contraponto nos atributos ditos masculinos: força, racionalidade, virilidade.

Quer quando o homem desfruta de uma posição e poder no mundo do trabalho em relação à mulher, quer quando ocupa a posição do marido, companheiro, namorado, cabe-lhe, segundo a ideologia dominante, a função de caçador. [...] Para o poderoso macho importa, em primeiro lugar, seu próprio desejo. Comporta-se, pois, como sujeito desejante em busca de sua presa. Este é o objeto de seu desejo. Para o macho não importa que a mulher objeto de seu desejo não seja sujeito desejante. Basta que ela consista em ser usada enquanto objeto (SAFFIOTI, 1987, p. 18).

Observa-se que a causa da violência contra a mulher é um fenômeno dialético e que existem as possíveis motivações encontradas em elementos como: consumo de álcool e outras drogas, desemprego, ciúmes, etc., porém, vive-se uma época de inúmeras mudanças institucionais, inclusive o casamento e a família vêm passando por transformações devido ao contexto político-econômico no qual está inserido acarretando mudanças significativas na órbita das relações entre homens e mulheres (ARAÚJO, 2002).

O consumo de álcool, segundo Cunha (2007, p. 39), “é utilizado como justificativa nos casos de agressões e assassinatos cometidos contra as mulheres”, porém há uma demonstração de que os papéis impostos as mulheres e aos homens, consolidados na história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem relações violentas entre sexos, e indica que a prática desse tipo de violência não é fruto da ingestão abusiva de bebidas alcoólicas, mas sim do processo de socialização de pessoas (TELES; MELO, 2002, p. 18).

Diante do que foi exposto, formulou-se a seguinte questão que norteou esta pesquisa: Qual a imagem das mulheres que sofrem violência doméstica, tem de si próprias? E como objetivo foi pesquisar acerca da identidade da mulher vítima de violência doméstica.

Assim sendo, o presente estudo se justifica como uma possibilidade de repensarmos as práticas cotidianas enquanto cidadã e futura profissional de saúde mental, de repensarmos também os paradigmas de atendimento psicológico institucional, para que possamos aperfeiçoar o atendimento psicossocial oferecida à mulher, vítima de violência doméstica, visando uma sociedade mais justa, democrática e solidária.

MATERIAL E MÉTODO

O tipo de pesquisa aplicada no estudo foi a pesquisa bibliográfica de cunho qualitativo e pesquisa de campo, a qual tem alguns aspectos característicos como vemos em Flick(2009), inicia com a delimitação e formulação do problema que decorre de um processo indutivo que se vai definindo e se delimitando na exploração dos contextos, em que se realiza a pesquisa, da observação reiterada e participante do objeto pesquisado e dos contatos duradouros com informantes que conhecem esse objeto e emitem juízos sobre ele.

O termo pesquisa de campo é normalmente empregado na Psicologia para descrever um tipo de pesquisa feito nos lugares da vida cotidiana e fora do laboratório ou da sala de entrevista. Apesquisadora foi ao campo para coletar dados que serão depois analisados utilizando uma variedade de métodos tanto para a coleta quanto para a

análise (SPINK, 2003).

A pesquisa de campo é uma fase que é realizada após o estudo bibliográfico, para que se tenha um bom conhecimento sobre o assunto, pois é nesta etapa onde serão definidos os objetivos da pesquisa, as hipóteses, qual será o meio de coleta de dados, tamanho da amostra e como os dados serão tabulados e analisados (MARCONI; LAKATOS, 1996).

As características da pesquisa qualitativa conforme Flick, Von Kardorff e Steinke (2000), apresentam quatro bases teóricas: a) a realidade social é vista como construção e atribuição social de significados; b) a ênfase no caráter processual e na reflexão; c) as condições objetivas de vida tornam-se relevantes por meio de significados subjetivos; d) o caráter comunicativo da realidade social permite que o refazer do processo de construção das realidades sociais torne-se ponto de partida da pesquisa. Subsequentemente, estes autores “traduzem” estas bases teóricas em 12 características da pesquisa qualitativa. Mayring (2002), por outro lado, apresenta 13 alicerces da pesquisa qualitativa. Agregando estes dois conjuntos, chegamos a cinco grupos de atributos da pesquisa qualitativa: a) características gerais; b) coleta de dados; c) objeto de estudo; d) interpretação dos resultados; e) generalização (FLICK, 2009).

A pesquisa bibliográfica, considerada uma fonte de coleta de dados secundária, pode ser definida como: contribuições culturais ou científicos realizadas no passado sobre um determinado assunto, tema ou problema que possa ser estudado (LAKATOS; MARCONI, 2001; CERVIO; BERVIAN, 2002).

Para Lakatos e Marconi (2001, p. 183), a pesquisa bibliográfica:

Abrange toda a bibliografia já tornada pública em relação ao tema estudado, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, materiais cartográficos, etc., e sua finalidade é colocar o pesquisador em contato direto com tudo o que foi escrito, dito ou filmado sobre determinado assunto [...].

Em suma, todo trabalho científico, toda pesquisa, deve ter o apoio e o embasamento na pesquisa bibliográfica, para que não se desperdice tempo com um problema que já foi solucionado e possa chegar a conclusões inovadoras (LAKATOS; MARCONI, 2001).

As participantes desta pesquisa foram mulheres que já sofreram agressão física ou psicológica por parte de seus companheiros, no âmbito doméstico. Foram convidadas dez mulheres para participar do estudo.

Para atingir os objetivos previstos neste estudo, foi utilizado um roteiro de entrevista estruturada com perguntas abertas, que foi realizada junto as mulheres participantes da pesquisa, com o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), anteriormente explicado pela acadêmica e assinado pela entrevistada.

A entrevista pode ser definida como a técnica em que a pesquisadora se apresenta frente a pesquisada e lhe aplica perguntas, tendo como objetivo obter os dados que importam à investigação. Portanto, a entrevista é um meio de interação social. De maneira mais clara, se caracteriza em uma forma de diálogo assimétrico, onde uma das partes anseia coletar dados e a outra é a fonte de informação. Faz-se uma das técnicas de coleta de dados mais empregada no campo das ciências sociais, pois, aborda problemas humanos, não somente no momento da coleta de dados, como também com propósitos

direcionados ao diagnóstico e orientação (LAKATOS; MARCONI, 2001).

O ato de entrevistar se dá pela curiosidade, o interesse em que temos de saber sobre as histórias de outras pessoas. Este seria o ponto principal que faz com que a entrevista aconteça. Possuímos interesse pelo outro, pelas histórias vivenciadas, reflexões, ocorrência dos fatos e episódios. A finalidade da entrevista detalhada, portanto, não seria o de conceder respostas a perguntas exclusivas, sequer o de examinar hipóteses ou avaliar alguma coisa específica, e sim procurar tentativas de captar a experiência de outras pessoas e os significados que possuem tais experiências. Em grande parte dos casos, como nos alerta o autor, haveria possibilidade de obter as respostas da nossa observação sobre o outro, ainda que seja difícil ter aproximação com compreensão subjetiva desse sujeito. Para isso seria necessário identificar os limites dessa compreensão (WEBER, 1992).

A pesquisa foi realizada no município de São Joaquim/SC, a acadêmica agendou com antecedência um horário com cada participante, e foi até a residência de cada uma, com o intuito de preservar o conforto da voluntária.

O grande objetivo da análise de dados é buscar significado e compreensão nos dados coletados. O que realmente foi dito estabelece os dados, porém a análise deve ir adiante da aceitação do valor manifesto, deve tentar encontrar por temas com conteúdo básico e pelas funções destes temas. O papel da entrevistadora é primordial em todo o processo de análise e avaliação. Cada informação dada através da fala das entrevistadas possui subjetividade, o que torna, neste momento, a técnica da entrevista perigosa e densa (WEBER, 1992).

A análise de conteúdo segundo Weber (1992, p. 78), constitui-se em:

[...] um conjunto de técnicas de análise das comunicações, que utiliza procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens. [...] A intenção da análise de conteúdo é a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção (ou eventualmente, de recepção), inferência esta que recorre a indicadores (quantitativos ou não).

Diante disso, verifica-se que a análise de conteúdo é um conjunto de técnicas de análise de comunicações, tendo como propósito transcender o que é incerto e enobrecer a leitura dos dados coletados.

RESULTADOS E DISCUSÃO

Conforme a leitura para o desenvolvimento do presente artigo, observou-se que as relações entre homens e mulheres são permeadas por relações de poder, e para legitimá-lo, um dos mecanismos empregados é a violência. A violência pode ser compreendida como ato de dominação que reduz “o outro à impossibilidade de expressar sua vontade” (HERMAN, s/d). O fenômeno da violência vem causando maior preocupação quando esta sofre um processo de banalização, tornando-se algo “natural”, onde a ação violenta não é questionada, restando aos que sofrem a violência, o convívio com ela.

Nesta pesquisa foram convidadas dez mulheres residentes em São Joaquim,

SC, na faixa etária de 20 a 30 anos. A idade de seus companheiros agressores são nove entre 23 a 30 anos de idade e um acima de 50 anos. Destes quatro estão trabalhando e cinco não, dos cinco que estão trabalhando um é pedreiro, um é embalador, um é gerente bancário e um assistente de logística. Dos agressores o que chama a atenção é que sete destes não fazem uso de droga ou bebida alcoólica, apenas três companheiro das pesquisadas.

Os dados coletados na referida pesquisa acerca violência contra a mulher, revelam alguns aspectos sociais que estiveram presentes nas situações de violênciarelatadas e observadas. Seguindo a análise dos resultados, a partir das entrevistas foram encontradas as seguintes unidades temáticas: 1) conceito de violência, 2) frequência das agressões, 3) por ciúme e 4) violênciagrave.

CATEGORIA 1 - CONCEITO DE VIOLÊNCIA

Para as mulheres entrevistadas todas foram enfáticas em relatar que violência é tudo o que causa sofrimento, como explicam Vrissimtzis (2002), Puleo (2004), a violência contra a mulher carrega em seu meio, estreita relação com as categorias de gênero, classe, raça, etnia e suas relações de poder. Podendo ser considerada uma conduta baseado no gênero, que causa dano ou sofrimento físico, sexual e psicológico à mulher, podendo até causar a morte.

“Violência não é só agressão física, é também intimidar, diminuir, insultar da forma com que a pessoa sinte-se com medo de tomar suas próprias decisões sozinha por conta das ameaças”(M1).

“Violência é tudo que coloca em risco a integridade do ser humano, é agredir, diminuir, ameaçar, coagir, de um jeito que o indivíduo possa vir a se sentir indefeso”(M2).

“É tudo aquilo que te faz parecer incapaz de se defender palavras, tapas empurrões, é diminuir, fazer a pessoa sentir-se mal consigo mesmo, procurar confusão mental e agredir fisicamente e verbalmente”(M3).

Partindo desses conceitos, verificamos que a violência pode ser nomeada de acordo com características específicas e delimitações de espaços em que ocorre como é o caso da violência doméstica.

Sobre o tipo de violência sofrida pelas mulheres, destas, cinco sofreram agressões com tapas e socos, empurrões, duas com faca e três por ciúme, foram identificadas ocorrências de violência física, cinco com violência psicológica e três com violência sexual. Nos episódios de agressões, no entanto, a violência psicológica e sexual esteve sempre presente através de ameaças, humilhações, ofensas e praticar sexo a força.

Conforme comentários violência física segundo a Rede Feminista de Saúde (2020), ocorre quando uma pessoa, que está em relação de poder em relação a outra, causa ou tenta causar dano não acidental, por meio do uso da força física ou de algum tipo de arma que pode provocar ou não lesões externas, internas ou ambas. Segundo concepções mais recentes, o castigo repetido, não severo, também se considera violência física. Esta violência pode se manifestar de várias formas: tapas; empurrões, socos, chutes, arrancar a roupa etc.

Conforme Araújo (2002), a violência sexual, corresponde a qualquer forma

de atividade e prática sexual sem o consentimento, com uso de força, intimidações, chantagens, manipulações, ameaças ou qualquer outro mecanismo que anule ou limite a vontade pessoal, como, por exemplo, forçar a prática de atos sexuais que lhe desagradem ou criticar seu desempenho sexual, e até obrigá-la a ter relações sexuais com outras pessoas.

“Quando ele quer manter relações sexuais e eu de certa forma nego, ele alega que eu não o amo mais, e sempre tenta força-la contra a minha vontade, quando compro uma roupa nova, na maioria das vezes ele rasga ou coloca fogo, ele sempre tenta controlar minhas vontades de uma forma muito agressiva” (M6).

Para Deeke et al; (2009), a violência psicológica é evidenciada pelo prejuízo à competência emocional da mulher, expresso através da tentativa de controlar suas ações, crenças e decisões, por meio de intimidação, manipulação, ameaças dirigidas a ela ou a seus filhos, humilhação, isolamento, rejeição, exploração e agressão verbal. Sendo assim, é considerado violento todo ato que cause danos à saúde psicológica, à autodeterminação ou ao desenvolvimento pessoal, como por exemplo, negar carinho, impedi-la de trabalhar, ter amizades ou sair de casa. São atos de hostilidade e agressividade que podem influenciar na motivação, na autoimagem e na autoestima feminina.

Analisando esta categoria, a figura masculina se apresenta como símbolo de autoridade e controle. O quadro se delinea como se a presença paterna oportunizasse ao homem, de alguma forma, uma contenção de sua “natural” agressividade, sem incorrer no risco de ser considerado menos viril. A interferência de outro homem nesse caso, sugere a minimização da ameaça ao poder marital representada pela demanda feminina. Se, superficialmente, essa mediação aparenta funcionar como um fator protetivo à condição feminina, na verdade ela ratifica a masculinidade na posição de mando e de controle, mesmo que seja sobre um outro masculino. Essa intervenção parece exercer um papel de desqualificação da mulher para solucionar seu conflito conjugal sem a presença daquele mediador.

Conforme análise é possível identificar a ideologia machista como elemento presente e relevante na dinâmica da violência contra a mulher no meio familiar, ainda que essa ideologia tenha sido remodelada e atualizada por força das mudanças históricas, bem como pelos questionamentos e oposição do pensamento e da militância feministas.

CATEGORIA 2 - FREQUÊNCIA DAS AGRESSÕES

Nesta categoria, das dez mulheres entrevistadas, seis são agredidas diariamente e quatro são raramente. Conforme Cunha (2008), a violência doméstica não discrimina nível de escolaridade ou camada social. Pode ocorrer diariamente ou raramente, considerando que se projeta no espaço das relações familiares, envolvendo atos repetidos que se agravam intensamente por humilhações, agressões físicas e sexuais, desqualificações e ameaças e, o que pode ocasionar danos físicos e psicológicos duradouros.

“Sempre depois que ele voltava do trabalho ou da rua, diariamente” (M1).

“Raramente, quando chegavam em casa embriagados”(M2)

O uso de álcool pelo agressor cumpre papel importante em situações de violência. Conforme Deeke et al. (2009), o alcoolismo não só desencadeia o comportamen-

to violento, mas também é visto como motivo de desentendimento entre os casais. Os homens atribuem ao vício o comportamento agressivo, pois o fato de estarem alcoolizados provocaria as agressões.

A probabilidade da ocorrência de violência de homens contra mulheres aumenta quando há consumo de álcool. Zaleski et al. (2010) comentam que uma grande proporção de indivíduos que se encontram sob efeito de álcool é quando as agressões acontecem e que indivíduos com problemas relacionados ao álcool, consumido excessivamente, têm maior possibilidade de se envolverem em relacionamentos violentos.

CATEGORIA 3 - POR CIÚME

Nesta categoria, as dez mulheres entrevistadas são unâmines em relatarem que o ciúme esta presente nas agressões que sofrem. Tavares e Pereira (2007) referem que a violência contra a mulher se manifesta de diferentes maneiras e em diversas ocasiões. Dentre essas, destacam-se aquelas cometidas no ambiente socialmente estabelecido para as mulheres, que é a esfera privada, a família e o domicílio. Assim, a violência doméstica refere-se a todas as formas de violência e aos comportamentos dominantes praticados no âmbito doméstico e familiar, podendo ser psicológica, física ou sexual.

“Situações como ciúmes excessivos da minha vida anterior, invadia minha privacidade mexendo no meu celular, alegando que eu estava o traindo, vinha com ameaças que se eu estivesse traindo, ele iria me matar e tornar minha vida um inferno”. (M4);

Ainda, as mulheres referiram que a presença de ciúmes por parte do parceiro provocava o aumento da tensão entre o casal. O ciúme pode constituir uma prática de domínio do homem sobre a mulher, marcado pelo desejo de mantê-la como uma propriedade exclusiva (ZALESKI, 2010). Quando o ciúme é patológico, Almeida, Rodrigues e Silva (2008), o descrevem como um vulcão emocional sempre prestes a entrar em erupção.

“Me via angustiada, minha família não aceitava ele, isso foi desanimador, não me sentia confortável, o fato dele sempre ter ciúmes da minha antiga relação, e ter se tornado uma pessoa agressiva e abusiva(M6).

O ciúme sugere certa restrição do outro, uma vez que interfere no comportamento do parceiro e em sua liberdade, tornando-se possessivo e controlador e sendo capaz de representar uma ação agressiva. As participantes da pesquisa relataram que seus parceiros manifestavam desconfiança de que estivessem saindo com outros homens (ALMEIDA, RODRIGUES; SILVA, 2008).

Portanto, Alvin e Souza (2005), a relação ciúme é o que desencadeia violência contra a mulher.. O Ciúme é a principal causa de violência contra as mulheres, decorrente do inconformismo com o fim do relacionamento que ocorre por haver uma relação de poder, que pode partir de uma simples insatisfação até chegar ao nível mais extremo devido ao fato do homem achar ser o dominador e a mulher a dominada, enfim, o agressor vê a mulher como um objeto e não como um ser humano.

