



REVISTA JURÍDICA DA UFRN

inverbis

44ª EDIÇÃO

REVISTA JURÍDICA IN VERBIS

Publicação Semestral dos Acadêmicos do Curso de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Reitora: Ângela Maria Paiva Cruz

Vice-Reitor: José Daniel Diniz Melo

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

Diretora: Maria Arlete Duarte de Araújo

Vice-Diretora: Maria Lussieu Silva

Coordenadora do Curso de Direito: Paulo Roberto Dantas de Souza Leão

Chefe do Departamento de Direito Público: Vladimir da Rocha França

Chefe do Departamento de Direito Privado: Anderson Souza da Silva Lanzillo

Chefe do Departamento de Direito Processual e Propedêutica: José Orlando Ribeiro Rosário

Coordenador da In Verbis: Xisto Tiago de Medeiros Neto

DIAGRAMAÇÃO: Aline Raposo Pereira (aline_r_p@hotmail.com)

REVISOR: Samuel Max Gabbay

TIRAGEM: 400 Exemplares

PRESIDÊNCIA E ELABORAÇÃO: Gustavo Henrique de Araújo Oliveira

Solícita-se permuta.

Pídesse canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um austausch.

Indexada à base Sumários.org

**Revista Jurídica In Verbis / Publicação semestral dos
Acadêmicos do Curso de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Norte. – Ano 23, n. 44 (jul./dez. 2018).**

Semestral

ISSN 1413-2605

15 cm x 21 cm

**1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal do Rio
Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas –
CCSA/UFRN**

CDU – 34

Conselho Editorial da Revista Jurídica In Verbis
Universidade Federal do Rio Grande do Norte – Espaço Integrado CAAC – In Verbis
Av. Senador Salgado Filho, 3.000 – Setor I – Curso de Direito
Campus Universitário – Lagoa Nova – Natal/RN – CEP 59072-970
Home Page: www.inverbis.com.br / E-mail: contato@inverbis.com.br

Os artigos assinados são de exclusiva responsabilidade dos autores.
É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta Revista, desde que citada a fonte.

Ana Carolina Luz Prodanov (UFRN)
Ana Luiza de Moraes Rodrigues (USP)
Amanda da Cunha Lima Diaz (UFRN)
Andressa de Figueiredo Farias (UFC)
Caroline Coelho Lima (UFRJ)
Érica Milena de Souza Lima (UFPE)
Francisco Gomes dos Passos Junior (UnB)
Gustavo Henrique de Araújo Oliveira (UFRN)
Hércules Florentino Gabriel Filho (UFRN)
Jasmine Barreto de Oliveira (UFRN)
Laís Alves de Oliveira (UFRN)
Larissa Lorena Araújo da Costa (UFRN)
Magson Naedson Sobral Moura (UFRN)
Maria Luísa de Brito Câmara (UFRN)
Ricardo José Elias Nobre (UFRN)
Virgínia Maria de Oliveira Mota (UFRN)

CONSELHO EDITORIAL

PADECERISTAS

Abraão Luiz Filgueira Lopes
Adamo Perucci (UFRN)
Ana Maria Araújo Ananias (UNI-RN)
Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave (UFRN)
Ângelo José Menezes Silvino (UFPP)
Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcanti da Rocha (UFRN)
Carlos André Maciel Pinheiro Pereira (UnP)
Carlos Wagner Dias Ferreira (UFRN)
Cláudia Vecchi Torres (UFRN)
Cleanto Fortunato da Silva (UFRN)
Diogo Pignataro de Oliveira (UFRN)
Edinaldo Benício de Sá Júnior (UNI-RN)
Eduardo Pragmácio de Lavor Telles Filho (FFB)
Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras (UFRN)
Fabiana Dantas Soares Alves Mota (UFRN)
Fabiano André de Souza Mendonça (UFRN)
Fábio Wellington Ataíde Alves (UFRN)
Fabrício Germano Alves (UFRN)
Filipe Azevedo Rodrigues (UnP)
Henrique Batista de Araújo Neto (UNI-RN)
Ivan Lira de Carvalho (UFRN)
João Emílio Reis (IFRJ)
Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva (BSB)
Luiz Felipe Pinheiro Neto (UnP)
Marco Bruno Miranda Clementino (UFRN)
Marcus Aurélio de Freitas Barros (UFRN)
Mariana de Siqueira (UFRN)
Marise Costa de Souza Duarte (UFRN)
Matusalém Jobso Bezerra Dantas (UNI-RN)
Michele Nóbrega Elali (UFRN)
Morton Luiz Faria de Medeiros (UFRN)
Naide Maria Pinheiro (RN)
Nathânia de Medeiros Oliveira (UFRN)
Rodrigo Cunha Chueiri (UFRN)
Rômulo Lima Silva de Góis (UFRN)
Samuel Max Gabbay (IFRJ)
Sheila Sampaio Gonçalves Barreto (UNI-RN)
Thomas Kefas de Souza Dantas (FICS)
Úrsula Bezerra Silva e Lira (ESTÁCIO)
Victor Rafael Fernandes Alves (UnP)
Vladimir da Rocha França (UFRN)
Walter Nunes da Silva Junior (UFRN)
William Paiva Marques Júnior (UFC)
Xisto Tiago Medeiros Neto (UFRN)
Zéu Palmeira Sobrinho (UFRN)

Aldemar Monteiro da Silva Neto
Ana Beatriz Ferreira Rebello
Ana Luisa de Moraes Campos
Anderson Souza da Silva Lanzillo
Andreo Aleksandro Nobre Marques
Ângelo José Menezes Silvino
Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcanti da Rocha
Artur Cortez Bonifácio
Bento Herculano Duarte Neto
Caio Vitor Ribeiro Barbosa
Camila Miranda de Moraes
Cândido Bittencourt de Albuquerque
Carlos Martins Neto
Claudia Vechi Torres
Cleanto Fortunato da Silva
Cristina Foroni Consani Daniel Gaio
Daniel Monteiro da Silva
Denise Fonseca Félix de Sousa
Dimas Macedo
Diogo Pignataro de Oliveira
Edilson Pereira Nobre Júnior
Eduardo Biacchi Gomes
Eduardo Pragmácio de Lavor Telles Filho
Elke Mendes Cunha
Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras
Fabiana Dantas Soares Alves da Mota
Fabiano André de Souza Mendonça
Fábio Wellington Ataíde Alves
Fabrício Germano Alves
Felipe Arady Miranda
Felipe Maciel Pinheiro Barros
Fernando Antonio de Vasconcelos
Filipe Azevedo Rodrigues
Francisco Barros Dias
Francisco de Assis Noberto
Galdino de Araújo
Francisco De Sales Matos
Helena Telino Neves
Henrique Batista de Araújo Neto
Humberto Lima de Lucena Filho
Igor Alexandre Felipe de Macêdo
Ingrid Zanella Andrade Campos
Ivan Lira de Carvalho
Izabela Walderez Dutra Patriota
Jahyr-Philippe Bichara
Jeison Batista de Almeida

CONSELHO CIENTÍFICO

João Paulo dos Santos Melo
Jorge Duarte Pinheiro
José Araújo da Silva
Jose Miqueias Antas de Gouveia
José Orlando Ribeiro Rosário
Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva
Karla Viviane de Sousa Rêgo
Karoline Lins Câmara Marinho
Keity Mara de Souza e Saboya
Lauro Ericksen Cavalcanti de Oliveira
Leonardo Martins
Lídio Sânzio Gurgel Martiniano
Lorena Cordeiro de Oliveira
Lorena Neves Macedo
Lucas Duarte de Medeiros
Luciano Athayde Chaves
Luiz Alberto Gurgel de Faria
Luiz Felipe Pinheiro Neto
Madson Ottoni de Almeida Rodrigues
Marcelo da Rocha Ribeiro Dantas
Marcelo de Barros Dantas
Marcelo Maurício da Silva
Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Marco Bruno Miranda Clementino
Marconi Antas Falcone de Melo
Marconi Neves Macedo
Marcus Aurélio de Freitas Barros
Margarida de Oliveira Cantarelli
Maria Marconiete Fernandes Pereira
Maria do Perpétuo Socorro
Maria dos Remédios Fontes Silva
Mariana de Siqueira
Marise Costa de Souza Duarte
Morton Luiz Faria de Medeiros
Murilo Oliveira de Souza
Nathânia de Medeiros Oliveira
Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade
Otaclio dos Santos Silveira Neto
Patrícia Borba Villar Guimarães
Patrícia Costa Anache
Paulo de Souza Coutinho Filho
Paulo Renato Guedes Bezerra
Paulo Roberto Dantas de Souza Leão
Pedro Barachisio Lisbôa
Rabah Belaidi

Rafhael Lima Ribeiro
Raoni Macedo Bielschowsky
Ricardo Duarte Júnior
Ricardo Tinôco de Góes
Ricardo Wagner de Souza Alcantara
Robson Maia Lins
Ronaldo Pinheiro de Queiroz
Samuel Max Gabbay
Thiago Oliveira Moreira
Úrsula Bezerra Silva e Lira
Valcir Gassen
Victor Rafael Fernandes Alves
Vinicius Gomes de Vasconcellos
Virgílio Fernandes de Macedo Junior
Vladimir da Rocha França
Walter Nunes da Silva Júnior
William Paiva Marques Júnior
Xisto Tiago de Medeiros Neto
Yanko Marcius de Alencar
Xavier Yara Maria Pereira Gurgel
Zéu Palmeira Sobrinho

SUMÁRIO

- 09** Editorial
- 11** Prefácio
- 19** **A economia comportamental no combate à sonegação**
Maria Clara Cunha Farias
- 37** **Limites aos direitos do consumidor e reequilíbrio das relações de consumo**
Marcos Vinícius Fidelis Bezerra
- 59** **O contrato eletrônico no *e-commerce*: similitudes e peculiaridades no tocante à tradicional teoria geral dos contratos**
Arthur Ferreira de Oliveira
- 83** **O processo pedagógico de formação humanística dos magistrados brasileiros**
Maykon Cleyton Fernandes Montenegro
- 103** **As constelações familiares como método de resolução de conflitos**
Polyana Emelin Sales
- 123** **Varas judiciais especializadas em meio ambiente: experiência nacional e internacional**
Arthur Barreto Chaves Ferreira
Francisco Vitoriano da Silva Júnior

- 145** **Considerações acerca da efetividade do direito fundamental ao saneamento básico**
Alexia Guerra Lima de Medeiros
- 169** **Trabalho intermitente: entre inovação e precarização**
Alan Jorge Pinheiro Sales
Débora da Silva de Oliveira
- 189** **Afetividade em foco: o papel jurídico do padrasto e da madrasta no ordenamento pátrio**
Nathalia Evelyn Andrade Arruda
- 215** **Indenização por danos morais em virtude do abandono afetivo dos pais em relação aos seus filhos**
Tandara Dai-Pra Tasqueto
- 239** **Significado político da dogmática do princípio da insignificância: a insignificância na ordem normativa conglobada**
Natália Silveira Sarmiento
- 259** **Os precedentes judiciais e o sistema jurídico brasileiro: uma introdução ao tema**
Aglene de Arruda Moreira Sotero
- 285** **Eficácia e efeitos da sentença**
Francisco Barros Dias

REPENTINA IDEIA

E como quem invente, uma ideia é um repente
Uma faísca, uma centelha,
Um pensamento solto em meio a tantos outros
A certeza da dúvida, ou a dúvida das certezas?

A ideia é isso,
Broto em solo infértil, água na aridez
É o sobressalto do humano, demonstração primaz de sua avidez,
De sua eterna e constante mudança

Sua hora é esperada, mas não sabida
Pode ser demorada ou comprida
A única certeza é de ser ouvida

Roda motriz do conhecimento,
A ideia é alento
Luz, mudança, contentamento,
Do insatisfeito, do inventivo,
Daquele que vê como primitivo algo que pode ser reinventado,
Pois na constância de ser mudado,
Que o conhecimento é movido

E na união dos que pensam diferente,
Na perspectiva que o conhecimento não vê cor, sexo ou credo de gente,
A *In Verbis* segue presente,
Como escada, ponte, combustível
Seis meses de um trabalho incrível, mas sobretudo fustigante,

Para tornar constante aquilo que veio de algo incerto,
E ajudar a tornar concreto,
A ideia que parecia distante...

Conselho Editorial

PREFÁCIO

Com o coração palpitando de alegria e emoção, recebi o honroso convite de prefaciá-la a 44ª edição da nossa amada Revista Jurídica *In Verbis*, um projeto belíssimo, fruto do idealismo de um grupo ousado de discentes e do trabalho e dedicação de várias gerações de estudantes audaciosos e comprometidos com a produção científica de qualidade da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Há vinte e três anos a Revista Jurídica *In Verbis* permanece viva, pulsante, consolidada como um espaço aberto para o desabrochar de inúmeros talentos jurídicos. Já desfilaram por esse fantástico periódico valiosas ideias de autores que hoje são Ministros de Tribunais Superiores, Desembargadores, Juizes de Direito, membros do Ministério Público, Advogados públicos e privados, professores universitários, políticos e integrantes de muitas outras profissões. Muitos juristas de escol, com invejável produção científica atual e notáveis contribuições ao estudo do Direito, iniciaram sua trajetória vitoriosa pelas páginas da Revista Jurídica *In Verbis*.

A história da nossa querida *In Verbis* é grandiosa e precisa sempre ser lembrada e valorizada. Trata-se, não se pode esquecer, do mais antigo periódico do Brasil organizado exclusivamente por estudantes de Direito, além de ser a mais antiga revista acadêmica do Rio Grande do Norte. É, pois, um inestimável patrimônio brasileiro e um grande orgulho para a comunidade jurídica potiguar!

Impossível deixar de lado a emoção, não permitir que transborde o forte sentimento de amor e carinho por esse projeto, quando sou instado a lembrar sua história, falar, escrever ou prefaciá-la uma das edições da queridíssima Revista Jurídica *In Verbis*.

Costumo dizer, como não poderia ser diferente, que mantenho uma relação muito íntima, de verdadeiro amor e gratidão por esse notável e maravilhoso periódico que tanto nos orgulha e que, no meu caso

particular, sempre acompanhará minha história de vida. Indescritível a emoção que sinto a cada lançamento que consigo comparecer, presenciando auditórios lotados, expositores comprometidos com a revista e sua história e a energia indescritível de todos os “*in verbianos*” do presente e do passado.

A referência à minha relação com a Revista Jurídica *In Verbis* decorre do fato de ter integrado um seletivo e restrito grupo de alunos e professores que, com muita luta e trabalho, ainda nos idos de 1995, fizeram nascer esse belíssimo periódico.

Sou, portanto, junto com valorosos colegas, muitos deles da mesma turma da UFRN, um dos seus idealizadores e um dos integrantes da primeira comissão editorial da revista, tendo publicado artigos nas suas duas primeiras edições. Como um pai em relação a um filho, não tenho como ficar indiferente a tudo que foi construído e ao que se tornou este inestimável periódico.

De lá para cá, notadamente depois que ingressei no quadro docente da UFRN, tenho acompanhado de perto o caminhar deste projeto vitorioso, que vem sendo acalentado por tantos dedicados estudantes. Com muita honra, tenho participado de inúmeras edições como parecerista e membro da comissão científica, além de ter contribuído com outro artigo, já como profissional convidado, e, pela segunda vez, sido convidado a elaborar o prefácio da revista. Tenho sido, portanto, um expectador privilegiado da qualidade dos trabalhos e da importância da revista no cenário jurídico potiguar e brasileiro.

Faço, ainda, breve referência a uma dívida de gratidão que tenho com a Revista Jurídica *In Verbis*, contando uma pequena história que será melhor compreendida pelos que me conhecem e percebem o grande amor que tenho pelo ensino jurídico.

No início de 1996, com pouco mais de dois meses de formado, resolvi participar de uma das primeiras seleções para contratação temporária de professor substituto da disciplina Teoria Geral do Processo, promovida pela UFRN, o que seria a minha primeira experiência na docência. Por razões difíceis de explicar, acabei concorrendo com uma

brilhante colega de turma, hoje notável jurista. Ficamos rigorosamente empatados nas provas, tendo eu conseguido lograr aprovação em primeiro lugar, pois tinha dois artigos escritos na *In Verbis*, um a mais que minha querida colega. No final, por questão de justiça, foi reconhecido nosso desempenho no certame pela UFRN, de modo que ambos fomos professores substitutos da instituição.

Não se pode, portanto, deixar de reconhecer a importância de um artigo publicado na Revista Jurídica *In Verbis*. No meu caso, foi simplesmente decisivo para a definição de um processo seletivo para uma importante disciplina do curso de Direito.

De minha parte, não poderia deixar de reconhecer e expressar minha dívida de gratidão à *In Verbis* por ter contribuído para a enorme alegria de ser aprovado e de iniciar numa das atividades que mais me encantam e que, até hoje, desempenho com enorme prazer: o ensino jurídico.

Sendo assim, só me resta reiterar a enorme responsabilidade que pesa sobre os ombros dos atuais responsáveis por esse belíssimo projeto de manter essa história viva e a Revista Jurídica *In Verbis* galgando cada vez mais conquistas, renome no cenário jurídico e capacidade de fazer a diferença na vida de tantas pessoas, como fez na minha vida.

Ao exaltar a importância histórica e atual do periódico, o faço de cátedra, pois estou Coordenador de uma escola institucional, o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, e, nessa condição, posso atestar a dificuldade, nos tempos de hoje, de modernidade líquida, como dizia Zygmunt Bauman, em que as relações são fluidas, o individualismo é uma realidade, de manter produção científica de qualidade no âmbito jurídico e, muito mais, de solidificar um projeto coletivo tão belo, importante e duradouro como a inigualável Revista Jurídica *In Verbis*.

Desejo que todos aproveitem bastante essa nova edição. Deleitem-se com as importantes contribuições apresentadas pelos articulistas de hoje, muitos deles ainda estudantes, mas futuros grandes talentos jurídicos potiguares.

Uma boa leitura a todos!

Marcus Aurélio de Freitas Barros
Co-fundador da Revista Jurídica In Verbis,
Professor da UFRN e Promotor de Justiça/RN.

ARTIGOS





A ECONOMIA COMPORTAMENTAL NO COMBATE À SONEGAÇÃO

Maria Clara Cunha Farias¹

RESUMO

A economia comportamental é um ramo da economia que busca corrigir as insuficiências da economia clássica, estudando como agentes econômicos tomam decisões que não são inteiramente racionais e contabilizando a influência que fatores como as emoções e o contexto social têm nessas decisões. Nesse sentido, a utilização de políticas públicas baseadas na economia comportamental tem se mostrado eficiente no combate à sonegação fiscal. Este trabalho buscar analisar como o governo pode estimular comportamentos desejados nos indivíduos por meio de mecanismos simples, baseados em (i) normas sociais; (ii) na legitimidade do sistema tributário e; (iii) em incentivos fiscais. Como exemplo, são examinados alguns estudos conduzidos pelo *Behavioural Insights Team*, instituição britânica que se dedica exclusivamente à aplicação da economia comportamental. Além disso, este trabalho demonstra que o programa Nota Fiscal Paulista do Estado de São Paulo

1 Acadêmica da Universidade de Brasília. Email: mcala96@gmail.com

é uma boa ilustração de como incentivos comportamentais podem ter impactos significativos na arrecadação de impostos.

Palavras-chave: economia comportamental; sonegação; Nota Fiscal Paulista.

1 INTRODUÇÃO

A sonegação fiscal é um tema complexo, o qual pode ser tratado sob várias perspectivas: as consequências orçamentárias, a economia informal, o custo de fiscalizar, dentre outras. De fato, em todas as dimensões da análise da sonegação, admite-se que o pagamento de tributos é prioridade para o governo, visto que é uma maneira de arrecadar recursos sem que haja grandes custos para o Estado.

Por isso, o combate à evasão fiscal é um tema de grande relevância para a administração pública. Nesse sentido, o propósito deste trabalho é propor uma reflexão sobre como utilizar a economia comportamental para estimular um indivíduo a cumprir com as suas obrigações tributárias e, além disso, exemplificar como isso pode ser traduzido em políticas públicas simples e eficientes.

De fato, a evasão fiscal não é um fenômeno comum apenas no Brasil. Trata-se de um problema recorrente em diversos países, o que levou à produção de vários estudos sobre o tema. Embora exista muita literatura sobre o combate à sonegação no Brasil, ainda não houve uma discussão sobre a necessidade de avaliar o comportamento individual do contribuinte a partir de uma perspectiva econômica.

Nos últimos anos, a economia comportamental ganhou espaço como consequência da reconsideração do modelo tradicional econômico do *homo economicus* – isto é, a noção de que o ser humano é um agente racional, sempre em busca da maximização da riqueza. Recentemente, uma abordagem econômica baseada em fatores psicológicos que afetam

escolhas individuais no mercado tem sido bem-sucedida em explicar porque agentes decidem de forma que, na maioria das vezes, não pode ser considerada racional (Thaler, 2016, p. 1).

Por isso, este estudo discute as vantagens da implementação de programas que analisam as decisões tomadas pelos contribuintes de acordo com a economia comportamental, ramo da economia que busca compreender escolhas individuais com base em fatores psicológicos e emocionais. Essa abordagem é mais realista, na medida em que é capaz de demonstrar como incentivos comportamentais influenciam um cidadão a optar ou não pela sonegação, não se limitando ao exame superficial utilizado por modelos que destacam os impactos da sonegação no orçamento sem propor soluções para o contribuinte.

Nesse sentido, o presente estudo busca aplicar a análise empírica e teórica desenvolvida pela economia comportamental ao combate à sonegação fiscal. Primeiramente, será feita uma exposição das motivações intrínsecas ao indivíduo assim como dos incentivos extrínsecos que podem ser decisivos em garantir que o sujeito cumpra com as suas obrigações tributárias.

Em seguida, examina-se o potencial de medidas que visam promover o cumprimento da lei fiscal. No plano internacional, será feita uma exposição sobre o trabalho desenvolvido pelo *Behavioral Insights Team* (BIT), uma empresa cujo comando é exercido em parte pelo governo do Reino Unido e em parte por uma instituição de caridade e inovação – a Nesta.

No Brasil, analisa-se a aplicação da economia comportamental no combate a ilícitos tributários por meio do programa Nota Fiscal Paulista. Isso porque, com esse simples mecanismo, o Estado de São Paulo encontrou uma forma de oferecer benefícios econômicos para aqueles que pedem a emissão da nota fiscal, tornando o programa em instrumento hábil para produzir o comportamento desejado nos contribuintes.

Nessa perspectiva, este trabalho busca contribuir para a elaboração de políticas públicas eficientes no combate à evasão fiscal,

de acordo com uma nova abordagem econômica que considera as contribuições da psicologia no desenvolvimento de soluções ótimas para problemas específicos. Neste estudo, trabalharemos três fatores específicos: (i) normas sociais; (ii) a percepção de que o sistema tributário é justo e; (iii) incentivos econômicos.

2 POR QUE DEVO CONTRIBUIR?

Antes de adentrar na análise dos motivos que levam ao pagamento de tributos, é preciso estabelecer que seres humanos possuem comportamentos diversos, resultado do contexto social em que estão inseridos e de crenças individuais. Portanto, não é possível encontrar uma solução universal que necessariamente levará todo contribuinte a pagar impostos na forma como a lei exige.

Por exemplo, algumas pessoas sempre cumprem com suas obrigações, independentemente de qualquer incentivo externo, pois possuem sentimentos e crenças sobre padrões de moral e de justiça (Siqueira, 2004, pp. 102-103). Por outro lado, há indivíduos que sempre pautam as suas ações em uma análise de custo-benefício. Portanto, não há dúvida de que existem fatores extrínsecos que certamente serão capazes de influenciar alguns indivíduos a apresentar determinado comportamento.

Assim, podemos formular uma questão simples: quando um agente recebe um montante fixo de renda e deve decidir quanto irá declarar à autoridade tributária para o pagamento de tributos, como ele irá tomar essa decisão e como é possível que políticas públicas influenciem nessa decisão?

Existem diversas teorias que buscam explicar como e por que o comportamento de agentes no sistema tributário não é completamente racional. Primeiramente, a teoria clássica, baseada na economia do crime, argumenta que a observância de obrigações legais dependerá das sanções aplicadas caso haja descumprimento. No entanto, essa teoria

enfrenta algumas dificuldades práticas. Isso porque uma análise pautada tão somente na imposição de sanções levaria à conclusão de que todos os indivíduos sempre ocultariam pelo menos uma parte de sua renda para fins de pagamento de tributos: quando há um baixo nível de fiscalização, a ameaça de ação disciplinar não será suficiente para deter a sonegação. Então, em vez de questionar porque as pessoas sonégam, parece mais interessante identificar porque agentes racionais pagam impostos

Para responder essa questão, a Teoria do Comportamento Planejado oferece uma explicação mais completa. Essa teoria analisa a complexidade de fatores que levam à tomada de uma decisão. Com base na relação entre a intenção de um indivíduo e a sua ação, a Teoria do Comportamento Planejado (Carvalho, 2010, p. 58) conclui que o comportamento é o resultado da *atitude* somada a variáveis de pressão social.

A atitude de um indivíduo consiste em uma predisposição para reagir de maneira favorável ou desfavorável a uma situação. Assim, se um agente possui uma atitude favorável ao sistema tributário, agirá de acordo com os seus enunciados (Carvalho, 2010, p. 69). Quando atitudes são combinadas com pressões sociais (por exemplo, se o indivíduo nota que todos ao seu redor estão agindo de acordo com o estipulado pela legislação tributária), essas atitudes se transformam em intenção de adimplir.

Para os adeptos dessa corrente teórica, deveríamos perguntar: como é possível estimular uma atitude favorável ao cumprimento de obrigações tributárias? É possível elaborar políticas públicas para incentivar comportamentos mais alinhados com a finalidade das normas do sistema tributário?

Nesse contexto, parte-se da premissa de que o agente econômico não faz um simples cálculo sobre o custo de oportunidade e a probabilidade de ser descoberto quando decide sonegar (Torgler, 1972, p. 80). Na verdade, existem diversos outros fatores que podem levar um indivíduo a pagar seus impostos de maneira regular (Siqueira & Ramos, 2006, pp. 399-424). Nesta seção, discute-se a influência das normas

sociais e da percepção de justiça do sistema. Os incentivos econômicos, por sua vez, serão trabalhados na seção seguinte.

Para examinar como normas sociais contribuem a fim de evitar a sonegação fiscal, é importante deixar de enxergar o contribuinte como um potencial criminoso, sempre impondo sanções ao comportamento que viola a norma tributária. Ao contrário, é muito mais eficiente considerar que o cidadão é um possível cliente do governo, no sentido de que deve ser continuamente conquistado, o qual não agirá estritamente de acordo com padrões racionais. Nesse sentido, um indivíduo irá pagar adequadamente os tributos devidos se ele acreditar que essa é a norma social predominante (Alm, & Martinez-Vazquez, 2007, pp. 44-45).

Com efeito, crenças sobre normas sociais são muito eficazes em garantir o pagamento de impostos. Por isso, *Behavioural Insights Team* (BIT), também conhecido como “*Nudge Unit*” baseia o estudo de políticas públicas na aplicação da economia comportamental.

O BIT é a primeira instituição governamental que se dedica ao estudo e desenvolvimento de políticas públicas baseadas na economia comportamental. No combate à sonegação, a organização britânica recomenda a simplificação do procedimento de pagamento de impostos. Formulários mais simples, por exemplo, são uma maneira de deixar o processo mais rápido para o contribuinte, tomando menos tempo e evitando erros na declaração de informações. Outra sugestão engenhosa é a criação de um aplicativo do governo para *smart phones* que possibilitaria o acompanhamento da situação do contribuinte perante a Receita, a verificação de restituição do Imposto de Renda, a consulta ao extrato da declaração de Imposto de Renda, dentre outras possíveis utilidades.

No que diz respeito ao uso de normas sociais, o estudo mais famoso conduzido pelo BIT para aumentar o pagamento de impostos empregou um mecanismo muito simples e pouco custoso: o envio de uma carta aos contribuintes. Em um teste feito com o intuito de diminuir fraudes e erros no pagamento de dívidas tributárias, o BIT enviou cartas a 140.000 cidadãos britânicos, motivando-os a pagar impostos. À carta tradicionalmente enviada pelo órgão de arrecadação de receitas do Reino

Unido foi adicionada uma frase: “*nove em cada dez pessoas pagam seus impostos dentro do prazo estipulado.*”

Essa frase, que tem a finalidade de enfatizar aos contribuintes que as pessoas ao seu redor estão pagando os tributos devidos, foi capaz de aumentar em 15% o número de pessoas que pagaram as suas contribuições a tempo (Behavioral Insights Team, 2012. pp. 21-22). O estudo demonstra que a pressão feita sobre o indivíduo, com base nas normas sociais do ambiente em que ele está inserido, pode ser suficiente para levá-lo a cumprir com suas obrigações tributárias. Se as pessoas que o cercam estão pagando seus tributos, o indivíduo irá se sentir compelido a pagar também (Damayanti, et. al., 2015. p. 182).

Além da pressão exercida por normas sociais, a crença de que o sistema tributário é justo reforça incentivos para não burlar as regras. Indivíduos são mais suscetíveis ao pagamento de tributos quando estão satisfeitos com a troca entre as suas contribuições e os serviços que o governo torna disponíveis (Torgler, 1972. p. 80.) Nesse ponto, a discussão sobre uma aplicação equitativa da lei e um procedimento legislativo participativo ganha especial importância.

Como exposto acima, é difícil impor obrigações legais com base apenas na ameaça de punição. Nesse sentido, a aprovação de uma lei que estipula maiores punições para sonegadores não gera efeitos concretos se essa lei não irá alterar o comportamento daqueles que sonegam (Tyler, 1997, pp. 219-240). Por isso, deve-se levar em conta o fator de legitimidade da autoridade que cobra tributos. Isso porque uma avaliação positiva acerca da credibilidade das autoridades está intimamente relacionada com a percepção de justiça do pagamento de impostos.

Assim, é possível influenciar o que as pessoas irão fazer em situações em que há uma probabilidade muito pequena de descobrimento por meio de pequenas alterações no sistema, capazes de conferir maior legitimidade à cobrança de impostos. Outrossim, o comportamento individual é consequência do que um indivíduo acredita que é certo ou

errado e do sentimento de dever que ele tem em relação às autoridades legais (Tyler, 1997, pp. 223-225).

Desse modo, quando normas legais são vistas como legítimas e justas, é mais provável que as pessoas cumpram as obrigações geradas pela norma, ainda que estas não estejam de acordo com os seus interesses econômicos. Por isso, é relevante discutir o procedimento que leva à criação de obrigações tributárias, pois é com base no procedimento utilizado que as pessoas decidem se consideram uma norma válida ou não (Tyler, 1997, pp. 228-235).

Como é possível, então, criar uma sensação de que o procedimento adotado para a elaboração de uma norma tributária é justo? Primeiramente, as pessoas precisam confiar na autoridade que institui o tributo. Desse modo, é preciso que o governo reforce o sentimento de que está agindo de acordo com o interesse dos contribuintes. Isso pode ser feito por meio da exposição de motivos para a realização de obras, investimentos e aquisições feitas pelo governo e pela transparência em relação às despesas correntes.

Em segundo lugar, é necessário que as pessoas se sintam parte da comunidade para que queiram contribuir para melhorias de serviços. Para resgatar sentimentos de pertencimento, é inegável a relevância da participação dos cidadãos na definição de gastos. Assim, medidas como o Orçamento Participativo² são relevantes porque fazem com que o cidadão seja incluído no processo de tomada de decisões do governo.

Por fim, a confiança nas autoridades tributárias depende da percepção de neutralidade do sistema tributário. Isto é, os integrantes das autoridades fiscais devem possuir alto nível de preparação técnica e de experiência na sua área de *expertise*. Assim, mitiga-se a sensação de que

2 O Orçamento Participativo é uma maneira de garantir que a população decida, diretamente, como serão aplicados os recursos em obras e serviços que serão executados pela administração pública. Por meio de assembleias, a população escolhe como aplicar os recursos em investimentos e serviços.

a elaboração da legislação tributária é um mecanismo voltado apenas à obtenção de benefícios políticos (Tyler, 1997, pp. 228-235).

Embora a neutralidade seja difícil de definir, e ainda mais difícil de alcançar, ela pode ser dividida em duas dimensões mais tangíveis: a imparcialidade e a impessoalidade. A imparcialidade significa que não há um interesse imediato do legislador no resultado que será obtido. Já a impessoalidade significa que a atuação da autoridade não busca favorecer algum interesse pessoal (Barroso, 2014, pp. 288-289). Nesse sentido, a neutralidade em matéria tributária é utilizada para garantir que tributos não sejam utilizados de modo a criar vantagens para grupos específicos em detrimento de outros.

3 O NOTA FISCAL PAULISTA

Até aqui, tratamos da influência de normas sociais e da percepção de justiça do sistema nas decisões de indivíduos. Não obstante, existe uma maneira mais simples, porém muito eficiente, de induzir o contribuinte a praticar as ações desejadas: o emprego de incentivos fiscais.

Quando empresas declaram suas vendas, por meio da emissão da nota fiscal, a chance de sonegação diminui consideravelmente, pois a possibilidade de o estado notar a incongruência entre o pagamento de tributos e a declaração de vendas é muito maior. Nessa linha, o programa Nota Fiscal Paulista (NFP) é uma forma que o governo do Estado de São Paulo encontrou de incentivar a emissão do documento fiscal a partir da análise comportamental.

Embora o foco esteja no oferecimento de vantagens econômicas para promover o comportamento desejado, o Nota Fiscal Paulista também incorpora elementos de pressão baseada em normas sociais e de participação no sistema tributário. Na sua essência, o programa é uma ação de cidadania fiscal, pois permite ao cidadão agir no combate

à economia informal. Como afirmação disso, foi dado ao programa o nome oficial de “Programa de Estímulo à Cidadania Fiscal”.

Os consumidores e os contribuintes de ICMS, isto é, as empresas, são os principais agentes do programa. Quando o consumidor exige o documento fiscal, as empresas são obrigadas a enviar os documentos à Secretaria de Fazenda. Desse modo, a participação dos consumidores é facultativa, mas as empresas têm participação obrigatória (Paschoal, 2012, p. 52).

O estímulo criado para o consumidor de mercadorias, bens e serviços se inicia com o cadastro feito pelo consumidor no site do programa. Após cada compra efetuada, o comprador informa o seu número no Cadastro de Pessoa Física ou no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica para que conste na emissão da nota fiscal. O cidadão pode, então, optar por receber uma redução na sua carga tributária, por meio de abatimento no IPVA, ou doar seus comprovantes fiscais para entidades de assistência social ou da área de saúde. Ainda, os créditos recebidos podem ser depositados em conta corrente ou em conta poupança. Os créditos do consumidor ficam disponíveis por cinco anos no sistema eletrônico e podem ser sacados sempre que o valor total exceder o montante de R\$ 25,00.

No momento da compra, o consumidor não sabe o valor exato que irá receber em créditos. Geralmente, esse valor fica disponível no sistema um mês após a compra. Além de receber créditos que podem ser destinados ao abatimento de carga tributária ou doados, o consumidor pode optar por participar de um sorteio elaborado pelo governo. A cada R\$ 100,00 em compras, o consumidor terá direito a um cupom para participar do sorteio, que será realizado eletronicamente (De Moraes, 2013, pp. 68-72).

Os sorteios foram elaborados como mais um estímulo ao consumidor. Como os valores dos créditos são baixos e a maneira como são calculados é complexa, o consumidor que gasta pouco, e, assim, não teria um valor significativo de créditos, poderia não encontrar razões suficientes para participar do programa. Com o sorteio, ainda que

o valor da compra seja abaixo de R\$25,00, há um incentivo para esse consumidor participar do NFP (Paschoal, 2012, p. 85).

Desde o seu início, há mais de dez anos, o Nota Fiscal Paulista tem apresentado uma grande evolução no número de usuários cadastrados. Em 2007, quando o programa começou, havia menos de 2.000.000 usuários cadastrados. Já no início de 2018, o NFP contava com 19.793.821 usuários cadastrados, quase dez vezes mais do que há dez anos (Governo do Estado de São Paulo). Com isso, o Estado de São Paulo teve um aumento de aproximadamente 20% (1.2 bilhões) na sua arrecadação (Toporcov, 2009. p. 38).

Analisando bem a questão, a confiança no governo foi um dos fatores essenciais para o aumento da utilização do Nota Fiscal Paulista. Isso porque, ao inserir os seus dados no sistema, o consumidor precisa confiar que o governo não irá utilizar seus dados para qualquer outra finalidade. Além disso, o consumidor precisa confiar na restituição dos créditos devidos. Se não houvesse credibilidade por parte do governo (ou seja, caso o programa não funcionasse de acordo com a sua proposta), nenhum agente racional gastaria tempo fazendo o cadastro no sistema eletrônico ou aguardando alguns minutos a mais no estabelecimento comercial enquanto o fornecedor traz a nota fiscal.

Além disso, o sucesso do programa se deve aos benefícios percebidos pelo consumidor. As vantagens que o programa fornece são tanto financeiras quanto sociais. Por um lado, o indivíduo sente que o tempo gasto com o cadastro no sistema eletrônico é pouco comparado aos créditos financeiros que serão posteriormente percebidos. Assim, o benefício econômico para o consumidor que exige sua nota fiscal é grande. Por outro, o consumidor sente que está colaborando com o governo no combate à sonegação e, por isso, quer continuar exigindo a nota fiscal (De Moraes, 2013, p. 29).

Para aumentar essa sensação, o Nota Fiscal Paulista criou os mecanismos necessários para o consumidor reclamar da ausência de declaração por parte do estabelecimento. O consumidor pode fazer uma

reclamação pelo site do NFP ou em qualquer agência do PROCON e os fiscais da Fazenda analisarão as denúncias (Paschoal, 2012, pp. 70-73).

Nesse ponto, a Lei n. 12.865/2007, que cria e disciplina o Nota Fiscal Paulista, adotou um mecanismo interessante como sanção: o art. 6-A da lei assim dispõe:

Artigo 6º-A - A Secretaria da Fazenda poderá divulgar e disponibilizar por meio da “internet” estatísticas do Programa de Estímulo à Cidadania Fiscal do Estado de São Paulo, incluindo-se as relativas à quantidade de reclamações e denúncias registradas em seu âmbito.

§ 1º - As estatísticas de que trata o «caput» deste artigo poderão ser segregadas por atividade econômica preponderante e por fornecedores, inclusive com a indicação do nome empresarial, CNPJ e endereço.

Assim, a lei incorporou o prejuízo à reputação do estabelecimento como sanção. Desse modo, o programa também incorpora sanções sociais.

Por fim, um ponto importante a destacar sobre o sucesso do NFP é o modo engenhoso como funciona. O desenho do NFP é capaz de tornar a sua utilização um hábito para o consumidor - 30,2% dos entrevistados em um estudo sobre o tema disseram que consultam o seu crédito no NFP mensalmente (Pereira, 2014, p. 365). Ao exigir que o estabelecimento ofereça, a cada venda, a inclusão do CPF do comprador na nota fiscal, o consumidor será sempre lembrado que existe essa possibilidade. Portanto, eliminam-se as chances de esquecimento.

Ademais, o NFP torna o processo de pedir os créditos relativamente simples. Isso porque se trata de um projeto de e-government, capaz de engajar a Geração Y. Além disso, a possibilidade de usar o crédito do NFP como crédito em conta corrente facilita a reivindicação dos valores devidos ao consumidor. Com efeito, um estudo demonstrou que 68% dos entrevistados utilizavam o crédito em conta corrente. Nesse sentido, o NFP é um bom exemplo de modernização do governo, por meio da incorporação de novas tecnologias (Pereira, 2014, pp. 370-375).

4 CONCLUSÃO

Como é possível perceber por meio da análise de políticas públicas baseadas na economia comportamental, oferecer incentivos para o contribuinte pode ser muito mais eficaz no combate à evasão fiscal do que a imposição de sanções. Essa constatação se baseia em pesquisas empíricas que demonstram que o ser humano, ao contrário do que afirma a vertente clássica da economia, não toma atitudes racionais ao fazer escolhas.

A partir do momento em que aceitamos que não somos seres estritamente racionais, fatores como a emoção e a psicologia passam a ser instrumentos capazes de influenciar a tomada de decisões. Por isso, o governo pode empregar mecanismos simples para tornar os interesses de um indivíduo os mesmos do sistema tributário.

Para tanto, é preciso trabalhar com a pressão natural que as normas sociais exercem e aumentar a percepção de que o sistema tributário é justo. Nesse sentido, o *Behavioural Insights Team* obteve resultados positivos com a utilização de políticas públicas baseadas no estudo da economia comportamental. As cartas que continham uma afirmação explícita de uma norma social aumentaram em 15% o número de contribuintes que adimpliram. Além disso, é possível aumentar a crença de que normas tributárias são justas a partir de mecanismos que conferem mais transparência ao procedimento de criação das normas

Do mesmo modo, incentivos econômicos são eficientes no combate à sonegação. Como maior exemplo disso temos o programa Nota Fiscal Paulista, implementado pelo Estado de São Paulo. Ao incluir incentivos fiscais para o consumidor, o programa conseguiu aumentar em 1.2 bilhões a sua arrecadação.

Assim, a economia comportamental possui diversas aplicações no âmbito da luta contra a evasão fiscal, pois é um modelo mais inteligente, capaz de desenvolver hábitos desejados no contribuinte. Esse modelo corrige as insuficiências da economia clássica e estuda justamente o processo de tomada de decisões, observando os diversos fatores (como

a emoção e o contexto social) que afetam o comportamento do agente econômico.

REFERÊNCIAS

ALM, James; MARTINEZ-VAZQUEZ, Jorge. Tax morale and tax evasion in latin america. **International Studies Program Working Paper Series**, 2007. Disponível em: <http://icepp.gsu.edu/files/2015/03/ispwp0732.pdf>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Hamilton Coimbra. O Governo quer que eu mude: Marketing social e comportamento do consumidor num programa governamental. Dissertação (Mestrado) – São Paulo: Universidade de São Paulo; 2010. Disponível em: <https://www.fea.usp.br/fea/noticias/mestrado-o-governo-quer-que-eu-mude-marketing-social-e-comportamento-do-consumidor-na>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

DAMAYANTI, Theresia Woro et. al. The Role of Taxpayer's Perception of the Government and Society to Improve Tax Compliance. **Accounting and Finance Research**, v. 4, n. 1, 2015. Disponível em: <http://www.sciedu.ca/journal/index.php/afr/article/viewFile/6275/3860>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

DE MORAES, Gustavo Hermínio Salati Marcondes de. **Adoção de Governo Eletrônico no Brasil: A perspectiva do usuário do programa Nota Fiscal Paulista**. 2013. Tese (Doutorado). Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11364>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO, Secretaria da Fazenda. “Detalhes do Placar”. Disponível em: <http://www.nfp.fazenda.sp.gov.br/nfo/sorteio/relacao.asp>. Acesso em: 15 de maio de 2018.

PASCHOAL, Bruno Vinicuis Luchi. Punição, Recompensa, Persuasão e Ajuda: Estratégias regulatórias a partir do caso Nota Fiscal Paulista – Dissertação (Mestrado). Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10380>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

PEREIRA, Antonio Nunes; DE ANDRADE, Viviana Vieira; DE FARIA, Ana Cristina. Nota Fiscal Paulista: um estudo exploratório sobre o comportamento do cidadão da geração Y na grande São Paulo. **Revista Gestão & Políticas Públicas**, v. 4, n. 2, 2014. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rgpp/article/view/114407>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

SIQUEIRA, Marcelo L.; RAMOS, Franciso S. Evasão fiscal do imposto sobre a renda: uma análise do comportamento do contribuinte ante o sistema impositivo brasileiro. **Economia Aplicada**, Ribeirão Preto, v. 10, n. 3, p. 399-424, 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-80502006000300006&lng=en&nrm=iso. access on 20 June 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-80502006000300006>.

SIQUEIRA, Marcelo L. Um modelo econômico para análise da evasão fiscal do imposto sobre a renda no Brasil. Tese (Doutorado em Teoria Econômica) – Departamento de Economia. Recife: Universidade Federal de Pernambuco; 2004. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3855>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

THALER, Richard. Behavioral Economics: Past, Present and Future. In: American Economic Association annual meeting, 27 de maio, 2016.

Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2790606. Acesso em 15 de fevereiro de 2018.

TORGLER, Benno. Tax compliance and tax morale: a theoretical and empirical analysis, Northampton: Edward Elgar Publishing Limited, 1972. p. 80.

Toporcov, Patrícia Ferreira. **Evidências empíricas do efeito da nota fiscal paulista e alagoana sobre a arrecadação estadual.** 2009. Dissertação (Mestrado em Economia). Escola de Economia de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/4313>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

Tyler, Tom R. Procedural Fairness and Compliance with the Law. **Swiss Journal of Economics and Statistics**, v. 133, n. 2, 1997. Disponível em: <https://econpapers.repec.org/article/sesarsjes/1997-ii-8.htm>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

BEHAVIORAL ECONOMICS IN THE FIGHT AGAINST FISCAL FRAUD

ABSTRACT

Behavioral Economics is a branch of economics that seeks to eliminate the insufficiencies present in classic economic theories by studying how agents make decisions that are not entirely rational and by taking into account the role that emotions and social context play in these irrational decisions. The use of public policies that are based on Behavioral Economics has

proven to be very efficient in the fight against tax evasion. This essay analyses how the government can stimulate the desired behavior in individuals through simple mechanisms based on social norms, on the legitimacy of the tax system, and on financial incentives. As an example, this essay examines studies conducted by the Behavioural Insights Team, a British institution that dedicates itself exclusively to applying Behavioral Economics. Furthermore, this essay demonstrates that a government policy implemented by the state of São Paulo, the *Nota Fiscal Paulista*, is a good illustration of how behavioral incentives can have a significant impact on tax collection.

Keywords: behavioral economics; evasion; São Paulo's bill of sale.

LIMITES AOS DIREITOS DO CONSUMIDOR E REEQUILÍBRIO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Marcos Vinícius Fidelis Bezerra¹

RESUMO

Ao mesmo tempo em que reconhece a vulnerabilidade do consumidor, a Lei nº 8.078/90 reclama a harmonização das relações no mercado de consumo. Parte da doutrina privatista parece ter desconsiderado esta compreensão, o que exige uma investigação, não exaustiva, dos limites aos direitos do consumidor em busca de se restabelecer o equilíbrio negocial previsto no CDC. Para tanto, e depois de definir o conteúdo jurídico do direito fundamental à defesa do consumidor, volta-se à legislação infraconstitucional para identificar tais limites, que são, em essência, os seguintes: a necessidade de desenvolvimento, a viabilização dos princípios da ordem econômica, a boa-fé e a função socioeconômica do contrato. Em conjunto, eles impõem deveres ao consumidor e ao Estado, que deve preservar a segurança jurídica e garantir tratamento diferenciado aos pequenos empreendimentos. Esse entendimento pode ser estendido a todas

¹ Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.
Email: marcosviniciusfb2@gmail.com

as relações jurídicas, de modo que o grau de vulnerabilidade seja verificado em concreto, oferecendo maior proteção ao consumidor.

Palavras-chave: Direito do consumidor. Limites. Relação jurídica. Equilíbrio negocial.

“Mas o mundo jurídico não é assim. Nunca foi. Os direitos topam uns nos outros. Cruzam-se. Molestam-se. Têm crises de lutas e de hostilidades. Exercendo o meu direito, posso lesar a outro, ainda se não saio do meu direito, isto é, da linha imaginária que é o meu direito”
(Pontes de Miranda)

1 INTRODUÇÃO

O rol de direitos conferidos pelo ordenamento jurídico brasileiro aos consumidores é bastante extenso. Abrange, por exemplo, a garantia de produtos e serviços seguros e adequados, a vedação à publicidade enganosa e à oferta abusiva, a eficaz prestação de serviços públicos e a inversão do ônus probatório na hipótese de hipossuficiência ou verossimilhança da alegação. Nenhum desses direitos é propriamente fundamental.

Com efeito, alguns deles sequer são direitos públicos subjetivos – isto é, oponíveis ao Estado – e aqueles que o são não estão inscritos, de maneira direta e expressa, na Constituição. Trata-se, na realidade, do resultado da conformação legislativa levada a termo para viabilizar a previsão constitucional do art. 5º, XXXII, da CF/88, que remeteu ao legislador ordinário a função de definir o modo pelo qual o Estado promoveria a defesa do consumidor.

Tem-se, pois, sob exame, um direito coletivo a reclamar uma atuação estatal comissiva. Essa atuação tanto pode pautar-se pela

aprovação de normas definidoras de direitos e de garantias materiais e processuais, âmbito em que sobejaria a importância do Legislativo, quanto pela efetiva adoção de medidas de caráter material, incluindo a coerção a ilícitos e abusos de direito, com ênfase em ações do Executivo e do Judiciário.

Em todo caso, o importante é se ter em conta que o direito fundamental à defesa do consumidor, tal como foi constitucionalmente previsto, é oponível tão-somente ao Estado. A ele cabe adotar as providências necessárias à efetivação da previsão normativa. De fato, mesmo no caso de demandas levadas ao Poder Judiciário, com fundamento no art. 5º, XXXII, da CF/88, não se cuida da violação perpetrada por particulares à Constituição, mas, sim, da omissão estatal em reprimir, *na forma da lei*, a violação a direitos do consumidor ocasionada por particulares.

Portanto, direito fundamental do consumidor propriamente dito é apenas o de exigir do Estado atuação positiva que promova a defesa de seus legítimos interesses. Todos os demais direitos, incluindo os inicialmente citados, embora em parte possam ser opostos ao Estado, não têm tal *status* jurídico.

Os particulares, por essa razão, só estão vinculados a tal direito na exata medida em que as leis infraconstitucionais assim definiram: os deveres que lhe são impostos perante os consumidores devem derivar dessas normas e restar justificados à luz de seus próprios direitos fundamentais.

A própria noção de consumidor, isto é, de quem merece proteção normativa, igualmente depende da legislação ordinária. Deveras, diante do silêncio constitucional, é ela que define os critérios para que um indivíduo ou uma coletividade, determinada ou não, sejam caracterizados como titulares do direito inscrito no art. 5º, XXXII, da CF/88 e dos demais previstos em outras normas.

Tais constatações levam ao necessário redirecionamento deste ramo do direito privado. Em primeiro lugar, há uma exigência de valorizar a legislação infraconstitucional e, sobretudo, de respeitar

suas restrições – o que, em nenhuma medida – implica desproteção ou menor proteção ao consumidor. Em segundo, aflora a necessidade de adotar uma postura que enfoque a relação jurídica – de que adviria um direito das *relações de consumo* – e não apenas um de seus sujeitos, evitando interpretações abstratas e descompassadas com o plano fático. Por fim, como resultado das verificações precedentes e com base na premissa de que não há direitos absolutos, afasta-se o caráter ilimitado que o direito do consumidor pareceu tomar na doutrina e na jurisprudência.

Eis a ordem de exposição a partir de então, a qual, com amparo na mais qualificada dogmática privatista, buscará, por meio de um abordagem teórico-qualitativa do problema, romper com paradigmas clássicos do direito das relações de consumo, identificando os limites ao exercício dos direitos dos consumidores. Almeja-se, assim, delinear linhas introdutórias para a construção de um novo raciocínio jurídico pautado pelo equilíbrio e pela harmonização dos interesses de fornecedores e de consumidores e por sua corresponsabilização na tomada de decisão negocial.

2 LIMITES POSITIVADOS NO CDC

A doutrina privatista posicionou-se, até então, no sentido de reconhecer a vulnerabilidade do consumidor como marca distintiva das relações travadas no mercado de consumo. Em tais negócios jurídicos, distintamente daqueles travados no âmbito das relações puramente civis ou empresariais, pesaria, com especial relevo, o princípio do *favor debilis*, compensando o desequilíbrio decorrente do poderio do fornecedor, como aponta a Prof.^a Cláudia Lima Marques (2014).

Partindo dessa premissa, construiu-se, efetivamente, uma ampla teoria a respeito da vulnerabilidade, com diversificadas classificações, já acolhidas, em parte, pelos tribunais pátrios. O Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.195.642/RJ, julgado em 2012, por exemplo, reconheceu a

existência de pelo menos quatro modalidades de vulnerabilidade, quais sejam a técnica, a jurídica, a fática e a informacional.

Chega-se a tratar, inclusive, de uma suposta hipervulnerabilidade. Tal conceito foi introduzido pelo professor e Ministro do STJ Antônio Herman Benjamin, para caracterizar as hipóteses em que o sujeito, além de consumidor, é também parte de um grupo minoritário ou enfraquecido socialmente, como o dos idosos, o das crianças e o das pessoas com deficiência – visão que, neste último caso, tende a mudar por força do art. 6º da Lei nº 13.146/2015.

Essa compreensão em torno da vulnerabilidade não é, em todo, equivocada. Com efeito, a Lei nº 8.078/90, em seu Art. 4º, I, adotou expressamente o princípio como basilar do microsistema jurídico das relações de consumo. Cuida-se, assim, de uma previsão positivada da qual o operador e o intérprete do direito não podem evadir-se.

O desacerto encontra-se em concepções que tendem a tornar absoluto tal princípio ou ignorar sua relação com outras diretrizes consignadas no código em vigor. A esse respeito, é interessante observar que, enquanto a Lei nº 8.078/90 fez menção uma única vez à vulnerabilidade, no artigo e no inciso referidos, reiterou exaustivamente a necessidade de harmonização e de equilíbrio das relações entre fornecedores e consumidores (caput do art. 4º, inciso III do art. 4º e art. 51, §1º, II).

Da dicção legal, são, assim, limites explícitos aos direitos do consumidor (I) a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico; (II) a viabilização dos princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, CF/88); (III) a boa-fé; e (IV) a função socioeconômica do contrato. Essa classificação acompanha a lição do ex-ministro do STJ, José Augusto Delgado, para quem:

[...] a proteção do Estado deve estar presente em normas que permitam, nos contratos firmados, harmonizar os interesses dos participantes das relações de consumo”, compatibilizando a “proteção do consumidor com a necessidade do desenvolvimento econômico e

tecnológico”, tudo com o propósito de tornar operativo os “princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (DELGADO, 1996, p. 98).

Bessa (2014) identifica ainda os bons costumes como limitadores dos direitos do consumidor, os quais, pelo forte teor subjetivo, não serão discutidos no presente trabalho.

2.1 A necessidade de avanço econômico e tecnológico: direito-custo e riscos de desenvolvimento

A necessidade de desenvolvimento, em primeiro lugar, representa o limite econômico aos direitos do consumidor. Se excessivos, podem inviabilizar a atividade produtiva, já que toda obrigação imposta ao fornecedor constitui fator de custo para seu negócio, a ser incorporado ao valor final dos produtos e serviços ofertados no mercado de consumo (COELHO, 2012).

Sendo assim, se os preços tornam-se desarrazoados, não é difícil concluir que grande parcela dos consumidores restará excluída do mercado de bens e serviços, em claro prejuízo aos fornecedores, mas, também, a si mesma. É que o direito *de acesso ao consumo*² é condição primeira e indispensável à satisfação de qualquer outra garantia prevista na legislação. Não se pode, com efeito, demandar, por completa falta de legitimidade, a substituição de produto viciado que sequer foi adquirido (art. 18, §1º, I, da Lei nº 8.078/90).

Nessa linha, e aí retomando a conceituação introdutória quanto à vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, destaca Coelho (2012) que, tão importante quanto a soma numérica de cada

2 O PLS 283/2012, ao tratar do superendividamento, parece, pela primeira vez, trazer essa preocupação de forma sistemática.

obrigação do fornecedor, é o grau de previsibilidade (capacidade relativa de antecipação) das decisões judiciais e administrativas decorrentes da interpretação das normas que impõem tais obrigações. Têm, desse modo, o Judiciário e o Executivo a importante função de conferir a maior objetividade possível a seus pronunciamentos, permitindo, com razoável certeza, estimar os custos da atividade empreendedora e alocá-los de maneira equitativa.

