



ISSN 1676 5184

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E TECNOLOGIA DE
UNAÍ**



**FACTU
JURÍDICA**

ANO 12 VOLUME 12

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E TECNOLOGIA DE UNAÍ
FACTU**

2015

Publicada pela
Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unai

Adalberto Lucas Capanema
Presidente AEPU

Maria José Lucas Capanema
Diretora Administrativa

Adalberto Lucas Capanema
Diretor Geral

Dêner Geraldo Batista Neves
**Coordenador Núcleo de Pesquisa,
Extensão e Pós-Graduação**

Michelle Lucas Cardoso Balbino
Coordenadora do curso de Direito

Fabírcia Lucas de Mendonça
Secretária Geral

Editor

Dêner Geraldo Batista Neves

Editora de Arte

Elaine Gomes Rodrigues Santiago

Conselho Editorial

Dêner Geraldo Batista Neves

Michelle Lucas Cardoso Balbino

Juliana Lacerda Machado

Wellington José Santana

Revisão

Juliana Lacerda Machado (Português)

Wellington José Santana (Inglês)

Contatos

Revista FACTU Ciência

Rua Rio Preto, 422

Unai – MG

CEP. 38.610-0000

Tel.: 38 3676 6222/3490

www.factu.br

**Ficha catalográfica preparada pela seção de catalogação e Classificação da
Biblioteca da FACTU.**

Revista FACTU JURÍDICA – Ano 12, nº 12. Unai: FACTU, 2015.

Anual ISSN 1676 – 5184

1. Direito Penal. 2. Princípios. 3. Judicialização. 4. Direito Civil. Direito
Administrativo

Proibida a reprodução total ou parcial por qualquer meio.
As matérias publicadas são de responsabilidade dos respectivos autores.

ARTIGOS

- A REPERCUSSÃO DOS MOTIVOS DETERMINANTES DO CRIME NA DOSIMETRIA DA PENA: UM ESTUDO SOBRE A EQUIPARAÇÃO ENTRE A AUSÊNCIA DE MOTIVO E O MOTIVO FÚTIL PARA AUMENTO DE PENA** 06
Marcus Vinicius Berno Nunes de Oliveira
Marianny Rosa Fernandes Ramos
- SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL: CONSEQUÊNCIAS DA SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL NA FAMÍLIA EM LITÍGIO** 19
Christiane Camargo De Lima
Dêner Geraldo Batista Neves
- A CIDADANIA PLENA COMO FATOR PREPONDERANTE PARA A CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA** 38
Michelle Lucas Cardoso Balbino
Marcus Vinicius Berno Nunes de Oliveira
- O ROMPIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA ALIENAÇÃO PARENTAL** 62
Aline Fátima Rodrigues
Wesley Renato Amaral
- A APLICABILIDADE DO PARÁGRAFO 4º DO ART. 39 DA CF/88, NO ÂMBITO DO PODER LEGISLATIVO MUNICIPAL DO NOROESTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS** 72
Jackson Mota dos Santos
Danilo Antônio Lucas Alvim
Dêner Geraldo Batista Neves
- O INSTITUTO DA PENHORA *ON-LINE* NO PROCESSO DE EXECUÇÃO** 94
Kleber Lopes Nunes
Michelle Lucas Cardoso Balbino
- A IMPORTÂNCIA DO DIÁLOGO NA CONSTRUÇÃO DO CONHECIMENTO JURÍDICO** 119
José Lucas Júnior
Wesley Renato Amaral
- O ATUAL CONTEXTO DAS RELAÇÕES FAMILIARES CONTEMPORÂNEAS** 127
Júlio Alves Caixêta Júnior

ANÁLISE DA SUSPENSÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA EM FACE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: Caso Chácaras Park Rio Preto, Município de Unaí/MG	137
Gabrielle Nayara Araújo Michelle Lucas Cardoso Balbino	
A DIVISÃO DOS PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL	186
Jedson Antônio Marçal José Lucas Júnior	
A INTERVENÇÃO JUDICIAL E SEUS REFLEXOS	196
Júlio Alves Caixêta Júnior	
A RESPONSABILIZAÇÃO DO MAU USO DAS REDES SOCIAIS	206
Jakson Brito Guimarães Maria Aparecida Carneiro Nery Michelle Lucas Cardoso Balbino	
NORMAS PARA PUBLICAÇÃO	213

APRESENTAÇÃO

O Conselho Editorial da revista FACTU JURÍDICA têm a grata satisfação de colocar a disposição de seus leitores o 12º volume da Revista Científica, referente ao ano de 2015.

Neste volume, são apresentados diversos artigos, sendo os autores do corpo docente e discente do Curso de Direito da FACTU bem como pesquisadores externos vinculados ou não a cursos de graduação e programas de pós-graduação.

Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida ou transmitida, por qualquer meio, seja eletrônico, mecânico ou fotocópia sem expressa autorização dos editores. Os editores não assumem nenhuma responsabilidade por danos a pessoas ou propriedades que possam ser causados por uso das idéias, técnicas ou procedimentos contidos no material publicado nesta revista. A submissão de artigos pressupõe que estes artigos, com exceção dos resumos ampliados, não tenham sido publicados anteriormente, nem submetidos a qualquer outra publicação.

A Diretoria e o Conselho Editorial da Revista FACTU JURÍDICA convidam, mais uma vez, os estudiosos e pesquisadores da FACTU, mas também os de outras instituições, a enviarem seus escritos para o próximo volume.

Conselho Editorial da Revista FACTU JURÍDICA

A REPERCUSSÃO DOS MOTIVOS DETERMINANTES DO CRIME NA DOSIMETRIA DA PENA: UM ESTUDO SOBRE A EQUIPARAÇÃO ENTRE A AUSÊNCIA DE MOTIVO E O MOTIVO FÚTIL PARA AUMENTO DE PENA

Marcus Vinicius Berno Nunes de Oliveira

Professor Universitário. Servidor Público Federal. Atualmente oficial de gabinete do Juiz Federal Substituto da Vara Única de Unai/MG. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Especialista em Direito Público pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal - UniDERP.

Marianny Rosa Fernandes Ramos

Graduanda em Direito pela Faculdade de Ciência e Tecnologia de Unai/MG – FACTU. Atualmente estagiária de direito da Advocacia Geral da União no escritório de representação da Procuradoria Geral Federal em Unai/MG.

RESUMO: O presente artigo tem a proposta de verificar a possibilidade de equiparação entre a ausência de motivo e o motivo fútil para aumentar a dosagem da pena fixada na sentença condenatória pela prática de um crime. Primeiro, estudou-se a importância do motivo determinante do crime para a fixação da pena. Posteriormente, conheceu-se o posicionamento da doutrina e jurisprudência dominantes na atualidade. Em seguida, refletiu-se sobre a utilização do princípio da presunção de inocência como norma fundamental à solução da questão proposta, e pensou-se acerca da possibilidade de conformação normativa infraconstitucional do problema. Por fim, o artigo concluiu que o princípio da presunção de inocência veda de forma insuperável a equiparação da ausência de motivo ao motivo fútil para fins de elevação da pena criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Presunção. Inocência. Motivo. Fútil.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema a repercussão dos motivos determinantes do crime na dosimetria da pena, abordando em especial o crime impelido por motivo fútil e a eventual ausência de motivo no cometimento do delito. A motivação do agente para o cometimento do crime já há muito tempo é uma das circunstâncias utilizadas como parâmetro para a fixação da reprimenda penal. Assim, as legislações penais estabelecem tipos penais básicos, os quais, dependendo do motivo determinante da conduta, podem ter a sua pena aumentada ou diminuída.

Uma vez que há a necessidade de definir o problema de modo simples e objetivo, os casos em que o motivo do crime é fundamento para a diminuição da reprimenda foram desprezados, mantendo-se o foco apenas nos casos em que o motivo serve para agravar a pena aplicada ao criminoso.

Assim sendo, surge a problemática que será objeto deste trabalho, qual seja: a ausência de motivo pode ser equiparada ao motivo fútil para aumentar a dosagem da pena fixada na sentença condenatória pela prática de um crime?

Partindo do problema exposto, o objetivo inicial do artigo é estudar a importância do motivo determinante do crime para a fixação da reprimenda na sentença penal condenatória. Em seguida, ao longo do segundo capítulo, passa-se a conhecer o conceito de motivo fútil e o posicionamento atual da doutrina e da jurisprudência acerca do problema. O terceiro capítulo tem o propósito de refletir sobre o princípio da presunção de inocência como norma determinante para a resolução da questão. O quarto e derradeiro capítulo vem pensar a

possibilidade de conformação normativa infraconstitucional do problema, que objetive resolver legalmente a situação proposta.

A pesquisa se justifica pela necessidade de aprofundamento da abordagem acerca da ausência de motivo para o cometimento do crime, notadamente em razão da lacuna normativa. Dessa forma, ao responder a problemática, busca-se colaborar para o entendimento e assimilação do tema.

O presente trabalho trata-se de uma pesquisa qualitativa, em que se buscou definir características específicas sobre cada figura estudada. Em relação aos métodos e técnicas de investigação, conforme ensinamentos dados por Eduardo C. B. Bittar (2009, p. 179) “as técnicas de pesquisa deverão variar, conjugar-se ou se adequar conforme o campo de trabalho em que esteja situada a temática de discussão que se queira abordar em Direito”.

Assim, com base nos ensinamentos de Bittar (2009) este artigo foi elaborado utilizando técnicas de investigação teórica consistentes em técnicas históricas, quando se aborda a origem dos institutos jurídicos; técnicas normativas quando o foco é o estudo normativo-jurídico, acompanhado com comentários doutrinários sobre o tema, e, por fim em técnicas conceituais, quando há a demanda de instigação em nível conceitual em pontos diversos do conhecimento jurídico, como o princípio da presunção de inocência.

20 MOTIVO DO CRIME E A DOSIMETRIA DA PENA

Conforme nos ensina Bitencourt (2012a), o método de fixação da pena sofreu alterações ao longo da história, as quais nos trazem importante contribuição para a compreensão do tema.

Inicialmente, na Idade Média, a fixação da pena atendia ao *arbítrio judicial*, de modo que não havia limites para a atuação do juiz, que fixava a pena de acordo com o que entendia necessário à justa retribuição do crime ao criminoso.

Posteriormente, ganhou força no Século XVIII o movimento de rompimento com essa ideia de *direito punitivo*, liderado por Cesare Beccaria, que defendia a limitação da atividade penalizadora com a fixação das penas na exata medida do crime. Esse movimento teve como base as ideias iluministas, com destaque para Montesquieu, para quem o papel do juiz se limitava a “boca da lei”, pois deveria apenas aplicá-la ao caso concreto, sendo-lhe vedada qualquer atividade interpretativa. Esse sistema ficou conhecido como o sistema das “penas fixas”, e chegou a ser adotado pelo Código Penal Francês de 1791. Nas palavras de Beccaria (2012, p. 17-20):

Os juízes, em caso de crimes, não têm direito de interpretar as leis penais, pois não são legisladores. Eles não receberam as leis de seus ancestrais como tradição doméstica nem como um testamento, cujos herdeiros e executores devem obedecer, mas recebeu as de uma sociedade viva ou do soberano, seu representante.

[...]. Quando os códigos de lei são fixados, devem ser observados no sentido literal, para que nada mais seja deixado ao juiz que determinar se uma ação está ou não em conformidade com a lei.

Esta é a forma pela qual os cidadãos obtêm segurança e propriedade, que é justa, pois é o propósito pelo qual estão unidos em sociedade, e é útil, pois cada um pode calcular exatamente as inconveniências de um delito.

É importante reparar que nesse sistema, uma vez que a pena era precisamente fixada pela lei, são irrelevantes as circunstâncias do fato, notadamente o que tange ao motivo determinante do crime praticado.

Ocorre que esse sistema também se mostrou insuficiente, pois não permitia que o juiz fizesse o ajuste da pena às peculiaridades do fato e do seu autor. Assim, o sistema das penas fixas evoluiu para o sistema da “relativa indeterminação das penas”, o qual acabou sendo a base de toda a codificação penal do ocidente.

Com isso, passou-se a adotar penas relativamente indeterminadas, com a fixação de parâmetros mínimos e máximos da quantidade de pena a ser aplicada pelo juiz, mas deixando margem de ajuste de sua dosagem concreta, desde que o julgador fundamente o seu convencimento.

Nesse momento, surge a ideia de aplicação específica da pena, a qual foi erigida à categoria de princípio básico do direito penal, o qual se denomina princípio da individualização da pena (NUCCI, 2014).

A individualização da pena nada mais é do que a fixação da quantidade ideal de pena feita pelo juiz, de forma discricionária e motivada, considerando as elementares e circunstâncias do caso, obedecendo as balizas estabelecidas pelo legislador (NUCCI, 2014). Cabe dizer que, embora a individualização da pena possa ser observada em três fases (legislativa, judiciária e executória), interessa a esse trabalho apenas a individualização da pena na fase judiciária, de acordo com as razões que seguem.

Vale lembrar que no estudo das circunstâncias que envolvem o crime costuma-se dividir o tipo penal em duas categorias: o tipo básico e o tipo derivado (NUCCI, 2015a). O primeiro é composto pelos elementos necessários à própria caracterização do tipo, de modo que a sua ausência faz desaparecer o crime. São as elementares do crime, também conhecidas pela expressão *essentialia delicti*. O segundo é composto por circunstâncias acidentais, que não alteram a caracterização do tipo, mas influenciam diretamente na quantidade de pena a ser aplicada na condenação (*accidentalialia delicti*). Ressalte-se que as circunstâncias acidentais não se traduzem em elementar do crime, razão pela qual, se não ocorrerem, o fato ainda assim seria definido como crime. A título de exemplo, é possível pensar no art. 121, §6º, do Código Penal (CP), que aplica um aumento de um terço a metade da pena do homicídio simples (art. 121, *caput*, do CP) se o crime for cometido por milícia privada atuando sob o pretexto de prestação de serviço de segurança. Nesse caso, verificando-se que a morte não decorre de atuação de milícia privada, ainda assim podemos estar diante de um homicídio, bastando que estejam presentes as elementares do tipo básico previsto no art. 121, *caput*, do CP.

Nesse universo, os motivos determinantes do crime aparecem, em regra, como uma dessas peculiaridades que dão novos contornos ao crime sem, contudo, lhe alterar o tipo básico, mas modificando a dosagem da pena no caso concreto.

Conforme nos ensina Pedro Vergara (apud GRECO, 2015a, p. 635):

Os motivos determinantes da ação constituem toda a soma dos fatores que integram a personalidade humana e são suscitados por uma representação cuja idoneidade tem o poder de fazer convergir, para uma só direção dinâmica, todas as nossas forças psíquicas.

Dessa forma, já é possível verificar que a importância do estudo do motivo determinante do crime reside no fato de que ele é uma das circunstâncias necessariamente analisadas pelo juiz no momento de fazer a individualização da pena, fixando o *quantum* devido na sentença penal condenatória. Nas palavras de Damásio de Jesus (2003, p. 553), as circunstâncias colocam-se entre o crime e a pena, permitindo a graduação desta. “(...) Constituem dados de ligação entre um e outra, permitindo a melhor individualização da sanção penal”. Destaque-se que as circunstâncias acidentais não possuem um sistema próprio de valoração no momento da dosagem da pena, de modo que elas aparecem “ora como

qualificadora/privilégio, ora como causa de aumento/diminuição, ora como agravante/atenuante, ora como residual circunstância judicial”, de acordo com a escolha feita pelo legislador (NUCCI, 2014, p. 134).

Exemplificando, no crime de homicídio o motivo fútil é trazido como uma circunstância que qualifica o homicídio simples, conforme art. 121, §2º, do CP. Por outro lado, em se tratando de crime de lesão corporal, o motivo fútil poderá ser apreciado como uma agravante (art. 61 do CP) ou como uma circunstância judicial do art. 59 do CP, mas jamais como uma qualificadora, visto que não há previsão legal nesse sentido.

Após o estudo da importância dos motivos determinantes do crime na dosimetria da pena, passa-se a revisar o entendimento da doutrina e da jurisprudência acerca da eventual ausência de motivo como fundamento de maior reprimenda penal.

30 BALIZAMENTO ATUAL DA QUESTÃO NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA

Antes de adentrar a abordagem dada ao tema pela doutrina e jurisprudência, se mostra importante conhecer a definição de motivo fútil, que é trazida pela dogmática penal. Dessa forma, Rogério Greco (2015b) conceitua, o motivo fútil como aquele motivo insignificante, banal, que normalmente não levaria ao cometimento do crime, verificando-se verdadeira desproporcionalidade entre o crime e a causa. Do mesmo modo Heleno Fragoso (apud GRECO, 2015b, p. 153) afirma que motivo fútil “é aquele que se apresenta como antecedente psicológico, desproporcionado com a gravidade da reação homicida, tendo-se em vista a sensibilidade moral média”.

São exemplos clássicos de motivação fútil, apontados pela doutrina, o cliente que mata o garçom por entregar-lhe o troco errado, ou daquele que mata seu devedor que não havia quitado, no tempo prometido, sua dívida de R\$ 1,00 (um real). Enfim, motivo fútil é aquele no qual há um abismo entre a motivação e o comportamento extremo levado a efeito pelo agente. (GRECO, 2015, p. 153)

Ao investigar a solução dada pela doutrina acerca do problema objeto da pesquisa, percebe-se que há controvérsias entre doutrinadores, pois, enquanto alguns admitem a equiparação da ausência de motivo ao motivo fútil, outros se mostram radicalmente contra esse nivelamento.

Primeiramente, os que admitem a punição do crime desmotivado com o mesmo rigor do crime fútil afirmam que a ausência de motivo é ainda pior que a futilidade, e que seria um contra senso admitir que a pena de quem delinque por motivo algum seja menor do que a pena de quem comete um crime por futilidade.

Dentre estes, Fernando Capez (2014b, p. 50) explicita o seu entendimento na seguinte visão: “matar alguém sem motivo é ainda pior que matar por mesquinharia, estando, portanto, incluído no conceito de fútil”.

Também se filiando a esse posicionamento, Rogério Greco (2015b) afirma que a diferença entre alguém que comete o crime por futilidade, e responde pela pena aumentada, e outro que sem motivo algum vem a delinquir, respondendo pelo delito simples, é um absurdo, devendo a sanção penal ser fixada de forma semelhante em ambos os casos.

Se o agente pratica o homicídio valendo-se de um motivo insignificante, qualifica-se o crime; se não tem qualquer motivo, ou seja, menos ainda que o motivo insignificante, o homicídio é simples. Não conseguimos, portanto, entender o

tratamento diferenciado. O que não podemos confundir é o fato de não sabermos o motivo e, sem mais, qualificar o homicídio, com o crime de morte sabidamente sem motivo, ou seja, matar por matar, que dificilmente ocorre. Pelo fato de não sabermos o motivo do homicídio não podemos reputá-lo como qualificado; ao contrário, aquele que mata alguém sem qualquer motivo, um *minus*, ainda, com relação ao homicídio fútil, deve merecer a qualificadora. (GRECCO, 2015b, p. 153).

Por outro lado, Cezar Roberto Bitencourt (2012b), apesar de concordar com a razoabilidade da equiparação, atenta para o princípio da reserva legal que veda a interpretação extensiva *in malam partem*, afirmando que com base nele não há outra alternativa senão considerar que o crime cometido com ausência de motivo deve ser punido pela forma simples ou básica.

A insuficiência de motivo não pode, porém, ser confundida com ausência de motivos. Aliás, motivo fútil não se confunde com ausência de motivo. Essa é uma grande aberração jurídico-penal. A presença de um motivo, fútil ou banal, qualifica o homicídio. No entanto, a completa ausência de motivo, que deve tornar mais censurável a conduta, pela gratuidade e maior reprovabilidade, não o qualifica. Absurdo lógico: homicídio motivado é qualificado; homicídio sem motivo é simples. Mas o princípio da reserva legal não deixa outra alternativa. Por isso defendemos, *de lege ferenda*, o acréscimo de uma nova qualificadora ao homicídio: ‘ausência de motivo’, pois quem o pratica nessas circunstâncias revela uma maior anormalidade moral que atinge as raias da demência (BITENCOURT, 2012b, p.53)

Seguindo a mesma linha, mas partindo de pressuposto diverso, Guilherme de Souza Nucci (2015a) leciona que a motivação é inerente a conduta humana, de modo que seria impossível pensar na existência de um delito sem motivo algum. Ou seja, para o autor, sempre existirá motivação para o crime, mas o fato de desconhecer o motivo ou esse motivo não ser compreensível ou razoável, não autoriza a sua equiparação ao crime fútil.

Argumentos existem a sustentar a possibilidade de se encontrar o crime de homicídio cometido pelo agente sem qualquer espécie de motivação. Seria um delito gratuito, advindo do nada. Para tanto, buscando justificar tal esdrúxula situação, algumas vezes se levantam para afirmar ser fútil o homicídio cometido sem motivo. Assim fazendo, a acusação se daria em termos de homicídio qualificado – e não simples. Por que fútil? Pelo fato de haver nítida desproporção entre o nada e a morte da vítima. [...] Porém, quando não se descobre o motivo, considerando-se a ausência de motivo, jamais se deve qualificar o crime como fútil; afinal, inexistente padrão de comparação entre o móvel interior do agente para a ação homicida e o resultado. Não é válido dizer, por simples suposição, que a ausência de motivo torna-se mais grave do que a existência de qualquer motivo, por mais simplista que seja. Em verdade, sabe-se que o ser humano, racional e inteligente, não age por agir. Suas ações e omissões têm uma causa e um fim. São valoradas, sempre. Por vezes, pode-se até mesmo estar diante de uma valoração implícita, sombreada pelo subconsciente do agente, mas existente. O homem não atua por mero instinto, como se fosse uma tendência natural, nos padrões do mundo animal. A fuga à racionalidade, determinando uma ação sem qualquer motivo, somente encontraria explicação – o que não deixa de ser um motivo – na enfermidade mental. Estaria, então, o autor sujeito à medida de segurança e não à pena. Estamos convictos de que não há crime sem motivo. [...] A ignorância do real móvel do crime jamais pode ser base para inculpar a acusação qualificada, calcada no motivo fútil, pois seria uma responsabilidade objetiva, fruto da ilação de terceiros, incompatível com o efetivo querer do autor. (NUCCI, 2015a, p. 622).

Pode-se citar, ainda, a lição de Cleber Masson (2015, p. 30), que compartilha da ideia de Nucci ao afirmar que “a ausência de motivo não deve ser equiparada ao motivo fútil, pois todo crime tem sua motivação. Destarte, o desconhecimento acerca do móvel do agente não deve ser colocado no mesmo nível do motivo de somenos importância”.

Quanto ao posicionamento consolidado nos tribunais superiores, a jurisprudência do Superior Tribunal Justiça já se firmou no que tange à ausência de motivo para o cometimento do crime. Em análise aos seus julgados é possível observar que o Tribunal segue a posição defendida por Bitencourt, qual seja, a vedação da interpretação extensiva em razão da obediência ao princípio da reserva legal. Por isso, a equiparação da ausência de motivo ao motivo fútil seria manifestamente descabida por se tratar de analogia *in mallan partem*. Nesse sentido, observam-se os seguintes trechos de julgados de sua lavra:

As razões declinadas na petição do regimental se ressentem de argumentos novos e robustos o bastante para infirmar os fundamentos da decisão agravada, proferida em conformidade com a jurisprudência sedimentada nesta Corte, no sentido de que a ausência de motivo não se equipara a existência de futilidade, devendo, portanto, ser mantida em seus próprios termos. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no REsp: 1289181 SP 2011/0256335-1, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 17/10/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/10/2013)

Na hipótese em apreço, a incidência da qualificadora prevista no art. 121, § 2o, inciso II, do Código Penal, é manifestamente descabida, porquanto motivo fútil não se confunde com ausência de motivos, de tal sorte que se o crime for praticado sem nenhuma razão, o agente somente poderá ser denunciado por homicídio simples (STJ, HC 152.548/MG, 5.a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 25/04/2011)

No caso dos autos, tanto a denúncia quanto a decisão de pronúncia, não apontaram o motivo que levou o agente a cometer o crime, razão por que não pode incidir a qualificadora da futilidade. (HC 91.747/SP, 6.a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 01/06/2009)

Não se pode confundir, como se pretende, ausência de motivo com futilidade. Assim, se o sujeito pratica o fato sem razão alguma, não incide essa qualificadora, a luz do princípio da reserva legal. (STJ - REsp: 769651 SP 2005/0124029-6, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 04/04/2006, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ15/05/2006)

Assim, com base nos elementos acima, pode-se concluir, preliminarmente, que prevalece na doutrina e jurisprudência, em que pese existirem entendimentos divergentes, a ideia de que a ausência de motivo não se equipara à futilidade do motivo, por observação ao princípio da reserva legal que veda a analogia *in mallan partem*.

Porém, no próximo capítulo, a pesquisa mostra que há outro parâmetro, de índole constitucional, para fundamentar a solução viável ao problema que ora se examina.

40 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência (também conhecido como não culpabilidade) foi inserido expressamente na Constituição Federal de 1988, e o seu conceito é trazido pelo art. 5º, LVII, nos seguintes termos: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Nas palavras do imortal Cesare Beccaria (2012, p. 47), “ninguém pode ser condenado como criminoso até que seja provada sua culpa, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção

pública até que tenha sido provado que ele violou as regras pactuadas”. Modernamente, esse princípio “significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória com trânsito em julgado” (NUCCI, 2015b, p. 33).

Embora seja um princípio constitucional inserido nos direitos e garantias individuais, e como tal abarcado pela proteção dada pelo art. 60, §4^a, da CF às cláusulas pétreas, é importante notar que se trata de um princípio ligado às garantias do processo penal, e não ao direito penal material, que foi objeto de análise nos dois capítulos anteriores.

Digressiona-se aos ensinamentos de Magalhães Noronha (2003) para lembrar que a partir do momento em que a competência para solucionar os conflitos de interesses que surgem no meio social foi atribuída ao Estado (função jurisdicional, que no caso em tela se traduz no *jus puniendi*), torna-se necessária a fixação de regras e princípios que regem o exercício do direito de punir do Estado.

Logo, não se confundindo com os princípios e regras de convivência em sociedade, as quais definem as condutas e as consequências para a sua violação (direito material), os princípios e regras processuais assumem tanto o papel de instrumento para se aplicar aquelas normas ao caso concreto, bem como a função de proteção dos direitos fundamentais do acusado em face do arbítrio do Estado.

Isso é o que justifica a autonomia e obrigatoriedade do direito processual penal que, embora seja instrumental, também é absolutamente necessário, pois não há aplicação de pena fora do processo penal. É o que nos dizem os princípios *nullapoenasine judicio* e *nullapoenasine judicie* (nenhuma pena pode ser imposta sem o processo; nenhuma pena pode ser imposta senão pelo juiz).

A redação do art. 5º, LVII, da CF não traz maiores problemas interpretativos. Porém, do seu texto, a mais autorizada doutrina extrai três imperativos processuais penais: a) excepcionalidade da prisão preventiva, de modo que, em regra, o acusado deverá responder o processo em liberdade; b) ônus probatório da acusação, que deve ser a regra, pois o acusado já é considerado inocente, motivo pelo qual caberá à acusação comprovar a sua culpa; e c) *in dubio pro reo*, que determina que, havendo dúvida na condenação, deverá o juiz reconhecer o direito de liberdade do réu em face do *jus puniendi* do Estado, pois o réu é a parte mais fraca dessa relação.