Esse tipo de violência é uma das mais preocupantes, pois pode levar a estágio mais extremo, que é a morte.

Para Alvin e Souza (2005) existem dois tipos de ciúme: o protecionista e o

patológico. O normal ou protecionista é manifestado quando o ciumento se sente ameaçado por alguma situação, e quer proteger a pessoa que ama. Já o patológico, pode ser vislumbrado pelo medo que o ciumento possui de perder a pessoa amada, deixando de ser racional. Aqueles que trabalham diariamente com o tema violência doméstica, tenho certeza, entendem apenas que o ciúme é um sentimento vil, banal. Os casos são tantos, que o ciúme se torna um vilão da pior espécie. O ciumento acredita em suas alucinações, enxergando o que só ele vê.

Ao referirem sobre ocorrências de violência atualmente, nove mulheres entrevistadas não sofrem mais violência física, psicológica e sexual, procuraram ajuda, denunciando seus parceiros conforme Lei Maria da Penha e uma mulher ainda, continua sofrendo agressão, porque acha que o parceiro é doente. faz uso do álcool e torna violento e ela tem esperança que ele deixe de beber.

“Não, resolvi denuncia-lo, infelizmente demorei para prestar queixa, por pensar que ele iria mudar, que era apenas uma fase ruim no nosso casamento, mas aí vieram as agressões físicas, percebi que isso não era normal em uma relação, háviam muitas promessas de mudanças da parte do meu ex parceiro, sempre depois de uma briga e uma agressão física, ele voltava arrependido me pedindo perdão, dizendo que não entendia o porque ele era tão agressivo, eu de certa forma o perdoava por ama-lo muito, me trazia presentes e vazia jantares de reconciliações, mas não demoravam três semanas para ele voltar a ser o mesmo agressivo de sempre” (M8).

“Sim, tenho esperança que ele pare de beber”. (M3),

No entanto, Schraiber D'Oliveira e Couto (2006) comentam que muitas mulheres ainda deixam de prestar queixa contra o agressor e outras não reconhecem a situação vivida como violência. Também pode ocorrer de as mulheres se sentirem envergonhadas e culpadas pela agressão sofrida, passando a ocultar os fatos.

Segundo Souto e Braga (2009) identificaram em sua pesquisa a representação da violência doméstica por meio de sentimentos de medo e aprisionamento. O medo é atribuído à sensação de ameaça sobre o perigo da agressão, sendo uma maneira de controle e intimidação, mantendo a violência em silêncio, sem reação. Nessa direção, Tavares e Pereira (2007) mencionam que as mulheres expressam o medo e a insegurança, pois não sabem o que poderá desencadear a fúria do agressor. O medo faz com que as testemunhas e a vítima fechem os olhos e se omitam de qualquer atitude de proteção, assim, não denunciam o agressor e buscam desculpas para continuar vivendo juntos..

CATEGORIA 4 - VIOLÊNCIA GRAVE

Nesta categoria seis mulheres entrevistadas as agressões são leves e quatro mulheres as agressões são graves, nas agressões graves os agressores fazem uso de objetos que podem ferir ou até matar. Como forma de agressão se incluem assassinatos, estupro, abusos físicos, sexuais e emocionais, prostituição forçada, mutilação genital, violência racial, entre outras. Importante destacar que a violência vivenciada pela mulher deixa marcas físicas e consequências psicológicas. Segundo Sá (2011), a violência tem sido considerada um sério fator de risco à saúde mental da mulher, tendo em vista que deixa suas vítimas altamente suscetíveis psiquicamente, ocasionando sérios agravos à sua qualidade de vida e ao desenvolvimento de comportamentos de risco. E como

se pode observar que todas as mulheres pesquisadas já pensaram em se separar de seus agressores e só tomaram estas atitudes assim que a violência passou a ser mais grave.

“Mais graves, chegam em casa tarde e sempre com motivos para briga e cada vez que ocorre pele passa a ser mais violento, bate com o que encontra pela frente não quer nem saber que machuca”(M10).

Como podemos observar nas falas das mulheres entrevistadas, a violência doméstica que, inicialmente, manifestam-se de modo silencioso, tanto que, muitas vezes, não são sequer percebidas. Refere-se, aqui, aos primeiros sinais de violência que o agressor doméstico manifesta e que, ainda que isso não ocorra em todos os casos, pode gerar uma violência aguda grave. A violência se inicia de uma forma lenta e silenciosa, que progride em intensidade e consequências. O autor de violência, em suas primeiras manifestações, não lança mão de agressões físicas, mas parte para o cerceamento da liberdade individual da vítima, avançando para o constrangimento e humilhação. Como mostra Tavares e Pereira (2002, p.16), o agressor, antes de “poder ferir fisicamente sua companheira, precisa baixar a auto-estima de tal forma que ela tolere as agressões”.

As estratégias do autor de violência para alcançar seu intento são muitas como se constata em algumas das respostas das mulheres pesquisadas denunciando as chantagens para que troquem de roupa, mudem a maquiagem, deixem de ir a algum lugar previamente combinado, desistam do programa com as amigas ou parentes, fazendo com que deixem de traçar metas pela certeza de que nada dará certo, de que não conseguirão realizar seus objetivos (TAVARES; PEREIRA, 2007)..

Ao exporem o motivos para uma vida melhor e porque permaneceram por tanto tempo com uma pessoa violenta, as participantes da pesquisa referiram pensar serem incapazes de enfrentar a situação por medo das constantes ameaças que sofriam. Portanto, buscando compreender o significado da violência doméstica a partir do discurso das mulheres, as motivações ou obstáculos para enfrentá-la ou para aceitá-la, Souto e Braga (2009) identificaram em sua pesquisa a representação da violência doméstica por meio de sentimentos de medo e aprisionamento. O medo é atribuído à sensação de ameaça sobre o perigo da agressão, sendo uma maneira de controle e intimidação, mantendo a violência em silêncio, sem reação. Neste sentido, Tavares e Pereira (2007) mencionam que as mulheres expressam o medo e a insegurança, pois não sabem o que poderá desencadear a fúria do agressor. O medo faz com que as testemunhas e a vítima fechem os olhos e se omitam de qualquer atitude de proteção, assim, não denunciam o agressor.

Com relação ao futuro, três mulheres querem estar trabalhando, quatro querem estar terminados os estudos e três pretendem trabalhar e estudar, que durante o período em que viveram em companhia de outra pessoa tiveram seus sonhos interrompidos ou por medo ou ameaça.

“Recuperada deste trauma, vivendo minha vida normalmente, conquistando meus objetivos e se possível terminar minha faculdade”(M1).

“Longe deste homem que me agride e me faz sentir-se mal comigo mesma, feliz com meus filhos, poder ir trabalhar tranquila, com autoestima elevada, uma vida de qualidade, como todo ser humano merece”(M3).

“Me vejo bem emocionalmente, trabalhar, estudar, vivendo como uma pessoa normal, sem brigas, e sem dever satisfações da minha vida para ninguém”(M5).

Concluímos a análise concordando com Cunha (2008), no que se refere à

violência física, psicológica e sexual, o isolamento é uma de suas principais formas de manifestação. Nesta prática, o homem busca, através de ações que enfraqueçam sua rede de apoio, afastar a mulher de seu convívio social, proibindo-a de manter relacionamentos com familiares e amigos, trabalhar ou estudar. O objetivo primário do isolamento social é o controle absoluto da mulher, já que, ao restringir seu contato com o mundo externo, ela dependerá ainda mais de seu parceiro, tornando-se submissa a ele.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo foi possível compreender a situação de violência doméstica contra a mulher é cometida pelo parceiro íntimo repercutindo em diversas consequências: física, psicológica ou sexual, a violência é um grave problema, que acontece em todas as camadas sociais e se torna comum no cotidiano do casal. A complexidade das questões envolvidas na dinâmica da violência doméstica resulta em desigualdades de autonomia, de posições e de direitos.

É importante ressaltar que a violência doméstica é de caráter multifatorial, tendo em vista os diversos fatores correlacionados. Desse modo, não podemos falar de uma causa única. Conforme os relatos das mulheres pesquisadas, o abuso de substâncias como álcool e/ou outras drogas e o ciúme por parte do parceiro são fatores importantes que contribuem como causas da violência. O ciúme provoca aumento da tensão entre o casal, demonstrando um caráter de dominação e posse. Quando os agressores estão alcoolizados, muitas vezes as mulheres não os denunciam por considerá-los outra pessoa naquele momento.

Outro importante fator identificado na pesquisa associado à violência doméstica contra a mulher diz respeito a um ambiente familiar com histórico de violência presenciada ou sofrida na infância, o qual pode abrir espaço para o comportamento violento. Também indica a vulnerabilidade do gênero, fortemente relacionada com a violência sofrida na vida adulta. Com base nisso, é possível constatar que, se esses padrões de violência doméstica não forem cessados, poderão se reproduzir através de outras gerações.

Portanto, conclui-se que a permanência ao longo do tempo num relacionamento violento ocorre em virtude da esperança de que o cônjuge mude seu comportamento, do medo das constantes ameaças e do controle manipulado pelo agressor. De acordo com Souto e Braga (2009), isso faz com que as mulheres se afastem de pessoas que têm para elas bom significado afetivo, isolando-se socialmente.

Encerrando o presente artigo, diante de tais implicações na vida da mulher, considera-se que a Psicologia não pode ficar alheia a esta realidade, fazendo-se necessário compreender as especificidades que a permeiam em toda sua amplitude. Sobretudo estando atenta às diferentes formas de manifestação de tal fenômeno, entendendo sua articulação com elementos sociais, econômicos e políticos, garantindo uma intervenção que promova um efetivo auxílio ao processo de autodescoberta, fortalecendo a autonomia, a autoestima e o poder de decisão da mulher, propiciando o surgimento de novas alternativas para lidar com esta situação.

Conforme os limites desta pesquisa, sobretudo pelo fato de se tratar de pesquisa bibliográfica, acompanhada de pesquisa de campo, em que o número de partici-

pantes não foi representativo, sugiro que novas pesquisas sejam elaboradas, de modo a dar mais visibilidade à violência doméstica contra as mulheres e contribuir para o aprofundamento do conhecimento sobre o tema.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, T.; RODRIGUES, K. R. B.; SILVA, A. A. O ciúme romântico e os relacionamentos amorosos heterossexuais contemporâneos. **Estudos de Psicologia**, v. 13, n. 1, p. 83-90, 2008.

ARAÚJO, M. F. Violência e abuso sexual na família. **Estudos de Psicologia**. Maringá, PR, v. 7, n. 2, jul./dez. 2002.

BASTOS, M. L. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**. Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, 2007.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Lei Maria da Penha. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do ° 8º do art. 226 da Constituição Federal da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, altera o Código de processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal e dá outras providências.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. **Violência intrafamiliar**: orientações para prática em serviço. Brasília, 2001.

CERVO, A. L.; BERVIAN, P. A. **Metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Prentice mHall, 2002.

CUNHA, T. R. A. **O preço do silêncio**: mulheres ricas também sofrem violência. Vitória da Conquista: Editora UESB, 2007.

CUNHA, T. R. A. Violência conjugal: os ricos também batem. **UEPG Humanas**, v. 16, n. 1, p. 167-176, 2008.

DEEKE, L. P.; BOING, A. F.; OLIVEIRA, W. F.; COELHO, E. B. S. A dinâmica da violência doméstica: Uma análise a partir dos discursos da mulher agredida e de seu parceiro. **Saúde Soc.**, v. 18 n.2 p. 248-258, 2009.

FLICK, U. **Introdução à pesquisa qualitativa**. Tradução de Joice Elias Costa. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2009.

FLICK, U.; VON KARDORFF, E.; STEINKE, I. (orgs.). Was ist qualitative Forschung? Einleitung und Überblick. [O que é pesquisa qualitativa? Uma introdução.]. In.: FLICK, U.; VON KARDORFF, E.; STEINKE, I. (orgs.), **Qualitative Forschung**: EinHandbu-

ch [Pesquisaqualitativa: um manual]. Reinbek: Rowohlt. 2000.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Fundamentos metodológicos e científicos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001

MACHADO, C.; GONÇALVES, R. A. **Violência e vítimas de crimes**. Coimbra: Quarteto, 2003.

MARCONI, M. D. A.; LAKATOS, E. M. **Técnicas de pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisas, elaboração, análise e interpretação de dados**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1996.

MILLER, M. S. **Feridas invisíveis: abuso não físico contra mulher**. Tradução de Denise Maria Bolanho. São Paul: Summus, 1999.

OLIVEIRA, S. Nem homem gosta de bater, nem mulher de apanhar: fortalecendo a rede de proteção. In: CASTILLO, M. M.; OLIVEIRA, S. (org.). **Marcadas a ferro: violência contra a mulher, uma visão multidisciplinar**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as mulheres, 2005.

PULEO, A. “Filosofia e gênero: da memória do passado ao projeto de futuro”. In: GODINHO, T.; SILVEIRA, M. L. (orgs.). **Políticas públicas e igualdade de gênero**. 1. ed. São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2004. p.13.34.

SAFFIOTI, H. I. B. **O poder do macho**. Coleção Polêmica, São Paulo: Moderna, 1987.

SANTI, L. N.; NAKANO, A. M. S.; LETTIERE, A. Percepção de mulheres em situação de violência sobre o suporte e apoio recebido em seu contexto social. **Texto Contexto Enfermagem**. Florianópolis, v. 19, n. 3, p. 417-424, jul./set. 2010.

SCHRAIBER, L. B., D’OLIVEIRA, A. F. P. L. & COUTO, M. T. Violência e saúde: estudos científicos recentes. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v.40, n. especial. p. 122-120. 2006.

SPINK, P. K. Pesquisa de campo em psicologia social: uma perspectiva pós-constucionista. **Revista Psicologia Social**. Porto Alegre, v. 15, n. 2, p. 1-12, jul./dez. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S-0102-71822003000200003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 15 jun. 2017.

TELES, M. A.; MELO, M. **O que é violência contra mulher?** São Paulo: Brasiliense, 2002.

VRISSIMTZIS, N. A. **Amor, sexo e casamento na Grécia antiga**. Tradução de Luiz Alberto Machado Cabral. 1. ed. São Paulo: Odysseus, 2002.

WEBER, M. **Metodologia das ciências sociais** (Parte 1). Trad. Augustin Wernet. São

Paulo: Cortez, 1992.

ZALESKI, M.; PINSKY, I.; LARANJEIRA, R.; RAMISETTY-MIKLER, S.; CAETANO, R. Violência entre parceiros íntimos e consumo de álcool. **Rev. Saúde Pública**, v.44, n. 1, p. 53-59. 2010.

ASPECTOS DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Dagmar Dengo¹
Grazielle Ferreira da Silva Floriani²
Iria Catarina Queiroz Baptista³
Igor Muzeka⁴

RESUMO

A arbitragem é um instituto extremamente antigo, que em sua forma mais civilizada é encontrada em Roma, primeiro de forma exclusiva, convivendo depois com a justiça estatal. O atual artigo busca estudar a evolução do instituto de Arbitragem pesquisando seu histórico, os casos estrangeiros, suas características conforme previstas na Lei específica. A arbitragem é regida pelo princípio da autonomia da vontade das partes, que podem escolher a solução de controvérsias no curso de uma relação contratual pelo juízo arbitral mediante a convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Palavras-Chave: Arbitragem; Resolução De Conflito; A Convenção Da Arbitragem.

ABSTRACT

Arbitration is an extremely ancient institute, which in its most civilized form is found in Rome, first exclusively, then coexisting with state justice. The current article seeks to study the evolution of the Arbitration Institute researching its history, foreign cases, its characteristics as provided for in the specific Law. Arbitration is governed by the principle of autonomy of the will of the parties, who can choose the solution of disputes in the course of a contractual relationship by the arbitration court through the arbitration agreement, thus understood as the arbitration clause and the arbitration commitment.

Keywords: Arbitration; Conflict Resolution; The Arbitration Convention.

¹ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

² Professora do Centro Universitário Unifacvest.

³ Professora do Centro Universitário Unifacvest.

⁴ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

INTRODUÇÃO

Através da História do Direito, constatamos que o conceito de justiça primitivo seria o da concretização da vontade divina, sendo suas sanções também emanadas pela divindade, como pode ser verificado nas disposições constantes da Bíblia no Livro Deuteronômio, versículo 37 “Também contra mim o Senhor se indignou por vossa causa, dizendo: Iguamente tu lá não entrarás” e também no prólogo do Código de Hamurabi: “por esse tempo de Anu e Bel me chamaram, a mim, Hamurabi, o excelso príncipe, o adorador dos deuses, para implantar a justiça na terra”.

Somente após longo decurso de séculos, em conseqüência do seu modo de vida em comunidade e de longa evolução mental e social é que houve a passagem da justiça privada para a justiça como hoje conhecemos, sendo esta última o resultado do aprimoramento de diversas formas intermediárias de resolução dos conflitos utilizadas pelo homem em seu convívio com os demais.

A arbitragem é um instituto extremamente antigo, que em sua forma mais civilizada é encontrada em Roma, primeiro de forma exclusiva, convivendo depois com a justiça estatal.

Pelos estudos realizados, essa evolução pode ser compreendida por quatro etapas significativas ALVIM, 2004 p.1:

A primeira fase foi a da vingança privada, onde os conflitos entre particulares eram, em regra, resolvidos pela força (entre a vítima e o seu ofensor, ou entre os grupos de que cada um deles faz parte) mas o Estado, então incipiente, intervém em questões vinculadas à religião. Os costumes vão estabelecendo, paulatinamente, as regras para diferenciar a violência legítima da ilegítima. Foi a fase na qual adotou-se a Lei de Talião e das Doze Tábuas.