A seu turno, sob o aspecto do avanço tecnológico, tema de extrema relevância diz respeito ao regime de responsabilidade do fornecedor, em especial quanto aos denominados riscos de desenvolvimento. Segundo Silva (1999, p. 123, apud WESENDONCK, 2012, p. 214), tais riscos são “aqueles não cognoscíveis pelo mais avançado estado da ciência e da técnica no momento da introdução do produto no mercado de consumo e que só vêm a ser descobertos após um período de uso do produto em decorrência do avanço dos estudos científicos”. Têm, portanto, como característica peculiar a impossibilidade de sua identificação, o que põe sob forte questionamento a conformidade de eventual imposição, ao fornecedor, do dever de indenizar pelos danos causados por produtos ou serviços.

Embora reconheça a controvérsia em torno da matéria, a Prof.^a Cláudia Lima Marques (2014), por exemplo, firma posição no sentido de que a Lei nº 8.078/90, em atenção à teoria do risco integral da empresa, não contemplou os riscos de desenvolvimento no rol de excludentes de responsabilidade do fornecedor (art. 12, §3º). Admite, por outro lado, a utilização das cláusulas gerais do caso fortuito e da força maior como fundamento para exonerar a responsabilidade do fornecedor, *a despeito da ausência de expressa previsão neste sentido*.

Sobre o tema, é verdade que, conforme a concepção majoritária, apenas o fortuito externo, isto é, aquilo que foge ao processo produtivo/de concepção, é capaz de afastar a responsabilidade do fornecedor (MARQUES, 2014). É também correto que, por sua natureza, os riscos de desenvolvimento enquadrar-se-iam como hipótese de fortuito

interno, não sendo aptos, *conforme essa teoria*, a eximir a responsabilidade do fabricante/prestador de serviço (WESENDONCK, 2012).

Frise-se, porém, que se trata de posição meramente jurisprudencial, como reflexo da discussão doutrinária, passível, portanto, de modificação ao longo do tempo. De fato, nada impede que os tribunais entendam pela caracterização do risco de desenvolvimento como hipótese de excludente de responsabilidade não listada no art. 12, §3º, III, da Lei nº 8.078/80, efetivando o comando do art. 4º, III, 1ª parte, do mesmo diploma³. Essa concepção, inclusive, está perfeitamente alinhada à grande parte das legislações ocidentais contemporâneas, tendo em conta que, como destaca Wesendonck (2012, p. 219), “Em regra as leis nacionais dos países europeus [nesta seara] têm se encaminhado no sentido da exclusão da responsabilidade”.

2.2 A viabilização dos princípios da ordem econômica e a colisão de direitos fundamentais

A segunda limitação aos direitos do consumidor encontra-se em seu confronto com direitos de terceiros. Nessa esteira, sem apreciar todos os princípios da ordem econômica brasileira (art. 170, CF/88), o que, de qualquer sorte, exigiria um esforço à parte, destacar-se-ão dois deles que são especialmente relevantes para a análise em questão: a livre iniciativa (parágrafo único) e o tratamento diferenciado a pequenos empreendimentos constituídos sob a lei nacional (inciso IX).

3 Enquanto a jurisprudência a respeito do fortuito interno e do fortuito externo é bastante expressiva, ainda são parcas as decisões judiciais que versem de maneira expressa sobre os riscos de desenvolvimento. De forma aproximada, apenas o STJ e o TJ/SC enfrentaram a temática, respectivamente, no REsp nº 971.845-DF (j. 2008, 3ª Turma) e na AC 247579 SC (j. 2009, 2ª Câmara de Direito Civil). Em ambos os julgados, a discussão foi tão-somente incidental, com resultado desfavorável ao fornecedor no primeiro e favorável no segundo.

Sob o primeiro viés, sendo os fornecedores também titulares de direitos públicos subjetivos, não pode o Estado, com o propósito de concretizar o direito fundamental à defesa do consumidor, editar normas ou impor medidas que intervenham de maneira injustificada em sua esfera de liberdade. Qualquer atuação estatal, mesmo a do Judiciário na análise da colisão entre os dois direitos, deve observar o critério da proporcionalidade, isto é, a adequação – garantia de resultado empírico – e a necessidade – inexistência de meio igualmente adequado e menos gravoso.

Efetivamente, há que se ter em conta que, a despeito do aspecto tutelar da legislação consumerista, nas relações entre si, fornecedor e consumidor agem conforme sua autonomia privada. O pressuposto, por conseguinte, deve ser a da mais ampla liberdade – de um lado, a de ofertar e, de outro, a de escolher –, admitindo-se apenas excepcionalmente restrição a esse direito.

Essas observações ganham especial relevância quanto aos pequenos empreendimentos, que, por escolha do constituinte e em harmonia com o princípio da livre concorrência (art. 170, IV, CF/88), obtiveram tratamento privilegiado. Por serem objeto de exame próprio na seção 03, contudo, dispensam-se maiores comentários neste momento.

2.3 A boa-fé: controvérsia dogmática e vedação ao abuso de direito

A despeito de ser hoje um conceito plenamente aceito e difundido na doutrina e na jurisprudência brasileiras, não há consenso a respeito do conteúdo jurídico da boa-fé. Aguiar (1995), por exemplo, concebe-a sob uma perspectiva, por ele denominada de “moralismo contratual”, que ressalta o caráter axiológico imposto pela cláusula geral – confiança, lealdade e honestidade seriam, conforme esse entendimento, as bases do sistema negocial contemporâneo.

Tepedino e Schreiber (2003), por outro lado, rechaçam essa leitura ética e abstrata que a boa-fé tomou no ordenamento jurídico brasileiro. Destacam, desse modo, a importância de tal cláusula geral ser

aplicada de forma a conferir soluções concretas ao casos postos sob exame do Judiciário, atribuindo-lhe duas funções: interpretativa e geradora de deveres anexos. Esta última ora implicaria a adoção de comportamentos comissivos, ora restringiria ou condicionaria o exercício de determinado direito assegurado em lei ou em contrato.

Observação perspicaz de Tepedino e Schreiber (2003) refere-se à constatação de que a boa-fé, em nenhuma medida, pode ser compreendida como a renúncia das posições contratuais de cada parte. O que se exige, com a cláusula geral, é o comportamento cooperativo que permita o *alcance da finalidade do negócio jurídico* e, não, a colaboração com os interesses íntimos e privados da contraparte, especialmente quando estes se chocarem com os interesses do próprio sujeito.

Da conciliação entre as duas posições, é possível extrair conclusões relevantes para o tema então discutido. Em primeiro lugar, devem ser rechaçados os comportamentos que discrepem de uma padrão médio de probidade esperado do sujeito da relação jurídica de consumo – daí que as demandas propostas com o fito exclusivo de propiciar enriquecimento sem causa ao consumidor devem ser julgadas improcedentes ou ter seu valor reduzido de maneira proporcional⁴. Deve, igualmente, ser sancionada a queixa de produto ou serviço puramente difamatória, veiculada em qualquer meio de comunicação, cujo único objetivo seja depreciar a honra objetiva do fornecedor, em consonância com o teor da súmula 227 do STJ.

Já sob a perspectiva dos deveres anexos, emerge como especialmente significativo o dever de informação, que também deve ser atribuído ao consumidor. De fato, é-lhe defeso omitir, do fornecedor, informações relevantes, com o objetivo de reduzir o valor econômico do negócio que normalmente seria cabido. Nas palavras de Zuliani (2009, p. 32), “Não procede de boa-fé o ambicioso que emprega subterfúgios

4 Para Pontes de Miranda, “Também a lide temerária constituía, às vezes, abuso de direito” (2012, p. 111), posição que se mostra atual frente à explosão de litígios no Judiciário brasileiro.

para lucrar em demasia e, igualmente, falta com a boa-fé o enganador que omite as informações, cujo conhecimento, pelo outro contratante, ou obstaría o negócio ou alteraria suas cláusulas fundamentais”.

Como expresso acima, não se pode perder de vista o interesse de cada parte – e não se há de cogitar que o fornecedor tenha buscado agir fora de seu escopo lucrativo. Essa disciplina, em parte, já é acolhida no campo dos seguros privados (arts. 762 e 766, CC/02), no ordenamento brasileiro, e deve ser estendida aos demais contratos onerosos – civis e consumeristas.

Por fim, a vinculação à oferta, nessa perspectiva, também não pode se mostrar absoluta (art. 20 c/c art. 30 da Lei nº 8.078/90). O erro grosseiro, incapaz de gerar legítima expectativa ao consumidor, deve funcionar como causa excludente da obrigatoriedade de o fornecedor efetivamente oferecer a prestação anunciada (SANTANA, 2014).

2.4 A função socioeconômica dos contratos: sintetizadora dos demais limites

A função socioeconômica do contrato, embora restrita a essa espécie de relação jurídica, constitui o ponto de partida e de chegada de todos os demais limites aos direitos do consumidor. A constituição brasileira, com efeito, tomando em conta o modelo democrático-capitalista em que está inserida, qualificou o consumo – aqui adotado em conceito mais amplo que o do microsistema da Lei nº 8.078/90 - como o meio por excelência de satisfação das demandas e dos interesses individuais e coletivos (art. 173 c/c art. 170, V, CF/88).

A respeito do tema, o prof. Humberto Theodoro Júnior, em magistral lição, observa que:

“O contrato continua sendo peça fundamental do convívio jurídico e econômico no Estado Democrático de Direito, mormente naqueles em que, como o Brasil, se protege, constitucionalmente, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, contra as inovações legislativas,

sejam ou não de ordem pública. A revisão do contrato e a interferência estatal no domínio econômico hão de ser realizadas de molde a não negar as garantias fundamentais, especialmente aqueles que tutelam o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, assim como as que definem a ideologia do regime político como voltado para a defesa da livre iniciativa e da propriedade privada” (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 235).

Caio Mário da Silva Pereira (1990, p. 9, apud THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 206), complementando o raciocínio, destaca que “se se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização de nosso tempo, a consequência seria a estagnação da vida social”.

O intérprete e o operador do direito, por essa razão, embora sem desconsiderar os limites da ciência jurídica, devem, na hermenêutica contratual e na análise de litígios envolvendo avenças de consumo, levar em consideração os aspectos econômicos e financeiros da relação sob exame. O lucro deve ser, assim, encarado como propósito legítimo, cuja eliminação ou redução excessiva compromete a segurança jurídica e o equilíbrio negocial.

Nesse sentido, a Lei nº 8.078/90, a despeito de preferir a preservação do contrato à sua resolução, por exemplo, não o faz a todo custo. Na hipótese de se proceder à exclusão de determinada cláusula contratual e disso decorrer ônus excessivo a qualquer das partes, incluindo o fornecedor, é admitida a extinção da avença. Bdiene Júnior (2009, p. 256), a esse respeito, destaca que: “O §2º do art. 51 do CDC não faz distinção entre consumidor e fornecedor: se a nulidade de qualquer das cláusulas contratuais implicar ônus excessivo a qualquer deles, não será possível preservar o contrato”.

Também no que toca à regra de que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47, CDC), é possível encontrar limitações. Em primeiro lugar, e aí reside certa obviedade, há que existir dúvida razoável ou ambiguidade acerca

de determinada cláusula para a aplicação do dispositivo. Em segundo lugar, caso exista mais de uma interpretação possível e ambas favoreçam igualmente o consumidor, devem-se excluir aquelas incompatíveis com a boa-fé e com o equilíbrio negocial.

Por fim, cumpre observar que nem todo contrato de consumo é de adesão, bem como que a simples caracterização de determinada avença como pertencente a esta modalidade de negócio não a invalida ou a torna ineficaz. Sob o primeiro viés, nos casos em que não reste devidamente caracterizado o vínculo de adesão, a revisão contratual deve sofrer maiores limitações, tendo em conta que o negócio resultou de ato de ampla vontade das partes – inclusive do consumidor⁵. Já quanto à validade dos contratos de adesão, cabe destacar que não apenas inexistem, na ordem jurídica brasileira, vedação à sua conclusão, como também são eles objeto de relativamente ampla regulação no CDC (art. 54, caput e parágrafos). É a posição de Humberto Theodoro Júnior, para quem:

É importante ressaltar, todavia, que o direito moderno não repele o contrato de adesão. Ao contrário, convive amplamente com ele e reconhece-lhe a eficácia própria dos negócios bilaterais. É que o contrato de adesão, por si só, não se reveste de ilicitude nem incorre em qualquer tipo de censura. O que se recrimina é o abuso cometido eventualmente dentro do contrato de adesão pela parte que dispõe de força de determinar o conteúdo de suas cláusulas. Se, porém, não se entrevê nenhum desvio ético na estipulação de tais condições, o contrato de adesão é tão jurídico e tão obrigatório para os contratantes como qualquer outro (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 215).

5 DIAS (2007) ressalta ainda a exigência de que o objeto da revisão não esteja acobertado pelos riscos normais do contrato, impedindo-a. Com efeito, acaso determinada consequência seja resultado da normal execução da avença, não há que se falar em revisão ou anulação do negócio.

3 A REINTERPRETAÇÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE CONSUMO

Todos os limites acima delineados conduzem a uma necessária reinterpretção das relações jurídicas de consumo. De fato, embora o CDC crie um presunção de vulnerabilidade em favor dos consumidores, não pode ser ela adotada de formal ampla e irrestrita como justificadora de qualquer medida ou decisão, ainda que contrária ao direito.

Acerca disto, Pontes de Miranda (2012, p. 109) iria dizer: “Repugna à consciência moderna a ilimitabilidade no exercício do direito; não nos servem mais as fórmulas absolutas do direito romano. Ao *neminem laedit qui sup iure utitur* consagrou a jurisprudência européia limitações importantes, que chegaram ao conceito final do abuso de direito”.

Nesse contexto, como destacado, incumbe aos operadores e intérpretes verificar, em caráter preliminar, a existência ou não de regras explícitas na Lei nº 8.078/90 ou em leis extravagantes quanto às matérias sob seu exame. É que os direitos do consumidor, frise-se novamente, serão aqueles estabelecidos pela (e na forma da) legislação ordinária.

Somente na ausência de tais normas, é autorizado perseguir soluções com base em analogia, em interpretação extensiva e em equidade. Mesmo nesse caso, há de se observar se a solução encontrada respeita a boa-fé e amolda-se ao equilíbrio econômico e negocial, encontrando amparo direto em algum princípio ou diretriz do CDC. Não encontrando, será o caso de denegação do pleito sob avaliação, pois ser consumidor não significa ser titular de todo e qualquer direito.

Até este ponto, inexistente qualquer novidade.

A reinterpretção defendida é, contudo, mais radical: o que se propõe é o abandono de uma leitura abstrata acerca do desequilíbrio na relação entre fornecedor e consumidor, dirigindo-a à apreciação do caso concreto. As soluções conferidas, assim, além de conformes ao direito, devem ser adequadas aos sujeitos em relação.

Não há, com efeito, como oferecer o mesmo tratamento à relação de um consumidor com uma microempresa e à relação de um consumidor com uma grande multinacional. De igual modo, não há como conferir as mesmas garantias a um consumidor devidamente esclarecido, até habitual no tipo de negócio que, em concreto, está firmando, e a um consumidor completamente leigo, fisgado pelas estratégias de marketing e de publicidade em geral.

Pelo lado do fornecedor, inicialmente, a omissão estatal em ofertar tratamento favorecido aos pequenos empreendimentos constituídos sob a lei brasileira e com sede e administração no país padece do vício de inconstitucionalidade (art. 170, X, CF/88). É, pois, antes de qualquer medida de justiça e equidade, dever do Poder Público levar em consideração, na interpretação das normas consumeristas e em suas decisões, a condição de microempresa ou de empresa de pequeno porte.

Essa previsão tem especial relevância na análise de cláusulas gerais arroladas na Lei nº 8.078/90. Embora ninguém possa se escusar do cumprimento da legislação alegando que não a conhece (art. 3º, LINDB, c/c art. 23, CDC), não raro deixam os pequenos empreendimentos de contar com uma assessoria jurídica preventiva que lhes oriente quanto à acertada condução de seus negócios.

A possibilidade, assim, de o fornecedor lançar oferta enganosa, sem o intuito de lesar os consumidores, mas de ampliar o conceito de seu produto ou serviço, é não apenas existente, como bastante comum. Em casos como esses, por exemplo, é perfeitamente admissível mitigar o entendimento do que seja oferta suficientemente precisa, apta a vincular o fornecedor, para excluir a obrigação de executá-la (art. 30, CDC).

Por sua vez, pelo lado do consumidor, é preciso dissociar, de modo definitivo, os conceitos de vulnerabilidade e de hipossuficiência. Para tanto, são bastante elucidativas as palavras do Min. Herman Benjamin, para quem “A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns –

até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores” (BENJAMIM, 2007, p. 382, apud BDINE JÚNIOR, 2009, p 228).

A hipossuficiência não é presumida como a vulnerabilidade. Deve ser verificada pelo juiz à luz do caso concreto, “segundo as regras ordinárias de experiência” (art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90), e tem como consequência jurídica a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. Daí que ela não pode ser reconhecida aprioristicamente, tampouco em âmbito extraprocessual.

A despeito dessas considerações, rápida passagem a diversas obras cujo objeto seja o direito do consumidor – ou o direito das relações de consumo – atesta a ainda subsistente confusão entre os dois termos. Rêgo e Rêgo (2002, p. 125), por exemplo, afirmam que “[...] na medida em que reconhece a vulnerabilidade e a hipossuficiência, em sentido amplo, do consumidor, coloca ao seu dispor institutos e instrumentos que lhe garantirão as efetivas e integrais prevenção e reparação dos danos” [grifos meus].

Teixeira (2000) incorre de forma ainda mais expressiva no equívoco citado ao utilizar a conjunção disjuntiva “ou” para tratar da vulnerabilidade e da hipossuficiência do consumidor. Sustenta, efetivamente, que “A diferença que se evidencia entre um caso e outro não se situa no destino final do produto, mas sim na disparidade econômica entre as partes na relação jurídica, ou, em outras palavras, a hipossuficiência ou a vulnerabilidade de um lado em relação ao outro” (p. 19-20) [grifos meus].

Borges (2010), afinal, em posição mais recente, também se equivocou ao proclamar que “A tutela do consumidor fica a mercê [sic] da vulnerabilidade do próprio consumidor, que nas relações de consumo, por se tratar de parte hipossuficiente, ou mais fraca, acaba tendo que se submeter às condições que lhe são impostas pelos fornecedores, parte mais forte” (p. 58) [grifos meus].

Afora a atecnia, essa concepção só contribuiu para o alcance de soluções de duvidosas equidade e juridicidade. Sob a noção de “parte mais fraca”, atribuem-se aos consumidores direitos que não lhes são

garantidos pelo ordenamento jurídico, ainda que ausente qualquer conduta ilícita do fornecedor.

Ademais, esse entendimento também força a leitura de que o consumidor é sempre sujeito desinformado, que adquire produto ou serviço apenas porque atraído por oferta do fornecedor. Isso, naturalmente, não é verdadeiro.

A uma, é possível que o consumidor, parte na relação jurídica, seja, como já mencionado, habitual no negócio em questão, precedendo sua compra de ampla pesquisa. Nesse caso, a compreensão do que seja vício de fácil constatação não pode ser a mesma de um consumidor médio, assim como é descabido deduzir que determina oferta, ainda que falsa, seja capaz de enganá-lo.

A duas, nem sempre o anúncio publicitário tem a capacidade de, por si só, induzir o consumidor a adquirir determinado produto ou serviço. Na maior parte das vezes, em verdade, ele vem ao encontro de um desejo íntimo precedente, apenas reforçando a intenção da parte de firmar determinado negócio. Disso resulta que, se ausente vício de consentimento, a declaração de vontade do consumidor é plenamente válida e capaz de obrigá-lo (art. 104 c/c art. 107 c/c art. 110, CC).

Sucedem que não pode o consumidor esquivar-se dos efeitos normais de sua decisão, tampouco pode o Poder Público, especialmente o Judiciário, anular as consequências inerentes à conclusão do negócio. A responsabilidade, exceto quando disposto de modo diverso na legislação, deve, assim, ser compartilhada entre consumidor e fornecedor, nos limites da concorrência de cada qual para o firmamento da avença e dos proveitos obtidos por cada um.

Em síntese, não pode o consumidor, tanto quanto não pode o fornecedor, naturalmente, agir de maneira inconsequente, na expectativa de valer-se posteriormente da flexibilidade da legislação para minimizar os efeitos do negócio ou para extinguir suas obrigações. Caso o faça, sua conduta se encontrará afetada por algum limite positivado ou reprimida por incidir em flagrante abuso de direito, como lembra Pontes de Miranda:

Há limites a direitos e há abusos sem transpassar limites. Não se confundam limitação aos direitos e reação ao abuso do direito. 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 que o limitem, que lhe ponham menos avançados os marcos, que tirem um pouco da violência ou do espaço que conquista (MIRANDA, 2012, p. 114).

4 CONCLUSÕES

Amparada nas diretrizes da Lei nº 8.078/90, que conformou o direito fundamental à defesa do consumidor, a dogmática consumerista voltou-se, até então, a ressaltar a vulnerabilidade desse sujeito jurídico como marca distintiva das relações de consumo. Embora se trate de uma visão compatível com a previsão positiva do CDC (Art. 4º, I), observa-se certo equívoco, entre grande parte dos autores, ao maximizar esse conceito, em detrimento de uma postura que valorize o equilíbrio e a harmonia nas relações de consumo, como exaustivamente determina o Código (caput do art. 4º, inciso III do art. 4º e art. 51, §1º, II).

Daí a importância de se investigar os limites aos direitos do consumidor positivados na legislação, dentre os quais têm especial destaque a necessidade de desenvolvimento, a viabilização dos princípios da ordem econômica, a boa-fé e a função socioeconômica do contrato. Em conjunto, tais limites direcionam-se tanto aos consumidores, quanto ao Estado, impondo aos primeiros deveres anexos na celebração de negócios e um padrão médio de probidade em sua atuação no mercado de consumo e ao segundo, um dever de oferecer segurança jurídica, respeitando o ato jurídico perfeito, assegurando ampla eficácia às declarações de vontade e garantindo tratamento diferenciado aos pequenos empreendimentos constituídos no país sob as leis nacionais.

Acerca deste último tópico, é preciso ampliar o dever estatal de tratamento diferenciado para afastar uma leitura abstrata da vulnerabilidade do consumidor, não confundindo-a com a hipossuficiência e redirecionando-a para a relação jurídica em concreto. Essa compreensão, aliada a um regime de corresponsabilidade decisional, viabiliza um tratamento mais adequado a cada sujeito do mercado de consumo, assegurando maior e melhor proteção àqueles a quem realmente é devida.

REFERÊNCIAS

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

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Práticas abusivas e cláusulas abusivas. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Org.). **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2009. Cap. 5. p. 218-263. (GVlaw).

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BORGES, Luis Roberto. **A vulnerabilidade do consumidor e os contratos de relação de consumo**. 2010. 127 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Universidade de Marília, Marília, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**, volume 01. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro. In: FERNANDES,

Wanderley (Coord). **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Direito das obrigações**: direito das obrigações, fatos ilícitos absolutos...atualizado por Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Coleção tratado de direito privado: parte especial, 53.

RÊGO, Werson Franco Pereira; RÊGO, Oswaldo Luiz Franco. O código de defesa do consumidor e o direito econômico. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, p.116-131, 2002.

SANTANA, Maria Fernanda Barbosa de. A publicidade enganosa no direito consumerista brasileiro. **Revista da EJUSE**, Aracaju, n. 21, 2014, p. 29-43. Semestral.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Proteção ao Consumidor no Sistema Jurídico Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 108, ano 27, p. 185-211, out./dez. 2000. Disponível em: <<http://150.162.138.5/portal/sites/default/files/anexos/32698-40208-1-PB.pdf>>. Acesso em 19 nov. 2017.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003, p. 139-151.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contratos: princípios gerais. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 205-235.

WESENDONCK, Tula. A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina no Direito Comparado.

Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 38, n. 2, p. 213-227, jul./dez. 2012, p. 213/227.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Direitos básicos do consumidor. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Org.). **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2009. Série GV Law. Cap. 1. p. 3-78.

LIMITS TO CONSUMER RIGHTS AND NEGOTIATING BALANCE

ABSTRACT

At the same time that the Law 8.078/90 recognizes consumer's vulnerability, it requires the harmonization of relations in the consume market. Part of the privatist doctrine has ignored this comprehension, which demands a not exhaustive investigation of the limits to consumer rights with the intention to reestablish the negotiating balance fixed in the code. Therefore, and after defining the juridical content of the fundamental right to consumer defence, the study turns to infraconstitutional legislation to find out those limits, which are the following: the need for development, the viability of the principles of economic order, the good faith and the economic function of contracts. Together, they impose duties to consumers and to the State that shall preserve juridical certainty and guarantee differential treatment to small business. This understanding can be extended to all juridical links, so that the

degree of vulnerability is verified in concrete, offering greater protection to consumers.

Keywords: Consumer rights. Limits. Juridical link. Negotiating balance.

O CONTRATO ELETRÔNICO NO *E-COMMERCE*: SIMILITUDES E PECULIARIDADES NO TOCANTE À TRADICIONAL TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

Arthur Ferreira de Oliveira¹

RESUMO

O presente trabalho analisa as problemáticas trazidas pelo comércio eletrônico no tocante aos contratos celebrados neste segmento de mercado, os quais são conceituados, conforme a doutrina especializada, como contratos eletrônicos. Aborda-se, de início, as bases do *E-commerce*, apresentando uma visão geral sobre definições e particularidades do tema, assim como elucidando determinadas normas no direito comparado atinentes ao ponto e a relação do comércio eletrônico com o direito consumerista pátrio. Partindo dessa premissa, objetiva-se verificar a natureza jurídica desta recente modalidade contratual, bem como se a clássica teoria geral dos contratos oferece respostas satisfativas às novas questões enfrentadas com os contratos eletrônicos. Ato contínuo, disserta-se sobre o regramento e a principiologia do que vem se reputando por “teoria geral dos contratos eletrônicos”.

¹ Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.
Email: arthur93oliveira@gmail.com

O artigo assenta-se em fontes documentais e utiliza o método de pesquisa dedutivo.

Palavras-chave: E-commerce. Direito do Consumidor. Contratos eletrônicos. Teoria Geral dos Contratos Eletrônicos.

1 INTRODUÇÃO

Conforme se noticia, o comércio tem, ao sabor das revoluções, ganhado novas roupagens: a “Revolução Agrícola” colocou a “terra produtiva” como elemento central do sistema de geração de riquezas; a “Revolução Industrial” trouxe a máquina (movida a vapor e, depois, a eletricidade) como ator tecnológico central. Atualmente, na “Revolução da Informação” o conhecimento passou a desempenhar um papel central na atividade econômica.

Com efeito, a Revolução da Informação é apontada como o principal acontecimento do século XX, uma vez que modificou significativamente a expansão do conhecimento, alterando o comportamento social, interferindo no mundo econômico e nas relações de instituições públicas e privadas. Nesse contexto, a internet surge como o grande resultado deste fenômeno social, pelo fato de proporcionar um meio de comunicação que rompe com os limites geográficos e temporais, trazendo inúmeras aplicações (e implicações) no cotidiano.

Uma dessas aplicações é o comércio eletrônico, ou *E-commerce*, que, se apropriando do espaço proporcionado pela internet e outros meios eletrônicos análogos, introduziu uma nova forma de se fazer comércio, seguindo a tendência histórica. Com efeito, esse meio de relacionamento comercial fez surgir o que se convencionar chamar de “contrato eletrônico”, uma nova forma de contratação que, apesar da pouca regulamentação jurídica, vem sendo objeto de várias pesquisas nos campos do direito civil, do consumidor e da tecnologia.

Destarte, o objetivo do presente estudo é investigar as implicações da forma de contratação no comércio eletrônico no direito contratual clássico, buscando uma conclusão sobre se a clássica teoria geral do contrato oferece respostas satisfatórias às novas problemáticas introduzidas pela contratação eletrônica. Para tal, foram utilizadas as fontes bibliográficas, legislativas e jurisprudenciais, assentando-se no método dedutivo.

2 E-COMMERCE: O FATO SOCIAL VISTO PELO OLHAR JURÍDICO

O Comércio Eletrônico, ou *E-commerce*, surge em meados dos anos 90, facilitado, principalmente, pelo aprimoramento do sistema operacional da Microsoft, o Windows, bem como pelos navegadores de internet, momento em que apareceram as primeiras lojas virtuais, como a Amazon (AZEVEDO; ODONE; COELHO, 2017).

Cláudia Lima Marques (2004, p. 1) apresenta o *E-commerce* como o comércio “clássico’ de atos negociais entre empresários e clientes para vender produtos e serviços, agora realizado através de contratações a distância, conduzidas por meios eletrônicos (e-mail, mensagem de texto etc.), por Internet (on-line) ou por meios de telecomunicação de massa”.

A seu turno, Alberto Albertin (2000, p. 14) traz interessante definição, conceituando o comércio eletrônico da seguinte forma: “a realização de toda cadeia de valor dos processos de negócio num ambiente eletrônico, por meio de aplicação intensa das tecnologias de comunicação e informação, atendendo aos objetivos do negócio”. Essa ótica mais generalista mostra-se idônea a acompanhar o ritmo das constantes mudanças no setor.

Com efeito, para melhor compreender as vantagens e riscos do comércio eletrônico, mostra-se útil a sua divisão em dois blocos principais. O primeiro bloco indica as atividades relativas às transações entre empresas que negociam eletronicamente entre si, o *E-business*.

Este grupo tem por característica um número relativamente baixo de transações de alto valor financeiro. O segundo bloco, das transações entre empresas e consumidores finais, o *E-commerce* em sentido estrito, se caracteriza por alto volume de transações com baixo valor financeiro (DINIZ, 1999, p. 72). O *e-commerce* e o *e-business* são frequentemente confundidos, no entanto, são termos distintos, em que pese serem espécies do mesmo gênero.

Nessa ótica, os negócios jurídicos celebrados na rede podem entabular relações regidas pelo Direito Público, quando envolverem a administração pública em um dos polos, assim como podem resultar em negócios de Direito Privado, no caso de contratações entre pessoas físicas e/ou pessoas jurídicas de Direito Privado (MELO; VASCONCELOS, 2017). No primeiro caso, estas relações são representadas pela sigla B2G (*business to government*) e C2G (*consumers to government*). No segundo, pelas siglas B2B (*business to business*), C2C (*consumers to consumers*) e B2C (*business to consumers*).

Nesse diapasão, as empresas atuantes no comércio eletrônico podem assumir diversos arranjos, de acordo com a forma de atuação do negócio. Assim, existem as *lojas virtuais*, que constituem o modo mais frequente, utilizando-se de ferramentas de tecnologia para simular, no ambiente virtual, elementos de uma loja física, como a divisão do site em setores afins, além do carrinho de compras, que possibilita ao consumidor reunir todos os produtos de seu interesse em um único lugar, antes de finalizar a compra. Podem assumir ainda a forma das *marketplaces*, que consistem em shoppings virtuais que abrigam várias lojas virtuais, expondo os produtos ou serviços dessas (PROCON/SP, 2017).

Cabe citar também os sites de compras coletivas, que divulgam ofertas de outros de estabelecimentos, geralmente com preços atrativos e sujeitas a um número mínimo de compradores, além de condicionada a determinado lapso temporal; e os clubes de compra virtuais, que são sites que apresentam descontos e vantagens na aquisição de produtos

e serviços exclusivamente para consumidores previamente cadastrados (associados).

Cumpra, por fim, mencionar as empresas intermediadoras, que atuam fazendo a ligação entre o site de vendas e a instituição financeira ou administradora de cartão de crédito. Cite-se, por exemplo, empresas como PagSeguro e *PayPal*. Nesse viés, paira grande discussão doutrinária acerca da posição na relação jurídica dos sites de comparação de preço, como o Zoom e o Buscapé, que fazem o elo entre consumidor e os fornecedores digitais.

3 PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Da leitura dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa de do Consumidor, verifica-se que os negócios entabulados no *E-commerce*, na modalidade B2C, constituem uma relação de consumo, dada a presença de um fornecedor (o site de vendas) e um consumidor que adquire um produto ou serviço como destinatário final. Na modalidade B2B, o CDC é aplicável caso venha a ser constatada a vulnerabilidade da parte no caso concreto, conforme tese fixada pelo STJ (BRASIL, 2010). Nos demais casos, aplica-se o Código Civil ou a legislação específica.

Uma vez reconhecida a relação de consumo e, assim, aplicado o CDC, o fornecedor, proprietário do site de vendas, passa a ter de observar uma série de requisitos legais exigidos pela Lei consumerista, tendo em vista o pressuposto teleológico de reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, conforme o artigo 4º, I, do CDC, em decorrência da assunção de que há uma relação de desigualdade entre as partes (BRASIL, 1990).

Isso porque o ambiente desterritorializado, despersonalizado, imaterial, atemporal e internacional, típico do comércio eletrônico, provoca um sentimento de grande desconfiança no consumidor nesta forma de contratação, havendo relativa dúvida acerca de que as etapas da contratação serão iniciadas e concluídas com segurança, de modo que

os consumidores se encontram ainda mais expostos a riscos (DESTRO, 2007, p. 61).

Dessa forma, mostra-se indispensável para o sucesso do *E-commerce*, e da negociação em si, que sejam assegurados um rol de direitos mínimos ao consumidor. Nessa ótica, vital que o fornecedor observe detidamente o dever de informação, contido nos artigos 6º, inciso III e 31, do CDC, por meio do qual se obriga o site de vendas a veicular informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, prazo de validade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

Com efeito, Schreiber (2014, p. 100) afirma que há uma “paradoxal insuficiência da informação no ambiente eletrônico”, vez que no *E-commerce* as informações são pré-dispostas, sendo o produto descrito por meio de imagens ou dados técnicos padronizados e, embora em tese o consumidor pudesse dispor de uma gama de informações sobre o produto por toda a internet, tais informações não são ordenadas e nem sempre são verídicas e/ou específicas, não raras vezes manipuladas, de forma que o consumidor eletrônico acaba dispondo paradoxalmente de pouca informação sobre o objeto da sua contratação.

Nesse contexto, a publicidade aparece intimamente conectada com o dever de informação, dado que, na maioria das vezes, é por esse meio que o consumidor tem o primeiro acesso à oferta. Assim, quanto melhor a qualidade da publicidade, melhor informado estará o consumidor. Não obstante, vê-se que essa finalidade vem sendo desvirtuada.

É que, diferentemente do meio físico, no mundo virtual a publicidade acompanha o usuário em qualquer momento da navegação. Facilitados por aplicativos virtuais como os *cookies* e *spywares* – aplicativos de legalidade questionável -, que recolhem dados relativos aos consumidores como suas preferências em matéria de consumo, *banners* e *pop-ups* surgem nos rodapés e cabeçalhos de páginas que aparentemente não tinham conteúdo comercial; *spams* abarrotam caixas de entrada de

e-mails. Em sites de busca, links patrocinados se misturam a resultados relevantes.

Cabe ressaltar ainda o *cybersquatting*, publicidade enganosa na qual o fornecedor utiliza-se de nomes semelhantes a marcas famosas, levando o consumidor a erro. Outra técnica de publicidade e propaganda enganosa utilizada no meio eletrônico é chamada de *metatags*, consistente na prática de associar a página do site de vendas a palavras buscadas pelo usuário, mesmo que o conteúdo do site não guarde nenhuma relação com a palavra buscada. Ressalte-se que tais práticas são vedadas, por força do artigo 37, §1, do CDC.

Nesse íterim, não é incomum o site de vendas descumprir a oferta veiculada na publicidade, seja por culpa ou dolo na divulgação dos termos e condições. Não obstante, o CDC, em seu art. 38, impõe a inversão do ônus da prova da veracidade da publicidade ao fornecedor, que responde objetivamente pelos danos causados, podendo o consumidor requerer o cumprimento forçado da oferta, a substituição por produto ou serviço equivalente, ou a rescisão do contrato, sem prejuízo das perdas e danos suportados, conforme seu art. 35.

Nessa seara, na medida em que a publicidade eletrônica vai ganhando um perfil cada vez mais personalizado, resistir a tais apelos tem se tornado uma tarefa árdua. Tentado pela facilidade de um clique, o consumidor eletrônico compra muitas vezes por mero impulso, sem a necessária reflexão. Schreiber (2014, p. 89) traz um bordão que ilustra bem essa situação: “compre o que você não precisa com o dinheiro que você não tem”.

Desta feita, o chamado “direito de arrependimento” ou “prazo de reflexão”, especificado no artigo 49, do CDC, é um ponto crucial no comércio eletrônico e deve ser respeitado pelo site de vendas, levando em que consideração que a distância entre fornecedor e consumidor existente nas transações virtuais é um fator que ocasiona prejuízo na informação básica que deve ser disponibilizada ao consumidor, dada a imaterialidade da relação. Assim, reforça-se a necessidade de se manter

assegurado o direito de reflexão, cujo prazo é de sete dias, a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço.

Em face do exposto, mostra-se que se faz necessária uma regulamentação mais específica no tocante ao comércio eletrônico no Brasil, principalmente no que diz respeito a políticas públicas de proteção de dados pessoais e da atividade publicitária. Deve se levar em consideração que o texto original do CDC, de 1990, fora formulado num período em que as transações eletrônicas encontravam-se ainda em estágio relativamente primário, deixando de haver normas especificamente voltadas para o comércio virtual.

Uma das tentativas de regulamentação do *E-commerce* partiu do Executivo, por meio do Decreto 7.962/2013 (BRASIL, 2013), promulgado pela presidenta Dilma. Contudo, tal Decreto não se aprofundou tanto quanto necessário, apesar da elogiável iniciativa de fixar parâmetros sobre o direito de arrependimento e sobre a identificação clara do fornecedor no site de vendas. Por parte do Legislativo, houve o Projeto de Lei 439/2011, tratando sobre comércio eletrônico, porém, esse PL fora arquivado em 2015, por ter sido substituído pelo PL nº 281, de 2012, que atualmente se encontra em tramitação no congresso (BRASIL, 2012).

Sem embargo, em âmbito internacional é possível encontrar várias normativas dispendo sobre o *E-commerce*, essas que podem ser de grande valia a título de comparação e de base para o legislador brasileiro.

4 DIREITO COMPARADO

Nesse particular, cumpre, sumariamente, trazer à baila uma das principais normativas internacionais acerca do E-Commerce: trata-se da Lei Modelo sobre Comércio Eletrônico da UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional). Trata-se de um órgão criado pela ONU, em 1966, com a missão de promover

a harmonização e unificação progressivas do direito comercial internacional (UNCITRAL, 2017).

A Lei Modelo, de 1996, tem como objetivo garantir a validade dos documentos formados eletronicamente e também definir os pressupostos da mensagem eletrônica, concedendo aos legisladores a oportunidade de utilizá-la como um parâmetro a ser seguido pelos países, ao elaborarem a sua legislação referente à documentação eletrônica. Ela é dividida em duas partes: na primeira regulamenta o comércio eletrônico e na segunda disciplina a sua utilização em áreas da atividade mercantil (DESTRO, 2007, p. 92).

No âmbito da União Europeia, pode-se citar a Diretiva 2000/31/CE do Parlamento e do Conselho Europeu, que regula, em suma: o regime do estabelecimento eletrônico e do direito à informação; as comunicações comerciais; os contratos celebrados por meios eletrônicos; a responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços e as formas de aplicação da legislação comunitária. Frise-se que o comércio eletrônico europeu não é regulado por uma norma única, mas por um complexo tecido normativo, composto de diferentes Diretivas - 2002/65/CE, 2008/48/CE, 2011/83/CE, entre outras (SCHREIBER, 2014, p. 108).

No Mercosul, por sua vez, é possível elencar quatro principais Resoluções referentes ao comércio eletrônico: Res. 43/2000, de 28.06.2000, que define um grupo *ad hoc* sobre comércio eletrônico; Res. 24/2001, de 13.04.2001, que traça objetivos de funcionamento do Comércio eletrônico no Mercosul, não impondo objetivos para os Estados-membro ou associados; Res. 21/2004, de 08.11.2004, que trata do direito à informação nas relações de consumo provenientes de contratos eletrônicos, impondo objetivos aos Estados-membro; e, a Res. 37/2006, de 18.07.2006, que resguarda o reconhecimento jurídico e a assinatura eletrônica avançada no âmbito do Mercosul (VIAL, 2013, p. 6).

É de bom alvitre ressaltar ainda a Recomendação da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico

(OCDE), que faz referência à proteção do consumidor nas práticas de comércio eletrônico – apenas para as relações B2C -, trazendo à tona questões como a necessidade de informação e a proibição de cláusulas contratuais abusivas.

Portanto, em breve análise – sem citar a legislação de países como EUA, Alemanha e Portugal, que já estão bem avançados no assunto – mostra-se que o legislador pátrio dispõe de um vasto material normativo internacional para servir de base para a necessária reforma e adequação às peculiaridades trazidas com o comércio eletrônico.

E ainda, vê-se que algumas destas normativas datam do fim do século passado, mostrando que o nosso legislador não seguiu a tendência mundial e perdeu uma grande chance de promulgar um Código Civil já alinhado com as novas problemáticas resultantes da interação entre direito e tecnologia, principalmente no que toca ao direito contratual, ramo que precisa se atualizar com o surgimento e evolução do *E-commerce*.

5 A CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA NO *E-COMMERCE*: A CLÁSSICA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS OFERECE RESPOSTAS ÀS MODERNAS QUESTÕES?

A lição de Venosa (2013, p. 386) ilustra bem a discussão aqui proposta, pois traz à baila que “o contrato, e não mais a propriedade, passa a ser o instrumento fundamental do mundo negocial, da geração de recursos e da propulsão da economia. É certo que se trata de um contrato sob novas roupagens, distante daquele modelo clássico”. Não nega, contudo, o civilista citado, a natureza contratual, em virtude das mudanças referidas. A bem da verdade, se quis dizer que “o direito dos contratos, que durante tantos séculos se manteve avesso a modificações de seus princípios, está a exigir reflexões que refogem aos dogmas clássicos”.

Nesse passo, com o advento do comércio eletrônico e a contratação via internet, o acordo de vontades oriundo da relação de

consumo virtual passou a ser denominado pela maioria da doutrina brasileira de “contrato eletrônico”. Com efeito, iniciou-se uma grande discussão acerca da natureza desse negócio jurídico, ou melhor, se seriam tais contratos eletrônicos um “novo” gênero contratual, uma espécie de exceção ou de capítulo à parte dentro do direito civil, afastando-se das regras do direito contratual pátrio; ou, se poderiam e deveriam ser tratados exatamente como os demais contratos (SCHREIBER, 2014, p. 89).

O que vem prevalecendo é que o contrato eletrônico nada mais é do que um contrato tradicional celebrado em meio eletrônico, seja através de redes de computadores ou de outro meio eletrônico idôneo a perfectibilizar o acordo de vontades. Diferencia-se, assim, do contrato tradicional apenas quanto ao meio onde é materializado (LIMA, 2007).

Assim, Lawand (2003, p. 20), em seu livro “Teoria geral dos contratos eletrônicos” define contrato eletrônico como “o negócio jurídico concretizado através da transmissão de mensagens eletrônicas pela Internet, entre duas ou mais pessoas, a fim de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”.

Não obstante, apesar do reconhecimento de que o contrato eletrônico se encontra abarcado pelo direito brasileiro, diversos aspectos da teoria geral dos contratos vêm sendo colocados em xeque por essa significativa transformação no modo de celebração contratual.

Desta feita, conforme indica Schreiber (2014, p. 91), “a contratação eletrônica veio abalar, de um só golpe, cinco referências fundamentais utilizadas pela disciplina jurídica do contrato: quem contrata, onde contrata, quando contrata, como contrata e o quê contratam”. Isso porque, diz o autor, “essas cinco questões eram respondidas de maneira relativamente segura nas contratações tradicionais e, por isso mesmo, eram tomadas como parâmetros pelo legislador e pelos tribunais para a determinação da solução jurídica aplicável”.

Nessa ótica, tal observação mostra-se um ótimo ponto de partida para avaliar, usando a terminologia específica, os sujeitos, o lugar, o momento, a forma e o objeto contratual.

Destarte, no tocante aos sujeitos contratuais da celebração eletrônica reside uma das maiores controvérsias, ante a dificuldade de identificação das partes. De um lado, o site de venda não dispõe de meios suficientemente idôneos a caracterizar se o consumidor que ora aceita a oferta, então oblato, é de fato quem diz ser, ou seja, se os dados fornecidos são autênticos. Pode aquele consumidor ser um incapaz, absoluta ou relativamente, ou mesmo um fraudador, de posse de dados furtados de outrem. Do mesmo modo, nem sempre é possível se definir com clareza a pessoa do site de vendas, muitas vezes por não haver coincidência entre o provedor do site e o fornecedor dos produtos ou serviços, ou pelo fato de não haver discriminação da razão social do responsável pelo site de *E-commerce*.

No primeiro caso, os sites de vendas comumente apresentam um formulário por meio do qual são requisitadas informações do consumidor contratante, principalmente o CPF (dado esse que, em conjunto com os bancos de dados da Receita Federal, pode suprir o problema da menoridade). Contudo tais informações podem ser plenamente manipuláveis ou mesmo não serem do real contratante. Igualmente, o endereço IP poderia ser uma solução, mas o contratante pode burlar esse meio de localização acessando a rede de um local público.

Um meio mais eficaz apontado pela doutrina é a assinatura digital, que no Brasil é gerida pela Infraestrutura de Chaves Públicas do Brasil (ICP-Brasil), que fiscaliza o trabalho das chamadas “autoridades certificadoras”, responsáveis pela emissão de certificados digitais - softwares que permitem a assinatura. A assinatura digital consiste num sistema criptográfico assimétrico, baseado num sistema duplo de chaves: uma privada - de uso exclusivo do seu detentor - que assina (criptografa) o documento eletrônico; e uma pública - disponibilizada pela autoridade certificadora - que confere (e descriptografa) os dados. Esse procedimento permite comprovar a autoria e a integridade de um documento eletrônico cifrado pelo autor.

Contudo, a assinatura digital ainda se encontra restrita a determinadas classes no Brasil, especialmente os cartórios, bancos, advogados e o Estado (*latu sensu*). A difusão do seu uso ao consumidor virtual parece que não será das mais céleres.

No segundo caso, do lado dos fornecedores, há uma maior regulação. O Decreto 7.962/2013, citado anteriormente, impõe aos sites de comércio eletrônico que haja uma clara identificação do responsável pelo negócio, devendo ser disponibilizado, em local de destaque e de fácil visualização: “nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda”, assim como o seu “endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato” (BRASIL, 2013).

Ademais, é possível ainda que o consumidor verifique os dados da empresa com a qual está contratando, bastando realizar simples uma consulta ao site “registro.br”, por meio do qual o Comitê Gestor Internet do Brasil (CGI-Br) disponibiliza para cadastro de domínios, onde o consumidor poderá saber os dados completos da pessoa que registrou o domínio da página acessado, informações úteis em uma eventual ação de responsabilização civil (GONÇALVES, 2001, p. 240, *apud* DESTRO, 2007, p. 72-73).

Em relação ao objeto do contrato eletrônico, além do tradicional “lícito, possível e determinado ou determinável”, fala-se, também, que há uma certa imaterialidade, haja vista que o consumidor enfrenta a dificuldade em acessar ou localizar no site o texto e as condições da contratação, incluindo aí as informações sobre o produto ou serviço contratado. Ademais, o objeto do contrato de comércio eletrônico será também imaterial quando se tratar de bens intangíveis, como softwares ou bens em versão digitalizada, tais quais arquivos diversos de texto (livros, revistas, e outros documentos escritos); arquivos de som (músicas); arquivos de imagem (fotografias e pinturas), além dos vídeos em geral (MELO; VASCONCELOS, 2017).

Nessa ótica, os contratos eletrônicos podem se dividir, de acordo com o objeto, em diretos e indiretos, onde os indiretos são aqueles que envolvem bens tangíveis, corpóreos, como livros, carros, aparelhos eletrônicos; e os diretos são aqueles em que a transação envolve somente bens intangíveis, incorpóreos, como, por exemplo, os softwares – e assim executado exclusivamente em meio eletrônico (RAMOS, 2016).

No que diz respeito à forma contratual, vigora o princípio da liberdade das formas, excetuando-se, contudo, aqueles negócios em que a lei exige alguma solenidade.

Em contraposição aos instrumentos escritos e assinados da contratação tradicional, a forma da contratação eletrônica resume-se frequentemente à exibição de uma tela ou página virtual, em que o consumidor pode, se cuidadoso, imprimir ou guardar uma cópia do arquivo para o seu próprio computador (SCHREIBER, 2014, p. 98). Vê-se, pois, que a forma do contrato influenciará diretamente na sua prova, o que faz se iniciar a discussão sobre a validade e a força probante dos documentos eletrônicos.

Sobre esse ponto, o Código Civil brasileiro vigente (BRASIL, 2002), em seu artigo 225, estaria apto a prover validade aos documentos eletrônicos. Nesse passo, o Enunciado 398 da IV Jornada de Direito Civil, retirou maiores dúvidas sobre a validade dos documentos eletrônicos, ao afirmar que “os arquivos eletrônicos incluem-se no conceito de ‘reproduções eletrônicas de fatos ou de coisas’, do art. 225 do Código Civil, aos quais deve ser aplicado o regime jurídico da prova documental” (SCHREIBER, 2014, p. 99).

Destarte, seguindo essa orientação os tribunais brasileiros têm acolhido os arquivos digitais como meio válido de prova. Em eventual impugnação da sua veracidade, exige-se perícia, o que igualmente ocorre com os documentos físicos.

Quanto ao lugar, reside também grande celeuma. Em tese, o direito brasileiro abarca a teoria na qual a formação do contrato se dá no lugar em que este é proposto, com fulcro no artigo 435, do Código Civil. Contudo, a internet, de certo modo, suprimiu a referência geográfica,

uma vez que, por exemplo, as partes podem estar em dois locais diferentes, e ainda, o *website* estar hospedado em um servidor localizado em um terceiro território, e a sede da empresa ter endereço fixado em um quarto território. Há uma patente transnacionalidade contratual, o que causa problemas para a fixação da jurisdição (DESTRO, 2007, p. 30).

Por sua vez, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro determina, em seu art. 9º, que as obrigações são regidas pela “lei do país em que se constituírem”. Porém, tal medida faria com que vários litígios fossem enviados ao país do fornecedor.

Nesse contexto, com o fito de solucionar este imbróglio, surgem teorias tais como a da “*stream of commerce*”, segundo a qual quem direciona seu comércio aos consumidores de certos países assume o ônus de ter sua atividade disciplinada pelas respectivas leis nacionais.

Não obstante, essas teorias se prestam mais a determinar o ordenamento jurídico aplicável do que o lugar da contratação que, com o comércio eletrônico, passa a ser uma espécie de abstração, uma ficção que os juristas mais clássicos tentam ao máximo preservar, mas que se revela cada vez mais artificiosa e irreal (SCHREIBER, 2014, p. 94).

Uma solução apresentada seria a de considerar o computador móvel utilizado na contratação como extensão ao domicílio do contratante, de forma que aquele seria uma parte do espaço físico e do domicílio de uma pessoa (MELO; VASCONCELOS, 2017).

Doutro turno, no que diz respeito ao momento da contratação, deve-se, sumariamente, deixar claro se a contratação eletrônica se dá entre presentes ou ausentes.

Nos moldes da contratação clássica, entende-se por contratos entre ausentes quando se é verificada uma distância geográfica que demanda um tempo relevante na comunicação entre proponente e aceitante. Não obstante, a tecnologia vem modificando sensivelmente o espaço-tempo, de modo a fazer com que pessoas fisicamente distantes possam trocar mensagens instantaneamente. O telefone é um exemplo amplamente citado, tanto é que o Código Civil, no art. 428, I, considera

também como presentes os que contratam por telefone ou meio de comunicação análogo. É uma clara remissão à chamada “neutralidade geográfica”.

Com efeito, em decorrência da expressão “outro meio análogo”, vem se entendendo que os contratos eletrônicos em que há simultaneidade na comunicação entre as partes possam ser caracterizados como “entre presentes”. Porém, é sabido que, mesmo a internet possibilitando essa velocidade de comunicação, nem sempre a oferta e a aceitação serão instantâneas, podendo haver certo retardo no envio das mensagens, razão pela qual o contrato deva ser entendido, nesse último caso, como “entre ausentes”.

Nesse passo, para explicar a perfectibilização de um vínculo contratual entre ausentes, têm-se duas principais teorias, a da recepção, que se subdivide na teoria da cognição, que exige que a resposta do aceitante chegue ao conhecimento do proponente, e a da agnição que dispensa o conhecimento da resposta, mas que essa esteja no alcance do ofertante; e a da expedição, que aduz estar formado o contrato no momento do envio da aceitação pelo oblato.

No Brasil, o atual código estabelece, em seu artigo 434, que a formação contratual acontece quando a aceitação é expedida, assentando-se na teoria da expedição - que era adotada pelo código anterior -, porém, ressalva exceções em seus incisos. (FERRARO, 2017)

Contudo, apesar de a teoria da expedição trazer certa segurança ao aceitante na contratação física, pois o envio da aceitação deixa vestígios físicos, podendo lhe favorecer numa eventual dúvida quanto à formação contrato; no ambiente eletrônico, todavia, inexistem essas vantagens. Isso porque, o envio da aceitação, por vezes, ocorre por um mero “clique” do usuário e deixa poucos indícios sobre a conclusão do negócio. Por essa razão, vários autores têm defendido a inaplicabilidade da teoria da expedição no campo dos contratos eletrônicos. De igual modo, a teoria da recepção também não ajuda, posto que deixa o aceitante numa posição vulnerável, refém do dado acerca da recepção da aceitação pelo ofertante.

Sem pretensão de solucionar a problemática doutrinária, mas apresentando boa solução fática, o Decreto 7.962/2013, em seu art. 4o, inciso I, instituiu o dever aos sites de *E-commerce* de confirmar o recebimento da aceitação do consumidor no comércio eletrônico.

Destarte, perfectibilizada a avença, a moderna teoria geral dos contratos eletrônicos indica haver três modalidades (buscando não estabelecer um rol taxativo, dado o dinamismo do direito da tecnologia) de contratos: os interpessoais, os interativos e os intersistêmicos; classificação essa proposta por Mariza Delapieve Rossi e Manuel Pereira dos Santos, ponderando o grau de interação entre o homem e o computador (RAMOS, 2016).

Nessa ótica, os contratos interpessoais seriam aqueles formados por meio de uma correspondência eletrônica, como o e-mail, permitindo ao usuário emitir a sua declaração de vontade por meio da elaboração da oferta ou aceitação contida na mensagem eletrônica. Assemelha-se à contratação por carta, diferenciando-se, obviamente, quanto ao meio físico.

Por sua vez, as contratações interativas decorrem da avença entre o aceitante e um sistema aplicativo eletrônico responsável pela oferta, como um programa de computador. No direito comparado, são reportados como “*click-throught agreements*”. Com efeito, tais relações são assim designadas em razão de seus termos serem aceitos através da confirmação digital na tela do computador, comumente se utilizando o mouse para o aceite.

Já as contratações intersistêmicas surgem quando o vínculo contratual é pactuado, sem interação humana, entre dois sistemas aplicativos pré-programados, que se encontram em uma rede privada, com acesso restrito. Esta é a citada técnica da EDI (LIMA, 2007, p. 81-83).

Sem embargo, os contratos eletrônicos possuem princípios específicos, introduzidos pela nova teoria geral dos contratos eletrônicos, mas, também são irradiados pelos princípios da clássica teoria geral dos contratos, que, porém, podem ser conformados à nova realidade.