Esse é o pensamento sintetizado de autores como Fernando Capez (2015, p. 79), que defende o seguinte:

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual.

Também se verifica o mesmo ideal na obra de Guilherme de Souza Nucci (2015b, p. 34), *in verbis*:

Tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu.

Por outro lado, confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, já que indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando realmente for útil à instrução e à ordem pública. (...).

Integra-se ao princípio da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*), garantindo que, em caso de dúvida, deve sempre prevalecer o estado de inocência, absolvendo-se o acusado.

Por fim, vale citar a notável doutrina de Aury Lopes Jr. (2014, pp. 214-215), que ensina:

Por tudo isso, a presunção de inocência, enquanto princípio reitor do processo penal, deve ser maximizada em todas suas nuances, mas especialmente no que se refere à carga da prova (*regladeljuicio*) e às regras de tratamento do imputado (limites à publicidade abusiva [estigmatização do imputado] e à limitação do (ab)uso das prisões cautelares).

A presunção de inocência afeta, diretamente, a carga da prova (inteiramente do acusador, diante da imposição do *in dubio pro reo*); a limitação à publicidade abusiva (para redução dos danos decorrentes da estigmatização prematura do sujeito passivo); e, principalmente, a vedação ao uso abusivo das prisões cautelares.

Em suma: a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele.

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?).

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu.

Seguindo essa acepção processual do princípio da presunção de inocência, cabe agora fazer outro recorte epistemológico, visando adequar o conceito ao objeto da pesquisa.

Assim, deixando de lado a parte referente ao sistema das prisões cautelares, que não são objeto do trabalho, dá-se maior ênfase à carga probatória que, como visto, no processo penal recai sobre a acusação.

E sobre o ônus probatório no processo penal, a presunção de inocência do acusado traz o dever de que ele seja tratado efetivamente como um não culpado pelo juiz (LOPES JR., 2014), excluindo-se qualquer mácula prévia que o ímpeto acusador do Estado possa imputar.

Portanto, a construção do convencimento deve se dar em respeito ao contraditório, “pela estrutura acusatória que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento” (LOPES JR., 2014, p. 213).

Com isso, por desdobramento lógico do princípio da presunção de inocência, para que o processo penal resulte em condenação do acusado, caberá ao órgão acusador fazer a prova não só da autoria e da materialidade do crime, mas de todas as elementares e circunstâncias que de alguma forma possam agravar a pena.

Então, sendo o motivo determinante do crime uma das circunstâncias que influenciam a dosagem da pena, se a acusação pretende imputar ao acusado um tipo penal agravado ou qualificado pelo motivo do crime, deverá provar no processo a existência desse motivo. Caso

contrário, essa alegação deverá ser afastada, sendo o acusado punido apenas pelo tipo penal simples.

Vale ressaltar, cabe exclusivamente à acusação demonstrar em juízo todas as circunstâncias do fato imputado na peça acusatória ao réu, no que se inclui os motivos determinantes do crime que possam servir de fundamento para eventual exasperação da pena.

Nesse diapasão, com base no princípio da presunção de inocência, resta cristalino que a ausência de motivo jamais poderá ser equiparada ao motivo fútil determinante do crime, visto que essa circunstância acidental deve ser objeto de prova cujo ônus pertence exclusivamente à acusação.

Frise-se que à defesa não interessa fazer prova de qualquer fato imputado ao acusado, inclusive as eventuais circunstâncias acidentais agravantes ou qualificadoras que constem na peça acusatória.

Por isso, se ao indivíduo é imputado o cometimento de um crime por motivo fútil, é estratégia de defesa do acusado negar tal motivação do crime, bastando para isso causar dúvida sobre a existência ou não desse motivo específico. Dessa forma, caso não seja provada de forma cabal a existência do motivo fútil, ou de qualquer outro motivo que sirva de fundamento ao aumento da pena, o juiz deverá manter a eventual condenação pela pena cominada ao tipo penal simples, básico, desconsiderando a motivação do crime.

Observe-se que ao acusado não se impõe o ônus de provar qualquer outro motivo para a prática do delito, sendo suficiente a fundada dúvida sobre a motivação imputada na peça acusatória.

Essa assertiva conduz à conclusão de que a ausência de motivo nunca poderá ser equiparada ao motivo fútil, ou a qualquer outro motivo, para fins de agravamento da sanção penal, sob risco de se inverter o ônus probatório e impor ao acusado a obrigação de demonstrar que o motivo da sua conduta não se amolda ao fato narrado na peça acusatória, o que fere de morte o princípio da presunção de inocência.

É importante destacar que essa conclusão difere do que a doutrina dominante e a jurisprudência dos tribunais superiores vêm entendendo acerca do caso, pois, retomando o pensamento do capítulo anterior, o fundamento da não equiparação da ausência de motivo ao motivo fútil, para a maioria da doutrina e para os tribunais superiores, reside no princípio da reserva legal que veda a analogia *in mallan partem*.

Ocorre que essa solução se mostra equivocada para a problemática proposta, que encontra melhor amparo na interpretação dada ao princípio da presunção de inocência, conforme será abordado no próximo capítulo.

5AS TENDÊNCIAS E POSSIBILIDADES DE CONFORMAÇÃO LEGISLATIVA DO PROBLEMA

A questão da equiparação entre a ausência de motivo e o motivo fútil no cometimento do crime não é uma questão nova a ser discutida na ciência do Direito Penal.

Porém, esta pesquisa projetou outra perspectiva sobre a matéria, outra forma de responder ao questionamento inicial que norteou o trabalho, qual seja, se a ausência de motivo pode ser equiparada ao motivo fútil para aumentar a dosagem da pena fixada na sentença condenatória pela prática de um crime.

E essa nova perspectiva ganha relevância ao se refletir sobre a possibilidade de conformação legislativa do problema proposto. Em outras palavras, é possível que uma nova lei venha a equiparar a ausência de motivo ao motivo fútil ou que, ao menos, estabeleça a ausência de motivo como fundamento para a maior reprimenda penal?

Cabe aqui retomar o ensinamento de Cezar Roberto Bitencourt (2012b, p. 53), que, ao expor sua opinião sobre o tema, encerra o pensamento dizendo que “por isso defendemos, *de lege ferenda*, o acréscimo de uma nova qualificadora ao homicídio: ‘ausência de motivo’”.

A sugestão do prestigiado autor se baseia na ideia de que aquele que comete o crime “nessas circunstâncias revela uma perigosa anormalidade moral que atinge as raias da demência” (BITENCOURT, 2012b, p. 53). Da mesma forma, Fernando Capez (2014b p. 50) expõe que “ao estabelecer pena mais severa para quem mata por motivo de somenos importância, não se compreende que o legislador fosse permitir pena mais branda para quem age sem qualquer motivo”, e Rogério Greco (2015), para quem “aquele que mata alguém sem qualquer motivo, um *minus*, ainda, com relação ao homicídio fútil, deve merecer a qualificadora”.

Em que pese a autoridade dos argumentos, tomando por base o pensamento exposto no capítulo anterior, o qual trouxe o princípio da presunção de inocência como norma determinante para a vedação da equiparação entre ausência de motivo e o motivo fútil, conclui-se que não é possível a conformação da matéria pelo legislador infraconstitucional. E tal conclusão é sustentada por duas premissas complementares, sendo a primeira da teoria do direito de Hans Kelsen e a segunda a filosofia moderna de Jean-Jacques Rousseau.

Conforme imperecível lição de Hans Kelsen (2003), tendo a norma infraconstitucional o seu fundamento de validade na Constituição Federal, deve a ela obediência, não a podendo contrariar. E sendo o princípio da presunção de inocência norma constitucional, sempre vinculará toda a produção legislativa ordinária, que com ele deverá ser compatível, não podendo lhe reduzir o alcance ou lhe suprimir a eficácia.

E é possível ir mais além.

O princípio da presunção de inocência é norma constitucional originária, isto é, que tem origem direta na manifestação máxima de soberania de um povo, que atende pelo nome de Poder Constituinte (BRITTO, 2003).

E ao trazer o princípio da presunção de inocência para dentro do ordenamento jurídico pátrio, este Poder Constituinte não só o fez de forma expressa, no citado art. 5º, LVII, da CF, como o inseriu dentro do rol de direitos e garantias individuais, os quais são protegidos pelo escudo do art. 60, §4ª, da CF.

Seguindo o ensinamento do Eminentíssimo Professor Carlos Ayres Britto (2003), o poder constituído encontra limite naquilo que determina o poder constituinte (este sim, sempre originário), inclusive no que tange à possibilidade de reforma.

Com relação à segunda premissa apontada acima, ainda que correndo alguns riscos por conta da apropriação sintética que se faz do pensamento de Rousseau, é imprescindível lembrar que, em sua filosofia, o homem é definido como um ser que, diferentemente dos outros animais, não é conduzido apenas pelo seu instinto, mas pela sua liberdade de escolha. Essa liberdade de escolha é, justamente, o que diferencia o homem dos outros animais (ROUSSEAU apud FERRY, 2010).

Dessa forma, seguindo o exemplo de Rousseau (apud FERRY, 2010), um leão jamais poderá ser considerado um animal livre, pois ele não é capaz de agir de forma diferente do que manda o seu instinto natural. Por isso que o leão, mesmo faminto, morreria de fome ao lado de um pote de alpiste sem nem pensar em se nutrir com outra coisa que não seja carne. Igualmente, um pombo morreria de fome ao lado de um prato de carnes nobres.

Portanto, o homem, ao contrário do leão e do pombo, pode desprezar o seu instinto natural e se comportar de acordo com sua razão. E essa razão é, de fato, o que o caracteriza, o que o constitui, motivo pelo qual não é possível dela se afastar. Mesmo quando escolhe fazer uso do mal como projeto, como por exemplo, quando pratica a tortura, o homem o faz por uma escolha (FERRY, 2010). Um leão pode até se divertir com sua caçada, mas essa diversão não muda o fato de que o leão caça para se alimentar, e não apenas para fazer mal a sua presa.

Com isso, e retomando o que ensina Guilherme de Souza Nucci (2015a), citado acima, no campo da imputabilidade penal, não é possível pensar um delito com nenhum motivo. Toda conduta delituosa é praticada por um motivo, ainda que esse motivo não seja revelado no curso do processo penal. E por decorrência do princípio da presunção de inocência, o ônus de demonstrar o motivo do crime e a sua eventual futilidade recai exclusivamente na acusação, e nunca na defesa do acusado.

Nessa ótica, caso a norma infraconstitucional trouxesse a ausência de motivo como fundamento para o aumento da pena, uma vez que pela lógica do pensamento não se admite a sua existência, em verdade, a norma estaria atribuindo à defesa o ônus de provar que o motivo da conduta existe e, ao mesmo tempo, que ele não é fútil.

Exemplificando, imagine-se que A é réu em um processo que apura o eventual cometimento de um homicídio. Supõe-se que nesse processo já tenha sido comprovada a autoria de A, mas, embora haja suspeita de que o motivo do crime tenha sido fútil, a acusação não conseguiu provar a sua existência. Essa é uma típica hipótese de ausência de motivo, na qual A seria responsabilizado pelo *caput* do art. 121 do CP, pois pelo princípio da presunção de inocência, caberia ao órgão acusador produzir essa prova. Por outro lado, se houvesse uma norma infraconstitucional que permitisse o aumento da pena em razão da ausência de motivo, caberia obrigatoriamente à defesa produzir prova de que A tinha um motivo para o crime e que esse motivo não era fútil, o que violaria a presunção de inocência.

Assim sendo, conclui-se que mesmo pela via da reforma constitucional, seguindo os trâmites do devido processo legislativo, verifica-se não ser admitido o apenamento da conduta criminosa desmotivada, devido ao respeito ao princípio da presunção de inocência.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou verificar como pode ser enfrentada a questão da equiparação entre a ausência de motivo e o motivo fútil para fins de aumento da sanção fixada pelo juiz na sentença penal condenatória.

Verificou-se, inicialmente, que os motivos determinantes do crime são de suma importância para a individualização da pena aplicada no exercício da atividade jurisdicional, e que a lei penal os trata de forma pouco sistematizada, ora os enquadrando como qualificadores do crime, ora agravante do crime e ora como circunstância residual.

Observou-se, ainda, que a doutrina e jurisprudência dominantes na atualidade não admitem a equiparação entre a ausência de motivo e o motivo fútil em razão do respeito ao princípio da reserva legal.

Outro ponto que norteou os trabalhos realizados foi a verificação da utilização do princípio da presunção de inocência como norma fundamental à solução da questão proposta. Desse modo, foi abordado que o princípio da presunção de inocência tem entre os seus desdobramentos lógicos a atribuição da carga probatória para a acusação, e que essa carga abrange não apenas a autoria e materialidade do crime, mas todas as circunstâncias acidentais que possam interferir na majoração da reprimenda penal.

Pelo exposto, conclui-se que o princípio da presunção de inocência veda de forma insuperável a equiparação da ausência de motivo ao motivo fútil para fins de elevação da dosagem da pena criminal, sendo mais adequado à proteção dos direitos fundamentais do acusado que o princípio da reserva legal, que acabaria por sucumbir a uma inovação legislativa *in pejus* nesse quesito.

Portanto, o princípio da presunção de inocência é bloqueio epistemológico que impede a majoração da sanção criminal com base na ausência de motivo para o cometimento do crime.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. trad. Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____. **Tratado de direito penal**: parte especial. v. 2. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp: 769651 SP 2005/0124029-6, Relator: Ministra Laurita Vaz, 04/04/2006, T5 - Quinta Turma, DJ15/05/2006.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 91.747/SP, 6.a Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 01/06/2009.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus 152.548/MG, 5.a Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 25/04/2011.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp: 1289181 SP 2011/0256335-1, Relator: Ministra Laurita Vaz. 17/10/2013, T5 - Quinta Turma. DJe 29/10/2013.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Curso de direito penal**: parte geral. v. 1. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2014a.

_____. **Curso de direito penal**: parte especial. v. 2. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2014b.

FERRY, Luc. **Aprender a viver**. trad. Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. v. I. 17 ed. Niterói: Impetus, 2015a.

_____. **Curso de direito penal**: parte especial. v. II. 11 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015b.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. v. 1. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. trad. João Batista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte geral. v.1. 9 ed. São Paulo: Método, 2015.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Manual de direito penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015a.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015b.

SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL: CONSEQUÊNCIAS DA SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL NA FAMÍLIA EM LITÍGIO

Christiane Camargo De Lima

Região do Pantanal - UniDERP.

Dêner Geraldo Batista Neves

Mestre em Educação pela Universidade Católica de Brasília (2013).
Atualmente é professor e coordenador de pesquisa, extensão e pós-graduação
da Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unaf.

RESUMO: O presente trabalho busca discutir a Síndrome da Alienação Parental, sua origem, conceito, causas e seus principais efeitos nas crianças e adolescentes. A Síndrome da Alienação Parental (SAP) se refere ao distúrbio no qual uma criança cria sentimento de repúdio a um dos pais, e até mesmo aos familiares deste. Sua origem está diretamente ligada à intensificação das estruturas da convivência familiar. A SAP pode trazer várias consequências para a criança tais como desespero, sentimento de culpa, dupla personalidade, depressão, e, em casos extremos, levar ao suicídio. Quando a SAP for identificada, no âmbito judicial ou não, é de extrema importância intervir contra seu desenvolvimento, buscando resguardar os direitos dos filhos na batalha entre os pais, agindo com discernimento, para que os interesses da criança sejam os primordiais. O instituto da guarda compartilhada nos litígios judiciais vem sendo bastante adotado, quando seguido corretamente pode trazer resultados satisfatórios. Esse Trabalho de Conclusão de Curso analisou não apenas como surge a Síndrome da Alienação Parental, mas também, suas causas e consequências, que, em muitos casos, poderão ser irreversíveis.

Palavras- chave: Alienação Parental. Síndrome. Litígio.

1 INTRODUÇÃO

Quando há a dissolução da entidade familiar, dificilmente os envolvidos conseguem adotar posturas amenas, pois na maioria das vezes, a relação já foi afetada pelo longo período de brigas e desentendimentos. Os casos de Síndrome da Alienação Parental (SAP) frequentemente estão associados a situações em que a ruptura do laço matrimonial gera em um dos genitores uma tendência vingativa intensa. Nessa campanha de ódio, o filho é utilizado como instrumento de vingança.

Segundo Guazzelli (2007) quando a mãe não consegue aceitar a separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Assim, ao ver o interesse do pai em não perder o contato com o filho, quer vingar-se, afastando este do genitor. Para alcançar seu objetivo cria uma série de situações, com a finalidade de dificultar ao máximo as visitas do pai, levando o filho a rejeitá-lo e odiá-lo.

Essa situação que o cônjuge guardião provoca além de enfraquecer os laços da criança com aquele genitor que apenas não detém a guarda. Com o passar do tempo também traz sérias consequências para criança, que passa a agir de forma agressiva e se afasta não apenas do genitor alienado, mas também de toda a família desse genitor. Essa discussão constitui o cerne deste trabalho que buscou responder como se desenvolve a síndrome da alienação parental no seio de uma família em litígio?

Em virtude do exposto esta revisão de literatura tem como objetivo identificar como ocorre e quais as consequências da síndrome da alienação parental na família em litígio. Para

alcançar o objetivo proposto este trabalho foi construído a partir de uma revisão de literatura, utilizando livros, dissertações, artigos com uma abordagem qualitativa.

2 DISSOLUÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR

Nos últimos anos presenciou-se que a dita família natural, não estava sendo efetiva entre os casais, que estavam se separando com maior frequência. E, com isso que estava perdendo eram justamente os filhos que nenhum momento ensejavam tal fato, porém sofriam os efeitos desta fato. Entretanto, nem sempre foi fácil dissolver uma entidade familiar.

Segundo OLIVEN (2010) o casamento era indissolúvel por ato entre vivos até o ano de 1977. Antes da Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977, a chamada Lei do Divórcio, enquanto vivessem, estava o casal eternamente atado pelos laços do matrimônio. A vedação a dissolução do vínculo é a tradução de uma sociedade moralista e conservadora a refletir na legislação, impedindo a livre manifestação de vontade das pessoas em decidir sobre as formas de constituição de suas famílias.

Assim, o casamento válido só poderia ser dissolvido pela morte, mas ingressou no direito brasileiro um novo e importante instituto: o divórcio. Este é suficiente para dissolver a sociedade conjugal em definitivo.

Para Maria Berenice Dias, o casamento gera o “estado matrimonial, no qual os nubentes ingressam por vontade própria, por meio da chancela estatal”. (DIAS, 2007, p.95). Este pensamento reforça a ideia da forte interferência do Estado na vida privada.

Segundo a Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, somente constitui vínculo conjugal o casamento válido. Este agora pode ser desfeito com a morte de um dos cônjuges, até porque esta finda a personalidade jurídica da pessoa natural e, em consequência, põe termo a todas as relações jurídicas, ou com o divórcio. A dissolução do vínculo conjugal implica na modificação do estado civil, o qual determina o regime jurídico a que a pessoa está subordinada. (OLIVEN, 2010).

No entanto, dissolver a sociedade conjugal não implica na dissolução do vínculo conjugal. A distinção é apresentada por Maria Helena Diniz ao explicar que pode haver dissolução da sociedade conjugal sem a do vínculo matrimonial, mas todo rompimento do vínculo acarreta, obrigatoriamente, o da sociedade conjugal. (DINIZ, 2007).

A separação de fato pode ser igualmente entendida como modalidade de término da sociedade conjugal, pois há o efetivo afastamento dos cônjuges do lar conjugal ou das vidas antes compartilhadas.

Na dicção de Dias (2007, p.272), “quando cessa a convivência, o casamento não era mais efeitos, faltando apenas a chancela estatal. O casamento nada mais produz porque simplesmente deixou de existir”.

Assim, a separação conjugal pode ser considerada um fenômeno social válido para a dissolução da entidade familiar, cessando seus efeitos, não sendo necessária a intervenção do judiciário para se concretizar.

Quando ocorre a separação de um casal, há uma quebra da normalidade, uma ruptura familiar, pois são criadas duas famílias distintas: a do pai e da mãe.

Embora, o Código Civil Brasileiro em seu artigo 1.579 (BRASIL,2002), afirme que “o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”, a prática demonstra profunda alteração nesta relação, face ao abalo emocional enfrentado pelo casal e a disputa pela guarda dos filhos, o que acarretará certamente a insegurança da criança ante a dependência irrestrita de seus genitores.

Algumas pessoas fazem da dissolução dos relacionamentos conjugais um verdadeiro campo de batalha em relação à família, usando os filhos como instrumento de batalha para atingir o ex-cônjuge. (LONGANO, 2010).

Existem alguns fatores que podem prejudicar as crianças diante do divórcio. Segundo Mendonça (2005, p. 60):

Se um dos pais desaparece após a separação; se elas passam por dificuldades econômicas; se o número de irmãos é considerado muito grande, pois fica mais difícil cuidar de todos; se o pai que possui a guarda ou mesmo algum dos filhos sofre de depressão prolongada e se a separação faz a criança se afastar de sua rede de amigos e parentes.

Logo, a consequência desta conjuntura faz surgir um fenômeno chamado alienação parental, como sendo a realização de verdadeira campanha feita voluntariamente por um dos cônjuges (guardião) em desfavor do outro cônjuge no sentido de afastá-lo do filho, situação decorrente de uma família em litígio.

3 FAMÍLIA EM LÍTIGIO

Litígio é um conflito, judicial ou não, do confronto, que se manifesta por violência, brigas verbais, trocas de ofensas e acusações, interrupção ou corte da comunicação, numa escalada progressiva, como acontece na maioria das dissoluções de entidades familiar.

É certo que a separação dos pais consiste em uma experiência difícil para os filhos, mas isso não quer dizer que tenha ela que ser necessariamente dramática. Mesmo após a ruptura da entidade familiar os filhos têm condições de se ajustarem a nova realidade da família. Entretanto, para conseguirem enfrentar de uma maneira mais tranquila precisam da ajuda de seus pais.

O grande problema surge exatamente da falta de acordo entre os pais após a separação, pois, muitas vezes, sentimentos como a raiva e ódio tomam conta da relação entre os pais. Nesse cenário de discórdia os filhos se tornam instrumentos de vingança, principalmente no que concerne a guarda dos filhos.

A síndrome de alienação parental surge da disputa pela guarda dos filhos pelos seus pais, que utilizam atos de alienação parental.

Há alguns tipos de separações que afetam de forma distinta os filhos, conforme explana Silva:

A separação por mútuo consentimento, com ambas as partes entrando em um acordo, pouco prejudica os filhos, mas a separação chamada litigiosa, onde uma pessoa, que será a autora, imputa e mostra que houve conduta desonrosa ou algum ato que importe grave violação de deveres do casamento. Posteriormente, esse tipo de separação deixará consequências tanto para o casal quanto para seus filhos. Então, tendo em vista esses problemas, e a partir do novo código civil, surgiu um direito de família diferenciado para tratar essas questões com proteção ao menor. (SILVA, 2012, p. 12).

Segundo Andrade (2005), com a separação, os papéis desempenhados na família começam a se modificar, pois diante disso novos membros tendem a incorporar o núcleo familiar, enquanto que outros o deixam para constituir outra família, o que talvez seja inaceitável para um dos genitores, principalmente se for forçada a substituição da figura materna ou paterna da criança. Isso ocorre devido à necessidade de vingança, normalmente por parte do genitor que ficou com a guarda da criança, em desacordo com a separação. Sendo que assim ficam mais explícitas as influências do litígio familiar na SAP.

Nas palavras de Rosa:

Quando o matrimônio chega ao fim tornando-se impossível a convivência do casal, começa uma complexa negociação. Negociam-se as perdas afetivas no mesmo rol das materiais. São múltiplos os divórcios em uma única separação, o psíquico, o emocional, o físico, o financeiro, das famílias primárias, dos amigos, dos filhos, este de gravidade extrema, quando se tornam objeto de barganha do casal conjugal. (ROSA, 2010, p. 120).

Famílias que vivem situações de litígio, deveriam requer o suporte de profissionais especializados que lhes apoiem, de modo a conduzir este processo da forma mais colaborativa e menos danosa possível, especialmente quando estão envolvidos crianças e adolescentes.

Promover adequadamente a separação ou o divórcio ajuda a desatar o nó de uma convivência que não mais se sustenta. (FACHIN, 2010).

O critério jurídico primordial para resolver os conflitos é o melhor interesse da criança.

Deve se proceder a uma determinação individual para cada criança, pois não tem como determinar, num primeiro momento, um interesse que se aplique para todas. Assim, o processo que visa buscar o interesse do menor abrange uma pluralidade de fatores. (CHAVES, 2010).

Portanto, quando o litígio familiar ocorre no âmbito judicial, é necessário um poder judiciário eficaz e cuidadoso com questões assim delicadas é, sem dúvida, um grande passo para o reparo e principalmente a coibição para que tais situações sejam rejeitadas, anuladas ou, no mínimo, minimizadas. O instituto da guarda compartilhada, dependendo da gravidade do conflito familiar, pode ser uma solução para se chegar a um consenso entre as partes litigantes e buscar o melhor interesse dos filhos.

4 ALIENAÇÃO PARENTAL

Quando um dos genitores, após a separação ou do divórcio, age a fim de interromper as visitas do genitor alienado ao filho, deverá apresentar judicialmente uma justificativa plausível. No entanto, um fenômeno relacionado a essa questão vem sendo diagnosticado e analisado por profissionais de vários ramos do conhecimento, dentre eles psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais etc.

O psiquiatra Richard Gardner, estudou profundamente o comportamento de crianças e adolescentes filhos de pais separados, averiguou que alguns haviam sido coibidos de estar na companhia do genitor visitante, por obra do genitor guardião, sem nenhum motivo legal. (CALÇADA, 2008).

Segundo os apontamentos de Marcos Duarte (2009) “o uso de táticas verbais e não verbais faz parte do arsenal do guardião” e a principal característica da alienação parental é a “lavagem cerebral no menor para que atinja uma hostilidade em relação ao pai ou mãe visitante”.

A alienação parental vem se tornando algo cada vez mais comum na sociedade, caracteriza-se por uma interferência na formação psicológica para que o filho repudie o genitor ou cause prejuízos ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com o mesmo.

O conceito de Alienação Parental, no Brasil, foi legitimado com o artigo 2º da Lei nº 12.318 de 2010 que a define nos seguintes termos:

Art. 2º - Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie o genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010).

Percebe-se que o legislador se preocupou em frisar que embora ocorra frequentemente desta forma, não é apenas um dos genitores que aliena ao outro, mas qualquer pessoa que detenha a guarda da criança e do adolescente pode ser alienante.

Caracterizada a alienação parental ou conduta que dificulte a convivência paterno-filial, sem prejuízo da responsabilidade civil ou criminal do alienador, pode o juiz advertir o alienador; ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; multar o alienador; inverter a guarda ou alterá-la para guarda compartilhada. Pode até suspender o poder familiar. (DIAS, 2010, p.2).

A alienação parental é uma forma de atingir o direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, pois prejudica a realização do afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, constituindo abuso moral contra a criança ou adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Ao ser trazido para o campo legal, alienação passa a ter um enfoque psicológico e jurídico, pois se constatada, o genitor guardião pode sofrer sanções graves, inclusive a inversão da guarda previamente estabelecida e a suspensão da autoridade parental. (BRASIL, 2010).