A segunda fase foi a do arbitramento facultativo, na qual a vítima, ao invés de usar a vingança individual ou coletiva, acordava com o ofensor receber uma indenização que a ambos parecesse justa, ou escolheriam um terceiro, no caso um árbitro, para fixar tal indenização.

Esta fase perdurou por toda a evolução do direito romano, pois sempre se admitiu que os conflitos individuais fossem resolvidos por árbitros escolhidos pelos litigantes, sem a interferência do Estado.

Na terceira fase houve o arbitramento obrigatório ou necessário: como no sistema de arbitramento facultativo o mesmo só era utilizado quando os litigantes o desejassem, e como esse acordo nem sempre existia, resultava que se continuava a empregar a violência para a defesa do interesse violado.

Pare amenizar o impasse o Estado passou a obrigar o litigante a escolher um árbitro que determinasse a indenização a ser paga pelo ofensor, e também passou a assegurar a execução da sentença se, porventura, o réu não quisesse cumpri-la;

A quarta fase foi a da justiça pública, que iniciou o processo de jurisdição estatal, onde a instância se desenrolava inteiramente diante de um juiz, sendo que este era um funcionário do Estado, como sucede em nossos dias.

Ainda nessa fase, se as partes concordassem, era lícito dirimir o conflito mediante a designação do árbitro.

Permaneceram no direito romano das épocas posteriores vários resquícios da possibilidade de defesa dos direitos com as próprias mãos (MORAES, 2001), como,

por exemplo, a legítima defesa fundada no princípio de que é lícito repelir a força pela força, sendo lícito retomar, à força, algo seu que alguém detivesse sem tal direito, ou então a autodefesa privada ativa, na qual o proprietário poderia expulsar de seu imóvel animais alheios ou pessoas que nele tivessem ingressado oculta ou violentamente.

Nesse contexto, a atividade de composição dos litígios no Estado Romano passou a ser completamente estatal. Suprimiu-se o árbitro, e em seu lugar surge a figura do juiz como órgão estatal.

Em Roma, a arbitragem antecedeu à própria solução estatal jurisdicionalizada.

Na Idade Média utilizava-se a arbitragem com base nos usos e costumes para dirimir conflitos entre comerciantes,

No Estado Moderno, em função da centralização do poder nas mãos da Monarca, a arbitragem foi afastada, só retomando sua ênfase com a queda do Antigo Regime em decorrência da Revolução Francesa.

Com a evolução do Direito a arbitragem perdeu sua importância, persistindo hoje a técnica de composição estatal dos conflitos.

1. ASPECTOS DA ARBITRAGEM NO DIREITO ESTRANGEIRO

Em maior ou menor dimensão, os ordenamentos jurídicos estrangeiros prevêem a arbitragem dentre as modalidades de resolução dos conflitos.

A distinção entre eles ocorre, em sua maioria, por conta da forma da constituição: do compromisso ou da cláusula compromissória; da nomeação de árbitros, em número par ou número ímpar; e também de regras de procedimento, da homologação e da eficácia da sentença arbitral.

Entretanto, a natureza do direito que pode constituir o objeto da arbitragem é comum a tais países, pois a controvérsia deve versar sobre direitos sobre os quais a lei admite a transação, ou seja, sobre o ato jurídico em que duas ou mais pessoas, mediante concessões recíprocas, ajustam certas cláusulas e condições para a resolução dos litígios.

Da relação apresentada por Alvim, 2004, p.8, listamos abaixo algumas das características do procedimento arbitral estrangeiro que, a nosso ver, temos como mais diferentes do procedimento arbitral brasileiro:

Na Espanha

- Exclui da arbitragem as questões laborais;
- As partes podem deferir a um terceiro, pessoa física ou jurídica, a designação dos árbitros;
- A administração da arbitragem pode ser encomendada a corporações de direito público, e associações e entidades sem fins lucrativos;
- Os árbitros serão advogados quando a questão litigiosa deva ser decidida com apoio nas regras de direito;
- O número de árbitros será sempre ímpar, se as partes não indicarem o presidente, será eleito pelos próprios árbitros, por maioria de votos; se não chegarem a um acordo, será presidente o mais idoso.

Na Alemanha

- O Tribunal Arbitral pode decidir quanto à sua própria competência, bem como à existência e validade da convenção de arbitragem;
- Os árbitros podem ouvir peritos e testemunhas que compareçam voluntariamente;
- Se forem vários os árbitros, a sentença deve ser proferida por maioria de votos caso as partes não tiverem acordado de outra forma;
- Não cabe a anulação da sentença por falta de motivação se as partes tiverem acordado ser a mesma desnecessária;
- A sentença arbitral fundada em conciliação pode ser executada por escrivão que tenha sua sede no distrito do tribunal competente para a declaração de executividade;
- As decisões do tribunal podem ser tomadas sem debate oral, mas deve ser ouvido o requerido.

Na Itália

- Os árbitros podem ser mais de um, mas em número ímpar;
- A parte pode oferecer exceção de incompetência;
- A competência dos árbitros não é excluída pela conexão entre a controvérsia submetida a seu julgamento e uma causa pendente em juízo;
- Os árbitros podem tomar depoimentos de testemunhas ou determinar que o(s) depoimento(s) seja(m) apresentado(s) por escrito;
- O tribunal pode declarar a nulidade de todo o laudo ou de parte dele e, salvo vontade contrária das partes, pronunciar-se também sobre o mérito quando a causa esteja em condições de receber julgamento;

Na Argentina

A Argentina prevê em seu Código de Processo Civil e Comercial da Nação que, se não houver nenhuma estipulação no compromisso de que a arbitragem deva ser de direito ou de amigáveis compositores, ou então se houver estipulação para que os árbitros decidam a controvérsia segundo a equidade, a lide será de competência do Juízo de Amigáveis Compositores, sendo que:

Na arbitragem

- Podem ser interpostos recursos nos mesmos casos em que são admitidos nas sentenças dos juízes, mas as partes podem renunciar aos recursos;
- A renúncia aos recursos não impede a admissibilidade do recurso de esclarecimento;
- Os juízes e funcionários do Poder Judiciário são proibidos, sob pena de nulidade, de aceitar a nomeação como árbitros ou amigáveis compositores, salvo se no juízo for parte a Nação ou uma Província;

No Juízo dos Amigáveis Compositores

- Podem ser seu objeto as mesmas questões que podem ser submetidas ao juízo de árbitros;
- Sempre que os árbitros forem autorizados a decidir a controvérsia de acordo com a equidade, o juízo será de Amigáveis Compositores;
- Ao juízo de Amigáveis Compositores aplica-se o prescrito para os árbitros com relação à capacidade, conteúdo e forma de compromisso, formas de designação e responsabilidades dos arbitradores, sua substituição e sobre o pronunciamento do laudo;
- Estabelece procedimento simplificado e o prazo para a prolação do laudo é de três meses, se as partes não tiverem convencionado de forma diferente;

2. FORMAS DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS

Conflito, vocábulo derivado do latim “conflictus” significa oposição, resistência, determinando circunstâncias opostas, situações contrárias, posições antagônicas MARTINS, 2002 p. 709.

Geralmente, as causas dos conflitos são as constantes transformações sociais e econômicas, pois a cada mudança desses cenários o equilíbrio da relação se altera diante de novas necessidades e novos interesses que surgem para as partes, fazendo com que os trabalhadores postulem mudanças também nas suas relações laborais, objetivando adequar as condições à nova realidade e restabelecer o patamar de igualdade ou obter novas conquistas.

Em sua essência, o conflito trabalhista sempre possui uma reivindicação, seja contra a ausência de normas, seja para alterar uma já existente que não corresponda mais às suas necessidades ou, também, buscando a interpretação de uma norma ou cláusula vigente, fazendo com que os conflitos de trabalho tenham, de um modo ou de outro, um fim normativo.

Genericamente os termos conflito, controvérsia e dissídio são utilizados com o mesmo significado. Doutrinariamente,

“o conflito tem sentido amplo e geral, relativo a divergência de interesses; a controvérsia diz respeito a um conflito em fase de ser solucionado, como quando submetidos a mediação ou a arbitragem e o dissídio é o conflito submetido à apreciação do Poder Judiciário, podendo ser individual ou coletivo” MARTINS, 2002 p. 709.

Os conflitos individuais de trabalho ocorrem entre um trabalhador individualmente considerado e o empregador, com base no contrato individual de trabalho ou pelas características de serviços prestados a determinada pessoa física ou jurídica; os conflitos coletivos de trabalho ocorrem entre um grupo de trabalhadores abstratamente considerados e um ou vários empregadores, objetivando interesses de ordem geral do grupo NASCIMENTO, 2003 p. 571.

Autodefesa

Autodefesa significa dizer que as próprias partes procedem à defesa de seus

interesses. Trata-se de uma das formas mais primitivas de solução dos conflitos, caracterizando-se pela imposição da solução de uma parte a outra, ou seja, é um instrumento de pressão.

Como o Estado não consegue acudir a tempo todos os conflitos, ainda persistem algumas modalidades de autodefesa, embora não se admita o exercício arbitrário das próprias razões para a solução dos conflitos entre as partes envolvidas.

Autocomposição

Autocomposição significa a solução dos conflitos pela prevalência da vontade convergente das partes, que por si próprias resolvem suas controvérsias, sem a intervenção de um terceiro.

A autocomposição pode ser unilateral, como no caso pela renúncia de uma das partes à sua pretensão efetivando a pacificação do litígio, isto é, uma das partes, por livre e espontânea vontade, abre mão de um direito dotado de certeza jurídica.

Bilateral é a autocomposição onde cada uma das partes faz concessões recíprocas, havendo transação dos direitos controversos.

Como exemplo de formas autocompositivas de solução dos conflitos trabalhistas, temos os Acordos, realizados entre o sindicato de empregados e a empresa, e as Convenções Coletivas de Trabalho, decorrente de negociações entre o sindicato de trabalhadores e o de empregadores e com caráter normativo.

Heterocomposição

Heterocomposição significa a solução de conflito trabalhista determinada por um terceiro, isto é, resolve-se a controvérsia através de um órgão ou de uma pessoa, suprapartes.

A tutela ou jurisdição, realizada também pela conciliação judicial, é uma forma de heterocomposição, sendo formas de solução extrajudiciais a conciliação prévia, a mediação e a arbitragem.

3. A CONVENÇÃO DA ARBITRAGEM E SEUS EFEITOS

Conforme previsto na Lei específica, a arbitragem é regida pelo princípio da autonomia da vontade das partes, que podem escolher a solução de controvérsias no curso de uma relação contratual pelo juízo arbitral mediante a convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

A cláusula compromissória é definida como “a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal acordo” .

A cláusula compromissória representa um compromisso relativo a litígios futuros.

A cláusula compromissória não poderá dispor sobre um litígio futuro a ser resolvido, porque se este já existir a hipótese deixará de se constituir de uma cláusula para se concretizar no próprio compromisso arbitral.

Quando a cláusula arbitral contiver todas as exigências previstas na Lei 9.307/96 estará transformada em compromisso arbitral, suficiente para desencadear todo o processo de arbitragem.

Em havendo este contrato, livremente pactuado pelas partes, e no momento necessário uma das partes negar-se a seu cumprimento, caberá ao demandante requerer na Justiça Pública a intimação da parte demandada para a assinatura do compromisso arbitral.

Nesse caso haverá uma ação judicial, sendo que a petição deverá conter com precisão o objeto da arbitragem e demonstrar que houve diversas tentativas, sem êxito, de instruir a arbitragem, não restando outra forma a não ser recorrer à justiça estatal.

Instaurada a demanda em via judicial o juiz deverá julgar a causa e, sendo a ação julgada procedente, esta valerá como o compromisso arbitral e alcançará os mesmos resultados que teria obtido o réu se o réu tivesse cumprido a sua obrigação de fazer.

Tanto os litígios contratuais quanto qualquer questão relativa à existência, validade e eficácia do contrato e da cláusula compromissória podem ser submetidos às vias judiciais, mesmo com a existência da cláusula compromissória.

A cláusula compromissória poderá ser de dois tipos, conhecidos como cláusula cheia e cláusula vazia.

A cláusula será considerada cheia, quando especificar detalhadamente as regras procedimentais que regerão a arbitragem, necessárias à condução do procedimento arbitral, indicando o local onde será realizada a arbitragem, a designação dos árbitros e as regras que deverão ser seguidas em caso da ocorrência de controvérsias .

A outra forma da cláusula compromissória, conhecida como cláusula vazia, menciona apenas a opção pela arbitragem sem indicar a instituição que administrará o procedimento nem fornecer as demais especificações.

A cláusula compromissória é a convenção pela qual as partes se obrigam a submeter à arbitragem os litígios que possam advir da relação contratual.

É uma obrigação de fazer, relativa a conflitos futuros, que podem ou não ocorrer, mas caso venham a se concretizar deverá permanecer na via arbitral, ou seja, deverá ser celebrado o compromisso arbitral.

Não é prevista pela lei a modalidade do compromisso verbal, mas é obrigatório que a mesma seja escrita ou no próprio corpo do contrato ou em documento apartado que a ele faça menção.

Na cláusula podem já ser estabelecidas as regras de alguma entidade especializada em arbitragem, ou a de algum órgão arbitral, significando que a arbitragem será instituída e processada de acordo com as regras já determinadas pelo respectivo órgão.

Se não houver a estipulação prévia, deve a parte interessada manifestar à outra parte a sua intenção de iniciar a arbitragem, convocando-a para firmar o compromisso arbitral.

O não comparecimento da parte ou a sua recusa a firmar o compromisso permitirá à parte contrária requerer ao órgão do poder judiciário a que originariamente procederia ao julgamento da causa, que promoverá a intimação da parte resistente para a assinatura do compromisso arbitral.

Deverá ser oferecida em juízo proposta de conciliação que, sendo acatada, deverá ser homologada, tendo eficácia de título executivo judicial.

Não sendo acatada a proposta de conciliação, o juiz deverá incentivar as par-

tes a firmarem, de comum acordo, o compromisso arbitral. Não havendo acordo, deverá o juiz proferir sentença julgando o pedido do autor, e tal sentença substituirá a declaração de vontade daquele que se negou a celebrar o compromisso arbitral, observando os requisitos estabelecidos pela própria Lei da Arbitragem em seu art. 21, § 2o para o compromisso.

A ausência do autor sem motivo justificado dará ao juiz o direito de por fim ao processo sem análise do mérito, o que dará ao autor nova oportunidade de iniciar a demanda.

O não comparecimento do réu não impedirá ao juiz do julgamento à revelia. Após ouvir a parte autora, o juiz estatuirá ra o compromisso arbitral, devendo nomear árbitro único.

Dessa forma o autor alcançará os mesmos resultados que teria obtido, se o réu tivesse cumprido a sua obrigação de fazer.

Caso uma das partes recorra diretamente ao Judiciário para decisão, mas tendo aceito anteriormente a arbitragem através da cláusula arbitral, deverá a outra parte arguir, em sua contestação, a existência da convenção de arbitragem e solicitar a extinção do processo, nos termos dos artigos 267, VII.

O compromisso arbitral é um contrato de direito privado cujo efeito é a instauração de um processo arbitral no qual haverá a heterocomposição do conflito de interesses que originou o compromisso.

O compromisso existe para dirimir um litígio existente, atual e concreto, podendo ser judicial (dirimido em juízo) ou extrajudicial (diretamente entre as partes e fora do juízo).

Por esse motivo, há duas espécies de compromisso arbitral: o de compromisso arbitral judicial e o de compromisso arbitral extrajudicial.

Compromisso Arbitral Judicial

De acordo com a Lei de Arbitragem há duas hipóteses de compromisso arbitral celebrado em juízo.

A primeira hipótese ocorre quando a cláusula compromissória já existe, ou seja, surgindo o conflito entre as partes, esse deveria ser solucionado pela arbitragem, porém, uma das partes impõe resistência para se lavar o compromisso arbitral, fazendo com que a outra parte ingresse com um processo judicial requerendo o cumprimento da declaração de vontade instituída no contrato (cláusula compromissória), que é de submeter o conflito à apreciação de um árbitro.

Compromisso Arbitral Extrajudicial

O compromisso arbitral extrajudicial é lavrado quando não foi instituída a cláusula compromissória e ainda não exista demanda ajuizada, ou então havendo ajuizamento de uma ação, as partes decidem, voluntariamente, submeter o conflito à decisão de um árbitro.

As partes, de comum acordo, desistem do processo judicial e lavram o compromisso arbitral, manifestando a vontade de solucionar o conflito através da arbitragem.

Esse compromisso, de acordo com a lei, pode ser lavrado por escritura pública ou por documento particular, sendo obrigatoriamente assinado por duas testemunhas.

Na hipótese de ser lavrado o compromisso quando já estiverem litigando em juízo, o mesmo deverá ser juntado aos autos do processo judicial, para que o juiz possa extinguir o processo sem julgamento do mérito.

Extinção do Compromisso Arbitral

O compromisso arbitral extingue-se quando ocorrerem uma das hipóteses descritas no artigo 12 da Lei 9.307/96

Resume Alexandre Freitas Câmara 2005, p.39 acerca das causas de extinção da relação jurídica que se origina do compromisso arbitral: se qualquer dos árbitros se escusar, antes de aceita a nomeação, tendo as partes afirmado expressamente que não seria aceito substituto; se tendo havido a mesma declaração quanto a não se admitir substituto, o árbitro falecer ou ficar impossibilitado de proferir seu voto; ou se expirar o prazo fixado pelas partes para apresentação da decisão do árbitro, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro concedendo-lhe o prazo de dez dias para prolação e apresentação da referida decisão.