6 PRINCIPIOLOGIA DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Tomando como base a Lei Modelo da UNCITRAL sobre comércio eletrônico, é possível estabelecer alguns princípios que são inerentes aos contratos eletrônicos, atuando, portanto, diretamente na solução das controvérsias desse novel sub-ramo do direito contratual.

Nesse passo, tem-se o “princípio da equivalência funcional”, por meio do qual se entende que o meio eletrônico que confere suporte à contratação não difere, em termos de validade jurídica, do meio físico, não podendo a avença ser reputada inválida ou ineficaz tão-somente pelo seu meio – assentando-se, como se vê, no princípio da liberdade das formas.

Já o “princípio da neutralidade tecnológica” indica que a produção legislativa sobre o comércio eletrônico não deve utilizar conceitos tecnológicos específicos de uma determinada época ou lugar, pois, em pouco tempo estes podem se tornar obsoletos, tendo em vista a velocidade das mudanças quando se trata de tecnologia. Assim, as normas regulatórias desse ambiente digital devem utilizar expressões neutras, preferencialmente mais genéricas, evitando, destarte, reiteradas reformas legislativas e a imposição de óbices ao desenvolvimento de novas tecnologias pelo simples fato de não serem reguladas pela lei (DESTRO, 2007, p. 34-37).

A seu turno, “o princípio da conservação e aplicação das normas jurídicas existentes” prescreve que as normas jurídicas que venham a disciplinar o comércio eletrônico não implicarão uma modificação substancial na vigente teorização das obrigações e dos contratos, seja no âmbito nacional ou internacional. Desta feita, deixa-se claro que os elementos essenciais do negócio jurídico, como a vontade, o objeto e os sujeitos, assim como o que se tem posto sobre a formação contratual e os respectivos planos da existência, validade, eficácia, e seus vícios, não sofrerão uma profunda alteração quando os contratos forem celebrados no meio eletrônico, apenas serão readequados quando necessário.

Ainda, sobreleva citar a importância do princípio da boa-fé na contratação eletrônica, princípio esse já de antiga e ampla difusão, mas que nos contratos eletrônicos ganha certo destaque, dado que tais contratos envolvem a complexidade das tecnologias digitais, das quais vários usuários ainda não possuem o conhecimento mínimo do seu funcionamento, tornando-se, pois, vulneráveis a erro e sujeitos a fraudes. Desta feita, deve haver recíproca lealdade e honestidade entre os contratantes, desde o período pré-contratual até a fase executória do contrato, enquanto este ainda estiver gerando efeitos (RAMOS, 2016).

7 CONCLUSÕES

Em razão da velocidade das mudanças e do crescimento exponencial do comércio eletrônico, as controvérsias jurídicas surgiram e a necessidade regulamentação desse novo fato social apresenta-se cada vez mais iminente. Um dos pontos mais sensíveis de readequação diz respeito à teoria geral dos contratos, uma vez que restam dúvidas se o que se tem posto na doutrina e jurisprudência hodiernamente supre satisfatoriamente as lacunas.

Não obstante, debruçando-se sobre o ponto, nota-se que já há um grande material na doutrina e no direito comparado, havendo, inclusive, uma denominada teoria geral dos contratos eletrônicos, que investiga toda a conformação dos conceitos clássicos do direito contratual a essa nova realidade sociojurídica, elencando modalidades e princípios inerentes aos contratos eletrônicos.

Entretanto, o ordenamento jurídico ainda se encontra carente de uma legislação mais específica sobre o tem aqui examinado, não havendo respostas conclusivas no Código Civil ou no Código de Defesa do Consumidor, que apresentam conceitos genéricos e normas abertas. O legislador, a seu turno, anda a passos lentos na regulação do comércio eletrônico no Brasil, havendo apenas poucos projetos de lei ainda em fase de tramitação.

Portanto, verificou-se aqui que a clássica teoria geral dos contratos oferece uma boa base de referência jurídica aos contratos eletrônicos, contudo, ainda há questões fundamentais que ainda necessitam de uma melhor regulação, como a identificação das partes, a publicidade no meio eletrônico, a prova contratual, entre outros. Igualmente, faz-se necessária uma reforma no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, sob pena de, nessa corrida entre o direito e a tecnologia, o legislador ficar entre os retardatários.

REFERÊNCIAS

ALBERTIN, Alberto Luiz. **Comércio eletrônico**: modelo, aspectos e contribuição de sua aplicação. São Paulo: Atlas, 2000, p. 14

AZEVEDO, Cristiano Oliveira de; ODONE, Marcos Paulo; COELHO, Marcos Antônio Pereira. **Estudo sobre a evolução do comércio eletrônico, suas formas de pagamentos digitais e suas preocupações quanto à segurança e a privacidade**. Disponível em: <http://www.periodicos.letras.ufmg.br/index.php/anais_linguagem_tecnologia/article/view/5781>. Acesso em: 17/01/2017.

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.405/2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 28/12/2016.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei 8.078/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em 25/12/2016.

_____. **Decreto 7.962/2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm> Acesso em: 24/01/2017.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei 208/2012**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106768>> Acesso em 21/01/2017.

DESTRO, Juliana Maluzza. **O contrato eletrônico no código civil e no código de defesa do consumidor**. Monografia apresentada ao Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. São Paulo: 2007 p. 61.

DINIZ, Eduardo Henrique. **Comércio Eletrônico: Fazendo Negócios por meio da Internet**. Revista de Administração Contemporânea, vol. 3, no.1, Curitiba, Jan./Apr. 1999.

FERRARO, Et. al. **Contrato: do tradicional a celebração eletrônica - aspectos formais**. Disponível em: < http://web.unifil.br/docs/juridica/04/Revista%20Juridica_04-8.pdf> Acesso em 15/01/2017.

LAWAND, José Jorge. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: J. de Oliveira, 2003, p. 20.

LIMA, Rogério Montai. **Relações contratuais na internet e proteção jurídica do consumidor**. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de Marília. 2007, p. 73.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELO, Lília Maranhão Leite Ferreira de; VASCONCELOS, Fernando Antônio de. **As relações de consumo eletrônicas e a proteção do consumidor virtual sob o prisma do código de defesa do**

consumidor. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f87e955fd6b89f89>>. Acesso em: 22/01/2017.

PROCON/SP. **Guia comércio eletrônico.** Disponível em: “<http://www.procon.sp.gov.br/pdf/GuiadeComercioEletronico.pdf>” Acesso em: 18.01.2017.

RAMOS, Victor de Moraes. **A validade dos contratos celebrados pela internet (contratos eletrônicos).** Disponível em: < <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/539>> Acesso em: 20/12/2016.

SCHREIBER, Anderson. **Contratos eletrônicos e consumo.** Revista Brasileira de Direito Civil. Vol. 1, jul. / set 2014. Instituto Brasileiro de Direito Civil.

United Nations Commission on International Trade Law. **About UNCITRAL.** Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/about_us.html>. Acesso em 22/01/2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 386.

VIAL, Sophia Martini. **A sociedade da (des)informação e os contratos de comércio eletrônico do código civil às atualizações do código de defesa do consumidor, um necessário diálogo entre fontes.** Revista de Direito do Consumidor, vol. 88/2013, p. 229 – 257, Jul - Ago / 2013.

THE ELECTRONIC CONTRACT IN THE E-COMMERCE: SIMILARITIES AND PECULIARITIES IN THE TRADITIONAL GENERAL THEORY OF CONTRACTS

ABSTRACT

The present work analyzes the problems brought about by electronic commerce in the contracts concluded in this segment of the market, which are conceptualized, according to the specialized doctrine, as electronic contracts. The bases of E-commerce are initially addressed, presenting an overview of the definitions and particularities of the subject, as well as elucidating certain norms in comparative law related to the subject and to the relationship between electronic commerce and the country's consumer rights. Based on these presumptions, this article aims to verify both the legal nature of this recent contractual modality and whether the classical general theory of contracts offers satisfying answers to the new issues faced with electronic contracts. Then, it is discussed the rule and the foundations of what has been called "general theory of electronic contracts". The article is based on documentary sources and it uses the deductive research method.

Keywords: E-commerce. Consumer Law. Electronic contracts. General Theory of Electronic Contracts.



O PROCESSO PEDAGÓGICO DE FORMAÇÃO HUMANÍSTICA DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS

Maykon Cleyton Fernandes Montenegro¹

RESUMO

Por meio de previsão na Emenda Constitucional nº 45/2004, foi instituída a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), responsável pela elaboração das diretrizes pedagógicas a serem utilizadas no processo de formação inicial e contínua dos juízes. O presente estudo, fixando a sua base lógica de investigação no método dedutivo, valeu-se de pesquisa qualitativa de viés bibliográfica e documental, bem como analítico e multidisciplinar, com o objetivo de investigar o processo pedagógico de formação inicial e contínua dos magistrados brasileiros voltado à promoção dos direitos humanos. Constatou-se que embora exista a previsão legal, a educação em direitos humanos dos magistrados ainda existe mais no plano teórico que prático.

¹ Graduado pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Residência Judicial pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte - ESMARN e a Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Especialista em Direitos Humanos pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN. Email: maykonmontenegro@hotmail.com

Palavras-chave: Magistratura. Direitos humanos. Formação.

1 INTRODUÇÃO

A função jurisdicional é, atualmente, uma das protagonistas na promoção de alterações na sociedade. O seu poder decisório não só possui força vinculante para as partes envolvidas no processo, como também podem se estender a todos os cidadãos.

O Poder Judiciário brasileiro, em sintonia com a tendência igualmente iniciada no plano internacional, chamou para si a incumbência de implantar as escolas da magistratura, dotando-as com capacidades pedagógicas, administrativas e de gestão interna. Sobre elas recairia o dever de elaborar os cursos de formação inicial, para os aprovados no certame público, e de formação contínua, para os já ingressos na carreira.

O presente estudo direciona suas atenções para o processo de formação dos magistrados brasileiros, com enfoque em seu aspecto pedagógico, voltado à familiarização destes com os direitos humanos, contemplando as diretrizes e orientações básicas recomendadas pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM).

Ao final, levanta-se o questionamento sobre a efetividade dos certames públicos para a seleção dos magistrados, bem como os cursos de formação inicial, contínua e de aperfeiçoamento promovidos pelas escolas da magistratura.

2 DIRETRIZES BÁSICAS DA ENFAM

Prevista pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) foi instituída formalmente em novembro de 2006, por meio da Resolução nº

3, do Superior Tribunal de Justiça. Sobre ela recairia a missão de receber os recém-empossados e prepará-los para o exercício da função jurisdicional através de um elaborado curso de formação. Ademais, também seria de sua responsabilidade convocar regularmente os magistrados já em exercício para participarem de cursos, seminários ou palestras destinadas ao aperfeiçoamento de suas habilidades, atualização sobre mudanças legislativas, reciclagem de determinados conteúdos, debates e troca de experiências profissionais, etc.

O exercício da função jurisdicional não permite ao magistrado limitar-se à memorização dos dispositivos legais ou ao conhecimento dos entendimentos majoritários adotados pelos tribunais superiores. Noutra quadra, a carreira tampouco é embasada pela adoção de excessivo rigor formal. Atuar por meio desses parâmetros redundaria em prestação jurisdicional ineficiente, injusta, desprovida de concretude. Sobre a problemática, Montinegro (2016b, p. 9) se manifesta:

Nesse sentido, ousar em arriscar um palpite de que um dos maiores problemas da efetividade do direito enquanto fator transformador da realidade social é o processo de formação do jurista, que é direcionado com resistência ao direito crítico. Há um verdadeiro incentivo na formação de profissionais ausentes de capacidade reflexiva e produto de dominação social. Cresce hoje uma categoria de juristas a qual vou denominar de “operadores do direito”. Sujeitos que operam o direito no sentido fordista da palavra, assim como um trabalhador em série participa da produção em massa. Parafraseando Dalmo Dallari, posso dizer que o operador do direito é o indivíduo que age como escravo da lei, desapegando-se de tudo o mais que não esteja na sua literalidade ou na jurisprudência dos tribunais; é aquele que anula o seu pensar e nega a sua responsabilidade com a construção e modificação da realidade social.

Os cursos de formação inicial e contínua dos magistrados foram idealizados justamente para evitar que os recém-empossados

assumissem a função jurisdicional, e nela permanecessem, sem a devida preparação técnica e humanística para encararem as demandas, não só processuais, que lhes serão apresentadas no cotidiano forense.

Se bem direcionada, enxergando os magistrados na condição de “seres condicionados, mas não determinados” (FREIRE, 2017, p. 20), tal formação será capaz de quebrar preconceitos e paradigmas, impulsionando-os à renovação e modernização de sua conduta.

Na atual conjuntura política nacional, as atribuições do Poder Judiciário não mais se restringem à assunção do papel de julgador ou atuar como o Estado-Juiz. A função judicial progressivamente transfere ao juiz a responsabilidade de proferir a última palavra num aspecto alargado de questões acerca de validade, comportamentos e interesses sociais, sendo esta uma das questões na qual mais se reconhece a relevância da criatividade jurisprudencial na sociedade contemporânea (NEVES, 1998).

Diante de uma questão processual complexa, cuja solução exige conhecimentos para além da lei, ou, por exemplo, frente a um caso crítico de omissão legislativa ou de ofensa aos direitos humanos, é bem pouco provável que um magistrado despreparado, de apego excessivo à formalidade e conhecedor apenas dos conteúdos normativos proferirá decisão acertadamente. Ao contrário, são grandes as chances de aí nascer mais uma determinação judicial ineficiente, desproporcional ou até mesmo injusta. Em razão disso, centralizaremos nossa atenção das diretrizes e recomendações da ENFAM a tratarem especificamente do processo de formação dos magistrados, em seu viés pedagógico, voltado para os aspectos que visam enriquecer e ampliar os seus conhecimentos.

Restou estabelecido em suas Diretrizes Pedagógicas para a formação e aperfeiçoamento dos magistrados (ENFAM, 2017, p. 17):

Considerando que os magistrados em formação possuem fundamentação teórica reconhecida pelo concurso público a que foram submetidos, a proposta de formação inicial e continuada deverá propiciar, mediante a organização de situações de aprendizagem, o movimento

do pensamento a partir da prática laboral, constituída pela ação jurisdicional e, sempre que possível, mediante o método da alternância entre os espaços da escola e do trabalho. O ponto de partida para os processos formativos é a atividade jurisdicional compreendida como totalidade complexa, constituída pela intrincada teia de relações que estabelece com a sociedade em suas dimensões políticas, econômicas e culturais. A partir dela, mediante a alternância entre espaços de aprofundamento teórico e de intervenção prática, é que, metodologicamente, viabilizar-se-á o constante movimento do pensamento sobre a realidade para problematizá-la, apreendê-la e compreendê-la em sua dimensão de síntese de complexas relações.

Importantes ponderações podem ser extraídas do trecho acima. A alternância entre o aprofundamento dos conteúdos teóricos e as intervenções práticas é apresentada enquanto metodologia capaz de proporcionar ao magistrado maior compreensão sobre sua futura vivência profissional. Noutra quadra, é reconhecido o acúmulo de aprendizados teóricos que os aprovados no concurso público já carregam consigo. Durante o curso de formação, esses conhecimentos prévios não devem ser descartados, mas aproveitados e enriquecidos por meio de exercícios práticos baseados na atividade jurisdicional, compreendida em sua amplitude social, política, econômica e cultural.

Reforçando esse entendimento, em outra publicação, a Apresentação Sistematizada das Diretrizes Pedagógicas (Apêndice A), a ENFAM (2017), com base nas concepções e competência por si adotadas, define o aprendizado como o ato de construir significados a partir da interação entre a bagagem de conhecimentos já existente na estrutura cognitiva do magistrado aluno e os novos saberes produzidos ao longo do processo de formação. Estabelecendo-se uma interação, ambos os conhecimentos são modificados. O novo passa a ser compreendido, fundamentado e justificado, tornando-se passível de aplicação, enquanto o conhecimento prévio, após a assimilação, reveste-se de significado

mais expressivo e elaborado, disso resultando uma síntese de qualidade superior.

Ainda na Apresentação Sistematizada das Diretrizes Pedagógicas (Apêndice A), a ENFAM (2017) determina que a formação do magistrado deverá ser humanista, crítica, teórico e prática, interdisciplinar e integradora, procurando apreender o exercício da função jurisdicional em sua relação com a totalidade complexa instituída pela sociedade. Tais dimensões nortearão as técnicas pedagógicas de formação inicial e contínua elaboradas pelas escolas judiciais e de magistratura. Os cursos ministrados aos juízes deverão realizar-se em sintonia com o planejamento estratégico do Poder Judiciário e com os planos de gestão institucionais, além de serem embasados em pesquisas, estudos e debates envolvendo assuntos relevantes para o aperfeiçoamento dos serviços judiciários e da prestação jurisdicional.

Merece destaque a ENFAM ter acrescido o caráter humanista na formação dos magistrados, não dando margem para a possibilidade, ao menos da perspectiva da previsão teórica, de os direitos humanos serem esquecidos ou relegados ao segundo plano. Ao contrário, devem igualmente ser objeto embasado em pesquisas, estudos e debates.

A educação e a formação em direitos humanos não devem consistir em simples ação de relatar o processo de surgimento e evolução histórica de tais direitos, tampouco se resumir a explicar sua atual conjuntura nos planos internacional, nacional, regional e local. Com efeito, importa para tal atividade primar pela preparação do magistrado à luz de valores e práticas sociais bem sucedidas no contexto do Poder Judiciário, visando facilitar o gerenciamento de pessoas, processos e recursos disponíveis. As Escolas da Magistratura cumprem seu objetivo institucional ao prepararem os juízes para emanciparem-se dos grilhões do formalismo excessivo e burocrático, buscando alcançar na efetivação do acesso à justiça, na pacificação social e no combate à ofensa de direitos a concretização da cidadania dos jurisdicionados, bem como o cumprimento de sua missão como agente político (BANNWART JÚNIOR, BANNWART, CACHICHI, 2014).

Se a educação em direitos humanos, em sua dimensão macro, demanda vultosos esforços estatais e somente será possível em longo prazo, o mesmo não se dá em seu caráter micro, relativamente às escolas da magistratura. Isso porque estas já estão incumbidas de promoverem a formação dos juízes, dando sensível destaque à educação em direitos humanos.

É preciso implementar metodologias que fujam à mesmice, convidando os magistrados à sentirem-se parte indispensável na promoção e divulgação da cultura em direitos humanos. Cada juiz deverá enxergar, nas decisões por si proferidas, uma ramificação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assumindo a postura de seu agente e fiscal.

Com esse objetivo, a ENFAM (2017), considerou que as ações de formação são sistematizadas e intencionais, devendo as equipes pedagógicas e docentes elaborar planejamento conjunto de situações de aprendizagem para impulsionar o magistrado aluno a desenvolver as habilidades esperadas de forma interdisciplinar, adotando técnicas pedagógicas a estimularem a aprendizagem através da relação proposital e sistematizada dos discentes com os conteúdos, metodologias e práticas específicas da atividade jurisdicional. A adoção da interdisciplinaridade nessas atividades de formação implica em focalizar o ensino, do planejamento à execução, no processo de aprendizagem voltado ao desenvolvimento integral do magistrado, sendo indispensável promover, sob a perspectiva prática e teórica, a articulação com áreas correlatas aos direito e às ciências jurídicas, a exemplo da sociologia, psicologia, filosofia, dentre outras.

As metodologias envolvendo as técnicas de interdisciplinaridade e transdisciplinaridade² têm ganhado força e espaço nas reflexões e práticas pedagógicas, justamente por facilitarem a expansão do senso

2 A interdisciplinaridade envolve troca de conhecimentos e técnicas entre disciplinas, ao passo que a transdisciplinaridade ultrapassa o limite das disciplinas, promovendo a troca contínua entre os saberes para a construção do conhecimento.

crítico e do campo de visão do aluno, impedindo que sua formação permaneça restrita aos conhecimentos específicos do curso ao qual pertença. E ensino dos direitos humanos jamais deve furtar-se de utilizar as metodologias envolvendo essas duas técnicas. Primeiramente, porque há a intenção de se promover a educação em direitos humanos no seu sentido *erga omnes*, apresentando-os em toda a sua extensão, nas mais variadas cores assumidas. Para tanto, os magistrados devem enxergá-los em cada petição inicial que lhes for direcionada, em cada denúncia oferecida pelo Ministério Público, em cada recurso impetrado pela Defensoria Pública e, sobretudo, em cada dispositivo mandamental a ser proferido. Ademais, a dinamização com a qual os direitos humanos são apresentados torna-os mais atrativos, fugindo daquela visão ultrapassada, retrógrada e enfadonha, facilitando o próprio processo de aprendizado.

3 PROCESSO SELETIVO

As premissas e diretrizes oferecidas pela ENFAM indicam a necessidade de redirecionar o foco e empregar novas metodologias tanto nos processos seletivos, quanto nos cursos de formação, dos magistrados brasileiros, a fim de que estes sejam capacitados com maior propriedade para o exercício da função jurisdicional.

Ao se falar na baixa eficiência do Poder Judiciário quase sempre é feita associação imediata a problemas como a morosidade na outorga de efetiva prestação jurisdicional, a complexidade procedimental e processual, a ritualística da administração da justiça e das ciências jurídicas, a disparidade entre os objetivos e anseios dos jurisdicionados e a resposta concreta oferecida pelos órgãos judiciais. Com efeito, é inegável a associação entre a baixa eficiência do Poder Judiciário e a tais fatores. Porém, ela igualmente possui relação com as deficiências do sistema de ingresso e formação dos Juízes. (STJ, 2006).

E não poderia ser diferente. Pelas explicações vistas ao longo deste trabalho, resta bem visível que a preparação insuficiente

dos magistrados, seja por fatores pedagógicos, procedimentais ou de conteúdos, seja pela ausência de inovação, criticismo ou desapego ao excesso de formalismo, inevitavelmente redundará em uma prestação jurisdicional sem eficácia e incapaz de atender às demandas sociais.

A fim de se evitar esse quadro, é preciso dar início à reformulação não apenas dos cursos de formação, mas também dos processos seletivos, posto estes serem o primeiro canal de acesso aos futuros julgadores.

Tratando do assunto, assim se manifestou o STJ (2008a, p. 58):

A grande e normal via de acesso à Magistratura é o certame público. Os candidatos se submetem a provas escritas e orais e, quando da avaliação, os títulos podem influir no resultado classificatório. Ainda que considerado o melhor, não deixa de merecer críticas, das quais as mais acerbas provêm do próprio Judiciário. A sistemática de provas consegue detectar, no universo dos candidatos, aqueles que detêm um mínimo de conhecimento jurídico credenciador de uma aprovação, mas essa habilitação nem sempre coincide com as expectativas nutridas pelas Cortes de Justiça quanto ao profissional que vai receber em seus quadros. As exigências do processo de seleção vem sendo reformuladas, reduzindo-se o quadro das disciplinas e o elenco das matérias de cada qual. A argüição recíproca entre os candidatos, método que admitia mensurar até a exaustão o preparo do concorrente, já foi substituído por avaliações mais singelas e de menor duração. Elimina-se, das listas de pontos, toda a matéria com a qual o futuro juiz deva se confrontar mais esporadicamente, direcionando-se as questões apenas para as necessidades de rotina. A singeleza e a simplicidade têm sido a tônica no funcionamento das Comissões de Concurso. Mesmo assim, o recrutamento padece de falhas pois os concursos partem da premissa errada de que os candidatos, por serem bacharéis, estão habilitados, vencida a prova de conhecimentos teóricos, a desempenhar a função de juiz. E isso não corresponde à realidade.

De fato, algumas mudanças já têm sido empregadas ao longo das fases dos processos seletivos para o ingresso na carreira. Todavia, ainda são insuficientes. O perfil da banca examinadora, por exemplo, e a contragosto de muitos juristas, é um fator que poder determinar profundamente qual o tipo de magistrado ingressará no tribunal.

Para Montinegro (2016a), a modificação deve ser anterior ao próprio certame público. É preciso enfrentar o que ela denomina de “cultura do concurseiro”, aquela a transformar o candidato em mero competidor com talento para reter as técnicas e macetes ensinados nos cursinhos, tornando-o facilmente disciplinado para priorizar a seleção e não a identificação com a carreira a ser exercida. Somente a inversão dessa lógica competitiva, movida pela busca por dinheiro, status e poder, seria possível transformar a formação dos juristas e legitimar o direito enquanto instrumento para alcançar a efetivação da justiça.

Assim, apenas se inscreveriam para o concurso de magistrado aqueles bacharéis em direito motivados pela afinidade com a função jurisdicional e dentre eles apenas seriam aprovados mais preparados para tal cargo, e não necessariamente os que tiveram acesso a mais técnicas mnemônicas.

Há uma proposta, apresentada pelo STJ (2008b), para ser instituído um curso de preparação previamente ao certame público. No decorrer do curso seriam adequadamente avaliados os atributos pessoais do futuro magistrado, tornando evidente a presença ou não das qualidades indispensáveis para o bom exercício do cargo, sem dispensar a exigência também pelos conhecimentos técnicos. Somente após concluírem o curso de preparação os candidatos poderiam se submeter aos concursos públicos. Esse procedimento traria maior visibilidade para os frequentes erros oriundos da seleção tradicional, baseada recursos de memorização e limitada aos conhecimentos textuais acerca da legislação, doutrina e jurisprudência.

Muitos fatores precisam ser levados em consideração antes de concretizar a indicação supra: a aceitação dos órgãos da classe, a viabilidade financeira, estrutural e temporal, a elaboração de projeto

pedagógico, dentre outros, pelo que, por hora, a proposta permanece no plano das ideias. No entanto, disso não deve redundar a concordância com o atual procedimento adotado nos certames públicos.

A título de exemplificação, tomando por base o último concurso para a magistratura estadual no Rio Grande do Norte, anunciado em 2012 e homologado em 2016, é possível perceber a priorização de outros assuntos em detrimento dos direitos humanos. Nos anexos I e II do edital do concurso³, estão previstos as áreas de conhecimento a serem cobradas nas fases objetiva, subjetiva e oral do certame. O anexo I delimitou os seguintes temas: direito civil, direito processual civil, direito eleitoral, direito ambiental, direito do consumidor, direito da criança e do adolescente, direito penal, direito processual penal, direito constitucional, direito empresarial, direito tributário e direito administrativo. Por sua vez, anexo II dispõe sobre matérias dentro do eixo denominado “noções gerais do direito e formação humanística”, elencando os temas: sociologia do direito, psicologia judiciária, ética e estatuto jurídico da magistratura nacional, filosofia do direito e teoria geral do direito e da política.

Em nenhum dos dois anexos, frise-se, é encontrada previsão específica da temática em direitos humanos. Mesmo no anexo II, a dispôs exclusivamente sobre matérias dentro das noções gerais do direito e formação humanística, a única menção ao assunto se restringiu ao tema “teoria geral do direito e da política”, cujo ponto “6” é a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Situação não muito diferente é a da própria prova objetiva⁴. Ao longo de suas 100 questões apenas uma única alternativa, da questão nº 64, trata sobre direitos humanos, dentro do contexto da Emenda Constitucional nº 45/2004 e a possibilidade de deslocamento de

3 Disponível em <http://www.cespe.unb.br/concursos/TJRN_12/arquivos/ED_1_2012_TJRN_ABT_PUBLICA_DO.PDF>. Acesso em: 13.04.18.

4 Disponível em: <http://www.cespe.unb.br/concursos/TJRN_12/arquivos/TJRN13_001_01.pdf/>. Acesso em: 13.04.18.

competência para a justiça federal, a pedido do Procurador Geral da República perante o STJ, em caso de grave violação de alguma obrigação decorrente de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Consequentemente, não se pode esperar dos aprovados nesse concurso público, ao assumirem a função de magistrados, o atendimento, por exemplo, às recomendações apresentadas nos Princípios de Bangalore da Conduta Judicial ou no Código Modelo Ibero-Americano de Ética Judicial, uma vez que tais instrumentos legais sequer foram cobrados ao longo das fases do certame.

4 CURSO DE FORMAÇÃO INICIAL

Os cursos de formação inicial para a o exercício da função jurisdicional apresentam caracteres mais passíveis de aprimoramento, posto disporem do aparato estrutural fornecido pelas escolas da magistratura. Nessa lógica, melhorar o procedimento já existente se afigura mais exequível que descartá-lo para instaurar um novo.

As regras gerais (administrativas e burocráticas) dos cursos de formação são disciplinadas pelas Resoluções nº 75⁵, de 12 de maio de 2009 e nº 159⁶, de 12 de novembro de 2012, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em obediência às previsões da Constituição Federal, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional e do Código de Ética da Magistratura, bem como às demais recomendações do próprio CNJ.

Noutra quadra, as demais configurações específicas, relativas às práticas pedagógicas, metodológicas e procedimentais, são norteadas pela ENFAM, havendo autorização para as escolas da magistratura

5 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2763>>. Acesso em: 03.04.18.

6 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2525>>. Acesso em: 03.04.18.

estaduais procederem com adaptações, caso necessário atender alguma demanda particular.

A possibilidade e justificativa da flexibilização pedagógica e procedimental, desde que obedecidas as diretrizes da ENFAM, reside no fato de o aprendizado dos magistrados ser um processo complexo, apresentando características, estilos e práticas distintas a implicarem significativamente na metodologia de ensino empregada no ambiente acadêmico. Essas características são oriundas de variados fatores: a educação prévia recebida nos cursos de graduação em direito, quase sempre ainda presa aos formalismos da metodologia tradicional; os critérios estabelecidos para participar e ser aprovado no certame público; até mesmo a idade dos candidatos quando da realização do processo seletivo. Ademais, não se podem ignorar as evidências coletadas por meio das pesquisas desenvolvidas ao longo dos últimos anos, as quais sugerem que os magistrados, enquanto profissionais, possuem preferência por métodos de ensino e aprendizado próprios, elaborados no decorrer da sua carreira, cujo reconhecimento é fundamental para a organização de cursos de formação inicial, aperfeiçoamento, especialização ou atualização (STJ, 2008a).

O dispêndio de esforços para tornar a formação dos magistrados cada vez mais eficiente não proporcionará benefícios apenas para o Poder Judiciário ou os cidadãos a utilizarem seus serviços. Será a sociedade em geral a maior beneficiária, uma vez que os reflexos das decisões judiciais não se restringem aos participantes do processo. Não é arriscado defender, inclusive, que adequada formação dos magistrados é um dever para com os direitos humanos, em razão de estes profissionais serem parte indispensável para sua defesa e promoção nos mais variados níveis sociais.

Por isso mesmo, tornou-se cada vez mais patente nos últimos anos a inviabilidade do Poder Judiciário, enquanto responsável por assegurar e efetivar a justiça, se contentar apenas com o recrutamento de seus magistrados dispondo dos conhecimentos básicos oferecidos pelos cursos de bacharelado das faculdades de Direito. A crescente

preocupação em pesquisar dados e elaborar medidas capazes de superar ou atenuar as perceptíveis falhas existentes na seleção dos juízes alcança até mesmo os países desenvolvidos. O passo inicial para melhorar a situação consiste em substancial elevação do nível do ensino jurídico ainda na graduação, prosseguindo com rigorosa seleção dos que buscam o ingresso na magistratura e se encerrando com a permanente atualização daqueles já em seu exercício (STJ, 2008a).

A modernidade exige do magistrado uma atuação para além do campo restrito dos direitos subjetivos, determinados por lei. Sobre ele recai a responsabilidade pela conservação dos interesses tutelados por objetivos socioeconômicos e regulamentados pelos respectivos sistemas de normas técnicas, tornando-o, assim, instrumento dinâmico. Afasta-se o juiz da visão do mero aplicador passivo de regras e princípios pré-estabelecidos, convertendo-o em colaborador da realização de objetivos políticos e sociais (NEVES, 1998).

Importa, portanto, reformular e empregar maior atenção tanto aos processos seletivos quanto aos cursos de formação inicial dos magistrados, sobretudo no tocante à educação em direitos humanos. Para compreenderem sua função enquanto agente na promoção dos direitos humanos os magistrados devem ser alvos de uma formação específica, que lhes permita não só compreender a amplitude desses direitos, como também enxergar as suas mais variadas aplicações processuais ou não. E essa formação, sem dúvidas, será tanto mais efetiva quanto antes for iniciada.

5 FORMAÇÃO CONTÍNUA E CURSOS DE APERFEIÇOAMENTO

O aprendizado é uma constante. Todos os dias são apresentados com novos fatos, circunstâncias e experiências. Nem o mais completo curso de formação inicial seria capaz de preparar o magistrado para todas possíveis situações com a qual ele vá se deparar futuramente no

exercício de sua função, em razão mesmo das constantes atualizações legislativas e modificações de entendimentos ou procedimentos.

As próprias mudanças tecnológicas procedidas nos sistemas de informações têm exigido dos magistrados, mesmo dentre aqueles mais experientes, a submissão aos treinamentos frequentes e a aceitação do apoio fornecido pelas escolas da magistratura (NAÇÕES UNIDAS, 2008).

Conforme o todo o exposto ao longo deste trabalho, os cursos de aperfeiçoamento e formação contínua passam a figurar com duplice aspecto: de um lado, em adornos mais administrativos, enquanto critério de aferição para um dos requisitos da promoção por merecimento; por outro, na condição de dever ético do magistrado, ante a necessidade de sua formação contínua para fornecer melhor prestação jurisdicional à sociedade.

Por hora, nosso foco recairá sobre esse último aspecto, uma vez que, como já mencionado, a adequada formação dos magistrados é também um dever para com a promoção dos direitos humanos.

Segundo o STJ (2008a), é de severa relevância oferecer ao magistrado não só oportunidades e condições de estudo permanente, mas também de reflexão acerca dos grandes temas envolvendo o Poder Judiciário e de atualização dos seus conhecimentos enquanto profissional, com o objetivo de reduzir a potencialidade e inconveniências dos erros iniciais, valendo-se, inclusive, do perpassar contínuo das experiências dos mais antigos.

O início do exercício da função jurisdicional prescindirá, naturalmente, de período de adaptação, na qual o magistrado irá se habituar às demandas processuais, práticas forenses, técnicas de gestão, convívio com os demais servidores. Nesse ínterim, alguns pequenos deslizes podem ser cometidos, oriundos dos ensinamentos insuficientes recebidos durante a graduação ou mesmo no curso de formação inicial, o que não caracterizará ausência de maestria ou competência por parte do juiz. Os erros também são fonte de aprendizado, sobretudo no âmbito prático

O chamamento aos cursos de formação contínua igualmente objetiva valer-se da experiência adquirida pelo juiz durante esses primeiros momentos, a fim de constatar as maiores dificuldades iniciais enfrentadas e melhorar os próximos cursos de formação a serem promovidos para os futuros profissionais.

Ademais, a frequente reciclagem daqueles que já se encontram na carreira é uma das alternativas mais viáveis para converter a justiça em instrumento razoável de promoção das aspirações sociais. É um dever para com a segurança jurídica da própria comunidade propiciar ao magistrado a oportunidade de atualização dos seus saberes técnicos e realizar estudos ininterruptos para a reflexão sobre temas de relevância institucional (STJ, 2006).

Outra vantagem apercebida pelos cursos de aperfeiçoamento é o seu potencial no tocante à troca de experiências entre os magistrados já com relativo tempo de prática profissional. Por meio dos debates são expostas as questões mais problemáticas e as soluções por cada um encontradas, as técnicas de gestão mais eficientes, as adaptações procedimentais com melhores resultados positivos, daí advindo boa parte das inovações e alterações implantadas no Poder Judiciário.

Nesse sentido, o processo de formação contínua e aperfeiçoamento constitui importante fator de emancipação dos magistrados, pois, contribui como condição fundamental para a expansão dos meios de reflexão e de maturidade, essenciais para transigir no modelo pós-convencional das sociedades contemporâneas (BANNWART, BANNWART JÚNIOR, CACHICHI, 2014).

Por fim, ainda resta uma última ponderação relativamente aos cursos de aperfeiçoamento. Segundo pesquisa realizada pelo CNJ (2014), apenas 42,5% dos magistrados possuem tempo e disposição para aprimorarem seus conhecimentos a respeito dos temas com os quais trabalham. Ora, tal dado se ratifica diante das condições laborais, em um ambiente de trabalho demasiadamente competitivo, muitas vezes lidando com o elevado volume de demandas processuais e a exigência de metas de difícil cumprimento, em face dos recursos materiais insuficientes,

da força de trabalho reduzida e das frequentes oscilações oriundas dos sistemas de informática.

Cabem às escolas da magistratura, em parceria com os magistrados, ouvindo-lhes as sugestões, estabelecerem os assuntos cuja demanda de atualização se faz necessária, seja em razão da assinatura de novo tratado internacional a versar sobre o tema ou mesmo pelo aumento significativo de demandas envolvendo questão ainda pouco abordada e não somente nos casos de alteração da legislação processual pátria.

Logo, a exigência dos cursos de formação contínua e aperfeiçoamento não faz recair deveres apenas sobre os magistrados, mas também aos órgãos e instituições responsáveis em promovê-los, de modo a realizá-los em sua completude, não desprestigiando a temática dos direitos humanos, uma vez que esta, por força de inúmeros dispositivos legais, deve ser difundida, estimulada e promovida em todas as esferas sociais.

6 CONCLUSÕES

A par da formação deficitária e insuficiente oferecida pelas graduações em direito, o governo brasileiro instituiu a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), órgão cuja responsabilidade abarcaria não apenas a elaboração de cursos de formação inicial dos aprovados nos certames públicos para assumirem o exercício da função jurisdicional, mas também empreender cursos frequentes para a formação contínua, reciclagem, atualização e aperfeiçoamento dos magistrados já na carreira.

As diretrizes básicas fornecidas pela ENFAM para a formação inicial dos magistrados visam justamente prepará-los com mais propriedade, através de metodologias e técnicas pedagógicas específicas, evitando, assim, que ingressem na carreira somente com os conteúdos aprendidos até o certame público. Este último, inclusive, nos moldes

atuais, nem sempre é capaz de selecionar os candidatos cujo perfil mais tem afinidade com a função jurisdicional.

No tocante aos cursos de formação contínua e de aperfeiçoamento, além de figurarem enquanto um das condições para aferição dos critérios da promoção pela via do merecimento, estes se justificam em razão das constantes alterações normativas e da regular evolução das tecnológicas empregadas nos sistemas de informação.

Todavia, ao longo dos estudos para a elaboração deste estudo restou visível que os direitos humanos ainda não são objetos de atenção proporcional à sua relevância, seja nos certames públicos para ingresso na magistratura, seja nos seus cursos de formação inicial e contínua, embora exista a previsão documental para tanto.

Devem ser repensadas as propostas pedagógicas e metodológicas, utilizadas desde os certames públicos até os cursos de aperfeiçoamento, permitindo aos magistrados compreenderem a amplitude dos direitos humanos e as suas mais variadas aplicações dentro e fora dos processos, a fim de instigá-los a vestirem a toga na condição de agentes garantidores, defensores e disseminadores de sua cultura.

REFERÊNCIAS

BANNWART, Michele Christiane de Souza; BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. **Formação e aperfeiçoamento de magistrados em matéria de Direitos Humanos**. Brasília: Revista CEJ, Ano XVIII, n. 62, p. 22-28, jan/abr, 2014.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. **Apêndice A - Apresentação sistematizada das diretrizes pedagógicas**. Brasília, ENFAM, 2017.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. **Diretrizes pedagógicas da ENFAM - Para a**

formação e aperfeiçoamento dos magistrados. Brasília, ENFAM, 2017.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa.** 55ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017.

MONTINEGRO, Monaliza Maelly Fernandes. **O acesso à justiça depende da humanização dos profissionais de direito.** Justificando – Carta Capital. São Paulo: 2016a. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/04/25/o-acesso-a-justica-depender-da-humanizacao-dos-profissionais-de-direito/>>. Acesso em: 27 de abril de 2017.

MONTINEGRO, Monaliza Maelly Fernandes. **Para pensar Direito.** João Pessoa: Sal da Terra, 2016b.

NAÇÕES UNIDAS. Escritório contra as drogas e crimes. **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial.** Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2008.

NEVES, A. Castanheira. **Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito.** In: Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXIV. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Bibliografia básica para o ensino e pesquisa nas Escolas de Magistratura.** Brasília: ENFAM, 2008a.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Subsídios à implantação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados/ ENFAM no Superior Tribunal de Justiça.** Brasília: STJ, 2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Subsídios para a integração do ensino e pesquisa das Escolas de Magistratura e as Instituições de Ensino Superior.** Brasília: ENFAM, 2008b.

THE PEDAGOGICAL PROCESS OF HUMANISTIC TRAINING OF THE BRAZILIAN MAGISTRATES

ABSTRACT

By means of provision in Constitutional Amendment 45/2004, the National School for the Training and Improvement of Magistrates (ENFAM) was established, responsible for the elaboration of pedagogical guidelines to be used in the process of initial and continuous training of judges. The present study, establishing its logical basis of investigation in the deductive method, was based on a qualitative research of bibliographic and documentary as well as analytical and multidisciplinary bias, with the objective of investigating the pedagogical process of initial and continuous training of the Brazilian magistrates promotion of human rights. It was found that although there is a legal provision, the human rights education of magistrates still exists on a theoretical rather than practical level.

Keywords: Judiciary. Human rights. Formation.

AS CONSTELAÇÕES FAMILIARES COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Polyana Emelin Sales¹

RESUMO

As constelações familiares ou sistêmicas são um método terapêutico de resolução de conflitos idealizado pelo alemão Bert Hellinger o qual, a partir das chamadas leis sistêmicas, busca identificar as causas reais e profundas dos problemas das pessoas, e que tem sido aplicado no judiciário brasileiro, inicialmente pelo juiz baiano Sami Storch. Esse método alternativo, quando aplicado nos tribunais, tem se mostrado consideravelmente eficaz para a resolução de conflitos que envolvem vínculos efetivos, sobretudo, porque proporciona uma solução não judicial para a demanda, ou permite ao processo tornar-se menos conflituoso. As constelações sistêmicas partem da premissa de que a descoberta da “verdade por trás de um problema” permite que as pessoas dele se libertem e possam resolvê-lo com mais clareza e pacificidade. Neste trabalho, será demonstrado que o método tem auxiliado a reduzir, nos tribunais, os números de reicidência jurisdicional

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.
Email: pollyanaemelin@yahoo.com.br

e auxiliado na promoção de soluções mais humanizadas e completas a cada caso concreto, os quais, como se sabe, nem sempre conseguem ser encerrados com uma sentença.

Palavras-chave: Direito Sistêmico. Constelações Familiares. Métodos Alternativos. Resolução Consensual de Conflitos.

*“Conhecereis a verdade, e a verdade vos libertará”
(João 8.32)*

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende, através do método indutivo, realizar uma análise acerca da teoria terapêutica e filosófica desenvolvida por Bert Hellinger das constelações familiares, e demonstrar como esse procedimento tem sido aplicado no ordenamento jurídico nacional, e como as normas legais têm incentivado as formas alternativas de resolução de conflitos. Procura também, apresentar a forma como funcionam as dinâmicas constelares, quais tem sido as contribuições angariadas até o momento na experiência constelar brasileira e, ainda, a sua eficácia como método alternativo e auxiliar de resolução de litígios.

Para tanto, foi analisada parte da obra de Bert Hellinger, observado o aporte normativo previsto no direito brasileiro, e utilizados como ferramentas de pesquisas os principais relatos dos profissionais que atuam e vivenciaram as constelações no âmbito judiciário, além de terem sido avaliadas diversas entrevistas, palestras e workshops disponíveis na internet, e dados disponibilizados por órgãos jurisdicionais.

A importância e relevância do assunto mostra-se bastante evidente quando observamos que nem sempre a solução dada pela justiça tem fornecido a resposta que as partes almejam e precisam, não

raramente sendo ineficaz para encerrar um caso, o que faz com que novos processos sejam abertos e a dita crise de demandas, vivenciada no país há algumas décadas, seja desnecessariamente intensificada. Nesse sentido, quaisquer mecanismos que demonstrem aptidão para auxiliar eficazmente na mitigação desse panorama merece a atenção da comunidade jurídica.

2 CONSTELAÇÕES SISTÊMICAS: A TEORIA DE BETH HELLINGER

O estudo das constelações familiares ou sistêmicas foi desenvolvido pelo psicoterapeuta e filósofo alemão Bert Hellinger, e surgiu inicialmente no âmbito terapêutico². O método parte do pressuposto de que cada indivíduo é regido pelas chamadas “ordens do amor”, que, simplificarmente, podem ser entendidas como as leis naturais e os princípios fundamentais que regem a vida de uma pessoa.

Segundo Hellinger, é necessário compreender as ordens do amor, tanto individuais, quanto a dos relacionamentos nos quais a pessoa está envolvida, bem como os limites e modos de atuação da consciência, para se chegar à causa originária de um problema, que em grande parte das vezes origina-se por causas sistêmicas. Essas ordens são diversas, dada a multiplicidade e idiossincrasias dos sujeitos e dos relacionamentos que os envolvem. Elas podem, inclusive, ser involuntárias, originadas de padrões ancestrais, e outras vezes de traumas sofridos durante a vida; não necessariamente uma ordem do amor terá caráter afetivo.

2 O nome original do trabalho de Bert Hellinger era “*Familienaufstellung*”, cujo significado literal poderia ser “colocação [representação] familiar”. Na tradução para o inglês, porém, o verbo “stellen” foi transcrito como “constellate”. Como o primeiro livro em português foi traduzido do inglês, e não diretamente do alemão, o termo foi consagrado como “constelações familiares”.

O terapeuta alemão organizou as ordens do amor através do que denominou “leis sistêmicas”, que são basicamente três: a lei do pertencimento, a da ordem e a lei do equilíbrio. Pela lei do pertencimento, Hellinger afirma que em cada sistema familiar existe uma lei fundamental, segundo a qual todas as pessoas que compõe aquela família – tanto as vivas, quanto as que já morreram – pertecem. Quando todas as pessoas são reconhecidas, isto é, quando cada indivíduo tem seu papel identificado, respeitado e cumprido, passa a ser honrado pelos demais familiares, gerando uma espécie de completude e bem estar capaz de deixar a pessoa “livre dos emarenhamentos do sistema”.

Porém, quando por infortúnios, tragédias ou mortes, uma determinada pessoa passa a ser excluída ou rejeitada do sistema familiar, isso desequilibra a ordem e, muito frequentemente, faz com que o “lugar de honra” desse indivíduo seja tomado por um de seus descendentes. Em termos menos congestionados, isso significa que quando, por exemplo, um filho, que desde criança viu a mãe sendo violentada pelo pai decide excluí-lo de sua vida, ao invés de tratar esse trauma, ou ele próprio ou alguém em sua linhagem tenderá a repetir o mesmo padrão violento do ancestral, mesmo inconscientemente.

Já na perspectiva da lei da ordem, é possível entender que em cada sistema familiar existe uma ordem a qual todos os sujeitos pertencem e na qual cada um se posiciona, tendo os pais a precedência sobre os filhos. Na visão hellingeriana:

A criança recebe a vida de seus pais, toma seus pais e a vida que vem deles com amor. Essa é a ordem. [...] Uma criança só pode estar bem consigo mesma quando tomou seus pais. Tomou, é o que eu disse. Isto é, eu os tomo do jeito que são e os respeito do jeito que são, sem querer ou desejar algo diferente. Exatamente do jeito que são, eles são certos. Quem toma os pais dessa forma está em paz consigo mesmo, sente-se completo. Seus pais estão presentes dentro dele com toda a força (HELLINGER, 2005 p. 136).

Essas noções de precedência, ordem, hierarquia, gratidão e compreensão, inclusive pelos aspectos negativos dos pais e familiares, produz, segundo Hellinger, uma postura de aceitação e poder que torna as pessoas mais equilibradas, satisfeitas e menos vitimizadas.

Por fim, pela lei do equilíbrio, Hellinger compreendeu que as uniões humanas, para que existam, são movidas a trocas (trocas de afeto, de elementos de vida, de experiências, de bens materiais, de conhecimento, dentre muitas outras), e também a desequilíbrios e reequilíbrios que lhes possibilitam ter continuidade. Quando as trocas são muito descompensadas, a relação é rompida com hostilidade, o que pode provocar (e geralmente provoca) sentimentos de raiva, culpa, vingança e inferioridade, por exemplo.

Nesse entedimento, é possível observar que as trocas boas são aquelas que promovem a convivência saudável e pacífica, enquanto que as trocas ruins causam danos, lesões e normalmente são a causa das fracassos familiares, de atitudes que atetam contra o bem comum e de brigas que comumente desembocam no Judiciário.

A pretensão da constelação é, portanto, mostrar os fatores e padrões repetidos por uma pessoa, que, uma vez reconhecidos, poderão ser corrigidos e alterados. É como se o indivíduo, reconhecendo as raízes de seu problema, pudesse dele se libertar; nas palavras de Amilton Plácito Rosa, o método parte do princípio de que “aquilo que é trazido à luz, em luz se transforma”.

Importa ressaltar que a *Hellinger Sciencia*³ em nada se assimila com crença religiosa ou misticismo. Segundo o professor e psicólogo

3 Impelido a compartilhar sua filosofia, Bert Hellinger, juntamente com sua esposa Sophie, criou a *Hellinger Schule*, uma escola alemã de formação de consteladores, e passaram a chamar a teoria de *Hellinger Sciencia*, que é apresentada como uma ciência do amor, do espírito, de caráter universal das ordens que regem as relações humanas. Parte da formação da família como primeiro núcleo social, iniciando pela relação de casal, seguindo pelo relacionamento entre pais e filhos, avançando para as demais relações sociais, na educação, no trabalho e na sociedade.

Paulo Pimont, em palestra ministrada no XIII Congresso Nacional de Defensores Públicos, realizado em Santa Catarina, em dezembro de 2017, também não pode ser classificada como terapia propriamente dita, tendo em vista que, a terapia possui como requisitos o vínculo de confiança entre o profissional e o cliente, e a repetição de encontros, nenhum deles presente no método das constelações.

Trata-se verdadeiramente de uma técnica de efeitos terapêuticos que busca, com base em empirismo científico, encontrar as causas de um problema através da observação dessas leis e das características de cada pessoa, e utilizar isso como solução. Em outras palavras, é possível dizer que a intenção desse trabalho terapêutico é justamente tocar os pontos cegos escondidos pelo racionalismo e desacobertar as raízes profundas de cada indivíduo que se submete à constelação.

3 AS CONSTELAÇÕES APLICADAS AO DIREITO BRASILEIRO

A praxe judicial constata que raramente a decisão exarada pelo juiz produz o efeito apaziguador e satisfativo desejado e necessário às partes, sobretudo em se tratando de demandas processuais que envolvem vínculos afetivos. Conforme ensina Maria Berenice Dias, “a resposta judicial nunca corresponde aos desejos de quem busca muito mais resgatar prejuízos emocionais, e algumas vezes até os próprios vínculos, pelo sofrimento dos sonhos acabados, do que a reparação patrimonial ou compensações de ordem econômica” (DIAS, 2017, p. 112).

As peculiaridades dos conflitos envoltos de maior afetividade demandam soluções de criatividade judicial e que busquem resolver efetivamente o problema levado à juízo, razão pela qual a política legal inaugurada com a Constituição de 1988, com a Lei 13.105/2015, e estimulada pelos órgãos de justiça é aquela que prima por mecanismos capazes de evitar que um conflito desague no judiciário. E é nesse contexto que o direito sistêmico ganha maior embasamento.

3.1 Normativa Legal

Apesar de estar sendo tendo praticado no Brasil, conforme será explanado no tópico seguinte, inexistente, até o momento, um regramento legal específico acerca do direito sistêmico, nada obstante seja possível depreender, das normativas legais já existentes, que o ordenamento pátrio não apenas o recepciona, como estimula a prática das constelações como método alternativo em todos as esferas do direito.

O Constituinte de 1988 fez questão de frisar, logo no preâmbulo da Carta Constitucional Democrática, que a solução pacífica das controvérsias é um valor a ser adotado na sociedade e ordenamento jurídico. Como sabemos, o prólogo constitucional, embora tenha valor historicocultural, não tem força normativa, mas a relevância do assunto e o anseio histórico de romper com a cultura litigiosa nacional e instaurar um modelo pacífico de jurisdição eram de tal proporção que fizeram com que o Legislador renovasse a previsão no art. 4º, inciso VII, do referido diploma, conferindo-lhe verdadeiro *status* de princípio constitucional. Por tal razão, é seguro afirmar que as constelações sistêmicas encontram respaldo no texto da Constituição Federal.

Em obediência a esse preceito, a Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/1995) prevê em seu art. 2º que *o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação*. Tal previsão demonstra que a tradicional jurisdição de conflito cede espaço para a jurisdição consensual, primando pelo princípio da intervenção mínima, o que implica diretamente o fomento às práticas do direito sistêmico. No mesmo sentido, é a Resolução de nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, que estabelece como dever dos órgãos do Poder Judiciário estabelecer mecanismos de solução de conflito, em especial, os consensuais e de pacificação social, como a mediação e a conciliação.

Também o Código de Processo Civil de 2015 valorizou as formas alternativas de solução de conflitos, como se vê em seu art. 3º, § 3º, que diz: § 3º *A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual*

de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. Assim, o Estado deverá promover as soluções consensuais, e juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Públicos deverão estimular todos os métodos com o mesmo perfil, inclusive ao longo do processo judicial (ASSUMPCÃO, 2017, p. 62).

Especificamente para as ações de família, a Lei 13.105/15 estipula que deve haver um maior esforço pela solução consensual, tendo em vista que “uma decisão judicial não tem, por si só, o condão de sanar os conflitos afetivos dos envolvidos, sendo, pois, cada vez mais imprescindível a intervenção interdisciplinar” (BRAUNER e AZAMBUJA, 2007, p. 41 *apud* DIAS, 2017, p.116). Essa previsão consta dos seguintes dispositivos, *in verbis*:

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Art. 696. A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito.

Por fim, é possível citar, como exemplo de normativa legal promotora das constelações sistêmicas, a Lei nº 13.140/2015, conhecida como o Marco Legal da Mediação no Brasil, que em seu primeiro capítulo dispõe, *ipsis verbis*:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e

sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Ante o exposto, percebe-se que os princípios orientadores dessas normativas, a citar exemplificativamente os princípios da autonomia da vontade, da imparcialidade, da oralidade, da boa-fé e da busca pelo consenso, coadunam com as diretrizes pensadas por Bert Hellinger quando da concretização da teoria das constelações. As constelações sistêmicas têm marcadamente a oralidade como uma de suas características principais, o constelador, por sua vez, necessita ser imparcial, não lhe sendo permitido nada além de conduzir os envolvidos, sob pena de macular a dinâmica, e também as partes obrigatoriamente devem estar abertas, flexíveis e dispostas a chegarem a um estado de harmonia.

3.2 A experiência brasileira

Pioneiramente, as constelações familiares têm sido aplicadas no Brasil, fora de seu âmbito originário, pelo juiz baiano Sami Storch, na Vara da Família, na Comarca de Castro Alves, na Bahia. Desde 2015, o magistrado tem utilizado as constelações para a resolução de conflitos no judiciário – ao que passou a chamar Direito Sistêmico –, trabalho esse que tem produzido resultados animadores, tanto para a comunidade, como no que diz respeito ao sucesso dos índices de acordos firmados em conciliação.

A percepção de que as soluções dadas judicialmente não eram capazes de resolver por completo a questão posta em juízo, e de que as relações humanas são dotadas de uma complexidade que ultrapassa os dizeres e aquilo que é visível, levou Sami Storch a buscar métodos

alternativos e inovadores para aperfeiçoar seu trabalho como magistrado. Ele conta, nas diversas palestras e entrevistas que deu e que estão disponíveis na rede mundial de computadores, que após experimentar uma dinâmica constelar, e perceber o quão rápida e eficaz era para diminuir as tensões das pessoas em situações conflitantes, decidiu experimentar os princípios da terapia nos casos que chegavam ao seu gabinete.