Portanto, o processo de alienação se inicia quando o genitor alienador, usando o filho como instrumento de vingança contra o genitor alienado, procura monitorar não apenas o tempo, como também os sentimentos da criança para com o outro, tentando controlar diretamente os dois fatores. Mas, isso pode trazer várias consequências para a criança, dentre elas a formação da síndrome da alienação parental.

Logo, faz-se necessário entender a diferença entre a alienação parental e a síndrome da alienação parental, vez que esta é consequência daquela.

As ações do genitor alienante em denegrir, desmoralizar e inserir falsas memórias para que o filho repudie o outro genitor, configuram uma alienação parental, que podem trazer inúmeras consequências para a criança, dentre elas a síndrome da alienação parental, que é o resultado das ações de alienação.

A Alienação Parental é o princípio da Síndrome, na qual a alienação passa de ato para tentar programar o menor ao afastamento e rompimento do vínculo afetivo com o pai/mãe, para a própria vontade da criança ou adolescente de não convivência com seu genitor e animosidade com este, acarretando em graves sequelas, tendo em vista os efeitos emocionais e psicológicos causados.

A síndrome de alienação parental não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome, por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminante e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores e que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho (FONSECA, 2006, p.164).

Marcos Antônio Pinho deixa certo que a SAP não se confunde com a Alienação Parental, vez que aquela é fruto desta, ou seja, ao passo que a Alienação Parental se liga ao afastamento do filho de um pai por meio de manobras do titular da guarda; a Síndrome, por sua

vez, diz respeito às questões emocionais, aos danos e sequelas que a criança e o adolescente vêm a padecer. (PINHO, 2011).

Já Fonseca (2009, p. 51) diferencia os dois termos da seguinte forma:

A síndrome da alienação parental não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome, por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminante e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores e que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho.

Portanto, Alienação Parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro. Já a Síndrome da Alienação Parental, é uma consequência, são as sequelas psicológicas que sofrem as crianças e o genitor alienado.

5 CONDUTAS DO GENITOR ALIENANTE/ALIENADOR

O processo de alienação manifesta-se, geralmente, no ambiente materno, devido à tradição de que a mulher é mais indicada para exercer a guarda dos filhos. No entanto, é bom ressaltar, que pode incidir em qualquer dos genitores, pai ou mãe, estendendo-se, ainda, a outros cuidadores, como por exemplo, avós, tios, etc.

Segundo Alemão (2011) na maioria dos casos, o genitor alienante, é o que detém a guarda, e tem como meta proceder a uma “lavagem cerebral” na mente de seus filhos, indicando lhes pensamentos e sentimentos em relação ao genitor alienado, com o objetivo de afastá-los e romper o vínculo existente entre eles. Age falando mal do genitor alienado, desqualificando-o perante os filhos, denegrindo sua imagem, comportando-se como vítima fragilizada, comovendo assim a prole para que se tornem verdadeiros soldados nesta batalha contra o outro.

Na concepção de Maria Berenice Dias (2010, p. 455), “quando um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, de traição, surge o desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro”.

O comportamento de um alienante pode ser diverso, sendo difícil oferecer uma lista precisa dessas condutas.

Motta explanou algumas condutas apontadas pelo pioneiro no assunto, Gardner, o apontou comportamentos típicos do genitor que aliena, vejamos:

- a) Recusar-se a passar as chamadas telefônicas aos filhos;
- b) Organizar várias atividades com os filhos durante o período que o outro genitor deve normalmente exercer o direito de visitas;
- c) Apresentar o novo cônjuge aos filhos como sua nova mãe ou seu novo pai e por vezes insistir que a criança utilize esse tratamento pessoal;
- d) Interceptar as cartas e os pacotes mandados aos filhos;
- e) Desvalorizar e insultar o outro genitor na presença dos filhos;
- f) Recusar informações ao outro genitor sobre as atividades em que os filhos estão envolvidos (esportes atividades escolares, grupos teatrais, escotismo, etc.);
- g) Falar de maneira descortês ao novo cônjuge do outro genitor;
- h) Impedir o outro genitor de exercer seu direito de visita;
- i) “Esquecer” de avisar o outro genitor de compromissos importantes (dentistas, médicos, psicólogos);

- j) Envolver pessoas próximas (sua mãe, seu novo cônjuge, etc.) na lavagem cerebral de seus filhos;
- l) Tomar decisões importantes a respeito dos filhos sem consultar o outro genitor (escolha da religião, escolha da escola, etc.);
- m) Trocar (ou tentar trocar) seus nome e sobrenomes;
- n) Impedir o outro genitor de ter acesso às informações escolares e/ou médicas dos filhos;
- o) Sair de férias sem os filhos e deixá-los com outras pessoas que não o outro genitor, ainda que este esteja disponível e queira ocupar-se dos filhos;
- p) Falar aos filhos que a roupa que o outro genitor comprou é feia, e proibi-los de usá-las;
- q) Ameaçar punir os filhos se eles telefonarem, escreverem, ou a se comunicarem com o outro genitor de qualquer maneira;
- r) Culpar o outro genitor pelo mau comportamento dos filhos. (MOTTA, 2007, p. 44-47).

Trindade (2007) também destaca outros comportamentos do cônjuge alienador, embora seja difícil estabelecer um rol taxativo capaz de identificar o perfil de um genitor alienador:

- a) apresentar o novo cônjuge como novo pai ou nova mãe;
- b) interceptar cartas, e-mails, telefonemas, recados, pacotes destinados aos filhos;
- c) desvalorizar o outro cônjuge perante terceiros;
- d) desqualificar o outro cônjuge para os filhos;
- e) recusar informações em relação aos filhos (escola, passeios, aniversários, festas etc.);
- f) falar de modo descortês do novo cônjuge do outro genitor;
- g) impedir visitação;
- h) “esquecer” de transmitir avisos importantes/compromissos (médicos, escolares, etc.);
- i) envolver pessoas na lavagem emocional dos filhos;
- j) tomar decisões importantes sobre os filhos sem consultar o outro;
- k) trocar nomes (atos falhos) o sobrenomes;
- l) impedir o outro cônjuge de receber informações sobre os filhos;
- m) sair de férias e deixar os filhos com outras pessoas;
- n) alegar que o outro cônjuge não tem disponibilidade para os filhos;
- o) falar das roupas que o outro cônjuge comprou para os filhos ou proibi-los de usá-las;
- p) ameaçar punir os filhos caso eles tentem se aproximar do outro cônjuge;
- q) culpar o outro cônjuge pelo comportamento dos filhos;
- r) ocupar os filhos no horário destinado a ficarem com o outro. (TRINDADE, 2007, p. 105-106).

Percebem-se algumas semelhanças e algumas divergências entre a exemplificação de condutas do genitor alienador apontadas por Gardner e Trindade. Mas, todas visam ao mesmo objetivo, afastar o filho do outro genitor.

Ressalta-se que na Lei nº 12.318/10 existe um rol exemplificativo de formas de alienação parental, quais sejam:

“Art. 2º

[...]

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós". (BRASIL, 2010).

Percebe-se que a lei não limita a alienação aos atos previstos nela, visto que poderá ocorrer de diversas formas, podendo outro profissional envolvido no caso, como por exemplo o juiz, psicólogo, assistente social etc, identificar uma conduta de alienação parental distinta das previstas no artigo citado, não sendo portanto um rol taxativo.

Uma das condutas mais preocupantes e que merece uma atenção em especial, são as falsas acusações de abuso sexual contra a criança, esta é a mais malévola forma que alienação pode apresentar, pois é difícil de ser desvendada e pode comprometer de forma irreversível a perda dos vínculos entre o filho e o genitor alienado.

Trindade apresentou uma classificação dos estágios da alienação feita por Gardner, no qual as falsas acusações de abuso sexual estão presentes na mais grave delas, vejamos:

Gardner classificou a SAP em três estágios: leve, médio e grave. No estágio leve o comportamento do genitor alienante causa pouca ou nenhuma perturbação às visitas e ao filho (a), no médio, as atitudes intensificam-se provocando conflito de lealdade e sentimento de culpa na criança/adolescente. E, no estágio grave, a convivência parental torna-se praticamente impossível, passando o filho (a) a externar apego excessivo em relação ao genitor alienante a ponto de contribuir com sua conduta negativa. E é nesta última fase que comumente o genitor alienante pode apresentar falsa denúncia de abuso sexual contra o ex-parceiro para obstar sua convivência com o filho (a), muito embora nada o impeça de apresentar a referida acusação ou qualquer outra nos estágios leve ou médio, podendo surgir as falsas memórias de abuso sexual. (TRINDADE, 2010, p. 189).

Assim, embora, em muitos casos, o genitor alienador acuse o outro genitor de maus tratos, negligência e desinteresse em relação aos filhos, ele é o que mais danos causam, sendo que a síndrome de alienação parental constitui-se uma verdadeira forma de abuso psicológico contra crianças e adolescentes que são a ela submetidos, dentre a piores delas estão as falsas acusações de abuso sexual, que abordo a seguir.

É importante tratar dessa realidade cada vez mais frequente, casos em que o genitor alienador faz falsas acusações contra o outro genitor, a quem desejam punir ou afastar, imputando-lhes falsamente condutas que não cometeram, sejam elas de abuso sexual ou de qualquer tipo de abuso que não deixe marcas comprováveis em exame de corpo de delito. Pois, na maioria dos casos, o menor acredita que o abuso aconteceu de fato, em razão de as crianças serem altamente sugestionáveis.

É essencial entender o que é abuso sexual e compreender seu conceito. Guazzelli o define como:

O abuso sexual é a falta de consentimento do menor na relação com o adulto. A vítima é forçada, fisicamente, ou coagida, verbalmente, a participar da relação, sem ter

necessariamente capacidade emocional ou cognitiva para consentir ou julgar o que está acontecendo. A criança não tem capacidade de consentir na relação abusiva, porque o elemento etário desempenha papel importante na capacidade de compreensão e de discernimento dos atos humanos.(GUAZZELLI, 2008, p. 126).

Entretanto, há que se ressaltar que nem todo abuso sexual advém da situação acima descrita, podendo o mesmo ser fruto da imaginação da pessoa configurando-se, assim, em uma falsa denúncia de abuso sexual.

Quando as acusações de abuso sexual são feitas durante uma disputa judicial entre pais separados, há que se levar em consideração a possibilidade de falsa acusação de abuso sexual, pois o genitor acusador tem motivos para que ocorra o afastamento entre o genitor acusado e o filho.

Em diversos casos de litígios judiciais entre os genitores o poder judiciário não encontra respaldo para afirmar que houve algum tipo de abuso sexual, não havendo se quer indício de prova, configurando assim as falsas acusações de abuso sexual, aplicando contra o genitor que fez tais acusações multa ou até mesmo perda da guarda. Este foi o entendimento do recente julgado do TJ-RS:

DIREITO DE VISITAS. PAI. ACUSAÇÃO DE ABUSO SEXUAL. PEDIDO DE SUSPENSÃO. SUSPEITA DE ALIENAÇÃO PARENTAL. INTENSA BELIGERÂNCIA. 1. Como decorrência do poder familiar, o pai não-guardião tem o direito de conviver com o filho, acompanhando-lhe a educação, de forma a estabelecer com ele um vínculo afetivo saudável. 2. A criança está vitimizada, no centro de um conflito quase insano, onde a mãe acusa o pai de abuso sexual, e este acusa a mãe de promover alienação parental. 3. As visitas foram restabelecidas e ficam mantidas sem a necessidade de supervisão, pois a acusação de abuso sexual não encontra nenhum respaldo na prova coligida. 4. A mãe da criança deverá ser severamente advertida acerca da gravidade da conduta de promover alienação parental e das graves consequências jurídicas decorrentes, que poderão implicar na aplicação de multa ou, até mesmo, de reversão da guarda. Recurso desprovido. (TJ-RS - Agravo de Instrumento Nº 70060325677, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 25/07/2014).

Percebe-se que, no caso concreto da ação acima citada, enquanto a mãe acusava o pai de práticas de abuso sexual contra o filho, o pai acusava a mãe de estar praticando alienação parental, com intuito de afastá-lo do filho. Após a averiguação do poder judiciário, não tendo constatado o abuso sexual, houve a aplicação de advertência contra a mãe, poderia implicar em multa e reversão da guarda.

Maria Berenice Dias (DIAS, 2009, p. 1), em seu artigo Falsas Memórias, descreve como a implantação de memórias tem início: “o filho é convencido da existência de um fato e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre consegue discernir que está sendo manipulado e acaba acreditando naquilo que lhe foi dito de forma insistente e repetida”.

A implantação destas falsas alegações pode dizer respeito a qualquer tipo de abuso, desde maus tratos, violência ou abuso sexual do menor, entretanto, pela extrema gravidade, o tema mais abordado na doutrina é a falsa alegação de abuso sexual, em virtude das consequências que traz tanto ao menor quanto ao falso acusado.

Cabe citar algumas diferenças relevantes: no abuso real o menor lembra exatamente o que ocorreu, enquanto na falsa alegação a criança não viveu o fato e necessita de

auxílio para recordar; as informações prestadas têm credibilidade e em contrapartida nas falsas acusações as informações carecem de detalhes importantes; a criança demonstra conhecimentos sexuais avançados para idade sendo que nos casos em que a SAP ocorre este conhecimento não é presente; normalmente há indicadores físicos quando as alegações são verdadeiras; comumente as denúncias de abuso são anteriores ao rompimento da relação entre os genitores, enquanto as falsas acusações normalmente são posteriores; ainda ocorre frequentemente nas situações verídicas de existir abuso tanto ao menor quanto ao outro genitor, e nas falsas alegações apenas o menor é supostamente abusado. (ANNIBELLI, 2011, p. 33).

Desse modo, deve o operador do direito, se diante de uma separação conflituosa e face à acusação de abuso sexual, analisar, cuidadosamente, a presente alegação, bem como confrontá-la com a existência de provas materialmente objetivas, visto que há possibilidade da suposta alegação de abuso ser falsa.

Segundo Guazzelli (2008, p. 134) “os profissionais atuantes na área psicológica e de saúde, devem fazer uma busca mais aprofundada antes de emitir um laudo, para constatar se há, realmente, indícios de abuso sexual ou se não passa de uma falsa acusação de abuso”.

Assim, nota-se que a conduta a ser seguida pelos profissionais envolvidos, sejam os operadores de Direito, sejam os operadores da Saúde, a fim de se confirmar ou afastar a hipótese de abuso sexual contra uma criança, deverá ser imparcial e cautelosa, haja vista que os mesmos deverão avaliar o caso da maneira mais abrangente possível e de forma multidisciplinar, onde todas as pessoas envolvidas deverão ser ouvidas e avaliadas, para se chegar a veracidade da acusação e a correta solução do caso.

6 SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Síndrome é um termo bastante utilizado em Medicina e Psicologia para caracterizar o conjunto de sinais e sintomas que definem uma determinada patologia ou condição. Na alienação parental não é diferente, sendo um tipo de tortura psicológica para com a criança, porém, pouco conhecida na sua profundidade pela sociedade.

A "Síndrome de Alienação Parental" foi um termo que surgiu em 1985, apresentado pelo professor de psiquiatria clínica da Universidade de Columbia – EUA, Richard Alan Gardner, que conceitua a SAP da seguinte forma:

É um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a "lavagem cerebral, programação, doutrinação") e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.(GARDNER, 1985, p.2).

Na visão de Trindade (2007), a SAP é um transtorno caracterizado por um conjunto de sintomas pelos quais o cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, com objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição.

Na concepção de Silva (2009, p. 59), “a partir do momento em que a SAP está realmente instalado, momento esse em que a criança aprende a odiar o genitor alienado por influência do alienador, aquele passa a ser um estranho para ela”.

Resta claro que, a SAP consiste num processo de programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativa, de modo que a própria criança ingressa na trajetória de desmoralização desse mesmo genitor.

Ressalta-se que, a síndrome é uma consequência negativa da alienação, ou seja um resultado dos atos de alienação do cônjuge que detém a guarda da criança, afastando o filho do outro cônjuge. Assim, para se configurar a síndrome, tem que ter ocorrido a interferência nessa relação, é o que entende Silva:

Não se pode considerar que esteja ocorrendo a síndrome de alienação parental quando um dos genitores ainda está mantendo um relacionamento positivo com seu filho, mesmo com o outro genitor tentando alienar a criança. É claro que é uma situação em que já se deve ficar atento por ser perigosa, mas não se pode afirmar que a alienação parental nesse caso já foi instalada. Se a criança ainda está resistindo à tentativa do alienador em interferir na sua relação com seu pai, sem dúvidas nesse caso a mãe passará a ter um assédio mais intenso para convencer sua prole das falsas alegações, o que se torna cada vez mais grave haja vista o nível de adversidade que será exposto esse filho. (SILVA, 2009, p. 52).

Não é muito fácil identificar a SAP, por isso há a necessidade da atuação de alguns profissionais da saúde mental, para que seja identificada a síndrome, evitando danos maiores.

A Lei nº 12.318 de 2010 não versa de uma maneira específica da SAP, e sim do comportamento de Alienação Parental, ação antecedente à instalação da síndrome, que refere aos pais que fazem campanha denegatória contra o outro genitor, injustificadamente, com a finalidade de afastar a criança deste, sem necessariamente a criança já ter aderido a tal rejeição.

Assim, é necessário cuidado quando se realizam a avaliação de um caso e o diagnóstico como SAP, para não enquadrar quaisquer casos nessa situação e deixar em uma situação de risco uma criança suscetível de abuso e maus-tratos, mas também resguardar os vínculos parentais saudáveis, que devem ser respeitados independentemente dos interesses dos ex-cônjuges, visto que as consequências poderão ser inúmeras, como será mostrado.

7 CONSEQUÊNCIAS DA SAP

Quaisquer atos por parte dos genitores que configurem um exercício abusivo do poder parental devem ser sujeitos às sanções, inclusive à suspensão ou até mesmo à perda do poder familiar.

A Síndrome da Alienação Parental é uma condição que causa estragos trágicos, tanto para o genitor alienado quanto para o próprio alienador, porém, seus efeitos mais dramáticos são direcionados aos filhos (TRINDADE, 2010).

Segundo Fonseca (2007), em alguns casos, a partir do momento que é instalada a síndrome na criança, enseja que, em sua fase adulta, padecerá de um complexo de culpa por ter sido cúmplice de uma injustiça contra o genitor alienado. Por outro lado, o genitor alienante se torna um modelo para a criança que, futuramente, tenderá repetir o mesmo comportamento.

Sem tratamento apropriado, a síndrome poderá causar sequelas que perdurarão para o resto da vida, visto que instaura vínculos patológicos, promove vivências contraditórias de relação entre pai e mãe e cria imagens distorcidas das figuras paterna e materna, gerando um olhar destruidor e maligno sobre as relações amorosas em geral. (TRINDADE, 2010).

Logo, para o menor, a retirada do convívio de um de seus pais lhe acarretará danos psicológicos e fisiológicos.

Os efeitos prejudiciais que a Síndrome da Alienação Parental pode provocar nos filhos variam de acordo com a idade da criança, com as características de sua personalidade, com o tipo de vínculo anteriormente estabelecido, e com sua capacidade de resiliência (da criança e do cônjuge alienado), além de inúmeros outros fatores, alguns mais explícitos, outros mais recônditos. [...]

Esses conflitos podem aparecer na criança sob a forma de ansiedade, medo e insegurança, isolamento, tristeza e depressão, comportamento hostil, falta de organização, dificuldades escolares, baixa tolerância à frustração, irritabilidade, enurese, transtorno de identidade ou de imagem, sentimento de desespero, culpa, dupla personalidade, inclinação ao álcool e às drogas, e, em casos mais extremos, ideias ou comportamentos suicidas. (TRINDADE, 2010, p. 25).

Cabe ressaltar que os efeitos prejudiciais que a Síndrome da Alienação Parental pode provocar nos filhos variam de acordo com a idade da criança, com as características de sua personalidade, com o tipo de vínculo anteriormente estabelecido, e com sua capacidade de resiliência (da criança e do cônjuge alienado), além de inúmeros outros fatores, alguns mais explícitos, outros mais recônditos.

Segundo Marco Antônio Garcia de Pinho, em seu artigo “Alienação Parental” as principais consequências psíquicas apresentadas em crianças vítimas da alienação são: isolamento, baixo rendimento escolar, depressão, fugas, rebeldia, regressões, negação e conduta anti-social. (PINHO, 2009).

Por outro lado, Silva (2011) compactua da ideia de que as maiores consequências acontecem quando outros fatores interferem no restabelecimento do vínculo, por exemplo, quando o filho não consegue mais encontrar o paradeiro do genitor alienado. Nesses casos o sentimento de culpa pode trazer maiores danos, levando muitos a se entregarem ao alcoolismo e as drogas e, nos casos mais graves, a culminação ao suicídio.

Em relação ao genitor alienado, Amorim (2011) deixa certo que, ao se distanciar do filho e taxado como mau genitor, se vê então impotente e, por conseguinte, apresenta quadro depressivo, tornando-se incapaz de lutar contra a síndrome implantada.

Ressalta-se que a SAP pode ocasionar sequelas capazes de persistir até a fase adulta, quando o tratamento não é adequado. Com isso, através da contradição de sentimentos, é lançada uma destruição de vínculos.

Portanto para o genitor e o menor alienado, essas medidas trarão naturalmente o convívio interrompido, enquanto que para o outro genitor alienante, servirá como sanção às suas atitudes contrárias aos interesses do próprio filho, que foi usado como instrumento da alienação, podendo ocasionar sequelas irreversíveis. Logo, a possibilidade de inverter a guarda, imposição de multa e tratamento psicológico poderão acarretar consequências favoráveis e efetivas na eliminação da alienação, sendo de extrema valia a intervenção do Poder Judiciário para evitar ou diminuir condutas alienantes, visando o bem-estar do menor.

8 INTERVENÇÕES JUDICIAIS

Em diferentes ocasiões, os litígios familiares envolvem não apenas o casal, mas também os filhos. A atuação feroz dos pais litigantes a envolver os seus filhos no conflito traduz violação aos direitos dos infantes, com a transformação dos sujeitos em objeto de disputa. Neste percurso, faz-se necessário uma dilatação na esfera de atuação do Poder Judiciário.

Muitas famílias solicitam a intervenção do Poder Judiciário mesmo quando as análises de litígios são referentes a mágoas e ressentimentos das partes, o que pode acarretar um ativismo judicial atípico, com a uma judicialização dos conflitos familiares, tornando de ordem pública matéria de cunho pessoal. (OLIVEN,2010).

O artigo 5º da Lei nº 12.318/2010 prevê que o juiz, ao detectar indícios de ocorrência de alienação parental, deverá determinar perícia psicológica ou psicossocial, por profissional ou equipe multiprofissional com experiência comprovada em diagnosticar atos de alienação parental. (BRASIL, 2010).

O laudo pericial, que deverá ser juntado no prazo de 90 dias (com uma prorrogação justificada), que, conforme § 1º do artigo 5º da Lei em comento:

Terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor. (BRASIL, 2010).

Já o artigo 6º da referida lei, prevê as sanções que o juiz poderá impor em casos de Alienação Parental. O caráter de tais medidas é de prevenção e proteção à integridade do menor. O caput do artigo em comento dispõe sobre a aplicabilidade das medidas que podem ser utilizadas de forma independente ou cumulativa. Já os incisos e o parágrafo único dispõem sobre as medidas em si, as quais são, por exemplo: quando constatada alienação parental, advertir o alienador; ampliar a convivência familiar com o alienado; multa; determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; alteração da guarda ou para o outro genitor ou para guarda compartilhada; suspensão do poder familiar entre outras. (BRASIL, 2010).

As avaliações psicológicas, motivadas por situações que envolvem conflitos familiares, são as mais presentes na relação Psicologia e Direito, especialmente em casos de determinação de guarda e regulamentação de visitas. Nesses casos, indicar processo de avaliação psicológica é uma tarefa difícil e comprometedora em função das repercussões objetivas, que têm os seus resultados na vida das pessoas envolvidas. (CRUZ, 2009, p. 45).

Cruz (2009, p. 45) afirma que “a forma como é conhecida à perícia psicológica no âmbito forense advém, particularmente, da tradição em fornecer laudos psicológicos para servir como peças em procedimentos judiciais”.

A função do psicólogo como perito é de grande valia para o sistema jurídico, tendo em vista que a perícia é um meio de prova e, por isso, oferece relevantes contribuições técnicas-científicas ao processo judicial, além de contribuir para esclarecer aspectos relacionados às dimensões e impactos de processos psicológicos nas demandas configuradas judicialmente. (ROVINSKI apud CRUZ, 2009, p. 46).

Motta (2007) defende que os profissionais de saúde e conhecedores da SAP, de suas origens e de seus efeitos, devem intervir o mais rápido possível, com a finalidade de impedir que os danos causados pela síndrome sejam irreversíveis.

Ribeiro (1999, p.162) indica que “cada vez mais os operadores do direito reconhecem a necessidade de suporte por profissionais das áreas de serviço social e psicologia em processos de litígios familiares”.

Ressalta-se que, não só o juiz, mas também os advogados deverão sempre buscar o que for melhor para a criança e ao adolescente. Quando houver conflito entre as partes o psicólogo atuará, a fim de evitar danos maiores.

Denise Maria Peressini diz que a busca para soluções dos conflitos trazidos ao Judiciário irá ampliar o trabalho do psicólogo judiciário, para verificar fatos e ajudar

a resolver os problemas com o seu laudo, tratando a família como sistema, verificando a maneira de sua estruturação e como os seus membros se relacionam, “a família é vista como um grupo de pessoas ligadas entre si por parentesco, afeto, solidariedade, necessidade de reprodução, como forma de garantir sua identidade social”. (FERREIRA, 2011, p.23).

É visível que as avaliações psicológicas nos litígios familiares não podem ser deixadas de lado, pois são de extrema importância para prevenir e combater a alienação parental e, conseqüentemente a formação da SAP. Resta claro que, o Direito depende da Psicologia para dar continuidade ao seu trabalho e vice-versa.

Portanto, Uma vez detectada a Alienação Parental, mister se faz que os profissionais intervenham de forma rápida, impedindo que os danos causados por ela se tornem irreversíveis.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou responder como se desenvolve a síndrome da alienação parental no seio de uma família em litígio.

Vimos que a relação conjugal nem sempre é duradoura e, a dissolução da entidade familiar, na maioria dos casos não é aceita, nem enfrentada de forma menos prejudicial para as partes e para os filhos. Em algumas rupturas conjugais o processo ocorre de forma litigiosa, muitas vezes as crianças são envolvidas no conflito dos seus genitores, o que as deixa um tanto fragilizadas pela divergência de sentimentos e verdades que passam a vivenciar.

O litígio estabelecido entre os pais, torna a situação da dissolução familiar mais sofrida para os filhos, os quais já sofrem por verem os pais se separarem.

Nesse cenário de brigas, disputas e discórdias entre os pais, acabam ficando cegos de raiva e ódio um pelo outro, não medindo palavras e atitudes para se relacionarem, esquecendo que nesse conflito há seres frágeis, em fase de desenvolvimento, que já estão sofrendo com toda a situação, portanto necessitam de uma atenção especial, de cuidado e, principalmente, de verem uma boa relação entre seus pais, para entenderem que, apesar da separação, a família continua.