Sentença arbitral

A sentença arbitral produz, por si só, efeito entre as partes com força de título executivo, cabendo ao detentor deste o acesso à via processual judiciária para a sua execução.

A sentença arbitral é irrecorrível, e uma vez proferida não existe nenhum tipo de recurso a ser utilizado para reformar o mérito da decisão ou remeter a decisão a nova análise.

A lei 9.307/96 dotou o instituto da arbitragem de maior eficácia, visando agilizar o atendimento das controvérsias a ele submetido em até seis meses.

A lei estabelece que, ao optarem pelo juízo arbitral, não caberá sua apreciação ou eventuais recursos pela esfera judiciária, salvo em casos de ilegalidade ou superveniência de fato que envolva direito patrimonial indisponível.

Ao Poder Judiciário são reservadas as providências em que haja necessidade do seu poder coercitivo

Os tribunais, câmaras ou cortes arbitrais são autônomos em relação ao Poder Judiciário. São pessoas jurídicas de direito privado que podem realizar mediações e arbitragens sobre conflitos que versem sobre “Direitos Patrimoniais Disponíveis”.

CONCLUSÃO

A ausência de recursos da decisão de uma sentença arbitral, e a impossibilidade da mesma ser apreciada pelo Judiciário se contrapõe a celeridade do procedimento arbitral, evitando uma eternização do processo.

A inexistência de graduação em ciências jurídicas apresenta a vantagem que profissionais que possuam vasta gama de conhecimentos técnicos apreciem a matéria e

apresente uma decisão mais adequada ao objeto da matéria.

A cláusula compromissória obriga as partes, porém estipula previamente as condições sob as quais o litígio será julgado, conferindo certeza às regras que serão seguidas.

Se as pessoas são os melhores juízes de seus próprios interesses, deve-lhes ser permitido utilizar outras formas de resolução de seus litígios além do poder judiciário, mas tal concepção é combatida pela razão da mentalidade do povo, que está acostumado a contender e a levar vantagem em tudo e evitam um acordo pelo fato de estarem abrindo mão de alguma prerrogativa (MOURA; MELO 2006.)

Em nosso trabalho constatamos que, com exceção da questão dos custos processuais, os aspectos expostos são completos e muito bem argumentados.

Excepcionamos o item relativo ao custo porque pudemos obter apenas duas únicas comparações, e isoladas, entre o valor de um processo arbitral e o processo judicial, no caso, a levantada pelo Prof. José Pastore em 2002 e a obtida através da Associação dos Jornais do Interior de Santa Catarina, datada do ano de 2003. Evidente que o sigilo é uma das principais características do procedimento arbitral, porém a justificação dessa qualidade poderia ser comprovada através de médias ou algo mais efetivo do que sua mera alegação por aproximadamente três anos.

É principalmente no âmbito das relações laborais que mais se evidencia a injustiça quando afasta-se da intervenção reguladora do Estado. A tecnologia e as modernas formas de administração nas empresas têm permitido que se produza mais, mas com menos mão-de-obra.

Não condenamos a inovação tecnológica, mas reconhecemos que a normalmente a mesma gera diminuição de postos de trabalho, jornadas de trabalho em tempo parcial, desemprego e sub-emprego.

A liberdade que deveria proporcionar a arbitragem quanto à sua eleição não encontra respaldo quando se trata da assinatura de um contrato de trabalho.

Sabemos que há casos nos quais há uma real negociação contratual quando a grande empresa contrata um empregado para ocupar postos de direção, atividades que requirem considerável especialização e mesmo em razão de prestígio político.

Mas essa não é a regra. A mesma empresa que negocia um contrato com algumas pessoas apresenta à sua massa de trabalhadores o seu contrato padrão, na qual está previamente estipulado o seu salário.

Normalmente a liberdade que o possui o trabalhador dá-se em função proporcional de sua subsistência e a do seu agregado familiar, ou seja, é a de assinar ou não assinar o contrato, independente de qualquer alegação de desequilíbrio que possa haver.

Justificar a falta de qualificação da mão-de-obra para a dificuldade da obtenção de um emprego satisfatório não encontra respaldo na realidade brasileira. Se até o século passado um ou mais diplomas significavam a solução dos problemas econômicos familiares as estatísticas do IBGE demonstram a inversão dessa relação nas últimas décadas.

A alegação da maturidade dos trabalhadores para negociarem um contrato de trabalho nos parece adequado em um mercado de trabalho que tenha capacidade de atender à sua demanda, o que não ocorre no Brasil, não sendo verificada uma possibilidade de reversão em tal cenário, pelo menos em médio prazo.

Apesar dos aspectos positivos que a arbitragem apresenta para ambas as par-

tes de uma lide, o instituto não possui reconhecimento pelo trabalhador, havendo formas de solução de conflitos que melhor atendam o interesse do trabalhador e que possam ser apreciadas também pela Justiça do Trabalho.

REFERÊNCIAS

DELGADO, Mauricio Godinho. **Introdução ao direito do trabalho**. 3a. ed., São Paulo: LTr, 2001.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho**. 13a. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

MANNHEIMER, Sergio Nelson (Coord). **Direito arbitral**. Métodos alternativos de solução de controvérsias e seus aspectos relevantes no direito do trabalho. Revista de Direito da associação dos procuradores do novo estado do Rio de Janeiro. Vol. XVIII – 2006

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 15a. ed., São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 10a. ed. São Paulo: Atlas. 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação do direito do trabalho**. 29a. ed. São Paulo: LTr, 2003.

TEIXEIRA, Filho. Manoel Antonio. **Breves comentários à reforma do poder judiciário**. São Paulo: LTr, 2005.

THEODORO, JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 32a. ed.:Rio de Janeiro: Forense, 2004. vol. III

VIVEIROS, Luciano, Santos. João Batista dos. **CLT 1.000 perguntas e respostas**. São Paulo: Saraiva. 2006.

QUESTÕES SOBRE O DIREITO DE RECORRER

Dagmar Dengo¹
Iria Catarina Queiroz Baptista²
Carlos Albano V. de Castilho³
Maria Aparecida Leite H. da Silva⁴

RESUMO

O Direito Processual Civil brasileiro ultimamente vem sofrendo importantes alterações para tentar alcançar, ao máximo, eficácia e efetividade, num lapso temporal satisfatório. Visíveis e intoleráveis são as causas que contribuem com a morosidade da justiça e com a litigância temerária e de má-fé. Diante de tão ameaçador e incômodo problema não podemos ficar estáticos, pois, tudo aquilo que incomoda causa uma certa inquietação, fazendo-se necessário buscar a reação para uma posição ou situação mais eficaz.

Palavras-chave: direito de recorrer; questões, jurisdição.

ABSTRACT

The Brazilian Civil Procedural Law lately is suffering important alterations to try to reach, to the maximum, effectiveness in a satisfactory lapse of time. Visible and intolerable are the causes that contribute with the slowness of the justice, with the rash and with the malicious intent. On front of a threatening and uncomfortable problem we cannot be static, because all that causes inconveniences excite restlessness, becoming necessary to find the reaction for one effective situation.

Keywords: right to appeal; issues; jurisdiction.

¹ Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestre em Direito.

² Professora do Centro Universitário Unifacvest. Mestre em Direito.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestre em Direito.

⁴ Professora do Centro Universitário Unifacvest.

INTRODUÇÃO

Diante das complexas relações sociais, difícil se torna evitar conflitos de interesses entre os cidadãos, ou entre estes e o próprio Estado, a respeito da interpretação dos direitos subjetivos e da fiel aplicação do direito objetivo aos casos concretos.

Para manter o império da ordem jurídica e assegurar a paz social, o Estado chamou a si o *jus punitivum*, não tolerando mais a justiça feita pelas próprias mãos dos conflitantes (*autotutela*), como se fazia nas fases primitivas, onde inexistia um Estado suficientemente soberano.

Diante dos conflitos e da precariedade das formas utilizadas ao longo dos séculos para solucioná-los, o Estado evoluiu, tornando-se suficientemente forte avocando para si a aplicação do direito como algo de interesse público.

Coube ao Estado a proibição da justiça privada, estruturando o sistema de direitos e garantias individuais, repartindo-se suas funções soberanas, de molde a atender essa contingência de litígios, em atividades administrativas, legislativas e jurisdicionais, interpondo órgãos jurisdicionais entre a administração e os direitos dos cidadãos. Tornando-se, um poder, indispensável ao equilíbrio social, à democracia e, necessariamente, para a pacificação social.

Entretanto, a atividade exercida pelo Poder Judiciário faz-se através dos juízes, que examinam os interesses resistidos e resolvem os conflitos, e é chamada de jurisdição.

Na evolução, para o Estado-Juiz são utilizados métodos próprios que é o processo e que recebe denominação conforme, o ramo do direito em conflito.

Para regular esse método de composição dos litígios, o Estado, na pessoa do legislador cria normas jurídicas que formam o direito processual, também denominado formal ou instrumental servindo-se de procedimentos de atuação da vontade concreta das leis de direito material ou substancial.

A doutrina tem se ocupado com remédios e medidas que visam transformar-se em melhoria dos serviços forenses.

Considerando a atual realidade processual, ao longo de décadas, o processo civil desviou nitidamente sua atenção para os resultados a serem concretamente alcançados pela prestação jurisdicional, haja vista o mesmo não estar alcançando o seu objetivo em tempo hábil devido à morosidade da entrega da prestação jurisdicional e ao abuso do direito de recorrer das partes num litígio.

O Código de Processo Civil estabelece que as partes, seus representantes ou assistentes e, em geral, todos os partícipes do processo, pautarão sua conduta pela dignidade da justiça, pelo respeito devido entre os litigantes, segundo a ética, a lealdade e a boa-fé.

Neste diapasão, o Código de Processo Civil Brasileiro também se apresenta preocupado com a busca da ética no processo.

Evidentemente, constata-se o uso antiético e desenfreado de diversos institutos jurídicos, represente um dos principais fatores responsáveis pela lentidão do Judiciário, sua morosidade e burocratização, vindo acarretar-se, em consequência, a injustiça social, haja vista ter o jurisdicionado sua pretensão atendida somente após longos anos de ajuizamento da ação por causa dos inúmeros recursos interpostos temerariamente e com objetivo meramente protelatório. Como acentua Eduardo Oteiza (2000, p. 23),

[...] a falta de consideração com a justiça é uma consequência cultural que evidencia a baixa estima por esse valor dentro das democracias mais jovens.

Ainda segundo o mesmo jurista,

[...] essa situação “permite que cada um se sinta com o direito de abusar dos instrumentos, em um processo em que a própria forma de expressão, consistente na palavra escrita, despersonaliza as ações, dissimulando atitudes retardatárias ou desleais, que se escondem atrás do anonimato.

Porém, já há algum tempo, vem o sistema processual brasileiro, passando pelo amargo gosto de ver certo litigantes, abusar do legítimo direito do recurso, com o propósito ou objetivo de prolongar a prestação jurisdicional, valendo-se da morosidade da instância recursal.

É tão difícil, a situação que até causa um incômodo ao Poder Judiciário, entretanto, através deste trabalho, procuraremos contribuir, ou pelo menos sensibilizar, para o aprimoramento de uma nova ordem jurídica justa, eficaz e coerente, dando relevância aos princípios que fundamentam e regem a garantia do reexame das decisões judiciais, ou seja, dos recursos judiciais, conclamando a todos que se interessam pelo assunto para um estudo, exame, reflexões e conclusões.

1. JURISDIÇÃO

Modernamente, dentro de uma visão científica, é inconcebível sociedade sem direito: ubi societas ibi jus.

“Hoje, se entre duas pessoas há um conflito, em princípio o direito impõe que, caso se queira pôr fim a essa situação, deve-se chamar o Estado-Juiz, o qual virá dizer qual vontade do ordenamento jurídico para o caso concreto (declaração) e, se for o caso, fazer com que as coisas se disponham, na realidade prática, conforme essa vontade (execução)” ARAUJO, 2001 p. 21.

Contudo, nem sempre foi assim.

“Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os impetus individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares, por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis. Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão” ARAUJO, 2001 p. 21.

Quando não existia a formação dos Estados, os indivíduos pacificavam seus problemas através da força. A tutela dos seus direitos era garantida por atos de violência e imposição. Esta fase foi chamada de “(autotutela), prevalecendo, assim, não a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou tímido” ARAUJO, 2001 p. 21. Sendo está a força mais primitiva utilizado pelos indivíduos ou grupos de pessoas para decidir controvérsias.

“Na autotutela, aquele que impõe ao adversário uma solução não cogita de apresentar ou pedir a declaração de existência ou inexistência do direito; satisfaz-se

somente pela força (ou seja, realiza a sua pretensão). A autocomposição e a arbitragem, ao contrário, limitam-se a fixar a existência ou inexistência do direito: o cumprimento da decisão, naqueles tempos iniciais, continuava dependendo da imposição de solução violenta e parcial (autotutela)” ARAUJO, 2001 p. 21.

“Além da autotutela, outra solução seria, nos sistemas primitivos, a autocomposição (a qual perdura no direito moderno): uma das partes em conflito, ou ambas, abrem mão do interesse ou de parte dele” (Araujo, 1997 p. 21). Fazendo, assim a autocomposição facultativa ou arbitramento facultativo aparece quando os indivíduos, diante de uma controvérsia, resolvem, ao invés de utilizar-se da força individual ou de um grupo, fazer um acordo com a parte contrária e receber uma indenização, ou procurar pessoas que gozam de confiança de ambas as partes para fixá-la.

Porém outra forma de autocomposição: é caracterizada pela determinação do Estado que impunha o arbitramento obrigatório, apesar das partes que ainda não tinha indicado árbitros de sua escolha para dirimir as controvérsias. Posteriormente o Estado passa a assegurar a execução forçada da sentença, caso o sucumbente não a cumprisse espontaneamente.

Nesta concepção, Moacyr Amaral Santos (1997, p.67) registrou que:

“É função do Estado desde o momento em que, proibida a autotutela dos interesses individuais em conflitos, por comprometedora da paz jurídica, se reconheceu que nenhum outro poder se encontra em melhores condições de dirimir os litígios do que o Estado, não só pela força de que dispõe, como por nele presumir-se interesse em assegurar a ordem jurídica estabelecida” .

“Quando, pouco a pouco, os indivíduos foram tomando consciência dos males desse sistema, eles começaram a preferir, ao invés da solução parcial dos seus conflitos, uma solução amigável e imparcial através de árbitros, pessoas de sua confiança mútua em quem as partes se louvaram para que resolvessem os conflitos. Essa interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados. E a decisão do árbitro pautava-se pelos padrões acolhidos pela convicção coletiva, inclusive pelos costumes. Historicamente, pois, surge o juiz antes do legislador” ARAUJO, 2001 p. 22.

“Mais tarde e à medida que o Estado foi se afirmando e conseguiu impor-se aos particulares mediante a invasão de sua antes indiscriminada esfera de liberdade nasceu, também gradativamente, a sua tendência a absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos. A história nos mostra que, no direito romano arcaico (das origens do direito romano até o século II a.C., sendo dessa época a Lei das XII Tábuas) já o Estado participava, na medida da autoridade então conseguida perante os indivíduos, dessas atividades destinadas a indicar qual o preceito a preponderar no caso concreto de um conflito de interesses. Os cidadãos em conflito compareciam perante o pretor, comprometendo-se a aceitar o que viesse a ser decidido; e esse compromisso, necessário porque a mentalidade da época repudiava ainda qualquer ingerência do Estado (ou de quem quer que fosse) nos negócios de alguém contra a vontade do interessado, recebia o nome “litiscontestatio”. Em seguida, escolhiam um árbitro de sua confiança, o qual recebia do pretor o encargo de decidir a causa. O processo civil romano desenvolvia-se,

assim, em dois estágios: perante o magistrado, ou pretor (*in jure*), e perante o árbitro, ou *judex* (apud *judicem*)” ARAUJO, 2001 p. 22.

“Além disso, para facilitar a sujeição das partes às decisões de terceiro, a autoridade pública começa a preestabelecer, em forma abstrata, regras destinadas a servir de critério objetivo e vinculativo para tais decisões, afastando assim os temores de julgamentos arbitrários e subjetivos. Surge, então, o legislador (a Lei das XII Tábuas, do ano 450 a.C., é um marco histórico fundamental dessa época)” ARAUJO, 2001 p. 22.

“Depois do período arcaico e do clássico que, reunidos, formam a fase conhecida por “*ordo judiciorum privatorum*”, veio outro, que se caracterizou pela invasão de área que antes não pertencia ao pretor: contrariando a ordem estabelecida, passou este a conhecer ele próprio do mérito dos litígios entre os particulares, proferindo sentença inclusive, ao invés de nomear ou aceitar a nomeação de um árbitro que o fizesse. Essa nova fase, iniciada no século III d.C., é, por isso mesmo, conhecida por período da *cognitio extra ordinem*. Com ela completou-se o ciclo histórico da evolução da chamada justiça privada para a justiça pública: o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses. À atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de *jurisdição*” ARAUJO, 2001 p. 23.

“Pela jurisdição, como se vê, os juízes agem em substituição às partes, que não podem fazer justiça com as próprias mãos (vedada a autodefesa); a elas, que não mais podem agir, resta a possibilidade de fazer agir, provocando o exercício da função jurisdicional. E como a jurisdição se exerce através do processo, pode-se provisoriamente conceituar este como instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca da solução” ARAUJO, 2001 p. 23.