Assim, passou a introduzir a terapia sistêmica nos conflitos e descobriu que ao fazê-lo nos moldes do que fora previsto e idealizado por Helliger, promovia uma conciliação profunda e capaz, inclusive, de resolver a demanda definitivamente. Sua experiência começou na Vara da Infância e da Juventude de Castro Alves/BA, por volta de 2012, com processos envolvendo menores infratores.

Ao todo participaram do projeto 21 famílias, das quais 18 jovens não reinidiram no crime, após 1 ano de realização da constelação. Um número muito maior do que o de outras medidas sócio-educativas. Além de não reincidirem, as famílias desses adolescentes relataram outras mudanças positivas, tais como a retomada do vínculo com os estudos, a reaproximação da família e o início da atividade laboral.

No geral, os resultados verificados na supracitada Comarca foram consideravelmente positivos, tendo em vista que, de 90 audiências realizadas no primeiro semestre de 2013: a) naquelas em que nenhuma das partes havia vivenciado a constelação, o índice de conciliação foi de 73%; b) naquelas em que uma das partes havia vivenciado, foi de 91%; c) e nas audiências em que ambas as partes foram consteladas, a conciliação foi total (índice 100%)⁴.

Desde então, vários tribunais do país têm aderido às constelações nas audiências de conciliação e mediação, tendo igualmente obtido resultados surpreendentes. Em 2015, o TJBA ganhou a V edição do Prêmio Conciliar é Legal do Conselho Nacional de Justiça – CNJ,

4 Dados retirados da matéria “Constelações Familiares na Vara de Família Viabilizam Acordos em 91% dos Processos”, disponibilizada pelo próprio Sami Storch em seu

como campeão brasileiro em conciliação. Em dez dias, o Tribunal conseguiu realizar 51.606 audiências de conciliação em todo o estado, tendo obtido um índice de sucesso de 69%, o maior dentre todos os estados da federação⁵.

Também o TJPA oficializou, em 2016, a constelação como ferramenta auxiliar para realização das conciliações, tendo certificado diversos conciliadores para atuarem no tribunal. Sobre o instrumento, o desembargador do TRT 8ª Região e constelador com mais de 12 anos e 400 constelações de experiência afirmou que o método “cria uma consciência nas pessoas para que o problema colocado diante do magistrado possa ser solucionado de forma permanente, e as pessoas não recorram com novas ações e criem mais demandas para o judiciário”⁶.

Desde 2015, o juiz Yulli Roter Maia do Tribunal de Justiça de Alagoas tem usado as abordagens sistêmicas na conciliação e observado que o método ajuda não só a solucionar processos, mas a vida das pessoas. Em abril de 2018 foi convidado a palestrar sobre suas experiências na área e compartilhou que “nos meses de setembro a novembro do ano passado, fizemos uma escrituração de 31 audiências que eu conduzi, somente em uma eu não consegui conciliação. Então, realmente o índice de conciliações que são feitos com esse método é muito alto”⁷.

No Fórum de Leopoldina, no Rio de Janeiro, foram promovidas, em 2016, constelações em 300 processos, grande parte envolvendo pedidos de pensão alimentícia e de guarda dos filhos. As estatísticas apontam que o número de acordos subiu de 55% para 86%, em apenas

blog pessoal intitulado “Direito Sistêmico”.

5 “Tribunal vence V Prêmio Conciliar é Legal por número de acordos”, notícia de 2015, retirada do sítio do Conselho Nacional de Justiça.

6 Citação retirada de notícia divulgada no endereço eletrônico do TJPA e denominada “Constelação Mostra Lado Emocional do Processo”.

7 “Juiz Yulli Roter debate Constelação Familiar durante evento em Brasília”, disponível no site do TJAL.

1 ano de aplicação da técnica para os casais envolvidos. Segundo a reportagem produzida pelo *Fantástico*, a experiência mostrou que os casais que passam pelas constelações não voltam a brigar na justiça, pois sentem-se plenamente satisfeitos com a solução encontrada, tendo em vista que através dela é reestabelecimento do diálogo entre as partes.

No final de 2017, o Projeto Constelar e Conciliar do TJDF completou dois anos comemorando os 75% de sucesso nas audiências de conciliação em que ambas as partes compareceram à constelação. Segundo a juíza titular da Vara Cível de Família e de Órfãos e Sucessos do Núcleo Bandeirantes, Magali Dellape Gomes, “a técnica tem se mostrado muito útil para que as partes reflitam sobre os problemas que as fizeram litigar em juízo e possam se apresentar com outra postura na ocasião das audiências de conciliação, mais abertas e dispostas ao diálogo”⁸.

Ao todo, é possível dizer que pelo menos 12 tribunais do país têm praticado as constelações e verificado sua eficácia tanta na facilitação de demandas já instauradas, como instrumento reparador e de prevenção de violência. Isso porque tem sido verificado que quando praticada com jovens que dão os primeiros sinais de delinquência, ela auxilia na alteração da postura negativa e o perfil de infrator passa por uma reversão, evitando o desenvolvimento da criminalidade.

3.3 Legitimados

Embora seja mais recorrente a aplicação das constelações na conciliação e mediação, segundo o juiz Sami Storch, a aplicação das constelações não deve a isso se resumir, mas deve ter influência no exercício da função de cada profissional do direito. O advogado, por

8 Consoante matéria “Projeto Constelar e Conciliar Completa Dois Anos com Alto Nível de Acordos no Núcleo Bandeirantes”, publicada no sítio do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 04/12/2017.

exemplo, poderá aplicá-la para conhecer melhor o cliente, as razões pelas quais busca uma resposta judicial e o que pretende obter de resultado, assim como o procurador poderá utilizá-la para compreender melhor a pessoa que representa.

A seu turno, o membro do Ministério Público, poderá utilizar as constelações sistêmicas como teoria complementar para embasar a fundamentação de parecer, ou mais ativamente, como sugere Amilton Plácido Rosa, na solução de demandas coletivas e difusas, a exemplo do que foi feito no caso da PEC 37⁹. O juiz, por sua vez, tem a possibilidade de aplicar as constelações tanto antes de a demanda transformar-se em processo, auxiliando as partes a entrarem em acordo, ou mesmo durante o processo – em qualquer de suas fases – para vislumbrar melhor o panorama de uma dada situação, de melhor se posicionar e produzir sua decisão.

Saliente-se ainda, que a constelação deve interferir na postura do operador do direito, sobretudo no que diz respeito à sua maneira interna de vislumbrar as situações que lhes são apresentadas. O direito sistêmico possibilita que essa postura seja firmada de modo a ser mais desapassionada e imparcial, relativamente ao conflito sob apuração. A

9 O Procurador de Justiça do MS e Constelador Amilton Plácido Rosa explica, em entrevista que deu para o jornal Carta Forense, em 2016, que, quando da ameaça de aprovação da PEC 37 – que pretendia deixar todas as investigações criminais a cargo da Polícia, em detrimento de outras instituições, como o Ministério Público – ele realizou constelação, a qual *“revelou que o Poder Executivo federal queria mudar uma situação, manipulando o Legislativo Federal. Na constelação, ele apareceu, inicialmente, bem atrás daquele Poder e, perguntado o que ele ali fazia, respondeu: daqui eu manipulo tudo. A polícia, por sua vez, apareceu, de pronto, alinhada com a sociedade e com o Ministério Público, o que fazia com que o Executivo se escondesse atrás do Legislativo”*. Segundo ele, quando a Polícia saiu desse alinhamento e buscou apoio no Executivo, este Poder sentiu força e saiu detrás do Legislativo. *“A Polícia alegava que ela se sentia desprestigiada e buscava força e reconhecimento no Executivo. Mesmo alertada pelo MP que aquela não seria a postura ideal para ela conseguir o que ela queria, ela não desistiu de procurar no Executivo Federal o que ela só alcançaria com o apoio da sociedade”*, conta. Após muitos movimentos, a PEC foi totalmente derrotada pela força e mobilização da sociedade.

proposta é que o profissional auxilie na revelação da verdade por trás de um determinado conflito para que a solução oferecida seja mais efetiva, humana e satisfativa do que uma decisão judicialmente técnica, ou meramente patrimonial, poderia ser.

4 A DINÂMICA DAS CONSTELAÇÕES

Por todo o exposto até o momento, algumas noções de como as constelações familiares funcionam na prática já foram adiantadas. Porém, em se tratando de um método fenomenológico e de caráter ligeiramente abstrato a primeira vista, necessário se faz minudicar alguns aspectos da prática dessa dinâmica.

Conforme comentado, as constelações são uma forma de desacobertar as razões ocultas que levam uma pessoa a ter determinadas posturas e comportamentos pessoais que refletem no processo, e que, em muitos casos, produzem insatisfação com uma resposta judicial, e as faz retornar à lide. Partindo das ordens do amor, Helliger propõe que a constelação familiar seja a forma utilizada para alcançar a consciência das pessoas e levá-las à verdade, o que se faz a partir da figura do constelador, quem necessariamente deve ser profissional habilitado.

A dinâmica consiste em dispor os membros de uma família em um plano e permitir que eles se conectem através de um campo sistêmico, formado por sentimentos, sensações e movimentos que expressam causas ocultas. Rellinger afirma que é através desse campo de conexões que a verdade é revelada. Figurativamente, é possível vislumbrar que as partes estão tão envolvidas no campo sistêmico, quanto as estrelas estão pela gravitação, que igualmente não é visível.

O psicoterapeuta ensina também que durante o processo, o constelador deve conduzir as pessoas intuitivamente, sem jamais induzilas; na teoria helligerniana a verdade não se contrói, ela se revela e é essa revelação espontânea que modifica os participantes e traz-lhes a

verdade; *quem constrói está quase sempre errado, pois a construção não alcança a alma, mas apenas a cabeça* (HELLINGER, 2000, p. 22).

Quanto à forma da representação da família, ela poderá se realizar tanto em grupo – pessoas estranhas à família tomam conhecimento do caso e passam interpretar os papéis de cada membro do corpo familiar. No decorrer da dinâmica, a verdade vai sendo revelada e essas pessoas passam a vivenciar as emoções tal como se da família fossem. Os reais membros da família assistem a tudo e em seguida tomam o lugar dos representantes –, quanto individualmente, por intermédio do teatro de bonecos, no qual o constelador ajuda o constelado a entender suas ordens sistêmicas. Saliente-se que não é necessário verbalizar sobre todos os aspectos do problema, pois, em muitos casos, a sua externalização ocorre de forma tão emocional que pode ser identificada mesmo em silêncio.

Em sua experiência, Sami Storch conta que introduziu o método sutilmente através do uso de frases constelares, em audiência de conciliação que realizava. Em conflitos de guarda de menores, por exemplo, ele conduz os pais a percorrem a trajetória do relacionamento, perpassando pelos momentos bons e, em seguida, pelas frustrações e desencantamentos, mostrando-lhes os efeitos de seus respectivos comportamentos agressivos e desrespeitadores sobre os filhos. Dessa forma, ele desperta a sensibilidade dos genitores e os faz entender que a briga pela guarda de um filho pode ser reflexo do casamento mal sucedido, de traições e de vontade de vingança. É essa compreensão lúcida que os faz arrefecer do conflito e adotar posturas racionais e harmoniosas.

Como se vê, as constelações não são um método mágico ou miraculoso, mas procedimental. Elas permitem que no processo litigioso as pessoas que necessitam ser incluídas, sejam incluídas, que quem precisa ser visto, seja visto e que as verdadeiras causas que comandam uma determinada lide sejam descortinadas, com base na compreensão dos princípios sistêmicos. É fundamental que essa revelação seja feita

para que a parte entenda as raízes de sua problemática e delas se liberte, alterando o padrão e a postura que a fazem litigar.

5 CONCLUSÕES

O esforço empreendido neste artigo foi o de explicar os conceitos criados por Bert Hellinger e demonstrar que tem sido possível e exitoso o emprego das constelações sistêmicas no direito brasileiro. Nosso ordenamento tem sido favorável ao uso de técnicas alternativas, criativas e capazes de possibilitar a cooperação com uma cultura de paz, menos judicial e litigiosa, como pode ser visto pela análise dos dispositivos constitucionais, do CPC/2015, da Resolução nº 125/2010, do CNJ, e da Lei de Mediação.

Atinando que, a prática de qualquer filosofia, teoria ou método não é infalível, forçoso é reconhecer as constelações familiares não são a panacéia para os conflitos afetivos, mas um método auxiliar e consensual para a sua resolução, e que, tal como outras ferramentas, possui desafios a ser superados para que se concretize como uma ciência, dentre eles, por exemplo, o estudo mais aprofundado e à longo prazo dos resultados alcançados a partir de sua vivência.

Nada obstante, é uma realidade que o direito sistêmico tem alcançado resultados amistosos e mostrado seu potencial como método adjunto para a resolução de conflitos judiciais em inúmeras áreas do direito, além de revelar-se como mecanismo preventivo apto a diminuir a criminalidade. Considerando que atua arrefecendo as tensões durante uma lide, as práticas constelares têm permitindo às pessoas alcançar a pacificidade e contentamento necessárias à boa qualidade de vida.

Sobretudo, através do direito sistêmico, os operadores do direito têm tomado uma postura mais isenta e compreensiva, relativamente às partes e suas demandas, pois a compreensão do significado e da abrangência das constelações implica desenvolver uma inteligência emocional mais aguçada. Implica ainda entender que por trás de um

processo, especialmente dos que envolvem vínculos afetivos, existe uma miríade de fatores, de trocas, de descompensações, de histórias de vida e de ordens do amor, às vezes sequer compreendidas, que fazem uma pessoa demandar judicialmente. Refletir, entender e aplicar isso, tem sido uma forma de proporcionar soluções mais consensuais e de fazer o direito mais humano.

REFERÊNCIAS

A VIDA, Instituto de Direito Sistêmico Para. **Esclareça suas dúvidas sobre Constelação Familiar**. 2015. Disponível em: <<https://constelacaofamiliar.net.br/perguntas-frequentes/#1482527132747-d0edeeae-db9e>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

BRASIL. **Constituição Federativa da República do Brasil** de 05 de outubro de 1988. Brasília. DF: Senado Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 29/06/2018.

CNJ. **Resolução n.125/10 CNJ** de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em 28/06/2018.

Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 28/06/2018.

CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DA FAMÍLIA, 1., 1997, Belo Horizonte. **Pensando o Direito da Família**. Belo Horizonte,

Mg: Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, 1997. 29 p. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/57.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FERREIRA FILHO, Paulo Vaz. **Constelação Sistêmica ou Familiar: Saiba o que é e como ela pode mudar sua vida**. 2017. Vittude Blog. Disponível em: <<https://www.vittude.com/blog/constelacao-sistemica-familiar/>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

HELLINGER, Bert. **A Fonte Não Precisa Perguntar Pelo Caminho: Um Livro de Consulta**. 3. ed. Patos de Minas: Atman, 2002.

_____; HÖVEL, Gabriele Ten. **Constelações Familiares: O Reconhecimento das Ordens do Amor**. São Paulo: Cultrix, 1996.

Lei 13.140 de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>. Acesso em 27/06/2018.

ROSA, Amilton Plácido da. **Direito Sistêmico e Constelação Familiar**. 2016. Jornal Carta Forense. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-sistemico-e-constelacao-familiar/16914>>. Acesso em: 31 maio 2018.

STORCH, Sami. **Constelações Familiares na Vara de Família viabilizam acordos em 91% dos processos**. 2014. Disponível em: <<https://direitosistemico.wordpress.com/2014/03/19/constelacoes->

familiares-na-vara-de-familia-viabilizam-acordos-em-91-dos-processos/>. Acesso em: 29 jun. 2018.

SILVEIRA, Diego. **Justiça de Alagoas emprega técnica da Constelação Familiar na solução de conflitos:** Método criado pelo psicoterapeuta alemão Bert Hellinger vem sendo utilizado em audiências no Centro Judiciário de Solução de Conflitos (Cjus), no Fórum de Maceió. 2016. TJBA. Disponível em: <<http://www.tjal.jus.br/comunicacao2.php?pag=verNoticia%26num=9686>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

TJAL. **Juiz Yulli Roter debate Constelação Familiar durante evento em Brasília:** Magistrado foi convidado para expor as experiências positivas que têm obtido com a aplicação da técnica na 2ª Vara Cível de União dos Palmares. 2018. Disponível em: <<http://www.tjal.jus.br/comunicacao2.php?pag=verNoticia%26num=13167>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

TJBA. **Tribunal vence V Prêmio Conciliar é Legal por número de acordos.** 2015. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/79508-tribunal-vence-v-premio-conciliar-e-legal-por-numero-de-acordos>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

TJDFT. **PROJETO CONSTELAR E CONCILIAR COMPLETA DOIS ANOS COM ALTO ÍNDICE DE ACORDOS NO NÚCLEO BANDEIRANTE.** 2017. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/dezembro/projeto-constelar-e-conciliar-completa-dois-anos-com-alto-indice-de-acordos-no-nucleo-bandeirante>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

XIII CONADEP: Palestra sobre direito sistêmico e constelações familiares. Santa Catarina: Anadep, 2017. (56 min.), son., color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=gObMf8Cgh30>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

FAMILY CONSTELLATIONS AS A CONFLICT RESOLUTION METHOD

ABSTRACT

The family or systemic constellations are a therapeutic method of conflict resolution idealized by the German Bert Hellinger which, from the so-called systemic laws, seeks to identify the real and deep causes of people's problems, and has been applied in the Brazilian judiciary, initially by the Bahian judge Sami Storch. This alternative method, when applied in the courts, has proved to be considerably effective in resolving conflicts involving affection, especially, because it provides a non-judicial solution to the demand, or allows the process to become less conflicting. The systemic constellations start from the premise that the discovery of the "truth behind a problem" allows the person to break free and can solve it with more clarity and patience. In this work, it will be demonstrated that the method has helped to reduce, in the courts, the numbers of jurisdictional recidivism and aided in the promotion of more humanized and complete solutions to each concrete case, which, as we know, can not always be attained with a fee.

Keywords: Systemic Law. Family Constellations. Alternative Methods. Consensus Resolution of Conflicts.

VARAS JUDICIAIS ESPECIALIZADAS EM MEIO AMBIENTE: EXPERIÊNCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

Arthur Barreto Chaves Ferreira¹
Francisco Vitoriano da Silva Júnior²

RESUMO

Considerando a maior importância conferida às questões ambientais desde a segunda metade do século XX, fato que acarretou em uma profusão de demandas frente ao Poder Judiciário, o presente trabalho visa averiguar a viabilidade da especialização de varas ambientais, a fim de conferir maior eficiência à atuação do Poder Judiciário em tais demandas. Neste diapasão, com base na literatura jurídica especializada (“doutrina”) e no resultado de experiências pátrias e internacionais, dividiu-se a análise em: especialização de varas, peculiaridades da matéria ambiental e relatos nacionais e internacionais. No primeiro deles, optou-se por uma perspectiva geral, traçando diferenciações terminológicas básicas e os pontos supostamente positivos e negativos no fenômeno da especialização, com base em estudos, opiniões e estatísticas. Em sequência, o

1 Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Email: arthur_barreto95@hotmail.com.

2 Acadêmico da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Email: fcovitor@yahoo.com.br.

enfoque incidiu na diferença da especialização em matéria ambiental, tendo em vista que faz poucas décadas que tal seara passou a receber a devida importância. Por fim, tratou-se das experiências nacionais ao longo dos anos, além de juízos acerca das comissões e tribunais especializados em meio ambiente ao redor do mundo, abordando questões como as razões da súbita proliferação e as diferenças quando comparados a outros tribunais. Com isso, almejou-se garantir um exame coeso de tema de inegável importância na atualidade.

Palavras-chave: Especialização Judiciária. Direito Ambiental. Eficiência. Direito comparado.

1 INTRODUÇÃO

Muito se discute acerca da efetividade das normas jurídicas quanto ao seu alcance social e à sua aplicação pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, questões técnicas têm sido tratadas pelos juristas, como o uso de dados empíricos em trabalhos científicos ou pesquisas estritamente voltadas à administração da Justiça.

Isso se deve, sobretudo, a dispositivos presentes na Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB, como a autonomia do Poder Judiciário e o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5.º, XXXV), bem como ao exponencial crescimento do número de processos judiciais. Daí surgiu a denominada “Nova Gestão Pública”, que enfoca a transparência e os resultados (FREITAS, 2006).

Além disso, constatou-se a íntima relação da boa gestão de determinado órgão do Judiciário com a sua eficiência. Devido à

morosidade que acomete o sistema jurídico, parcela considerável dos juristas reputou necessária a reinvenção do Poder Judiciário, o que redundou na Emenda Constitucional n.º 45/2004.

Entre as alterações dela decorrentes, destaca-se a criação do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que tem a competência, *e.g.*, de traçar metas para os diversos tribunais do país, catalogar dados objetivos de produtividade e fiscalizar a atividade de magistrados, lastreada no princípio da eficiência (art. 37, CRFB).

Posto isso e tendo em mente a “Administração da Justiça” (FREITAS, 2006), o presente trabalho delimita-se ao estudo às varas ambientais no Brasil e no mundo, assim como tem o objetivo de averiguar a sua viabilidade e, como específicos, estudar as diferentes formas de especialização de varas, apontar as peculiaridades da matéria ambiental e relatar as experiências nacionais e internacionais.

Mencione-se ainda que o tema da especialização já foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, quando do questionamento sobre a sua constitucionalidade, inclusive quanto à transferência de processos em curso às varas especializadas (HC 88660, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia).

Embora no caso em comento tenha se tratado de uma vara especializada em crimes financeiros e de lavagem de dinheiro, a conclusão é rigorosamente idêntica: o Judiciário tem competência para dispor sobre especialização de varas, tendo o próprio STF alterado a competência de suas turmas através de resoluções. O princípio da reserva legal (art. 84, VI, CRFB) é restrito, dessarte, à criação de órgãos públicos (*in casu*, varas, câmaras ou turmas de determinado tribunal), porém, a mera resolução mostra-se suficiente para a especialização de um que já exista.

Assim sendo, imprescindível é a análise dos argumentos positivos e negativos quanto à especialização, visto que se encontra pacificada a validade jurídica dessa escolha discricionária. Ademais, também se esta é positiva no contencioso ambiental nacional internacional, além de exposição e análise empírica de tribunais que especializaram juízos, especificamente no Direito Ambiental.

2 ESPECIALIZAÇÃO DE VARAS E EXCLUSIVIDADE

Este trabalho foi elaborado através de pesquisa exploratória e bibliográfica. A pesquisa exploratória objetiva criar laços de proximidade com o problema, com o fim de torná-lo mais claro e de fundamentar as bases cognitivas para construção das hipóteses. Já quanto ao delineamento, o modelo adotado foi o de pesquisa bibliográfica, utilizando como principais fontes livros jurídicos e artigos científicos.

Faz-se necessário, por tudo, explicitar as espécies decorrentes da especialização de juízos. Faz mister responder, por exemplo, se é possível especializar determinado juízo em litígios ambientais, sem que isso dele retire competência para processamento e julgamento das demais matérias.

Aí, em que há a especialização sem exclusividade, concentra-se a matéria em certo juízo, contudo, pela ausência de processos suficientes quando comparado a uma vara comum, decide-se manter a distribuição de processos de outra natureza. É o que ocorre, *vg*, com juízos federais da Região Sul (FREITAS, 2007).

Doutro lado, também se pode especializar determinado juízo com exclusividade, *i.e.*, apenas tramitará nele determinada matéria. O fenômeno é denominado de “superespecialização” (FONTES, 2009). De fato, especializações generalistas são comuns, como a subdivisão em varas cíveis e criminais, sendo a concentração dessas matérias num único juízo uma excepcionalidade, salvo nas varas únicas, nos interiores dos estados.

3 ESPECIALIZAR OU NÃO ESPECIALIZAR?

Apesar de ser uma prática muito valorizada por profissionais e pesquisadores, não existe consenso acerca da especialização menos generalista, principalmente, quando se trata de matéria demasiadamente específica. Sendo assim, devem-se considerar os argumentos e dados

de ambos os lados, bem como descrever as características do Direito Ambiental, para que haja conclusões de maior confiabilidade.

3.1 Pontos supostamente positivos da especialização

Ao se tratar da especialização, permite-se ao juízo também se ocupar de um número diminuto de matérias, angariando maior celeridade no processo e decisões melhor fundamentadas. Veja-se, *u.g.*, a entrevista do Desembargador Ney Wiedemann Neto da 6.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, à Consultor Jurídico, em que diz que o modelo garante aos magistrados se aprofundarem na matéria e disporem de “um conjunto de textos, precedentes e pesquisas que usa para fundamentar as suas decisões”³.

Ao defender a sua adoção, Márcio Schiefler Fontes (2009) apresenta tabela de produtividade elaborada pelo Setor de Estatística do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, onde o processo de especialização das Câmaras teve início com o Ato Regimental n.º 41/2000, que possibilitou o julgamento de 21.343 processos, com trinta desembargadores. Apesar do número de julgadores ter dobrado, a quantidade de processos sentenciados chegou a 78.942.

Claro que a especialização não foi a única responsável pelo aumento, pois também houve, *e.g.*, a criação e início do controle do CNJ e o início dos processos eletrônicos. Todavia, como salienta o autor, não se nega a relação de causalidade.

3.2 Pontos supostamente negativos da especialização

3 Conforme pode ser observado em: MARTINS, Jomar. Especialização de vara aumenta qualidade do julgamento, 13 maio 2012. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-13/especializacao-vara-aumenta-qualidade-julgamento-desembargador>>. Acesso em: 31 mar. 2018. (documento não paginado).

Ao apontar supostos fatos negativos de uma especialização, alegam-se, além das resistências a um modelo diferente (FREITAS, 2009 apud VAMPRÉ, 2015, p. 70): a) o receio de que uma vara especializada tenha uma demanda inferior aos demais juízos; b) a concentração da matéria e, conseqüentemente, do poder decisório de determinada matéria num único juízo em dada competência territorial e c) a presunção de que a especialização pode comprometer um julgamento “mais humanista” do magistrado⁴.

A primeira das inquietações dos juristas, entretanto, não procede, pois há a possibilidade de especializar a vara sem exclusividade, opção desejável quando a matéria, porque complexa, não enseja demanda suficiente.

A segunda crítica deve ser entendida como decorrente do entendimento de que a multiplicidade de juízos acarreta em decisões mais plurais, e, dessarte, capazes de contribuir para a criação de uma jurisprudência mais bem-acabada. Contudo, a experiência mostra que a diversidade de matérias e a quantidade de processos impedem que o magistrado se dedique com mais afinco a um tema novo.

Noutro sentido, entendendo-se como o temor de um “mau julgador” ter para si concentrado as decisões de determinada matéria, esquece-se de que assim seria se estivesse à frente de qualquer vara (VAMPRÉ, 2016) e, mais importante, de que vigora no país o princípio do duplo grau de jurisdição. Assim, a decisão pode ser revista por órgão de segunda instância, cujo objetivo é o de propiciar decisões mais adequadas e a satisfação do inconformismo do homem (NERY JÚNIOR, 2014).

Por fim, a crítica quanto à humanização é desarrazoada, visto que o julgador possuiria maior capacidade técnica para entender as

4 Nesse sentido, posição do ex-Conselheiro Federal do Conselho Nacional de Justiça, Técio Lins e Silva, consoante exposto no sítio: <http://cnj.jus.br/noticias/65394-conselheiros-divergem-sobre-a-cria-de-varas-especializadas> (documento *on-line*, não datado e não paginado).

minúcias e peculiaridades de menor quantidade de temas, o que não o impede de ter o espírito humanista ao analisar o caso concreto e proferir a decisão.

4 PECULIARIDADES DA ESPECIALIZAÇÃO EM MATÉRIA AMBIENTAL

Primeiramente, deve-se ressaltar que o Direito Ambiental é muito novo. Embora temáticas como a fauna e flora evidentemente já tenham sido reguladas anteriormente, apenas na segunda metade do século XX que se passou a dar maior importância a essa matéria, sendo a sua autonomia recente (DUARTE, 2003).

Nesse diapasão, cite-se Vladimir Passos de Freitas (2007), que diz que a primeira sentença em matéria ambiental foi de 1974. Promulgada a Lei n.º 7.437/85 (Lei da Ação Civil Pública), os magistrados não estavam preparados para julgar as ações coletivas sobre matéria ambiental. A partir de 1990, inicia-se a mudança, com um aumento inclusive nas ações penais na década seguinte, especialmente depois da Lei n.º 9.605/97 (Lei de Crimes Ambientais).

Essa dificuldade decorreu por não terem estudado a matéria nas universidades ou para a realização de concursos públicos. Hoje, já recorrente nos certames, é lecionada como matéria optativa⁵. Assim, formam-se profissionais pouco familiarizados com o tema e que vêm a ter variados processos para julgar, sendo necessário concentrá-los em juízos especializados.

Além disso, por ser complexo, o Direito Ambiental exige do

5 Na Universidade de Brasília – UnB, na Universidade de São Paulo – USP, na Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG e na Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, Direito Ambiental é oferecido como disciplina complementar. Já na Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC e na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, é obrigatório.

profissional conhecimento de um intricado microssistema normativo nacional e internacional e até de outras ciências (VAMPRÉ, 2015)⁶.

Carmen Santos (2009) estudou a hipótese da criação de varas ambientais especializadas acarretarem numa melhor aplicação da Lei de Crimes Ambientais e, conseqüentemente, numa maior proximidade à proteção jurídica, alijando a prescrição dos crimes ambientais pela morosidade nas diligências ou providências, que prescindem muitas vezes de técnica própria.

Segundo Vladimir Passos de Freitas (2009), a especialização dá segurança jurídica para a sociedade, sobretudo, ao empresariado, já que passa a entender como o Judiciário tem decidido acerca do tema. Dessa forma, no lugar de decisões pautadas em fundamentos diversos, em razão do não domínio do assunto, vem a existir um único juízo, com maior coerência e previsibilidade nas decisões.

Além do que, ainda é dito que estes têm maior facilidade em realizar conciliações, com resultado mais interessante do que uma sentença que poderá não ser cumprida (FREITAS, 2009).

5 RESULTADOS DA ESPECIALIZAÇÃO DE VARAS AMBIENTAIS NO BRASIL

A experiência pioneira na especialização em matéria ambiental ocorreu em 1996, quando o Tribunal de Justiça do Mato Grosso criou o Juizado Volante Ambiental, com competência cível, criminal e para execução de multas ambientais (FREITAS, 2007). A restrição à matéria possibilitou a realização de parcerias com diversos órgãos, a capacidade itinerante e o trato de diversas matérias concernentes ao meio ambiente, como saneamento básico e uso de agrotóxicos (VAMPRÉ, 2015).

No ano seguinte, foi criada a Vara Especializada do Meio

⁶ Citem-se, por exemplo, conhecimentos necessários em Biologia, Hidrologia e Geologia.

Ambiente e Questões Agrárias pelo Tribunal de Justiça do Amazonas, em virtude de peculiaridades locais que demandavam trato especial (VAMPRÉ, 2015). Costuma-se asseverar que a experiência serve de exemplo para todo o Judiciário, tendo, inclusive, recebido prêmio internacional (VAMPRÉ, 2015).

Na sequência, foram criadas Varas Federais especializadas em Direito Ambiental no Mato Grosso do Sul (2000), diante de mazelas existentes no Pantanal, bem como no Paraná (2005) e, mais recentemente, no Pará, no Amazonas, no Maranhão e em Rondônia (2010) (VAMPRÉ, 2015). Todos os estados do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, que tem tradição nessa prática, possuem varas federais especializadas em matéria ambiental. Repise-se, entretanto, que não costumam ser exclusivas, porque a demanda não o justifica.

Na Vara Federal Ambiental de Curitiba, por exemplo, já tramitava 1.700 processos em 2012. Consoante servidora do juízo, em entrevista à Consultor Jurídico⁷, é imprescindível entender como atuam as instituições e o procedimento administrativo específico, além da criação de lista de peritos ambientais para garantir a celeridade e julgamento equânime dos processos. O fato de apenas se preocupar com o tema permite que a organização seja pautada só sobre ele.

Em relato dos primeiros sessenta dias da especialização da Vara Federal de Porto Alegre em matéria ambiental, agrária e residual, destacou-se que a experiência facilitou a condução de processos, garantindo maior celeridade e possibilitou a cobrança de efetividade das demandas ambientais (LEAL JÚNIOR, 2006). Na oportunidade, indicou vinte e dois desdobramentos da matéria ambiental que tramitavam na vara federal, demonstrando a complexidade a ela inerente.

7 Conforme pode ser observado em: REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Servidora destaca pioneirismo da Vara Ambiental de Curitiba, 17 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-17/especializacao-ajudara-cumprimento-lei-ambiental-servidora-vara-curitiba>>. Acesso em: 31 mar. 2018. (documento não paginado).

Todavia, experiências demonstram que a especialização de varas deve ser feita de forma parcimoniosa, principalmente quanto à extensão da competência territorial do juízo. Francisco Humberto Cunha Filho (2003) estudou a 18.^a Vara Criminal do Estado do Ceará, que, segundo o artigo 124 da Lei de Organização Judiciária do Estado (Lei n.º 12.342/94), possui competência para processar e julgar ações ambientais de natureza cível, penal e administrativa no estado e se denomina “Supervara Ambiental”.

Apontou, então, que tamanha competência territorial prejudica a sua atuação, pois está muito distante dos municípios. A necessidade de se valer do instrumento da carta precatória para a realização de atos processuais e as custas com peritos que terão de se deslocar comprometem a economicidade e a celeridade processual. Logo, o relato patenteia que a especialização *per se* pode ser um equívoco.

6 COMISSÕES E TRIBUNAIS ESPECIALIZADOS EM MEIO AMBIENTE

O rápido crescimento em todo o mundo das Comissões e Tribunais Especializados em Meio Ambiente – CTEMAs⁸ é um dos mais interessantes acontecimentos do Direito Ambiental moderno. Um CTEMA é um órgão do Poder Executivo ou Judiciário especializado em decidir demandas relativas ao desenvolvimento ambiental e ao uso da terra e dos recursos naturais, *e.g.* Com rápida propagação, em 2016, havia 1.200 CTEMAs em 44 países (PRING; PRING, 2009; PRING, 2016)⁹.

8 Em inglês, *Specialized Environmental Courts and Tribunals (ECTs)*.

9 Na experiência brasileira, por exemplo, cada bacia hidrográfica no território nacional conta com um Comitê de Bacia Hidrográfica, tanto no âmbito federal como no estadual. Entre as atribuições comuns a esses comitês, como definidas pela Lei n.º 9.433/97, a Lei da Política Nacional dos Recursos Hídricos (art. 38), está a competência para arbitrar, em primeira instância administrativa, os conflitos

relacionados a recursos hídricos (inciso ii), bem como acompanhar a execução do Plano de Recursos Hídricos da bacia e sugerir providências necessárias ao cumprimento das metas (inciso iv). Por seu turno, o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP publicou, em 1.º de fevereiro deste ano, a Resolução n.º 184, prorrogando para 2020 o prazo de funcionamento da Comissão Temporária de Aperfeiçoamento e Fomento da Atuação do Ministério Público na Área de Defesa do Meio Ambiente e de fiscalização de Políticas Públicas Ambientais, instituída pela Resolução CNMP n.º 145, de 14 de junho de 2016.

De acordo com essa resolução, tal Comissão “tem como objetivo fortalecer e aprimorar a atuação dos órgãos do Ministério Público na tutela do meio ambiente, repressiva ou preventiva, com a finalidade de facilitar a integração e o desenvolvimento do Ministério Público brasileiro” (art. 2.º). No entanto, ainda em 2008, o Ministério Público do Estado de Goiás instituiu a Comissão de Gestão Ambiental, que se propõe a implementar procedimentos de gestão ambientalmente saudável das atividades administrativas e operacionais, com a adoção de tecnologias ecoeficientes e mais limpas que poupem matéria-prima, energia e reciclem seus resíduos. Já o Ministério Público de Pernambuco tem uma Comissão de Gestão Ambiental nos mesmos moldes. No âmbito das Unidades Federativas, os Ministérios Públicos Estaduais de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul contam com Núcleos de Resolução de Conflitos Ambientais – NUCAMs. Compostos de equipes multidisciplinares, o NUCAM de Minas Gerais, através da capacitação dos membros e servidores, inclusive em técnicas autocompositivas, conseguiu resultados exímios em casos ambientais complexos (com segundo 95% de sucesso, segundo consta em http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/manual_mediacao_negociacao_membros_mp_2_edicao.pdf, p. 294). Devido aos resultados efetivos na destinação de recursos econômicos para a melhoria e recuperação de regiões impactadas e o desenvolvimento do conhecimento científico voltado para a conservação, com reflexos positivos em âmbito local, regional e estadual foi premiado pelo CNMP com o Prêmio CNMP em 2013. A resolução PGJ n.º 106, de 6 de dezembro de 2012, que instituiu o NUCAM/MPMG, em seu art. 3.º, atribuiu-lhe a competência de articular e orientar a atuação do *Parquet* na mediação e negociação de conflitos ambientais complexos, envolvendo empreendimentos ou atividades de significativo impacto ambiental (i); conduzir inquéritos ou procedimentos administrativos a ele submetidos (ii); analisar, por meio de equipe técnica, estudos ambientais e pareceres técnicos, apresentados em processos de licenciamento ambiental (iii); quando solicitado, elaborar pareceres referentes a empreendimentos potencialmente poluidores implantados naquele Estado (iv); divulgar as boas práticas e metodologias aplicadas na resolução extrajudicial de conflitos ambientais (v). Esse rol

Ainda não há um CTEMA internacional¹⁰, já que todos os existentes atuam em nível nacional, estadual ou local.

O cenário mundial exige a sua proliferação. Organizações financeiras internacionais contam com programas de capacitação jurídica que incluem apoio a CTEMAs. Organizações de juizes especializados em meio ambiente promovem fóruns, divulgam exemplos de casos de sucesso e dão apoio à criação de CTEMAs. Também estão sendo feitos acordos internacionais sobre CTEMAs¹¹.

Em efeito, TEMAs têm críticos e apoiadores (PRING; PRING, 2009). Os argumentos dos seus opositores incluem: satisfação com os tribunais comuns julgando os casos envolvendo o meio ambiente, existência de demandas mais urgentes, pouca importância dos problemas ambientais, etc.

Por seu turno, os seus defensores listam pontos positivos: os tribunais tornam-se mais “justos, rápidos e baratos”¹² e há maior acuidade judicial, eficiência, visibilidade, etc. (ROTTMAN, 2000).

Com bases em dados, os países têm concluído que os argumentos favoráveis superam os contrários, e, por isso, continua a adesão aos CTEMAs.

não é restritivo e pode ser ampliado pelo MPMG. O NUCAM gaúcho, por sua vez, foi instituído por meio do Provimento n.º 42/2017 e tem competências e atribuições bem semelhantes ao mineiro.

10 Existem alguns órgãos internacionais que podem julgar a respeito de questões que envolvam o meio ambiente, como o Tribunal Internacional para o Direito Marítimo da Organização das Nações Unidas – ONU e a Comissão Norte-Americana para Cooperação Ambiental, cujos poderes e competência são restritos (PRING; PRING, 2012).

11 **Bhurban Declaration 2012:** a common vision on environment for the South Asian judiciaries, 25 mar. 2012. Disponível em: <www.iucn.org/about/union/secretariat/offices/asia/?9573/Bhurban>. Acesso: 09 set. 2016 (documento *on-line* e não paginado).

12 NOVA GALES DO SUL. Austrália. **Civil Procedure Act 2005.** Disponível em: <www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/cpa2005167/s56.html>. Acesso em: 31 mar. 2018 (documento *on-line*, não datado e não paginado).

7 QUAIS AS RAZÕES DA PROLIFEAÇÃO DE CTEMAS NO MUNDO?

Uma consistente série de passos leva à criação de CTEMAS (PRING; PRING, 2012): (i) uma significativa parte da população passou a preocupar-se com danos ambientais, poluição, desenvolvimento sustentável, saúde pública, proteção à vida selvagem, produção de alimentos, energia, segurança hídrica, etc.; (ii) os governos respondem a isso com a criação de agências e leis de proteção ao meio ambiente; (iii) a população percebe a inefetividade das leis e recorre ao Poder Judiciário para garantir a proteção ambiental; (iv) se os tribunais não conseguem responder rápida e efetivamente, a sociedade civil, o mercado ou ambos buscam uma mudança na estrutura e no funcionamento desse Poder para que entregue um melhor decisão; e (v) neste ponto, um CTEMA pode surgir como a resposta dos reformadores.

8 RESULTADOS DOS CTEMAS

Inovação é a contribuição principal dos CTEMAS, que podem diferenciar-se substancialmente dos tribunais comuns e entre eles mesmos (PRING; PRING, 2015).

No que concerne às espécies, CTEMAS podem ser tribunais (no Judiciário) e comissões (no Executivo). São quatro os tipos de TEMAs: (i) operacionalmente independentes (com total autonomia), (ii) independentes para tomar suas decisões (fazem parte de tribunais comuns, mas são livres para criar seus regimentos e realizar seus procedimentos), (iii) uma junta formada por juízes com conhecimento legal e científico e (iv) juízes especializados em meio ambiente em tribunais comuns. Há três tipos de CEMAs: (i) operacionalmente independentes (com total autonomia, não estão sobre o controle de outra agência, departamento ou ministério), (ii) independentes para tomar decisões (estão sob a supervisão de outro órgão governamental, mas não aquele, cujas decisões

revisa) e (iii) CEMAs “cativos” (fazem parte da agência, cujas decisões revisa, ou estão sob o controle dela).

Quanto à sua competência, pode variar de muito ampla a muito restrita. A legislação de alguns países a traça rigorosamente, enquanto a de outros faz uso de termos e expressões abertas. A competência de um CTEMA pode ser criminal, administrativa ou cível ou corresponder a alguma combinação entre elas.

Acerca das instâncias, os CTEMAs podem ser: (i) o órgão de uma agência responsável por tomar decisões iniciais ou (ii) o órgão de uma agência responsável por revisar as decisões desta ou corresponder (iii) à primeira instância, (iv) à segunda instância e (v) à última instância.

No que diz respeito à área geográfica, a sua jurisdição pode abranger o um país, um Estado ou província ou um Ente local, como um condado ou uma cidade.

Fator primordial para decidir que tipo de CTEMA implantar é a estimativa do número de casos. Uma estimativa interessante é a de que cem processos por juiz ao ano “justifica” a criação de um CTEMA. O número de casos pode variar em razão da competência, do escopo geográfico e das FASCs.

Cumpre mencionar que a efetividade de um CTEMA pode encontrar empecilhos nas normas sobre as pessoas legitimadas (*locus standi*) a participar de um processo. Os requisitos de legitimidade são delimitados por leis, regimentos de tribunais e interpretações jurisprudenciais (PRING; PRING, 2009), e podem tornar-se grandes obstáculos ao acesso à justiça.

Outra significativa barreira ao acesso à justiça é o alto custo dos processos. Os CTEMAs têm inovado ao encontrar soluções inimagináveis para os padrões dos tribunais comuns. Entre elas, estão a diminuição ou a não cobrança das taxas judiciárias, FASCs, gestão processual eficiente, etc. (PRING; CANAN, 1996).

A *expertise* técnica e científica tem sido inovadora, pois a prova pericial é fundamental em litígios envolvendo o meio ambiente,

principalmente, quando se discutem causas e impactos futuros de degradações ambientais.

O uso recorrente das FASCs aparece também como a marca de muitos CTEMAs.

Faz-se necessário ressaltar que os CTEMAs podem ser melhores que tribunais comuns apenas se os juízes e os tomadores de decisão forem competentes, independentes, autoconfiantes e conhecedores da matéria ambiental. O processo de seleção, a qualificação, o treinamento contínuo, a estabilidade e o nível salarial influenciam diretamente na qualidade da decisão judicial.

Em certo sentido, os CTEMAs são muito inovadores ao criar ferramentas operacionais para aumentar sua eficiência e efetividade e o acesso à justiça. Os exemplos incluem pessoal altamente treinado em gestão processual, ouvidorias, triagem através de FASCs, sítios interativos, etc.

Deve-se entender que o acesso à justiça depende de muito mais do que foi apontado até aqui. As decisões têm que ser implementadas no mundo real. Haver recursos e remédios para garantir o cumprimento da decisão judicial é uma das maiores diferenças vistas com relação aos CTEMAs. Os recursos e os remédios jurídicos são importantes para a efetividade dos julgamentos de um CTEMA. Assim, o uso de algum deles vai depender da competência do CTEMA. O rol deles é similar ao disponível aos tribunais comuns, incluindo mandado de segurança, multa, sanção penal, etc.

9 CONCLUSÕES

É perceptível, ante o exposto, que a especialização de juízos se constitui em tema multifacetado e que comporta uma pluralidade de abordagens. A despeito das experiências mais complexas e desenvolvidas ao redor do globo, é certo que nos últimos vinte anos tal fenômeno

também se desenvolveu em terras tupiniquins, acarretando uma maior eficiência na administração da Justiça.

Além disso, no contencioso ambiental, os fundamentos para a adoção deste sistema se multiplicam, tendo em vista a pouca familiaridade de boa parte dos juristas com matéria, sobretudo pelo reconhecimento de sua importância ser um fato recente. Ademais, essa decorreu, sobretudo, das maiores preocupações da população frente aos problemas ambientais e de um retorno inefetivo e, por vezes, simplista do Poder Judiciário.

Dessarte, conclui-se que a tendência é especialização cada vez maior, não apenas na seara ambiental, com o intuito de lidar de forma mais célere e técnica com questões que ganham importância e repercussão social pelos mais diversos motivos. Em verdade, as críticas feitas ao modelo tendem a se basear temores infundados, exceto no que diz respeito a necessidade de certa cautela na criação de varas especializadas e especialização de outras já existentes.

Faz-se necessário, evidentemente, a realização de estudo prévio, para comprovar a necessidade desta em determinada região. O fenômeno da especialização não deve ser considerado, por rigorosamente não o ser, uma panacéia capaz de solucionar todos os problemas ambientais. Entretanto, aplicada de forma consistente e aliada a outras vertentes de atuação, demonstra-se capaz de aumentar de forma considerável a eficiência do Poder Judiciário no que concerne a esta temática.

REFERÊNCIAS

AMOS, R. **Archive for the “environmental courts & tribunals” category**. Disponível em: <<http://blogs.ucl.ac.uk/law-environment/category/environmental-courts-tribunals/>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

Bhurban Declaration 2012: a common vision on environment for the South Asian judiciaries, 25 mar. 2012. Disponível em: <www.iucn.org/>

about/union/secretariat/offices/asia/?9573/Bhurban>. Acesso: 31 mar. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Conselheiros divergem sobre a criação de varas especializadas. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/65394-conselheiros-divergem-sobre-a-criacao-de-varas-especializadas>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Reflexões sobre a centralização da competência jurisdicional em matéria ambiental em única vara com jurisdição em todo o território estadual**: estudo do caso do Estado do Ceará. Themis, Fortaleza, v. 3, n. 2, p. 231-244, 2003.

DUARTE, Marise Costa de Souza. **Meio ambiente sadio**: direito fundamental em crise. Curitiba: Juruá, 2003.

FONTES, Márcio Schiefler. Gestão do Poder Judiciário e especialização de câmaras no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Revista Jurisprudência Catarinense**, v. 117, p. 114-136, 2009.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A eficiência na administração da Justiça**. Revista da AJUFERGS, n. 3, p. 75-89, 2006.

_____. O Poder Judiciário e o Direito Ambiental no Brasil. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**, Ano II, n.º 4, p. 34-47, out. 2007.

_____. Ainda faltam varas ambientais nos tribunais, 12 abr. 2009. Revista Consultor Jurídico, 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-abr-12/ainda-faltam-varas-ambientais-principais-tribunais-pais>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

LEAL JÚNIOR, Cândido Alfredo Silva. **Inventário da jurisdição ambiental em Porto Alegre**: primeiros dias da vara federal ambiental, agrária e residual. Revista CEJ, Brasília, n. 33, p. 22-29, abr./jun. 2006.

MARTINS, Jomar. Especialização de vara aumenta qualidade do julgamento, 13 maio 2012. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-13/especializacao-vara-aumenta-qualidade-julgamento-desembargador>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1. 669p.

NOVA GALES DO SUL. Austrália. **Civil Procedure Act 2005**, s 56 (1). Disponível em: <www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/cpa2005167/s56.html>. Acesso em: 31 mar. 2018.

PRING, G.; CANAN, P. **SLAPPs: getting sued for speaking out**. Temple: Temple University Press, 1996.

_____; PRING, C. **Greening Justice: creating and improving Environmental Courts and Tribunals**. The Access Initiative e World Resources Institute, 2009. Disponível em: <www.law.du.edu/ect-study> ou <www.accessinitiative.org/resource/greening-justice>. Acesso em: 31 mar. 2018.

_____; _____. **The future of environmental dispute resolution**, 2012. Disponível em: <www.law.du.edu/ect-study>. Acesso em: 31 mar. 2018.

_____; _____. 21st century environmental dispute resolution: is there an “ECT” in your future? **Journal of energy and natural resources law**, v. 33, n. 10, 2015. Disponível em: <www.law.du.edu/ectstudy>. Acesso em: 31 mar. 2018.

_____; _____. **Environmental Courts and Tribunals: a guide for policy-makers**. United Nations Environment Programme, 2016.

Disponível em: <<http://www.unep.org/publications/>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Servidora destaca pioneirismo da Vara Ambiental de Curitiba, 17 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-17/especializacao-ajudara-cumprimento-lei-ambiental-servidora-vara-curitiba>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

ROTTMAN, D. B. Does effective therapeutic jurisprudence require specialized courts (and do specialized courts imply specialized judges?). **American Judges Association Court Review**, v. 22, n. 37, 2000. Disponível em: <<http://aja.ncsc.dni.us/courtrv/cr37/cr37-1/CR9Rottman.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

SANTOS, Carmem Fernanda Rodrigues. Lei de Crimes Ambientais e a existência de varas ambientais no contexto brasileiro. In: **IV Encontro da Associação Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Ambiente e Sociedade**, jun. 2008.

VAMPRE, Spencer. **Poder Judiciário estadual e sustentabilidade: o aprimoramento dos mecanismos de solução de conflitos ambientais no Estado do Tocantins**. 2015. 121 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, Universidade Federal de Tocantins, Tocantins, 2015.

ZHANG, M.; ZHANG, B. Specialized environmental courts in China: status quo, challenges and responses. **Journal of energy and natural resources**, n. 361, v. 30, 2012.

**LOWER COURTS SPECIALIZED IN ENVIRONMENT:
NATIONAL AND INTERNATIONAL EXPERIENCE**

ABSTRACT

Given the greater stress attached to environmental issues since the second half of the twentieth century, fact that resulted in a profusion of demands against the judiciary, the present study aims to investigate the feasibility of specialization environmental lower courts in order to ensure greater efficiency to the performance of the judiciary in such demands. In this regard, based on expert law literature (“doctrine”) and the result of national and international experience, the analysis was divided into three: specialization of the lower courts, peculiarities of the environmental theme, national and international reports. In the first of these, we opted for an overview, outlining basic terminological differentiations and the supposedly positive and negative points in the specialization phenomenon, based on studies, opinions and statistics. In sequence, the approach focused on the difference of specialization in environmental matters, since it has been few decades that such theme began to receive due importance. Finally, this work examined the national experience over the years, and judgments about the specialized courts in the environment around the world, addressing such issues as the reasons for its sudden proliferation. With this, craved to ensure a cohesive exam of a theme of undeniable importance today.

Keywords: Specialization. Environmental Law. Efficiency. Comparative law.



CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO SANEAMENTO BÁSICO

Alexia Guerra Lima de Medeiros¹

RESUMO

O presente trabalho tem como principal escopo perquirir acerca da efetividade do saneamento básico, partindo da premissa de que se trata de um legítimo direito fundamental decorrente dos direitos fundamentais à vida, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Almeja-se encontrar subsídios que permitam transferir o direito fundamental consagrado na Constituição para a realidade fática e, com isso, reverter o cenário caótico de problemas socioambientais que se instauram diante da falta ou inadequação da prestação do serviço público de saneamento básico por parte do Poder Público. Com efeito, o Estado Constitucional de Direito, imerso nos princípios do neoconstitucionalismo, compromete-se em realizar plenamente as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais. Sendo assim, não tem mais vez a postergação da efetividade de um direito fundamental se a norma que o prescreve for de caráter programático. O

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.
Email: alexia_guerralp@yahoo.com.br

art. 5º, § 1º, da Constituição Federal é claro e objetivo em conferir aos direitos fundamentais aplicabilidade imediata.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Efetividade. Saneamento Básico.

“Vivemos em uma época perigosa. O homem domina a natureza antes que tenha aprendido a dominar a si mesmo”.
(Albert Schweitzer).

1 INTRODUÇÃO

A problemática do saneamento básico atinge todas as cidades brasileiras em maior ou menor grau. A sua discussão na atualidade se faz urgente, uma vez que se trata de uma questão que compromete, sobremaneira, a qualidade de vida das pessoas. O equilíbrio ambiental e a saúde pública são duas questões que dependem da adequada e eficiente prestação do serviço público de saneamento básico, que deve englobar desde a captação, tratamento e distribuição de água até a coleta, tratamento e disposição final dos esgotos.

Entretanto, o que se observa na realidade das cidades brasileiras, mormente nas periferias, interiores e zonas rurais, é um quadro marcado por mazelas socioambientais decorrentes da omissão do Poder Público em prover uma infraestrutura urbana básica de esgotamento sanitário.

Diante disso, o presente trabalho, assentado na convicção do saneamento básico como direito fundamental necessariamente decorrente dos direitos fundamentais à vida, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, propõe-se a proceder uma análise doutrinária e constitucional em busca de subsídios críveis para a sua efetividade. Consoante assevera Barroso (2006), o Direito existe para ser realizado;

portanto deve operar como legítimo instrumento de transformação da realidade social.

Ao se enfrentar a questão da efetividade dos direitos fundamentais, em particular, do direito fundamental ao saneamento básico, o presente estudo se torna relevante dentro do cenário atual, em que a degradação ambiental é uma crescente realidade na vida dos brasileiros. O desequilíbrio ambiental provocado pela falta ou deficiência da prestação do serviço de saneamento lança holofotes sobre a omissão do Poder Público, seu descaso e ineficiência em prover ao povo os mais básicos direitos fundamentais. A pesquisa aqui empreendida enfatiza que, sob a égide do Estado Constitucional (Socioambiental) de Direito, o Poder Público está vinculado às normas constitucionais e comprometido em realizar a Constituição, não podendo mais postergar serviços tão essenciais à vida (vida em níveis dignos) da população, como é o saneamento básico.

À título de esclarecimento, com o propósito de delimitar o tema, optamos por nos ater somente às ações do Estado como provedor dos serviços concernentes ao esgotamento sanitário.

2 A PROBLEMÁTICA DO SANEAMENTO BÁSICO

Vida. É disso que tratamos quando nos dispomos a discutir a problemática relacionada ao saneamento básico. Não se trata apenas de uma questão de qualidade de vida. Falamos de sobrevivência, uma vez que o saneamento básico lida com o elemento mais essencial à vida humana, animal e vegetal: água.

A Lei nº 11.445/2007 (Lei do Saneamento), que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, define-o, em seu artigo 3º, inciso I, como o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais que abrange o abastecimento de água potável, o esgotamento sanitário, a limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos e, por fim, a drenagem e o manejo de águas pluviais urbanas.