Mas, na maioria dos casos, os filhos são utilizados como instrumentos de vingança, principalmente pelo genitor que detém a guarda da criança, o qual começa um processo de alienação, buscando afastar o outro genitor dos filhos. Para isso, utiliza de meios malévolos, como insultar o outro genitor, recusar a deixá-lo falar com filho ao telefone, evitar encontros entre os filhos e o cônjuge alienado, recusar a dar informações sobre as atividades dos filhos etc.

Os atos de alienação são inúmeros, a própria lei que rege sobre a alienação parental, lei nº 12.318/2010, em seu art. 2º traz um rol exemplificativo de condutas de alienação, visto que não é possível taxar todas as condutas.

Destaca-se que, dentre as diversas condutas de alienação, uma que vem chamando bastante atenção, por sua gravidade e danos severos que podem ocasionar nas crianças vítimas, são as falsas acusações de abuso sexual, na qual o cônjuge alienador, geralmente a mãe, acusa o pai de abusar sexualmente do filho, este, por ainda não conseguir distinguir e discernir certos atos, acaba acreditando nas acusações, iniciando assim a Síndrome da Alienação Parental (SAP).

As conseqüências decorrentes da SAP são inúmeras, dentre elas: isolamento, baixo rendimento escolar, depressão, regressões, conduta anti-social, indiferença etc. Cabe ressaltar que, nos casos mais trágicos, poderá levar ao suicídio do menor.

Com o advento da lei nº 12.318/2010, trouxe a previsão de o Magistrado poder submeter às partes litigantes à perícia psicossocial, com a finalidade de evitar a SAP e resguardar o bem-estar dos menores envolvidos.

Assim, a maioria da literatura especializada, deixa certo que o processo de Alienação Parental está relacionado à ruptura conjugal litigiosa que, em muito dos casos, promove nos genitores sentimentos negativos em relação ao outro, sendo de extrema importância, nos conflitos conjugais, judiciais ou não, envolvendo guarda e/ou visitação dos filhos, há a necessidade de intervenção de um profissional, para tentar impedir ou minimizar os danos ocasionados pela alienação parental, buscando sempre a proteção, o bem estar e o melhor interesse para os filhos.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Naira Guimarães. **Síndrome Da Alienação Parental**: segundo um ponto de vista interdisciplinar. 2011. 73 f. Monografia – (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília – UniCeub. Brasília, DF. 2011.

ANDRADE, Susanne Anjos. **Ambiente familiar e desenvolvimento cognitivo infantil**: uma abordagem epidemiológica. Ver. Saúde Pública, São Paulo, v. 39, n. 4, Ago. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.org/scielo>>. Acesso em: 18. 08. 2014.

ANNIBELLI, Bianca Cavalcanti. **Síndrome de Alienação Parental**. 2011. 108 f. Monografia – (Graduação em Direito) – Universidade Tuiuti do Paraná. Curitiba. 2011.

BARBOSA, Aguida Arruda. **A Mediação no Novo Código Civil Brasileiro**. Boletim do IBDFAM nº 20/2005, Belo Horizonte, 07 Mar. 2006. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/mediacao/55?rvTextoId=-2111197493>>. Acesso em: 18/10/2014.

BRASIL. **Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15.05.2014.

_____. **Lei nº 11.698, de 13 de Junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 15.06.2014.

_____. **Lei nº. 12.318 de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 14.05.2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Direito de visitas. Pai. Acusação de abuso sexual. Pedido de suspensão. Suspeita de Alienação Parental. Intensa beligerância. Agravo de Instrumento Nº 70060325677, Sétima Câmara Cível, **Tribunal de Justiça do RS**, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Rio Grande do Sul, 25 de julho de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Direito Civil e Processual Civil. Família. Guarda compartilhada. Consenso. Necessidade. Alternância de residência do menor. Possibilidade. RESP 201303761729, Nancy Andrighi, **STJ** – Terceira Turma. Brasília, 25 de junho de 2014.

BRANDÃO, Patrícia Lemos Agostinho; MENDES, Lara Siebra. **Síndrome de Alienação Parental: Aspectos da Dinâmica Familiar, Concepções e Possíveis Intervenções**. psicólogo, 23 fev. 2012. Disponível em: <<http://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/sindrome-de-alienacao-parental-aspectos-da-dinamica-familiar-concepcoes-e-possiveis-intervencoes>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco, **Lei da Alienação Parental: O contexto sociojurídico da sua promulgação e uma análise dos seus efeitos**. 2011. 176 f. Dissertação – (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011.

CALÇADA, Andreia. **Falsas acusações de abuso sexual e a implantação de falsas memórias**. 1 ed. São Paulo: Editora Equilíbrio, 2008.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do planejamento familiar, da paternidade responsável e das políticas públicas. **IBDFAM**, Belo Horizonte, 12 set. 2010. Disponível em: <<http://pesquisandojuridicamente.wordpress.com/2010/09/12/do-planejamento-familiar-da-paternidade-responsavel-e-das-politicas-publicas/>>. Acesso em: 13/10/2014.

CRUZ, Edna Regina Calixto, **Alienação Parental**. 2010. 56 f. Monografia – (Graduação em Direito) – Universidade de Mato Grosso do Sul. Naviraí. 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

_____. **Alienação parental: uma nova lei para um velho problema!** Disponível em: <http://berenedias.com.br/uploads/alienacao_parental_uma_nova_lei_para_um_velho_problema.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das sucessões**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DUARTE, Marcos. **Alienação Parental: a morte inventada por mentes perigosas**. 2009. Artigos. Disponível em: <www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com_content&task=view&iD=2475&Itemid=83>. Acesso em: 19 set. 2014.

FACHIN, Luiz Edson. **Paradoxos do Direito da Filiação na Teoria e Prática do Novo Código Civil Brasileiro** - Intermitências da Vida. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. 6. Ed. Out/Nov. 2008. IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://saiddias.com.br/imagens/artigos/8.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2014.

FERREIRA, Elizabeth Rosa de Moraes. **SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL**. 2011. 44 f. Dissertação – (Pós Graduação em Terapia de Família) – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro. 2011.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Síndrome da Alienação Parental**. In: Revista Brasileira de Direito de Família. v. 8, n. 40, fev/mar, 2007.

GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome da Alienação Parental SAP?** 2002. Disponível em: <<http://www.alienacao-parental.com.br/textos-sobre-sap->> Acesso em: 24 set. 2014.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 09. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUAZZELLI, Mônica. A falsa denúncia de abuso sexual. In: DIAS, Maria Berenice. **Incesto e alienação parental**: realidades que a justiça insiste em não ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Abril de 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em: 10 de set. de 2014.

_____. **Direito Civil**: família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LONGANO, Vanessa Arruda. **A Alienação Parental nos casos de separações judiciais**. Revista NPI/FMR – Núcleo de Pesquisa Interdisciplinar, São Roque, 2011. NPI. Disponível em: <http://www.fmr.edu.br/npi/npi_alienacao.pdf>. Acesso em: 18 set. 2014.

MENDONÇA, Martha. **Quando a separação não é um trauma**. 3. ed. Rio de Janeiro: Época, 2005.

MOTA, Gabriela Brasileiro; MOTA, Tércio de Sousa; ROCHA, Rafael Ferreira. **Família**: Considerações gerais e historicidade no âmbito jurídico. 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8845&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 20 de Set. 2014.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. A Síndrome da Alienação Parental. In: APASE – Associação de Pais e Mães Separados (Org.). **Síndrome da Alienação Parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos**. Porto Alegre, RS: Equilíbrio, 2007.

OLIVEN, Leonora Roizen Albek. **ALIENAÇÃO PARENTAL: a família em litígio**. 2010. 163 f. Dissertação – (Pós Graduação em Psicanálise, Saúde e Sociedade) - Universidade Veiga De Almeida, Rio de Janeiro, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINHO, Marco Antonio Pinho Garcia, Alienação Parental. In: GOMES, Jocélia Lima Puchpon. **Síndrome da alienação parental: o bullying familiar**. São Paulo: Imperium, 2011.

_____. **Nova Lei 12.318/10 – Alienação Parental**. JurisWay. 10 dez. 2009. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3329>. Acesso em: 20 out. 2014.

RIBEIRO, M. A psicologia judiciária nos juízos que tratam do direito de família no Tribunal de Justiça do Distrito Federal. In: BRITO, M. **Temas de Psicologia Jurídica**. Rio de Janeiro: RelumeDumará, 1999.

ROVINSKI, Sonia Liane Reichert; CRUZ, Roberto Moraes. **Psicologia jurídica: perspectivas teóricas e processos de intervenção**. São Paulo: Vetor, 2009.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda compartilhada e síndrome de alienação parental: o que é isso?** Campinas, São Paulo: Armazém do Ipê, 2009.

_____. **Guarda compartilhada e síndrome de alienação parental: o que é isso?** 2. ed. Revista e atualizada. Campinas, São Paulo: Armazém do Ipê, 2011.

SILVA, Geraldo Humberto. **Síndrome da Alienação Parental**. 2012. 41 f. Monografia – (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Ciências Administrativas e Econômicas, da Universidade Vale do Rio Doce. Governador Valadares, MG, 2012.

SILVA, Matheus Soares. **Uma breve análise quanto ao novo conceito de família, um avanço ou um retrocesso social?** Diteitonet, 18 mai. 2014. Artigos. Disponível em: <<http://www.diteitonet.com.br/artigos/exibir/8426/Uma-breve-analise-quanto-ao-novo-conceito-de-familia-um-avanco-ou-retrocesso-social>>. Acesso em: 05 set. 2014.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica: para operadores do direito**. Porto Alegre, RS: Editora Livraria do Advogado, 2004.

_____. Síndrome de Alienação Parental. In: DIAS, Maria Berenice (coord.) **Incesto e Alienação Parental - realidades que a justiça insiste em não ver**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

VELLY, Ana Maria Frota. **A SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL**: uma visão jurídica e psicológica. 24 f. Trabalho apresentado no II Congresso de Direito de Família do Mercosul com apoio do IBDFAM. Porto Alegre, RS, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. Direito de Família. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004.

_____. **Direito Civil**: Direito de Família, 6 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006.

_____. **Direito Civil**. Direito de família. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

A CIDADANIA PLENA COMO FATOR PREPONDERANTE PARA A CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA

Michelle Lucas Cardoso Balbino

Professora Universitária e Coordenadora do Curso de Direito da FACTU. Advogada. Doutoranda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Mestre em Sustentabilidade Socioeconômico e Ambiental pela Escola de Minas pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP); Especialização em Direito, Impacto e Recuperação Ambiental pela Escola de Minas pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP); Pós-Graduação em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pós-graduação em Direito Público pela Sociedade Universitária Gama Filho. Tem experiência na área de Gestão Educacional e Direito Ambiental/Sustentabilidade.

Marcus Vinicius Berno Nunes de Oliveira

Professor Universitário. Servidor Público Federal. Atualmente oficial de gabinete do Juiz Federal Substituto da Vara Única de Unaí/MG. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Especialista em Direito Público pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal - UniDERP.

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de verificar como a cidadania plena pode ser considerada fator essencial para a construção da democracia na atualidade. Primeiro, descreveu-se o panorama histórico da democracia. Posteriormente, discutiu-se a necessidade de consolidação da cidadania plena para a construção da democracia na atualidade. Concluindo que a efetividade da participação popular está representada na consolidação da cidadania plena, através do compromisso de existência de uma política de igualdade, proporcionando o reconhecimento e a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais de todos os cidadãos, incluindo a alteração na distribuição de renda.

Palavras-chave: Democracia. Cidadania. Povo.

1 INTRODUÇÃO

A temática democracia esteve presente por longos períodos da história da humanidade, sendo pautada ainda hoje das reflexões de doutrinadores sobre como realmente deve ser o “governo do povo, pelo povo e para o povo”.

Após passar por várias formas de definição a democracia participativa permaneceu por um longo período como sendo a verdadeira representação da democracia, contudo, na atualidade nos fatores passam a integrar a figura da democracia.

Assim, o presente estudo verificou como a cidadania plena pode ser considerada fator preponderante para a construção da democracia na atualidade. Para tanto, primeiramente descreveu o panorama histórico da democracia, após discutiu a necessidade de consolidação da cidadania plena para a construção da democracia na atualidade.

Como metodologia de pesquisa este trabalho utiliza uma abordagem qualitativa realizando uma fonte direta de dados no ambiente natural. (BOAVENTURA, 2004), tendo como técnica de pesquisa bibliográfica que para Marconi e Lakatos (2005) representa uma fonte secundária por utilizar meio indireto para coleta de informações sobre o tema estudado, que no presente estudo foi definido em relação aos resíduos de serviços de saúde, sua destinação final e o seu gerenciamento.

Ressalta-se que os mesmos autores apontam que essa forma de pesquisa não representa uma repetição de dados e assuntos, mas propicia o reexame do tema sob o um novo olhar ou uma nova roupagem que poderá levar a outras conclusões diversas da fonte de consulta.

Assim, com base nos ensinamentos de Bittar (2009) este artigo foi elaborado utilizando técnicas de investigação teórica consistentes em técnicas históricas, quando se abordou a origem dos institutos jurídicos; técnicas normativas quando se teve o foco no estudo normativo-jurídico, acompanhado com comentários doutrinários sobre o tema, e, por fim em técnicas conceituais, quando houve a demanda de instigação em nível conceitual em pontos diversos do conhecimento jurídico.

O presente trabalho justifica-se pela importância de se estudar a democracia e suas atuações no novo estágio que se encontra as nações em desenvolvimento, principalmente na verificação de uma construção plena dos direitos dos cidadãos.

2 BREVE ANÁLISE DO PANORAMA HISTÓRICO-DEMOCRÁTICO

Para que seja compreendido o tema proposto é essencial apresentar em qual contexto histórico está estruturado o papel da democracia.

A humanidade, nos últimos 2500 anos, vem discutindo o tema democracia, suas peculiaridades e suas modificações realizadas ao longo tempo e do espaço em que foi contextualiza. Neste contexto, Dahl (2001, p. 19) aponta que “seria um equívoco pressupor que a democracia houvesse sido inventada de uma vez”.

Por longos anos a democracia foi vista como sendo um governo no qual o Estado assegura a toda a sociedade a liberdade e a participação na vida pública (RANCIÈRE, 2014).

O mesmo autor aponta em seu livro “Poliarquia” algumas condições necessárias à democracia, veja:

[...] formular suas preferências; expressar suas preferências a seus concidadãos e ao governo através da ação individual e da coletiva; ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo, ou seja, consideradas sem discriminação decorrente do conteúdo ou da fonte da preferência. (DAHL, 1973)

Importante destacar que o totalitarismo é visto como sendo o ponto contrário à democracia, pois este “em nome da força da coletividade, negavam ao mesmo tempo os direitos dos indivíduos e as formas constitucionais da expressão coletiva: eleições livres, liberdade de expressão e de associação” (RANCIÈRE, 2014, p. 21).

Até porque, sem democracia não existe tomada de conhecimento do que está acontecendo na base; a situação será obscura, não existirão opiniões suficientes de todos os lados, sendo impossível alcançar o verdadeiro centralismo (MAO TSÉ-TUNG, 1976 apud SEN, 2010).

Assim, como características predominantes da figura da democracia, muitos autores consideram o trio “autogoverno, igualdade e liberdade”, como sendo as principais, trazendo a ideia de que a democracia somente será possível se considerar estes três pontos em sua configuração (PRZEWORSKI, 2010).

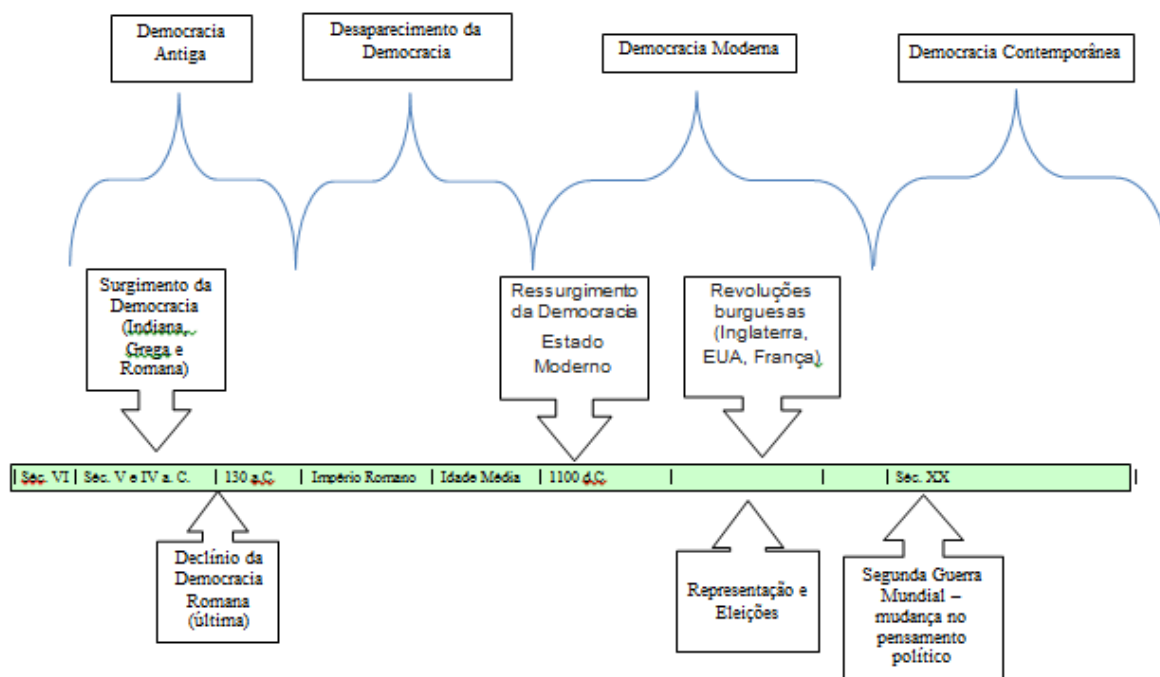
Contudo, outros autores como Rancière (2014, p. 72) apontam que a democracia está longe de ser uma “forma de vida dos indivíduos empenhados em sua felicidade privada, é o processo de luta contra essa privatização, o processo de ampliação dessa esfera”. Afinal de contas, a existência entre o público e o privado é o que consolida a dominação da oligarquia no Estado e na sociedade.

Sobre essa dominação das camadas mais privilegiadas da sociedade, o assunto será melhor abordado ao final deste capítulo, que será foco de estudo a democracia representativa.

Para norteamento deste estudo sobre a história da democracia, tendo o objetivo de dar uma base didática ao trabalho, será utilizado o posicionamento do renomado doutrinador brasileiro Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em publicação realizada em 2001, intitulada “A democracia no limiar do século XXI”, que consta a existência de 03 (três) visões da democracia: a democracia “antiga”, a “moderna” e a “contemporânea”.

Veja a representação em perspectiva histórica na linha do tempo abaixo:

Figura 1 - Linha do Tempo: História da Democracia



Fonte: Autoria Própria

Para muitos autores como Ferreira Filho (2001), na antiguidade democracia estava representada pelas cidades-estados da Grécia. O autor destaca ainda que “pouquíssimo se sabe de suas instituições exceto no tocante a Atenas. Por isso, quando se fala em democracia “antiga” pensa-se na democracia ateniense” (FERREIRA FILHO, 2001, p. 3).

Apesar de muitos anos os autores apontarem de forma categorial, durante longos períodos que a “Democracia Antiga” tem seu surgimento na Grécia Antiga, outros autores apontam, de forma minoritária na doutrina, que o autogoverno tem sua origem na Índia durante a revolução guiada por Hannah Arendt.

Przeworski (2010) destaca que na democracia indiana todas as pessoas devem ser tratadas de forma igualitária, sem qualquer interferência, nem mesmo do governo. Importante destacar que para os indianos a democracia é um sistema em que as pessoas são as regras, não qualquer outra coisa.

Mesmo diante da discussão acerca da real origem da democracia, sendo ela Grega ou Indiana, a grande maioria dos autores aponta a Democracia Ateniense como sendo a democracia com maior representatividade do regime democrático na antiguidade. Fator que foi considerado para que fosse realizado um aprofundamento do estudo dessa democracia.

Ressalta-se, contudo, que a democracia antiga está representada nas ideias e nas práticas políticas européias, estando presente além da democracia grega, também nos governos populares constituídos em Roma e nas cidades italianas, que também estavam sujeitos à vontade do povo (DAHL, 2001).

Assim, por volta de 509 a.C Atenas tornou-se democracia, após reformas de Clístenes, seu fundador, durante o apogeu de Atenas. Como principal característica da democracia em

Atenas os autores apontam o autogoverno do povo realizado de forma direta através de assembleia popular (ecclesia) como sendo a principal, pois nas assembleias era dada a oportunidade de participação de todos os cidadãos atenienses, inclusive para uso da palavra e propositura de leis (FERREIRA FILHO, 2001).

Importante destacar, porém que, a cidadania ateniense era sanguínea, sendo que os cidadãos atenienses eram apenas homem, filho de pai ateniense e de mãe filha de pai ateniense. “Excepcionalmente, por deliberação da assembleia, era concedida a qualidade de cidadão a quem não preenchesse esses requisitos” (FERREIRA FILHO, 2001, p. 5).

Além das assembleias realizadas com todos os cidadãos, os atenienses também constituíam um conselho, denominado “boulé”, composto por cerca de 500 (quinhentos) a 600 (seiscentos) cidadãos, escolhidos por sorteio no início de cada ano que tinha como função a gestão de projetos e questões de cunho diplomático, militar e religioso. Lembrando que a última palavra era dada pelos cidadãos em assembleia (FERREIRA FILHO, 2001).

Ressalta-se que Ferreira Filho (2001) considera o número de 500 (quinhentos) cidadãos para o exercício das funções, sendo que cinquenta cidadãos por tribo. Já Przeworski (2010) aponta que eram aproximadamente 600 (seiscentos) cidadãos sorteados.

Em que pese a inovação Grega na definição de instituições políticas, estas foram ignoradas na democracia moderna representativa. Ademais, segundo Dahl (2001, p. 23), “o sistema ateniense de seleção de cidadãos para os deveres públicos por sorteio também jamais se tornou uma alternativa aceitável para as eleições como maneira de escolher os representantes”.

Porém, a democracia ateniense entra em declínio após a morte de Péricles, no ano de 429 a.C., o que levou a uma constante luta política entre grupos extremados que levou ao surgimento de um tipo de homem político, denominado demagogo, pessoa “que abusa das paixões populares para alcançar objetivos pessoais, ou partidários, mesquinhos, sem levar em conta o interesse comum. À atuação dessas figuras é que atribuem os historiadores a derrota final de Atenas, que a precipitou na decadência” (FERREIRA FILHO, 2001, p. 4).

Assim, desde a democracia antiga pode-se observar a justaposição das temáticas: liberdade, igualdade e democracia. (PRZEWORSKI, 2010), contudo, é sempre bom considerar o posicionamento de Rancière (2014, p. 67) que aponta que “não haverá jamais, com o nome de política, um princípio uno da comunidade que legitime a ação dos governantes a partir das leis inerentes ao agrupamento das comunidades humanas”.

Como visto acima, na antiguidade a democracia ateniense foi considerada a mais representativa, contudo, mais ou menos na mesma época, em Roma/Itália houve a introdução do governo popular denominado república (coisa pública ou negócios do povo). (DAHL, 2001).

Partindo do mesmo princípio dos Gregos, os Romanos também limitavam o direito de participar no governo da república, este era apenas concedido, inicialmente aos patrícios, os aristocratas, sendo que somente após muita luta o povo (a plebe) adquiriu esse direito, fator que ensejou o aumento no número de seus cidadãos, o que no futuro tornou-se um grave problema para participar das assembleias em virtude do enorme distanciamento geográfico da cidade (DAHL, 2001).

Diante desse fato, muitos consideram que a democracia direta foi mais bem sistematizada na democracia ateniense e nos cantões suíços da Idade Média, tendo em vista o fato de que toda a população de homens livres estaria diretamente envolvida nas assembleias (RANCIÈRE, 2014, p. 68).

Como se pode observar por muitos anos a não participação da população em virtude do número cada vez maior de cidadãos é vista por muitos autores como sendo um problema que dificultou a oportunidade de participar das assembleias (DAHL, 2001, p. 24).

Contudo, a crítica apontada por Rancière (2014) em relação à impossibilidade de utilização de uma democracia direta além da antiguidade e Idade Média, como aponta diversos

autores, merece toda a consideração possível, pois não se deve considerar para nações com um grande número de membros apenas a democracia indireta (representação). Veja a crítica do autor:

A nossas vastas nações e sociedades modernas somente a democracia representativa convém. O argumento não é tão convincente quanto gostaria. No início do século XIX, os representantes franceses não viam dificuldade em reunir na sede do cantão a totalidade dos eleitores. Bastava que o número de eleitores fosse pequeno, coisa que se obtinha com facilidade, reservando o direito de eleger os representantes aos melhores da nação, isto é, aos que podiam pagar um censo de trezentos francos (RANCIÈRE, 2014, p. 68-69).

No mesmo sentido de Rancière (2014), Dahl (2001) aponta que exemplos de democracia direta em muitas regiões da Europa.

Favorecida por condições e oportunidades locais em muitas áreas da Europa (especialmente na Escandinávia, em Flandres, na Holanda, na Suíça e na Inglaterra), a lógica da igualdade estimulou a criação de assembleias locais, em que os homens livres pudessem participar do governo, pelo menos até certo ponto. A ideia de que os governos precisavam do consenso dos governados, que no início era uma reivindicação sobre o aumento dos impostos, aos poucos se tornou uma reivindicação a respeito das leis em geral (DAHL, 2001, p. 32).

Jacques Rancière (2014), no intuito de justificar seu entendimento, aponta ainda exemplos dados por mais dois doutrinadores renomados, Benjamin Constant e Hannah Arendt, sobre a presente questão referente à democracia direta:

‘A eleição direta’, dizia Benjamin Constant, ‘constitui o único verdadeiro governo representativo. E, em 1963, Hannah Arendt ainda via na forma revolucionária dos conselhos o verdadeiro poder do povo, na qual se constituía a única elite política efetiva, a elite autosseleccionada no território daqueles que se sentem felizes em se preocupar com a coisa pública (RANCIÈRE, 2014, p. 69).

Como visto, apesar de ser uma das causas para o fim da democracia na antiguidade, o aumento do número de cidadãos não pode ser visto como um empecilho “ad eternum”, conforme apontados pelos exemplos expostos nas citações transcritas acima.

Conforme ocorreu na Grécia, também em Roma por volta do ano de 130 a.C., em virtude de inquietude civil, militarização, guerra, corrupção e decréscimo no espírito cívico, houve fim das práticas republicanas autênticas dando início a ditadura de Júlio César (DAHL, 2001).

Portanto, como verificado acima, o fim da democracia na antiguidade, tanto na Grécia como na Itália, pode ser atribuído a um fator similar, qual seja, a corrupção. Na Grécia a corrupção foi marcada pela figura dos demagogos, enquanto que na democracia romana este fator representa um elemento dentre os vários que compuseram o declínio democrático.

Sobre a corrupção é importante ressaltar que esta representa um fator negativo quando se examina a base social da democracia, o que Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2001) aponta como sendo, juntamente como mais dois fatores, um sério problema para o funcionamento do sistema democrático. Porém, aponta o mesmo autor que, a corrupção não é problema restrito apenas à democracia, mas causa neste sistema democrático um maior dano, “visto que esse mal

colhe principalmente a representação – a ‘classe política’ – que nela tudo decide” (FERREIRA FILHO, 2001, p. 77).