A jurisdição apresenta, portanto, como vantagens, a imparcialidade, a defesa dos direitos da sociedade e a autoridade e capacidade de impor a decisão tomada. Seus elementos básicos são a lide (existência de uma demanda ajuizada, ou seja, um autor que vem a juízo a fim de deduzir a sua pretensão e obter a prestação jurisdicional do Estado-juiz), a inércia (o fato de o juiz não agir de ofício, mas somente quando provocado pelas partes).

A própria jurisdição exercida pelo Estado-juiz, através de um instrumento denominado processo. Assim, o juiz irá adequar aquele caso concreto que lhe é submetido à “lei”, aplicando o dispositivo legal pertinente à questão, e solucionando o conflito de forma a garantir que seja proporcionada aos membros da sociedade a justiça por eles esperada quando elegeram o Estado-juiz como “único solucionador” de seus conflitos.

No entendimento de Moacyr Amaral Santos, afirma que fase o “Estado moderno, no desempenho de sua finalidade, qual a de conservar e desenvolver as condições da vida em sociedade. Exerce três funções distintas, conquanto harmônica entre si, correspondentes aos três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – em que distribui o seu poder soberano, as funções legislativa, administrativa e jurisdicional”.

E como o Estado é legislador, estrutura a ordem jurídica, “Formula as leis destinadas à conservação e desenvolvimento da vida em sociedade. Realizando ordem jurídica, aplica a lei. Aplica-a no exercício de sua função administrativa, de garantia

do bem comum, ou no exercício de sua função jurisdicional, de compor conflitos de interesses perturbadores da paz jurídica” .

“A jurisdição, portanto, é uma das funções da soberania do Estado. Função de poder, do Poder Judiciário” .

“Há que se referir, porém, à distinção entre a função jurisdicional e as demais funções do Estado” .

Sem sobra de dúvida, “Não é difícil distinguir a função jurisdicional da função legislativa. Basta dizer que enquanto esta atua diante de hipóteses consideradas em abstrato, criando normas aplicáveis a fatos futuros que adequem à descrição contida na norma elaborada, a função jurisdicional atua sempre diante de fatos já ocorridos, subsumindo a norma abstrata ao caso concreto” . Colocando, assim um fim num litígio entre as partes de um processo, e declarando a paz social.

Torna-se necessário que seja feita a distinção entre a função administrativa e a função jurisdicional.

Neste particular, Alexandre Freitas Câmara (2004, pág.65) registrou que:

“Ao exercer a função administrativa, o Estado está exercendo uma função que sempre lhe coube, não tendo sido exercida anteriormente por ninguém. Pode-se, portanto, dizer que a função administrativa é uma função originária do Estado. Ao contrário, a função jurisdicional é exercida pelo Estado em substituição à atividade das partes, ou seja, o Estado exerce a função jurisdicional como forma de substituir a atividade dos interessados, consistente na autotutela, a qual é – como regra – proibida nos modernos ordenamentos jurídicos” CÂMARA, 2002 p. 65- 66.

Podemos resumir nosso pensamento, afirmando que a finalidade da jurisdição é assegurar a paz jurídica, ameaçada ou violada. Para tanto, o Estado não apenas cuida de elaborar as leis, mas especificamente, institui meios de imposição coativa do comando expresso da norma.

Para cumprir a tarefa de dirimir os conflitos de interesses entre os cidadãos, ou entre estes e o próprio Estado, diante da complexidade com que se travam as relações sociais, surge o processo.

Ocorre que a jurisdição, com o passar do tempo, tem-se mostrado ineficaz em diversas situações, pelos mais variados motivos. Tal situação, confrontada com a crescente modificação da sociedade e da globalização mundial, vem ensejando uma reforma dos instrumentos jurisdicionais existentes e uma busca por novos instrumentos jurisdicionais eficazes.

2. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O surgimento do duplo grau de jurisdição deu-se com apelação no direito romano, a rigor a faculdade de reexame nasceu com o efetivo exercício do poder.

Entretanto, podemos afirmar que o ser humano, ao exercer o direito de ação, ainda que de forma rudimentar, buscado a devida reparação da lesão sofrida, e em decorrência obtendo como solução uma decisão desfavorável, inconformado com esta, procura outra opinião, vale dizer outra decisão, a qual modificasse ou desconsiderasse aquela tida por injusta. Neste sentido, observou José Carlos Barbosa Moreira (2002,

págs. 113 e 114).

“Não fica circunscrita, em regra, a um único pronunciamento a apreciação, pelo organismo investido da função jurisdicional, da matéria que lhe compete julgar. Com o propósito de assegurar, na medida do possível, a justiça das decisões, contempla a lei realização de dois ou mais exames sucessivos, ao passo que, por outro lado, a fim de evitar que se sacrifique a necessidade de segurança, cuida de limitar o número das revisões possíveis” MOREIRA, 2001 p. 113 - 114

Não, há que se negar que: “A organização judiciária brasileira se caracteriza pela existência de órgãos judiciários de superposição, cuja função precípua é apreciar recursos interpostos contra decisões proferidas pelos órgãos inferiores (ou seja decisões de juizes monocráticos). Tais órgãos de superposição são chamados tribunais, embora seja certo que esta denominação não é exclusivamente deles, pois nosso direito conhece a existência de tribunais inferiores” CÂMARA, 2005 p. 3. Da mesma forma, “Além de julgar recursos, os tribunais superiores exercem outras competências, como, por exemplo, a de realizar o reexame necessário (também conhecido como duplo grau de jurisdição obrigatório, art.475do CPC)” CÂMARA, 2005 p. 3.

O direito brasileiro adota o princípio do duplo grau de jurisdição, princípio esse ligado ao tema versado neste trabalho e que consiste em assegurar a possibilidade de reexame das decisões judiciais por outro órgão jurisdicional, diverso daquele que proferiu o provimento a ser apreciado.

Filosoficamente podemos afirmar que o princípio do duplo grau de jurisdição se baseia em algumas premissas, referida pela doutrina que trata do tema:

- a) o juiz de segunda instância é mais experiente e mais instruído que o de primeiro;
- b) há possibilidade de erro e prevaricação do juiz de primeiro instância,
- c) necessidade de controle psicológico do julgador de primeira instância,
- d) sabedor de que sua decisão será examinada por outros juizes;
- e) maior exame da questão;
- f) inconformismo natural da parte que perde em primeira instância” CÂMARA, 2005 p. 5.

O mestre Moacyr Amaral Santos, num brilhante estudo do assunto, afirma a existência de correntes Majoritária e Minoritária em relação ao duplo grau de jurisdição:

a) Uma corrente reduzidíssima, entende que nada justifica o duplo grau de jurisdição, nesse sentido oferecendo três argumentos capitais:

I) Não se nega a possibilidade de erro ou injustiça na decisão do juiz de primeiro grau de jurisdição: mas também os juizes de segundo grau são suscetíveis de errar ou proceder com prevaricação.

II) A decisão em grau de recurso é inútil, se confirmar a decisão de primeiro grau.

III) A decisão em grau de recurso, reformado a de primeiro grau, de certa forma é perniciosa, por permitir a dúvida sobre qual seja a decisão justa, contribuindo isso para o

desprestígio do Poder Judiciário.

b) Dominante, entretanto, é a doutrina do duplo grau de jurisdição. Consagrada pela generalidade da legislação contemporânea. Assenta-se a doutrina em três argumentos capitais:

1) Há sempre possibilidade das decisões se ressentirem de vícios, resultantes de erro ou má-fé do seu prolator, donde decorrer a necessidade de permitir-se a sua reforma em instância superior.

2) A admissibilidade do reexame das decisões de primeiro grau por juizes de grau superior, de ordinário mais experientes, exige daqueles maior cuidado no exame e solução das lides, além de contribuir para o aprimoramento moral e cultural dos órgãos jurisdicionais.

3) É psicologicamente demonstrado que mui raramente alguém se conforma com um único julgamento que lhe seja contrário

Alexandre Freitas Câmara, também menciona existir, inegavelmente, críticas ao duplo grau de Jurisdição que:

“Por se considerar que ele ofende o acesso à jurisdição; desprestigia a primeira instância; é inútil, se mantida a decisão recorrida, e revela divergências, se a reforma; dificulta a produção de provas e ofende o principio da oralidade” CÂMARA, 2005 p. 6.

Na mesma esteira, afirma que “além disso, não se pode ter a certeza de que a decisão do tribunal é mais acertada do que a do juízo de primeiro instância, e a prova é que, muitas vezes, a interposição de novo recurso, contra esta segunda decisão, provoca a restauração da decisão original, com a reforma da decisão proferida pelo órgão revisor” CÂMARA, 2005 p. 6.

Giuseppe Chiovenda (1965, apud Vicente Greco Filho, 1996, pág. 51) reconhece no duplo grau de jurisdição uma garantia para o cidadão, seguindo uma visão majoritária, em três aspectos:

- a) “À medida que um julgamento reiterado torna, já por si, possível a correção dos erros;
- b) porque dois julgamentos são confiados a juizes diversos que apreciarão independentemente a matéria;
- c) e uma vez que o segundo juiz se apresenta como mais autorizado que o primeiro.” GRECO, 1997 p.51

Finalmente, não poderíamos deixar de citar está posição de Moacyr Amaral Santos, para comprovação e justificativa do duplo grau de jurisdição:

“Em primeiro lugar satisfaz a uma exigência humana. Ninguém se conforma com a única decisão, que lhe seja desfavorável. Em segundo lugar, não se pode olvitar a possibilidade de sentença injustas ou ilegais, e até mesmo proferidas por juizes movidos pelo temor (coaçoão) ou sentimentos menos dignos (apatia). Daí a segurança da justiça aconselhar o reexame das causas por meios de recursos”.

Portanto, fica evidenciado que o duplo grau de jurisdição não é recurso, com ele não podendo se confundir, sendo que nem todos os recursos disponíveis no ordenamento processual garantem o duplo grau de jurisdição.

Todos nos, quando inconformados, procuramos, devido à própria condição humana, uma segunda opinião ou julgamento sobre determinadas situações. até mesmo aquela de menor valor. Isto se dá por sabermos que o erro é inerente a própria humanidade e, pois, por ninguém possuir a tão almejada condição do “ser perfeito”.

3. O ABUSO DO DIREITO

Antes de adentrarmos na temática específica proposta por este trabalho monográfico, faz-se mister traçarmos uma definição e considerações a respeito do que seja “o abuso do direito do direito”. Para isso citamos lição Silvio de Salvo Venosa (1988, apud STOCO, Rui, 2002, pág. 56):

A compreensão primeira do abuso do direito não se situa, e nem deve situar-se, em textos de direito positivo. A noção é supra legal. Decorre da própria natureza das coisas e da condição humana. Extrapolar os limites de um direito em prejuízo do próximo merece reprimenda em virtude de consistir em uma violação de princípios de finalidade da lei e da equidade.

No conhecimento expostos contidos na obra do Excelentíssimo Doutor Rui Stoco, (Pág. 82), e também que conforme registrou Arruda Alvin, depreende-se de que:

“O direito processual que o Brasil herdou das tradições portuguesas e que vigorou ao tempo do Império e nos primórdios da República não continha uma sistematização do abuso de direito, nos moldes do ordenamento positivo, embora alguns dispositivos estabelecessem, sem ordenação clara e de modo fragmentário, sanções a condutas temerárias do litigante, a luz do regimento nº 737, de 1850, e Dec. 3.084, de 1898”.

Uma vez que o Código Civil, editado em 1916, agasalhava, “expressamente, a teoria do abuso do direito, como fonte de responsabilidade civil (art. 160), a teoria do abuso do direito processual, desde então, passou a procurar apoio nos princípios do direito civil, caracterizando-se por ser fruto de obra, sobretudo, da doutrina.”ALVIM, 2006 p.85.

Prevalecia, então, o entendimento de que a teoria florescida no direito privado e transplantada para o direito processual repelia o exercício anormal de qualquer direito, operando os institutos éticos do direito moderno, que devem preponderar sobre os elementos egoísticos.

O Código de 1973, atualmente em vigor no Brasil e com algumas alterações, evitou a invocação genérica dos vícios do ato processual à luz da nomenclatura do direito civil (dolo, simulação, coação, fraude etc...). Deu, porém, maior expressão ao dever de veracidade, ampliando-o subjetivamente, para a conduta não só das partes, mas de todos os que intervêm na relação processual, e alargando as dimensões do dever de probidade, pela definição de várias condutas aos sujeitos processuais.

Numa ampla visão, “da correta compreensão do tema do abuso do direito no Código Civil Brasileiro em vigor o início de 2003, é imprescindível situar a modificação operada na regulamentação deste instituto no âmbito dos traços fundamentais e das principais características que este Código apresenta. Traduz da necessidade de os

indivíduos pautarem seus comportamentos na lealdade, na correção, em relações de colaboração com os demais indivíduos da sociedade” ALVIM, 2006 p.85.

Bem, colocado por Milena de Oliveira Guimarães: (apud Nery Jr, Nelson; Wambier, Tereza Arruda, 2006, pág.360):

“É, atualmente discutida que o “abuso do direito de recorrer como uma modalidade de abuso do direito processual, figura esta reconhecida como ato atentatório à administração da justiça.”

Porém, neste sentido, observou a mesma doutrinadora que: “o ato abusivo é aquele que ultrapassa os limites da permissividade da norma processual, ou a utiliza para fins não legítimos, resultando em prejuízo para a administração da justiça” NERY, 2006 p.348.

A mesma autora citou o excelentíssimo estudo sobre o tema do Humberto Teodoro Junior, que leciona, sendo, assim “adverte sobre as possíveis controvérsias à cerca de conceituar o que seja abuso do direito processual, que pode ser entendido como: “ato de má-fé praticado por quem tenha uma faculdade de agir no curso do processo, mas que dela se utiliza não para seus fins normais, mas para protelar a solução do litígio ou para desviar-lo da correta apreciação judicial, embarçando, assim, o resultado justo da apreciação jurisdicional”.

Podemos encontrar em “países mais civilizados, que estabelecem em seus Códigos sanções para reprimir a conduta temerária ou de má-fé do Improbus litigador, porém nosso código não foge a regra, dando “ênfase ao comportamento das partes em juízo exigido honestidade na condução da demanda, apreciando o princípio de que o litigante de má-fé deve indenizar os danos que outro vier a suportar em razão do abuso do direito de estar em juízo” STOCO, 2003 p.79

“Contestando a doutrina do abuso do direito, afirma Planiol, em crítica contundentes, que não existe efetivamente esse abuso: abuso do direito e má-fé processual” NERY, 2006 p.348.

Porém tal conceito, seria uma logomaquia (disputa por meio de palavra), sendo o ato abusivo contrário ao direito, este cessaria quando constatado o abuso, entendendo alguns estudiosos do tema, que “não pode haver um ato que seja ao mesmo tempo conforme e contrário ao direito. Sua tese parece um pouco condizente com os problemas enfrentados no âmbito do processo civil.” NERY, 2006 p.348.

Certamente, “o sistema tenta coibir o abuso do direito processual, mais precisamente no tocante aos recursos, por meio de dispositivos que merecem interpretação sistemática: os arts. 14, 15, 17, 538 e 537 do CPC” NERY, 2006 p.348.

Preventivamente, o Código Processual Civil primeiro enumera, nos seus arts. 14 e 15, os deveres das partes e de seus procuradores, e de todos aqueles que de qualquer forma atuam no processo, procurando coibir o abuso do direito processual.

Segundo Pontes de Miranda (1995, apud STOCO, Rui, 2002, págs. 56 e 57):

Há limites aos direitos e há abusos sem transpassar limites. Não se confundam limitações aos direitos e reação ao abuso do exercício do direito, ou melhor, o exercício lesivo. Quando o legislador percebe que o contorno de um direito é demasiado, ou que a força, ou intensidade, com que se exerce, é nociva, ou perigosa a extensão em que se lança, concebe as regras jurídicas que o limitem, que lhe ponham menos avançados os marcos, que lhe tirem um pouco da violência ou do espaço que conquista.

Certamente, que é provável a afirmação de que o abuso cometido venha causar prejuízo, e também que a procrastinação do feito resulta de onerosos prejuízo para partes e à administração da justiça.

Por outro lado, afirmamos que não se quer negar o direito das partes a apresentação, ao juízo ou ao Tribunal de casos duvidosos e às vezes contrários à verdade, para que sobre elas este sentença, mas sim, sendo tão somente bastante que haja uma certa verossimilhança, uma provável veracidade. Por que? O que se nega aos litigantes são as afirmações e contestações mentirosas, isto é, aquelas que as partes sabem conscientemente que são mentirosas invenções.

Caio Mário da Silva Pereira (1995, apud STOCO, Rui, 2002, pág. 59) resumiu o sentido da expressão “abuso do direito” da seguinte forma:

Abusa, pois, de seu direito o titular que dele se utiliza levando um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer mal, e sem proveito próprio. O fundamento ético da teoria pode, pois, assentar em que a lei não deve permitir que alguém se sirva de seu direito exclusivamente para causar dano a outrem.

Portanto, tomando-se por base o conceito supracitado, concluiu Rui Stoco (2002, pág. 59) que “o indivíduo para exercer o direito que lhe foi outorgado ou posto à disposição deve conter-se dentro de uma limitação ética, além da qual desdobra do lícito para o ilícito e do exercício regular para o exercício abusivo” STOCO, 2002 p. 59.

E acrescenta que:

Para situar-se no campo da normalidade e da licitude não basta estar legitimado pela legislação existente e asseguradora de direito. Impõe-se fazer uso adequado do arsenal legislativo existente e não dele prevalecer e utilizá-lo para fim ilícito ou pressão subalterna. Pode-se usar a lei permissiva em vigor, de forma aparentemente adequada para obter fim ilegítimo ou não permitido pelo consenso social, hipótese em que se irá detectar o abuso no exercício do direito.