Apesar da previsão legal e, como se verá, constitucional, a realidade das cidades brasileiras – sobretudo a das periferias e áreas rurais – é marcada por mazelas socioambientais frutos do descaso do Poder Público em prover uma infraestrutura urbana básica de serviços como um sistema adequado de coleta, tratamento e disposição final de esgotos domésticos. Dessa maneira, a população fica exposta a uma série de impactos ambientais decorrentes da ausência de saneamento básico, os quais influenciam diretamente a saúde pública e a qualidade de vida.

Segundo o Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos de 2015, realizado pelo Ministério das Cidades (BRASIL, 2017), 49,7% dos municípios brasileiros possuem atendimento precário ou não possuem acesso a uma rede coletora de esgotos, seguida do devido tratamento e adequada disposição final no ambiente. Tem-se, ainda, que 35% da população brasileira lança mão do uso de fossas rudimentares ou do lançamento direto de esgotos em valas, corpos d'água ou logradouros a céu aberto, entre outros, como solução inadequada para o afastamento de seus esgotos (BRASIL, 2013). As macrorregiões do Norte e Nordeste brasileiros revelam-se como o ponto crítico da ineficiência da prestação do serviço de esgotamento sanitário, uma vez que contam com um índice de atendimento por rede coletora de esgotos de apenas 8,7% e 24,7%, respectivamente (BRASIL, 2017).

Tais dados demonstram o quadro precário da prestação do serviço de saneamento básico no Brasil, o qual é uma das principais ferramentas para o controle de doenças e a manutenção da qualidade da água para consumo humano.

Dentre os principais impactos socioambientais decorrentes da má prestação do serviço de saneamento, podemos destacar a poluição ambiental e o prejuízo à saúde pública. Quanto ao primeiro, podemos afirmar que a ausência de esgotamento sanitário é uma das principais causas de poluição do solo e das águas superficiais (lagos, rios e mares) e subterrâneas. Ora, o que se observa no dia a dia, é o lançamento do esgoto – formado após a utilização da água para as diversas funções domésticas, dentre outras atividades humanas – diretamente no solo ou

nos mananciais. Por vezes, esse esgoto é descartado *in natura*, ou seja, sem nenhum tipo de tratamento prévio (MOTA, 2003).

Em relação à saúde pública, tem-se que cerca de 80% das doenças e mais de 1/3 da mortalidade no mundo estão relacionadas à precária qualidade da água ou à falta de saneamento básico (BARROSO, 2002). Ademais, a ausência de condições sanitárias adequadas pode ser apontada como uma das causas determinantes da mortalidade infantil (BRASIL, 2015).

Hepatite A, Febre tifoide e paratifoide, diarreias infecciosas, amebíase, ancilostomíase, esquistossomose, teníase, ascariíase, infecções intestinais, cólera, dengue e leptospirose são algumas das moléstias que decorrem da precariedade do referido serviço, denominadas pela Fundação Nacional de Saúde (FUNASA) de DRSAI – Doenças Relacionadas ao Saneamento Ambiental Inadequado. (BRASIL, 2015; SCRIPTORE, 2016).

Outra grande preocupação está relacionada à contaminação da água por nitrato (NO_3), substância resultante da degradação das excretas humanas presentes nos esgotos. A alta concentração desse composto na água a torna imprópria ao consumo humano, pois está associada ao desenvolvimento de doenças graves como a metahemoglobinemia (MONTANHEIRO, 2014), doença conhecida como síndrome do homem azul, e os cânceres de esôfago, estômago e bexiga (RESENDE, 2002).

Tal cenário patológico pode ser modificado se houver o necessário investimento no setor de saneamento, proporcionando uma maior cobertura do serviço de esgotamento sanitário aos municípios, já que está consolidado, na literatura da saúde, o entendimento de que existe relação direta entre a prestação do serviço de saneamento básico e os indicadores epidemiológicos de uma localidade (SCRIPTORE, 2016). A referida autora aponta, ainda, que estudos desenvolvidos ao longo dos anos, no Brasil, foram capazes de relacionar a redução da taxa de mortalidade infantil à melhoria da cobertura dos serviços de saneamento.

Portanto, condições adequadas de saneamento básico são imprescindíveis para garantir o estado de higidez em que vive as pessoas, prevenindo ou controlando a proliferação de doenças, proporcionando à população o pleno gozo de saúde e bem-estar.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL AO SANEAMENTO BÁSICO

Sem a pretensão de encerrá-los em um conceito completo, preciso e definitivo, pode-se dizer, assentando-se em firme doutrina (SARLET, 2010; SILVA, 2011), que os direitos fundamentais tratam-se de direitos constitucionalmente positivados, ou deles decorrentes (art. 5º, § 2º, CF), essenciais para garantir ao indivíduo condições de concretizar a dignidade da pessoa humana em toda a sua expressão, concedendo-lhe, com isso, a possibilidade de uma existência digna, livre e igual, e que, para tal, vinculam o Estado, exigindo dele uma posição ora abstencionista ora atuante. São fundamentais, pois, como esclarece Silva (2011, p. 178), constituem “situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive [...]”.

Vale ressaltar que o seu caráter fundamental lhes garantem, no aspecto formal, enquanto direitos amparados constitucionalmente – e, por isso, dotados de “força jurídica constitucional” (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 54) –, gozar de uma posição hierárquica privilegiada dentro do ordenamento jurídico vigente (SARLET, 2010), o qual confere a estes direitos uma proteção especial, impedindo, inclusive, que o Estado possa deles dispor da maneira que lhe convir (Art. 60, § 4º, IV, CF).

Diante disso, a atual Ordem Constitucional brasileira, no âmbito de suas normas, consagra, indubitavelmente, o saneamento básico como direito fundamental por excelência. De fato, trata-se de uma conclusão lógica ao se perpassar pelos artigos que prescrevem, sobretudo, o direito à vida, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A

despite de não haver uma previsão expressa, a fundamentalidade do direito ao saneamento básico não resta prejudicada, visto que o § 2º, art. 5º, CF, possibilita a aferição de direitos fundamentais para além da literalidade do texto constitucional.

Destarte, de forma implícita, o direito ao saneamento básico encontra guarida máxima no art. 225, CF, que assim estabelece: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana comporta uma dimensão ecológica, a proteção ambiental, extraída do texto constitucional acima como direito fundamental, torna-se o alvo a ser buscado pelas normas constitucionais e legais a fim de se garantir a todo ser humano, indivíduo e comunidade, um estado de bem-estar ambiental, para o qual se exige um mínimo de qualidade ambiental, tão crucial para a materialização da vida humana em níveis dignos (SARLET; FENSTERSEIFER, 2010). Portanto, a qualidade ambiental, fruto de uma eficaz proteção ambiental, faz-se imprescindível “à manutenção e à existência da vida e de uma vida com qualidade, sendo fundamental ao desenvolvimento de todo o potencial humano num quadrante de completo bem-estar existencial” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2010, p. 13).

Nesse sentido, não há dúvidas de que o saneamento básico se constitui como instrumento concretizador da preservação e proteção ambiental e manutenção do equilíbrio ecológico sendo, por conseguinte, imprescindível à sobrevivência do homem e ao desenvolvimento da sociedade. É igualmente essencial para conceder às pessoas condições dignas de existência, influenciando diretamente na qualidade de vida da população e na construção do referido estado de bem-estar ambiental.

Outrossim, o saneamento básico está intrinsecamente relacionado à concretização do direito à saúde, previsto pelo art. 6º, bem como pelas normas do art. 196 ao 200, da nossa Carta Maior. A saúde,

segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), não se restringe a um estado de ausência de doenças, antes, envolve um completo bem-estar físico, mental e social, para o qual a sanidade das condições ambientais é um dos fatores mais importantes. Neste sentido, o saneamento básico, como sistema de controle da poluição ambiental, apresenta-se determinante não só na redução do risco de doenças, como também na manutenção da qualidade da saúde pública. O saneamento básico se torna, portanto, um importante instrumento preventivo em prol da saúde ambiental e humana.

Não se deve olvidar, no entanto, que o bem mais valioso que se quer proteger ao se tutelar o direito ao saneamento básico é o direito à vida que, nas palavras de Silva (2007, p. 70), é a “matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem” e, por isso, “é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente”. O direito à vida só pode ser exercido plenamente quando se pode assegurar o seu desenvolvimento em um ambiente equilibrado e saudável (FENSTERSEIFER, 2008). Portanto, dispensa comentários a essencialidade do saneamento básico para a concretização do direito à vida, na sua concepção mais simples.

Sendo, assim, essencial para o efetivo gozo dos direitos à vida, à saúde, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida, o saneamento básico consubstancia o princípio da dignidade humana, fim precípua da proteção acossada pelos direitos fundamentais.

Afirma-se, afinal, que o direito ao saneamento básico insurge como legítimo direito fundamental de terceira dimensão, uma vez que, conforme se pode depreender do *caput* do art. 225, CF, no pronome indefinido “todos” e no substantivo “gerações” (presentes e futuras), lança sua tutela sobre a coletividade – um grupo humano indeterminado ou indeterminável –, realçando o caráter transindividual ou, até mesmo, universal da sua proteção (BONAVIDES, 2011; SARLET, 2010). É, ao mesmo tempo, direito de cada um e de todos.

4 O SANEAMENTO BÁSICO COMO DEVER DO ESTADO

Hodiernamente, vivemos sob a égide do Estado Constitucional de Direito, também conhecido como Estado Democrático de Direito, que se firma nos pilares do neoconstitucionalismo, para o qual a Constituição passa a ocupar o centro das preocupações jurídicas, ganhando força normativa e assumindo, definitivamente, o seu lugar no ápice do ordenamento jurídico ao ditar regras e princípios que desempenham o papel de fundamento de validade e de condicionador de sentido das demais normas do sistema jurídico (BARROSO, 2007).

Neste contexto neoconstitucional, o Estado, pautado em valores como a busca por justiça e a concretização dos direitos fundamentais, assume, perante a sociedade, o compromisso maior de realizador da Constituição, com o dever de tornar efetiva as suas normas. Com efeito, esse dever toma maiores proporções em relação à efetivação dos direitos fundamentais, que constituem, concomitantemente, o núcleo substancial e o fim último do Estado Constitucional de Direito (SARLET, 2010; SUNDFELD, 2008).

Sarlet e Fensterseifer (2010) apontam, ainda, o advento do Estado Socioambiental de Direito, o qual consagra a dimensão ecológica como parte do conteúdo normativo da dignidade humana, trazendo a proteção e segurança ambientais para o centro de preocupação da busca estatal em realizá-las, visando garantir a manutenção e proteção da vida com qualidade ambiental, bem como resguardar o cidadão e a coletividade da violação da sua dignidade que pode decorrer da degradação ambiental.

Vale dizer que todo e qualquer direito fundamental, na condição de direito subjetivo que é, tem um dever jurídico a ele correspondente. Isto é, tem imbuído dentro de si, enquanto norma, uma ordem impositiva dirigida ao Estado no sentido de este estar obrigado a concretizá-lo. Conforme aponta a nobre doutrina (BARROSO, 2006; SARLET, 2010; DIMOULIS; MARTINS, 2008; SILVA, 2011), o direito fundamental é dotado de exigibilidade. Logo, o direito fundamental ao

saneamento básico, salvaguardado no seio do atual Estado Constitucional de Direito ou, ainda, Estado Socioambiental de Direito (SARLET; FENSTERSEIFER, 2010), vincula o Poder Público, exigindo dele uma atuação com o fim de realizá-lo e proporcionar ao titular do direito o gozo do bem jurídico ali resguardado.

Ademais, o dever estatal em assegurar o direito ao saneamento básico decorre diretamente da dicção do art. 196, bem como do art. 225 da nossa Carta Magna. Em ambos os artigos lê-se:

Art. 196 – A saúde é direito de todos e *dever do Estado* [...];

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

Assim, a Constituição engaja o Poder Público, abrangendo as três esferas dos Poderes (MACHADO, 2016), na função precípua de efetivação do aludido direito.

4.1 O Saneamento Básico como Serviço Público

O saneamento básico configura-se como serviço público na medida em que consiste em uma atividade – por sua relevância, imputada constitucional ou legalmente ao Estado – que oferece utilidade ou comodidade material destinada à satisfação concreta de necessidades coletivas e que se submete ao regime jurídico de Direito Público (MELLO, 2009).

A Carta Magna brasileira consagra o saneamento básico como serviço público ao prescrevê-lo, explicitamente, em seus arts. 21, XX e 23, IX, transcritos abaixo:

Art. 21 – Compete à União:
[...]

XX – instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

Art. 23 – É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

A Lei nº 11.445/2007, igualmente, estabelece o saneamento básico como serviço público, pois já assim o denomina em seu art. 2º: “Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais [...]”.

Faz-se mister ressaltar o aspecto formal de todo e qualquer serviço público, qual seja, a submissão do mesmo ao regime jurídico de Direito Público. Quer isso dizer que a prestação do serviço público pelo Estado, incluindo o saneamento básico, está vinculada à observância de certos princípios fundamentais que visam orientar a atuação estatal no sentido de oferecer uma atividade adequada e eficiente.

Assim, assentando-se na enumeração proposta por Mello (2009) e França (2009), cumpre destacar os seguintes princípios: a) princípio da obrigatoriedade: dever inescusável do Estado de promover-lhe, direta ou indiretamente, a prestação, ensejando, em caso de omissão do Poder Público, ação judicial para obrigá-lo a agir ou responsabilidade por danos causados por essa omissão; b) princípio da universalidade: dever estatal em propiciar o acesso universal ao serviço público, ou seja, o acesso geral e indistinto por parte da população; c) princípio da continuidade: dever estatal de prestá-lo e mantê-lo funcionando propriamente, sem interrupção, salvo nas hipóteses previstas em lei; e d) princípio da eficiência: dever estatal de garantir efetividade e satisfação na prestação do serviço público.

Ao se observar tais princípios, percebe-se que o Estado, através deles, está compelido a zelar pela prestação adequada e eficiente dos

serviços públicos, estando sempre direcionado a atender, de forma concreta, as necessidades da sociedade. Todavia, a atual prestação do serviço público de saneamento básico destoa do que dita os princípios, longe de satisfazer o conteúdo dos mesmos em sua plenitude. O que se tem, na realidade, é um Estado omissivo, que deixa a desejar quando se requer dele ações positivas.

5 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO SANEAMENTO BÁSICO

Elidir o hiato constitucional é um dos maiores desafios que se impõe nos tempos atuais. Significa diminuir a distância entre o que está escrito na Constituição e a realidade fática, a fim de superar a visão da nossa Carta Maior como um documento apenas ideológico, sem qualquer pretensão de concretização. Deveras, as normas constitucionais existem, não para preencherem uma folha de papel, mas para serem realizadas, para repercutirem os seus efeitos sobre a vida real. O olhar lançado sobre tais normas pela perspectiva da efetividade enxerga a Constituição como um genuíno instrumento de transformação da realidade e, dessa forma, ela deve ser concebida. Assim ela exerce o seu verdadeiro papel.

Consiste a efetividade ou a eficácia social (SILVA, 2008) da norma jurídica – neste caso, mais precisamente a norma constitucional que resguarda os direitos fundamentais – na sua real aplicabilidade no plano fático. Não se confunde com eficácia jurídica, visto que esta se restringe a apenas uma possibilidade, à potencialidade da norma de produzir efeitos jurídicos, não adentrando no âmbito de sua plena realização (SILVA, 2008); desta, cuida a efetividade. É efetiva a norma que se materializa no mundo dos fatos, que concretiza o Direito, que alcança os objetivos por ela almejados (BARROSO, 2006; SILVA, 2008).

Com efeito, um dos mais importantes avanços na busca pela efetivação dos direitos fundamentais se deu com o reconhecimento da força normativa da Constituição (BARROSO, 2006). A norma

constitucional é norma jurídica e, por isso, dotada de força jurídica, de imperatividade. Os preceitos constitucionais não são meras sugestões, ou conselhos, nem opiniões; mas comandos, determinações, ordens, mandamentos, imposições, exigências (BARROSO, 2006; SILVA, 2008; MELLO, 2011). “Logo, sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhes a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das consequências da insubmissão” (BARROSO, 2006, p. 288).

Acrescente-se a isso, a supremacia da Constituição, ou seja, atributo que exalça suas normas à condição hierarquicamente superior em relação às demais normas do ordenamento jurídico, condicionando a validade e o sentido do mesmo (BARROSO, 2006). Mello (2011, p. 12) arremata: “À Constituição todos devem obediência: o Legislativo, o Judiciário e o Executivo, por todos os seus órgãos e agentes, sejam de que escalão forem, bem como todos os membros da sociedade”.

Não obstante o caráter imperativo inerente a todas as normas constitucionais (BARROSO, 2006; SILVA, 2008), o que se observa *in concreto* é a resistência em realizar a vontade da Constituição, a qual se traduz na própria vontade de concretizar a ordem contida na norma constitucional (HESSE, 1991). O pensamento que prevalece é o de que nem todas as normas constitucionais, embora dotadas de juridicidade, são capazes de serem efetivadas em sua plenitude e de forma imediata.

Decerto, as normas abarcam diferentes conteúdos e funções e, por isso, a imperatividade de cada uma oscila em intensidade (BARROSO, 2006; SILVA, 2008). Afirma Mello (2011, p. 14-15), algumas permitem “tanto o desfrute imediato e positivo de certos benefícios quanto a possibilidade de exigi-los, se acaso forem negados”. De outro lado, outras “dependem de normação infraconstitucional para desprenderem a plenitude dos efeitos a que se destinam [...]”. Como se vê, há variabilidade do teor de aplicabilidade da norma, da densidade jurídica, mas que fique claro que norma alguma é desprovida de eficácia jurídica, ou seja, da possibilidade de se realizar praticamente.

É a partir dessa percepção da variação da densidade normativa dos diferentes dispositivos constitucionais que José Afonso da Silva desenvolve sua célebre teoria da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais:

[...] não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos [...]. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida (SILVA, 2008, p. 81-82).

Para o referido autor (2008), as normas constitucionais dividem-se em três categorias, quais sejam: a) normas constitucionais de eficácia plena; b) normas constitucionais de eficácia contida; e c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

Atendo-se ao objetivo do presente trabalho, destaca-se a terceira categoria, da qual fazem parte as normas que não possuem, na visão do autor, densidade normativa suficiente para que operem todos os seus efeitos essenciais desde o momento em que começam a vigorar. A sua aplicabilidade fica na dependência da intervenção do Poder Público por meio de lei ou outro ato que permita a execução do seu conteúdo. São, portanto, normas de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.

Segundo Silva (2008), elas ainda podem ser subdivididas em: I - normas declaratórias de princípio institutivo ou organizativo; e II - normas declaratórias de princípio programático. Interessa-nos esta segunda classificação, qual seja, as normas programáticas, que são aquelas que se limitam a estabelecer programas de ação e fins a serem alcançados pelo Estado, deixando, portanto, a sua efetiva aplicação a depender de providência estatal futura, seja por meio de lei ou políticas públicas.

É nesta última especificação, a saber, dentre as normas constitucionais programáticas, que se encontram as normas constitucionais definidoras do direito fundamental ao saneamento

básico, uma vez que, não obstante o seu caráter imperativo, tem a sua concretização condicionada à vontade estatal, já que dependente de uma prestação positiva do Poder Público, mediante a realização de políticas públicas.

No que se refere à classificação acima exposta, enxergamos problema na interpretação que estende a incapacidade de se realizar plenamente e imediatamente a certos direitos de cunho irremediavelmente fundamental. De fato, quando direitos fundamentais subsumem-se à categoria de normas constitucionais de eficácia limitada declaratórias de princípios programáticos, abre-se uma brecha ao Estado para postergar a efetivação plena e imediata desses direitos.

No panorama do atual Estado Constitucional de Direito, remeter um direito fundamental à condição de norma programática é ato um tanto quanto anacrônico, uma vez que a própria Constituição normatizou mandamento oposto. Leia-se o art. 5º, § 1º da nossa Carta Magna: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Ora, a nossa Constituição estar a investir todos os direitos fundamentais, explícitos ou implícitos, de aplicabilidade direta e imediata. A interpretação que se extrai não poderia ser mais clara. Evidentemente, a Constituição impõe a efetividade dos direitos fundamentais, impedindo que apenas sirvam de enfeite a um pedaço de papel.

Apesar disso, não há na doutrina entendimento pacífico quanto ao significado e alcance do conteúdo normativo presente no § 1º, art. 5º, CF. Parece-nos mais acertado o pensamento de Sarlet (2010, p. 270) que atribui ao referido dispositivo a condição de princípio, considerando-o, dessa forma, “uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais”.

Entretanto, ousamos ir além. Ainda que existam normas que dependam de intervenção legislativa ou política para operar sua plena eficácia e aplicabilidade, acreditamos que o teor da norma do referido parágrafo vincula o responsável pela edição da lei ou pela elaboração

da política pública, obrigando-o a agir. Só porque necessita de uma intermediação não se quer dizer que a fruição pelos respectivos titulares dos bens jurídicos salvaguardados pelos direitos fundamentais inseridos numa norma concebida como de eficácia limitada deve aguardar a boa vontade do Estado em realizar a norma. É imperioso que o Estado atue no sentido de promover e, com isso, remover o empecilho que está impedindo a norma de se concretizar plenamente. Ora, se depende de legislação, que se faça a legislação. Se depende de política pública, que se faça a política pública. Mais uma vez, o que não se admite é a inércia. Pode-se afirmar que esse entendimento é corroborado por Piovesan para quem a norma contida no § 1º, art. 5º, CF além de:

[...] assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário [...], investe os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos” (PIOVESAN, 1992 apud SARLET, 2010, p. 268).

Ademais, ainda a favor da efetividade dos direitos fundamentais, trazemos o argumento da garantia do mínimo existencial, segundo o qual o Estado está obrigado a proporcionar a cada ser humano um núcleo mínimo de direitos fundamentais, sem os quais não há possibilidade do desenvolvimento da vida humana em níveis dignos (FENSTERSEIFER, 2008).

Numa perspectiva de Estado Socioambiental, apegando-se aos ensinamentos de Fensterseifer (2008), defendemos a concepção de mínimo existencial ecológico, o qual se apropria da qualidade ambiental como conteúdo obrigatório a ser buscado para a concretização da dignidade humana. Nesse sentido, somente é possível obter uma vida digna e saudável, em plenitude, caso seja garantido um padrão mínimo de qualidade e equilíbrio ambiental. Corroborado pelo entendimento do referido autor (2008), conclui-se que a prestação do serviço de

saneamento é instrumento indispensável para a realização do mínimo existencial tanto social como ecológico.

Por todo o exposto, é notório que um Estado, que se autodenomina Estado Constitucional e Democrático de Direito, ou ainda, Socioambiental, não pode se furtar das suas obrigações constitucionalmente concebidas, escondendo-se por trás, por exemplo, de escusas financeiras (reserva do possível) ou deixando de atuar por entender que determinada norma está destituída de eficácia plena. O fato que se evidencia é o de que o direito fundamental ao saneamento básico existe e tem força normativa suficiente para vincular o Poder Público e dele exigir uma atuação positiva no intuito de realizar plenamente o mandamento constitucional.

6 CONCLUSÕES

A ausência de uma prestação adequada e eficiente do serviço público de saneamento básico gera consequências negativas que afetam diretamente a qualidade de vida da população. A poluição ambiental, sobretudo das águas, e os problemas de saúde pública daí decorrentes formam o quadro caótico do descaso das autoridades públicas em prover o referido serviço.

Instrumento essencial de concretização dos direitos fundamentais à vida, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o saneamento básico desponta como um genuíno direito fundamental resguardado e amparado constitucionalmente. Outrossim, erige-se como dever do Estado, o qual, dentro dos ditames do neoconstitucionalismo e compromissado com os fins de um Estado Constitucional (Socioambiental) de Direito, vincula-se à obrigação de concretizá-lo no mundo dos fatos.

A atuação positiva do Poder Público no sentido de efetivar tal direito decorre do caráter imperativo inerente a toda e qualquer norma constitucional, que alcança uma maior relevância quando se trata de

uma norma definidora de direito fundamental. A despeito das diferentes normas constitucionais apresentarem distintos graus de força cogente, a Constituição, em seu art. 5º, § 1º, foi clara ao impor a aplicabilidade imediata das normas que prescrevem direitos fundamentais, permitindo dessa forma, a plena efetivação desses direitos.

Portanto, se o Estado é omissivo quando deve agir para prestar o serviço público de saneamento básico, está violando norma constitucional e, por isso, incidindo em inconstitucionalidade (MELLO, 2011). Ainda que seja uma atividade dependente de políticas públicas, o saneamento não pode ficar a mercê da boa vontade do Estado. Aplicabilidade imediata significa a exigência de que essa intermediação se realize.

Enfim, não há dúvida de que a Constituição, juntamente com a Lei de Saneamento (Lei nº 11.445/2007), oferece uma ampla salvaguarda do direito fundamental ao saneamento básico, primando pela sua plena efetividade. Ora, os direitos fundamentais existem para serem realizados e o Estado Constitucional de Direito perquire, como fim precípua, a supressão do hiato constitucional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr./mai., 2002. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/bibliotecavirtual/346/>>. Acesso em: 07 abr. 2017.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** ed. 8. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 8 jan. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm>. Acesso em 18 mar. 2017.

_____. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. **Plano Nacional de Saneamento Básico – PLANSAB.** Brasília, DF, 2013. 172 p. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/AECBF8E2/Plansab_Versao_Conselhos_Nacionais_020520131.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Ministério das Cidades. **Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos – 2015.** Brasília: SNSA/MCIDADES, 2017. 212 p. Disponível em: <<http://www.snis.gov.br/component/content/article?id=140>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Ministério da Saúde. Fundação Nacional da Saúde. **Manual de Saneamento**. 4. ed. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.funasa.gov.br/site/publicacoes/engenharia-de-saude-publica/page/2/>>. Acesso em 04 abr. 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado sociambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FRANÇA, Vladimir. **Serviço público e obra pública**, maio de 2009. 08 f. Notas de Aula.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SERGIO ANTONIO FABRIS, 1991.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MONTANHEIRO, Felipe. **Contaminação por nitrato no Aquífero Adamantina: o caso do município de Monte Azul Paulista-SP**. 2014. 93 f. Dissertação (Mestrado em Geociências e Meio Ambiente). Universidade Estadual Paulista, Instituto de Geociências e Ciências

Exatas, Rio Claro, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.unesp.br/handle/11449/110572>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

MOTA, Suetônio. **Urbanização e meio ambiente**. Rio de Janeiro: ABES, 2003.

RESENDE, Álvaro Vilela de. **Agricultura e qualidade da água: contaminação da água por nitrato**. Planaltina: Embrapa Cerrados, 2002. Disponível em: <www.cpac.embrapa.br/baixar/284/t>. Acesso em: 05 dez. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 11-38.

SCRIPTORE, Juliana Souza. **Impactos do saneamento sobre saúde e educação: uma análise espacial**. 2016. 206 f. Tese (Doutorado em Ciências). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12138/tde-02082016-165540/pt-br.php>>. Acesso em: 07 abr. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CONSIDERATIONS CONCERNING THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL LAW TO BASIC SANITATION

ABSTRACT

The aim of this project is to inquire about the effectiveness of basic sanitation, assuming that it is a legitimate right resulting of fundamental rights to life, health and ecologically balanced environment. The goal is to find subsidies that allow transfer the fundamental right enshrined in the Constitution to the factual reality and, thereby, reverse the chaotic scenario of socioenvironmental problems that has been established given the lack or inadequacy of basic sanitation service performed by the public administration. After all, the Constitutional State, immersed in the principles of neo-constitutionalism, undertakes to entirely implement the constitutional defining rules of fundamentals rights. Therefore, there is no room for delaying of effectiveness of a fundamental right if the rule has programmatic character. The article 5º, § 1º, of the Federal Constitution is clear-cut and objective in confer immediate application to fundamental rights.

Keywords: Fundamentals Rights. Effectiveness.
Basic Sanitation.



TRABALHO INTERMITENTE: ENTRE INOVAÇÃO E PRECARIZAÇÃO

Alan Jorge Pinheiro Sales¹
Débora da Silva de Oliveira²

RESUMO

Em 2017, a reforma trabalhista alterou o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, propondo atualizar mecanismos das relações de trabalho e valorizar a negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores com o objetivo de superar os altos índices de desemprego e combater a informalidade da mão-de-obra. Nesse sentido, uma das medidas concretizadas foi a formalização do trabalho intermitente, objeto de estudo do presente artigo através dos princípios constitucionais e do direito do trabalho, aliados aos mais recentes estudos sobre essa modalidade do contrato ponderando sobre a sua dimensão social, salarial e sua influência na vida pessoal do trabalhador. A imprecisão do texto normativo revela uma desregulamentação de direitos trabalhistas transvestida na flexibilização em

1 Acadêmico do curso de Direito da Universidade de Brasília. Email: alanjorge1@gmail.com

2 Acadêmica do curso de Direito da Universidade de Brasília. Email: deboraoliveira12398@gmail.com

prol da “modernização”, notadamente abrindo margem à precarização do trabalho e das normas protetivas do trabalhador.

Palavras-chave: Trabalho intermitente. Reforma trabalhista. Salário. Jornada de trabalho. Dignidade da pessoa humana.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história o trabalho humano remunerado tem sido a principal fonte de subsistência socioeconômica e instrumento de identificação social do trabalhador. Contudo, sendo o seu fundamento de valor o próprio homem, a fonte do trabalho é a própria dignidade do trabalhador numa dimensão subjetiva. Essa concepção tem como objetivo afastar a perseguição desmedida por lucro e a lógica mercadológica do trabalho, exigindo não apenas o dever de abstenção de atos que atentem contra a dignidade humana, mas uma atuação positiva para a sua proteção e garantia do mínimo existencial.

A Constituição Federal dispõe de um rol de garantias aos trabalhadores urbanos e rurais que apresentam certa rigidez quanta as alterações no contrato de trabalho, sobretudo as lesivas, promovendo a valorização do ser humano ao mesmo tempo que proporciona instrumentos para que o trabalhador alcance a igualdade esperada entre os sujeitos de uma relação trabalhista.

Por outro lado, o legislador constituinte também previu a flexibilização de alguns desses direitos sociais em nome da tutela jurídica do emprego e da necessidade de adaptar direitos e deveres a conjuntura. Ainda nesse cenário, não é raro que a flexibilização seja confundida com a desregulamentação das normas trabalhistas quando em situações de aumento do desemprego e empregos informais somados as crises

político-econômicas. Fato que desvirtua o fundamento principal do direito do trabalho que é a proteção da figura do trabalhador.

Diante desse panorama, serão apresentadas considerações quanto ao salário e a jornada de trabalho na vigência do contrato intermitente inserido formalmente no ordenamento jurídico brasileiro através da reforma trabalhista. Esses direitos sociais foram substancialmente afetados por essa modalidade de contrato e sobram questionamentos sobre a garantia mínima da dignidade humana através da formalização do trabalho intermitente nos moldes da reforma trabalhista.

A partir daí buscou-se também refletir sobre a multa como medida disciplinar e a sua compatibilidade com o direito do trabalho, sobretudo com o princípio da irredutibilidade salarial, expressamente assegurado pela Constituição Federal.

Desta forma, a relação de emprego regida pelo contrato de trabalho intermitente será posta em análise diante de instrumentos que promovem a dignidade do trabalhador em compromisso com uma sociedade justa e menos desigual.

2 A JORNADA E O SALÁRIO MÍNIMO NO TRABALHO INTERMITENTE

Em tempos de crises econômicas não é raro que o primeiro ramo do direito a sofrer com efeitos negativos seja o Direito do Trabalho. Edificadas sobre altos níveis de desempregos as ideias de flexibilizações brotam em momentos que os trabalhadores estão mais vulneráveis e o poder de barganha da classe empregadora aumenta substancialmente. Neste cenário, por meios eticamente duvidosos, há movimentações substanciais dos empresários nos parlamentos para os desonerar o máximo possível nas relações de emprego e transferir o quanto for viável de ônus para o empregado.

Nivelada com essa tendência de flexibilização operou-se no Brasil a reforma trabalhista, que inseriu, dentre outras mudanças, a

modalidade de contrato de trabalho intermitente no rol de contratos de trabalhos possíveis de serem realizados.

A declarada motivação para a adição dessa modalidade de contrato na legislação trabalhista brasileira é a de que seria possível aumentar o número de postos de trabalho e de regularizar determinadas relações empregatícias que já se davam por esse modo, mas somente não eram abarcadas pela legislação.

Independentemente da motivação, alegada ou obscura, para a introdução do contrato de trabalho intermitente na legislação brasileira é necessário que se faça uma análise acurada se tal trabalho pode ser considerado digno, capaz de cumprir com a função social do trabalho e de manter o empregado no padrão mínimo civilizatório aceitável. A simples criação de postos de trabalho sem o patamar mínimo de dignidade não interessa a nenhuma sociedade minimamente civilizada. Necessário se considerar que “[...] apenas o trabalho exercido em condições dignas é tido como instrumento capaz de consolidar a identidade social do trabalhador e de promover sua emancipação coletiva” (DELGADO, 2015, p. 183).

Dignidade, no âmbito trabalhista, deve permear todas as relações e institutos que envolvem os contratos de trabalho. Aspectos fundamentais disso são o salário, como contraprestação ao trabalho e constituidor da onerosidade intrínseca da relação empregatícia, e a jornada, entendida, até então, no direito brasileiro, como o tempo em que o empregado está efetivamente trabalhando ou à disposição do empregador aguardando para receber ordens. Esses dois elementos, de necessária regulação estatal para garantia de patamar civilizatório das relações de emprego, sofreram substanciais alterações com a inclusão do contrato de trabalho intermitente no ordenamento jurídico pátrio.

Trata-se de modalidade de contrato de trabalho em que a não eventualidade deixa de ser pressuposto necessário da relação empregatícia, havendo alternância de período de prestação de serviço e de inatividade, este último não sendo um período de trabalho efetivo, não será considerado tempo à disposição do empregador e, portanto,

sem a percepção de pagamento para o empregado que fica em *stand-by* aguardando ordens do empregador e que pode, nesse período, prestar serviços a outros contratantes.

O trabalho intermitente cria uma “*zona cinzenta*” (SUPIOT, 2003, p. 101-102) entre o tempo de trabalho e o tempo livre, mudando a concepção de trabalho e organização do tempo. Apresentam-se os primeiros problemas quando refletimos sobre o que se qualifica como tempo “livre” e identificamos características de tempo à disposição do empregador. Isto porque o tempo em que o trabalhador permanece disponível para responder à chamada do empregador não se configura como tempo livre ou tempo de trabalho efetivo, e sim como um terceiro tempo, à disposição, no aguardo de chamamento ao trabalho, pois o trabalhador não é inteiramente dono do seu tempo e da sua pessoa.³

“A Lei n. 13.467/2017 tenta criar conceito novo: a realidade do tempo à disposição do empregador, porém sem os efeitos jurídicos do tempo à disposição” (DELGADO, 2017, p.154). A regra geral considera como serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição, aguardando ou executando ordens. A situação que exclui o período de inatividade da efetiva disponibilidade do trabalhador ao empregador prejudica o cômputo da duração do trabalho.

“Lidos, apressadamente e em sua literalidade, os novos preceitos jurídicos parecem querer criar um contrato de trabalho sem salário. Ou melhor: o salário poderá existir, ocasionalmente, *se e quando o trabalhador for convocado para o trabalho*, uma vez que ele terá o seu pagamento devido na estrita medida desse trabalho ocasional” (DELGADO, 2017, p.155). Decorre necessariamente disto que o emprego intermitente não é apenas

3 ALBINO MENDES BAPTISTA in “Tempo de trabalho efetivo, tempos de pausa e tempo de «terceiro tipo»”, Revista de Direito e Estudos Sociais, Jan.-Março, 2002, p.41, refere que “Na verdade, os tempos de «astreintes» não são nem tempos de trabalho efetivo nem de repouso. É que o trabalhador não é inteiramente dono do seu tempo e da sua pessoa, pelo que importa preservar a duração mínima de repouso diário de 11 horas consecutivas.”

desvantajoso quando levamos em conta sua jornada extremamente elástica e imprevisível, mas fere gravemente um dos principais conceitos atrelados ao trabalho: o salário.

A Constituição Federal traz em seu art. 7º, IV todas as necessidades humanas que deveriam ser satisfeitas por meio do salário mínimo, prevendo literalmente:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

É indiscutível que o salário mínimo brasileiro jamais foi capaz de atender todas as necessidades básicas citadas pela Constituição Federal, mas a sua previsão, por meio de um valor mensal, sempre foi garantia básica de que o empregado jamais poderia receber menos, consistindo em garantia de previsão mínima de ganhos mensais por parte do obreiro.

O contrato de trabalho intermitente rompe drasticamente com essa garantia. O empregado não apenas deixa de fazer jus ao salário mínimo mensal - sendo devido apenas ao salário mínimo hora - como perde totalmente o controle de sua renda, agora que essa passa a estar atrelada à estrita necessidade do empregador. Desconsiderou-se nessa modificação legislativa que existem necessidades humanas contínuas e que precisam de uma renda fixa, determinada e certa para serem supridas, fazendo com que o trabalhador precise ter ganhos previsíveis e constantes para suprir tais necessidades (NOGUEIRA, 2017).

Agrava a imprevisibilidade dos ganhos do empregado a omissão da reforma em prever número mínimo de horas mensais para a convocação do obreiro ao trabalho. Tal previsão, ainda que não sanasse os demais problemas dessa modalidade de contrato de trabalho, garantiria para o empregado a previsão de um valor mínimo remuneratório mensal,

já que esse passou a ficar atrelado às horas efetivamente trabalhadas. Outro fator criado por essa omissão legislativa, aqui considerado um dos aspectos mais gravosos do contrato intermitente, é a possibilidade de que hajam meses em que o empregado não seja convocado ao trabalho, o que cria a assustadora possibilidade de uma pessoa empregada, com contrato vigente, amparada pela lei, simplesmente não receba salário em determinados meses, porque seu trabalho não foi “necessário” para o empregador, rompendo com uma das premissas fundamentais do salário mínimo “[...] de que ninguém que trabalha para viver deve criar sua família na pobreza” (MEDEIROS, 2005, p. 14).

A existência do salário mínimo e a necessidade de previsão de ganhos mensais por parte do empregado, para que possa se planejar e ter o mínimo aceitável de qualidade de vida, não constitui apenas elemento econômico-financeiro, sendo peça fundamental na efetivação da dignidade do trabalho e do trabalhador, uma vez que constitui elemento chave na extirpação dos grandes índices de desigualdade sociais presentes no Brasil, sendo certo que em ambientes onde impera a desigualdade a efetivação da dignidade é escassa.

“As desigualdades socioeconômicas que marcam a sociedade brasileira resultam da opção de crescimento econômico concentrado” [...], “reestruturação produtiva, principalmente levado a cabo pelos interesses das empresas, pode agravar o problema com trabalhadores sem nenhum tipo de proteção social ou coletiva. É essa a situação de desemprego estrutural que pressiona para baixo a taxa de salário, aumenta o poder de barganha dos empregadores e enfraquece ainda mais o poder dos sindicatos para atuarem na regularização dos salários”. (LÚCIO, 2005, p. 177-178).

Ocorre que o salário mínimo, como um direito do trabalhador urbano e rural previsto na Constituição Federal, tem potencial para melhorar a distribuição de renda do Brasil através da ampliação do mercado de consumo interno renovado pela disponibilidade e aumento de renda do trabalho, e que também resulta no fortalecimento da economia brasileira.

“A política de valorização do salário mínimo deve ser contínua, principalmente porque o país segue resistentemente desigual. É preocupante quando, do ponto de vista de sistema produtivo, a política ainda é refém da armadilha de uma estrutura produtiva de baixos salários” (DIEESE, 2017, p.3), ou no caso do trabalho intermitente, o salário decorre de situações ocasionais. Em termos práticos, inviabiliza a melhoria na condição de vida desses trabalhadores intermitentes dando continuidade a uma situação de desigualdade social no país.

Há, aqui também, claro encargo por parte do trabalhador dos riscos do empreendimento, uma vez que ele só receberá quando seu trabalho for útil no estabelecimento, fazendo com que arque indiretamente com uma eventual deserção de demanda do negócio. O empregador deixa de ter de arcar com o trabalhador que vai ao posto de trabalho, mas fica ocioso por falta de demanda. No contrato intermitente esse risco é transferido ao trabalhador, sendo que quando não há demanda de clientes na atividade econômica conseqüentemente não há demanda de trabalho e assim o trabalhador não será convocado e não perceberá remuneração, pagando com seu próprio sustento a falta de demanda do negócio que jamais deveria ser obrigado a sustentar os riscos.

3 O PERFIL DO POSSÍVEL TRABALHADOR INTERMITENTE

Inconcebível se tratar dessa modalidade de contrato de trabalho sem que seja abordado quais trabalhadores serão o “público-alvo” do trabalho intermitente. Delgado, ao tratar das diretrizes de inserção dos trabalhadores no mundo do trabalho em tempos recentes, concluiu, *in verbis*:

Na atual conjuntura, a inserção dos trabalhadores nas empresas passa a ocorrer das seguintes formas: no caso dos trabalhadores sem qualificação ou semiquificados, por meio de formas precárias, mediante processos de subcontratação e de contratação a prazo determinado –

com ênfase para a contratação via terceirização trabalhista; no caso dos trabalhadores altamente qualificados, mediante contratos de trabalho que garantem certa estabilidade e diversificado rol de direitos trabalhistas. (DELGADO, 2015, p. 165).

O trabalhador com alto nível de instrução e qualificação está sempre em busca de trabalhos que lhe ofereçam o máximo de garantias contratuais. Além disso é uma mão de obra desejada por grande parte do mercado pela sua indissociável escassez e necessidade em negócios estáveis. Esses trabalhadores, não somente pela oferta relativamente farta de emprego, mas também pelo seu maior conhecimento e consciência acerca dos direitos trabalhistas devidos, são inseridos no mercado de trabalho com elevado grau de estabilidade e considerável rol de direitos trabalhistas, além de possuírem condições de negociação mais favoráveis vis-à-vis com o empregador.

Noutro sentido, o trabalhador com baixo nível de instrução e sem experiência de mercado, com poder de negociação quase nulo, está mais disposto a aceitar ofertas de emprego sem garantia de estabilidade e/ou com rol no mínimo legal possível de direitos trabalhistas. O mercado é ciente da condição desses trabalhadores e de que estão dispostos a se submeterem a trabalhos em condições mais precárias para se verem empregados, se valendo disso para ofertar-lhes postos de trabalho com garantias mais escassas e mais precárias, os quais empregados com maior nível de instrução dificilmente aceitariam.

Se encaixando com perfeição nesse cenário, o trabalho intermitente não atingirá o trabalhador instruído e com elevado poder de negociação do alto estrato da sociedade, mas sim a base da pirâmide social do emprego: os trabalhadores com menor grau de instrução, pouco poder de negociação, e praticamente nenhuma experiência. O conjunto é agravado pela necessidade voraz de empregabilidade que tal camada da sociedade possui, uma vez que, geralmente, sua força de trabalho é o único meio de renda disponível. Recusar um trabalho, mesmo que

nessas condições, pode significar o comprometimento incalculável do sustento próprio e familiar.

Se por um lado um dos perfis atraídos ao trabalho intermitente são aqueles sem nenhuma experiência de mercado, por outro, esse perfil de empregado não deve interessar aos propósitos do empregador que optar por essa modalidade. O trabalho intermitente, pela sua natureza eventual e de transitoriedade recorrente⁴, necessita que o empregado já tenha domínio das técnicas que precisam ser utilizadas para a realização de tal atividade. O empregado será chamado a trabalho em momentos de alta demanda e de extrema ocupação por parte dos empregados e das chefias do estabelecimento, o que inviabiliza um processo linear de aprendizagem e aquisição de experiência laboral, pela indisponibilidade de pessoal para lhe ensinar o ofício.

Há um “[...] rompimento com a linha de continuidade que deve existir para atualização constante e melhoria da qualidade profissional dos trabalhadores [...]” (MEDEIROS, 2017, p.128). O trabalhador que deixa de ir com certa frequência ao posto de trabalho na mesma medida deixa de se atualizar sobre o processo produtivo e de aperfeiçoar as técnicas laborais já utilizadas. Cria-se uma categoria de trabalho com dificuldades nítidas ao alcance da excelência, que deve ser prezado nos ambientes de produção, e com óbice à aquisição de experiência e aprendizado eficiente, tão caros ao mercado de trabalho.

Além disso, a intermitência da presença do empregado no ambiente de trabalho cria óbice intransponível de identidade do obreiro com o ofício e com a cultura da empresa. Nesse viés, há perda tanto para o empregado quanto para o empregador, uma vez que “[...]o processo de construção da identidade social do homem pelo trabalho é desestabilizado em favor da instrumentalidade do ofício” (DELGADO,

4 Conceito de autoria própria. Transitoriedade recorrente é a ideia de que mesmo que não seja ininterrupta no tempo a condição que cria a necessidade do trabalhador intermitente no posto de trabalho voltara a acontecer diversas vezes ao longo da vigência do contrato de trabalho.

2015, p. 21) pela dificuldade criada à identificação do obreiro com seu trabalho em prol da estrita necessidade de mão de obra não constante e barata.

Para o empregador, constata-se prejuízo na medida em que o empregado que se identifica com a cultura da empresa e se sente inserido no processo produtivo é mais produtivo e mais eficiente, trabalhando com afinco para ver seu trabalho reconhecido, o que é obstado quando o trabalhador deixa de ir com recorrência ao posto de trabalho, tornando sua convivência com os demais empregados e com a cultura da empresa precária, fazendo com que se dificulte ou impossibilite a identificação do obreiro com a empresa. Há perda mútua, mas que será suportada pelos empregados pelo barateamento indubitável da mão de obra por parte desse tipo de contrato.

4 A NÃO INTERMITÊNCIA DA ATIVIDADE

Como toda legislação que é feita às pressas e visando apenas garantir apoio ao governo por parte de determinada camada da sociedade, a reforma trabalhista foi feita de modo atrapalhado e sem a consulta devida aos especialistas do ramo, resultando numa reforma imprecisa e com falhas técnicas que poderiam ter sido evitadas.

Decorrendo dessa imprecisão, a inclusão da modalidade de trabalho intermitente apresenta um problema que poderia ter sido minorado, mas acabou sendo expandido: a não vinculação do trabalho intermitente à intermitência da atividade, pelo contrário, o texto da lei diz expressamente que o trabalho intermitente independe do tipo de atividade do empregado e do empregador, excluindo apenas os aeronautas, porque são regidos por legislação própria.

A falta de limitação das atividades passíveis da celebração desse tipo de contrato expande de maneira incontável a modalidade de contrato de trabalho mais precária dentre as possíveis. O legislador teve a possibilidade de se guiar pelo contrato de trabalho por prazo

determinado, quando vincula sua celebração a natureza transitória da atividade ou ao contrato de experiência, mas preferiu não impor qualquer limitação ao trabalho intermitente, deixando expresso que independe do tipo de atividade, impossibilitando qualquer brecha argumentativa que visasse minimamente atenuar os efeitos de tal modalidade de labor.

Não se justifica, sob nenhum viés argumentativo-lógico, a utilidade e necessidade de celebração de contrato de trabalho intermitente em atividades que não compartilham da mesma característica. Algumas atividades, como o setor hoteleiro e empreendimentos litorâneos, são intermitentes por natureza, havendo alternância de períodos de alta e baixa demanda, cenário em que seria justificável a celebração do contrato intermitente para que não se faça necessário recrutar novos empregados temporários toda vez que o período de atividade intensa chegar. Noutro sentido, empreendimentos com demandas estáveis e recorrentes não têm necessidades reais de firmar esse tipo de contrato, haja vista que o padrão de demanda é facilmente percebido e é dever do empreendedor/empregador adequar a força de trabalho à demanda do negócio, não havendo justificativa lógica para tal se não o barateamento e a precarização da mão de obra com nítidos traços de mercantilização do trabalho.

5 A MULTA E O LIMITE DO PODER DISCIPLINAR

No contexto das relações de trabalho, um dos efeitos do contrato é o poder empregatício que em suas várias dimensões - diretiva, regulamentar, fiscalizatória e disciplinar - e concentradas na figura do empregador é exercido na condução da empresa, especialmente das prestações de serviços. “O Poder disciplinar é o conjunto de prerrogativas concentradas no empregador dirigidas a propiciar a imposição de sanções aos empregados em face do descumprimento por esses de suas obrigações contratuais.” (DELGADO, 2017, p. 749).

Explica Delgado (2017, p. 749) que, embora o poder disciplinar por vezes é considerado como mera consequência do poder de direção, aquele está inserido numa lógica de ilícito trabalhista, sanção e procedimento punitivo. Na vigência do contrato, o trabalhador tem algumas obrigações de fazer, sendo a principal delas a prestação de serviços, da qual decorre a obrigação de assiduidade. A legislação trabalhista brasileira prevê as hipóteses em que o empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário, mas também prevê punições as faltas do empregado.

Entretanto, o poder disciplinar sofre limitações do próprio princípio da proteção do trabalhador. Por essa razão, a sanção deve ser razoável e proporcional à falta do obreiro. A legislação trabalhista prevê penalizações na seguinte ordem: advertência, suspensão disciplinar e demissão por justa causa. Devendo ser observado o contexto, a gravidade da falta, a imediatidade, o *non bis in idem* e a não discriminação, para aplicação da pena mais adequada caso a caso.

No trabalho intermitente, aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo. Ocorre que, não pode haver norma regulamentadora de multa pecuniária na relação empregatícia sem que a mesma não viole a irredutibilidade salarial, e por consequência, também transfira para o trabalhador o risco da atividade econômica.

A Constituição Federal garante ao trabalhador urbano ou rural um rol mínimo de direitos trabalhistas que deve estar presente em todas as relações individuais de trabalho, independentemente da vontade dos interessados. A irredutibilidade do salário, presente no referido rol, tem caráter protecionista e impede a modificação lesiva do contrato de trabalho. A consequência dessa rigidez do sistema legal é a nulidade de alterações ilícitas das condições de trabalho.

Embora a legislação trabalhista vede as alterações lesivas ao contrato de trabalho e fortaleça o princípio geral da inalterabilidade

dos contratos - *pacta sunt servanda*, a Constituição Federal também prevê exceções ao permitir a flexibilização das condições mínimas de trabalho, na questão salarial decorre de convenção ou acordo coletivo. Isto porque o contrato de trabalho, que tem caráter sucessivo, está sujeito às mudanças fáticas no decurso do tempo que atingem tanto a empresa como o trabalhador.

Ressalta-se, novamente, que não se pode confundir a flexibilização com a desregulamentação das normas de trabalho que deixa o trabalhador desprotegido. É comum que com a crise econômica, somada ao crescente desemprego, a solução para os problemas seja através da confusão destes conceitos simulando uma previsão constitucional. Consequência da negligência ao fundamento principal do direito do trabalho, que é a proteção da figura do trabalhador ao proporcionar meios para que este alcance a igualdade proporcional entre os sujeitos da relação e uma vida compatível com a dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, exceto quando era prevista a multa salarial para os atletas profissionais de futebol, como medida disciplinar pela Lei n. 6.354/1976 revogada pela Lei n. 12.395/2011, a pena pecuniária não encontra mais suporte no direito do trabalho por violar diretamente o princípio da intangibilidade salarial e ser manifestamente inconstitucional.

Além disso, o estabelecimento da multa como pena pecuniária transfere ao empregado os riscos da atividade econômica e a responsabilidade por prejuízos que a empresa pode vir a ter com sua ausência. Caracterizando abuso do poder de mando e gestão do empregador, prática também vedada pelo princípio da intangibilidade salarial que apenas permite desconto nos salários do empregado quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.

Mais grave do que a previsão da multa em si, que representa nítida tentativa de trazer institutos do direito civil ao direito do trabalho, o permissivo de compensação trazido pelo artigo 452-A, §4º gera situação mais gravosa e de maior risco para o obreiro. Cria-se a possibilidade

de o empregador pode voltar a chamá-lo, após a falta que originou a multa, para trabalhar somente no tempo necessário para o pagamento da referida penalidade, criando possibilidade de que haja dia de trabalho sem remuneração pelo trabalho realizado e com único objetivo de pagar dívida contraída na relação de emprego. Tal contexto nos faz retornar à época mais selvagem do início das relações empregatícias, em que o empregado contraía dívidas advindas da própria relação de emprego e se via preso numa eterna cadeia de trabalhar para pagar suas dívidas ao mesmo tempo que continuava a contraí-las de maneira inevitável e incontrolável.

Dessa forma, se revela incompatível com o ordenamento jurídico trabalhista e com qualquer ideia de trabalho justo e digno a estipulação de sanção pecuniária ao trabalhador que deixa de ir ao posto de trabalho após aceitar a oferta. Essa ideia se revela ainda mais grave quando se constata que a previsão inicial da referida multa não é de desconto salarial, apesar de haver essa permissão, mas de constituição de dívida do empregado em prol do empregador, ideia até então rechaçada pela legislação e pela jurisprudência trabalhista. Revela-se, assim, a total incompatibilidade dessa penalidade com o complexo legal dignificante do trabalho humano.

6 CONCLUSÕES

É indubitável que o Direito do Trabalho não pode ficar estagnado no tempo, devendo acompanhar as evoluções e os aperfeiçoamentos da sociedade. Entretanto, não se pode querer “modernizar” uma área tão fundamental e abrangente da vida em sociedade de modo que se ignore seus princípios fundantes e tente mudar totalmente a lógica protetiva envolta.

Conclui-se, com o presente artigo, que o trabalho intermitente é modalidade anômala de contrato de trabalho que deturpa toda a lógica protetiva e de continuidade que existia no ordenamento

trabalhista. Desconsidera os próprios pressupostos necessários para a configuração da relação de emprego, flexibilizando a não eventualidade, transferindo parte dos riscos da atividade econômica para o empregado e enfraquecendo a onerosidade.

Se existia uma necessidade patente de inclusão de tal modalidade contratual na legislação trabalhista, que fosse feita de modo correto e cuidadoso. Era necessário que se incluísse como requisito para a celebração de tal modalidade de contrato a intermitência da atividade e que se tivesse trazido norma imperativa do mínimo de horas que o empregador deve chamar o empregado por mês para garantir ao obreiro o mínimo necessário para sua subsistência, que necessita de verbas previsíveis para ser suprida e não goza de intermitência alguma.

Modernização não pode ser confundida, sob hipótese alguma, com precarização e desregulamentação. O direito do trabalho deve sempre evoluir de modo a garantir a melhoria da condição do trabalhador, qualquer alteração legislativa que vá em sentido oposto merece cuidadosa análise e enérgico rechaço quando prejudicial às relações de trabalho.

O trabalho intermitente ainda está no ordenamento jurídico brasileiro em sua fase embrionária e sendo questionado em nível doutrinário e jurisdicional, mas é na fase inicial dos institutos que se deve domá-los afim de evitar que percam o controle e causem prejuízos de difícil reparação. Neste sentido, espera-se que o presente artigo atinja seu objetivo de causar maior reflexão acerca dos reflexos que o contrato de trabalho intermitente causará na vida dos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito de Trabalho**. 16ªed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. 2ªed. São Paulo: LTr, 2015.

_____. **A reforma trabalhista no Brasil com comentários à Lei n. 13.467/2017**. 1ªed. São Paulo: LTr, 2017.

DIEESE. **Política de Valorização do salário mínimo: depois de 20 anos, reajuste fica abaixo da inflação (INPC)**. Nota técnica. n. 166, 2017.

ETTRICH, Camila da Gama. **O princípio da irredutibilidade salarial e as limitações à exceção do Artigo 7.º, inciso VI, da Constituição Federal**. 2011. 59 f. Monografia (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) Curso de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2011.

FARIA, Tiago Silveira. **A extinção da multa salarial para os atletas profissionais de futebol**. v. 3. Brasília: RDT, 2012. p. 18-19.