A democracia desaparece por um longo período, ressurgindo durante o Estado Moderno, por volta de 1100 d. c., em muitas cidades no norte da Itália, “num padrão conhecido em Roma e mais tarde repetido durante o surgimento dos modernos governos representativos, a participação nos corpos governantes das cidades-estados foi inicialmente restrita aos membros das famílias da classe superior” (DAHL, 2001, p. 25).

O ressurgimento da democracia durante o Estado Moderno é resultado das revoluções burguesas ocorridas na Inglaterra, EUA e França, bem como com a estruturação de Constituições para reger a vida em sociedade, se opondo ao poder absoluto das realidades (TOCQUEVILLE, 1998).

Iniciando, assim, a democracia moderna, que tem como característica principal a democracia por representação, ou seja, a democracia indireta, o que conforme aponta Ferreira Filho (2001, p. 20) seria “o único possível nas condições da época – a democracia representativa, em que o povo se governaria indiretamente, por meio de representantes que elegeria”.

Przeworski (2010) também corrobora com essa questão, descrevendo que as primeiras instituições representativas surgiram na Inglaterra e na Polônia, sendo que a Guerra da Independência dos Estados Unidos contribuiu para o aparecimento das primeiras instituições, tornando-se os paradigmas da engenharia institucional para os países da América Latina.

Neste aspecto, Tocqueville (1998, p. 38) aponta que as colônias europeias tinham em sua estruturação a democracia, veja:

Todas as novas colônias europeias continham, se não o desenvolvimento, pelo menos o germe de uma completa democracia. Duas causas levavam a esse resultado: pode-se dizer que, em geral, ao partirem da mãe-pátria, os emigrantes não tinham a menor ideia de qualquer superioridade de uns sobre os outros. Não são os felizes e os poderosos que se exilam, e a pobreza assim como o infortúnio são as melhores garantias de igualdade entre os homens que conhecemos.

Como argumento principal para o retorno da democracia em sua modalidade por representação, conforme os autores consultados apontam para a necessidade de atingir um grande número de cidadãos em regiões e países com extensas áreas, após a instalação dos Estados Modernos. Estes autores argumentam que era quase impossível a realização de assembleias diretas de homens livres, fator que condicionou a utilização da democracia em forma de representação.

Neste aspecto Dahl (2001, p. 32) registra que “muito diferente do costume ateniense, a representação devia ser – em vez de sorteio ou alguma outra forma de seleção pelo acaso [...] seriam necessários legislativos ou parlamentos representativos eleitos em diversos níveis”.

Na mesma linha Tocqueville (1998, p. 14) argumenta que o povo, para aproveitar os bens da sociedade, deveria estabelecer a associação livre dos cidadãos em substituição ao “poder individual dos nobres e o Estado estaria ao abrigo da tirania e do arbítrio”.

Em que pese o argumento tradicional utilizado pela doutrina e em especial por Tocqueville é importante destacar que o autor aponta a necessidade de estabelecer uma associação “livre”, ou seja, de pleno acordo entre os cidadãos e na forma mais segura de todos os seus desejos assegurados, fator que, conforme entendimento de Jacques Rancière (2014, p. 69/71), não é realizado pela sociedade, vítima da repressão oligárquica, veja:

[...] a representação nunca foi um sistema inventado para amenizar o impacto do crescimento da população. Não é uma forma de adaptação da democracia aos tempos

modernos e aos vastos espaços. É, de pleno direito, uma forma oligárquica, uma representação das minorias que têm título para se ocupar dos negócios comuns. [...] o que chamamos de ‘democracia representativa’ [...] é uma forma mista: uma forma de funcionamento do Estado, fundamentada inicialmente no privilégio das elites ‘naturais’ e desviada aos poucos de sua função pelas lutas democráticas.

Para este autor, a democracia representativa não busca a aplicação igualitária da de todos os cidadãos na busca de direito, ela apenas legítima o controle político das elites governantes, pois

[...] a democracia, longe de ser a forma de vida dos indivíduos empenhados em sua felicidade privada, é o processo de luta contra essa privatização, o processo de ampliação dessa esfera. Ampliar a esfera pública não significa, como afirma o chamado discurso liberal, exigir a intervenção crescente do Estado na sociedade. Significa lutar contra a divisão do público e do privado que garante a dupla dominação da oligarquia no Estado e na sociedade (RANCIÈRE, 2014, p. 72).

Ressalta-se que as instituições representativas modernas estão estruturadas, em quase todos os países, nas eleições com base no sufrágio universal. (LOEWENSTEIN, 1986). Estabelecidas em um padrão geral de linhas de classe - pobres, participação das mulheres, participação organizada pelos partidos políticos. (PRZEWORSKI, 2010).

Assim, o partido seria um agente “constitucional de formação da vontade do Estado” (FERREIRA FILHO, 2001, p. 21).

Contudo, em função dessa estruturação surgem problemas quanto às técnicas eleitorais utilizadas para a integração do eleitorado de massas, pois a eleição deveria conduzir a instalação de um governo com força política, fator que não acontece em muitos locais em função da existência partidos fracos politicamente, o que condiciona a necessária de instalação do sistema de representação proporcional (LOEWENSTEIN, 1986).

Visando aprimoramento da democracia representativa, Ferreira Filho (2001) aponta que surgiu, associado a Hans Kelsen, a “democracia por partidos”, que refletia uma disputa eleitoral feita entre os partidos, sendo que os programas destes seriam o ponto chave das campanhas e o eleitor, primeiramente, votaria na definição do programa de governo, e, apenas em um segundo momento, a escolha dos governantes, sendo eleitos assim pelo povo tanto os governantes como as orientações para como o governo deveria ser feito. Porém, não logrou êxito, conforme explana o autor abaixo:

Primeiro, porque ela presume um bipartidarismo que raramente se instaura. De fato, somente onde apenas dois partidos pesam na disputa política, é que o governo ficará inteiramente nas mãos de um deles, o qual poderá executar totalmente a sua proposta programática. Onde há multipartidarismo, o governo sempre sofrerá a influência de vários partidos e em consequência o seu programa combinará com o de muitos. Ora, nesse caso, o povo não terá escolhido a linha de governo (FERREIRA FILHO, 2001, p. 22)

Vistos os principais aspectos da representação, é importante salientar que além desta característica, o constitucionalismo é visto como ponto importante para a democracia moderna.

Afinal de contas, conforme aponta Loewenstein (1986) o constitucionalismo já existe desde os Hebreus, contudo, foi na Revolução Puritana na Inglaterra e com suas repercussões nas colônias na América que surgiu a primeira constituição escrita.

Contudo, a primeira constituição escrita representou um marco para as gerações posteriores, que culminou na democracia constitucional com total representação do povo, tendo progressiva ampliação do sufrágio e do acesso aos cargos políticos e participação livremente do processo do poder através do voto. Porém, em meados do século XX surge a uma desvalorização da Constituição Escrita na democracia, em função de problemas com tradição normativa e a inobservância pelos detentores do poder e a indiferença da massa dos destinatários do poder frente à constituição. (LOEWENSTEIN, 1986).

Neste aspecto, é primordial, para o entendimento dessa decadência da democracia na modernidade, verificar o porquê de surgir um novo ódio à democracia, sendo que a democracia representa uma crise de civilização que afeta a sociedade e o Estado, pois busca, insistentemente, preservar o governo dos melhores e a defesa da ordem proprietária (RANCIÈRE, 2014).

O problema da falta de representação do povo é fator que a mundo perdura ao longo das décadas, neste aspecto Dahl (2001, p. 34) aponta que depois do século VIII “as ideias e as convicções democráticas não eram amplamente compartilhadas nem muito bem compreendidas”, mesmo porque, “os representantes do ‘povo’, na verdade, não representavam todo o povo. Afinal de contas, os homens livres eram homens [...] metade da população adulta estava excluída da vida política” (DAHL, 2001, p. 33).

Sobre este aspecto, Ferreira Filho (2001, p. 24) aponta que aponta que a doutrina moderna recusa a “ideia de que o povo realmente se governe por meio de representantes”, ele aponta ainda que Rousseau descreve que tal possibilidade não existe pelo simples fato de que a vontade não se representa, “portanto, que o fato de o povo escolher quem governa não significa que ele se governe” (FERREIRA FILHO, 2001, p. 24).

Ressalta-se, porém, que o ódio à democracia não ponto novo na humanidade, veja

É primeiro um insulto inventado na Grécia Antiga por aqueles que viam a ruína de toda ordem legítima no inominável governo da multidão. Continuou como sinônimo de abominação para todos os que acreditavam que o poder cabia de direito aos que a ele eram destinados por nascimento ou eleitos por suas competências. Ainda hoje é abominação para aqueles que fazem da lei divina revelada o único fundamento legítimo da organização das comunidades humanas. (RANCIÈRE, 2014, p. 8).

Como visto acima, para muitos autores ao longo da história da humanidade a democracia está definida no trio “autogoverno, igualdade e liberdade”, sobre esse aspecto Przeworski (2010) ressalta, porém, que o autogoverno e a liberdade não são facilmente coerentes entre si, pois o primeiro não faz nenhuma conexão necessária entre a liberdade individual e a democracia, apontando essencialmente a necessidade de critérios contemporâneos.

Assim, estes fatores são vistos como ponto crucial que pôs fim à democracia moderna e iniciou a democracia contemporânea.

É importante frisar que atualmente, existe “certo pudor em falar em democracia como forma de governo concreta e realmente existente” (FERREIRA FILHO, 2001, p. 24). Alguns autores mais radicais como Rancière (2014) aponta que a “sociedade democrática” é fantasiosa, organizadas apenas para legitimar os “jogos das oligarquias” para instituição de governos da minoria sobre a maioria.

Contudo, na visão de Armatya Sen (2010, p. 196) a democracia “é uma prioridade especificamente ‘ocidental’ que contraria particularmente os ‘valores asiáticos’, os quais supostamente são mais voltados para a ordem e a disciplina do que para liberdades formais e liberdades substantivas” (SEN, 2010, p. 196).

Como se pode vê, a democracia representa para o mundo ocidental a busca incessante pelas liberdades do povo, que se governa e possui total liberdade para se manifestar e busca esse pensamento constante em prol da sociedade, contudo, em regimes ditatoriais, “as pessoas não precisam pensar – não precisam escolher – não precisam tomar decisões ou dar seu consentimento. Tudo o que precisam fazer é obedecer” (SEN, 2010, p. 204).

Assim, a democracia considerada na modernidade como fator impossível de ser alcançado, é visto na democracia contemporânea por Ferreira Filho (2001, p. 31) como uma “forma de governo em que o povo participa decisivamente da escolha dos seus governantes (eleição), todos os seus integrantes estando em pé de igualdade quanto ao peso de sua participação (voto) e à elegibilidade”. (FERREIRA FILHO, 2001, p. 31)

Fator que contribui diretamente para a estruturação desse novo posicionamento da democracia, agora em seu viés contemporâneo, é a figura do ativismo dos partidos de oposição, que representa uma força não apenas das sociedades não democráticas quanto nas democráticas (SEN, 2010).

Ademais, a democracia real está baseada na luta contra “governo dos melhores” e a “defesa da ordem proprietária”, ou seja, “uma democracia em que a liberdade e a igualdade não seriam mais representadas nas instituições da lei e do Estado, mas seriam encarnadas nas próprias formas da vida material e da experiência sensível” (RANCIÈRE, 2014, p. 9).

Nesse sentido, Przeworski (2010) aponta nem a democracia grega, nem a democracia moderna tinham em seu cerne a “simples política da igualdade”, ou seja, todas as construções elaboradas sobre o bem comum, as preferências ideais, e coletiva irá mascarar o básico fato de que na concepção moderna de democracia exclui a possibilidade de que algumas pessoas poderiam governar sempre, fator que vem sendo considerado os pilares da democracia contemporânea.

Mesmo não conseguindo ir além da democracia por representação, a democracia contemporânea busca, pelo modelo de democracia participativa, a introdução de algumas medidas para atuação mais concreta da população (FERREIRA FILHO, 2001).

Diante destes fatos, surge o ponto que será explanado no próximo capítulo, qual seja, democracia participativa e suas formas de abordagem para uma atuação popular de forma mais influente, refletindo em uma atuação concreta do que seria o “governo do povo, pelo povo e para o povo”.

3 DA NECESSIDADE DE CONSOLIDAÇÃO DA CIDADANIA PLENA PARA A CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA NA ATUALIDADE

Como visto no tópico anterior, a democracia contemporânea está pautada na participação popular através da representação política. Contudo, a atuação popular através de representação política é considerada a atuação a melhor forma de democracia para um “governo do povo”?

Sabe-se que quanto maior é a competição política, maiores são as mudanças em relação a atuação popular, para tanto, muitos autores apontam que a eleição, livre e significativa, é a melhor forma de se escolher os representantes da maioria (FERREIRA FILHO, 2001).

Assim, ainda hoje a democracia é diretamente relacionada às eleições e aos partidos políticos. Tal fato vem ocorrendo no Oriente Médio, principalmente pelo sucesso das eleições no Iraque, as manifestações de Beirute contra a Síria e diversas outras manifestações corridas na atualidade (RANCIÈRE, 2014).

Ferreira Filho (2001, p. 29) aponta que “a eleição é a chave do regime, porque ela é o instrumento pelo qual se exprimem os desejos dos governados, pelo qual formulam estes a sua escolha quanto à atribuição do Poder”. Neste mesmo sentido Dahl (1973) aponta que a

possibilidade de participação popular através de eleições livres e idôneas causa maior contestação pública e torna o regime mais inclusivo.

Em se tratando dos partidos políticos Loewenstein (1986) define que estes representam legitimamente o povo na sociedade moderna. É importante destacar as palavras de Dahl (1973) ao apontar que estes, como toda a sociedade, também mudam de estrutura e organização, isso porque, na medida em que o eleitorado cresce, os arranjos tradicionais, geralmente informais, que funcionaram perfeitamente com um minúsculo grupo de eleitores também modificam, contudo, o mesmo autor ainda aponta que sistemas partidários altamente fragmentados podem levar a coalizões fracas ou instáveis incapazes de lidar com os problemas centrais.

Compreendo que, num Estado democrático, constituído dessa maneira, a sociedade não será imóvel; mas os movimentos do corpo social poderão ser regrados e progressivos; se nele encontraremos menos brilho do que no seio de uma aristocracia, depararemos, contudo menos miséria; as fruições serão menos extremas e bem-estar mais geral; as ciências menos grandiosas e a ignorância mais rara; os sentimentos menos enérgicos e os hábitos mais brandos; nele notaremos mais vícios e menos crimes (TOCQUEVILLE, 1998, p. 14-15).

Contudo, na atualidade, em virtude do abalo que as instituições representativas sofreram, as eleições não mais representam o sucesso da democracia. Przeworski (2010) descreve que um povo somente irá governar a si próprio quando os cidadãos forem todos iguais e livres, como define o propósito da democracia.

Diversas ações já estão sendo implementadas nas Constituições atuais como forma de representação direta do povo na tomada de decisões, são as chamadas iniciativas populares, veja alguns exemplos:

[...] referendun (manifestação direta do povo sobre uma decisão, normalmente um teto normativo, lei ou norma constitucional); a iniciativa popular (apresentação de projetos de lei); o plebiscito (em termos rigorosos, consulta sobre uma decisão a tomar pelos órgãos representativos); o veto popular (possibilidade de intervir no processo legislativo para que um projeto de lei aprovado pelo Parlamento seja, antes de sua promulgação, objeto de referendun) (FERREIRA FILHO, 2001, p. 22-23)

Portanto, a iniciativa popular viabilizada pelo empoderamento dado a ela pelas constituições representa uma vitória da democracia, pois o sistema político deve estar embasado na confiança e boa vontade dos povos.

As ações promovidas pela jurisdição constitucional, ao reafirmarem o compromisso com a democracia e o pleno exercício de seus instrumentos, ampliam a sensação de felicidade da sociedade e, com isso, potencializam os efeitos benéficos de suas decisões, além de concretizarem o direito à felicidade pública (LEAL, 2014, p. 453).

Mesmo diante de tantas ponderações em relação à necessidade de mais atuação popular no campo político, ou seja, na definição de diretrizes e tomadas de decisões, é importante destacar que em muitos países subdesenvolvidos o desinteresse pela política é muito presente, fator que está condicionado a diversos pontos.

É inegável o fato de que em países com grandes desigualdades socioeconômicas passem por um desinteresse pela política. Este desinteresse pode estar centrado em diversos fatos estão representados na crise da democracia. Rancière (2014) define que a crise da democracia

significa o aumento irresistível de demandas que pressiona os governos, acarreta o declínio da autoridade e torna os indivíduos e os grupos rebeldes à disciplina e aos sacrifícios exigidos pelo interesse comum.

Os principais fatos levantados pela doutrina seriam a necessidade de igualdade, liberdade e felicidade. Até porque, a democracia é fonte fundamental de oportunidade social na realização da justiça social, dependendo de regras e regulamentações democráticas, além de uma prática efetiva.

Sobre a temática igualdade, Dahl (2001, p. 19) aponta que esta reflete “um impulso para a participação democrática” a partir da lógica de igualdade. O autor continua ainda descrevendo a relação direta entre as desigualdades e os obstáculos existentes em relação à democracia, veja:

[...] mesmo nos países com os mais auspiciosos inícios, imensas desigualdades impunham enormes obstáculos à democracia: diferenças entre direitos, deveres, influências a força de escravos e homens livres, ricos e pobres, proprietários e não-proprietários de terras, senhores e servos, homens e mulheres, trabalhadores independentes e aprendizes, artesãos empregados e donos de oficinas, burgueses e banqueiros, senhores feudais e rendeiros, nobres e gente do povo, monarcas e seus súditos, funcionários do rei e seus subordinados (DAHL, 2001, p. 33).

Ademais, Tocqueville (1998) destaca que o desenvolvimento gradual da igualdade das condições deve ser universal, duradouro, escapa cada dia ao poder humano; todos os acontecimentos, bem como todos os homens, contribuem para ele.

Já a liberdade, conforme as sábias palavras de Rancière (2014, p. 14), “é também a liberdade de errar”. Neste sentido, Dahl (1973) traz que a liberdade está diretamente ligada à redução de obstáculos à contestação pública, além de dar maior a proporção de população incluída no sistema político.

Mas para Rancière (2014) a verdadeira solução é a diminuição das energias políticas favorecendo a felicidade individual e das relações sociais.

Saul Tourinho Leal (2014, p. 450) em seu livro intitulado “Direito à Felicidade” aponta que a “teoria da felicidade, as pessoas geralmente são os melhores juízes dos seus próprios interesses, o melhor sistema político permite às pessoas escolherem periodicamente os seus próprios governantes”.

Assim, como muito bem explana Amartya Sen (2010, p. 205), “o desafio político para os povos de todo o mundo atualmente não é apenas substituir regimes autoritários por democráticos. É além disso, fazer a democracia funcionar para as pessoas comuns”.

Afinal de contas, o “bom governo democrático é aquele capaz de controlar um mal que se chama simplesmente vida democrática”, ou seja, a existência de “uma forma de governo e de vida social capaz de controlar o duplo excesso de atividades coletivas ou de retração individual inerente à vida democrática” (RANCIÈRE, 2014, p. 16/17).

Ao participar de decisões políticas a sociedade ganha incentivos para preocupar com o resto do mundo, contribuindo diretamente para uma melhor tomada de decisão (MULGAN, 2012 apud LEAL, 2014), afinal de contas, uma população participativa e engajada é uma população que pondera melhor suas decisões.

Como se pode observar a participação popular é fator primordial para o alcance da democracia, pois é através desta que se consolida igualdade, liberdade e felicidade de uma nação.

Até porque, uma “participação ampliada combinada com a competição política provoca uma mudança na composição da liderança” (DAHL, 1973, p. 42), o que garante a alternância de poder refletindo na garantia da igualdade e da liberdade desta população.

Amartya Sen (2010) aponta em seu livro “Desenvolvimento como liberdade” que em países do Terceiro Mundo, muitas vezes as necessidades econômicas tem maior força que a liberdade política e os direitos civis. O autor aponta que “se aos pobres for dado escolher entre ter liberdades políticas e satisfazer necessidades econômicas, eles invariavelmente escolherão a segunda alternativa” (SEN, 2010, p. 196).

A influência que a economia exerce sobre as populações mais carentes repercute diretamente na participação popular, mesmo porque, a democracia está baseada no tratamento igualitário entre os entes, conforme as suas desigualdades, pois se indivíduos desiguais forem tratados igualmente, a sua influência nas decisões coletivas será também desigual.

Sen (2010) aponta que estudos científicos relatam a ligação direta entre o crescimento econômico e o clima econômico mais propício do que a um sistema político mais rígido, assim, a liberdade política e as liberdades civis possuem seus efeitos diretos sobre a economia.

A participação democrática não toma qualquer conhecimento da importância do aspecto econômico para a política, pois ainda persiste a vinculação total da corrupção da política por dinheiro, dando a minoria elitizada o domínio do poder sobre a maioria (WALDRON, 2006).

Esse também é o entendimento de Przeworski (2010) ao aponta que a perfeita igualdade política não é viável economicamente em sociedades desiguais, afinal de contas, a democracia não pode falhar no seu compromisso com a política de igualdade. Mesmo se alguma dose de desigualdade política pode ser inevitável, não se entende muito bem como os recursos econômicos afetam os resultados políticos, e a corrupta influência do dinheiro é o flagelo da democracia.

Neste aspecto Sen (2010, p. 204) traz uma reflexão sobre a democracia e sua capacidade de criar oportunidades, dando como exemplo os EUA, veja:

É preciso ver a democracia como criadora de um conjunto de oportunidades, e o uso dessas oportunidades requer uma análise diferente, que aborde a prática da democracia e direitos políticos. Nesse aspecto, a baixa porcentagem de votantes nas eleições americanas, sobretudo de afro-americanos, bem como outros sinais de apatia e alienação não podem ser ignorados. A democracia não serve como um remédio automático para doenças do mesmo modo que o quinino atua na cura da malária. A oportunidade que ela oferece tem de ser aproveitada positivamente para que se obtenha o efeito desejado. Essa é, evidentemente, uma característica básica das liberdades em geral – muito depende do modo como elas são realmente exercidas.

Dahl (1973) também aponta a relação direta entre o avanço econômico de uma nação e sua capacidade democrática, veja:

Assim, uma economia avançada gera automaticamente muitas das condições exigidas pro uma ordem social pluralista. E à medida que uma ordem social pluralista evolui, pelo menos numa forma elementar, alguns de seus membros cobram uma participação nas decisões através de meios mais apropriados a um sistema político competitivo do que a um hegemônico (DAHL, 1973, p. 87-88)

Neste sentido, ao conferir a cada pessoa a maior oportunidade opinar possível, gera-se uma igualdade de oportunidade que deve ser definida em voz igual e de igual autoridade decisória (WALDRON, 2006).

Frente a todo o exposto surge uma indagação que perdura sobre os pensamentos de muitos doutrinadores e que foi também objeto de pesquisa de Amartya Sen (2010), quando este aponta que só se pode verificar se os cidadãos dos países do Terceiro Mundo são indiferentes

aos direitos políticos e democráticos, se realizar eleições com liberdade de oposição e expressão, fator que não é permitido muitas vezes pelos defensores do autoritarismo.

Diante desse argumento fica claro analisar que mesmo em países totalitários, estes muitas vezes só o são totalitário por falta de oportunidade de concessão direta e fiel ao povo para eleições, no qual estes possam exprimir sua real vontade.

Vários autores apontam a necessidade de defesa da democracia a todo custo é o que relata Loewenstein (1986), ao trazer a necessidade de definição de uma legislação para a defesa do Estado.

Em relação às questões econômicas resta ainda um ponto crucial a ser observado. Na existência de calamidades e fomes coletivas como se comporta a democracia?

Sobre este ponto a democracia tem sido especialmente bem-sucedida na prevenção (SEN, 2010), principalmente por se tratar dos locais onde existem maiores índices de solidariedade atuando de forma imediata.

Neste mesmo entendimento Tocqueville (1998) aponta que os cidadãos atuando de forma coletiva possui mais poder em produzir bem-estar social do que as autoridades dos governos.

Sen (2010) ainda exprime relato curioso sobre a atuação da democracia junto as formes coletivas, veja:

A democracia faz com que os castigos da fome coletiva atinjam também os grupos governantes e líderes políticos. Isso lhes dá o incentivo para tentar debelar qualquer ameaça de fome coletiva e, como de fato é fácil impedi-las (nesse estágio o argumento econômico encaixa-se no político), as fomes coletivas que assomam no horizonte são firmemente repelidas (SEN, 2010, p. 236).

A democracia representa, assim, ponto intrigante, pois trata de forma igual todos os seus integrantes, inclusive se houver a existência de fomes coletivas e calamidades.

Insta salientar que as grandes incidências de fomes coletivas e calamidades com resultados devastadores para toda uma nação, acontecem em países considerados não desenvolvidos, nos quais a capacidade econômica não contribui para um condicionamento imediato da população após a instauração de qualquer desses fatos.

A preocupação com a urgência de garantias para as liberdades políticas e direito civis passou a ser reflexo mundial em 1993, durante a Conferência de Viena sobre direito humanos, quando “delegados de vários países argumentam contra a aprovação geral de direitos políticos e civis básicos em todo o planeta, particularmente no Terceiro Mundo. Em vez disso, afirmou-se, o enfoque teria de ser sobre direitos econômicos” (SEN, 2010, p. 194).

Como se pode observar, os direitos econômicos passaram a integrar objeto de estudo para a definição de questões peculiares a democracia há apenas uma década, sendo, portanto, essencial a adequação e o aperfeiçoamento do sistema constitucional visando a estabilidade democrática dos países.

O reconhecimento e a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais são o núcleo essencial do sistema político da democracia constitucional e que a violação/restrições das liberdades individuais pode restringida pelas cláusulas limitativas, de forma que somente poderão ser exercidas dentro dos limites das leis gerais, ou estão permitidas exceções, através da lei (LOEWENSTEIN, 1986).

Afinal de contas, para a implementação de novas democracias, ou simplesmente, para o seu desenvolvimento, a escolha de um sistema presidencialista ou parlamentar é em grande parte irrelevante. Não há consenso sobre qual seria o melhor, mesmo porque, empiricamente, há pouca razão para discutir as diferenças de liberdades e direitos para eles (DAHL, 2003).

O chamado Terceiro Mundo é reflexo de uma nova onda democrática iniciada no século XX, quando muitos países deixaram de ser colônias de exploração e tiveram abertura econômica para gerirem suas constituições políticas e econômicas. Contudo, muitos países ainda hoje permanecem colônias de uma elite das minorias que controla e comanda toda uma nação, não sendo possível a realização de uma verdadeira democracia.

É chegado o momento de falar do Brasil, que conforme relata Przeworski (2010), é exemplo evidente que sofre por sua pobreza, justamente por sua desigualdade econômica. Destaca-se ainda em sua abordagem ao dizer que nos dois últimos séculos o Brasil foi uma colônia, uma monarquia independente, uma república oligarquia, uma ditadura militar populista, uma democracia com uma presidência fraca, uma ditadura militar de direita, e uma democracia com uma presidência forte, contudo, em nenhum destes momentos houve alteração na distribuição de renda, portanto, não houve igualdade plena.