Assim, como Rui Stoco, preferimos expor também o conceito de abuso do direito definido por Irineu Strenger, citado por Guilherme Strenger (1997, apud STOCO, Rui, 2002, pág. 59):

Abuso do direito é o ato realizado, com apoio em preceito legal, que causa dano a interesse não especificamente protegido pelo ordenamento positivo, manifestado pela lesão a princípios éticos e sociais, objetiva ou subjetivamente, mediante adequação entre o intencional e o sentido da lei.

É nesse contexto, como acima delineado, que afirmamos a discussão acerca do abuso do direito, em duas teorias, Por que? O processo, como instrumento para realização do direito, “não pode se constituir em um elemento para prejudicar a outrem (teoria subjetivista), ou em elemento para o exercício do direito em desacordo com sua finalidade social (teoria objetivista)” STOCO, 2002 p. 59.

Como qualquer outra ciência, também o direito processual está sujeito a princípios norteadores de todo o desenvolvimento da disciplina. Tais princípios servem

como orientação segura para interpretação dos institutos que integram o campo de atuação da ciência, sendo certo que os mais importantes princípios processuais encontram-se consagrados na Constituição da República.

É por isso que os códigos processuais adotam normas que visam a inibir e a sancionar o abuso do processo, impondo uma conduta irrepreensível às partes e a seus procuradores.

Decorre de tais princípios a necessidade de que se dê ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário. Somente conhecendo-os, poderão eles efetivar o contraditório.

A ciência dos atos processuais é dada através da citação, da intimação e da notificação.

Para que ideal tratamento isonômico e justo de todos os litigantes, emanado das garantias da Carta Maior, se torne efetivo, o Código de Processo Civil impõe ao juiz e deveres no tocante ao resguardo da conduta ética dos sujeitos do processo.

Dispõe o art. 125 do CPC:

“O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

- I – assegurar às partes igualdade de tratamento;
- II – velar pela rápida solução do litígio;
- III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça;
- IV - ...” . .

Caberá, ainda, ao juiz, importante papel de dirigir o processo, que significa fiscalizar e controlar a relação processual, fazendo com que se desenvolva regular e validamente, “de ofício ou a requerimento das partes, determinar as provas necessárias à instrução do processo, “indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias” (art. 130 do CPC). E se convencer de que as partes litigantes se servem do processo para praticar atos simulados ou para conseguir fim proibido por lei, “o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes” (art. 129 do CPC).

Citaremos, três súmulas, que confirma o entendimento sobre a má-fé processual, em diversos pontos de vista:

“Existe um dever de dizer a verdade em juízo, com ou sem texto expresso, pois a boa-fé é parte integrante da pessoa e a má-fé um fenômeno do mundo animal” STOCO, 2002 p. 151.

“Na má-fé processual a imputação é subjetiva, na esteira da teoria do abuso do direito, da qual decorre e onde encontra fundamento e sustentação” STOCO, 2002 p. 151.

“Embora a lei permita o reconhecimento da má-fé de ofício e nos próprios autos, impõe-se à audiência do litigante de má-fé para a imposição da sanção, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa” STOCO, 2002 p. 151.

Devemos reconhecer, que o comportamento desleal afeta “a moral e a ética” que são atributos do caráter da pessoa perante si mesma e perante a sociedade, a boa fé é condição exigida de cada um para relacionar-se com outras pessoas, expressando-se como tendência ou modo de ser” STOCO, 2002 p. 52. trazendo estes princípios para um comportamento humano dentro das normalidades aceita pela comunidade, e na esfera

profissional.

Cândido Rangel Dinamarco (1997, apud THEODORO JÚNIOR, Humberto, 2000, pág. 107): “Na idéia de devido processo legal sobreleva a concepção de veículo apto a proporcionar o verdadeiro acesso à justiça, ou seja, um processo que assegure a obtenção dos resultados justos que dele é lícito esperar”.

Celso Ribeiro Bastos (1992, apud THEODORO JÚNIOR, Humberto, 2000, pág. 107) observou muito bem que:

“Vê-se na ideologia da nossa Carta Magna a preocupação de implantar o Estado Democrático de Direito, a partir de conceitos éticos como o de que a lei não deve ser apenas o fruto de uma vontade captada no órgão de representação popular, mas deve tender à realização da justiça. Em outras palavras, a lei passa a ser identificada não apenas pelo seu processo formal de elaboração, mas também pelo seu conteúdo”.

Vale afirmar, “que no plano das relações em juízo o comportamento ético é condição primeira, estabelecida pelo art. 14 do CPC, ao anunciar que “compete as partes e ao seus procuradores,

I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II – proceder com lealdade e boa-fé.” STOCO, 2002 p. 53.

E, também, o que expôs Batista Da Silva (2000, apud STOCO, Rui, 2002, págs. 53): ressalta que o preceito contido no art. 14 do CPC é uma manifestação do princípio geral de boa-fé objetiva, de que já se disse constituir mais do que um princípio, o verdadeiro exigênio sem o qual a vida do Direito seria impossível.

Com efeito, “segundo a ética, homem, vivendo em sociedade, tem o dever moral de agir de boa-fé, enquanto, segundo o Direito, o Homem tem obrigação legal de não agir de má-fé.” STOCO, 2002 p. 53.

Para Cândido Rangel Dinamarco, “deve prevalecer uma linha de equilíbrio legítimo entre os deveres éticos das partes e seus procuradores e a ampla liberdade de atuação na defesa de seus interesses no processo, assegurada mediante as regras constitucionais do contraditório e da ampla defesa” CALURI, 2006 p. 166.

E continua o renomado doutrinador:

“Ao exacerbar exigências éticas no Código de Processo Civil, a Reforma da Reforma o fez porem com toda legitimidade e nos limites do que é conveniente, diante da realidade das freqüentes e repetidas resistências ao cumprimento de medidas destinadas a tornar efetiva e pronta a tutela jurisdicional – notadamente no que diz respeito à tutela antecipada e às execuções específicas. Os novos dispositivos, que se inserem na dinâmica antitética existente entre as fraudes à lei e as leis contra a fraude, constituem uma reação severa, mas eram realmente necessários, sem comprometer aquelas superiores garantias constitucionais”.

Celso Agrícola Barbi (1988, apud THEODORO JÚNIOR, Humberto, 2000, pág. 110):

O processo judicial, enfim, tem muito de jogo, competição. Nessa disputa, é claro que a habilidade é permitida, mas não a trapaça. Daí a

imposição do Código de Processo Civil brasileiro de deveres éticos das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo e a punição severa às suas infrações.

E, também notável que juristas alertam pela evolução e aprimoramento das regras processuais (apud STOCO, Rui, 2002, págs. 80):

Mais do que nunca, o processo deve ser informado por princípios éticos. A relação jurídica processual, estabelecida entre as partes e o juiz, rege-se por normas jurídicas e por normas de conduta. De há muito, o processo deixou de ser visto como instrumento meramente técnico, para assumir a dimensão de instrumento ético voltado a pacificar com justiça.

O que é primordial e essencial no processo de hoje é a solução do litígio dentro da norma legal, mas a busca se transformou em alcançar prestígio e sucesso nas habilidades de demandar com mais desempenho, e que vem sendo prejudicial para a imagem dos profissionais, que estão cada vez mais desacreditado pela sociedade.

Podemos, encontrar algumas sanções impostas para o ato abusivo, a má-fé processual, a litigante temerário, que gerada de provável improbidade de conduta.

É compreensível que “sanções impostas para o abuso do direito de recorrer possuem caráter eminentemente pecuniário, de inegável natureza indenizatória, porque revestida para a parte contrária.” NERY, 2006 p.364.

Então, para o abuso do direito de recorrer podem ser aplicadas quaisquer sanções previstas nos arts 18, e 538 é parágrafo único, ou 557, §2, do CPC, e, que fique claro, tais sanções são aplicáveis ex officio, conforme entendimento majoritário doutrinário jurisprudencial” NERY, 2006 p.364.

O que prevê o art. 16 do Código de Processo Civil é a imposição de responder por perdas e danos como autor, réu ou interveniente, cujo valor será desde logo arbitrado pelo juiz em quantia não superior a 20% sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento (art. 18, § 2º do CPC). Ainda que vitorioso, ao ímprobo demandante serão imputados, além das perdas e danos, os honorários advocatícios e as despesas do prejudicado (art. 18 do CPC).

Porém, no “art. 538 do CPC, em seu parágrafo único, impõe multa para o litigante que interpuser recurso de embargos de declaração protelatório. Semelhante à multa do art.18, que, é de 1% , em caso de reincidência, no caso que o litigante interponha novamente os embargos declaratórios, a multa pode se majorada para 10% sobre o valor da causa” NERY, 2006 p.365.

Seguem as sanções referindo agora o “art.557, em seu §2, impõe sanção de multa pecuniária, fixada entre 1% e 10% sobre o valor da causa, ao agravante que interpuser recurso manifestamente inadmissível ou infundado” NERY, 2006 p.365.

E o “art. 18 é aplicado como sanção indenizatória para os atos atentatórios á administração da justiça, dos quais o abuso do direito de recorrer é espécie. A sanção importa em multa não superior a 1% sobre o valor da causa a ser aplicada de ofício pelo juiz, sem prejuízo de indenização pelo dano processual causado á parte ofendida não superior a 20% sobre o valor da causa, ou liquidada por arbitramento” NERY, 2006 p.365.

Certamente, “sem prejuízo das sanções específicas para as espécies de recursos nominadas pelo Código, as sanções dispostas na parte geral, em especial as do art. 18 CPC, serão sempre aplicáveis. E ocorre a compreensível prevalência destas em

relação às sanções específicas do art 557, §2º, e do art.538, parágrafo único, ambos do CPC, pelo simples fato de que o valor da multa é maior, justificado pela gravidade da conduta.” NERY, 2006 p.367.

Críticas feitas ao legislador, por Barbosa Moreira, “dizendo que as sanções pecuniárias são discriminatórias em razão da fortuna, golpeando significativamente a classe média, e alude ainda à possibilidade da parte ser apenada por erro técnico de seu procurador.” BARBOSA, 2001 p. 80-81.

No entendimento de Rui Stoco, o art.18 expandiu esse universo sancionatório para prever, além da reparação do dano, a imposição de multa, com caráter punitivo, não excedente a 1% (um por cento) do valor da causa, despesas, mais os honorários advocatícios.

“A primeira indagação que emerge é se as punições a título de reparação do dano, de multa e a imposição de verba honorária e despesas podem se aplicadas cumulativamente” STOCO, 2002 p. 98.

Mas “Ora, o art.18 contém previsão de punição pelo exercício temerário da lide ou comportamento de má-fé. As verbas de sucumbência estão estabelecidas em outro estamento, em outra regra e em outro contexto e tem natureza diversa.. Seu suposto e justamente a sucumbência, ou seja, a perda da causa” STOCO, 2002 p. 98.

Por isso mesmo, o Código Processual brasileiro determina ao juiz aplicar, de ofício, a sanção ao litigante de má-fé (art. 18, caput) e prevê um cálculo de multa que independe de levantamento in concreto do dano (§2º).

É dever do juiz, segundo o art. 125 do CPC:

- I-“assegurar às partes igualdade de tratamento”;
- II-“velar pela rápida solução do litígio”;
- III- e “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça”.

Cabe, pois, coibir ou reprimir atos de má-fé (art. 17) sempre que os desígnios do art. 125 sejam infringidos pelo litigante de má-fé, ainda que não se aponte dano patrimonial imediato para o adversário” CALURI, 2006 p. 166.

Infelizmente, a prática forense tem mostrado que nem as medidas preventivas nem as repressivas da má-fé processual são aplicadas coma frequência que seria de se desejar.

Há uma tolerância muito grande por parte dos juízes e tribunais que, se não anula o propósito ético que inspirou as sérias medidas traçadas pelo legislador, pelo menos minimiza muito o seu desejado efeito moralizador sobre a conduta processual.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. GRINIVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Candido Rangel, Teoria Geral do Processo:17ª ed. Malheiros: São Paulo, 2001.

ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva: 2ª ed. Jurídica brasileira, 1988.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Novo Processo Civil Brasileiro. 22ª ed. Forense, 2002.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. Lições de Direito Processual Civil. v.I., 7ª ed. Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2002.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. Lições de Direito Processual Civil. v.II., 7ª ed. Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. v.1, 12ª. ed. Saraiva, São Paulo, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. v.2, 12ª. ed. Saraiva, São Paulo, 1997.

NERY Jr., Nelson, WAMBIER, Tereza Arruda Alvin. Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis. v.9, ed. RT, São Paulo, 2006.

NERY Jr., Nelson, WAMBIER, Tereza Arruda Alvin. Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis. v.5, ed. RT, São Paulo, 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual. v.1, 19ª. ed. Saraiva, São Paulo, 1997.

NEPOTISMO MAGISTRATURA: UM ESTUDO SOBRE ÉTICA

Carlos Albano Volkmer de Castilho¹

Cassandro Devenz²

Darlan Nardi³

Valdomiro Branco Hildebrando⁴

RESUMO

O atual artigo busca discutir a força, o respeito e a própria crença no Judiciário que depende da conduta ética de seus juízes. Destaca que só há Judiciário respeitado, caso seus magistrados exerçam bem a sua função e também sejam independentes. Ao juiz compete fazer ou impor respeito à lei. Cabe ainda interpretá-la de forma imparcial e honesta. A própria idéia de Justiça é de natureza ética, fazendo com que mais do que qualquer outra atividade, a de julgar tenha uma forte conotação moral. Quando se fala em ética profissional, em que a idéia mais clara é aquela de um conjunto de normas e procedimento que baliza o comportamento no exercício de uma profissão. Assim, é a ética da magistratura. Dizendo respeito as normas ligadas ao exercício da profissão de julgar as que está submetido o julgador. Talvez, a mais importante norma ética em relação ao Juiz, é a virtude como um dever, inclusive, legal. Isto significa manter uma conduta irrepreensível, tanto em termos de vida pública quanto particular. É manter uma conduta insuscetível de repreensão vinda da sociedade ou não. O magistrado é um agente privilegiado da justiça e, como tal, não pode se afastar de um código quer seja escrito ou não respaldado na ética. Busca-se chamar a atenção para o fato de que a prática do nepotismo no judiciário vem se agravando cada vez mais fugindo assim a regra de moralidade e Justiça. A ilegítima apropriação da coisa pública no judiciário por núcleos familiares tem se alternando em verdadeiras sucessões “dinásticas”, constitui em situação de inquestionável anomalia. O fim do nepotismo é essencial para garantir a dos princípios constitucionais, da tarefa que, verdadeiramente, cabe ao poder judiciário, em particular a cada magistrado.

PALAVRAS CHAVE: Nepotismo, Magistratura, Ética

¹ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

² Professor do Centro Universitário Unifacvest.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

⁴ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

NEPOTISM MAGISTRATURE: A STUDY ON ETHICS

Carlos Albano Volkmer de Castilho¹
Cassandro Devenz²
Darlan Nardi³
Valdomiro Branco Hildebrando⁴

ABSTRACT

The current article seeks to discuss the strength, respect and belief in the Judiciary that depends on the ethical conduct of its judges. It emphasizes that there is only a respected judiciary if its magistrates exercise their function well and are also independent. The judge is responsible for enforcing or enforcing the law. It is still necessary to interpret it impartially and honestly. The very idea of Justice is of an ethical nature, making that, more than any other activity, that of judging has a strong moral connotation. When it comes to professional ethics, where the clearest idea is that of a set of rules and procedures that guide behavior in the exercise of a profession. So, it is the ethics of the judiciary. Concerning the norms related to the exercise of the profession of judging those to which the judge is subject. Perhaps the most important ethical norm in relation to the Judge is virtue as a duty, even a legal one. This means maintaining an irreproachable conduct, both in terms of public and private life. It is to maintain a conduct unsusceptible to reprimand from society or not. The magistrate is a privileged agent of justice and, as such, cannot deviate from a code whether written or not based on ethics. It seeks to draw attention to the fact that the practice of nepotism in the judiciary has become increasingly aggravated, thus evading the rule of morality and justice. The illegitimate appropriation of public property in the judiciary by family nuclei has been alternating in true “dynastic” successions, constitutes an unquestionable anomaly situation. The end of nepotism is essential to guarantee the constitutional principles, the task that truly falls to the judiciary, in particular to each magistrate.

KEYWORDS: Nepotism, Magistracy, Ethics

¹ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

² Professor do Centro Universitário Unifacvest.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

⁴ Professor do Centro Universitário Unifacvest.

INTRODUÇÃO

O índice de evolução de um país democrático é demonstrado essencialmente pela garantia de eficácia, de seriedade, com que se cerca o Poder Judiciário; quanto mais os seus órgãos e membros forem resguardados de influências negativas, mais perfeito será o funcionamento das Instituições Democráticas, maiores garantias terão assim aqueles ilustres desconhecidos, os empobrecidos da nação, que à Justiça submetem suas questões.

A função de julgar não é uma delegação divina; o Estado politicamente organizado concede tais poderes aos bem dotados de idéias, de saber jurídico, sendo preciso que haja dignidade, atitude de respeito de quem a exerce, diante dos cidadãos.

Os poderes do Estado constituem uma correlação de forças, que mutuamente se condicionam. Evidente, portanto, que um poder só pode ser limitado por outro poder. Se o Poder Legislativo interfere na ação do Executivo, não há liberdade. O mesmo ocorre do Legislativo, ou Executivo, em relação ao Judiciário.