FILHO, Rubens Migliaccio. **Reflexões sobre o homem e o trabalho**. vol. 34, n. 2. São Paulo: RAE-Revista de Administração de Empresas, 1994, p. 18-32.

LÚCIO, Clemente Ganz. **No mínimo, o máximo para a dignidade. Diretrizes para uma política de valorização do salário mínimo**. Campinas, São Paulo: Unicamp. Instituto de Economia, 2005.

MEDEIROS, Carlos Aguiar de. **Salário mínimo e desenvolvimento econômico**. In: BALTAR, Paulo Eduardo de Andrade; DEDECCA,

Claudio Salvadori; KREIN, José Dari. Salário mínimo e desenvolvimento. Campinas (SP): UNICAMP, Instituto de Economia, 2005.

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. **O Contrato de Trabalho Intermitente na Reforma Trabalhista Brasileira: contraponto com o modelo italiano.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n.51, p. 127-148, 2017.

REGINATO, Karla Cristine. **A flexibilização das relações trabalhistas frente à irredutibilidade salarial: limitações à autonomia coletiva.** 2010. 68 f. Monografia (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais). Curso de Direito. Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, RS, 2010.

SUPIOT, Alain; CASAS, Maria Emilia; MUNCK, Jean de; HANAU, Peter; JOHANSON, Anders; MEADOWS, Pamela; MINGIONE, Enzo; SALAIS, Robert; HEINJDEN, Paul van der; **Transformações do Trabalho e Futuro do Direito do Trabalho na Europa.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

INTERMITTENT WORK: BETWEEN INNOVATION AND PRECARIZATION

ABSTRACT

In 2017, the labor reform changed the Decree-Law 5.452, of May 1, 1945 – Consolidation of Labor Law, proposing to update mechanisms of labor relations and to value the collective bargaining between workers and employers with the objective of overcoming the high rates of unemployment and to combat the informality of the workforce. In this sense,

one of the measures implemented was the formalization of the intermittent work, object of study of this article through constitutional principles and labor law, together with the most recent studies on this modality of the contract, considering its influence on the personal life of the worker. The imprecision of the normative text shows a deregulation of labor rights dressed like flexibilization in favor of the “modernization”, especially opening the margin to the precarization of the work and the protective norms of the worker.

Keywords: Intermittent work. Labor reform. Salary. Working hours. Human dignity.



AFETIVIDADE EM FOCO: O PAPEL JURÍDICO DO PADRASTO E DA MADRASTA NO ORDENAMENTO PÁTRIO

Nathalia Evelyn Andrade Arruda¹

RESUMO

Em uma conjuntura jurídica na qual o afeto é cada vez mais valorizado como aspecto determinante do Direito de Família, é evidente que os relacionamentos de parentesco baseados nos laços fraternos devem ser tutelados juridicamente, a fim de assegurar a dignidade humana aos membros do grupo familiar. Esse tratamento, contudo, não parece ser efetivo no que tange às relações estabelecidas por padrastos, madrastas e enteados(as) brasileiros(as) – sujeitos que continuam à margem do Direito, sobretudo no campo legislativo, apesar da irrefutável complexidade e singularidade do vínculo que os une. Diante de tal contexto, mostra-se essencial elucidar a atual situação jurídica, no Brasil, atribuída ao vínculo mencionado, bem como as perspectivas nacional e internacional quanto ao desenrolar dessa interação. O resultado de tal tarefa remete, em regra geral, à importância da proteção do liame entre padrastos e madrastas e seus enteados

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Email: ardnathalia@hotmail.com

como fator salutar para o desenvolvimento da dinâmica familiar e, sobretudo, das crianças e adolescentes envolvidos.

Palavras-chave: Afetividade. Direito de Família. Padrasto. Madrasta. Famílias recompostas. Dinâmica parental.

“O importante não é a casa onde moramos. Mas onde, em nós, a casa mora”.
(Mia Couto)

1 INTRODUÇÃO

A afetividade é um sentimento que não se sujeita a limites óbvios, sendo permeada pela individualidade e pela subjetividade de cada um. Nesse sentido, tratando-se o afeto do princípio que norteia o conceito contemporâneo de família, conforme enunciado por Maria Berenice Dias (2016, p. 58), é evidente que as configurações familiares possíveis são múltiplas na contemporaneidade.

Entre tais composições familiares, chama-se de família recomposta a constituída por um casal e os filhos de apenas um dos cônjuges ou companheiros. Isto é, a prole é oriunda de relacionamento anterior. A particularidade de tal configuração familiar está no fato de que se forma “um novo lar com regras próprias, no qual cada um traz consigo a experiência vivida na família anterior” (TEIXEIRA, 2005, p. 120). Evidentemente, esse grupo familiar ganhou relevo com a alta incidência de divórcios no país, sobretudo após a Emenda Constitucional nº 66, que permitiu a dissolução direta do vínculo matrimonial. (LÔBO, 2011, p. 95)

Depreende-se, portanto, que o vínculo estabelecido entre os padrastos e madrastas e seus enteados se encontra em crescente importância, vez que é fato concreto para muitos brasileiros. Apesar

dessa relevância fática – na qual pode estar em jogo o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a depender da idade da filiação –, a legislação brasileira não prevê expressamente os direitos e deveres (de ambos os sujeitos) oriundos dessa relação. Dessa forma, parte da doutrina salienta a necessidade da edição do “Estatuto Jurídico do Padrastio”, em contraposição às normas esparsas e insuficientes que vigoram atualmente. (ALVES, 2016)

Por oportuno, vale ressaltar que a questão supracitada não se confunde com o reconhecimento da paternidade socioafetiva, possibilidade admitida no Direito brasileiro, assim consolidando a multiparentalidade. Busca-se refletir sobre a figura jurídica do padrastio, a qual não necessariamente se confunde com a de mãe e pai. É uma realidade prevista no ordenamento jurídico de muitos países, mas que continua majoritariamente encoberta pela legislação nacional.

O presente artigo pretende analisar o posicionamento do Direito pátrio em relação ao mencionado vínculo familiar. Para isso, propõe-se, inicialmente, uma breve avaliação sobre a perspectiva social do relacionamento entre padrastos e madrastas e seus enteados, tendo em vista a indissociabilidade entre o mundo jurídico e a sociedade. Em seguida, será apresentado o cenário atual sobre o tema, no âmbito da doutrina e jurisprudência brasileiras. Oportunamente, far-se-á uma avaliação sintética de Direito comparado, demonstrando as soluções internacionais para a institucionalização dos direitos e deveres do padrasto e da madrasta. Por fim, é válido observar como o tema foi delineado no Estatuto das Famílias, apresentado no Senado com apoio do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

Ao aprofundar a discussão sobre tal temática no Direito brasileiro, busca-se esclarecer qual é a importância de tutelar juridicamente a convivência entre o padastro e seus enteados, assegurando a segurança jurídica de tal relacionamento e preservando o possível vínculo afetivo construído, ainda que este não seja idêntico ao de pai e filho.

2 PADRASTOS E MADRASTAS NA ESFERA SOCIAL

Sabe-se que a dissolução do relacionamento conjugal não atinge o poder familiar exercido sobre a prole, tendo ambos os pais direitos e deveres perante seus filhos. A preferência legal pelo modelo da guarda compartilhada demonstra, sobretudo, a importância conferida pela política legislativa para a participação ativa dos genitores no amadurecimento das crianças e adolescentes. Ocorre que o ingresso de um padrasto ou de uma madrasta no contexto familiar implica, muitas vezes, o desenrolar de uma nova dinâmica no cotidiano de todos, inclusive dos mais novos.

Ainda que em uma análise meramente material, a transição para uma nova roupagem familiar envolve uma mudança de hábitos, rotinas e rituais aos quais todos devem se adaptar. (ALCORTA; GROSMAN, 2000, p. 69) Na prática, forma-se uma tríade parental, na qual “a criança passa a contar com, pelo menos, três adultos para ocuparem os dois lugares parentais com existência prévia – pai e mãe.” (FERREIRA, 2011, p. 1).

Nesse sentido, o relacionamento em análise torna-se complexo na medida em que “a visão dos filhos em relação à entrada do padrasto na vida familiar pode variar em função de fatores como a idade dos enteados, tempo da separação dos pais, tempo de recasamento” (ROCHA, 2015, p. 36). Ademais, o relacionamento do padrasto com o pai e da madrasta com a mãe, bem como sua proximidade com a família em geral, são variáveis que tornam ainda mais subjetiva a postura da prole diante da nova relação conjugal.

Por outro lado, observa-se que, ao contrário do que ocorre em relação à paternidade e à maternidade, o papel desempenhado pelo padrasto e pela madrasta não é alvo de debates sociais, inexistindo referências comportamentais significativas que regulem a interação do padrasto e da madrasta com a família do seu parceiro. Para Watarai (2010, p. 26),

A definição dos estatutos de padrasto e madrasta é problemática em função da falta de representações culturais pré-estabelecidas que orientem o relacionamento entre eles e enteados. (...) [Tal relação] é geralmente ordenada por um tortuoso jogo de contrastes e semelhanças com o estatuto dos pais biológicos.

Assim, pode-se considerar que as relações entre padrastos, madrastas e seus enteados são construídas na e pela convivência entre eles, enquanto as relações paternas não são alvo de grandes questionamentos e já estão, de certa forma, sedimentadas socialmente com certa naturalidade – ou seja, existem paradigmas e expectativas sociais que orientam tais relacionamentos. (BOURDIEU, 1996, p. 3-5) Nesse sentido, GILLIS (2000, p. 227) enuncia que “sempre existiram pais biológicos, mas a paternidade em si é uma construção social e cultural”.

Ao discorrer sobre o tema em uma perspectiva psicossocial, Falcke e Wagner (2002, p. 424) salientam que “a experiência e a realidade têm demonstrado que, na maioria das vezes, ser padrasto ou madrasta não é o mesmo que ser pai ou mãe”. Assim, criam-se expectativas de atitudes paternas para uma relação que, em regra, tem seus contornos próprios, individualizados em cada vivência familiar.

Decorrente de uma sobreposição de diversos fatores bastante complexos, a afetividade estabelecida entre padrastos e madrastas e seus enteados não pode ser homogeneizada. Cabe ao Direito, enquanto instituição social, delimitar os contornos – ainda que apenas no campo jurídico – dessa relação, tendo em vista os consagrados princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção à família e do melhor interesse da criança e do adolescente.

3 O CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

Desde o ano de 2009, a Lei nº 11.924 permite que o enteado ajuíze pedido para averbar, em seu Registro de nascimento, o sobrenome

de seu padrasto ou madrasta, desde que haja anuência deste e sem prejuízo de seu nome anterior. Dessa forma, o ordenamento jurídico parece reconhecer a importância do vínculo de afinidade estabelecido entre tais sujeitos para a construção da identidade e da personalidade da prole.

Importante mencionar também o impedimento matrimonial, previsto no Código Civil, entre enteado e padrasto ou madrasta, ainda que dissolvido o relacionamento entre este e o genitor daquele. Evidentemente, percebe-se que, por opção legislativa, o vínculo de parentesco por afinidade não se dissolve para efeitos de casamento. Tal indissolubilidade gera questionamentos a respeito de outras obrigações entre padrastos, madrastas e enteados.

Em relação à pensão previdenciária, a Lei nº 8.213/91, em seu artigo 16, §3º, equipara o enteado ao filho enquanto beneficiário, “mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento”. Assim, por manifestação de vontade do padrasto ou da madrasta, é possível que o enteado receba os benefícios como se descendente reconhecido fosse, se preenchidos todos os requisitos legais.

Contudo, para além de tais hipóteses e de outras menos relevantes, não ocorreram maiores avanços legais em relação aos padrastos e madrastas em outras esferas jurídicas, a exemplo de direitos e deveres recíprocos destes para com os seus enteados. Fundamental, portanto, analisar as soluções doutrinárias e jurisprudenciais sobre a questão aqui imposta.

Segundo Paulo Lôbo (2011, p. 95), no plano dos fatos, inevitavelmente, o padrasto e a madrasta acabam exercendo algumas das funções inerentes aos papéis dos pais, sobretudo quando moram com seus enteados. Ocorre que o pai ou a mãe que não reside com os filhos, como já visto, continua participando da vida destes (na maioria das vezes), de maneira que é possível que resultem conflitos dessa dinâmica. O referido autor argumenta que o Direito brasileiro invisibiliza a família

recomposta, já que se mantém omissa quanto às soluções destinadas a tais incompatibilidades.

Em 2012, o Tribunal de Justiça da Paraíba manteve a decisão do Juízo de 1º grau que concedeu a guarda de um infante a sua madrasta, quando esta se separou do genitor da criança. Na época, o respeitável Tribunal considerou a madrasta como “mãe afetiva” do menor. Tal entendimento foi acolhido novamente, em época recente, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, agora sem a identificação da relação como uma maternidade afetiva. Os acórdãos atinentes aos casos foram os seguintes:

GUARDA DE MENOR. DIREITO DE FAMÍLIA. MÃE AFETIVA E PAI BIOLÓGICO. LITÍGIO. INTERESSE E VONTADE DO ADOLESCENTE EM PERMANECER COM A MÃE AFETIVA. PREVALÊNCIA. DIREITO PATERNO DE VISITAS. SEMANAL E EM PERÍODO DE FÉRIAS. FIXAÇÃO. NECESSIDADE. LAÇOS AFETIVOS QUE DEVEM SER MANTIDOS.

(...) - Muito embora o menor não tenha sido gerado pela requerente, inexistindo, portanto, cordão umbilical do seu ventre com a criança, a própria vida se encarregou de lhe dar aquele cordão, surgindo o vínculo no dia a dia, afetiva e efetivamente, fortalecido na transmissão de convivência, segurança, carinho, acompanhamento, responsabilidade, renúncia e, acima de tudo, verdadeiro amor maternal, assistindo razão ao Juiz, ao conceder a guarda pleiteada à autora.

- Existindo laços de afeto entre o menor e o genitor, não é justo e nem adequado impedir ou dificultar a este o direito de visitas, devendo ser mantida a decisão recorrida, neste ponto.²

2 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA. Apelação cível nº 200.2010.003876-5/001. Quarta Câmara Cível. Rel. Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho. J. 28/06/2012.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA, ALIMENTOS E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. GUARDA PROVISÓRIA EM FAVOR DA MADRASTA. ENCARGO ALIMENTAR REDUZIDO.

1. Guarda provisória. O exercício do poder familiar, aí compreendida a guarda unilateral ou compartilhada, compete aos genitores (arts. 1.631 e 1.634, II, do CC). *No entanto, excepcionalmente, a guarda poderá ser deferida a terceiros, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares, como prevê o art. 33, §§ 2º e 4º, do ECA.* No caso, a filha do recorrente/demandado convive com a agravada/ex-companheira desde os seus 11 meses de idade (perdeu a mãe quando tinha apenas 1 mês de vida) e nutre especial carinho pela madraستا, manifestando expresso interesse em ficar com ela. Embora não se ignore a presença do agravante (pai biológico) na vida da filha, é de sopesar o forte vínculo afetivo que se estabeleceu entre a menina e a madraستا. (Grifos nossos) ³

Contudo, maior análise sobre o direito à guarda da madraستا e do padrasto demonstra que o tema não é pacífico na jurisprudência:

A modificação da guarda da criança para a madraستا é medida excepcional, razão pela qual só é possível, quando comprovados motivos relevantes. (...) A Relatora explicou que, para a estipulação da guarda, deve ser observado o melhor interesse do menor, privilegiando o princípio da proteção integral, decorrente de normas protetivas à criança e ao adolescente, assegurado na Constituição Federal (art. 227) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 1º e 3º). Destacou que a atribuição da guarda da criança em favor de pessoa diversa dos genitores é medida excepcional

3 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, Agravo de Instrumento nº 70076377209, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Min. Luiz Felipe Brasil Santos. J. 12/04/2018.

(art. 1.584, §5º, do Código Civil). No presente caso, a Julgadora ressaltou que, embora a autora sustente ter maior competência para exercer a guarda em razão da existência de afetividade recíproca entre ela e a menor, o laudo psicossocial concluiu que a criança já se encontra plenamente adaptada ao convívio estabelecido no lar paterno, sentindo-se pertencente a tal grupo familiar. Acrescentou que o fato de o pai necessitar de assistência de familiares para alguns cuidados com a menor não o impede de exercer a guarda. Dessa forma, o Colegiado manteve a sentença, por não vislumbrar motivo relevante que impeça o pai de manter a guarda da filha. (Grifos nossos) ⁴

Já em relação à regulamentação de visitas, entende a doutrina que, existindo o elo de afetividade, este deve ser preservado mediante a convivência. Maria Berenice Dias (2016, p. 867), nesse sentido, estende o direito de visitação não só a padrastos e madrastas, como também a irmãos, tios, padrinhos, etc. Tartuce (2017, p. 851), por sua vez, defende tal posicionamento com apoio no Enunciado nº 333 do CJP/STJ, que determina: “O direito de visita pode ser estendido aos avós e pessoas com as quais a criança ou o adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse”.

O entendimento jurisprudencial majoritário encontra-se em conformidade com a referida doutrina. Contudo, sempre é necessário analisar, no caso concreto, os efeitos da visitação que se pretende ver determinada na vida das partes. Observe-se o seguinte entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

PEDIDO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS
E OFERTA DE ALIMENTOS EFETUADO POR

4 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, Acórdão nº 1010315, 20140910283475APC, Oitava Turma Cível, Rel. Des^a. Ana Cantarino, J. 06/04/2017.

PADRASTO. POSSIBILIDADE JURÍDICA. Na atualidade, onde a família é vista como uma união de afetos direcionada à realização plena e à felicidade de seus integrantes, e não mais como mero núcleo de produção, reprodução e transferência de patrimônio, como o era até o início do século XX, *a pretensão aqui deduzida não deve ser liminarmente rejeitada, sem, ao menos ensejar-se dilação probatória, que permita verificar se, sob o ponto de vista do melhor interesse da adolescente - que deve sobrelevar a qualquer outro - há ou não conveniência no estabelecimento da visita pretendida.* (Grifos nossos)⁵

Relevante mencionar que a temática em questão também tem repercussão na esfera criminal. Com base em disposição existente no Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 19, §4º), que assegura aos filhos o direito de visita a seus genitores que estejam cumprindo pena privativa de liberdade, vários julgados vem permitindo a visita dos enteados a seus padrastos e madrastas, desde que fique comprovado o vínculo socioafetivo entre eles:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. DIREITO DE VISITA DE CRIANÇA ENTEADA DE PRESO EM REGIME FECHADO. DIREITO À VISITAÇÃO DO PRESO. TUTELA IDEAL DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES. DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR, NO CONTEXTO SOCIOAFETIVO ESPECÍFICO. PONDERAÇÃO LEGAL. CONCORDÂNCIA PRÁTICA. REFORMA DA DECISÃO. Conflito entre o direito de visita do preso e a proteção integral prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. Ponderação de direitos à luz do princípio da proporcionalidade. A finalidade da pena é a ressocialização do apenado, e a visita de pessoas com

5 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, Apelação Cível Nº 70002319580, Sétima Câmara Cível, Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos. J. 16/05/2001.

quem o reeducando deseja conviver é primordial para a reinserção gradativa do sentenciado na vida social. A criança, também, tem direito à convivência socioafetiva, ainda que esparsa, também na linha de recente inovação legislativa (art. 19, § 4º, do ECA, com redação dada pela Lei nº 12.962/2014). No caso, há demonstrativo do vínculo afetivo entre as partes, tendo o pedido partido da genitora da infante, o que torna adequada, consideradas as peculiaridades dos autos, a autorização de visita. (Grifos nossos) ⁶

Por sua vez, a questão da prestação alimentícia é bastante polêmica. Na prática, o que se verifica na jurisprudência dominante é a valorização do vínculo socioafetivo formado entre as partes, que só pode ser auferido no caso concreto. Esse é o entendimento do Enunciado nº 341 da IV Jornada de Direito Civil: “Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar.”

Sobre o tema, assim entendeu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

ALIMENTOS À ENTEADA. POSSIBILIDADE. VÍNCULO SOCIOAFETIVO DEMONSTRADO. PARENTESCO POR AFINIDADE. FORTE DEPENDÊNCIA FINANCEIRA OBSERVADA. (...) *Comprovado o vínculo socioafetivo e a forte dependência financeira entre padrasto e a menor, impõe-se a fixação de alimentos em prol do dever contido no art. 1.694 do Código Civil. (...)* (Grifos nossos) ⁷

6 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, Agravo em Execução nº 70076276518, Primeira Câmara Criminal, Relator Des. Jayme Weingartner Neto. J. 28/03/2018.

7 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, Agravo de Instrumento nº 2012.073740-3, Relator Des. João Batista Góes Ulysséa. J. 14/02/2013.

Ademais, em ação de exoneração de alimentos, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios deixou claro que o vínculo de afinidade, então estabelecido entre padrastos, madrastas e seus enteados, também gera o dever de prestar alimentos:

*A obrigação alimentar tem relação não apenas com a idade, mas também, com o vínculo de parentesco ou afinidade existente entre alimentante e alimentado. (...) (Grifos nossos)*⁸

Entendimento diverso foi proferido no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO. ALIMENTOS. INCIDÊNCIA SOBRE PENSÃO POR MORTE. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA MADRASTA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. Caso em que a demandante, maior de idade, pede alimentos contra a madraستا. *A obrigação alimentar postulada entre parentes encontra fundamento no art. 1.694 do Código Civil. Contudo, esta obrigação não se estende nem se transmite à madraستا da demandante. (...) (Grifos nossos)*⁹

Por oportuno, é válido salientar que, ao falar sobre os efeitos do reconhecimento da paternidade socioafetiva, em relação à paternidade biológica, o Supremo Tribunal Federal, corte máxima do país, posicionou-se favoravelmente ao reconhecimento da multiparentalidade, fixando a seguinte tese jurídica: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação

8 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, Apelação Cível nº 20050020018424, Primeira Turma Cível, Relator Des. Hermenegildo Gonçalves. J. 30/05/2005.

9 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, Apelação Cível Nº 70072716731, Oitava Câmara Cível, Relator. Des. Rui Portanova. J. 06/04/2017.

concomitante baseado na origem biológica, *com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais*”.¹⁰

Nesse sentido, torna-se possível a designação de obrigação alimentícia a ambos os pais, se assim recomendar o melhor interesse da prole. Embora não se trate da mesma situação, é possível depreender que, da mesma forma, inexistente óbice ao deferimento de obrigação alimentícia ao pai e ao padrasto, simultaneamente, desde que o melhor interesse da prole assim indique.

No plano dos direitos sucessórios, a detida análise do ordenamento jurídico pátrio aponta para divergências a respeito da caracterização ou não de sucessão legítima entre o padrasto e a madrasta e seus enteados. Majoritariamente, a doutrina assevera que, enquanto apenas parentes por afinidade, tais sujeitos “não podem fazer jus à equiparação aos herdeiros necessários. Entretanto, caso haja o reconhecimento da afetividade de forma judicial (...) fazem jus à equiparação aos herdeiros legítimos.” (AQUINO, 2015, p.53) Evidentemente, não há nenhuma restrição no plano da sucessão testamentária, que pode ser livremente disposta pelo testador, salvo nas hipóteses do artigo 1.801 e 1.802 do Código Civil.

Observe-se o entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que acolheu a tese da legitimidade sucessória amparado na “adoção de fato”:

SUCESSÃO. TERMO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. HABILITAÇÃO DE MADRASTA. SITUAÇÃO ANÁLOGA À DE ADOÇÃO DE FATO. PRESSUPOSTOS. APELAÇÃO PROVIDA. (...). 2. Madrasta exerceu condição análoga à de mãe adotiva de fato, entendida como aquela em que há a posse do estado de filiação, mas não há regularização no âmbito jurídico. Há, sim, laços afetivos que unem pais

10 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 898.060 SC. Rel. Min. Luiz Fux. J. 22/09/2016.

e filhos, imitando a família natural, tal como deve ser na adoção. *As partes assumem, na relação afetiva, estado de ascendente e descendente de primeiro grau, um em relação ao outro, mas sem documentos que atestem o parentesco.* 3. A apelante deve ser habilitada como sucessora da parte autora. Os autos devem retornar à origem para instrução do pedido de benefício de prestação continuada. (Grifos nossos).¹¹

Por outro lado, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal não admite a atribuição da condição de herdeiro ao enteado. Também partindo desse pressuposto, o Tribunal de Justiça do Paraná negou a legitimidade do enteado para ajuizar ações relativas ao Seguro DPVAT do seu padrasto, que faleceu em acidente de trânsito. Tais entendimentos foram proferidos nos seguintes acórdãos:

CIVIL - SUCESSÕES - ENTEADO - PARENTE POR AFINIDADE - NÃO É HERDEIRO LEGÍTIMO - INEXISTÊNCIA DE DIREITO A REPRESENTAÇÃO - AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO. *1. O enteado, conquanto seja parente por afinidade de sua madrasta, não é seu herdeiro legítimo, pois se encontra fora do substrato normativo do artigo 1829 do Código Civil de 2002.* 2. Outrossim, inexistente direito de representação em favor dos filhos do cônjuge pré-morto em relação aos bens da esposa - madrasta daqueles - falecida posteriormente. (Grifos nossos).¹²

RESCISÓRIA - SEGURO DPVAT - AÇÃO DE COBRANÇA PROMOVIDA PELO ENTEADO EM FACE DA MORTE DO PADRASTO POR

11 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA QUARTA REGIÃO, Apelação Cível no processo nº 0014448-77.2015.4.04.9999, Sexta Turma, Relatora Salise Monteiro Sanchotene. J. 04/11/2016.

12 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Agravo de Instrumento nº 272843, Primeira Turma Cível, Relator Des. Benito Tiezzi. J. 02/05/2007.

ACIDENTE DE TRÂNSITO - ILEGITIMIDADE ATIVA - ENTEADO NÃO É HERDEIRO LEGÍTIMO (ART. 1829, CC) - VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSITIVO DE LEI INOCORRENTE - IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA RESCISÓRIA COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO - INSTRUMENTO PROCESSUAL DE APLICAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA, EIS QUE OBJETIVA DESCONSTITUIR A COISA JULGADA, RAZÃO PELA QUAL É CABÍVEL EM HIPÓTESES LEGAIS MUITO RESTRITAS - PEDIDO REJEITADO.¹³
(Grifos nossos)

Por fim, cabe mencionar decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, na qual a Egrégia Corte posiciona-se favoravelmente ao reconhecimento da legitimidade ativa do padrasto para ajuizar a destituição do poder familiar do genitor da criança. Observe-se:

(...) - Sob a tónica do legítimo interesse amparado na socioafetividade, ao padrasto é conferida legitimidade ativa e interesse de agir para postular a destituição do poder familiar do pai biológico da criança. Entretanto, todas as circunstâncias deverão ser analisadas detidamente no curso do processo, com a necessária instrução probatória e amplo contraditório (...) Isto é, tão somente diante da inequívoca comprovação de uma das causas de destituição do poder familiar, em que efetivamente seja demonstrado o risco social e pessoal a que esteja sujeita a criança ou de ameaça de lesão aos seus direitos, é que o genitor poderá ter extirpado o poder familiar, em caráter preparatório à adoção, a qual tem a capacidade de cortar quaisquer vínculos existentes entre a criança e a família paterna. (...) - *Por tudo isso – consideradas as peculiaridades do processo –, é que deve ser concedido ao padrasto – legitimado*

13 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Ação Rescisória nº 916618-7, Nona Câmara Cível em Composição Integral. Relator Des.: Horácio Ribas Teixeira. J. 20/02/2014.

ativamente e detentor de interesse de agir – o direito de postular em juízo a destituição do poder familiar – pressuposto lógico da medida principal de adoção por ele requerida – em face do pai biológico, em procedimento contraditório, consonante o que prevê o art. 169 do ECA. - Nada há para reformar no acórdão recorrido, porquanto a regra inserta no art. 155 do ECA foi devidamente observada, ao contemplar o padrasto como detentor de legítimo interesse para o pleito destituitório, em procedimento contraditório. ¹⁴ (Grifos nossos).

Ante o exposto, verifica-se que, na maioria dos casos, o melhor interesse da criança e do adolescente é medida que se impõe. Contudo, é inegável que o Direito pátrio acaba albergando situações por vezes contraditórias, por exemplo, valorizando o vínculo em questão em matéria previdenciária e prejudicando-o para o ajuizamento do seguro DPVAT. É preciso também analisar a matéria do ponto de vista dos enteados maiores de idade, na qual não incide o referido princípio.

Ademais, a responsabilidade do enteado perante o padrasto e a madrasta ainda é um tema pouco explorado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Como se sabe, o Direito brasileiro indica que filhos também devem assumir deveres em relação aos pais – por isso, comprovado o binômio necessidade-possibilidade, estes podem demandar alimentos de seus descendentes, quando assim precisar. Tal discussão, contudo, ainda não abarca a proteção ao padastro, posto que a legislação é silente nesses termos. Nesse sentido, maior regulação jurídica sobre a temática é tanto saudável quanto necessária à segurança jurídica e à integração do ordenamento, em respeito aos princípios da afetividade familiar e da dignidade da pessoa humana.

14 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp nº 1.106.637 SP. Terceira Turma. Rel. Min. Des. Nancy Andrighi. J. 01/06/2010.

4 PERSPECTIVAS INTERNACIONAIS

Ao falar sobre a temática, a irrepreensível análise de Paulo Lôbo (2011, p. 96) põe em relevo que a falta de normatividade em relação ao vínculo estabelecido entre padrastos, madrastas e enteados é uma questão mundial, já que “o direito de família foi construído em torno do paradigma do primeiro casamento. Daí o vazio legal em torno das famílias recompostas.” Evidentemente, a regulação do tema envolve a superação definitiva da supervalorização do conceito tradicional de família.

Ao discorrer sobre a parentalidade como uma questão pública, o autor mexicano Claude Martín (2015, p. 12) caracteriza como “estranhos jurídicos” os padrastos e madrastas que participam da criação cotidiana de seus enteados. A autora portuguesa Susana Ferreira (2000, p. 41), nesse mesmo sentido, descreve o padrasto como “um estrangeiro aos olhos da lei”. Apesar de ser possível considerar que eles exercem uma forma de parentalidade, esta só será legítima se refletir uma atribuição reconhecida juridicamente e socialmente.

Apesar de tais considerações, alguns ordenamentos jurídicos internacionais, atualmente, reconhecem de modo significativo os direitos e deveres que regem as relações interpessoais de padrastos, madrastas e enteados. A análise de alguns dos institutos jurídicos consagrados em outros países pode ser um bom instrumento para a construção de referenciais nacionais mais sólidos, adaptados à realidade do país.

O Código Civil português admite a imposição de obrigação alimentícia ao padrasto e à madrasta, em relação aos seus enteados que estavam sob a guarda do seu cônjuge na ocasião da morte deste. Trata-se, inegavelmente, de uma forma de amparo aos infantes. Por outro lado, como crítica a tal disposição legal, alega-se que tal responsabilidade só é reconhecida em último caso, pois o rol do artigo 2.009 estabelece uma ordem de preferência que coloca os padrastos e madrasta após avós, irmãos e tios.

Ademais, diante de tal perspectiva, o padrasto ou a madrasta assumem o papel de extensão do genitor, pois seria devedor de alimentos porque estava ao lado do progenitor residente no momento da morte. (VITOR, 2016, p. 637) Na prática, a relação de afeto tem seus efeitos limitados pela mediação de uma terceira pessoa – o genitor que detinha a guarda da criança.

No Reino Unido, desde 2005, a lei faculta ao padrasto e à madrasta a aquisição da “*parental responsibility*” (instituto semelhante ao poder familiar), através de um procedimento previsto no *Children Act*, documento legal que reúne deveres protetivos dos direitos dos infantes, a serem observados por autoridades locais, tribunais e pais.

Em suma, os pais (ambos, se forem detentores do poder familiar) e o padrasto ou madrasta podem entrar em acordo para que este assumam também a referida responsabilidade parental. Inexistindo consenso, o padrasto ou a madrasta podem ajuizar ação para que o judiciário decida a questão. Uma vez estabelecido, o mencionado poder só pode ser suprimido por determinação legal. Ademais, se o relacionamento entre o genitor e o padrasto ou a madrasta é rompido, estes podem pleitear judicialmente o direito de visitas ou até mesmo de residência com os enteados, desde que se enquadrem em determinadas situações previstas pela ordem jurídica.

Em relação ao Direito norte-americano, é interessante mencionar que, em alguns estados, a exemplo do Arizona, os pais podem delegar, através de uma procuração, a prerrogativa de tomar decisões relativas a seus filhos menores ao padrasto ou à madrasta. O efeito da delegação é automático e terá força por até seis meses, quando os pais poderão renovar o referido mandato, se assim desejarem. Tal instrumento mostra-se bastante útil para a resolução de problemas cotidianos, como acompanhamentos hospitalares, por exemplo. Contudo, deve ser analisado com cautela – tanto de uma perspectiva prática quanto teórica.

No Canadá, padrastos e madrastas podem ser obrigados a prestar alimentos aos enteados, se costumavam tratar estes como “filhos da família” – isto é, se consideravam o enteado pertencente à própria

família, ainda que não tenha sido construída efetivamente a paternidade socioafetiva. Tal obrigação pode ser decretada judicialmente ainda que tenha sido imposto o dever de prestação alimentícia ao genitor que não se relacionava com o padrasto ou a madrastra. Ou seja, se este for o melhor interesse da criança, ela pode receber alimentos de duas pessoas simultaneamente (situação que já foi analisada no tópico anterior, referente ao cenário jurídico brasileiro sobre o tema).

O Código Civil alemão confere o “direito de codecisão” das questões da vida cotidiana dos enteados ao padrasto ou à madrastra, se o genitor parceiro destes for guardião unilateral dos filhos. Essa decisão deve ser de comum acordo, e o guardião pode revogá-la a qualquer tempo. Apesar de tal aparente fragilidade, no caso de *periculum in mora*, o padrasto ou a madrastra podem atuar independentemente do genitor, exercendo sozinhos os atos necessários ao bem-estar dos menores. Tal possibilidade de intervenção na rotina dos enteados é denominada, por Wilfried Schluter (apud LÔBO, 2011, p. 98), de “pequeno direito de guarda” do padrasto e da madrastra.

Percebe-se, portanto, que o Direito internacional não se encontra totalmente silente em relação ao papel do padrasto e da madrastra enquanto responsáveis por seus enteados. Como aspecto positivo, é notável a importância atribuída à socioafetividade, ao melhor interesse dos infantes e ao consenso entre genitores e padrastos e madrastras. Por outro lado, mais uma vez, verifica-se que a discussão a respeito da reciprocidade dos direitos e deveres se mantém apenas no campo doutrinário, de modo que as obrigações dos enteados perante os padrastos e madrastras não é evidente em nenhum dos regramentos citados.

5 O “ESTATUTO DAS FAMÍLIAS”

O Estatuto das Famílias (PLS 470/2013), que atualmente se encontra em tramitação no Senado, por proposta da Senadora Lídice

da Mata, tem como objetivo reunir, em um único documento jurídico, as normas relacionadas ao Direito de Família. Além disso, ao retirar a matéria do Código Civil, pretende-se despatrimonializar a temática, colocando a afetividade como foco das questões familiares, e também atualizar a legislação brasileira na área de acordo com a concepção pluralista das entidades familiares, em respeito à Consituição Federal e ao Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, o projeto de lei representa um trabalho conjunto de diversos especialistas da matéria, reunidos, sobretudo, pelo já mencionado IBDFAM. Assim, apesar de ainda não ter sido votado, a análise do seu texto original pode servir como mecanismo para identificar o que tal grupo de profissionais atuantes na área considera a roupagem mais adequada para o Direito de Família brasileiro.

Inicialmente, vale salientar que a perfunctória leitura do texto ressalta a enorme importância conferida à constitucionalização desse ramo jurídico, já que, em seu artigo 2º, o Estatuto estabelece que “o direito à família é direito fundamental de todos.” Em seguida, assegura expressamente que o grupamento familiar será protegido em qualquer de suas modalidades, independentemente das pessoas que o integrem.

O referido Estatuto disciplina expressamente as relações jurídicas da família recomposta (Capítulo V). Além de trazer novas disposições sobre o tema, o Estatuto também incorpora questões já admitidas no ordenamento jurídico brasileiro: a formação do parentesco por afinidade entre padrastos e madrastas e seus enteados, bem como a adoção do sobrenome do padrasto ou da madrasta pelo enteado, se ambos assim desejarem.

Em seu artigo 70, a legislação esclarece que o padrasto e a madrasta, ao serem inseridos no contexto familiar como cônjuge ou companheiro dos genitores, podem compartilhar a autoridade parental em relação a seus enteados, sem que isso necessariamente prejudique o domínio de seus pais.

Ademais, é conferido o direito de visitas à prole, ao padrasto ou à madrasta, se houver dissolução do casamento ou da união estável,

desde que isso se coadune com o melhor interesse dos enteados (artigo 72). Tal disposição é coerente com o direito à convivência familiar, especialmente em um contexto de valorização dos laços de afetividade para a definição da família, aspecto amplamente defendido no projeto de lei em questão.

O referido Estatuto ainda disciplina a responsabilidade alimentar do padrasto e da madrasta, que deve ser complementar em relação aos alimentos devidos pelos pais (artigo 74). Evidentemente, tal disposição origina questionamentos em relação à situação inversa (o pedido de alimentos por parte de padrastos e madrastas a seus enteados, quando estes tiverem a devida capacidade financeira, e aqueles estiverem em estado de necessidade). Embora o Estatuto não preveja expressamente tal possibilidade, é importante salientar que ela é coerente com a proteção ao vínculo da socioafetividade e com o princípio da dignidade da pessoa humana, que parecem ser a base do projeto de lei em questão.

Na verdade, percebe-se que, de modo geral, o texto legal se exime de atribuir obrigações para os enteados, em relação aos seus padrastos e madrastas. Entretanto, tal fato não é impeditivo ao reconhecimento judicial de tais deveres, decorrente das normas de proteção das pessoas que integram a família, seja qual for sua modalidade (artigo 3º), dos princípios de solidariedade, responsabilidade e afetividade que, segundo o rol do artigo 5º, devem nortear a interpretação e a aplicação do Estatuto, e do dever de assistência material e moral dos integrantes da entidade familiar, inscrito no artigo 14.

6 CONCLUSÕES

A adoção da afetividade como o norte do Direito de Família brasileiro implica a edificação de novos posicionamentos sobre temas que, por muito tempo, restaram inexplorados pelo ordenamento jurídico pátrio – entre eles, os direitos e deveres dos padrastos, madrastas e

enteados no desenvolvimento de suas relações interpessoais. Infere-se que a temática se trata de uma demanda especialmente social, na medida em que a multiplicação das famílias recompostas é uma realidade mundial que não pode ser afastada.

A breve análise da legislação nacional e a jurisprudência colacionada demonstram a abordagem conferida à matéria pelo ordenamento jurídico brasileiro. Embora o embasamento nos princípios incidentes no Direito de Família seja marcante, fica evidenciado que a falta de regulamentação legal pode acarretar decisões incoerentes, já que o caráter eminentemente subjetivo do tema favorece a divergência de interpretações.

Ademais, ao realizar um perfunctório estudo de Direito comparado (embora fique claro que a falta de regulação sobre matéria é uma problemática mundial), percebe-se que a legislação pátria não disciplina as questões centrais que envolvem o relacionamento jurídico entre padrastos, madrastas e enteados (entre outros, a guarda, a visitação e os alimentos), limitando-se ao enfrentamento de problemas mais periféricos. Embora estes não devam ser tidos como irrelevantes, sua regulamentação deve ser complementar à principal. Em um sistema jurídico que efetivamente proteja a afetividade como o principal elo familiar, é evidente que a regulamentação da convivência dos membros da família é dever que se impõe.

Por fim, as breves considerações sobre o Estatuto das Famílias demonstram a preocupação de seus elaboradores em definir os limites da temática sem impor normas excessivamente restritivas, mesmo porque o referido projeto de lei tem carga eminentemente principiológica. De forma notória, não se trata de um dispositivo legal que esgota absolutamente o tema, mas, se devidamente aprovado, sua aplicação prática pode representar um significativo avanço legal a respeito do papel jurídico dos padrastos e das madrastas em relação a seus enteados.

A ideia da entidade familiar como instituto social passível de constante reconstrução deve ser pressuposto básico dos operadores de Direito, como forma de evitar a perpetuação de preconceitos e injustiças.

Nesse sentido, o reconhecimento jurídico das relações de padastrio é essencial para dar eficácia ao ideal constitucional de dignidade da pessoa humana e de proteção à família, juntamente ao melhor interesse da criança e do adolescente. Afinal, tudo o que é familiar deve ser medido na medida do afeto.

REFERÊNCIAS

ALCORTA, Irene Martinez; GROSMAN, Cecília P. **Famílias ensambladas: nuevas uniones después del divorcio**. Buenos Aires: Ed. Universidad, 2000.

Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. Apud LÔBO, Paulo. **Direito civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ALVES, Jones Figueirêdo. **Consolidado, padrastio agora precisa de um estatuto jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-22/processo-familiar-consolidado-padrastio-agora-estatuto-juridico>. Acesso em: 27 de mai. 2018.

AQUINO, Leonardo Gomes. Possibilidade de inclusão dos enteados como herdeiros necessários: o fator afetividade. In **Direito & diversidade: Revista do Curso de Direito da FACHA**. Ano 03. Nº 4. ISSN: 2316-1280. P. 32-55.

BOURDIEU, Pierre. Des familles sans nom. In: **Actes de la recherche em sciences sociales**. Paris, n. 113, p. 3-5, junho de 1996.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FALCKE, Denise; WAGNER, Adriana. **Mães e madrastas:** mitos sociais e autoconceito. In: *Estudos de Psicologia*. 2000, 5(2), 421-441.

FERREIRA, Susana Isabel Atalaia. **A Parentalidade em Contexto de Recomposição Familiar:** O Caso do Padrasto. 2011. 360f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Lisboa, Portugal.

GILLIS, John. Marginalization of Fatherhood in western countries. In **Childhood**, v. 7, n. 2, p. 225-239, maio 2000. DOI: <https://doi.org/10.1177/0907568200007002007>

LÔBO, Paulo. **Direito civil:** Famílias. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTÍN, Claude. La parentalidad: controversias en torno de un problema público. **Revista de Estudios de Género**, La Ventana E-ISSN: 2448-7724, [S.l.], v. 3, n. 22, p. 7-34, feb. 2015. ISSN 24487724. Disponível em: <<http://www.revistalaventana.cucsh.udg.mx/index.php/LV/article/view/781/756>>. Acesso em: 04 de jun. 2018.

ROCHA, Adriana Pitta Ramos. **O Padrasto na Família Recasada:** Uma Análise da Produção Acadêmica Brasileira. 2015. 80 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Instituto de Psicologia, Universidade Federal de Alagoas, Maceió-AL.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Editora Método, 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VITOR, Paula Távora. A carga do sustento e o “pai social”. In OLIVEIRA, Guilherme (org). **Textos de Direito de Família**. Coimbra:

Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. DOI: http://dx.doi.org/10.14195/978-989-26-1113-6_18. P. 625-652.

WATARAI, Felipe. **Filhos, pais, padrastos**: relações domésticas em famílias recompostas das camadas populares. 2010. 147 f. Tese (Doutorado em Psicologia) – Departamento de Psicologia e Educação, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto-SP.

AFFECTION IN THE SPOTLIGHT: THE JURIDICAL ROLE OF STEPPARENTS IN THE NATIONAL LEGAL ORDER

ABSTRACT

In a juridical background in which affection is increasingly appreciated as a decisive factor for Family Law, it is clear that family relationships based on fraternal bonds must be legally protected, in order to ensure human dignity to all members of a family group. This treatment, however, does not seem to be effective regarding the relationship between Brazilian stepparents and stepchildren – relatives who are still on margins of law, especially by Legislative Power, in spite of the complexity and uniqueness of the attachment that joints them. In light of this context, it is necessary to elucidate the current juridical situation, in Brazil, assigned to the bond mentioned above, as well as the national and international perspectives about the progression of that interaction. The outcome of this task remits, overall, to the value of the protection of the link between stepparents and

their stepchildren as a healthy element to the development of family dynamics and, above all, of the children and teenagers involved.

Keywords: Affection. Family Law. Stepfather. Stepmother. Blended families. Parental dynamics.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM VIRTUDE DO ABANDONO AFETIVO DOS PAIS EM RELAÇÃO AOS SEUS FILHOS

Tandara Dai-Pra Tasqueto¹

Bernadete Schleder dos Santos
Professor Orientador

RESUMO

Este artigo tem como objetivo versar sobre a indenização por danos morais em virtude do abandono afetivo dos pais em relação aos seus filhos. Pretende-se, em um primeiro momento, discorrer brevemente sobre a evolução do conceito de família. Em um segundo momento será abordado o princípio da afetividade como diretriz para as relações familiares. No terceiro e último momento, analisar-se-á os danos morais, em especial os requisitos e os parâmetros legais para estabelecer o *quantum* indenizatório em virtude do abandono afetivo. Para a elaboração desse trabalho foi utilizado método dedutivo, partindo da abordagem geral sobre o conceito de família, a fim de chegar à questão suscitada sobre a indenização por

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade Franciscana. Email: tandaradt@gmail.com

danos morais decorrentes do abandono afetivo experimentado por crianças e por adolescentes.

Palavras-chave: Família. Abandono Afetivo. Danos Morais. Quantum indenizatório.

1 INTRODUÇÃO

O conceito de família tem sua origem em tempos remotos. Essa instituição sofreu e vem sofrendo várias alterações na medida em que as demandas sociais vão se modificando. A família contemporânea, de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil, é plural, ou seja, não há um padrão estrutural definido e estático quando se trata da organização da mesma. Superamos, desse modo, o modelo patriarcal, no qual a família tradicional era aquela chefiada pelo homem que detinha o poder sobre os filhos e sobre a esposa. Encontramo-nos em um momento único na história, pois nas relações familiares o que prevalece é o vínculo afetivo e não o sanguíneo ou o hierárquico.

Cabe destacar que essa mudança na concepção de família passou por um longo período de transformações até chegarmos a essa estrutura familiar que podemos visualizar hoje. Isso se deve ao fato de que, em decorrência das mudanças na sociedade, não mais se admite opressões advindas de modelos rígidos, visto que as relações afetivas não podem ser limitadas por uma lei abstrata.

Apesar de todas essas mudanças em relação ao instituto familiar, não se pode relegar a um segundo plano as obrigações familiares, as quais têm, dentre seus princípios, o Princípio da Afetividade, ou seja, o vínculo de afeto construído através da convivência. Todavia, é perceptível nas atuais relações familiares, dentro do contexto brasileiro, o abandono afetivo das crianças por parte de seus pais, que em alguns casos ignoram completamente o sujeito que deveriam amparar.

Diante desse contexto, discute-se a possibilidade dessas crianças serem indenizadas por danos morais em virtude do dano sofrido com o abandono afetivo por parte dos pais. Para isso, analisar-se-á, em um primeiro momento, a evolução do conceito de família. Discorrer-se-á sobre a importância do Princípio da Afetividade e as consequências jurídicas do abandono afetivo. Posteriormente, demonstrar-se-á quais os parâmetros adotados para estabelecer o *quantum* indenizatório.

O método de abordagem utilizado no presente trabalho foi o dedutivo, uma vez que a pesquisa parte de uma abordagem geral sobre o conceito de família, sobre o princípio da afetividade, bem como sobre os danos causados nas crianças e nos adolescentes em decorrência do abandono afetivo por parte de seus pais. A partir dessa análise mais ampla, constatar-se-á a possibilidade de implementar a indenização por danos morais em virtude do abandono afetivo dos pais em relação aos seus filhos.

Nesse sentido, é relevante à sociedade e ao âmbito jurídico discutir, não somente os motivos pelos quais esse fato é recorrente em nossa sociedade, mas também as formas de minimizar as causas e as consequências advindas do abandono afetivo, uma vez que não podemos simplesmente ignorar essa realidade, tendo em vista que é um tema que vem se intensificando na atualidade.

2 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

A família, como destaca Madaleno (2010), tem origens remotas e é a base da sociedade, desta forma, é vista pelo Estado como detentora de especial proteção. Segundo Barbosa (1948), há duas teorias ou concepções que buscam apontar a origem e o destino das famílias, as quais se controvertem na busca pela explicação mais próxima à verdade.

De acordo com os postulados de Barbosa (1948), a concepção materialista destaca que o instituto familiar é o resultado de uma convenção ou do encontro sexual entre o homem e a mulher. Esta mesma

concepção sustenta que o estado primitivo do homem era instintivo, no qual predominava o comércio sexual sem barreiras. Ressalta-se que o estado primitivo ocorreu em tempos pré-históricos, e, como a evolução faz parte da natureza humana, o homem passou por diversos estágios de aperfeiçoamento e mudanças para que atingisse o estado em que se encontra atualmente. Nesse sentido, na cadeia evolutiva, segundo a teoria materialista, o homem passou pelo estado selvagem e pelo estado bárbaro, até atingir o estado civilizado.

Já a segunda teoria possui uma concepção espiritualista, ainda em conformidade com Barbosa (1948), a qual acredita que a família não resulta da evolução do homem, e, sim, de uma origem divina. De acordo com essa linha, a família estaria, portanto, revestida de um caráter sagrado e seria a maior responsável pela manutenção e pela continuação da espécie.

Apesar de haver duas concepções acerca do surgimento da família, o ponto incontroverso é que esse instituto é de fundamental importância à sociedade, e, como defende Engels, a única certeza que possuímos com relação à família é que ela deve progredir na medida em que a sociedade transforma-se, como ocorreu até os dias atuais, posto que “a família é produto do sistema social e refletirá o estado de cultura desse sistema” (ENGELS, 1997, p. 91).

Desse modo, a família não pode ser concebida como uma estrutura rígida, a qual não se modifica ao longo do tempo e das demandas sociais, pois, ao contrário disso, a família, segundo Morgan *apud* Engels, “é o elemento ativo; nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui em um grau mais baixo para outro mais elevado” (ENGELS, 1997, p. 30).

Tendo em vista os vários estágios que o conceito de família ultrapassa de acordo com a passagem do tempo, encontramos um modelo de família no momento histórico-social em que vivemos, porém, não podemos dizer que este seja imutável a partir de agora,

posto que conforme destacou Engels (1997), a família transforma-se constantemente, acompanhando as transformações da sociedade.

Destarte, pode-se compreender o atual conceito de família com a seguinte passagem de Dias:

A família é uma construção social organizada através de regras culturalmente elaboradas que conformam modelos de comportamento. Dispõe de estruturação psíquica na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função – lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos –, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa investigar e trazer para o direito. É a preservação do LAR no seu aspecto mais significativo: Lugar de Afeto e Respeito (2007, p. 27).

O atual conceito de família, como demonstra Dias, não é restrito apenas aos laços sanguíneos, ao contrário é muito mais abrangente. Nos tempos atuais o que define a estrutura familiar são a relação de respeito e, principalmente, afeto entre os integrantes dessa estrutura, isto é, a base que estrutura as atuais relações familiares é sentimento de afeto e respeito. Com isso fica evidenciado que as famílias contemporâneas buscam o bem-estar de todos aqueles que pertencem ao seu grupo familiar.

Todavia, em tempos não distantes, a característica predominante da família era a conservação do patrimônio, ela não detinha como papel o desenvolvimento da afetividade, segundo destaca Airés: “o sentimento entre os cônjuges, entre os pais e filhos, não era necessário à existência nem ao equilíbrio da família: se ele existisse, tanto melhor” (1978, p. 10-11).

Nesse trecho é possível perceber que, mesmo se tratando de tempos históricos relativamente próximos, há um grande abismo entre as concepções familiares mais antigas e a socialmente aceita nos tempos atuais, principalmente no que tange a afetividade, a qual, de acordo

com Airés, era vista como desnecessária ou sequer estava em âmbito de discussões.

Convém destacar, segundo Gama (2008), que o Brasil, juridicamente, considerava a família patriarcal como o único modelo familiar. O modelo patriarcal é aquele, segundo Werner (2008), em que o homem é o detentor do poder familiar, isto é, ele possui o atributo de organizar a estrutura familiar com o fim precípua de manter e aumentar sua propriedade. Nesse cenário, a mulher era submetida, unicamente, aos comandos do marido.

No período em que o pátrio poder era o modelo adotado pela sociedade para estruturar a família, destaca Viafore que “preponderavam os ditames do pai chefe-de-família, o qual era o detentor da autoridade de toda relação familiar” (2007, p.8). Nesse sentido, o pai chefe de família possuía grande poder sobre todos os integrantes da estrutura familiar e sua vontade prevalecia a dos demais familiares que a ele eram subordinados.

Percebe-se, assim, que na família patriarcal o afeto era relegado a um segundo plano, haja vista que a prioridade da estrutura familiar era manter e adquirir propriedades, pois os bens materiais valiam mais que os sentimentos dos indivíduos. Esse modelo foi, e em muitos casos ainda é, predominante na sociedade atual, tendo em vista que, mesmo com as discussões acerca do princípio da afetividade e das mudanças conceituais de família, o peso da estrutura patriarcal ainda é muito grande.

Este cenário de mudança, da família patriarcal para a família afetiva, ocorreu, conforme Gama (2008), devido à crise do modelo institucionalizado e patriarcal, iniciada no decorrer do século XX. Dessa forma, o modelo patriarcal foi supostamente superado, conforme destaca o autor, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, uma vez que mencionada lei trouxe valores a serem observados por todos, inclusive pela estrutura familiar.

Ademais, essa mudança é originária das diversas alterações sociais ocorridas no decorrer do tempo. Segundo postula Oliveira, em referência à Constituição da República Federativa do Brasil, há a

demonstração de uma necessidade da sociedade, a qual não se identifica mais com os modelos impostos e enraizados:

As diversas maneiras pelas quais homens, mulheres e filhos desenvolviam seus laços afetivos faziam parte de uma mesma realidade, cercada por características comuns que não suportavam mais a estrutura patriarcal enraizada nos setores conservadores de nossa sociedade e prevista numa legislação que estava em completa desarmonia com a realidade nacional (2002, p. 229).

A passagem acima demonstra a interferência que a sociedade detém na construção ou modificação do ordenamento jurídico, uma vez que as diferentes formas de estruturação familiar, que foram ocorrendo paralelamente ao modelo de família patriarcal imposto pela lei, obrigaram o direito a se reestruturar para adequar-se à realidade e atender as novas demandas sociais.

Com relação à nova estrutura familiar concebida com a Constituição da República Federativa do Brasil, Gama (2008) destaca que:

A nova família [...] se baseia nas noções de tutela da pessoa humana na dimensão existencial e socio afetiva. Trata-se da concepção eudemonista da família, que potencializa, desse modo, os liames de afeição entre os seus integrantes, com nítida valorização das funções afetivas da família, tornando-se o refúgio privilegiado das pessoas humanas contra os problemas encontrados nas grandes cidades e decorrentes das pressões econômicas e sociais. A família passa a ser encarada como comunidade de afeto e entre - ajuda, servindo para o desenvolvimento da pessoa humana, especialmente no âmbito dos interesses afetivos e existenciais (2008b, p. 28-29).

Portanto, esse novo conceito de família vai além da concepção restrita à interesses econômicos e patriarcais. Uma nova estrutura

mostrou-se necessária, pois os interesses afetivos e o desenvolvimento humano passaram a ser vistos e, conseqüentemente, tornam-se parte do vínculo familiar.

Semelhante é o entendimento de Matos (2008), o qual destaca a inauguração de uma análise diferenciada da estrutura familiar jurídica a partir do momento da vigência da Constituição da República Federativa do Brasil, a qual não se valora tanto a questão formal, como, por exemplo, a constituição da família através do casamento, mas, sim, a questão afetiva, isto é, o afeto existente entre os integrantes da mesma família.