Porém, é observado dentre todos os autores estudados o fato de que a democracia possui um papel preventivo, ou segurança protetora, pois através dele surge a figura do patriotismo que, conforme aponta Tocqueville (1998, p. 106), juntamente com a religião “são as únicas coisas no mundo capazes de fazer marchar por muito tempo em direção a um mesmo objetivo a universalidade dos cidadãos”.

Esse papel preventivo da democracia enquadra-se bem no requisito que denominamos de “segurança protetora” quando relacionamos os diferentes tipos de liberdades instrumentais. O governo democrático, com eleições multipartidárias e meios de comunicação sem censura, torna altamente provável a instituição de medidas visando a uma segurança protetora básica. O papel positivo dos direitos políticos e civis aplica-se à prevenção dos desastres econômicos e sociais em geral (SEN, 2010, p. 240).

Ficou evidenciado que, no mundo real, a concretização da igualdade política através das eleições, da representação e do processo legislativo é imperfeita (WALDRON, 2006).

O mesmo se pode dizer da democracia, que por falta de fatores históricos que reafirmem o regime, suas chances também dependem do que a população inserida realiza. Assim, estas não podem aceitar o simples fato de serem vítimas de forças cegas sobre as quais não tem nenhum controle (DAHL, 2001).

Cabe a todos lutar para o desenvolvimento e fortalecimento do sistema democrático, pois conforme aponta Sen (2010) a importância da democracia reside, na sua importância intrínseca, suas contribuições instrumentais e seu papel construtivo na criação de valores e normas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por longos anos a humanidade discutiu o tema democracia, contudo, nunca se considerou o verdadeiro sentido do que seria o “governo do povo, pelo povo e para o povo”, contudo, a democracia considerada na modernidade sempre foi aquela pautada apenas na existência de eleições e voto, ou seja, a democracia por representação.

Na atualidade a busca por um modelo de democracia mais participativa houve a necessidade de introdução de algumas medidas mais concretas da efetividade da participação popular.

No presente estudo uma das medidas concretas para a efetividade da participação popular está representado na consolidação da cidadania plena, através do compromisso de existência de uma política de igualdade, proporcionando o reconhecimento e a proteção dos

direitos e das liberdades fundamentais de todos os cidadãos, incluindo a alteração na distribuição de renda entre os cidadãos.

Portanto, na atualidade é essencial trazer estes elementos concretos para que se viabilize a consolidação da cidadania plena, garantindo, assim, que a democracia passe realmente a ser um “governo do povo, pelo povo e para o povo”.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOAVENTURA, Edvaldo N. **Metodologia da Pesquisa**: monografia, dissertação, tese. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DAHL, Robert. **Polyarchy**. New Haven e Londres: Yale Univ. Press. 4 ed. 1973.

_____. **Sobre a democracia**. Brasília: UnB, 2001.

_____. **How democratic is the American Constitution?** 2 ed. New Haven: Yale University Press, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** New Jersey: Princeton University Press, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001.

LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade**. C&C Criações e Textos Ltda, 2014.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1986.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PRZEWORSKI, Adam. **Qué esperar de la democracia**. Limites y posibilidades del autogobierno, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010.

RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. Tradução Mariana Echalar. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e Legitimidade**. Coordenação e Supervisão Luiz Moreira; Tradução Titio Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 132p.

_____. O Conceito do Político. In: Carl Schmitt. **O conceito do político / Teoria do Partisan**. Coordenação e Supervisão Luiz Moreira; tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Primeira Parte do Livro 1 (“Leis e costume”). Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/adtdnacompleto.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2014.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**. 2006, v. 115, p. 1346- 1406.

O ROMPIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA ALIENAÇÃO PARENTAL

Aline Fátima Rodrigues

Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unaf - FACTU

Wesley Renato Amaral

Advogado com atuação nas áreas Cível, Trabalhista e Empresarial. Professor Universitário das Disciplinas de Prática Jurídica, Direito Processual e Direito Empresarial na Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unaf - FACTU. Mestrando em Educação pela Universidade Católica de Brasília, Especialista em Direito Público em 2009 e Bacharel em Direito, janeiro de 2008, pela Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unaf.

RESUMO: A alienação parental é um tipo de agressão contra crianças e adolescentes que causa significativos prejuízos para estes. Esta agressão ocorre dentro do seio da própria família e fere os direitos fundamentais e a própria dignidade da criança. Os procedimentos mais comuns por parte do genitor alienante são: exclusão do outro genitor da vida dos filhos, interferência nas visitas e ataque à imagem do outro. As crianças e adolescentes, vítimas da alienação parental, geralmente apresentam distúrbios psicológicos, como depressão, ansiedade e pânico, apresentam baixa-estima e podem sofrer problemas de gênero em função da desqualificação do genitor atacado. O presente artigo buscou caracterizar a alienação parental, conceituar os princípios fundamentais e a dignidade humana, que são afetados por esse processo de degradação da imagem de um dos genitores. Nesse sentido, observou-se que essa forma de violência agride praticamente todos os princípios e garantias fundamentais assegurados pela nossa Constituição, merecendo atenção e destaque em estudos futuros.

Palavras-chave: Alienação Parental. Direitos Fundamentais. Dignidade da Pessoa Humana.

1 INTRODUÇÃO

O ambiente ideal para o desenvolvimento equilibrado da criança e do adolescente é, sem dúvida, o seio familiar. Entretanto um grande problema pode ocorrer com o término da convivência familiar ou mesmo da relação amorosa, nos casos em que esta resulta em drásticas consequências para o filho, causando-lhe abalos emocionais e possivelmente traumas que poderão prejudicar o seu relacionamento com o progenitor alvo dos ataques.

No entanto, os pais podem agravar ainda mais o problema quando utilizam seus próprios filhos como objetos de externalização da agressividade, implantando-lhes falsas memórias em relação ao ex-parceiro, assim, a criança passa a ser vítima de um duelo entre os genitores. Este processo consiste na chamada Alienação Parental.

Diversas doutrinas consideram que os atos da alienação parental ferem direitos fundamentais previstos na Constituição da República de 1988, como os previstos no artigo 5º e no artigo 227, uma vez que afronta os direitos neles previstos como: o direito à liberdade, à saúde, o direito ao respeito e o direito da convivência familiar digna e tranquila, sendo que são deveres da família, do estado e da sociedade assegurar tais direitos à criança e ao adolescente.

A alienação parental consiste em atos desumanos praticados contra crianças e adolescentes que ainda não têm maturidade e não estão com seu desenvolvimento psíquico completo.

Esse ato de violência fere o direito à liberdade, como a liberdade de opinião, uma vez que à criança são impostas ideias que convém ao alienador; o direito à sua saúde tendo em vista

que os atos da alienação parental desencadeiam uma série de problemas na saúde da criança, o direito ao respeito e o direito da convivência familiar digna e tranquila.

Ressalta-se que a alienação parental é forma de exploração, violência, crueldade e opressão e que é dever da família colocar a criança a salvo destes atos, previsto no artigo 227 da Constituição Federal.

É necessário ressaltar, ainda que, a alienação parental fere o princípio da dignidade da pessoa humana que se encontra insculpido no art. 4º, inciso II da Carta Magna.

Nesse sentido, o presente artigo trata de tema de extrema relevância tanto no âmbito social quanto no âmbito acadêmico pois, por um lado imprime visibilidade à um fenômeno que ocorre com grande frequência nas relações familiares, e por outro, possibilita a intensificação dos diálogos relativos aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988.

2 DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A alienação parental pode ser considerada um processo de degradação da imagem de um dos cônjuges numa situação de separação ou conflito familiar e pode trazer consequências tanto psicológicas quanto jurídicas para a pessoa que resolve lançar mão de tais artifícios contra a pessoa que, em certo momento da vida, compartilhou determinados tipos de direitos e deveres. Esse processo de alienação parental geralmente gera consequências, onde uma das mais significativas é a síndrome da alienação parental, que contou com a dedicação das pesquisas de Richard Gardner.

Nesse sentido, Souza (2010, p. 99) observa que as preocupações com a síndrome da alienação parental começaram com as observações de Richard Gardner, psiquiatra norte-americano, que trabalhou com psiquiatria forense conduzindo avaliações de crianças e famílias em situações de divórcio.

Entretanto, para uma compreensão mais ampla sobre a alienação parental é necessário que o conceito de família seja definido a partir da compreensão de doutrinadores como Venosa (2011, p. 02), que conceitua família como sendo:

[...] o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Neste sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins.

O artigo 226 da Constituição Federal aperfeiçoou o conceito ao estender sua tutela à estrutura familiar monoparental, ou seja, entidade formada por apenas um dos pais e seus descendentes: “Art. 226 Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, Diniz (2010) observa que é necessário assegurar à família uma possibilidade de convivência, caracterizada pelo amor e afeto, originada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade. Assim, a família é o instrumento necessário para o pleno desenvolvimento e realização integral do ser humano.

A família também é reconhecida por Figueiredo e Alexandridis (2011, p. 11), que afirma:

A família tem especial proteção do Estado uma vez que ela constitui a base da sociedade, assim, seu reconhecimento, manutenção, desenvolvimento e dissolução devem ser regulados de forma a preservar a própria instituição, e principalmente garantir que o Estado alicerçado na família também se desenvolva de forma

equilibrada.

Dessa forma, a partir de uma básica conceituação acerca de família é possível expandir as pesquisas acerca dos princípios fundamentais feridos pelas ações da alienação parental.

Uma das mais significativas conquistas do povo brasileiro foi a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil no ano de 1988 que estabeleceu direitos e deveres e ainda as garantias fundamentais de cada cidadão. Em seu texto estão insculpidos princípios e preceitos garantistas que visam assegurar a dignidade da pessoa humana, estabelecem uma série de direitos e deveres inerentes ao cidadão, além de destacar as garantias e direitos das crianças e dos adolescentes com artigos dedicados a tal fim.

O artigo 227 da Constituição Federal é um excelente exemplo de disposição que trata especialmente das garantias de crianças e adolescentes:

Art. 227 - é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Os direitos e garantias descritos no referido artigo são basicamente aqueles que foram sendo estabelecidos e reconhecidos a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos sendo dispostos e classificados em gerações.

Fica evidente a ruptura deste dispositivo com atos da alienação parental, uma vez que esta caracteriza a exploração, crueldade e opressão contra a criança ou adolescente.

Segundo Silva (1998), os direitos e garantias fundamentais são aquelas prerrogativas e instituições que o Direito Positivo concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Reitera o autor que os direitos fundamentais são aqueles considerados indispensáveis à pessoa humana, constituindo-se em limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos, para resguardar direitos indispensáveis à pessoa.

Os direitos fundamentais são aqueles que, determinado estado positivo em sua constituição define como fundamentais, por exemplo: a liberdade, solidariedade, propriedade, igualdade, entre outros importantes princípios.

Para Filho (2007), os direitos humanos são os direitos e liberdades que devem gozar todos os seres humanos. Normalmente o conceito de direitos humanos pressupõe também a liberdade de pensamento e de expressão e a igualdade perante a lei.

Segundo a Assembléia Geral das Nações Unidas (1948), todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Verifica-se historicamente que os direitos fundamentais possuem quatro gerações que enfatizam um processo expansivo de acumulação de níveis de proteção de esferas da dignidade da pessoa humana.

Os direitos de primeira geração são aqueles surgidos no século XVII. Eles cuidam da proteção das liberdades públicas, ou seja, os direitos individuais, compreendidos como aqueles inerentes ao homem e que devem ser respeitados por todos os Estados, como o direito à liberdade, à vida, à propriedade, à manifestação, à expressão, ao voto, entre outros.

Como observa Moraes (2003), tais ideias encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade

como regentes do Estado moderno e contemporâneo.

Para Araújo e Júnior (2007, p. 116), os direitos de primeira geração são:

[...] os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado. Sua preocupação é a de definir uma área de domínio do Poder Público, simultaneamente a outra de domínio individual, na qual estaria forjado um território absolutamente inóspito a qualquer inserção estatal. Em regra, são integrados pelos direitos civis e políticos, dos quais são exemplo o direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio etc. Trata-se de direitos que representavam uma ideologia de afastamento do Estado das e relações individuais e sociais. O Estado deveria ser apenas o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência no relacionamento social [...]

Direitos de segunda geração: os ora chamados direitos sociais, econômicos e culturais, onde passou a exigir do Estado sua intervenção para que a liberdade do homem fosse protegida totalmente (o direito à saúde, ao trabalho, à educação, o direito de greve, entre outros). Veio atrelado ao Estado Social da primeira metade do século passado.

Segundo Araújo e Júnior (2007, p. 117) os direitos fundamentais de segunda geração “traduzem uma etapa de evolução na proteção da dignidade humana. Sua essência é a preocupação com as necessidades do ser humano”.

A natureza do comportamento perante o Estado serviu de critério distintivo entre as gerações, eis que os de primeira geração exigiam do Estado abstenções (prestações negativas), enquanto os de segunda exigem uma prestação positiva. Por isso são denominados direitos positivos.

Os direitos de terceira geração estão caracterizados nos princípios da fraternidade ou solidariedade, protegendo a coletividade. São especificados como o direito ao meio ambiente, direito de comunicação, da conservação do patrimônio histórico e cultural, etc.

Direitos de quarta geração, segundo Bonavides (1994) seriam aqueles resultantes da globalização dos direitos fundamentais, de forma a universalizá-los institucionalmente, citando como exemplos o direito à democracia, à informação, ao comércio eletrônico entre os Estados.

É importante salientar que com o surgimento dos direitos e garantias fundamentais dos seres humanos, estes foram se destacando devido a necessidades, tanto coletivas quanto individuais de se proteger a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade.

Deve-se reconhecer, portanto, que os princípios e garantias fundamentais são essenciais para a manutenção do estado democrático de direito, por meio do qual possa se promover a dignidade da pessoa humana.

A alienação parental é um atentado contra a dignidade e os direitos fundamentais daqueles que estão envolvidos nesse processo de degradação da imagem e da moral dos genitores e que se reflete de forma intensa na criança que serve como instrumento (objeto) da alienação parental. Percebe-se que a vítima da alienação fica privada de seus direitos fundamentais, como o direito à liberdade, pois a criança fica refém do alienador, não tendo opção de escolha, o direito à saúde equilibrada, uma vez que afeta seu psíquico e o direito da convivência familiar tranquila.

A construção da dignidade da pessoa humana é fruto de um longo caminho percorrido que o homem, enquanto SER busca garantir e aperfeiçoar.

Historicamente o homem tende para a manutenção de relações baseadas no respeito, no amor, na dignidade, e na igualdade. Porém, à proporção que as configurações histórico-materiais que levam à estratificação vão se acirrando, ao mesmo tempo observa-se uma inversão dos valores filosoficamente cultuados e almejados pela sociedade.

Segundo Rabenhors (2001), os indivíduos não são completamente iguais, diferindo-se fisicamente, e também com relação às suas personalidades, habilidades e aptidões,

distinguindo-se inclusive, pelos seus méritos morais.

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF). E por estar no primeiro artigo da Constituição Brasileira tornar-se rico em simbolismo:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania

II – a cidadania

III – a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988).

Esse fundamento funciona como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias às pessoas no Texto Constitucional.

De acordo com Carvalho (2003), a dignidade da pessoa humana, que a Constituição de 1988 inscreve como fundamento do Estado, significa não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio. O termo dignidade designa o respeito que merece qualquer pessoa.

A concepção de dignidade humana repousa no pilar de todos os direitos fundamentais (civis, políticos e sociais). Caracteriza assim a Constituição em favor do homem, que cada indivíduo possui uma capacidade de liberdade, sendo por si só depositário e responsável do sentido de sua existência, apesar de sofrer pressões e influências oriundas do meio.

Segundo Moraes (2003, p. 60):

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Nesse sentido, o princípio da dignidade humana deve ser garantido de forma irrestrita, por meio da tutela do Estado como forma de preservação dos direitos fundamentais impressos na Constituição Federal, mesmo quando esse próprio Estado é levado a exercer a sua autoridade por meio da imposição de restrições do direito de ir e vir, mas que tal autoridade não extrapole os limites da razoabilidade, e venham ferir a Carta Magna.

Afirma Piovesan (2006, p.97), que:

Construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, constituem os objetivos fundamentais do Estado brasileiro consagrados em seu art. 3º da Carta de 1988.

Garantir esses preceitos básicos é condição indispensável para que o povo brasileiro se reconheça como tal, a partir da valorização de todos e a participação mais efetiva nas questões de ordem nacional, o que lhes proporciona mais autoestima e dignidade.

A dignidade humana deve ser preservada em quaisquer situações, principalmente nos

casos em que o rompimento dos vínculos de uma relação pode gerar sentimentos de mágoa e profunda decepção levando a pessoa a desrespeitar e violar princípios e garantias fundamentais e a dignidade dos semelhantes, como nos casos da alienação parental.

3 DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A Alienação Parental consiste em atos que geram interferência na formação psicológica da criança, sendo praticada frequentemente no cotidiano das famílias, principalmente quando ocorre o término da convivência familiar, que pode gerar relações de ódio e inimizade, que vão além da relação entre os genitores e passa a influenciar a relação deles para com os filhos menores.

Os atos da alienação parental geram uma situação de extrema gravidade e prejuízo à vítima produzindo problemas como depressão crônica, incapacidade de adaptação em ambiente psicossocial normal, transtornos de identidade, desespero, sentimento incontrolável de culpa, sentimento de isolamento, que pode resultar, ainda, na síndrome da alienação parental.

Com os atos da alienação parental resta frustrado o direito da criança à saúde, à liberdade e à sua convivência familiar tranquila, direitos que são assegurados na Constituição Federal e devem ser seguidos pelos pais.

Entretanto, a guarda compartilhada é um instituto que possibilita aos pais assumir responsabilidades no que concerne aos cuidados com seus filhos, amenizando os traumas de uma separação uma vez que o progenitor insuficiente na relação passa a ter direitos reais no tocante ao desenvolvimento dos filhos.

Na perspectiva de Figueiredo e Alexandridis (2011, p. 33)

[...] a relação afetiva entre pais e filhos deve ser preservada ainda que a relação entre os pais não esteja mais estabelecida na forma de uma família constituída, ou mesmo jamais tenha se constituído, tendo como principais alicerces os laços de afetividade, de respeito, de considerações mútuas.

Geralmente, os problemas intrafamiliares continuam mesmo depois da separação, uma vez que a ligação entre pais e filhos sempre será intensa, e com isso a disputa de guarda, de atenção e de afeto. Se a mágoa entre os genitores for intensa, estes acabam depositando na criança ou no adolescente toda a frustração de um casamento que não deu certo.

A respeito da alienação parental, Dias (2010, p. 47) afirma que:

[...] muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, quando um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, de traição, surge um desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. Nada mais do que uma “lavagem cerebral” feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou que não aconteceram conforme a descrição dada pelo alienador. Assim, a criança passa aos poucos a se convencer da versão que lhe foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças de fato aconteceram. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre o genitor e o filho. Restando órfão o genitor alienado, acaba se identificando com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado.

Considerando a necessidade de regulação do direito à proteção contra os abusos familiares sobre a criança e o adolescente, foi sancionada a Lei n. 12.318/2010, que trata da alienação parental, a qual se constituiu num importante instrumento para que seja reconhecida

uma situação de extrema gravidade e prejuízo à pessoa do menor e daquele que está sujeito a sofrer determinados tipos de abusos.

A situação em que a mãe ou o pai de uma criança a treina para romper os laços afetivos com o outro genitor, criando fortes sentimentos de ansiedade e temor em relação ao outro genitor, configura a alienação parental.

Nesse sentido, o art. 2º da Lei nº 12.318/2010 diz:

Art. 2º - Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010).

Firmado o conceito de Alienação Parental no corpo deste artigo, pode-se extrair que essa interferência na formação psicológica do menor não é exclusividade dos genitores, mas sim de todo e qualquer parente que tenha o convívio com o menor e que possa dessa relação criar mecanismos de quebrar o vínculo existente entre o genitor e o menor.

Assim, o alienador, aproveitando a deficiência de julgamento do menor, bem como da confiança que lhe deposita, acaba por transferir, por meio de um processo difamatório, sentimentos destrutivos quanto à pessoa do alienado ou vitimado, que irão acarretar no repúdio do menor em detrimento deste (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2011).

Entende-se que a figura do alienador é o genitor, qualquer ascendente e o representante legal do menor, ao passo que, o alienado é o genitor afetado e a vítima é a criança que sofre com os atos da alienação parental.

O art. 3º da Lei nº 12.318/2010 explica que:

Art. 3º - A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda (BRASIL, 2010).

Em seu art. 4º, a Lei nº 12.318/2010 trata dos indícios da prática de ato de alienação parental e como o Juiz deve tratar a possível situação:

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.
Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

A lei dispõe que a prática de ato de alienação fere direito fundamental da criança, indicando, nas hipóteses de caracterização do fenômeno, através de estudos múltiplos, medidas protetivas para resguardar a convivência com o genitor alienado e tentar minimizar os efeitos de eventual afastamento.

Um dos genitores, implantando na pessoa do filho falsas ideias e memórias com relação ao outro, busca afastá-lo do convívio social, como forma de puni-lo, de vingar, ou mesmo com o intuito falso de supostamente proteger o filho menor como se o mal causado ao genitor fosse se repetir ao filho (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2011).

Esta situação constitui o chamado fenômeno da alienação parental, que sempre existiu em nossa sociedade.

O parágrafo único do artigo 2º da Lei 12.318/2010 apresenta em seus incisos um rol exemplificativo de situações que caracterizam a alienação parental, vejamos:

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, 2010).

Nesse sentido, verifica-se que os atos da alienação parental ferem direitos e garantias fundamentais da criança no momento que a priva do convívio saudável com relação a um dos genitores e passa a desconstruir a imagem e os sentimentos que existiam na criança a respeito do genitor afetado.

Resgatados os conceitos básicos e os entendimentos iniciais acerca da alienação parental, é evidente que os princípios, direitos e garantias fundamentais de alguma forma são lesionados pela prática da alienação parental.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio de dignidade humana pressupõe a ideia de uma idêntica natureza e de um valor comum a todos os homens. A declaração dos direitos humanos considera a dignidade da pessoa humana como algo essencial ao indivíduo, inviolável e inalienável. A importância desta declaração é indiscutível, pois através dela se deu a materialização jurídica dos Direitos Humanos.

A Constituição Federal de 1988 foi estruturada nesses direitos fundamentais com o objetivo de proporcionar aos cidadãos a liberdade, o respeito e as garantias para que possa viver e conviver em harmonia com seus semelhantes.

Atualmente, as relações familiares se aperfeiçoaram e a igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher é uma realidade, onde o que possui maior relevância é o poder familiar, que é construído por todos os elementos da família.

Na dissolução de um relacionamento, as partes ficam fragilizadas e a fixação da guarda é mais um dos tantos motivos de desentendimentos entre os genitores. A ruptura não desejada por um dos cônjuges gera entre as partes, uma relação de inimizade, de ódio, que transcende a relação entre eles e passa a influenciar a relação deles com os próprios filhos.

A relação afetiva entre pais e filhos, em tese, não deve ser abalada pela separação dos

genitores, mas na realidade não é o que acontece.

O presente artigo buscou analisar quais os direitos e garantias fundamentais que a alienação parental viola. O afastamento da criança de um dos genitores provocado por outro, via de regra, o titular da guarda é observado com frequência nos casos de separação.

Os pais têm função principal na formação da personalidade dos filhos e nos papéis que irão representar na sociedade. Nesse sentido, o ideal é que o casal adote a guarda compartilhada, proporcionando à criança um desenvolvimento equilibrado e harmônico, vez que ela terá um convívio tanto materno quanto paterno, o que é essencial para sua formação, pois facilita sua identificação e socialização.

A alienação parental é um problema que não se restringe ao ambiente familiar, mas projeta-se como um problema social que traz consequências psicossociais uma vez que prejudica um ser humano ainda em formação.

É necessário, pois, que os direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição Federal sejam observados sempre, e resguardados dos mais diversos tipos de violência, principalmente aquela que tem origem no próprio seio familiar, alienando e privando a criança de uma convivência digna e saudável com os seus genitores

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Elaborado em: 10.dez.1948. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/html/menu6/2/fs2.htm>> Acesso em: 17.mai.2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1994.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição de República Federativa do Brasil**. 26. ed. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2006.

_____. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Brasília, DF: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 março. 2014.

CARVALHO, K. G. **Direito Constitucional Didático**. 9. ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2003.

DELPÉRÉE, F. O direito à dignidade humana. In: **Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. Organizadores: Sérgio Resende de Barros e Fernando Aurélio Zilvete. São Paulo: Dialética, 1999.

DIAS, Maria Berenice. Família Homoafetiva. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2010. p. 131-152

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação Parental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, A. de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federal do Brasil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federal do Brasil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RABENHORST, E. R. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília, DF: Ed. Brasília Jurídica. 2001.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998.

SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da Alienação Parental**: um novo tema nos juízos de família. São Paulo: Cortez, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Vol. 6. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

A APLICABILIDADE DO PARÁGRAFO 4º DO ART. 39 DA CF/88, NO ÂMBITO DO PODER LEGISLATIVO MUNICIPAL DO NOROESTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Jackson Mota dos Santos

Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unai - FACTU e Servidor Público da Câmara de Vereadores de Uruana de Minas/MG

Danilo Antônio Lucas Alvim

Especialista em Direito Público pela Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unai - FACTU (2009). Atualmente é procurador da Câmara Municipal de Vereadores de São Gonçalo do Abaeté - MG, Assessor Jurídico das Câmaras Municipais de Vereadores dos Municípios de Uruana de Minas - MG, Natalândia - MG, Chapada Gaúcha - MG e Brasilândia de Minas - MG, Professor da Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unai e advogado - Lucas Alvim Advogados Associados. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo.

Dêner Geraldo Batista Neves

Mestre em Educação pela Universidade Católica de Brasília (2013). Atualmente é professor e coordenador de pesquisa, extensão e pós-graduação da Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unai.

RESUMO: O presente trabalho aborda a aplicabilidade do parágrafo 4º do artigo 39 da Constituição Federal do Brasil no âmbito do Poder Legislativo Municipal da Microrregião do Noroeste do Estado de Minas Gerais, no que tange a concessão de gratificação natalina a seus membros. Para tanto, foi necessário abordar, a administração pública de modo geral, com enfoque nos seus princípios basilares e sua função social, o subsídio do vereador analisando sua forma de fixação, limites, competência para instituir, buscar entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Entrementes, na presente pesquisa é realizado um breve esboço sobre a natureza jurídica das decisões do Tribunal de Contas, especificadamente do estado de Minas Gerais, que roga a ideia de legalidade na percepção de décimo terceiro salário aos edis. Ademais, esse trabalho trazem seu bojo uma importante pesquisa de campo documental realizada nos dispositivos legais que fixam os subsídios dos Vereadores das Câmaras Municipais da microrregião mencionada, buscando obter resultados capazes de afirmar se a prática desse Poder conflita, ou não, com o disposto no dispositivo constitucional descrito em linhas pretéritas.

Palavras-chaves: Aplicabilidade. Vereador. Gratificação.

1 INTRODUÇÃO

Dentre os princípios que regulam os atos da Administração Pública, tem-se o da Legalidade Administrativa, o qual ilustra a ideia que aquela poderá apenas praticar atos se houver lei anterior que o autorize. Entrementes, a Constituição Brasileira, no atual sistema jurídico, é um supra códex, assim suas normas devem ser fielmente seguidas. E logo na segunda seção, é apresentada a Administração Pública, apontando-se seu conceito, fundamentos e sua função social.