No Brasil, o magistrado não tem, como todos os demais cidadãos, tranqüilidade no tocante a seus vencimentos, pois depende muito do governo, da inflação. Embora com um salário diferenciado, em função da maioria da população, a quantia recebida pode ser questionada, frente às suas expectativas de vida de um juiz, frente ao que lhe é cobrado pela sociedade, fato este, no entanto, que não pode influenciar sua conduta moral profissional. Se ele se mostra “mau caráter” no exercício de sua função, é porque, já o era, antes de ingressar na magistratura. Precisa construir uma imagem de equilíbrio de independência, não só na vida de juiz, como também na particular, na sua vida privada, para que tenhamos confiança nas suas decisões.

O objetivo deste trabalho é discutir sobre como está a questão do nepotismo frente ao exercício da magistratura considerada a Ética na sociedade brasileira e, atualmente, como a Ética, se coloca na relação entre Estado e Sociedade, enfocando fatos atuais e angustiantes como “pano de fundo”, como o envolvimento de menores no tráfico do Rio de Janeiro, a violência urbana, a total falta de respeito com que muitas vezes é tratada uma das representações mais importantes na nação, o Exército, atacado também, “no seu espaço”, por traficantes.

Levando em conta tudo isso o foco é questionar nepotismo e o compromisso ético do magistrado para com a sociedade brasileira, suas verdadeiras atribuições perante os valores dominantes, a importância do uso correto da linguagem jurídica, por parte dele.

Por fim, aprofundamos a discussão sobre nepotismo, tomado como referência negativa da prática profissional na magistratura, assunto extremamente atual pelo que se passa na política brasileira, que conseqüências traz como fenômeno negativo para a sociedade por toda a indignação e revolta que origina.

Abordamos a ética na sociedade brasileira atual, sua relação com o Estado com a Sociedade, sob o domínio da criminalidade, violência, envolvendo crianças e adolescentes à margem da lei e analisamos o conceito de justiça e ética de inclusão.

Procuramos visualizar o Juiz com seus compromissos éticos na sociedade, com a prevalência de valores éticos deontológicos a importância do uso correto da linguagem pela magistratura.

Finalizando o terceiro capítulo expondo o nepotismo como referência negativa para a magistratura, bem como medidas para seu combate, que precisam ser tomadas.

1. ÉTICA NA SOCIEDADE BRASILEIRA ATUAL

“As origens do poder judicial são as próprias origens do Direito (...) inserindo na sociedade, adquire valores, compromete-se com uma moral social” LANGARO, 2001 p. 74

Segundo Guilherme; Christmann (2002. p. 15), “a moral diferencia-se da ética, apesar de ter um objetivo igual: o ordenamento do comportamento social. Elas partem de premissas diversas. A moral tem como fundamento o próprio comportamento social e a ética, uma reflexão sobre ele”.

O homem sempre viveu em sociedade, é considerado como ser moral, pleno de valores, em constante mudança e evolução. O processo de urbanização levou-o a confrontar-se com um desafio novo decorrente do relacionamento que a urbe, por sua constituição física e legal, exigindo uma reformulação em relação à crenças e atitudes de cada pessoa, algumas inclusive obtidas no meio rural. No meio rural, ainda hoje, há um controle maior da conduta humana, valoriza-se a mais a palavra dada, como afirmação de comportamento de uma dada pessoa. No meio urbano, diferente disso, o que determina o ponto de entendimento são o contrato, a regra e a lei como variáveis externas que regulam as relações sociais, atrofiando de certa forma, o crédito na pessoa em seus valores e crenças.

Segundo Saint Clair Nickelle (2004) “para sobreviver no meio urbano, o urbanista recriou o GRUPO DE REFERÊNCIA, à semelhança do primitivo, para comungar os mesmos interesses e defender suas convicções. Daí surgiram as associações, os partidos políticos e, até as gangues, etc...”

A conduta ética hoje, principalmente nos grandes meios urbanos é proveniente de regras exigidas a serem cumpridas, do modo participativo como foram estabelecidas, da seriedade com que devem ser cumpridas ultrapassando a vontade individual. Por outro lado, a urbanidade, que traduz civilidade, cortesia, afabilidade, ainda é deficiente em muitas de nossas cidades, mas há muita vontade individual e coletiva buscando aperfeiçoá-la. Nesse sentido, os códigos de conduta e/ou ética dão, aos grupos organizados, sustentação na busca de uma responsabilidade social e por decorrência de uma qualidade de vida não só na cidade como também no campo.

1.1 O JUIZ E SEUS COMPROMISSOS ÉTICOS NA SOCIEDADE BRASILEIRA ATUAL

Estão os juristas de forma geral e os magistrados, de maneira própria, intelectualmente preparados para interpretar e aplicar o Direito à luz de uma realidade absolutamente diversa daquela que orientou as grandes construções teóricas da Dogmática Jurídica?

O pensamento jurídico brasileiro sofreu por décadas e ainda sofre a influência do Positivismo. Os regimentos de alguns tribunais mostram que a Justiça parece não ter acordado ainda para o fenômeno dos conflitos coletivos e da ascensão das massas pobres, ao clamor organizado perante os pretórios, que isso implica

Segundo Benedito Calheiros Bomfim 1998. p. 99:

A vestimenta da toga não desveste o cidadão, não anula os sentimentos cívicos, a consciência política e social do juiz, que, ao abraçar a profissão, não muda nem perde a condição humana. Não é a vestimenta que faz o homem, nem o título faz o juiz.

Existem certos regimentos em que as partes vestem terno e gravata, para assistir às sessões e limitam a representação dos litigantes a um ou alguns deles, com acompanhamento do advogado, mesmo que se trate de uma ação que teria a ver com centenas ou milhares de pessoas. Como medidas regimentais, constituem violência contra o povo, não só porque a maioria dos brasileiros não tem terno e gravata, nem para casar ou ser enterrado, como também porque não se pode vetar o ingresso nos tribunais daqueles que têm o legítimo direito de assistir ao julgamento, constitucionalmente público, independentemente do tipo de vestimenta que portem.

Achemos que o excessivo fechamento do poder judiciário dentro de si mesmo tem dificultado seu arejamento. Sua independência e autonomia, se compreendidos como mecanismos que colocam a Justiça acima de qualquer controle, podem acarretar a esclerose do sistema, o estreitamento dos canais de acesso à Justiça.

O Poder Judiciário atual precisa de Juízes cada vez mais comprometidos com as necessidades do cidadão, que atuem com imparcialidade no exame do que ocorre ao seu redor e que as administrem de modo que expressem a confiabilidade originada do uso de uma solução adequada, aplicando a lei ao fato conhecido, sem desprezar o direito subjetivo genérico relativo à cidadania.

Diz ainda Benedito C. Bomfim 1998. p. 101:

O mais relevante papel social e político do juiz está em velar pelas liberdades, públicas, pelo respeito aos direitos humanos, pela preservação das instituições democráticas, pelos valores da ética, da dignidade do trabalho, pela redução das desigualdades sociais, em observância aos princípios paradigmáticos da Constituição da República, da qual ele é guardião.

(...)

É preciso enfatizar que o Poder Judiciário tem um compromisso histórico e moral com a preservação dos valores fundamentais que protegem a dignidade da pessoa humana. Os magistrados não podem prescindir, na sua atuação institucional, da necessidade observância de um dado essencial que se exterioriza da preponderância do valor ético fundamental do homem.

Buscam-se um perfil novo, para os que dirigem a máquina do Poder Judiciário um retrato que apresente o magistrado, membro desse Poder, desvinculado emocionalmente dos atritos que estão submetidos à sua apreciação e sujeitos à sua decisão, afastado de qualquer interesse particular e que demonstre se submeter a todas as restrições impostas. Pretende-se, ainda, que esse membro do poder, agente público especial, seja praticante dos valores mais categorizados e conhecidos por quem convive com o ambiente social, que se entregue em tempo integral e dedicação exclusiva à causa de “fazer Justiça” e que, concomitantemente, esteja permanentemente atualizado com respeito à evolução da ciência jurídica, tecnológica e social.

Nossos estudos mostram-nos a existência de um Poder Judiciário buscando o seu rumo, graças ao esforço desmedido de muitos Juízes que, com sacrifício de sua

saúde e do convívio com suas famílias, bastam para se preservar do emaranhado de um sistema social que cresce desordenado e que questiona se o “só aplicar a lei”, em si mesmo, implica em se fazer justiça ou injustiça, e que busca, também, uma moldura mais aperfeiçoada de encontrar o justo diante de um caso determinado.

Novamente Benedito C. Bomfim (1998 p. 103-104) ressalta que:

Contingentes de juizes, ultimamente, tem dado sinais de que a magistratura tende a democratizar-se, descer das alturas para o mundo dos mortais. Já reconhecem publicamente, as graves deficiências da Justiça, notadamente do que toca ao seu isolamento, a distância em que vêm se mantendo da comunidade, da qual começam a admitir que são simples mandatários, meros servidores.

(...)

Realmente, já é tempo de saírem os juizes de sua torre de marfim, de se libertarem de seu empedernido conservadorismo, e tomarem consciência de que sua função não é de mero aplicador da lei, de fiscais do formalismo processual, e sim de produtores de justiça, a serviço da sociedade.

Não há como um magistrado permanecer “a parte”, recolhido a uma “torre de marfim”, onde a lei se colocaria no nível de um mero formalismo pro-anual.

Não ignoremos que o Poder Judiciário atua sempre sob forte pressão no sentido de respeitar e fazer respeitar a liberdade do ser humano e todos os demais direitos que o protegem, o que faz aumentar a sua responsabilidade no atendimento aos anseios do cidadão.

Temos como exemplo, a discussão plantada no ambiente doutrinário jurídico brasileiro sobre o direito de propriedade se apresenta, hoje, tendo em vista os princípios contidos na Constituição Brasileira, com o mesmo grau hierárquico do direito à vida.

Alguns procedimentos do Judiciário merecem, na linha do afirmado, meditação mais aprofundada, se confrontados com os princípios constitucionais vigorantes em nosso ordenamento jurídico da atualidade.

Tal é o caso da aplicação cega e direta de dispositivos do Código Civil no tocante às ações possessórias, sem se perceber que vários deles não foram recepcionados pela Constituição Federal.

Como visto, o Poder Judiciário há de ficar atento à crise vivida pelas instituições no final do século passado, por muitas se apresentarem em desconformidade com os anseios do homem de hoje. Inclui-se, também, nesse contexto, segundo podemos observar, o temor que se tem com um movimento mudo, existente nas ruas, que pode levar ao fim de um ciclo democrático por se sentir uma tendência em se aceitar a substituição da liberdade fundada em um Estado Democrático por um pouco de pão, mesmo que seja ofertado por um Estado Totalitário. Este é claro, é um risco que não podemos correr em nosso país.

Os homens que constroem o Estado e que aperfeiçoam ou destroem as suas instituições devem ter olhos colocados em torno das turbulências que aconteceram, por exemplo, na Venezuela, no Peru e em outros países. O fato, apenas, de ter sido saciada a fome daqueles que a tinham de se ter conseguido abrir um leque de trabalho ofertado a quem o procurava, minimizar a violência que estava eclodindo no espaço do regime democrático, por si só, não o legitimou.

O Poder Judiciário, ao buscar maior eficácia e efetividade nas suas ações, há

de contribuir para estabelecer mecanismos aptos a superar ou diminuir crises desse tipo.

É necessária, além da atuação de outros setores, sociais, políticos e econômicos, a presença ordenada do Poder Judiciário, do culto pelos seus Juízes, do respeito aos princípios pregados pela axiologia, pela Ética, por esses mesmo juízes, consideramos que revitalizar o Poder Judiciário não é só buscar novas estruturas materiais para o seu funcionamento. É, também, revolucionar o atuar dos juizes que o compõem e fazê-los conviver em um sistema, onde os valores morais tenham supremacia absoluta. É homenagear, em toda a sua amplitude, os princípios axiológicos, éticos exigidos para o seu atuar como juiz, certo de que eles têm força preponderante, em qualquer sistema de Direito.

Nesse particular, é importante lembrarmos a lição de Noberto Bobbio (1997), ao afirmar:

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. a palavra princípios lea a enganho, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. e esta é também a tese sustentada por *crisafulli*. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles; se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, função de regular um caso.

Do mesmo modo, o afirmado por Jorge Miranda 200 p. 67:

O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O direito é ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultada de vigência simultânea; é coerência ou, talvez, mais rigorosamente, consistência; é unidade de sentido, é valor incorporado em regra. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor, projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos.

O Juiz da época atual, desse início do Século XXI, deve se apresentar como profissional capacitado para questionar os fatos sociais que o cercam e decidir sobre eles com olhos voltados para uma realidade onde o cidadão aparece como figura central.

Para tanto, torna-se essencial a sua vinculação ideológica e comportamental, na prática, aos princípios que informam a ciência jurídica e a dos valores.

Segundo pensamento de Elcias Ferreira Costa 2002. p. 222:

É para a pessoa do juiz que se voltam os olhares de toda a sociedade e para ele, como se fosse a presença divina entre os homens, é que se dirige a esperança de todos os vitimados, seja pela violação em seus direitos, seja pelo extermínio ou lesão dos entes queridos, seja pela suspeita de culpabilidade relativamente a delitos cometidos por outros, seja pelo aguião da própria consciência, em fim pela injustiça social vigente

em todos os tempos, e ainda para ele se dirige a esperança dos que se vêm merecidamente perseguidos pelo jus puniendi do Estado. Ele corporifica, na verdade, a face humana da justiça ideal.

Não deve o juiz pós-moderno desconhecer que os princípios éticos são normas, muitas vezes implícitas, mas que devem ser seguidas, pela atribuição que têm, de fortalecer o sistema jurídico.

1.2 ATRIBUIÇÕES FUNCIONAIS

O magistrado, por exercer uma atividade pública elevada à categoria de membro do Poder, é um profissional vinculado a um atuar sempre controlado pelo Estado. Dele, de modo sistemático e cogente, a lei exige um comportamento compatível com os padrões que ela própria estabelece, onde coerência e conduta ilibada se apresentam como valores mais significativos.

O ordenamento jurídico brasileiro adota posicionamento de impor centenas de regras de conduta a serem obedecidas pelo juiz, quase todas com imposição de reprimenda pelos órgãos correccionais, se forem desobedecidas.

A filosofia adotada pelo nosso sistema, de elencar em norma positiva como deve se comportar o juiz, na sua vida profissional, contribui para que, além da possibilidade de se submeter ao controle oficial, facilmente, ele seja repudiado pelos vários estamentos sociais, ao menor sinal de desconfiança de prática de conduta contrária aos padrões estipulados pela lei.

Necessário se faz, em decorrência dessa filosofia estatal, que o magistrado conheça e interprete os vários ditames legais que lhe impõem o modo de se conduzir nos seus relacionamentos sociais e profissionais, exigindo-lhes predicados para o exercício de sua função, que não são cobrados dos demais membros do Poder Judiciário, do Legislativo, nem de qualquer categoria de servidor público.

Para o conhecimento de tais normas, há que começarmos com o exame da Constituição Federal. Esta, em seu artigo 93, II, “c”, que só permite a promoção do juiz por merecimento, se ficar aferido, por critérios objetivos, ter o mesmo se conduzido, no exercício da jurisdição, com presteza e segurança, bem como se tiver freqüentado com aproveitamento cursos reconhecidos de aperfeiçoamento.

Não há, em todo texto constitucional, nenhum dispositivo impondo a qualquer categoria profissional esse requisito para a obtenção de promoção por merecimento. Consideremos, também, que a exigência dessa regra de conduta é vista como princípio a ser observado por toda magistratura brasileira, conforme deprendermos da dicção do “caput” do art. 93, da Carta Magna.

Exige, ainda, a Constituição Federal (art. 93, II e VII) que o juiz titular resida na respectiva comarca. O não cumprimento dessa norma constitui-se em descumprimento a uma determinação constitucional e, conseqüentemente, em caracterização de conduta irregular por parte do magistrado, permitindo a imposição de sanções através dos órgãos correccionais.

Além disso, a Carta Magna só permite a nomeação de Ministros para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça de cidadãos possuidores de notável saber jurídico e de reputação ilibada (arts. 101 e 104, parágrafo único).

Para a composição dos órgãos dos demais Poderes do Estado, não há, no entanto, essa exigência constitucional.

Fora do texto da Constituição vemos que, a conduta do magistrado começa por ser definido na Lei Complementar nº 35, de 14.3.1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) que será substituída pelo denominado Estatuto da Magistratura, conforme o art. 93, caput, da Constituição Federal.

Identifica-se no referido diploma legal (LOMAN) um elenco de deveres impostos ao magistrado, todos eles lhe desenhando uma determinada conduta no exercício de funções e no ambiente social em que vive.

A conferência dos respectivos dispositivos legais bem demonstra a exatidão do afirmado. É o que passamos a fazer.

O art. 35, do Título III, intitulado “DA DISCIPLINA JUDICIÁRIA”, Capítulo I, denominado “DOS DEVERES DO MAGISTRADO”, está assim redigido, conforme o exposto por ELCIAS FERREIRA COSTA 2002 P. 224:

Art. 35 - São deveres do magistrado:

I - cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício;

II - não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar;

III - determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais;

IV - tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender a quem o procurarem a qualquer momento, quando se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência;

V - residir na sede da comarca, salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado;

VI - comparecer pontualmente a hora de iniciar-se o expediente ou a sessão; e não se ausentar injustificadamente antes de seu término;

VII - exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes;

VIII- manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.

Não podemos deixar de reconhecer, o estabelecimento de normas de proceder dirigidas ao magistrado que restringem o seu modo de conviver na sociedade, que coloca a sua conduta sob efetivo controle de todos os cidadãos.