Desse modo, a família, nas palavras de Oliveira e Muniz:

transforma-se no sentido de que se acentuam as relações de sentimentos entre os membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família, que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais. É o fenômeno social da família conjugal, ou nuclear ou de procriação, onde o que mais conta, portanto, é a intensidade das relações pessoais de seus membros (2002, p. 13).

Com base nisso, é possível observar que a instituição familiar passa a assumir não somente sua função econômica e de procriação na sociedade, mas, além disso, cumpre a função de suportar, em conjunto, todas as pressões e dificuldades advindas da vida conjugal. Desse modo, a família, atualmente, pode ser compreendida como um conjunto afetivo devido às mudanças em sua base, se antes a família era estruturada ao redor do homem, pois ele era o detentor do poder familiar, agora prioriza-se os sentimentos e a afetividade dos integrantes do conjunto familiar.

3 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE COMO DIRETRIZ PARA AS RELAÇÕES FAMILIARES

Como destacado anteriormente, o princípio da afetividade é a pedra angular na estruturação da família atual. A fim de melhor compreender o peso desse princípio, não só no ordenamento jurídico, mas também na sociedade, é importante destacar o que são princípios jurídicos, mais especificamente, o que é o princípio da afetividade.

Segundo Dworkin (2010, p. 35-36), os princípios jurídicos devem ser observados em virtude de representarem uma exigência de justiça e equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Nesse sentido, segundo o supracitado autor, os princípios estão em um nível superior à norma, portanto, deve ser obrigatoriamente observado, sob pena de violar os preceitos da justiça. Isso equivale a afirmar que os princípios detêm um importante papel no ordenamento jurídico, pois orientará quais regras devem ser aplicadas diante do caso concreto.

Nas relações familiares há princípios norteadores das suas condutas e, segundo Lôbo, a afetividade está entre um deles. Ademais, como destaca o autor:

O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade (LÔBO, 2000).

Diante da passagem acima exposta, apreende-se que o princípio da afetividade está pautado na Constituição da República Federativa do Brasil, isto é, decorre de uma lei maior e insere-se no ordenamento jurídico como uma norma a ser respeitada. Portanto, a afetividade, enquanto princípio, não pode ser considerada unicamente como um elemento psicológico, mas também como parte integrante essencial à constituição familiar.

Dessa forma, em face da afetividade ser elevada a um status de princípio, qual seja o princípio da afetividade, esse deve ser respeitado pelas entidades familiares. Porquanto, como destaca Alexy (2008, p. 90),

os princípios são “mandados de otimização”, isto equivale a afirmar que os princípios objetivam, diante das possibilidades reais e jurídicas existentes, a realização de algo da melhor maneira possível.

Ademais, por estar implicitamente disposto na Constituição da República Federativa do Brasil, o princípio da afetividade carece da observância de todos, pois conforme Burckhardt *apud* Hesse: “aquilo que é identificado como vontade da Constituição “deve ser honestamente preservado”” (1991, p. 22). Isso ocorre visto que a Constituição da República Federativa do Brasil prescreve normas a serem seguidas, sob pena de afrontarem a maior norma jurídica nacional. Assim, quando a Lei Maior traz o princípio da afetividade como norma a pautar as demandas familiares, faz-se necessário observá-lo com maior cuidado.

Contudo, a fim de compreender melhor esse princípio, é preciso destacar que a afinidade é um sentimento humano e, conforme Bauman:

nasce da escolha, e nunca se corta esse cordão umbilical. A menos que a escolha seja reafirmada diariamente e novas ações continuem a ser empreendidas para confirmá-la, a afinidade vai definhando, murchando e se deteriorando até se desintegrar. A intenção de manter a afinidade viva e saudável prevê uma luta diária e não promete sossego à vigilância. Para nós, os habitantes deste líquido mundo moderno que detesta tudo o que é sólido e durável, tudo que não se ajusta ao uso instantâneo nem permite que se ponha fim ao esforço, tal perspectiva pode ser mais do que aquilo que estamos dispostos a exigir numa barganha. Estabelecer um vínculo de afinidade proclama a intenção de tornar esse vínculo semelhante ao parentesco — mas também a presteza em pagar o preço pelo avatar na moeda corrente da labuta diária e enfadonha. Quando não há disposição (ou, dado o treinamento oferecido e recebido, solvência de ativos), fica-se inclinado a pensar duas vezes antes de agir para concretizar a intenção (2004, p. 22).

Na passagem acima fica evidenciado que a afinidade nasce da escolha de cada indivíduo. Para esse vínculo permanecer ativo é necessário a prática contínua de ações, a fim de reafirmá-lo, ou seja, conforme Bauman, as relações humanas atualmente são constantes devido ao contexto de mundo líquido em que estamos inseridos, no qual é necessário um esforço para manter o que é sólido e durável, como as relações afetivas. Nesse viés, a afetividade é um laço que surge espontaneamente ou com o decorrer do tempo; todavia, para mantê-la é necessário comprometimento por parte dos sujeitos, caso contrário ela irá se deteriorar.

Rizzardo (2013) afirma ser incontestável o papel do afeto na vida psíquica dos indivíduos, visto que a afetividade é um elemento indispensável para a formação do mundo interior dos sujeitos. Nas palavras do autor:

Desde o nascimento, o carinho, a atenção e a envolvente presença física são indispensáveis para o crescimento e o desenvolvimento sadio e normal do ser humano. A ausência de tratamento afetivo e carinhoso pode acarretar insegurança, rebeldia e revoltas na criança, que evoluem para os desajustes sociais e os mais variados traumas na medida em que se dá o crescimento e se alcança a idade adulta. O tratamento afetivo carinhoso, amoroso, atencioso, cuidadoso, de constante presença e acompanhamento, é indispensável para a personalidade normal e ajustada, para a adaptação ao meio social, e para a integração no campo das atividades.

Em todas as fases da vida se faz importante a afetividade, a qual facilita a convivência, desarma os espíritos, torna agradável a companhia, elimina agressividade e cria um constante ambiente de amizade (2013, p. 681).

Como o afeto é uma condição essencial para o sadio desenvolvimento do ser humano, conforme a passagem acima, a falta desse sentimento é prejudicial à formação da personalidade de jovens e crianças, os quais, com o decorrer do tempo, provavelmente, venham a

apresentar desajustes sociais e variados traumas. Contudo, a manifestação desse sentimento, na relação entre pais e filhos, é positiva, pois contribui para a formação de personalidades equilibradas.

Segundo Almeida e Rodrigues Junior (2010), o afeto é um sentimento espontâneo, o qual:

– uma vez imposto – não é sincero e, assim, não congrega as qualidades que lhes são próprias, dentre as quais o incentivo à sadia conformação da identidade pessoal dos envolvidos. Por isso, o Direito não possui meios, e, menos ainda, legitimidade para resolver a falta de afeto no âmbito das relações familiares (p. 564).

De acordo com o referido autor, o afeto, sentimento no qual se estrutura o princípio da afetividade, não pode ser imposto por normas, sob pena de ser insincero e não comportar todas as características do afeto surgido espontaneamente.

Contudo, é importante destacar que nas atuais relações familiares o afeto tem um lugar de destaque e contribui para a construção da personalidade dos integrantes da estrutura familiar, em especial das crianças. Assim, Hironaka destaca que:

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por incutir na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada (HIRONAKA, 2011).

O abandono afetivo gera danos à personalidade, principalmente a das crianças que encontram na estrutura familiar um pilar para a construção de seu caráter. Nesse sentido, é necessária a presença do

afeto de ambos os pais, a fim de contribuir com o desenvolvimento saudável da personalidade das crianças.

De outra banda, conforme destaca Barros (2002), para caracterizar esse sentimento não é necessário que os membros familiares estejam próximos no espaço, isto é, o afeto cria vínculos entre as pessoas e não precisa, necessariamente, para manter-se ativo, que haja proximidade territorial. Assim, pode um dos pais residir longe da criança e manter vínculo afetivo com essa, pois o sentimento afetivo independe da presença física e proximidade local.

A falta do afeto, de acordo com Madaleno, causa sérios danos àqueles que foram privados desse sentimento, uma vez que:

Em qualquer hipótese, a distância afetiva, onde antes existiu ou deveriam existir laços de amor, indubitavelmente causa dor e sofrimento, gera rupturas e ressentimentos, sem esquecer os nefastos efeitos materiais que são explorados como forma suplementar de causar graciosa agonia e aflição; nesse cenário deprimente e desolado, qualquer mal-estar pessoal provocado deliberadamente para causar um dano adicional, agravado pela demora ou pela falta de resposta processual, gera uma indescritível sensação de injustiça e impunidade, capaz de calar eternamente a vítima dessa insidiosa agressão (2010, p.138).

Nesse sentido, o afeto é um sentimento que não pode ser relegado a um segundo plano, principalmente nas relações entre pais e filhos, uma vez que a falta de laços afetivos entre esses membros enseja sérios danos psíquicos e materiais naquele que sofre, devido a sua ausência.

Diante de todo o acima exposto é necessário, para melhor entendimento do leitor, definir o que é abandono. O abandono é caracterizado como a falta de amparo ou assistência. Dessa forma, o abandono afetivo, neste caso, é aquele em que um dos progenitores não dá o devido amparo ao seu filho ou filha. Essa situação é evidenciada,

por exemplo, quando um pai ou uma mãe não comparecem em momentos importantes para os filhos, demonstrando a falta de carinho e de preocupação com a criança.

Frente a esse contexto, destaca Hironaka:

A ausência injustificada do pai origina – em situações corriqueiras – evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho [...] (HIRONAKA, 2011).

A ausência desmotivada de um dos pais, conforme a autora, acarreta, devido as marcas deixadas na criança, um prejuízo ao seu desenvolvimento psicológico. Desta forma, quando uma ação ou uma omissão gera danos a terceiros há a incidência do dever de repará-lo.

Nesse sentido, o abandono afetivo gera, em alguns casos, o dever de reparar os danos por ele gerados através de indenização por danos morais. Diante desse cenário, passar-se-á a analisar quais os requisitos para incidência dessa indenização e quais os parâmetros a serem adotados, a fim de estipular o *quantum* indenizatório.

4 DANOS MORAIS: REQUISITOS E PARÂMETROS LEGAIS PARA ESTABELECEM O *QUANTUM* INDENIZATÓRIO EM VIRTUDE DO ABANDONO AFETIVO

Como afirmado no tópico anterior, à afetividade é um dos princípios regentes das atuais relações familiares. A falta de afeto na relação entre pais e filhos gera danos, muitas vezes, irreparáveis, do ponto de vista psíquico, à criança. Ademais, como destaca Rizzardo, o “mais grave, porém, e com maiores repercussões negativas, está na privação do filho da convivência de um dos progenitores, decorrendo daí uma

grande carga de carências e frustrações de ordem emotiva, sentimental e afetiva” (2013, p. 688).

O abandono afetivo, como destaca o autor, decorrente da privação da criança em conviver com um dos pais, enseja nos filhos um profundo sentimento de frustração em vários níveis, seja de ordem emotiva, sentimental ou até mesmo afetiva. Mais ainda, essa falta de afeto entre pai e filhos desenvolve nesses, como não poderia deixar de ser, uma sensação de desamparo e carência, o que vem a gerar vários danos psicológicos àqueles que deveriam sentir-se aparados e protegidos.

Perceptível é que o abandono afetivo causa danos aos filhos. Desse modo, em conformidade com o art. 186 do Código Civil, todos aqueles que causam danos a terceiros devem repará-los, ainda que esses danos sejam exclusivamente morais. Dano moral é, segundo Rizzardo, “aquele que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a tranquilidade de espírito [...]” (2013, p. 232). Isto é, esse dano afeta o ofendido de forma direta. Segundo Pontes de Miranda *apud* Rizzardo (2013), dano moral é aquele que atinge a vítima como ser humano, ou seja, não há repercussão do dano no patrimônio do ofendido, mas em seu próprio ser. Assim, o abandono afetivo por parte dos pais com relação aos seus filhos ocasiona nesses sérios danos.

Visto que, conforme Rizzardo:

Impedir a efetivação [...] que emana do próprio ser traz graves prejuízos e frustrações na realização da afetividade, com irreparáveis efeitos negativos que repercutirão vida afora, ensejando inclusive a indenização pelo dano moral que se abate sobre o filho (2013, p. 688).

Diante do exposto pelo autor, nota-se que não respeitar o impulso natural do sentimento de afeto nas relações entre pais e filhos acarreta consequências graves nos filhos privados desse sentimento. Estes prejuízos serão observados no decorrer de toda a vida desses, isto é, as repercussões dos danos acompanharão os filhos e as filhas durante todo o transcorrer da sua existência.

Por efeito, aquele que abandonou afetivamente seu filho deve reparar o dano que causou por meio de indenização por danos morais. Como destaca Arnaldo Marmitt *apud* Rizzardo: “No dano moral, o ressarcimento identifica-se com a compensação. É uma reparação compensatória” (2013, p. 231). É evidente que a indenização paga a título de danos morais não irá desfazer todo o sofrimento gerado em virtude do abandono afetivo. Todavia, como ressaltado na passagem acima, se converterá em uma compensação devido a todas as consequências advindas desse abandono.

Segundo Dias,

A lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral. Quem causa dano é obrigado a indenizar. A indenização deve ser em valor suficiente para cobrir as sequelas psicológicas mediante tratamento terapêutico (2006, p. 107).

Conforme destaca a autora, é dever dos pais cuidar de seus filhos, pois a ausência de cuidados viola a integridades desses, o que consequentemente acarreta abalos das mais diversas ordens na criança, desde distúrbios psicológicos até, em casos extremos, problemas físicos. Diante dessas consequências, as quais geralmente se restringem a danos psicológicos, é obrigação daquele pai\mãe que abandonou seu filho indenizar os danos morais sofridos pela criança.

Ademais, como salienta a autora, a indenização deve ser estipulada em virtude dos danos morais sofridos acrescidos de indenização por danos materiais, estes correspondentes ao valor do tratamento psicológico, realizado a fim de suprir sequelas psicológicas deixadas na criança. Ora, é sabido que o dinheiro, como mencionado acima, não irá apagar o sofrimento da criança. Contudo, pode ajudá-la

a superar grande parte dos problemas advindos do abandono paterno\ materno.

Silva, com relação ao pagamento de indenização por danos morais, destaca que:

O dinheiro, pois, entra na reparação de danos morais como compensador, indireto, dos sofrimentos sentidos pelo lesado.

Graças ao seu papel econômico, facilita a aquisição de tudo aquilo que possa concorrer para trazer ao ofendido uma compensação, em alegrias, por sua angústias e sofrimentos.

Por via dele, mediatamente, se chega a pôr em confronto bens da mesma natureza moral: sentimentos interiores, não econômicos, a dor e a alegria (1999, p. 615).

A indenização dos danos morais por meio da pecúnia é uma forma de compensar, indiretamente, o sofrimento experimentado pelos filhos abandonados afetivamente por um de seus pais. Como menciona Silva, por via do dinheiro, mediatamente, é possível compensar o dano com os benefícios que aquele pode trazer à criança.

Para a quantificação da compensação por danos morais, segundo Rizzardo (2013), não há um parâmetro específico a ser adotado. Isto é, na indenização por danos morais, conforme entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça, o juiz deverá analisar as circunstâncias do caso concreto a fim de quantificar o *quantum* indenizatório devido ao ofendido.

Todavia, essa análise do magistrado não pode ser totalmente arbitrária, ou seja, estabelecida segundo sua livre convicção. Preleciona Rizzardo que alguns critérios devem ser observados pelo juiz quando da fixação do *quantum* indenizatório concernente aos danos morais, entre eles: “a intensidade do sofrimento moral [...] a gravidade do ato que acarretou a dor moral [...] o grau de maldade ou dolo do ofensor [...] e, não se pode converter o dano moral em uma fonte de lucro [...]” (2013, p. 256).

Diante desse contexto, apesar de não haver regras específicas para serem observadas pelo magistrado na fixação do *quantum* indenizatório referente aos danos morais, deve o juiz obedecer a certos critérios, como os acima mencionados.

5 CONCLUSÕES

Essa temática, a da indenização por danos morais aos filhos em virtude do abandono afetivo por parte de seu pai ou de sua mãe, foi selecionada por serem perceptíveis as constantes mudanças nas estruturas familiares e de seus reflexos na vida daqueles quem compõem essa estrutura. Hodiernamente, constatamos variados danos sofridos por crianças abandonadas afetivamente por um de seus pais, desse modo, tendo em vista que na legislação brasileira aquele que causa o dano tem o dever de reparar, não é diferente nas relações familiares, isto é, aquele pai ou aquela mãe que deixa seu filho sem amparo - e em virtude disso a criança vem a sofrer danos - tem a obrigação de reparar o dano que sua conduta gerou.

Como destacado no decorrer deste trabalho, o conceito de família advém de tempos remotos. Todavia, ele é algo constante, ou seja, mutável segundo as demandas sociais. Atualmente, o conceito de família – enquanto conceito – vincula-se ao respeito e ao afeto mútuo entre seus integrantes. Desta forma, superamos, em parte, o conceito de família patriarcal, o qual era compreendido hierarquicamente através da supremacia masculina sobre todos os integrantes do grupo familiar, e chegamos ao conceito de família afetiva.

A atual concepção de família possui, desse modo, o princípio da afetividade como norteador, no ordenamento jurídico, a fim de solucionar possíveis impasses advindos das relações familiares, além de estruturar o núcleo de sujeitos que se relacionam em família de maneira que os integrantes possam conviver de forma mais harmônica, sem deixar de lado a individualidade e as experiências de cada um.

Esse princípio, o da afetividade, demonstra a necessidade de laços afetivos entre os membros da mesma estrutura familiar, principalmente entre pais e filhos, visto que o afeto é um sentimento necessário para o sadio desenvolvimento da criança e do adolescente. Todavia, na atual sociedade, muitos pais ou mães ainda abandonam afetivamente seus filhos e filhas, o que pode vir a gerar danos.

Nesse sentido, aquele pai ou aquela mãe que gerou danos à criança ou ao adolescente, deve indenizá-los por danos morais advindos justamente do abandono afetivo, quando devidamente demonstrada a ocorrência de prejuízos ao abandonado.

Cabe destacar que nosso ordenamento jurídico não possui regras específicas a serem observadas na quantificação do valor devido a título de indenização por danos morais. Contudo, o juiz, ao analisar o caso concreto, deverá observar determinados critérios, entre eles, a intensidade do sofrimento moral, a gravidade do ato que acarretou a dor moral, além de não se converter, o dano moral, em uma fonte de lucro.

Dessa forma, cabível é a indenização por danos morais em virtude do abandono afetivo quando provado o dano sofrido por aquele que foi desamparado. E, para estabelecer o *quantum* indenizatório devido, o magistrado deverá observar aqueles critérios amplamente utilizados pela jurisprudência para quantificar a indenização por danos morais. Ressalte-se que essa indenização encontra fundamento, principalmente, no princípio da afetividade, o qual determina a necessidade de vínculo afetivo na relação entre pais e filhos.

Deve-se ressaltar, ainda, que a indenização por danos morais em virtude do abandono afetivo possui um caráter compensatório, isto é, tem por finalidade compensar àquela criança ou àquele adolescente que teve danos a partir da falta de afeto de seu pai ou de sua mãe. Diz-se compensatório visto que o dinheiro pago a título de indenização não reparará todos os possíveis transtornos desenvolvidos pela criança ou pelo adolescente, todavia irá abrandar, de forma mediata, as consequências da falta de afeto daquele genitor que deveria ampará-la.

Apesar de haver um vasto conteúdo acerca da temática em questão, essa pesquisa mostra-se necessária visto que trata de um assunto que necessita ser analisado constantemente, em virtude da instabilidade das relações familiares e suas permanentes transformações. Ademais, esse tema é inesgotável, pois trata das relações humanas, e essas também se transformam diariamente, o que gera novas demandas sociais e o direito precisa se adaptar à realidade social a fim de regulamentar, com efetividade, a vida em sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARIÉS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Traduzido por Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1978.

BARBOSA, Florentino. **A família sua origem e evolução: os três problemas fundamentais da família: o econômico, o jurídico e o educativo**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1948.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 14, p. 9, jul./set. 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**; Tradução de Leandro Konder. – 14ª Ed.- Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**. São Paulo: Atlas, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf> >. Acesso em: 28 de outubro de 2016.

LÔBO, Paulo. **O princípio jurídico da afetividade na filiação**. Revista Jus Navigandi, Teresina, Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/527>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

MADALENO, Rolf. **Novos horizontes no direito de família**. 1. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **“Novas” Entidades Familiares e seus Efeitos Jurídicos.** In: Família e Solidariedade: Teoria e Prática do Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 35- 48.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira Muniz. **Curso de direito de família.** 4. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil.** 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação.** 3ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999.

WERNER. Rafaela. **Aspectos destacados da família monoparental no direito brasileiro.** 2008. Disponível em:< <http://siaibib01.univali.br/pdf/rafaela%20werner.pdf>>. Acesso em 13 de outubro de 2016.

VIAFORE, Vanessa. **O abandono afetivo e a responsabilidade civil frente ao afeto.** 2007. Disponível em: < http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Vanessa_Viafore.pdf>. Acesso em 20 de outubro de 2016.

INDEMNITY FOR MORAL DAMAGES UNDER AFFECTION ABANDONMENT OF THE PARENTS IN RELATION TO THEIR CHILDREN

ABSTRACT

This article aims to deal with the compensation for moral damages due to the affective abandonment of the parents in relation to their children. It is intended, at first, to briefly

discuss the evolution of the concept of family. In a second moment will be approached the principle of affectivity as guideline for the familiar relations. In the third and last moment, the moral damages will be analyzed, especially the requirements and the legal parameters to establish the quantum indemnity due to the abandonment affective. For the elaboration of this work, a deductive method was used, starting from the general approach on the concept of family, to arrive at the question raised about the indemnification for moral damages resulting from the affective abandonment experienced by children and adolescents.

Keywords: Family Affectionate Abandonment. Moral damages. Quantum indemnity.



SIGNIFICADO POLÍTICO DA DOGMÁTICA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: A INSIGNIFICÂNCIA NA ORDEM NORMATIVA CONGLOBADA

Natália Silveira Sarmiento¹

RESUMO

O presente artigo investiga o princípio da insignificância em face do silogismo retórico (também chamado de Entimema). Especificamente, critica a falta de objetividade dos critérios autorizadores da incidência do princípio bagatelar atualmente utilizados pelos tribunais superiores. Ainda, questiona a sua própria fixação com status de único ponto de partida, fundamentando referido posicionamento crítico no uso da Retórica com o fim de determinar verdades universais e permanentes, o que seria divergente à própria razão de ser da mesma. Busca-se, contrariamente ao atual método dominante no Supremo Tribunal Federal (STF), uma análise casuística de cada situação observada, na tentativa de atingir uma objetividade necessária (e autorizadora) à atuação do Direito Penal.

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Email: nataliassarmiento@hotmail.com

Palavras-chave: Princípio da insignificância; Entimema; Ordem normativa conglobada.

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, a razão de ser do presente estudo justifica-se na urgência em criticar a atuação do Judiciário quando contraditória ao objetivo principal da dogmática penal, qual seja, tornar previsível a decisão do juiz, a fim de evitar as arbitrariedades e a insegurança jurídica. Referido objetivo é alcançado quando não resta configurada a alienação política do técnico, isto é, quando presente os critérios de proporcionalidade em sua decisão: quando a violência da pena justifica a violência do fato analisado em concreto.

O Silogismo Retórico, também chamado de Entimema, sintetiza um paradigma da constitucionalização do direito penal, com a essencial observância dos princípios da legalidade e da dignidade da pessoa humana. Diante de uma maior liberdade na aplicação do direito penal (a fim de corrigir as distorções na proporcionalidade entre a violência da pena e violência do fato em concreto), representada pelo limite positivo entimemático, deve-se buscar elementos justificativos (os quais podem ser representados por, não apenas um, mas vários pontos de partida) os mais objetivos possíveis, a fim de tornar cada vez mais previsível a decisão do teórico, não se podendo diluir nem dissolver a aplicação do direito dentro de uma total imprevisibilidade.

Se o Direito Penal segue em um sentido de atuar apenas quando a violência da pena for proporcional à violência do fato, é dever (e direito) de todos confrontar quaisquer ideias ou atos que não caminhem nesse sentido. O sentido político do Direito Penal só restará configurado (e assim não haverá alienação do técnico) quando vincular o entimema ao método penal, o que efetivamente não resta demonstrado com o estabelecimento dos quatro critérios definidos pelo Supremo Tribunal Federal para a incidência do princípio da insignificância. Tais critérios,

na medida em que são completamente desprovidos de imprescindível objetividade, mostram-se insatisfatórios a ocupar o espaço de premissa maior da conclusão incidência do princípio bagatelar.

Nesse sentido, o que se entende por “mínima ofensividade da conduta do agente”, “nenhuma periculosidade social da ação”, “reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento” e “inexpressividade da lesão jurídica provocada”? Referida interpretação não será atingida sob o ponto de vista objetivo e universal, pois esses critérios são, em realidade, padrões retóricos completamente vazios.

A crítica a referidos critérios encontra sustentação, ainda, em sua própria fixação com o status de norma direcionativa, isto é, com status de única verdade a ser seguida. O objetivo da Retórica é atingir efeitos imediatos, não abrangendo as argumentações com forma científica, isto é, que pretendem validade universal e permanente.

Nesse sentido é que se insere a investigação do presente trabalho, que buscará, em linhas gerais, investigar a débil aplicação do princípio da insignificância na seara penal brasileira, a partir da crítica aos critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal. Especificamente, a pesquisa concentrará seus esforços para investigar: a relação entre política e dogmática penal; a Teoria da Tipicidade Conglobante no contexto da exclusão da tipicidade material provocada pela insignificância do fato; o bem jurídico como limitador do *ius puniendi* estatal, e o silogismo retórico (Entimema) na aplicação do princípio de bagatela.

2 DOGMÁTICA E POLÍTICA PENAL: LEGALIDADE X LITERALIDADE

A atuação penal (do técnico ou do político) deve seguir, sempre, posicionamentos políticos criminais, na medida em que a tutela dos bens jurídicos mais importantes ocorre segundo juízos de valor considerados imprescindíveis. A importância da política no discurso jurídico penal explica-se pelo fato de que o próprio poder Judiciário faz parte do

governo. Referida correlação argumentativa fundamenta-se através de uma outra correlação: quem está na política possui condição de mando (poder), da mesma forma que a jurisdição (dizer o direito) representa a detenção de poder. Ou seja, é como se a política fosse o gênero, e os poderes do Estado as espécies. Assim é que Zaffaroni apresenta como o significado político a possibilidade de escolha do técnico, dentro do método (respeitando assim a legalidade), de decisões que não cumpram os fins da dogmática.

Há casos, contudo, em que ocorre uma desvinculação entre o discurso jurídico penal e a política, o que acaba por prejudicar o método da dogmática jurídico penal². A aproximação entre dogmática e política penal é importante porque somente assim pode-se afastar a legalidade da mera literalidade e aproximá-la da substância. Uma das consequências de referida desvinculação é o não alinhamento entre a teoria e a prática, o que acaba por possibilitar a arbitrariedade judicial, isto é, a possibilidade de diversos caminhos baseados em distintos discursos. É o que Zaffaroni chama de autismo na discussão jurídico penal, quando não se observa a realidade política, consubstanciando uma aplicação autoritária do direito. Ou seja, sempre que houver o distanciamento entre o direito penal e a política, restará consubstanciado referido autismo, que seria a falta de crítica, a aplicação pura e automática do direito. E quando isso ocorre, ou o técnico será alienado politicamente ou o político será alienado tecnicamente.

Por outro lado, também não deverá ser permitido o discurso político alheio ao método, uma vez que isso também é instrumento de arbítrio, isto é, não é possível a ausência da limitação oriunda do método, haja vista ter a dogmática atuação preponderante: o princípio da legalidade evitando arbitrariedades. Assim, pode-se dizer que nenhum excesso será permitido: nem o autismo político nem o autismo metodológico.

2 ZAFFARONI, Eugenio Raul. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: BdeF, 2005. P. 73.

O significado político da atuação do técnico encontra-se exatamente no uso do Entimema, uma vez que, pelo poder que tem, ele possui a liberdade de escolher a premissa maior para fundamentar a sua decisão (que seria a conclusão do silogismo retórico). A própria Constituição Federal brasileira confirma isso quando prevê que toda decisão é produto de um livre convencimento, devendo, contudo, ser sempre fundamentada (Princípio do livre convencimento motivado), e desde que dentro dos limites impostos pela lei e pela Constituição.

Finalizando, cumpre-se destacar que o técnico não será politicamente alienado se ele trabalhar com critérios de proporcionalidade na escolha entimemática, isto é, a atividade política será legitimada quando o entimema estiver vinculado ao método, conforme será visto adiante. Assim, o viés político está definido quando da superação de um mero silogismo, ou seja, já que jurisdição (que, etimologicamente, significa dizer o direito) significa poder, que seria exatamente essa liberdade de escolha da premissa maior.

3 A ORDEM NORMATIVA CONGLOBADA

Inicialmente, importante mencionar que a estruturação do princípio de bagatela não seria possível sem o desenvolvimento de um conceito de tipicidade material, segundo a qual o comportamento delitivo deve, além de violar a norma penal, afetar as normas de valoração reconhecidas culturalmente. Assim, pode-se afirmar também que a integração entre o conceito de tipicidade material e o objeto do Direito Penal (a proteção de bens jurídicos) permite o desenvolvimento do princípio da insignificância³.

3 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2012. P. 120.

Segundo Zaffaroni, a análise da tipicidade penal não se esgotará com a tipicidade legal, pois imprescindível também a análise de uma segunda forma de tipicidade penal, qual seja, a tipicidade conglobante. Assim, comprovada a tipicidade legal, deverá observar-se se o bem jurídico tutelado foi, de fato, afetado. Para isso, deverá ser observada a norma conglobada com o ordenamento jurídico a que pertence, analisando se está ou não limitada por outras normas proibitivas, que, por ordenar ou favorecer a conduta, eliminam a afetação ao bem jurídico tutelado e a correspondente tipicidade penal da conduta. Ou seja, as afetações de bens jurídicos exigidas pela tipicidade penal sempre deverão ter uma certa gravidade, uma vez que nem toda afetação mínima ao bem jurídico é capaz de configurar a afetação mínima urgente à tipicidade penal. Também deverá ser observado se a proibição, nos limites insignificantes de afetação, possui sentido para o objetivo geral da ordem jurídica, qual seja, e conforme Hans Welzel, conservar a paz e evitar a guerra civil, isto é, a guerra de todos contra todos (“*bellum omnium contra omnes*”)⁴.

Nesse sentido, além do tipo legal, há outro tipo, que também pertence ao tipo penal: é um tipo conglobante, que serve para estabelecer a tipicidade conglobante de uma conduta legalmente típica. O tipo conglobante é de extrema importância porque esclarece se a conduta é antinormativa e se, exatamente por isto, houve a ofensa ao bem jurídico tutelado. Dessa forma, a tipicidade conglobante atua como corretivo da tipicidade legal, reduzindo o âmbito da tipicidade ao que realmente a norma conglobante proíbe. Assim, a tipicidade penal é formada pela tipicidade legal corrigida por uma outra espécie de tipicidade: a tipicidade conglobante, que confirma (ou não) a proibição do ato a partir da análise da proibição da norma, está compreendida não de forma isolada, mas conglobada na ordem normativa.

A ordem jurídica estabelece-se mediante um funcionamento harmônico de normas proibitivas e preceitos permissivos, além de uma

4 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*. Parte General. Buenos Aires: Ediar, 1980. Volume III. P. 235.

ordem normativa (conglobada), conforme visto anteriormente. Para que a aspiração ética do Direito esteja configurada, faz-se urgente que essas normas e preceitos não operem de modo contraditório, pois do contrário restaria presente a arbitrariedade: quando há contradição, não há ordem; quando não há ordem, não há pauta; sem pautas não há internalização possível, pela falta de objeto da mesma. Ou seja, essas contradições não podem concretizar nenhuma ética jurídica⁵.

Convém recordar que uma das funções da tipicidade é a função de garantia, que se relaciona ao princípio da legalidade, na medida em que só há pena se houver previsão legal da mesma. Nesse sentido, e conforme Zaffaroni, importante destacar que a tipicidade conglobante não é uma renúncia à legalidade do tipo penal, na medida em que o tipo conglobante também é legal, posto que também surge da lei (a norma proibitiva conglobada com toda a ordem normativa).

4 O BEM JURÍDICO COMO ELEMENTO NORTEADOR DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL

A dogmática penal e a teoria do crime impõem um limite ao *jus puniendū*, isto é, ao poder-dever de punir, cuja titularidade pertence apenas ao Estado. Nesse contexto, no Estado Democrático de Direito, o Direito Penal está limitado a situações em que este seja indispensável (refletindo a ideia dos princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e intervenção mínima). Para descobrir o que é compreendido como indispensável à referida intervenção, é importante conhecer o objeto do Direito Penal.

Em 1834, o conteúdo da tutela penal é alvo de grande polêmica - protagonizada por artigo escrito por Joahnn Birnbaum - cuja

5 Ibid., p. 234.

6 BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012. P. 181.

consequência é o entendimento de que o objeto de referida tutela é o bem⁷, que logo passou a ser denominado de bem jurídico. A ideia central de Brindam parte de crítica à definição de crime dada por Anselmo von Feuerbach, qual seja, o crime como lesão a direito de outro, enquanto para Birnbaum apenas os bens podem ser lesionados, isto é, o delito lesiona o bem (algo pontual, e não genérico, representado pelo caso concreto), e não o direito àquele bem. Referida crítica ocasionou mudanças significativas no tocante à lesão efetiva ao bem jurídico (e não ao direito), importante ao princípio ora estudado, o que será elucidado mais adiante.

Apesar da grande evolução conceitual por que passou o bem jurídico no decorrer do século XX, a ideia do bem jurídico como objeto do direito penal é seguida por grande parte da doutrina. Segundo José Cerezo Mir, o objeto do Direito Penal é, consoante posição majoritária da dogmática moderna, a proteção dos bens vitais fundamentais dos indivíduos e da comunidade, os quais, devido à referida proteção, são elevados à categoria de bens jurídicos⁸. Realizando uma interrelação entre os dois institutos próximos que ensejaram a antiga polêmica, Polaino Navarrete defende que o objeto do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos, a fim de evitar a sua lesão, o que acabaria por confirmar a autoridade da norma jurídica. Em outras palavras, a norma não visa a sua própria proteção, mas a dos bens nela inserida, e esta proteção é que protegeria a norma. Outrossim, o Direito Penal é necessário quando o exigir a proteção dos bens jurídicos⁹, isto é, o direito penal ganha legitimidade quando se reveste da função de proteger bens jurídicos¹⁰.

Nesse contexto, faz-se mister, na análise da tipicidade conglobante (e a sua aplicação à incidência do princípio da insignificância), a afetação do bem jurídico. A norma não poderá proibir as condutas que

7 Ibid., p. 119.

8 CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español*. Madrid: Tecnos, 1993. P.15.

9 BRANDÃO, op. cit., p. 114.

10 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. P. 7.

não afetam o bem jurídico, isto é, nos casos em que o tipo legal tenha se configurado, mas o bem jurídico não tenha sido afetado (baseado no entendimento da proibição da norma conglobada à ordem normativa) não restará configurada a tipicidade penal. É exatamente nesse ponto em que se enquadra parte do objeto do presente estudo: o princípio da insignificância, cuja premissa parte da necessidade de uma afetação relevante ao bem jurídico para que reste configurada a afetação requerida pela tipicidade penal.

5 O MÉTODO ENTIMEMÁTICO

5.1 O Silogismo Retórico

Durante o período do Iluminismo, objetivou-se, dentre outras idealizações, pôr fim ao arbítrio dos juízes. A lei, então, passou a ter um valor inestimável, sendo considerada o centro do Direito, e acreditando-se ser ela englobadora de todos os direitos existentes na sociedade. Em meio a essa concepção, o direito é aplicado através do Silogismo Demonstrativo: a lei como a premissa maior; o caso concreto, a premissa menor; e a sentença judicial como a conclusão de referido silogismo.

Nesse contexto, importante destacar o papel preponderante do Marquês de Beccaria, que, em sua obra “Dos delitos e das penas”, influenciado pelo contexto histórico e político da época, defende que aos juízes está vedada a interpretação das leis penais, sob o fundamento de que a consulta ao “espírito das leis” seria temerária, pois haveria a possibilidade de existir opiniões contrárias às garantias do texto legal. Ocorre que referido entendimento é, em verdade, um equívoco, na medida em que o Direito se apresenta como uma ciência cultural, e não natural, o que, obviamente, obriga o uso de outro método silogístico.

Em estudos sobre a dedução lógica, procurando sistematizar a Retórica, pode-se falar em três tipos de silogismos: a) o demonstrativo ou científico (explicado anteriormente); b) o dialético: se baseia em

premissas prováveis; c) o retórico: também chamado entimema¹¹, que é o meio técnico, advindo da dialética, e transposto para a retórica¹². Realizada tal distinção, pode-se falar que o método de aplicação do Direito não poderá ser o silogismo científico, uma vez que se trata de ciência cultural (e não natural, onde se aplicaria o silogismo científico).

Ainda, faz-se mister destacar a distinção realizada por Aristóteles, em *Tópica*, entre o silogismo Dialético, também chamado de Epiquirema, cujas premissas são universalmente aceitas, e o Entimema, que é persuasivo. Ou seja, ainda que ambos utilizem-se da argumentação para atingir os seus objetivos, no Epiquirema há uma verdade universal aceita, enquanto no Entimema há uma verdade construída a partir do poder de persuasão.

Assim, no Direito, não existe uma verdade real, isto é, a lei não engloba toda a imensidão de condutas existentes. Para atingir uma suposta verdade (que não é única), será necessário fazer uso da argumentação, da retórica, através do Entimema. Não se quer diminuir com isso, por óbvio, a importância da legalidade no âmbito penal; mas apenas demonstrar que a premissa maior da lógica silogística poderá ultrapassar os limites legais (normas supralegais), desde que em benefício do réu.

5.2 O Entimema no Direito

Entimema, que etimologicamente significa refletir ou considerar, é classificado como silogismo retórico, cujo objetivo é o convencimento, sem que para isso seja necessária uma estrutura rígida de lógica. Na estrutura entimemática, uma das premissas está elíptica, sendo necessário o uso da retórica para determiná-la, buscando-se o convencimento na determinação da premissa maior (no entimema

11 BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012. P. 196.

12 ADEODATO, op. cit., p. 296.

de primeira ordem) ou da premissa menor (no entimema de segunda ordem).

No Direito, impera o entimema de primeira ordem: diante do caso concreto (premissa menor), o julgador pensa na solução mais viável (conclusão) para, só então, buscar a norma que a justifique (premissa maior). O juiz é motivado por uma intuição sobre o que entende ser certo ou errado¹³, em uma espécie de julgamento interior, para, a partir daí, buscar meios que justifiquem esse “pré-julgamento”, isto é, utilizando-se de uma premissa maior fundamentadora.

Ocorre que referida premissa maior não pode ser entendida conforme uma norma fechada e concretizada, na medida em que o texto alcançado não pode ser confundido com a norma, e sim utilizado como o início da argumentação. Assim é que, apenas quando o texto efetivamente corresponder ao caso concreto, a norma irá atingir a sua essência plena¹⁴. Nessa perspectiva, observa-se que a norma geral não está previamente apresentada, mas tão somente o seu texto, isto é, tão somente a sua mera literalidade, cuja interpretação se dará com a concretização normativa diante do caso concreto, o que demonstra-se tão urgente ao presente estudo: a norma analisada consoante uma ordem geral, observando a real e efetiva afetação ao bem jurídico, o que ratifica a questão levantada por Zaffaroni quando desenvolveu a sua teoria da tipicidade conglobante.

Esse método penal entimemático é limitado por dois parâmetros: a) o limite negativo: caso a conclusão seja em prejuízo do réu, a escolha da premissa maior está limitada pelos símbolos linguísticos da lei (tipicidade), isto é, o que não for típico não poderá ser objeto do direito penal; b) o limite positivo: quando restar constatada a falta de proporcionalidade entre a violência da pena abstrata e a violência do

13 Ibid., p. 310.

14 Ibid., p. 279.

crime, para corrigir essas distorções, utiliza-se a premissa maior supra legal que aumente o âmbito de liberdade¹⁵.

Em outras palavras, o método dogmático que o técnico faz uso apresenta dois limites: um limite positivo e um limite negativo, que se diferem pelo critério de estar em benefício da parte e de estar em prejuízo da parte. Pela interpretação constitucional do direito penal, somente é possível aplicar fora da lei uma punição se isso servir para beneficiar o réu, pois, do contrário, violaria o princípio da legalidade. Ou seja, é possível, dentro do poder que o técnico possui, escolher algo que está fora da letra da lei para corrigir a falta de proporcionalidade entre a violência do fato e a violência da pena.

Na análise da aplicação do princípio da insignificância, em casos onde esteja ausente lesão ou ameaça a lesão, e reste constatada uma desproporcionalidade entre a ação e a aplicação da pena que a esta seria cabível (pena abstrata), o julgador tem o poder-dever de afastar a tipicidade material (seguindo a tipicidade conglobante, isto é, levando em conta a norma geral), recorrendo, para fundamentar tal decisão, a uma premissa maior supra legal.

6 CONCLUSÕES

O ordenamento jurídico constitui-se de fontes do direito, e não de normas. Segundo João Maurício Adeodato, fontes do direito são significantes, e normas jurídicas são significados cujo sentido só se pode alcançar diante do caso concreto. Isso não retira, por óbvio, a importância das fontes de direito, uma vez que o jurista deve, inicialmente, utilizar-se destas, o que Tércio Ferraz defende por inefabilidade dos pontos de

15 BRANDÃO, op. cit., p. 207 et seq.

partida¹⁶, isto é, um argumento é juridicamente aceitável se e à medida que toma por base uma norma jurídica, que será exatamente o dogma desse tipo de direito¹⁷: argumentar a partir do texto de alguma norma jurídica do sistema.

Outrossim, a norma jurídica apresenta-se como um significado a ser atingido quando da decisão do caso concreto, o que explica, por exemplo, a teoria estruturante de Müller quando diz que o legislador apenas elabora o texto, ou seja, sendo este apenas um ponto de partida para atingir-se a norma diante do caso concreto. Ainda, conforme Cláudio Brandão, a norma é um imperativo, representando um comando ideal de comportamento (que encontra-se no plano das ideias), isto é, trata-se da lógica racional da lei (texto): a expressão “Matar alguém”, por exemplo, possui como imperativo de comportamento a ideia de que não se deve matar, enfatizando, pois, a urgência em não confundir o texto e a sua norma.

A realidade brasileira na atuação dos Tribunais, contudo, demonstra, não raro, graves debilidades no tocante à dogmática jurídica, como, por exemplo, a elaboração de textos genéricos, sem o alcance restrito de sentenças, o que afrontaria diretamente a separação de poderes constitucionalmente prevista¹⁸. O princípio da separação de poderes (também chamado de princípio da inibição recíproca de poderes) limita ao Judiciário a aplicação contenciosa da lei, atuando como elo entre a norma geral posta pelo Legislativo ou Executivo e o conflito concreto, ou seja, a atuação do Judiciário deverá se basear em uma neutralidade ética e um domínio técnico da lei¹⁹. É exatamente nesse ponto onde

16 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. P. 95.

17 ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 175.

18 ADEODATO, op. cit., p. 105.

19 ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 71.

está explícito o objetivo do presente estudo, qual seja, a crítica à própria fixação de critérios com identidade de verdade universal e permanente pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que referida atribuição, se fosse cabível, não seria de competência de quaisquer órgãos do poder Judiciário.

Em 2004, no HC 84.412/SP, o STF definiu os critérios para aplicação do princípio da insignificância, que são: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Ocorre que é um equívoco considerar tal decisão como uma verdade universal, isto é, não é correto considerar os critérios utilizados para referido caso como critérios universais aplicáveis a todos e quaisquer casos em que se discuta a incidência do princípio da insignificância. A decisão não decorre da norma geral, já que o julgador primeiro decide, para só depois ir buscar no sistema o fundamento textual de sua decisão; e faz isso, em muitas vezes, pensando que trabalhou dedutivamente, isto é, a partir de uma regra previamente posta²⁰. Conforme Katharina Sobota, o processo decisório não é governado por normas universais, mas sim moldado e constituído por padrões mutáveis, regularidades, que não fornecem qualquer descrição universal²¹.

A construção lógica na decisão de incidência do princípio bagatelar partirá de um caso concreto (premissa menor), a partir do qual intui-se a exclusão da tipicidade – incidência do princípio da insignificância (conclusão), cuja fundamentação deverá partir de uma norma geral conglobada, que poderá ser representada fisicamente por, não apenas um, mas vários “textos”. Ou seja, não é coerente a uma visão retórica do Direito a defesa de que critérios utilizados em um determinado caso concreto sejam classificados como o único ponto

20 Ibid., p. 77.

21 SOBOTA, Katharina. Não mencione a normal. *Anuário dos Cursos de Pós Graduação em Direito*. Nº.7 Recife: Ed. Universitária da UFPE, 1996. P. 255.

de partida possível: os critérios definidos pelo STF até poderiam ser cabíveis na análise de um caso concreto distinto (se fosse o caso, o que não parece ser, devido à falta de objetividade em referidos critérios, conforme analisado anteriormente), mas também poderão não ser cabíveis (e, neste caso, outro “texto” servirá como o ponto de partida).

É exatamente nesse ponto que reside a problematização do presente estudo: referidos critérios de aplicação do princípio da insignificância são, na verdade, padrões retóricos completamente vazios, porque não dá para mensurá-los sob o ponto de vista objetivo e universal, o que abre espaço para decisões arbitrárias e não previsíveis, distanciando-se do objetivo da dogmática (tornar previsível a decisão do juiz), além de pôr em cheque a segurança jurídica no processo penal. Outrossim, surge um outro problema: tais critérios, se fossem cabíveis, seriam apenas critérios e o ponto de partida do referido caso concreto, e não “critérios – normas gerais” ou, aproveitando das contribuições zaffaronianas, “critérios – norma conglobante”.

Assim, o intérprete não dispõe dos argumentos, na medida em que, por ser uma ciência cultural, no Direito não há verdades universais, ou seja, não há um argumento findo e concreto para determinado caso, mas sim um universo de argumentos e/ou verdades que serão ou não utilizados, o que dependerá da essência humanística do intérprete ou, como entende João Maurício Adeodato, de uma intuição particular do que é certo ou errado²². Ainda, conforme Cláudio Brandão, havendo *iuris dictio* (dizer o direito), haverá poder, que é personalíssimo de quem o exerce, isto é, o poder não consegue ser metafísico. E, apesar de ter um tratamento metafísico e ontológico universal, o poder é exercício, cuja concretização se dá, no Direito, com a escolha de premissa, e, no direito penal, ele se torna legítimo quando vincula esse entimema ao método.

A linguagem torna-se mais precisa quando vinculada a dados descritivos. É verdade que sempre haverá algum caráter de imprecisão,

22 ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 278.

uma vez tratar-se o Direito de uma ciência cultural, onde não há uma verdade real, mas sim várias verdades argumentadas, retoricamente aceitas. É possível, contudo, reduzir a complexidade dessa imprecisão fazendo uso de elementos descritivos, onde não caiba o uso ilimitado do poder. No direito penal, essa atividade política de poder só será legitimada (sendo o técnico não alienado) quando estiver de acordo com o limite positivo e negativo do direito penal, quando vincular o entimema ao método penal, o que efetivamente não resta demonstrado com o estabelecimento dos quatro critérios definidos pelo STF.

Em outras palavras, só restará satisfeita a justificação do limite positivo do método penal, diante da desproporcionalidade entre a violência da pena abstrata e o fato, quando houver uma objetivação dos referidos critérios. Não se pode dizer, de forma objetiva, o que significa, por exemplo, uma mínima ofensividade da conduta ou um reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, mas posso observar, por exemplo, de forma objetiva, a ofensa ou não do bem jurídico, observando-se o todo do ordenamento (ordenamento global), isto é, a sua norma conglobante. E, urgente reforçar, que a norma conglobante poderá ser perquirida a partir de, não uma (ou um rol de critérios taxativos), mas *n* possibilidades, *n* pontos de partida, que poderão variar caso a caso, a partir de uma acertada análise casuística.

Finalizando, conforme Lênio Streck, não existem “capas de sentido” depositadas em algum banco ou reservatório linguístico, à disposição do intérprete, prontas para serem acopladas à pretensa nudez dos textos ou objetos, isto é, não existem fórmulas capazes de dar fim a uma discussão²³. O que, inevitavelmente, incorre na necessidade (dever!) de uma análise casuística do caso (concreto!) em que se discute a incidência do princípio da insignificância, observando-se algo mais que critérios utilizados em uma decisão particular: o fundamento maior (a

23 STRECK, Lenio Luiz. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa. XLVI. 2006. P. 59.

norma conglobada de Zaffaroni), não apenas da incidência do princípio bagatelar, mas principalmente da incidência do próprio Direito Penal (a *ultima ratio*), qual seja, a ofensa ao bem jurídico.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *A construção retórica do ordenamento jurídico*. Noeses, 2013.

_____. *A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALDANHA, Nelson. Racionalismo jurídico, crise do legalismo e problemática da norma. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*. Recife. N.º 10. 2000.

SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma!. *Anuário dos Cursos de Pós Graduação em Direito*. N.º.7 Recife: Ed. Universitária da UFPE, 1996.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2012.

BRANDÃO, Cláudio. *Significado político-constitucional de direito penal*. Direito Penal Contemporâneo. São Paulo: RT. 2007.

_____. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Madrid: Tecnos, 1993.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

STRECK, Lenio Luiz. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa. XLVI. 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: BdeF, 2005.

_____. *Tratado de derecho penal*. Parte General. Buenos Aires: Ediar, 1980. Volume III.

POLITICAL SIGNIFICANCE OF THE DOGMATIC PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE: THE INSIGNIFICANCE IN THE CONGLOBED NORMATIVE ORDER

ABSTRACT

This paper investigates the principle of insignificance in contrast with the rhetorical syllogism, which is also known as Enthymeme. Specifically, it criticizes the lack of objectivity in the criteria that allows the use of the said principle as well as its own legal implementation (with a status of the only starting point) justifying said critical belief in the use

of rhetoric with the scope of determinate permanent and universal truths, that being divergent to its own reason. In opposition to the current method, this article aims to make a casuistic analysis of every case.

Keywords: Principle of insignificance; Enthymeme. Conglobed normative order.



OS PRECEDENTES JUDICIAIS E O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: UMA INTRODUÇÃO AO TEMA

Aglene de Arruda Moreira Sotero¹

Matusalém Jobson Bezerra Dantas
Professor Orientador

RESUMO

O Brasil é um país que pertence ao sistema da *civil law*, ou seja, tem suas raízes jurídicas fundamentadas nessa família do direito que é caracterizada pelo emprego da lei como fonte primária do direito. Não obstante tal característica do ordenamento jurídico brasileiro, este, há algum tempo, tem se aproximado do sistema da *common law*, na medida em que utiliza, mesmo que de forma secundária, institutos que são comuns ao sistema anglo-saxão. A utilização de precedentes é algo que aos poucos vinha adentrando no Brasil. A aplicação de jurisprudência dominante como fundamento para decisões é um exemplo dessa paulatina aproximação. Com o advento do CPC/2015 o que antes poderia ser considerado como precedente persuasivo passa, por força de lei, a ser obrigatório.

1 Pós-graduanda pela ESMARN/UFRN. Email: aglene_ams@yahoo.com.br.

Palavras-Chave: Precedentes. *Civil law. Common law.* CPC/2015.

1 INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil (NCPC) positiva algo que aos poucos vinha se consolidando no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria dos precedentes judiciais. Tal teoria, há muito conhecida e aplicada no direito anglo-saxão, tem uma influência considerável na manutenção da segurança jurídica de um ordenamento.

A discussão acerca do tema dos precedentes judiciais mostra-se bastante pertinente na medida em que se trata de um assunto que tem despertado muitas discussões, especialmente, no âmbito do direito processual civil. O presente trabalho não pretende esgotar o tema, como já denunciado em seu próprio título, mas tão somente proceder uma introdução a ele.

O presente artigo traz à baila termos e conceitos importantes para se entender e discutir o tema dos precedentes judiciais, bem como apresenta, ainda que de forma breve, o modo como os precedentes judiciais obrigatórios se relacionam com o sistema jurídico brasileiro.

Neste artigo são apresentados os conceitos básicos necessários ao bom entendimento do trabalho, tais como: sistemas jurídicos da *civil law* e *common law*, teoria dos precedentes judiciais e seus institutos, a saber, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing*, *overruling* e *stare decisis*.

2 OS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS OCIDENTAIS: *CIVIL LAW E COMMON LAW*

Toda sociedade tem o anseio por ordenação no meio em que vive. A ordem representa um importante papel na vida dos seres humanos. Para Reale (2002, p. 2), pode-se dizer “que o Direito

corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade”. Nascimento (1997, p. 3), argumenta que “o direito atua como força de contenção dos impulsos individuais e egoístas do homem, o que torna a sua presença inevitável no seio do grupo social”. Pensadores como Edgar Bodenheimer (1966) acreditam que seria impossível vislumbrar o avanço das civilizações sem a presença de regulamentações jurídicas. Diante dessas observações fica notória a importância da presença do direito para a harmonização e ordenação da sociedade. Mas, o que é o direito?

Tal pergunta pode ser respondida de várias formas e tomando por base diferentes fundamentos. Mas, partindo do básico, pode-se iniciar sua explicação por sua etimologia. O vocábulo “direito” vem do latim *directus*, que significa reto, que segue em linha reta, que segue regras ou ordens preestabelecidas (HOUAISS, 2009). Na gramática portuguesa, assume diversos papéis; pode ser substantivo, adjetivo ou advérbio. Se a definição for semântica também assume diferentes facetas, tais como: “lei”; “ciência que estuda as normas jurídicas”; “aquilo que está correto” etc.

Explicado o conceito de direito, é possível passar a explicar como ele se organiza. Pois bem, toda sociedade tem uma ordem jurídica em vigor, como já dizia a conhecida frase: “*Ubi societas, ibi jus*” (onde está a sociedade está o direito). Essa ordem jurídica é um quadro onde se estabelece e se organiza o direito de cada sociedade ou de cada país.

Pode-se dizer que essa organização e estabelecimento das regras de direito de uma sociedade forma o seu ordenamento jurídico. E o fenômeno jurídico é algo complexo, constituído de vários elementos. Já dizia o pensador René David (2002) que no ensino do direito o que é importante não é o aprendizado das regras, pois estas são mutáveis; o que, realmente, importa é aprender o quadro no qual são ordenadas as regras, é entender a significação dos termos que elas utilizam e os métodos utilizados para fixar seu sentido e harmonizá-las entre si, ou

seja, é necessário entender o fenômeno jurídico, o sistema no qual se fundamenta e a ordem em que ele se instala.

Cada país tem sua própria ordem jurídica, daí é possível imaginar a quantidade de “direitos” que existe. Mas, apesar de cada ordenamento jurídico resguardar as suas peculiaridades, a depender da sociedade ou país em que estão inseridos, tais ordenamentos possuem também características que os aproximam, pois fundamentam-se em elementos similares, quando não idênticos.

Esses elementos são extraídos do que se conhece por “família do direito” ou “sistema de Direito”. Por exemplo: o ordenamento jurídico do Brasil e o da Argentina não são iguais, porém, estão embasados no mesmo sistema jurídico ou “família do direito”, que é o *civil law*. Do mesmo modo, Estados Unidos e Inglaterra, com ordenamentos diferentes, fundamentam-se em um mesmo sistema, o *common law*.