Os ocupantes de cargos eletivos, em especial, os vereadores, diferentemente dos demais servidores públicos, são remunerados por subsídio que é constituído de parcela única, sendo vedada o acréscimo que de qualquer espécie de gratificação. Esse é objetivo da terceira seção deste trabalho científico, isto é, abordar o subsídio dos membros do Poder Legislativo

Municipal no âmbito da microrregião do noroeste do Estado das Minas Gerais, o qual deve ser fixado por norma, observando-se a espécie normativa estabelecida pela Lei Orgânica do respectivo município, ao final de cada legislatura, para ser aplicada na legislatura seguinte indicando o valor e a forma a ser pago aos vereadores.

Para a edição de normas que fixam os subsídios dos vereadores, devem os mesmos se ater a preceitos normativos superiores, ou seja, a própria Constituição Federal, a fim de ser respeitado, principalmente, o Princípio da Legalidade Administrativa, sob pena de incorrer nas penalidades estabelecidas pela Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa, a qual estabelece penalidade a serem aplicadas aqueles que atentem contra a administração pública.

É corriqueiro ouvir falar que os Vereadores de determinada Câmara Municipal recebem décimo terceiro salário, mas tal situação não é questionada pelos cidadãos, talvez por falta de conhecimento sobre o tema, surgindo dessa forma a vontade em investigar se o descumprimento de preceito constitucional descrito no §4º do art. 39 da Constituição Federal de 1988 vem ocorrendo nas Câmaras Municipais da microrregião do Noroeste do Estado de Minas Gerais.

Assim, no decorrer do presente trabalho será apresentado, com a devida atenção, as orientações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema previsto no §4º do art. 39 da CF/88, no que se refere à gratificação natalina, e sua aplicabilidade no âmbito do Poder Legislativo Municipal da migro região do Noroeste do Estado de Minas Gerais,

A prática do Legislativo no Noroeste de Minas Gerais em conceder gratificação natalina a seus membros conflita com o disposto no §4º do art. 39 da CF/88?

O referido comando constitucional veda claramente a percepção de gratificações pelos detentores de mandatos eletivos. Como é notório os vereadores estão nessa condição por serem escolhidos mediante o sufrágio universal do poder.

Entrementes, não é raro ouvir dizer que um vereador percebe décimo terceiro salário. Portanto, o presente trabalho analisará se os membros do Poder Legislativo Municipal da microrregião do Noroeste do Estado de Minas Gerais estão cumprindo o preceito fundamental normatizado no parágrafo 4º do artigo 39 da Constituição Federal de 1988.

Os membros do Poder Legislativo, que foram eleitos pela população, no caso os vereadores, são obrigados a seguirem todos os regramentos nacionais, estaduais e municipais em especial a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tal obrigatoriedade é confirmado por juramento realizado no ato em que são empossados como vereadores, haja vista que tal cargo necessariamente precisam ser ocupados por pessoas probas.

Hoje no Brasil houve-se falar em muitos casos de corrupção, talvez pela falta de informação daqueles que são responsáveis em eleger seu representante. A questão a ser estudada pelo presente trabalho, isto é, a percepção de gratificação natalina por parte dos membros do Poder Legislativo Municipal, especificadamente na região alhures mencionada.

A ilustrada questão vem sendo alvo de ações de inconstitucionalidade em tribunais espalhados pelo Brasil, entendendo alguns pela legalidade e outros pela ilegalidade da percepção de gratificação natalina pelos membros do Poder Legislativo Municipal.

O tema que será investigado é de grande relevância social, pois é de interesse de todos, ou ao menos deveria ser, que os recursos públicos sejam aplicados de forma correta.

O objetivo geral deste trabalho é identificar a existência de conflito entre a prática de pagamento de gratificação natalina aos membros das Casas Legislativas do Noroeste de Minas Gerais e o disposto no §4º do art. 39 da CF/88. Neste percurso buscamos ainda: Conceituar administração pública, descrevendo seus princípios basilares e sua função social; analisar o subsídio do vereador descrevendo seu conceito e fundamentos; Investigar o posicionamento dos Tribunais sobre a matéria, em especial o do Tribunal de Contas do estado de Minas Gerais e ainda as leis que fixam os subsídios dos vereadores da micro região do Noroeste do Estado

de Minas Gerais a fim de identificar se realmente há um descumprimento do preceito fundamental normatizado no parágrafo 4º do artigo 39 da Constituição Federal.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA FUNÇÃO SOCIAL

A atual administração pública pode-se defini-la, objetivamente, como a prática de atos exteriorizados em que o Estado desenvolve com finalidade de satisfazer os interesses da coletividade, e subjetivamente, como o conjunto de pessoas jurídicas e órgãos que a lei os confere o exercício de desempenho da atividade administrativa do Estado. (MORAES, 2004).

Na esfera da administração, a palavra administrar tem um sentido mais abarcante que apenas ação e execução, ou seja, nela inclui-se também a noção de prestar serviço, dirigir, governar, desempenhar a vontade, dependente uma razão externa, com o escopo do alcance de um resultado útil em defender o interesse Público. (DI PIETRO, 2012).

A administração federal do Brasil abarca a administração direta, que por sua vez compõe-se dos órgãos integrados da estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios; e a administração indireta que compreende entidades dotadas de personalidade jurídica própria, a saber: empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas. Assim como na administração direta, as referidas entidades também estão sujeitas aos princípios norteadores da administração pública, descritos no art. 37 da Constituição Federal. (MORAES, 2004).

Visto os principais conceitos sobre a Administração Pública apontados pelos autores supracitados, passa-se a definição dos principais princípios que norteia a Administração Pública, quais sejam: Princípio da Legalidade na Administração Pública, Princípio da Impessoalidade, Princípio da Moralidade, Princípio da Publicidade e, por fim, Princípio da Eficiência.

2.2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Inicialmente é importante frisar que os princípios do direito são postulados que se encontram implícita ou explicitamente no sistema jurídico, contendo um conjunto de regras. Com o emprego de um método lógico designado abstração indutiva, os estudiosos exteriorizam da totalidade de normas específicas as ideias centrais que animam todo o complexo de regras. Nesse diapasão, os princípios informam e enformam o sistema de normas jurídicas. “Informam porque armazenam e comunicam o núcleo valorativo essencial da ordem jurídica. Enformam porque dão forma, definem a feição de determinado ramo.” (MAZZA, 2012, p. 77).

Assim os princípios consistem em um verdadeiro alicerce das normas, pois servem como mecanismos para os estudiosos do direito compreender com racionalidade o sistema normativo que está inserido. (MAZZA, 2012). Desse modo a desatenção aos princípios pode ser até mais grave que violação da norma, nesse sentido assevera doutrina seguinte:

[...] violar um princípio é muito mais grave do que violar uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais. (MELLO, 1971 apud MAZZA, 2012, p.77).

Como se extrai das lições mencionadas, os princípios também ditam regras a serem obedecidas, sejam eles implícitos ou explícitos. Contrariar os princípios do direito no atual sistema jurídico brasileiro é bastante grave, mas ir contra aqueles de grau elevado descritos no

artigo 37 da Constituição Federal, os quais informam a administração pública, como o da legalidade, é uma afronta a própria Carta Magna.

2.2.1 Princípio da Legalidade na Administração Pública

Passa-se a apresentar o Princípio da Legalidade na Administração Pública, onde o artigo 37 da Constituição Federal traz em seu bojo cinco princípios que deverão ser obrigatoriamente obedecidos pela administração pública, seja direta ou indireta, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

É importante, logo de início, ressaltar que o princípio da legalidade deve ser analisado por dois enfoques distintos, quais sejam: a legalidade para o direito privado, e a legalidade para o direito público. Em relação ao primeiro, onde se tem a relação de particulares que buscam interesse próprio, se poderá fazer tudo que a lei não proibir. Ao contrário, quanto ao segundo enfoque, o administrador público deve fazer tudo aquilo que estiver descrito em lei, autorizando ou determinando, surgindo assim um critério de sujeição à lei. (MARINELA, 2014).

Pelo princípio da legalidade o administrador público somente poderá fazer algo se existir norma anterior que o autorize, não havendo, por conseguinte, incidência de sua vontade subjetiva ao praticar atos na seara da administração pública. (MORAES, 2012).

As normas constitucionais são de ordem pública e seus dizeres não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo de vontade conjunta de aplicadores e destinatários. (MEIRELLES, 2014). Nesse contexto, se a constituição dá um comando institucionalizado em sua norma e o mesmo é transgredido, ter-se-á um grande abuso de poder do agente que o fizer.

Por fim, a administração pública só pode praticar condutas autorizadas em lei, haja vista que basicamente “administrar é aplicar a lei, de ofício”. (FAGUNDES, 1979 apud MARINELA, 2014, p.31).

2.2.2 Princípio da Impessoalidade

O Princípio da Impessoalidade constitui uma obrigatoriedade de imparcialidade na execução de funções públicas, não permitindo discriminações e privilégios indevidamente impostos aos particulares no exercício da função administrativa. (MAZZA, 2012).

O administrador é apenas o responsável em executar o ato, servindo de meio de manifestação da finalidade estatal, e, logo, as realizações derivadas do ato administrativo não são do agente político, mas sim do ente público que em nome da qual operou. (MORAES, 2004).

Também em igual sentido Alexandre Mazza (2012, p. 91) ensina que “a atuação dos agentes públicos é imputada ao Estado, significando um agir impessoal da Administração. Assim, as realizações não devem ser atribuídas à pessoa do gente[...]”.

Dessa forma, pode-se analisar o Princípio da Impessoalidade sob dois viés: primeiro, quanto ao dever de atendimento ao interesse público, e segundo dar o mesmo tratamento a todos os membros da sociedade. Em relação ao primeiro, o administrador público age de forma impessoal, abstrata, ou seja, seus atos em momento algum podem buscar vantagem/interesse próprio. Nesse contexto, o dever de publicidade dos atos da administração não pode conter símbolos, imagens que promova a pessoa do Agente Público. (MARINELA, SILVA, 2014, 2003).

Quanto ao segundo viés do princípio em comento, o gestor público no exercício de seus atos não poderá beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas, haja vista que a administração pública busca sempre o interesse da coletividade ou o que é melhor para ela. Nesse diapasão, por exemplo, tem-se na administração a obrigatoriedade de abrir processo administrativo licitatório para comprar coisas ou contratar pessoas a fim de atender

necessidades da máquina estatal, o que por sua vez não beneficia ou prejudicar ninguém. (DI PIETRO, 2014).

O agente político detentor do poder de operar (ou criar comandos) atos públicos, se o faz em proveito próprio ou de outrem, descumprir bruscamente o Princípio da Impessoalidade.

2.2.3 Princípio da Moralidade

Já o princípio da moralidade ilustra a ideia que, não que o administrador cumpra com o que norma diz, o mesmo deve ir além, ou seja, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça. (MORAES, 2004).

O administrador as vezes deve fazer alguns sacrifícios perante a sociedade para que em outros aspectos possa obter benefícios para os mesmos, isto é, o gestor torna-se imoral quando executa obras que oneram bastante o erário público, mesmo sendo legal, e que não traz o retorno esperado aos cidadãos. Assim, ainda que trabalhe com vistas na legalidade, é preciso que o gestor tenha consigo um senso comum que vise a honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, a boa-fé etc. (DI PIETRO, 2012).

Visto o princípio da moralidade, passa-se agora pro estudo do princípio da publicidade.

2.2.4 Princípio da Publicidade

O Princípio da Publicidade é bastante aplicado na Administração Pública, e até por óbvio dever ser, haja vista sua importância para o mundo exterior. Com efeito, para Meirelles (2014, p. 97) “Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos.” Dessa ideia extrai-se a razão pela qual que leis, atos e contratos que produz efeitos jurídicos externos aos órgãos necessitam de ser publicados para ter validade *erga omnes*.

A publicidade dos atos e contratos administrativos, além de assegurar seus efeitos externos, também tem como finalidade assegurar o conhecimento daqueles aos interessados diretos e ao povo de modo geral, representando também condição de eficácia. Tal princípio assegura não só a publicidade dos atos em geral da administração pública direta, mas também os da indireta. (MEIRELLES, 2014).

Quando se fala no princípio da publicidade, não se pode deixar de mencionar que o mesmo representa um termo inicial de contagem de prazo – para que o cidadão tenha início no prazo para apresentar sua defesa – e uma forma importante para viabilizar o controle, fiscalização dos atos praticados pelo Poder Público, onde havendo alguma irregularidade o interessado poderá lançar mão de meios constitucionais a fim punir o transgressor, como por exemplo, a ação popular. (MARINELA, 2014).

Conduto, os atos praticados pela administração pública devem ser publicados de forma que a sociedade possa acompanhar como que estão sendo aplicados os recursos públicos e que atos que a administração está praticando. Assim, o administrador tem o dever de demonstrar seus atos, as contas da administração por meio de portais de transparência, a fim que não haja dissabores com eventuais processos arbitrários, ressalvados os casos em que a norma autoriza o sigilo de informação para garantir a segurança da coletividade etc. (MORAES, 2004).

2.2.5 Princípio da Eficiência

Uma das principais noções que o princípio da eficiência retrata é que a administração pública deve obter uma maior gama de produtividade com menos insumos. (MAZZA, 2012).

Esse princípio exige que o agente investido de função pública exerça seus atos com presteza, perfeição e rentabilidade funcional, ou seja, o agente deve sempre buscar os melhores resultados com um mínimo de desperdício possível, para que a sociedade possa lucrar. Em relação ao servidor, o princípio se apresenta com um grande enfoque naqueles 3 (três) anos necessário para sua estabilidade, pois ele se sujeitará a análise de uma comissão avaliadora que dirá se o mesmo tem ou não condições de continuar nas atividades públicas. (MARINELA, 2014).

O Princípio da Eficiência ainda é tido como aquele que soma todos os outros princípios impostos à administração, isto é, existe uma interligação entre eles, mas sem sobrepor a nenhum outro princípio, em especial ao da legalidade. A título de exemplo tem-se uma ligação entre o Princípio da Eficiência com o da Moralidade, uma vez que o administrador deve utilizar critérios razoáveis para a consecução da atividade discricionária, sob pena de se ter uma ineficiência da ação executada. (MORAES, 2014).

Analisados os princípios basilares que regem a administração pública, o subtópico seguinte traz um breve (mas importante) esboço da função social da administração pública.

2.3 FUNÇÃO SOCIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para Dalmo de Abreu Dallari (2001, p.118) Estado é entendido “como a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado num determinado território”. Nesse sentido, a finalidade primordial do Estado é exteriorizar mecanismos buscando o bem comum aos cidadãos de um determinado território.

Para que o Estado tenha condições de alcançar o bem comum a sua população ou aos seus nacionais, é necessário que haja uma “máquina” capaz de executar políticas sociais a fim de se alcançar tal objetivo. Dessa forma a Administração Pública, que é composta por pessoas jurídicas e órgãos que a lei os confere o exercício de desempenho da atividade administrativa do Estado, é responsável pela função do social do Estado propriamente tido, isto é, buscar o bem comum para a população de determinado território. (MORAES, 2004).

A principal característica da Administração Pública está na prática de ações que garanta aos cidadãos acesso aos direitos fundamentais, bem como agir para que alcance a sociedade o bem comum, o qual é entendido como a soma de todas as garantias fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988. (MOURA, 2011).

Para tanto, o Estado através da Administração Pública tem o dever de agir frente a sociedade, haja vista que tal obrigação é elemento essencial no cumprimento de sua função social. (MOURA, 2011).

Com finalidade de uma melhor compreensão da “função social” da Administração Pública faz-se necessário que esse termo seja explicado. Assim sendo, é de suma relevância a transcrição das lições a seguir:

Para a minha concepção de FUNÇÃO SOCIAL aplicada ao Estado Contemporâneo, parto de um significado para a palavra *função* comprometido com dois elementos semânticos distintos entre si mas mutuamente complementares, quais sejam, a AÇÃO e o DEVER DE AGIR, este último resultante da natureza do agente. (PASOLD, 2003, p. 92).

A utilização do termo “dever de agir”, implica ao Estado, através da Administração Pública, uma obrigação em promover ações com a finalidade no alcance de objetivos que reflita diretamente nos anseios da sociedade. A busca pela referida função social é expressão nítida de interação entre Estado e Sociedade. (MOURA, 2011).

Como já delineado em linhas pretéritas ao norte, bem comum pode ser entendido como a somatória das garantias fundamentais contidas na norma constitucional vigente. Para atingir tal objeto, o Estado, através da Administração Pública, que é gerida pelo administrador, não pode transgredir os preceitos fundamentais expressos na Carta Magna, haja vista que a cada transgressão é um retrocesso ao alcance da função social do Estado.

Feito um breve esboço da Administração Pública, seus princípios basilares e sua função social, com a finalidade de prosseguir com objetivo dessa pesquisa, é necessária a realização da análise do subsídio do vereador, falando sobre seu conceito e vários outros aspectos referentes a esta forma de remuneração, a qual é realizada no capítulo seguinte.

3 DO SUBSÍDIO DOS VEREADORES

Para que se possa prosseguir com o desenvolvimento do raciocínio do objeto do presente trabalho, é necessário um entendimento da diferença que há entre servidor público e agentes políticos, a qual a seguir é exposta.

3.1 DIFERENÇA DE SERVIDOR PÚBLICO PARA AGENTES POLÍTICOS

Antes de prosseguir com diferença entre servidor público e agentes políticos, faz-se mister salientar a terminologia que engloba todos aqueles prestam algum tipo de serviço ao Estado, sendo ela a ideia de Agente Público que para Di Pietro (2014, p. 596) “é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”.

Hoje na Carta Magna, com as modificações advindas pela Emenda Constitucional nº18/98, existem quatro tipos de categorias de agentes públicos, quais sejam: agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Poder Público. (MORAES, 2004).

Para o prosseguimento desse trabalho, será levado em consideração o estudo de servidores públicos e agentes políticos.

Servidor Público é o termo empregado para indicar todas as pessoas físicas que prestam serviços tanto para a administração pública direta quanto a indireta, com vínculo empregatício, excluindo aqueles que trabalham em entidades com personalidade jurídica de direito privado. (DI PIETRO, 2014).

O rol de servidores públicos é composto pelos: servidores estatutários, os quais são submetidos ao regime estatutário e ocupantes de cargo público; empregados públicos, que estão submetidos ao regime da legislação trabalhista e ocupantes de emprego público; servidores temporários, que ocorrendo interesse público, são contratados por prazo determinado a fim de atender necessidade transitória e extraordinária. (DI PIETRO, 2014).

Agentes políticos são aqueles que exercem uma função de alta direção do Estado. Via de regra, ingressam mediante a realização de eleições desempenhando mandatos fixos, o qual transcorrido determinado lapso temporal, sua relação com o Estado desaparece automaticamente. (MAZZA, 2012).

Em sentido idêntico, entende Celso A. Bandeira de Mello:

Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado. (MELLO, 2008, p. 245).

Sendo assim são agentes políticos o Presidente da República e seus auxiliares imediatos, os Prefeitos e respectivos auxiliares imediatos, os Senadores, os Governadores, Deputados e Vereadores. (MELLO, MAZZA, DI PIETRO, 2008, 2012, 2014).

Por fim, são agentes políticos, pelo sistema jurídico brasileiro, pois exercem atividades de governo e exercem mandato, para o qual são eleitos, os chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal, Senadores, Deputados e Vereadores. O meio de investidura é a eleição (DI PIETRO, 2014).

3.2 CONCEITO DE SUBSÍDIO

Para se ter maior entendimento do conceito de subsídio, é necessária a transcrição do ensinamento do doutrinador Celso A. Bandeira de Mello (2014, p. 277):

Subsídio é denominação atribuída à forma remuneratória de certos cargos, por força da qual a retribuição que lhes concerne se efetua por meio dos pagamentos mensais de *parcelas únicas*, ou seja, indivisíveis e **insuscetíveis de aditamentos ou acréscimos de qualquer espécie**. (Grifo nosso).

Como se percebe, subsídio é uma forma de remuneração em que os ocupantes de determinado cargo do Estado recebem em contraprestação de um serviço prestado, devendo ser pago em parcela única mensal, vedado qualquer tipo de acréscimos ou aditamentos.

Os Vereadores serão remunerados por subsídio, conforme inteligência do Art. 29, VI, da Constituição Federal de 1998, ficando eles obrigados seguir peculiaridades que tal forma de remuneração traz consigo.

Discorrido o conceito de subsídio, é correto fazer breve estudo sobre competência legislativa e competência para fixar subsídio dos vereadores, vez que, para o desenvolvimento deste trabalho, é de suma relevância saber qual o poder estatal responsável para fixa o subsídio dos vereadores. O referido esboço será realizado no sub tópico seguinte.

3.3 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA E COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE SUBSÍDIO DOS VEREADORES

Longe de exaurir a matéria, nesta seção trataremos da competência de um modo geral, competência legislativa e a competência para legislar sobre o subsídio dos vereadores.

Antes de tudo é importante saber, afinal de contas, o que é competência para o mundo jurídico. O doutrinador José Afonso da Silva (2005, p. 479) ensina que:

Competência é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções.

Desse modo competência mostra-se como uma escolha conferida a algum órgão ou agente do Poder Público para praticar atos.

As entidades federativas (União, Estados-membros, Distrito Federal e municípios) são autônomas, o que leva a considerar que cada uma tem competências próprias para tratar assuntos de acordo com sua necessidade. Assim para cada uma das entidades federativas é assegurado a autonomia de decidir sobre matérias legislativas, administrativas e tributárias, com base nas diretrizes emanadas pelas Constituição Federal. (MORAES, 2014.)

No atual sistema jurídico brasileiro, tem-se o geral Princípio da Predominância do Interesse que norteia a repartição das competências entre os entes federativos. Desse modo o referido princípio estabelece que à União caberá os assuntos de interesse geral, aos Estados-membros as matérias de interesse regional, quanto ao Distrito Federal caberá os assuntos de interesse regional mais os de interesse local, e por, aos municípios caberá as matérias de interesse local. (MORAES, 2014).

A Constituição Federal de 1988 utiliza um sistema complexo de repartição de competências entre os entes com a finalidade de oferecer um equilíbrio federativo no país, o que por sua vez, como já falado em linhas pretéritas, dá autonomia a União, os Estados-membros, ao Distrito Federal e aos municípios. (SILVA, 2005).

Tecidas noções gerais sobre competência, já se pode ter em mente o que é competência legislativa. Esse tema é bastante simples se entender, ainda mais num Estado positivista como o Brasil onde o povo escolhe seus representantes para legislar, sempre em algum meio de comunicação ouve-se falar sobre ato normativo que foi criado por legisladores à população, e isso de certa forma ensina as pessoas sobre esse assunto.

A competência legislativa, propriamente dita, bem como a nomenclatura da palavra aduz, refere-se a competências previamente – transcritas em Constituições, Federal ou Estadual, Leis etc. – definidas para elaborar leis. Nesse diapasão é o Poder Legislativo que tem, em regra, a competência para criar normas, tendo cada ente federativo seu legislativo para desempenhar esse papel. (LENZA, 2012).

Nesse liame de raciocínio, o Congresso Nacional irá legislar sobre matéria de interesse geral (União), as Assembleias Legislativas de cada Estado-membro irão legislar assuntos de cunho regional, a Câmara Distrital tem o papel de legislar matérias de interesse regional mais local, e as Câmaras Municipais é o órgão competente para legislar matéria de interesse local. (SILVA, 2005).

No que tange a competência para legislar sobre o subsídio do vereador, com o esboço realizado sobre competência legislativa anteriormente, fica implícito que o subsídio do legislador municipal se refere a matéria de interesse local, a qual é competente as Câmaras Municipais para legislar sobre essa matéria. Senão vejamos:

Art. 29 [...]

VI - o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos: [...] (BRASIL, 1988) (Grifo nosso).

A norma constitucional é bem clara em estabelecer que a competência para legislar sobre o subsídio dos vereadores é dos próprios legisladores municipais, não restando dessa maneira qualquer dúvida sobre o assunto. Ademais, esse comando foi introduzido pela Emenda Constitucional nº25 de 14 de fevereiro de 2000. (FERRAZ e MACHADO, 2011).

Esse comando constitucional traz consigo ainda outra questão peculiar que merece um olhar atento por parte desta pesquisa, qual seja: o momento temporal adequado e legal para fixar o subsídio dos vereadores de casa legislativa. E esse é o objeto de estudo do subtópico seguinte.

3.4 MOMENTO PARA FIXAÇÃO DO SUBSÍDIO DOS VEREADORES

Como já visto anteriormente, o artigo 29, inciso VI, da Constituição Federal prescreve que o subsídio dos vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais, e ainda aduz que será em cada legislatura para a subsequente. (BRASIL, 1998).

O dispositivo normativo acima mencionado vincula o Poder Legislativo Municipal a votar o subsídio dos vereadores no último ano da legislatura para a subsequente.

Cada legislatura é de 4 (quatro) anos contada a partir do dia primeiro de janeiro do ano subsequente da eleição, ou seja, quando os nobres Edis tomam posse no seu cargo. Dessa forma, os vereadores de uma legislatura é quem fixa os subsídios dos próximos legisladores. (SANTANA, 2012).

O momento exato da fixação do subsídio, via de regra, vem disposto na Lei Orgânica municipal. Percebe-se que a constituição diz apenas que o subsídio será fixado na legislatura anterior para a subsequente, mas não fala se norma que a fixa deverá ser votada antes ou depois das eleições em outubro. (SANTANA, 2012).

O entendimento do Supremo Tribunal Federal está no sentido de que apesar de a Constituição Federal não descrever o momento exato para a fixação do subsídio dos vereadores, este ato dever ser realizado antes da realização das eleições municipais. (SANTANA, 2012).

Tal entendimento coaduna com o princípio da moralidade, haja vista que uma vez fixado antes das eleições, o legislador municipal passará a apreciar o projeto de lei com maior senso de justiça, pois o mesmo até então, não tem total certeza se estará atuando como vereador na legislatura seguinte.

3.5 ASPECTOS LIMITADORES NA FIXAÇÃO DO SUBSÍDIO DOS VEREADORES

A Constituição Federal traz em seu bojo limitações que devem ser observadas na fixação do subsídio dos vereadores. Os limites devem ser respeitados, sob pena de os legisladores municipais receber remuneração pautado em norma inconstitucional.

O artigo 29, inciso VI, da Constituição Federal dispõe, também, sobre a limitação do subsídio do vereador referente a remuneração dos deputados, sendo que tal barreira se da levando-se em consideração a quantidade de habitantes das cidades.

Art. 29 [...]

VI - o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos:

- a) em Municípios de até dez mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a vinte por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;
- b) em Municípios de dez mil e um a cinquenta mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a trinta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;
- c) em Municípios de cinquenta mil e um a cem mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a quarenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;
- d) em Municípios de cem mil e um a trezentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a cinquenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;
- e) em Municípios de trezentos mil e um a quinhentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a sessenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;
- f) em Municípios de mais de quinhentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a setenta e cinco por cento do subsídio dos Deputados Estaduais; (BRASIL, 1988).