Em face das responsabilidades assumidas por ele para com a sociedade, tudo em decorrência das múltiplas funções que desempenha no sentido de ser, em nome do Estado, o mensageiro condutor da estabilidade das relações entre os homens, não podemos considerar “exagerada” a mensagem legislativa. O que ela transmite é a vontade do Estado e, conseqüentemente, do cidadão de que o juiz seja sempre considerado como homem de comportamento exemplar, não só no aspecto funcional, mas, com o mesmo grau, no campo social e familiar.

Observamos que o ordenamento jurídico absorveu os ensinamentos de Francisco Campos, postos na Exposição de Motivos ao Código de Processo Civil (CPC) de 1939, de que o juiz é o Estado administrando a justiça. Essa concepção contribui para

configurar o juiz como sendo um servidor das partes em particular e da sociedade em geral, pelo que há de se lhe for exigido uma conduta compatível com a função por ele exercida.

A prática de qualquer desvio da conduta frente à lei, pelo magistrado evidencia um profundo desgaste para toda a magistratura, por diminuir “a confiança que a coletividade jurisdicionada tem o direito de ter nos seus Juízes, ou seja, a confiança do público na Justiça, da qual ele é membro” LAZZARINI, 2000 p. 102.

A conduta do juiz na direção do processo civil, por exemplo, é fixada em vários dispositivos do CPC.

A descrição em um só campo dos vários artigos que impõem ao juiz o cumprimento de prazos revela quão exigente é a norma jurídica positivada a respeito desse aspecto. Esse posicionamento do legislador, de certa forma, para muitos, depreciativo, para o conceito de que deve gozar o magistrado, decorre da inquietação presente no seio social pela demora na entrega da prestação jurisdicional, tantas vezes presumida.

Urge que o juiz, por isso se conscientize de que o retardamento na entrega da prestação jurisdicional é um fenômeno não mais visto como aceitável pelas gerações contemporâneas. Por conseguinte, há que ele desenvolva esforços, com “irradiações” para os vários segmentos do Poder Estatal, no sentido de imediata solução desse problema, em razão de a sua permanência resultar em profundos danos para a sobrevivência do Judiciário como Poder que garante a consecução da Justiça, a afetividade do Estado Democrático de Direito.

Os cursos de direito podem desempenhar a missão de ‘fermento de massa’ no universo do Direito. Sua ação pode ajudar a rediscutir o Direito e o papel social do jurista. Os cursos jurídicos poderão influir em todas as profissões do Direito, exercendo um papel de mediação entre os profissionais e a realidade sócio-político-econômica. Essa realidade reclama da Ciência do Direito um papel intervencionista.

3. O NEPOTISMO COMO REFERÊNCIA NEGATIVA PARA A MAGISTRATURA

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) tem questionado severamente o nepotismo nos Poderes Executivo e Legislativo. A associação, que provocou o Supremo Tribunal Federal para que este se manifestasse pela constitucionalidade da resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que proibiu o nepotismo no Judiciário, entregou em março deste ano, uma representação ao Ministério Público Federal. No documento, a AMB pede ao Ministério Público Federal a instauração de procedimento administrativo para que o órgão possa ajuizar ação de improbidade contra os membros de ambos os poderes que mantêm parentes não concursados em cargos comissionados. A associação defende que, agindo assim, eles violam os princípios da moralidade e impessoalidade. Os juizes entendem que o fim do nepotismo independe de emenda constitucional, como defendem alguns setores. Para eles, uma vez que já houve a interpretação de que a prática está proibida no Judiciário, o mesmo deve se aplicar aos demais poderes.

É então que os “cargos de confiança”, “em comissão”, tão comuns na dinâmica do Estado, podem ser questionados, tanto no legislativo, quanto no executivo.

Tanto quanto a ausência de limitações precisas entre os cargos de natureza política e os de natureza técnica, a ausência de uma política de recursos humanos tem sido apontada como fator impeditivo da construção de um perfil profissional para os cargos comissionados, criando espaço para a distribuição aleatória, arbitrária e clientelista desses cargos.

O nepotismo arraigou-se de tal forma no sistema político-jurídico, na mente de nossas elites, que durante anos, foi visto com condescendência, encarado como “prática normal”, “usual”, “costumeira”. Acaba, que, um dos fatores que contribuem para essa situação de proliferação de cargos comissionados, é o de não exigir concurso. A abundância desses cargos na administração federal permite que ocorra um elevado grau de politização da direção da administração pública, em todos os níveis, contrariamente ao que ocorre nos países europeus, que adotaram o critério de carreira, de concurso público. Embora vigore, no âmbito federal, desde outubro de 1989, a Lei n.º. 7.834, que determina prioridade para os cursos destinados à qualificação de servidores para o exercício de atividades de direção e assessoramento superiores e formulação de políticas públicas, têm sido realizados até agora investimentos inexpressivos, nesse sentido. Todo esse conjunto de fatores acaba, assim, perpetuando-se como obstáculo à priorizado de planos de carreira, uma vez que a profissionalização dos quadros de pessoal torna-se essencialmente incompatível com o elevado grau de possibilidade atualmente existente nos altos escalões políticos para o provimento de cargos comissionados.

Segue para melhor explicação o art. 37 da CF:

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

Para melhor delimitar o campo de utilização desses cargos, a Emenda Constitucional n.º. 19, de 4 de junho de 1998, deu nova redação ao artigo 37 da CF. A redação original do dispositivo previa que os cargos em comissão e as funções de confiança

seriam exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei. Todavia, a existência, na administração direta, autárquica e fundacional do poder executivo, de cerca de 19.600 cargos comissionados de livre provimento, sem contar aqueles existentes no poder legislativo e no judiciário, não associados à condição de ser o ocupante servidor público de carreira, tornou inútil o dispositivo, fazendo com que a máquina administrativa, em seus vários níveis, permaneça “absolutamente permeável à vontade do dirigente político, fator que é mais identificado à medida que se sobe na escala hierárquica” SPECK, 2002 p. 150-151.

Outro instrumento associado ao nepotismo, que também contribui para impedir uma verdadeira profissionalização do serviço público, em decorrência de seu conteúdo desestruturador da gestão de pessoal, é a faculdade de contratação de pessoal para atender a necessidades temporárias, sob o pretexto, como se diz, de “excepcional interesse público”. Apesar das limitações impostas na esfera federal pela Lei nº. 8.745, de 1993, essas situações de contratação, mesmo fora da regra geral, têm produzido um crescimento paulatino e descontrolado do contingente de “pessoal temporário”, que acabam por se tornar “permanentes”. Embora originalmente essa lei determinasse o controle das contratações temporárias pelo extinto Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, essa exigência foi revogada, inexistindo, pelo que lemos registros confiáveis que permitam aferir de forma exata o número de servidores que permanecem contratados em caráter temporário. Talvez por essa razão, se justifique a divergência entre órgãos do próprio governo federal sobre o número deles: “enquanto para o Ministério do Planejamento, não passam de 6,7 mil funcionários, para o Ministério da Fazenda somam quase 12,7 mil contratados.

Essa situação tende, a longo prazo, a reproduzir aquela já vivenciada dos extranumerários, de tabelas de especialistas, pois, além da flexibilização dos próprios requisitos de ingresso dispensando-se, muitas vezes, até mesmo a realização de processo seletivo prévio -, vêm também sendo ampliadas, além dos limites da razoabilidade, as situações em que tais contratações “excepcionais” são permitidas. Sabemos que a legislação federal tem sofrido numerosas alterações, desde 1995, com o propósito de autorizar novas hipóteses de contratação temporária, o que reforça a desorganização do sistema, a possibilidade da criação de situações onde caracterize o nepotismo.

Para que este seja banido definitivamente do cenário nacional, da senda política, é necessário que se tenha mais seriedade na gestão da coisa pública, não mais a colocando como “um negócio de família”, onde se bloqueiam, de acordo com a própria vontade, pessoas do mesmo sangue e possíveis amigos.

Elcias Costa 2002 p. 59 Designa como profissão: “a prestação de serviços especializados, para os quais se requer habilitação e credenciamento regulados por lei, à base de aptidões técnica e moral, prestação em caráter permanente, e na qual o prestador retira o meio econômico para sua subsistência”.

CONCLUSÃO

Buscamos entender através deste trabalho o porquê da sensação generalizada de descompromisso que notamos por parte do judiciário e, em especial dos membros

da magistratura quanto o assunto polêmico e atual, como é o nepotismo, e se isto teria influência na atual conjuntura, com aumento dos índices de criminalidade e violência, em que nos encontramos. Procuramos nos aprofundar no assunto, para alcançarmos uma crítica justa, e não repetindo apenas a que vemos exposta na mídia, em geral. Ao longo do estudo, pudemos verificar que há sim um grande interesse da magistratura em superar o problema do nepotismo, vimos também, como trabalhos sociais buscam a inclusão dos menos favorecidos, em busca dos seus direitos, pelo Judiciário. Porém mesmo assim, são inúmeros os casos de flagrante corrupção que têm comprometido a estrutura da classe, como os aqui mencionados e, na verdade vemos que uma minoria, que vem cometendo deslizes éticos e morais acabam por tomar grandes proporções “devido” a mídia, que sempre expõe os aspectos negativos com grande destaque e passando informações à sociedade em geral, como se fosse comuns, nos dando a idéia da sensação de generalidade relatada no início desta exposição.

Os magistrados detêm prerrogativas, nas suas atribuições funcionais, que pretendem dar a sensação de justiça às lides; Aristóteles diz que ir ao juiz é o mesmo que ir à justiça. Os Magistrados que na sua maioria não conseguem sequer as vezes equiparar-se as partes, para entender e se “fazer entendido”. É importante sim para o magistrado, escrever e falar corretamente, porém não rebuscado. Para desenvolver habilidade de julgar, deve sim, o magistrado procurar sempre se atualizar e para isto a leitura é imprescindível.

Na análise feita sobre princípios éticos que regem sua atuação, encontramos inúmeros casos que desabonam a classe, mas devemos sempre lembrar que são uma minoria, como dito anteriormente. Conseguimos verificar analisando a parte teórica, na busca de informações na imprensa escrita, falada e em algumas exposições de magistrados, que expõem suas idéias contrárias ao nepotismo. Assim como confirmaram, no curso do trabalho na magistratura, aparecem muitas “oportunidades e facilidades” para a pessoa se corromper e isso tem sido tão freqüente, que chegam a abalar a classe. Mas não adianta só lamentar, é preciso agir contra isso. Encontramos magistrados que não se sentem de posse da prerrogativa de denunciar, como foi o caso da Dra. Vólia Bonfim, juíza trabalhista, com quem tivemos a felicidade de conversar, o que nos acrescentou que muitos se sentem “atados” e “com medo” de serem perseguidos caso venham a denunciar colegas que ferem a ética, vinculando-se ao nepotismo.

Aprendemos que buscado formas mais eficazes de combate ao nepotismo dentro da própria reforma do Judiciário, pela repreensão explícita a nas práticas de favorecimento pessoal.

Acreditamos que importante para o sucesso dessa luta é o comprometimento dos magistrados como um todo, porém, ainda se encontra “resistência” por parte de alguns, “resistência” esta que vai de encontro ao que determina a Democracia: o nepotismo fere princípios constitucionais como o da Igualdade para todos, por exemplo.

A prática do nepotismo é um “mal” que precisa ser exterminado do Poder Judiciário, “escolher” parentes, amigos, que sejam “de confiança”, deixando de lado o concurso público é uma atitude de manipulação desse poder, que fere a Ética, comprometendo a “postura” do juiz.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. Ed. Martins Fontes, 2000.
- AGGEGE, Soraya, WEBER Demétrio, GUEDES, Ciça. “Onde foi parar a ética?” *Jornal O GLOBO*. 12 mar. 2006.
- ALMEIDA, Guilherme A., CHRISTMANN, Martha O. *Ética e Direito: uma perspectiva integrada*. São Paulo: Atlas, 2002.
- AMORA, Dimmi, CÂNDIDA, Simone. “Mil jovens detidos por tráfico a cada ano”. *Jornal O GLOBO – Seção Rio*. 21 mar. 2006.
- ARAÚJO, Vera. “Falcão sobreviventes só dormirá na prisão”. *Jornal O GLOBO – Seção Rio*. 29 mar. 2006.
- BENTHAM, Jeremy. *Dicionário básico de filosofia*. Em 1834. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.
- BRASIL, Ubiratan. “No olho do furacão”. *Jornal O ESTADO DE SÃO PAULO*. 20 mar. 2006.
- CALDEIRA, Regina. “Uma nova postura na Justiça do Trabalho”: Ministro Vantuil Abdala. *Justilex – Ano III*, n. 29 maio 2004.
- COSTA, Elcias Ferreira da. *Deontologia jurídica: ética das profissões jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- Dicionário de Ciências Sociais*. V. 2, 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1987.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FRANCO, Bernardo Mello. “Falcão meninos do tráfico: imagens de uma infância perdida”. *Jornal O GLOBO - Seção Rio*. 3. ed. 2 mar. 2006.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Para onde vai o direito? Reflexões sobre o papel do Direito e do jurista*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001
- LEALI, F.; LA PENÃ, Bernardo de. “Nos tribunais, jeitinho para salários de até R\$ 56 mil”. *Jornal O GLOBO*. 12 mar. 2006.
- LOYOLA, Leandro. “Juizes sobre controle”. *Revista Época*. 2 fev. 2004.
- MACEDO, Fausto. “MP vai ao Supremo para validar regra contra Nepotismo”. *Jornal O ESTADO DE SÃO PAULO*. 2 mar. 2006.

MAYRINK, Itamar. “Desembargadores fazem greve por privilégio”. *Jornal O GLOBO*. 2. ed. 21 mar. 2006.

MILHOMENS, Jonatas. *Manual do magistrado*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NALINI, J. Renato. *Curso de deontologia da magistratura*. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Ética geral e profissional*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *O Juiz e o Acesso à Justiça*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

NICKELLE, Saint Clair. *Ética na sociedade atual*. Maio de 2004. Disponível em <<http://www.crea-rs.org.br/crea/etica>> . Acesso em 10 de abril de 2006.

OTAVIO, Chico. “Às pressas, Tribunal de Justiça do Rio abre brecha para volta do nepotismo”. *Jornal O GLOBO*. 9 mar. 2006.

SAMARCO, Cristiane. “Legendas pedem a Jobim definição sobre alianças”. *Jornal ESTADO DE SÃO PAULO*. 8 mar. 2006.

SEABRA, Catia, CIOCCARI, Vanice, GUEDES, Mussoline. “Quando o nepotismo é regra”. *Jornal O GLOBO – Seção País*. 28 jan. 2001.

SILVA, Dalmo. *A psicologia aplicada ao direito e à justiça – no seu dia-a-dia*. 2. ed. Rio de Janeiro: BVZ, 1996.

SPECK, Bruno Wilhelm (Org.). *Caminhos da terra*. Campinas, SP: UNICAMP, 2002.

VI Jornada Teixeira de Freitas. “Democracia e formação dos juízes”. 1ª parte, 26 ago. 1997. Rio de Janeiro: Destaque, 1998.

WABER, Demétrio. “AMB: decisão do TJ do Rio é lamentável”. *Jornal O GLOBO*. 15 mar. 2006.

WEBER, Demétrio. “CNJ veta manobra antinepotismo do TJ do Rio”. *Jornal O GLOBO*. 2. ed. 29 mar. 2006.

NORMAS PARA COLABORADORES

A Revista **EXEQUATUR**, revista jurídica do Centro Universitário UNIFACVEST, terá como regras editoriais para a apresentação de artigos as seguintes:

1. Os artigos deverão ser inéditos (não publicados em periódicos de circulação nacional);
2. Os artigos deverão ser entregues num envelope fechado, em três vias, e o nome do autor deverá ser omitido (*blind review*) para a apreciação e análise do Conselho Editorial;
3. Acompanhará o envelope com os artigos, um envelope lacrado, com o título do trabalho e um breve Curriculum Vitae, contendo: nome completo, titulações, atividades profissionais em desenvolvimento, instituição de origem, projetos de pesquisa e extensão desenvolvidos, publicações recentes (últimos 5 anos), endereço completo com endereço eletrônico;
4. Dados técnicos: os artigos deverão conter de 5 a 15 páginas, incluindo texto, referências e ilustrações;
5. A apresentação do artigo¹ deve seguir as normas apresentadas no livro: Procedimentos de metodologia científica², referendados pela ABNT³.
6. O endereçamento para correspondência é: Revista EXEQUATUR. Att. Coordenação de Direito da UNIFACVEST. Av. Mal. Floriano, 947. Lages – SC
7. Os autores receberão, no período de até 35 dias documento informando sobre a análise pelo Conselho Editorial Externo e pelos revisores;
8. Os autores deverão anexar declaração autorizando a UNIFACVEST e a PAPERVEST Editora a publicar os artigos sem quaisquer custos para os autores, bem como desenvolver publicidade na mídia sobre a publicação;
9. A periodicidade de circulação da revista será semestral e os artigos serão recebidos até 30 dias antes do fechamento da edição.

Cordialmente,

Renato Rodrigues

Editor

Pró-reitoria de Pesquisa e Extensão

¹ O padrão estético e metodológico para a construção de um artigo científico aparece no livro de metodologia da UNIFACVEST, nas páginas: (p. 54-79).

² RODRIGUES, R. ; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de metodologia científica**. 8. ed. Lages, SC: Paper-vest, 2017.

³ Associação Brasileira de Normas Técnicas.



Publicação da Papervest Editora
Av. Marechal Floriano, 947 - CEP: 88503-190
Fone: (49) 3225-4114 - Lages / SC
www.unifacvest.edu.br