Esses dois sistemas jurídicos supracitados correspondem aos dois maiores sistemas de direito contemporâneo ocidental. Embora não sejam os únicos, eles são os que influenciam a maior quantidade de ordenamentos jurídicos pelo mundo. Por isso, entende-se importante tecer algumas considerações acerca dos referidos sistemas para que possam ser melhor compreendidos, bem como, tal elucidação possibilite o entendimento dos elementos que serão apresentados ao longo deste trabalho.

Iniciando com a família romano-germânica, como o próprio nome denuncia, ela reúne países que têm seus ordenamentos jurídicos fortemente influenciados pelo direito romano. Formou-se na Europa Continental tendo seu crescimento ocorrido pelos fenômenos da expansão e recepção. Do ponto de vista científico, o direito romano-germânico surge no século XIII com o renascimento dos estudos do direito romano nas universidades (DAVID, 2002).

Uma das características da família romano-germânica, que dificilmente passa despercebida, é a codificação e isso dá-se pelo modo como é concebida a ideia de regra de direito.

A codificação é base fundamental para a concepção de regra de direito na família romano-germânica. Nessa família, a regra de direito não é dita pelos juízes, mas surge a partir de uma reflexão fundada sobre a observação prática e sobre considerações a respeito da justiça, da moral, da política, da harmonia do sistema, elementos, esses, que conforme a lógica romano-germânica, podem escapar ao juiz (DAVID, 2002).

Nesse sistema o paradigma fundamental é a norma legal (codificação) e há nele uma grande abertura para a interpretação dos aplicadores da norma, na medida em que a regra elaborada pelo legislador não tem o condão de pormenorizar detalhes ou de prever casos concretos, mas de estabelecer um quadro abstrato no qual os casos possam encaixar-se, a conhecida subsunção à norma; assim, fica o juiz com espaço para aplicar a interpretação conforme o caso concreto.

Esse ato de interpretar, ao qual o juiz lança mão, utiliza, também, outras fontes de direito, tais como: a doutrina, a jurisprudência, o costume e os princípios gerais. O que se denota que a família romano-germânica não possui como exclusiva fonte de direito a lei. Apesar de esta ser sua base primária, não é a única na qual aquela se sustenta, sendo considerada como um ponto de partida em busca da realização da justiça.

No que diz respeito à família da *Common Law*, é necessário conhecer um pouco da história do direito inglês para entender os primórdios da referida família. Isso porque o sistema da *common law* desenvolveu-se, principalmente, no seio desse direito.

O jurista comparatista René David, em sua obra: “Os grandes sistemas de direito contemporâneo”, elenca como períodos da história do direito inglês quatro momentos: 1º - O período anglo-saxônico (que antecede a conquista normanda); 2º - O período da formação da *common law* (1066 - 1485); 3º - O período da rivalidade com a *equity* (1485 - 1832); e o período moderno.

Considera-se como marco inicial da formação da *common law*, o ano de 1066, após a conquista normanda do território da Inglaterra. Antes disso, quando o território era compartilhado por diversas tribos (anglos, saxões, dinamarqueses etc.), cada uma tinha suas próprias leis.

Estas eram simples regulando apenas alguns aspectos das relações sociais. Antes da conquista normanda não havia um direito comum a toda a Inglaterra. O período considerado como de formação da *common law* foi de 1066 a 1485 (DAVID, 2002).

O que hoje entendemos por *common law* é, na verdade, um sistema de direito composto por dois “microssistemas”, a saber, a *common law* e a *equity*.

A *common law* era uma oposição aos costumes locais; um direito comum a toda a Inglaterra. E tal direito comum fora obra da atuação dos Tribunais Reais de Justiça (Tribunais de Westminster), que tinham competência para intervir em três categorias de causas: finanças reais, propriedade e posse imobiliária e questões criminais que se relacionem com a paz do reino, os demais litígios eram resolvidos fora das jurisdições reais (DAVID, 2002).

Interessante perceber que, inicialmente, a *common law* tinha um caráter mais processual, tendo em vista a questão da competência dos Tribunais Reais, pois para conseguir que sua causa chegasse a ser apreciada por eles antes era necessária a concessão de um *writ* pelo Chanceler, e cada *writ* correspondia a um dado rito processual (DAVID, 2002). Conforme René David (2002), a *common law* marcou de modo duradouro o direito inglês com algumas características, tais como: o caráter processual, a rejeição à distinção entre direito público e privado e os obstáculos criados à recepção dos conceitos e categorias do direito romano.

A *equity*, por sua vez, surgiu como um sistema diferente da *common law*. Desenvolveu-se como um conjunto de regras que vieram completar e aperfeiçoar o direito inglês. Ela surgiu da necessidade de se recorrer diretamente ao rei em busca de justiça, quando os particulares consideravam as decisões dos Tribunais reais injustas. A jurisdição da *equity* era o Tribunal da Chancelaria, operado pelo Chanceler do rei, o qual seguia um processo inspirado no direito canônico, ou seja, os métodos eram bem diferentes dos adotados pelos tribunais de *common law* (DAVID, 2002).

As fontes de direito adotadas pela família da *common law* são, no direito inglês, a jurisprudência, a lei, os costumes e a doutrina e razão; e nos Estados Unidos, a jurisprudência e a lei. É importante esclarecer algumas ideias que, no entendimento de René David, estão equivocadas ou no mínimo superadas, com relação a essas fontes, tais como, a ideia de que o direito inglês é um direito consuetudinário. Tal direito surgiu na verdade com a intenção de liquidar os direitos locais da antiga Inglaterra fazendo surgir a *common law*. Outro mito é o de que não há lei no direito inglês. Não há códigos na Inglaterra, mas o direito escrito é bastante importante e está em expansão. E nos Estados Unidos a lei é sempre muito utilizada, fazendo cair por terra a ideia que não há lei em sistemas da *common law*. Outra ideia equivocada é a de que o precedente obrigatório paralisa o direito, o que não se confirma, pois há técnicas dentro do sistema que permite a evolução deste sempre que necessário (DAVID, 2002).

Embora as duas famílias, romano-germânicas e *common law*, pertençam a um mesmo grupo macro do direito, o do “direito burguês”, em contrapartida ao “direito socialista”, as suas diferenças são bastante claras. E tais diferenças não são apenas no que diz respeito à estrutura e aos institutos e conceitos jurídicos; a forma de pensar o direito é muito diferente, ficando isso claro, inclusive, na utilização das fontes do direito, enquanto o sistema da *civil law* tem como fonte primária a lei, a *common law*, a jurisprudência.

Após esses breves esclarecimentos quanto aos sistemas de direitos contemporâneos da *civil law* e *common law*, faz-se necessário passar a explicação do conceito de precedentes judiciais, o qual será feito no próximo tópico.

3 O QUE SÃO PRECEDENTES JUDICIAIS?

Afinal, o que são os precedentes judiciais? Essa deve ser a pergunta que tem povoado os pensamentos de muitos estudantes e

profissionais da área do direito que não estão totalmente familiarizados com o tema. Principalmente com toda discussão que girou em torno do novo código de processo civil brasileiro, o qual trouxe esse tema à baila. Porém, antes de esclarecer o conceito de precedente, considera-se interessante falar sobre *stare decisis*, teoria dos precedentes e sistema de precedentes, fazendo aqui uma diferenciação que, na humilde visão da autora deste trabalho, é importante.

Quando se fala em precedentes judiciais muito se ouve os termos: teoria dos precedentes; sistema de precedentes; e *stare decisis*. Parece que muitas vezes tais termos são empregados como sinônimos, e não o são.

Observando o termo *stare decisis*, conforme menciona Lima Júnior (2017), nota-se que ele deriva de uma expressão latina “*stare decisis et non quieta movere*” que significa “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”. Daqui já é possível perceber que o termo em questão se trata de um fenômeno - pois ele é uma situação posta, um estado de coisas - o qual é defendido pela teoria dos precedentes, e tal teoria prega, exatamente, o que a expressão latina aduz, ou seja, o respeito às decisões, de caráter vinculante, emanadas dos Tribunais competentes para tal.

Já a teoria dos precedentes, como o próprio nome denuncia, é a parte onde há o desenvolvimento do instituto do precedente; onde nascem os conceitos que formulam e constituem o precedente.

Enquanto isso, o sistema de precedentes trata da aplicação da teoria, de modo que o fenômeno seja alcançado; ou seja, é aqui onde ocorre a instrumentalização da teoria, onde são desenvolvidas as ferramentas que a aplicarão.

Feita essa diferenciação, parte-se agora para o conceito de precedente. O dicionário Houaiss (2009) designa o referido termo como um vocábulo que se originou do verbo latino *praecedere* (preceder). Ao ler ou ouvir essa palavra logo vem à mente a ideia de algo que antecede, anterior, pois esse é o sentido coloquial dado a esse vocábulo quando empregado como adjetivo. Enquanto substantivo, a palavra precedente

é apresentada no dicionário como: um fato que permite entender outro fato análogo e posterior; uma decisão ou um modo de agir que serve de referência para um caso parecido; ou ainda, um fato ou ato anterior invocado como justificção ou pretexto para se agir da mesma forma.

Esclarecido o conceito do vocábulo, que, por sinal, não se distancia tanto do sentido a ele atribuído no mundo do direito, almeja-se a partir de agora tecer algumas considerações a respeito do seu conceito no âmbito jurídico. Tarefa, essa, feita de modo não exaustivo, tendo em vista que é um tema complexo que, certamente, demandaria muito tempo para que fosse contemplado em sua plenitude. Portanto, será feito o máximo possível para que fique claro e bem demonstrado o que são os precedentes judiciais, de modo que o leitor possa compreender o tema neste trabalho abordado.

O precedente judicial é algo oriundo do sistema da *Common Law* e é, comumente, aplicado em países que fazem parte dessa família de direito. Cada um desses países tem suas particularidades em seus ordenamentos jurídicos, portanto o sistema de precedentes adotado em um determinado país não é, necessariamente, idêntico ao dos outros.

Um precedente judicial é uma decisão judicial, mas não uma qualquer. Antes de ser reconhecido como precedente judicial a decisão deve apresentar algumas características que a qualifiquem como tal. O precedente é uma decisão que será tomada como base para a resolução de casos futuros.

Alguns requisitos devem ser preenchidos para que uma decisão possa ser considerada um precedente. O jurista Luiz Guilherme Marinoni (2016) preceitua que um precedente judicial é a decisão que decide a questão de direito delineando-a definitivamente e deixando-a cristalina. Ainda segundo esse renomado jurista, é preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito do caso concreto, bem como, seu fundamento deve ser compartilhado pela maioria dos membros do colegiado.

O precedente judicial é definido por Lopes Filho (2016, p. 275) como “uma resposta institucional a um caso [...], dada por meio de uma

applicatio, que tenha causado um ganho de sentido para as prescrições jurídicas envolvidas”. O referido autor, explica que o precedente traz um acréscimo de sentido e exerce uma função mediadora entre o texto e a realidade. Para ele esse acréscimo de sentido pode se dar pela obtenção de novos sentidos, pela escolha de um sentido específico em detrimento de outros ou pelo avanço sobre questões que não foram tratadas pelo viés legislativo ou constitucional.

Nesse contexto, nota-se que o precedente judicial não é meramente uma técnica, mas enquadra-se como uma fonte de direito. Ele objetiva dotar o ordenamento jurídico, onde é aplicado, de maior segurança jurídica por meio de maiores estabilidade, coerência e previsibilidade das decisões judiciais, de modo que o jurisdicionado não se veja perdido em um emaranhado de decisões que atiram para todos os lados sem lhe proporcionar um norte a seguir.

Entender o que é um precedente judicial não parece ser tão desafiador, porém, compreender esse instituto em sua totalidade e complexidade, sim. Não basta compreender o conceito de precedente. A complexidade começa a se desvendar no momento que se ultrapassa a etapa conceitual e passa-se à aplicação, pois, é necessário todo um sistema para que o precedente judicial seja aplicado e surta os devidos efeitos.

Surge aqui a necessidade de lançar vistas sobre outros conceitos que são considerados básicos para que seja possível compreender a teoria dos precedentes judiciais, tais como: *ratio decidendi*; *obiter dictum*; *distinguishing*; *overruling*. E é isto que será feito a partir deste ponto: tentar esclarecer esses conceitos de modo que a teoria dos precedentes se apresente de forma mais clara.

Iniciando pela *ratio decidendi* (razão de decidir), esta se apresenta como sendo, nas palavras de Marinoni (2016, p. 161), “a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra”. A razão de decidir seria a razão fundamental de determinada

decisão ser proferida daquele modo; é a razão principal da decisão. Sem ela o resultado seria outro.

Outra definição de *ratio decidendi*, apresentada por Lopes Filho (2016), é a de que ela é o núcleo vinculante, seria uma parte muito importante do julgamento que deverá ser aplicada no futuro.

Existem discussões acerca do conceito da *ratio decidendi* e métodos diferentes para identificá-la em um precedente. Em seu livro “Precedentes obrigatórios”, Marinoni (2016) apresenta duas famosas teses que tentam explicar e encontrar a *ratio decidendi* de um precedente judicial. Essas seriam as teses de Wambaugh e de Goodhart.

O primeiro defende que a razão de decidir deve ser submetida a um teste, o qual consiste em formular, cuidadosamente, uma proposição e logo após inserir nela uma palavra que inverta seu sentido. Em seguida, seria necessário perguntar-se: se a Corte houvesse aceitado a nova proposição e a levasse em consideração, a decisão teria sido a mesma? Caso a resposta seja negativa, o pensador afirma que tal decisão é um precedente.

O segundo pensador, por sua vez, dá ênfase aos fatos, defendendo que a *ratio decidendi* é identificada mediante a consideração dos fatos como fundamentais. Ele defende o princípio de que todos os casos iguais devem ser tratados da mesma forma.

Um outro conceito que orbita a teoria dos precedentes é o de *obiter dictum*, e este está bastante ligado ao conceito de *ratio decidendi*, na medida em que ambos são fundamentos que estão presentes na decisão. Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 352), apresenta o conceito de *obiter dictum*:

Contrario sensu, uma vez que identificamos os fundamentos determinantes com a *ratio decidendi*, resta dizer que, tudo aquilo que não for essencial à decisão, que não constituir fundamentos determinantes, será *obiter dictum*, portanto, sem efeito vinculante. *Obiter dictum* são os argumentos ‘prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão’.

Diante dessa citação, pode-se chegar à conclusão que tanto a *ratio decidendi* quanto o *obter dictum* são argumentos, teses que são apresentadas na decisão, tendo como elemento diferenciador a relevância que tal argumento tem para a decisão, ou seja, se determinado argumento enquadra-se como determinante e imprescindível para o resultado da decisão, ele é considerado como sendo a *ratio decidendi*, enquanto os demais seriam *obter dictum*.

No entendimento de Marinoni (2016) a *obter dictum*, que se aproxima da *ratio decidendi*, embora não tenha efeito obrigatório, apresenta um efeito persuasivo bastante forte. Ele explica que o termo *obter dictum* reserva-se apenas às proposições que tratam de questões não relevantes e periféricas; o *obter dictum* com grande efeito persuasivo é, doutrinariamente, chamado de *judicial dictum* e *gratis dictum*.

O próximo conceito a ser trabalhado será o de *distinguishing* (distinção). Trata-se de uma técnica utilizada em casos sob julgamento nos quais deve ser aplicado um precedente, no entanto, este não se coaduna com aqueles.

Nas palavras de Lorena Barreiros (2016, p. 206): o *distinguishing* “consiste em uma técnica de confronto do suporte fático precedente com o da demanda a ser julgada”. Essa doutrinadora explica que tal técnica pode se apresentar de dois modos: o *ampliative distinguishing*, o qual ocorre quando as diferenças entre os casos confrontados não são relevantes o suficiente para afastar a aplicação do precedente, dando-se, assim, a sua aplicação; e o *restrictive distinguishing*, que ocorre quando as divergências fáticas entre os casos sob análise apresentam importância capaz de afastar a aplicação do precedente.

Marinoni (2016) explica que o *distinguishing* demonstra que a razão de decidir do precedente não se amolda ao caso sob julgamento, pois seus fatos são divergentes. No entanto, ele deixa claro que a não adoção de um precedente, em virtude da aplicação da técnica do *distinguishing*, não aduz à conclusão que tal precedente está equivocado ou que deve ser revogado, mas apenas que não deve ser aplicado naquele caso concreto.

Necessário se faz apontar que a aplicação do *distinguishing* não deve e não pode ser feita de forma aleatória. Não é suficiente a demonstração de fatos diferentes para aplicá-lo, mas é necessário que o juiz que se valer dessa técnica apresente argumentos que sejam suficientes para demonstrar que a distinção é material e que, portanto, o caso sob julgamento deve ser isolado em face do precedente (MARINONI, 2016).

Enquanto a técnica do *distinguishing* provoca o afastamento do precedente, demonstrando a diferenciação entre os casos, há ainda um outro meio de não se aplicar um precedente judicial, porém, sua utilização causa a revogação do precedente demonstrando que houve a superação deste. Tal meio é o que se conhece por *overruling*.

O *overruling* é a revogação do precedente causada pela superação deste. Eisenberg (1988) *apud* Marinoni (2016, p. 251) explica que:

Um precedente está em condições de ser revogado quando deixa de corresponder aos padrões de congruência social e consistência sistêmica e, ao mesmo tempo, os valores que sustentam a estabilidade – basicamente os da isonomia, da confiança justificada e da vedação da surpresa injusta – não justificam a sua preservação.

Diante dessa explicação, nota-se, portanto, que um precedente não é insuperável. Adotando o entendimento de Eisenberg, quando um precedente passar a negar proposições morais e políticas, deixando, assim, de corresponder aos padrões de congruência social, e juntamente a isso, não guardar mais coerência perante as demais decisões do sistema, este é o momento de tal precedente ser revogado.

Há ainda o *anticipatory overruling* (superação antecipada) que é aplicado pelas Cortes de Apelação dos Estados Unidos da América. Esse instituto traduz-se no próprio nome; trata-se de uma antecipação do *overruling*.

Ravi Peixoto (2016, p. 203) explica que:

O *anticipatory overruling* (superação antecipada) consiste em uma técnica utilizada pelas Cortes inferiores de antecipar uma superação anteriormente induzida de diversas formas pelas Cortes superiores, mediante a não aplicação, ao caso em julgamento, do precedente supostamente vinculante invocado por uma das partes.

Necessário se faz entender que a superação antecipada não revoga o precedente, ela é uma sinalização do que será feito pela Suprema Corte, afastando, assim a aplicação daquele.

Peixoto (2016) esclarece que a aplicação da técnica do *anticipatory overruling*, não pode ser encarada como uma permissão para a não aplicação dos precedentes vinculantes por causa da discordância que se tem em relação aos seus conteúdos. Explica, ainda, que somente a Corte constitucionalmente competente para produzir o precedente é que tem o poder para superá-lo.

Esclarecido o que é um precedente judicial, e tecida breves considerações acerca dos conceitos básicos que compõem a teoria dos precedentes, será abordado no próximo tópico como essa teoria é recebida e aplicada no Brasil.

4 O BRASIL E OS PRECEDENTES

O Brasil é considerado, ao menos pela maior parte da doutrina, como sendo um país de tradição romano-germânica. Tem o seu ordenamento jurídico construído sobre as bases dessa família do direito também conhecida como *civil law*. Uma das características básicas que denunciam essa situação é a adoção da lei como fonte primária em seu ordenamento.

Apesar de ostentar características que lhe localizam dentro daquela família de direito, o Brasil, fazendo *jus à fama* de peculiar, parece

ter simpatia, já há muito tempo, por institutos e teorias que advêm da família do *common law*.

Há muito tempo que o sistema judiciário brasileiro se utiliza da jurisprudência (conjunto de decisões reiteradas dos tribunais) como uma de suas fontes de direito, porém, em uma colocação secundária, ao lado das demais no Brasil adotadas, tais como os costumes e princípios. Não obstante, as jurisprudências não ostentam caráter vinculante, portanto, os julgadores não são obrigados a decidir conforme a jurisprudência apresentada pela parte, mas, por outro lado, deve justificar a sua não adoção. Conforme Zaneti Jr. (2016b) “A doutrina chama estas decisões exemplificativas de precedentes persuasivos”.

Diferentemente desses precedentes persuasivos, noutra banda encontram-se os precedentes vinculantes, que são aqueles que possuem caráter normativo.

O Brasil adota um sistema de súmulas que podem ser vinculantes ou não, e como já mencionado, trabalha com as jurisprudências, daí deve-se perguntar? Então o Brasil é um país de tradição *civil law* ou *common law*? Essa deve ser uma dúvida bastante frequente, principalmente para aqueles que se deparam com esses temas pela primeira vez.

Ocorre que a resposta a essa pergunta não é algo pacífico. Parte da doutrina defende que o Brasil é um país puramente de tradição romano-germânica e outra parte entende que ele é um sistema misto, de tradição híbrida (*civil law* e *common law*). Portanto, não há pacificação quanto a esse tema. Mas será que alcançar essa resposta é tão importante? Será que mais importante não seria alcançar um sistema jurídico comprometido com a justiça e com seus jurisdicionados, independente de qual sistema ele pertença ou por qual seja influenciado? Provavelmente a resposta da maioria dos leitores a essa pergunta seria positiva.

O fato é que o Brasil tem vivido um novo momento em seu ordenamento jurídico. Em março de 2016 passou a vigor o Novo Código de Processo Civil (NCPC), que trouxe como uma de suas inovações a aplicação dos precedentes obrigatórios, fazendo com que o país passe, oficialmente, a adotar um sistema de precedentes vinculantes.

Como sempre, a doutrina diverge acerca do sistema de precedentes trazido pelo NCPC. O novo código é alvo de muitas críticas, mas também de elogios. O objetivo principal de instalar no ordenamento jurídico brasileiro um sistema de precedentes é dotá-lo de mais coerência e estabilidade, proporcionando, assim, uma maior confiança por parte dos jurisdicionados, e, conseqüentemente, uma maior segurança jurídica.

O sistema de precedentes obrigatórios brasileiro é apresentado nos artigos 926 e 927 do NCPC:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de

pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

O art. 926 traz em seu *caput* as balizas que nortearam o sistema de precedentes brasileiro, a saber, estabilidade, integridade e coerência. Já o *caput* do art. 927 deixa claro que a eficácia dos precedentes obrigatórios será tanto vertical quanto horizontal, ou seja, vincula juízes de primeiro grau e cortes inferiores, com também, as próprias cortes superiores de onde emanam tais decisões. É nesse artigo que segue a lista dos tipos de decisões das quais emanarão os precedentes obrigatórios.

Hermes Zaneti Jr. (2016b) entende que, com a vigência do NCPC, a tradição brasileira de aplicar a jurisprudência persuasiva foi rompida. Conforme o referido autor, os precedentes passam a ser normas primárias do direito brasileiro, tendo em vista que foram estabelecidas pela legislação processual formal.

As críticas quanto ao art. 927 existem, e começam por tentar deixar claro que o sistema de precedentes brasileiro não é o mesmo dos sistemas da *common law*. Georges Abboud (2016), por exemplo, aduz claramente, que:

não podemos fazer a leitura equivocada de imaginar que a súmula, o acórdão que julga o IRDR ou oriundo de recurso (especial ou extraordinário repetitivo) são equiparáveis à categoria do genuíno precedente do *common law*.

O referido doutrinador se refere ao conteúdo do art. 927 não como sendo precedentes, mas como provimentos vinculantes obrigatórios. Para ele há três fatores básicos que diferenciam os precedentes da *common law* do sistema de precedentes brasileiro, quais sejam: o histórico; o hermenêutico e o democrático.

O histórico consiste no fato de que os precedentes da *common law* originaram-se não cientificamente, como no *civil law*, mas judicialmente por meio da prática judiciária. O hermenêutico versa sobre o cuidado que se deve ter na aplicação desse sistema do art. 927 para que não incorram no erro de passarem a ser apenas a boca fria de qualquer provimento vinculante. Para ele, o que antes era creditado à lei, passou a ser creditado às decisões dos Tribunais Superiores, e alerta para o fato de que a norma não existe por si só, mas precisa ser produzida em cada processo individual de decisão jurídica. E o fator democrático, consiste em uma diferença no criadouro dos precedentes, tendo em vista que os precedentes do *common law* não nasce como tal, mas torna-se, enquanto no Brasil os precedentes obrigatórios, pelo sistema criado pelo CPC/2015, já nascem como tais, e isso por imposição legislativa. Por fim, o pensador explica que a obrigatoriedade dos precedentes no Brasil não impede os juízes de interpretar (ABBOUD, 2016).

É possível notar que a relação do Brasil com a teoria dos precedentes não é algo que possa ser considerado novidade. No entanto, a introdução de um microssistema de precedentes feita pelo NCPD coloca essa relação no plano da formalidade. A aplicação de precedentes no Brasil passa a ser regulada pelos ditames desse diploma legal.

Como pode ser observado ao longo do trabalho, os ânimos são diversos ao tratar do referido tema. Elogios e críticas surgem de todos os lados; o que soa bastante positivo para um sistema que está em fase

de aperfeiçoamento. Fato é que a discussão do tema dos precedentes judiciais e sua aplicação no sistema jurídico brasileiro ainda tem muitos capítulos a serem escritos.

5 CONCLUSÕES

Com esta pesquisa é possível notar que o sistema de precedentes adotado pelo NCPC não é igual aos sistemas vigentes em países da *common law*. É também muito claro que tais sistemas serviram de inspiração para o Brasil, mas o que é adotado aqui, como citam alguns doutrinadores, é um microsistema de precedentes à brasileira. E isso não é algo que deva impressionar ninguém, pois seria praticamente impossível importar tal e qual o sistema de precedentes dos países de *common law*. Nem mesmo entre eles os sistemas são idênticos, por que seria no Brasil? A importação de institutos da *common law* para o sistema processual civil brasileiro não deixa de ser legítima se o objetivo for melhorar o sistema e dar-lhe mais efetividade.

Foi possível perceber, também, ao longo da pesquisa que, até pelo fato de não ser aplicado no Brasil um “genuíno” sistema de precedentes, se faz necessário o desenvolvimento de uma teoria dos precedentes brasileiros, mais produção teórica sobre o sistema aqui adotado e que há pouco passou a ser aplicado. Isso favoreceria, e muito, a aceitação dos precedentes obrigatórios no Brasil, pois, ao estudar e observar a teoria dos precedentes e observar o microsistema de precedentes adotado no Brasil ficam claras algumas incongruências, como, por exemplo, elencar como um precedente obrigatório algo que, pela teoria dos precedentes judiciais desenvolvida no contexto da *common law*, não seria precedente, tal como a inclusão do respeito a enunciados que não necessariamente surgirão de Cortes Superiores, como o faz o art. 927 do NCPC em alguns de sus incisos. Mas isso já seria tema para ser discutido em um trabalho próprio.

Fato é que o Brasil, certamente, tem um longo caminho nesta jornada de aplicação de precedentes em seu sistema jurídico. Este trabalho almeja ser um tijolinho na construção desse caminho, trazendo aqui uma introdução ao tema da aplicação dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores históricos, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. MACÊDO, Lucas Buriel de. (Org.). **Precedentes**. (Coleção grandes temas do Novo CPC, v. 3; coordenador geral, Fredie Didier Jr.) – 2ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2016.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. MACÊDO, Lucas Buriel de. (Org.). **Precedentes**. (Coleção grandes temas do Novo CPC, v. 3; coordenador geral, Fredie Didier Jr.) – 2ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2016.

BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do Direito: Filosofia e Metodologias Jurídicas**. Tradução: Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. – 4ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Coleção justiça e direito).

HOUAISS, Antônio; Villar, Mauro de Salles. **Dicionário da língua portuguesa**. Elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia

e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. 1.e.. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. Stare decisis e teoria do precedente judicial no sistema anglo-saxônico. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4101, 23 set. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30051>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. – 2. ed. rev. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de História do Direito**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL / Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2016.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. Ajustada ao novo código civil. – São Paulo: Saraiva, 2002.

ZANETI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2ª ed. rev. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016a.

ZANETI JR. Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. ATAÍDE JR,

Jaldemiro Rodrigues de. MACÊDO, Lucas Buriel de. (Org.). **Precedentes.** (Coleção grandes temas do Novo CPC, v. 3; coordenador geral, Freddie Didier Jr.) – 2^a ed. – Salvador: Juspodivm, 2016b.

THE JUDICIAL PRECEDENTS AND THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: AN INTRODUCTION TO THE TOPIC

ABSTRACT

Brazil is a country that belong to the *Civil-Law* system, meaning that it has its legal roots based in this school of Law, which is characterized using law as its primary source of its legal system. However, this feature of the Brazilian Legal Order has, for some time, beginning to approach the *Common-Law* system, in so far as it uses, even if it is on a secondary basis, rules that belong to the Anglo-Saxon system. The used of the precedents is something that had been entering Brazil, little by little. The application of dominant jurisprudence as the foundation for decisions is an example of this slow approach. With the advent of CPC/2015, what could be considered as persuasive precedent is now required by law.

Key-words: Precedents. *Civil-Law*. *Common-Law*. CPC/2015.



ARTIGO

- CONVIDADO -



EFICÁCIA E EFEITOS DA SENTENÇA

Francisco Barros Dias¹

RESUMO

O artigo exposto retrata um estudo aprofundado sobre a teoria da sentença, em especial os seus efeitos. Inicialmente, a diferenciação terminológica, entre efeito e eficácia, faz-se necessária diante da constitui o ponto central do presente trabalho. A distinção serve de norte para a identificação dos resultados práticos da sentença, os seus efeitos. Por fim, em sede de conclusão, aborda-se as classificações e caracterizações dos efeitos da sentença.

Palavras-chave: Teoria da Sentença. Eficácia. Efeito.

1 Advogado e Professor titular da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Possui graduação em Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (1980), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1999), aperfeiçoamento em Curso introdutório de Direito pela University Of Auckland(1998), aperfeiçoamento em O Direito no limiar do III milênio pela Universidade do Porto (2001) e aperfeiçoamento em Curso de Direito Ambiental pela Universite de Limoges (2004).

1 INTRODUÇÃO

O estudo da sentença no que toca aos seus efeitos, nos parece ser um dos mais relevantes ao processo, porém constata-se ser um tema que não goza de muita clareza quanto a sua configuração ou identidade de seu conceito.

É frequente na doutrina e na jurisprudência a utilização das expressões “eficácia da sentença” e “efeitos da sentença”, porém sem guardar uma precisão terminológica. Ao contrário, nos deparando sempre com muitas contradições e imprecisões que dificultam consideravelmente a compreensão do tema.

Com o propósito de contribuir com o debate nos propomos a trazer alguns dados a respeito desse tema que consideramos relevante ao processo, especialmente quanto aos efeitos práticos de uma decisão.

Não é nosso propósito aqui adentrarmos no tema da coisa julgada e os efeitos da sentença, ora entendendo ser o primeiro um desses efeitos, ora sendo apenas uma qualidade que os efeitos da sentença podem adquirir com o seu trânsito em julgado. Ou seja, procurando distinguir ou não a coisa julgada dos efeitos da sentença.

A mesma coisa, afirmamos com relação aos efeitos reflexos da sentença que como o tema anterior, comporta estudo aprofundado e com riqueza de detalhes que a finalidade do presente trabalho não se presta a tal.

Também não tentaremos exaurir um tema que tem larga vastidão, sob os mais diversos ângulos que se estuda a sentença, quer no aspecto teórico, quer sob o signo da praticidade.

O nosso objetivo é apontar o uso das expressões eficácia e efeitos da sentença como relevantes e de grande importância no estudo da decisão, mostrando que com o passar do tempo o tema vem adquirindo maior amplitude tornando imprescindível compreendermos a sua atual classificação para que se alcance maior praticidade na identificação dos efeitos principais e acessórios ou secundários da sentença.

Com isso nos propomos demonstrar a necessidade de se visualizar os efeitos principais e acessórios da sentença, especialmente, como afirmado, sob os auspícios do uso de sua praticidade de forma a verificarmos a riqueza em que os mesmos podem ser encontrados em estudo mais detalhado que possa ser feito, tendo em vista a relevância que vem a cada dia adquirindo, quer no campo da legislação, quer na seara da própria decisão para bem delinear os recursos cabíveis, o cumprimento da sentença e os momentos ou fracionamentos que hoje comporta um julgado.

Entendemos ser de suma importância à questão relativa aos efeitos da sentença, especialmente quando estamos diante das consequências práticas que um julgado pode trazer e influir decisivamente na vida e nas relações jurídicas das pessoas.

Precisamos saber, quando estamos diante de uma decisão, quais os comportamentos ou atitudes dos destinatários do julgado. Exemplos: deve-se cumprir ou exigir uma obrigação de pagar, fazer, deixar de fazer, ou entregar algo a alguém, quando tais obrigações resultam de uma sentença? Essas hipóteses são de efeitos ou de eficácias da sentença?

Nem sempre encontramos respostas precisas para essas indagações. No entanto, a concepção moderna na busca de uma teoria da sentença merece a nossa preocupação, e, com isso procurarmos dar uma resposta que seja clara e objetiva o suficiente para melhor compreensão da matéria.

Para emprendermos nosso trabalho tratamos no capítulo 2 sobre a terminologia mostrando a identidade ou distinção entre eficácia e efeito. No capítulo 3, ainda continuamos a perseguir a questão terminológica, buscando um sentido agora no campo doutrinário, tanto na área da teoria geral do direito e na área específica do processo civil. No capítulo 4 procuramos fazer uma classificação e caracterização dos efeitos da sentença.

2 QUESTÃO TERMINOLÓGICA - IDENTIDADE OU DISTINÇÃO ENTRE EFICÁCIA E EFEITO

A questão terminológica nos preocupa por entendermos que o processo como meio de comunicação deve seguir uma linguagem própria e objetividade na mensagem, sem que isso signifique dificuldade de compreensão e perda de sentido do discurso, a fim de alcançar o mais rápido possível o seu destinatário e este compreender aquilo que lhe foi dado em termos de prestação jurisdicional.

FERNANDO SÁ, em um de seus trabalhos escritos em obra conjunta – EFICÁCIA E COISA JULGADA –, afirma que “Eficácia é termo genérico, lato, que engloba o conceito de efeito, contido na sentença.”.

Depois acrescenta FERNANDO SÁ, “Finalmente, observamos que, na “comunidade comunicativa”, jurídica – fora dos estritos limites da teoria do processo –, estes dois termos, eficácia e efeitos – mesmo que impropriamente a nosso juízo – são usados lato sensu, como correlatos, sem que, todavia, o contexto do discurso deixe de ser compreendido pelo endosso intersubjetivo dado pelos membros do auditório a que se destinam, com a óbvia ressalva de que seja empregada com rigor científico”.

Não podemos afirmar que há identidade nas expressões eficácia e efeito da sentença. Os termos guardam significados e objetivos específicos. Enquanto a eficácia reside num campo mais abstrato visando explicitar a potencialidade da realização de algo, os efeitos são traduzidos como situações e elementos práticos que se obtém de um ato seja ele uma lei, seja uma sentença, como resultado daquilo que se postulou em prol da necessidade de um bem da vida que só poderia ser obtido através de uma prestação jurisdicional, quando se trata de ato judicial.

O bem obtido pelo reconhecimento de uma relação jurídica através de uma declaração judicial, como a constituição ou a desconstituição de um negócio jurídico, a condenação em alguma das espécies de obrigações existentes em nossas relações jurídicas, sejam

voluntárias ou compulsórias, é o resultado que se quer e deseja em uma decisão judicial.

Então, é importante que esse resultado possa ser facilmente compreendido para que possa seu destinatário se sentir suficientemente seguro e saber quais os caminhos e providências que deverão ser seguidos, inclusive em se satisfazer com o julgado logo em primeiro grau ou recorrer se o mesmo não atende a plenitude de seus anseios dentro de uma ordem jurídica que lhe garanta algo mais do que lhe foi dado.

3 O SIGNIFICADO DAS EXPRESSÕES EFICÁCIA E EFEITO ENTRE ALGUNS DOUTRINADORES NA TEORIA GERAL DO DIREITO E NO CAMPO PROCESSUAL

Na teoria geral do direito não é difícil encontrarmos o termo “eficácia”. NORBERTO BOBBIO explica que “O problema da eficácia de uma norma é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou”.

Essa linha de pensamento é seguida por EDUARDO ÁNGEL RUSSO, quando afirma que: *“La eficacia del sistema puede ser entendida em dos sentidos distintos: primero, en tanto la conducta de los ciudadanos se ajuste al cumplimiento de las obligaciones jurídicas, o sea, que se abstengan de cometer las conductas penadas por el sistema. Segundo, hay un sentido más fuerte de eficacia, particularmente para aquellas teorías que adoptan como criterio distintivo de la juridicidad, el elemento sancionatório”*.

No caso, ambas as posições, nos parecem se referir à aptidão que tem a norma jurídica de produzir efeitos, quer com o cumprimento da mesma pelos seus destinatários, quer sancionando-se o destinatário através da autoridade competente quando falha o desiderato natural da norma.

Então, eficácia, sob a visão da teoria do direito, é a potencialidade que a lei tem em sentido amplo para fazer surtir os seus efeitos, principalmente visando uma aceitação, aplicação e utilização da mesma pelos seus destinatários.

Em uma visão processual LIEBMAN procura trabalhar o tema da eficácia da sentença com relação aos seus efeitos, sempre voltado para a ideia da questão relativa a coisa julgada, procurando demonstrar que a coisa julgada não é um efeito da sentença, mas uma qualidade que se ajunta aos efeitos da sentença para “reforçá-lo em sentido bem determinado,” como se pode extrair de toda sua obra.

PONTES DE MIRANDA, ao falar de eficácia, também no campo processual, faz compreender a expressão albergando os termos força e efeito, ou seja, a eficácia compreende força e efeitos de uma resolução, no caso, de uma sentença: “Falando-se de eficácia de resolução, tem-se de cogitar de força e efeitos, porque a eficácia é a propriedade de ter força ou efeitos. É eficácia: a) certa imodificabilidade pelo prolator que varia da modificabilidade, quando o juiz volte a ter de examinar o assunto, até a sentença, que de regra é imodificável (sentença apelável) e só excepcionalmente alterável por provocação (juízo de retratação; embargos); b) a força formal de coisa julgada; c) a força ou o efeito declaratório, ou a força ou o efeito material de coisa julgada; d) a força ou o efeito constitutivo, condenatório, mandamental, ou executivo, se o tem; e) os efeitos próximos ou laterais; f) os efeitos-reflexos, que são os da sentença como ato jurídico ou fato jurídico. Em sentido estrito, eficácia seria o ter os efeitos a) e b)”.

No sentido utilizado por PONTES DE MIRANDA, as letras “a” e “b” estão voltadas para a eficácia entendida como expressão relativa à questão da coisa julgada material, isto porque na primeira se refere a imodificabilidade da sentença, enquanto na segunda fala expressamente da força formal da coisa julgada. As demais letras do enunciado cuidam exatamente da força e efeitos declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental ou executivo, além dos efeitos próximo ou laterais da sentença e os chamados efeitos-reflexos do julgado.

Assim, sob o ângulo de visão do exponencial doutrinador, eficácia definiria melhor a coisa julgada material, dada a imodificabilidade do julgado, a coisa julgada formal seria uma força que resultava da sentença, enquanto os demais elementos que podem ser extraídos da sentença seriam força ou efeitos, todos advindos da eficácia que esta sentença pode produzir.

Depois continua PONTES DE MIRANDA a esclarecer outras eficácias da sentença e repetir as anteriormente mencionadas, afirmando: “A eficácia da sentença concerne: a) ao processo, que ainda continua, após ela, pois as próprias intimações e os recursos são processo; b) à demanda, que se termina com ela, ou com a sentença que a reformar; c) à relação jurídica ou a inexistência de relação jurídica, ou aos fatos, que ela examinou, por terem sido objeto do pleito; d) ao conteúdo da sentença como prestação estatal (declaração, constituição, condenação, mandamento, execução); e) a efeitos anexos ou a efeitos reflexos da decisão; f) à sentença mesma como ato jurídico; g) à sentença mesma como simples fato”.

Interessante ainda é o significado reforçado de eficácia por PONTES DE MIRANDA quando afirma que “Eficácia é (a) a energia automática da resolução judicial. A sentença ou o despacho torna-se suscetível de ser obrigativo, eficaz, no momento em que faz entrar na espécie abstrata a espécie fática; mas ainda é a lei que vai marcar o momento dessa eficácia. As decisões sobre mandado têm eficácia, posto que não haja litígio. Outra (b) precisam de execução para que tenham eficácia completa. A regra é que a eficácia depende da coisa julgada formal, mas a lei conhece casos de exceção (e. g., as medidas preventivas)”.

Aqui o eminente Mestre procura vê a eficácia no momento em que a sentença é proferida. E adentrando o fato no campo abstrato da norma, já resultar daí alguma eficácia na sentença, porém esclarecendo que a lei é quem vai ditar o momento dessa eficácia, indo até o ponto em que determinadas eficácias só vão resultar em sua completude com

a execução do julgado, após a coisa julgada formal, excepcionando-se as hipóteses de provimentos preventivos.

Depois, esclarece de forma mais nítida que a eficácia compreende tanto a força como o efeito, deixando bem claro que a primeira está voltada mais para a coisa julgada, enquanto a segunda se relaciona com o efeito que diz de perto a condenação que deságua na execução, sendo que esta não existe nas sentenças declaratórias, segunda sua visão naquele momento histórico. “A eficácia compreende, portanto, a força (e. g., a eficácia consistente na força de coisa julgada material da sentença declarativa) e o efeito (e. g., eficácia consistente no efeito de execução da sentença condenatória, efeito que as sentenças declarativas de ordinário não têm).”.

Depois arremata: “Quando se fala de força e efeitos da sentença – englobadamente, da “sua” eficácia – entende-se que se sabe o que é eficácia jurídica. A linguagem vulgar e, infelizmente, a grande maioria dos juristas não distinguem força e efeitos, conceitos ambos contidos em “eficácia”, palavra com que se traduz *Wirkung*. A eficácia jurídica supõe que exista mundo jurídico, que o nosso espírito capta em suas relações, de modo que toda mudança desse mundo é eficácia jurídica (cf. A. Manigk, *Über Rechtswirkungen*, 6-13)”.

Portanto, eficácia para PONTES DE MIRANDA, em uma síntese de seu pensamento, engloba força e efeitos da sentença, estes mais palpáveis num mundo prático por ser alcançado através dos fatos, enquanto aquela se pauta em um campo mais abstrato, captado por nossos espíritos em razão das relações entre os homens que leva as mais variadas mudanças.

Para BARBOSA MOREIRA, a “Eficácia, enfim, é palavra que se costuma usar, na linguagem jurídica, para designar a qualidade do ato enquanto gerador de efeitos. Em correspondência com o duplo enfoque dos efeitos, acima expostos, pode-se falar de eficácia como simples aptidão para produzir efeitos (em potência) ou como conjunto de efeitos verdadeiramente produzidos (em ato). Menos frequente é o uso de “eficácia” como sinônimo de efeito, isto é, para designar cada um

dos efeitos (em potência ou em ato) particularmente considerados, o que leva a conferir-se ao mesmo ato jurídico uma pluralidade de “eficácias”.

O Professor BARBOSA MOREIRA, portanto, procura dar um sentido genérico ao termo eficácia, sendo num primeiro momento a simples aptidão de produzir efeitos, potencialmente considerado, ou um “conjunto de efeitos verdadeiramente produzidos”, sendo aí já concretizado em ato.

Com essa ideia temos a eficácia num plano mais abstrato, enquanto o efeito ficaria num patamar cujo vetor, seria mais prático.

FERNANDO SÁ, em trabalho escrito na obra conjunta organizada por CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, após análise do conceito de eficácia levado a efeito por FALSEA, esclarece: “Eis pois aqui o que consideramos como sendo a conceituação do termo eficácia. Esse fenômeno jurídico, através do qual o direito se realiza, é aquele instante da situação jurídica, quando um especial interesse, tido como necessário pela comunidade jurídica, passa à concreção de determinada *fattispecie* posta na hipótese legal para que se cumpra o efeito jurídico nela valorado e pretendido”.

As lições aqui explanadas levam-nos a compreender que a eficácia reina em campo mais abstrato, podendo ser expressão utilizada pelo legislador para que algum objetivo seja alcançado, transformando assim, aquilo que seria intenção e vontade em algo concreto e por isso resultando em efeito plenamente palpável e realizável ou realizado.

4 CLASSIFICAÇÃO E CARACTERIZAÇÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA

O estudo dos efeitos da sentença tem passado pelos mais acirrados debates doutrinários e sempre foi alvo de teses e teorias que pudessem justificar a sua existência e delimitar sua configuração.

Basta lembrar o embate travado entre CHIOVENDA e LIEBMAN, a fim de que se pudesse situar o conceito de coisa julgada,

para que se possa chegar a uma compreensão a respeito da eficácia, dos efeitos ou da qualidade da sentença.

LIEBMAN prenuncia vários efeitos da sentença procurando sempre explicá-los diante do instituto da coisa julgada, quando afirma: “quais são, pois, as relações entre a coisa julgada e esses efeitos da sentença, vários e diversos, ora meramente declarativos, ora constitutivos”.

Essa posição de LIEBMAN apesar da afirmativa de que os efeitos da sentença são “vários ou diversos”, representava um momento histórico que não tinha os efeitos da sentença como além de declaratório, constitutivo e condenatório, como principais, e, alguns acessórios ou secundários, como a hipoteca judiciária. Para fazer essa constatação é bastante que se consulte sua obra *Eficácia e Autoridade da Sentença* que teve tradução de ALFREDO BUZAID e anotações de ADA PELLEGRINE GRINOVER.

Hoje, é sabido que os efeitos da sentença vão além dos três classicamente conhecidos como os declaratórios, constitutivo e condenatório, mas também aceito pela quase totalidade da doutrina como sendo cinco, pois adicionam-se, ainda, o mandamental e o executório ou executivo lato sensu.

Mas, além desses efeitos chamados sempre de principais, temos que verificar que o efeito condenatório faz disseminar outros efeitos no campo das obrigações como a obrigação de fazer ou não fazer, entregar coisa certa ou incerta e por quantia certa ou de pagar.

Há muitas formas de se entender esses efeitos. Para alguns estamos diante de efeitos práticos da sentença, enquanto para outros, estamos diante mesmo de efeitos da sentença. Ainda há quem nomeie os chamados efeitos principais da sentença como conteúdo da sentença.

É importante frisar nesta oportunidade que os efeitos principais da sentença, uma vez identificados historicamente se tornaram permanentes, variando apenas em cada julgado, pois este representa situação concreta que somente o seu objeto ou finalidade pode definir. Não variam no tempo. Sempre foram os mesmos, havendo apenas

divergência se o mandamento ou a executividade lato sensu seriam também efeitos da sentença.

No curso da história houve uma grande evolução quanto à abrangência que a ideia de efeito da sentença pode alcançar. Inicialmente foi trabalhado apenas o efeito declaratório, para em seguida afirmar-se ter o constitutivo e mais adiante o condenatório. Bem depois é que se começou a aceitar os efeitos mandamentais e executivo lato sensu, como perfeitamente possíveis de serem vislumbrados em algumas sentenças, hoje posição quase unânime da doutrina, passando assim da doutrina ternária, para a doutrina quinária, na terminologia de PONTES DE MIRANDA.

Mas, a sentença não se limita a produzir somente esses efeitos. Outros efeitos chamados de acessórios ou secundários, como a própria liquidação da sentença, o cumprimento da sentença nos dias atuais, os honorários advocatícios, as custas e despesas processuais, os juros de mora e/ou compensatórios, a multa de natureza coercitiva do julgado, a correção monetária, a hipoteca judiciária, os cancelamentos ou suspensão dos mais variados tipos de registros e inscrições como: protesto, imóvel, automóvel, escrituras, contratos, serviços de restrição ao crédito como SERASA, SPC, além de muitos outros, são também efeitos da sentença.

Importante esclarecer também que estes efeitos conhecidos como acessórios ou secundários são variáveis tanto em cada julgado, como acrescidos ou suprimidos no tempo. Exemplo: a correção monetária não existia como efeito de sentença enquanto esta não restou criada no Brasil. Os cadastros restritivos de crédito nos dias atuais são exemplos típicos dessa característica. É que surgem com certa constância novos tipos de cadastros.

LIEBMAN identifica na sentença ao lado dos efeitos principais os efeitos acessórios ou secundários quando afirma: “Nas pegadas de algumas breves proposições de WACH, a doutrina germânica unânime completa o quadro dos efeitos possíveis da sentença, colocando, ao lado dos principais (que ela, como sabemos, identifica, na coisa julgada, na eficácia executória e na constitutiva), outro grupo de efeitos que se

manifestariam sobre as relações substanciais privadas das partes ou de terceiros e que seriam causados pela sentença, não em sua função do ato jurisdicional, mas em sua simples qualidade de fato juridicamente relevante;”.

É importante frisar que os efeitos acessórios da sentença que também podem ser entendidos como consequência natural da sentença, são efeitos que resultam do princípio da sucumbência, o qual pode ser ditado como traduzindo a ideia de quem é vencido em uma demanda terá de suportar todos seus efeitos.

Por isso, não é desarrazoado se afirmar que mesmo não tendo sido requerido, ou se requerido vier a ser silente a sentença a respeito dos seus efeitos acessórios, pode o Tribunal, caso haja recurso, se manifestar de ofício sobre os mesmos, ou não havendo recurso, podem ser objeto de liquidação e de execução do julgado. É bastante que este efeito acessório se compatibilize com a espécie ou natureza do efeito principal. Por exemplo: juros, correção monetária e hipoteca judiciária podem resultar de uma sentença, mesmo que ela nada tenha feito de referência sobre a matéria e com isso poderem ser objeto de execução ou de imposição no cumprimento do julgado, desde logicamente que haja efeito principal de obrigação por quantia certa.

Os efeitos acessórios da sentença gozam desse privilégio por serem em primeiro lugar dependentes ou acessórios dos principais, e, em segundo plano se encontrarem previstos expressamente na ordem jurídica e poderem ser executados por força da impositividade da norma que os criou ou da norma que os disciplinou.

LIEBMAN é bem esclarecedor sobre o tema: “Produz a sentença, às vezes, ao lado de seus efeitos principais, efeitos secundários, que se distinguem dos primeiros, não por seu caráter exclusivamente privatístico, nem por sua importância menor, porque, não raro, são praticamente os mais relevantes, mas por sua falta absoluta de autonomia; são simplesmente acessórios e consequentes aos efeitos principais e ocorrem automaticamente por força de lei, quando se produzem os principais. Não têm por isso os efeitos secundários condições próprias

de admissibilidade, que o juiz deva reconhecer e declarar existentes, independentemente das condições dos efeitos principais”.

LIEBMAN, afirma “Quando o exame da causa autoriza a prolação da sentença com determinados efeitos (principais), dever-se-ão, só por isso, produzir, e logo se produzirão, também os secundários, os quais, portanto, não deverão ser pedidos pelas partes na demanda judicial, nem estar contidos e indicados na decisão (e por isso é exato dizer que não fazem parte do objeto da sentença); e assim como não poderiam ser produzidos separadamente dos principais, não podem, tampouco, ser denegados quando se pronunciam aqueles”.

Assim, os efeitos principais precisam de pronunciamento da sentença. Necessitam ser requeridos, postulados ou provocados. Definem a natureza jurídica da ação ou da sentença. São permanentes e só variam em relação a cada processo que se postula algo em que eles deverão ser revelados.

Enquanto isso, os efeitos acessórios ou secundários da sentença não precisam, necessariamente, que tenham sido analisados no julgado. Independem de requerimento ou postulação a seu respeito, pois decorrem de uma condição natural de quem é vencido e existem por força de imposição legal. Podem variar em cada processo, mas não são permanentes ou absolutamente estáveis, podendo variar também no tempo e se fazer surgir ou desaparecer a cada momento histórico. Não definem a natureza jurídica da demanda ou da sentença, mas podem ser objeto de execução, independentemente, de constar expressamente do julgado.

5 CONCLUSÕES

Não podemos afirmar que há identidade nas expressões eficácia e efeito da sentença. Os termos guardam significados e objetivos específicos. Enquanto a eficácia reside num campo mais abstrato visando explicitar a potencialidade da realização de algo, os efeitos são traduzidos

como situações e elementos práticos que se obtém em uma sentença, como resultado daquilo que se postulou em prol da necessidade de um bem da vida que só poderia ser obtido através de uma prestação jurisdicional.

As expressões eficácia e efeitos são encontráveis tanto na teoria do direito, como no estudo da sentença e fazem parte integrante desta, mas não se podem confundir os conceitos, pois como visto, cada um guarda peculiaridades própria.

Os efeitos principais da sentença no decurso do tempo restaram configurados como declaratório, constitutivo, condenatório, executivo lato sensu e mandamental. Esses efeitos são invariáveis no tempo e mutáveis apenas em cada caso julgado, definem a natureza jurídica da ação e da sentença.

Os efeitos acessórios ou secundários da sentença podem ser identificados como liquidação, cumprimento da sentença, custas e despesas processuais, honorários advocatícios, hipoteca judiciária, multa coercitiva, juros, correção monetária, cancelamentos de protesto, de registros das mais variadas espécies e são mutáveis, frequentemente, no tempo e em cada caso concreto julgado, não definem a natureza jurídica da ação ou da sentença, mas são tão relevantes no campo prático tanto quanto os principais.

Os efeitos da sentença, uma vez identificados, gozam da mais relevante importância no campo prático, quer para se poder recorrer ou não do todo ou em parte da sentença, quer para executá-la, liquidá-la. Também se presta a identificar o que se pretende antecipar em termos de efeitos da sentença em casos de urgência, de fracionamento do julgado ou de abuso do direito de defesa, além de possibilitar a sua modulação.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas Moniz de. **EXEGESE do Código de Processo Civil**. Vol. IV-2. AIDE. Rio de Janeiro. 1984.

ASSIS, Araken de. **Cumprimento da Sentença**. Forense. Rio de Janeiro. 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. Malheiros. São Paulo: 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. EDIPRO. Bauru-SP: 2001.

DELGADO, José Augusto. **Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual. Doutrina e Jurisprudência do STF**. In: Revista de Processo. RT. São Paulo. Vol. 98, págs. 61-68. abr./jun.2000.

DIDIER Jr. Fredie. (Coordenador). **Relativização da Coisa Julgada – Enfoque Crítico**. 2ª. Ed. Salvador: JusPODIVM. 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de Sentença**. 2ª. Ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução: Ada Pellegrini Grinover, após a edição de 1945. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1984.

_____. **Processo de Execução**. Notas de atualização do Prof. Joaquim Munhoz de Mello. 5ª edição. Saraiva. São Paulo: 1986.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Específica**. São Paulo: RT. 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das Ações**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Tomo 1. Campinas: Bookseller. 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Conteúdo e Efeitos da Sentença: variações sobre o tema**. In Temas de Direito Processual – Quarta Série. São Paulo. Saraiva: 1989.

MURITIBA, Sergio. **Ação Executiva Lato Sensu e Ação Mandamental**. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. Vol. 58. São Paulo: RT. 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Eficácia e Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

ROCCO, Alfredo. **La sentencia civil**. Traducción de Mariano Ovejero. Colección Clásicos. Buenos Aires: El Foro.

RUSSO, Eduardo Angel. **Teoría General del Derecho - en la modernidad y en la posmodernidad.**, 3ª edición. Lexis-Abelardo-Perrot. Buenos Aires. 2004.

SCHWAB, Karl Heinz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-America.1968.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e Coisa Julgada**. 2ª edição. Porto Alegre: Fabris. 1988.

TESHEINER, José Maria. **Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil**. São Paulo: RT. 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada**. São Paulo: RT. 2006.