A atual Constituição da República prevê em seu artigo 29-A que o total das despesas do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar o somatório da receita tributária e das transferências previstas no §5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159, realizado no exercício anterior, nas seguintes proporções:

Art. 29-A. O total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais, relativos ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior:

I - 7% (sete por cento) para Municípios com população de até 100.000 (cem mil) habitantes;

II - 6% (seis por cento) para Municípios com população entre 100.000 (cem mil) e 300.000 (trezentos mil) habitantes;

III - 5% (cinco por cento) para Municípios com população entre 300.001 (trezentos mil e um) e 500.000 (quinhentos mil) habitantes;

IV - 4,5% (quatro inteiros e cinco décimos por cento) para Municípios com população entre 500.001 (quinhentos mil e um) e 3.000.000 (três milhões) de habitantes;

V - 4% (quatro por cento) para Municípios com população entre 3.000.001 (três milhões e um) e 8.000.000 (oito milhões) de habitantes;

VI - 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) para Municípios com população acima de 8.000.001 (oito milhões e um) habitantes. (BRASIL, 1988).

Por força do artigo 29-A, §1º, a Câmara Municipal não poderá gastar mais de setenta por cento de sua receita com folha de pagamento, incluindo o gasto com o subsídio de seus vereadores. (SANTANA, 2012).

A palavra “receita” emprega para descrever o total do ativo financeiro deve ser analisada levando-se em consideração as características delineadas, e não sob o ângulo do orçamento. As Câmaras Municipais não têm receitas, isto é, não arrecadam dinheiro da população, uma vez que as mesmas dependem do repasse mensal do Poder Executivo. (SANTANA, 2012).

3.6 FORMA A SER ADOTADA PARA FIXAR O SUBSÍDIO DO VEREADOR

A Constituição Federal confere a competência para as Câmaras Municipais no que diz respeito a fixação da remuneração de seus legisladores. Entretanto, o referido comando não é claro em dizer qual a forma adequada a ser utilizada.

A resolução é ato normativo editado pela própria Câmara, e que possui efeitos internos. Não há a necessidade que haja a sanção do Prefeito Municipal para surtir efeitos, haja vista ser de competência exclusiva da Câmara Municipal. (SANTANA, 2012).

Diante da omissão da Constituição Federal, o Regimento Interno de cada Câmara Municipal é que vai estabelecer a forma correta para a edição de norma que fixa subsídio do vereador. Entrementes, tendo em vista que tal ato normativo surtirá efeitos apenas para os membros no âmbito do Poder Legislativo Municipal, é de se partir pelo pressuposto que o mais adequado é a utilização de resolução para fixar a remuneração dos legisladores municipais, e por ser assim, a prática mostra que muitas das Casas Legislativas Municipais se valem da resolução para cumprir seu exercício de estabelecer subsídio aos vereadores. (SANTANA, 2012).

Em que pese ser a resolução o instrumento adequado para fixar os subsídios dos vereadores, não é ilegal que outra espécie normativa o fixe, como por exemplo, lei ordinária. Como já dito, dependerá do que está disposto no regimento interno de cada Câmara Municipal,

embora alguns Tribunais Estaduais tem decidido pela inviabilidade de se conceder por resolução a gratificação natalina a vereadores como TJSP no agravo regimental nº 19255.27.2012.8.26.0000, por sua vez o TJRS na Ação Direta de Inconstitucionalidade 70013784632 decidiu pela inconstitucionalidade de gratificação natalina a vereadores instituída por lei municipal.

3.7 DA PERCEPÇÃO DE GRATIFICAÇÃO NATALINA PELOS VEREADORES

Esse subtópico é suma importância para essa pesquisa. Aqui será feito um paralelo entre o entendimento do Tribunal de Contas de Minas Gerais (que é o mesmo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais) com a posição doutrinária e jurisprudencial do moderno Tribunal de Justiça do Rio Grande e a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, no tocante a percepção de décimo terceiro aos vereadores. Ademais outras relevantes abordagens serão realizadas, como por exemplo, a função da corte de contas estaduais, além da pesquisa documental feita nas leis que fixam os subsídios dos vereadores das Câmaras Municipais do Noroeste Mineiro.

É de notório conhecimento de muitos cidadãos a prática que existe nas Câmaras Municipais em pagar a seus membros décimo terceiro salário. Isso ocorre em razão do Tribunal de Contas de Minas – TCE MG – entender ser legal o pagamento de tal gratificação se for respeitado o princípio da anterioridade, isto é, se houver previsão na lei que fixa o subsídio dos vereadores e que os limites constitucionais – abordados anteriormente – sejam respeitados:

Ementa: CONSULTA - MUNICÍPIO - AGENTES POLÍTICOS - CONCESSÃO DE FÉRIAS REMUNERADAS E DE 13 SALÁRIO - LEGITIMIDADE - PREVISÃO LEGAL E OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE E AO LIMITE CONSTITUCIONAL DA DESPESA TOTAL COM PESSOAL - PAGAMENTO DE EVENTUAIS ATRASADOS SOBRE FÉRIAS NÃO GOZADAS - POSSIBILIDADE - DECISÃO UNÂNIME. 1. É legítima a concessão aos agentes políticos de férias remuneradas acrescidas de um terço e de décimo terceiro **salário**, desde que previstos em lei, obedecidos o princípio da anterioridade que rege a fixação da remuneração devida a esses agentes e os limites constitucionais referentes ao total da despesa com pessoal. 2. Os pagamentos de eventuais atrasados sobre férias não gozadas deverão obedecer aos mesmos pressupostos para sua concessão.

Consulta nº 833219, Tribunal Pleno, Tribunal de Contas de Minas Gerais, Relator: Cons. Elmo Braz Soares, Julgado em: 06/04/2011. (Grifo nosso).

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais existem jurisprudências entendendo pela legalidade da percepção de gratificação natalina (assim como o TCE MG) e também pela ilegalidade dessa vantagem pecuniária, mas aquele entendimento é maioria por esse tribunal. Entretanto, essa linha de entendimento parece ser mais política que jurídica.

Entretanto, o Tribunal de Contas é um órgão que auxilia o Poder Legislativo a fiscalizar o Poder Executivo. Nesse diapasão, tem-se o artigo 31, parágrafo 1º da CF/88 que é claro em dizer que o controle externo da Câmara Municipal será exercido pelo Tribunal de Contas dos Estados. A palavra “controle” inserida nesse dispositivo legal, está no sentido de monitorar, vigiar, submeter à apreciação. Por assim dizer, controle externo é que aquele exercido por órgão legitimado a auxiliar o papel de outro que tem o dever de fazê-lo. (FERNANDES 2005).

O TCE parece querer extrapolar sua função, isto é, indiretamente está declarando norma constitucional que veda a percepção de gratificação natalina descrita no 4º do artigo 39 da CF/88. Tal norma é escalonada como constitucional, por óbvio. Nas constituições rígidas as

normas constitucionais ocupam lugar superior de todas as demais, assim sendo, o Poder Legislativo ao editar outras leis, deve fazer com vistas na Constituição Federal para que não haja incompatibilidades, e até mesmo em respeito ao Princípio da Legalidade. Ademais a análise de compatibilidade das normas criadas pelo Poder Legislativo, após a sanção, com a constituição, é realizada por órgão do Poder Judiciário (MORAES, 2014).

Como já visto, o TCE não faz parte dos órgãos do Poder Judiciário, assim sendo o controle de constitucionalidade está totalmente fora de sua realidade no atual sistema jurídico brasileiro, uma vez que:

O Poder Judiciário tem o monopólio da jurisdição judicial, isto é, de dizer o direito com força de coisa julgada. É por isso que a jurisdição do Tribunal de Contas é meramente administrativa, estando suas decisões sujeitas a correção pelo Poder Judiciário quando lesivas de direito individual. (MEIRELLES, 2000, p. 702).

Prosseguindo com o tema, não é incorreto nesse momento, para maior entendimento, fazer a transcrição literal do parágrafo 4º do Artigo 39 da CF/88, que diz o seguinte:

Art. 39. [...]

§4.º O membro de Poder, o detentor de **mandato eletivo**, os Ministros e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, **vedado o acréscimo de qualquer gratificação**, adicional, abono, prêmio, verba de representação, ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI. (Grifo nosso).

Como se percebe, o constituinte derivado – pois tal norma foi institucionalizada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998 – introduziu nesse dispositivo uma série de vedações quanto à percepção do subsídio das pessoas que exercem os cargos descritos nele, em especial o acréscimo de qualquer gratificação ao subsídio dos detentores de cargo eletivo.

O legislador quando após a expressão “parcela única” no parágrafo 4º do art. 39 da CF/88, tornou-se evidente sua intenção em proibir que os agentes políticos tivessem fixação de subsídios em duas partes, uma fixa e outra variável, devendo, por conseguinte, receber uma parcela de subsídio para cada mês do ano, isto é, 12 (dose) parcelas em igual quantidade de meses. (DI PIETRO, 2014).

Existe, também, uma dúvida que paira sobre no tocante de poder ou não a pessoa que exerce mandato eletivo em receber décimo terceiro salário em função do §3º do art. da Constituição Federal, em razão disso, discorre Di Pietro (2014, p. 621/622):

Com efeito, mantém-se, no artigo 39, § 3º, a norma que manda aplicar aos ocupantes de cargo público o disposto no artigo 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX. Com isto, o servidor que ocupe cargo público (**o que exclui os que exercem mandato eletivo** e os que ocupam emprego público, já pelo artigo 7º) fará jus a: décimo terceiro salário, adicional noturno [...]. (Grifo nosso).

Bem como foi escrito em linhas pretéritas, o conceito de membros de cargo eletivo (agente político) é bem restritivo, não se confundindo com cargo público. O parágrafo 3º do art. 39 da CF/88 garantiu direitos sociais a algumas pessoas que exercem função pública, excluindo, especificadamente, aqueles investidos por meio de eleições, como, por exemplo, o Vereador. Consequentemente, não há que se falar que o Vereador poderá receber gratificação natalina com base no parágrafo 3º do art. 39 da CF/88. Nesse raciocínio, não há que se falar que o

membro do Poder, detentor de mandato eletivo, não tem direito ao décimo terceiro salário previsto no art. 7º, inciso VIII.

Com o estudo das normas constitucionais que regulam o sistema de remuneração dos agentes políticos, é perceptível que o pagamento do décimo terceiro salário (gratificação natalina) carece de legalidade, haja vista que a Constituição Federal não autoriza tal percepção, caso contrário estaria constituída a transgressão do parágrafo 4º do art. 39 da CF/88. Assim sendo, norma municipal que não atende aos ditames da Carta Magma é inconstitucional. (FERNADES, 2009).

Em tal sentido está o moderno Tribunal do Rio Grande do Sul:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 2.708, DE 03 DE OUTUBRO DE 2008, DO MUNICÍPIO DE SALVADOR DO SUL. PAGAMENTO DE DÉCIMO TERCEIRO SUBSÍDIO AOS VEREADORES. Padece de inconstitucionalidade o artigo 8º da Lei nº 2.708/2008, do Município de Salvador do Sul, que prevê o pagamento de décimo terceiro subsídio aos Vereadores. Art. 39, § 4º, da Constituição Federal c/c art. 8º da Constituição Estadual. ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE, POR MAIORIA. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70040363608, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Rafael dos Santos Júnior, Julgado em 08/08/2011. (Grifo nosso).

No mesmo sentido entende o Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGENTE PÚBLICO MUNICIPAL. DEVOLUÇÃO DE RECURSOS DETERMINADA POR TRIBUNAL DE CONTAS.

VEDAÇÃO À PERCEPÇÃO DE VANTAGENS. ART. 39, § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTE DA ADI 3941/RS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a segurança ao *writ of mandamus* no qual se visa a anulação de deliberação de tribunal de contas onde se consignou a ilegalidade na percepção de vantagens pecuniárias como adicional de férias e **gratificação natalina** por secretários municipais.

2. O tema dos autos encontra-se afetado, em sede de repercussão geral pelo STF: RG no RE 650.898/RS, Relator Min. Marco Aurélio, publicado no DJe em 26.10.2011 e no Ementário vol. 2.615-02, p. 191; afetação, contudo, não obsta a apreciação do recurso ordinário no STJ. Precedente: AgRg no RMS 28.990/MS, Rel. Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Quinta Turma, DJe 19.8.2013.

3. A Constituição Federal, em leitura literal, é clara ao vedar o pagamento de vantagens aos agentes públicos listados no art. 39, § 4º, o quais "serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer **gratificação**, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória".

4. Não é possível identificar o direito líquido e certo postulado diante do texto do art. 39, § 4º da Constituição Federal, **combinado com o precedente do Supremo Tribunal Federal (ADI 3491/RS) e do entender a doutrina que frisa, ser "a norma é cogente, isto é, tem caráter compulsório: uma vez que o agente público esteja incluído numa das categorias ali mencionadas, a remuneração terá que ser efetivada exclusivamente por subsídios"** (José dos Santos Carvalho Filho. In: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra. Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 814.

Recurso ordinário improvido.

Recurso Ordinário em Mandado de Segurança RMS 44012 / BA, 2013/0345446-1, T2 Segunda Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Humberto Martins (1130), Julgado em 11/022014. (Grifo nosso).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acima citada, está no sentido de que ao agente político é vedado a percepção de gratificação natalina, por força do parágrafo 4º do artigo 39 da CF/88, uma vez que obediência a esse dispositivo é compulsório/imperativo, devendo o detentor de mandato eletivo ser remunerado por subsídio, o que por sua vez implica dizer que aquele receberá por parcela única por cada mês em contraprestação de serviço prestado à Administração Pública.

Com a finalidade de observar se as Câmaras Municipais do Noroeste do Estado Minas Gerais estão pagando décimo terceiro salário a seus membros, foi realizada uma pesquisa de campo, documental, nas leis que fixam os subsídios dos vereadores para esta legislatura.

As leis analisadas foram as seguintes:

LEI/RESOLUÇÃO	DISPOSIÇÃO
Lei nº1.596, de 26 de junho de 2012.	Dispõe sobre a remuneração de vereador da Câmara Municipal de São Gonçalo do Abaeté.
Lei nº1.060, de 04 de abril de 2012	Fixa os subsídio dos Vereadores da Câmara Municipal de Bonfinópolis de Minas para a 13ª Legislatura e dá outras providências
Lei nº244, de 23 de março de 2012	Fixa os subsídios dos Vereadores da Câmara Municipal de Natalândia – MG para a 5ª Legislatura e dá outras providências
Lei nº2.791, de 10 setembro de 2012.	Fixa o subsídio dos Vereadores da Câmara Municipal de Unaí para a 17ª Legislatura e dá outras providências.
Lei nº2.903, de 10 de abril de 2012.	Fixa o subsídio dos vereadores da Câmara Municipal de Paracatu para a Décima Sétima Legislatura, e dá outras providências.
Lei nº1.055, de 03 de setembro de 2012.	Fixa subsídio dos vereadores da Câmara Municipal de Guarda-Mor para décima terceira Legislatura e dá outras providências
Lei nº1.554, de 10 de dezembro de 2012.	Fixa os subsídio dos Vereadores, Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários do Município de Vazante/MG, para a Legislatura 2013 a 2016 e da outras providências.
Lei nº408, de 28 de agosto de 2012.	Fixa os subsídios dos Vereadores, Presidente da Câmara, Prefeito, Vice – Prefeito e dos Secretários do Município de Brasilândia de Minas – MG, para o mandato de 2013/2016, e dá outras providências.
Lei nº2.560, de 06 de junho de 2012.	Dispõe sobre a fixação da Remuneração do Presidente da Câmara e Vereadores para a Legislatura que se inicia em 2013 e dá outras providências.
Lei nº1.300, de 10 de agosto de 2012.	Fixa os subsídios dos Vereadores Municipais de Lagamar, para o quadriênio 2013/2016, e da outras providências
Lei nº519, de 13 de julho de 2012.	Fixa os subsídio dos Vereadores municipais do Município de Riachinho para o quadriênio 2013/2016 e dá outras providências.
Lei nº 1.244, de 31 de maio de 2012.	Fixa os subsídios dos agentes políticos de Buritis para a Legislatura 2013/2016 e dá outras providências.

Lei nº1.631, de 29 de agosto de 2012.	Fixa os subsídios dos Vereadores e do Presidente da Câmara Municipal de João Pinheiro para a Legislatura de 2013 a 2016 e dá outras providências.
Resolução nº64, de 04 de junho de 2012	Fixa os subsídios dos Vereadores da Câmara Municipal de Uruana de Minas para a 5ª Legislatura e dá outras providências.
Resolução nº17, de 30 agosto de 2012.	Fixa o subsídio dos Vereadores de Chapada Gaúcha, Estado de Minas Gerais, para a Legislatura 2013/2016, e dá outras providências.
Resolução nº03, de julho de 2012.	Dispõe sobre a fixação de subsídios para os Vereadores e Presidente da Câmara Municipal para a Legislatura 2013 a 2016
Resolução nº121, de 29 junho de 2012.	Fixa os subsídios dos Vereadores da Câmara Municipal de Arinos para a 13ª Legislatura e dá outras providências.

Estas foram as leis analisadas, e após, foi constatado que de fato existe um conflito entre a prática do Poder Legislativo Municipal do Noroeste do Estado de Minas Gerais com a norma contida no parágrafo 4º do artigo 39 da Constituição Federal. Importante ressaltar que as 16 (dezesesseis) leis, de Câmaras de cidades diferentes, apenas uma não paga gratificação natalina a seus membros. Mas, como já dito, de modo geral essas casas legislativas não estão cumprindo com as diretrizes da Carta Magna.

A inobservância das normas constitucionais por parte dos vereadores pode lhes trazer duras consequências, haja vista que estão praticando atos ímprobos, e estas implicações estão previstas na Lei nº8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa - a qual será abordada de modo geral no capítulo seguinte.

4 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Primeiramente é importante vislumbrar o que viria a ser ato de improbidade administrativa. Para tanto o doutrinador Alexandre de Moraes (2009, p.366) ensina que atos de improbidade administrativa são aqueles que “devidamente tipificados em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da Administração Pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário”.

O princípio da moralidade foi inserido na Constituição como uma resposta a preocupação com a ética e boa fé no exercício das funções da Administração Pública, e, por conseguinte, no combate a corrupção e na impunidade no setor público. Essa inclusão coaduna com evolução do princípio da legalidade onde observa-se não só a obediência à lei, mas também a aplicação dos princípios e valores presentes como alicerce no ordenamento jurídico pátrio. (DI PIETRO, 2014).

Com este raciocínio, a ideia de improbidade administrativa não está associada apenas com a transgressão da lei em sentido estrito, mas também com a não observância dos princípios implícitos ou explícitos nas normas jurídicas. Tal ideia será esplanada no decorrer desse trabalho.

Os agentes públicos no exercício de sua função podem praticar atos que ocasionem a violação do Direito, capazes de expô-los a aplicação das mais diversas formas de punição. Em caso de a referida conduta ocasionar prejuízo patrimonial, pode ser proposta uma ação civil com a finalidade de reparar o dano. Praticada uma conduta tipificada como crime, instaurar-se-á processo penal a fim que haja uma aplicação da penalidade correspondente ao tipo penal. E

na hipótese de infração de natureza funcional, o Poder Público instaurará processo administrativo, que poderá resultar na suspensão e até demissão do servidor. (MAZZA, 2012).

4.1 COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

É importante, para o presente estudo, saber se a competência para legislar sobre improbidade administrativa pertence privativamente à União ou se esta competência poderá ser concorrente, haja vista que na hipótese de ser concorrente com estados membros ou até mesmo com municípios isso trás grandes reflexos para o mundo exterior, pois – sob o prisma da moralidade – alguns legisladores poderiam legislar de forma a agraciar a si mesmo ou seu grupo político etc.

Para se chegar a um denominador comum, isto é, concluir de quem de fato tem a competência de legislar sobre improbidade administrativa, é necessário que se tenha em mente que um ato de improbidade administrativa corresponde a um ilícito penal. Esse é o sentido da redação descrita em dispositivo constitucional, onde diz que após de indicar as medidas sancionatórias, sobrepõe que a lei situará sua forma de gradação sem prejuízo de ação penal cabível. (DI PIETRO, 2014).

A Constituição Federal de 1998 não traz consigo previsão clara de quem será a competência para legislar matéria referente a improbidade administrativa. Entretanto, a Carta Magna é bastante clara em dizer que é de competência da União Legislar sobre matéria penal. Assim sendo, em face da natureza das penas previstas na Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa – tende-se a concluir que a competência é da União. (MAZZA, 2012).

Concluída a análise sobre competência para legislar sobre improbidade administrativa passa-se ao estudo das espécies de atos de improbidade, o qual será delineado no subtópico seguinte.

4.2 ESPÉCIES DE ATOS DE IMPROBIDADE

A Lei nº 8.429/92, em seus arts. 9º a 11, traz consigo um rol exemplificativo das condutas que constituem atos de improbidade administrativa, decompondo em três grupos separados conforme a gravidade do comportamento o agente, são eles:

- Atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º);
- Atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10); e
- Atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública (art.11).

Os atos de improbidade administrativa que ocasionem enriquecimento ilícito são condutas mais graves, puníveis com base na Lei de Improbidade Administrativa – LIA. São situações que conferem vantagem patrimonial indevida em função do exercício do cargo, mandato, função, emprego ou atividade pública. (MAZZA, 2012).

Independentemente de outras sanções, a conduta que ocasione enriquecimento ilícito será punida pelas penas previstas no art. 12, I, da LIA.

Quanto as condutas de improbidade que causam prejuízo ao erário público, envolve atos de gravidade intermediária. Nesse caso o agente não auferirá vantagem para si, este pratica atos por meio de qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que tenha como consequência perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades públicas mencionadas na Lei. (MAZZA, 2012).

No caso de ato de improbidade administrativa que ocasione prejuízo ao erário, sem prejuízo de outras sanções especificadas em leis específicas, o agente estará incurso nas penas previstas no art. 12, II, da LIA.

Por fim, em se tratando de atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública, o qual envolve condutas de menor gravidade, tais como o princípio da moralidade, legalidade imparcialidade etc., mas sem provocar danos financeiros ao erário, o agente estará sujeito as penas previstas no art. 12, III, da LIA. (MAZZA, 2012).

Quando se fala em improbidade administrativa, logo vem em mente que alguém valeu-se de astúcia para ganhar vantagem patrimonial indevida de verbas públicas, entretanto, como já delineado em linhas pretéritas, não é apenas o ato de furtar o erário que é considerado improbidade administrativa. Em tal sentido ensina a conceituada doutrina:

A caracterização do ato de improbidade não exige a ocorrência de lesão financeira ao erário. Embora na linguagem comum “improbidade” seja quase um sinônimo de “desvio de verbas públicas”, o art. 11 da Lei de Improbidade permite concluir que pode haver improbidade administrativa nos simples descumprimento de princípio administrativo, sem qualquer prejuízo financeiro aos cofres públicos. Os atos de improbidade descritos na LIA envolvem sempre uma lesão presumida ao interesse público. (MAZZA, 2012, p. 498).

E ainda, em sentido idêntico:

Entendemos que se pretendeu afirmar que a lei pune não somente o dano material à administração, como também qualquer sorte de lesão ou violação à moralidade administrativa, havendo ou não prejuízo no sentido econômico. De fato, pretende a lei, em seu conjunto, punir os agentes ímprobos, vedar comportamentos e práticas usuais de ‘corrupção’ (sentido amplo). Muitas dessas práticas revertem em benefício do agente e nem sempre causam prejuízo ‘econômico-financeiro’ à Administração. (FIGUEIREDO, 1997, apud DI PIETRO, 2014, p. 918).

Como se denota, essa previsão de normativa que prevê como ato de improbidade administrativa a violação dos princípios da administração pública, por seu abarcamento, pode alcançar uma gama enorme de atos ímprobos. Assim sendo, em regra, havendo qualquer violação aos princípios da administração pública, como o princípio da legalidade, moralidade, impessoalidade etc, podem resultar na transgressão do art. 11 da Lei nº8.429/92, mesmo que não haja qualquer prejuízo ao erário público. (DI PIETRO, 2014).

5METODOLOGIA

Inicialmente é necessário entender o que é uma pesquisa – no sentido científico da palavra – afinal o presente trabalho acadêmico trata-se de uma. “A pesquisa, portanto, é um procedimento formal, com método do pensamento reflexivo, que requer um tratamento científico e se constitui no caminho para conhecer a realidade ou para descobrir verdades parciais.” (LAKATOS e MARCONI, 2003).

Desse modo, o presente trabalho obedeceu um procedimento formal com pensamento reflexivo que buscou conhecimento da realidade de dada micro região. Entrementes, é uma pesquisa aplicada, pois cria conhecimento aplicável à praxe legislativa, que buscou demonstrar um problema específico que foi o conflito entre a prática do Poder Legislativo Municipal do noroeste do Estado de Minas Gerais e a norma contida no §4º do art. 39 da CF/88. Adotamos uma abordagem qualitativa, uma vez que buscamos a relação entre o fato (Subsídio) e o sujeito (Norma constitucional) e desta relação extraímos nossa análise.

Foi utilizada pesquisa bibliográfica em materiais já publicados e doutrinas que estudam o Direito Constitucional e Administrativo, reforçada com uma pesquisa documental

nas leis que fixam os subsídios dos vereadores atuantes do noroeste de Minas Gerais, em jurisprudências dos tribunais, bem como o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Os documentos obtidos e listados foram os seguintes: Lei nº1.596, de 26 de junho de 2012 Lei nº1.060, de 04 de abril de 2012 Lei nº244, de 23 de março de 2012 Lei nº2.791, de 10 setembro de 2012 Lei nº2.903, de 10 de abril de 2012 Lei nº1.055, de 03 de setembro de 2012 Lei nº1.554, de 10 de dezembro de 2012 Lei nº408, de 28 de agosto de 2012 Lei nº2.560, de 06 de junho de 2012 Lei nº1.300, de 10 de agosto de 2012 Lei nº519, de 13 de julho de 2012 Lei nº 1.244, de 31 de maio de 2012 Lei nº1.631, de 29 de agosto de 2012 Resolução nº64, de 04 de junho de 2012 Resolução nº17, de 30 agosto de 2012 Resolução nº03, de julho de 2012 Resolução nº121, de 29 junho de 2012

Esses documentos foram de muito relevantes para esta pesquisa, haja vista que é a partir deles que foi possível contatar que as Câmaras Municipais do Noroeste do Estado de Minas Gerais estão pagando a seus membros o décimo terceiro salário, que aliás, bem como já percorrido ao longo desse trabalho, sob o prisma da Constituição da República Federativa do Brasil é uma prática ilegal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No atual sistema jurídico brasileiro a Constituição Federal ocupa um lugar hierarquicamente superior a todas as demais leis existentes, dessa maneira nenhuma norma infraconstitucional poderá transgredir seus postulados, caso contrário esta será inconstitucional e não poderá produzir efeitos no mundo exterior.

Essas normas de ordem pública (constitucionais) e as demais leis inferiores devem sempre buscar a função social do Estado, isto é, procurar alcançar o bem comum das pessoas, e por assim dizer, as normas editadas de forma incompatível com as diretrizes constitucionais não irá atingir tal finalidade, ainda mais se a edição dessa norma inconstitucional privilegia um grupo seletivo de agentes ocupantes de cargos que tem o papel de representatividade.

O enfoque principal dessa pesquisa foi analisar se a prática das Câmaras Municipais do Noroeste de Minas Gerais conflita com disposto no parágrafo 4º do artigo 39 da CF/88, no que tange o pagamento de gratificação natalina aos vereadores. Para tanto foram analisadas as leis que fixam o subsídio dos vereadores para esta legislatura (2013 à 2016).

Realizada esta análise documental, constatou-se que das 16 (dezesesseis) leis colhidas apenas uma não concede o pagamento de décimo terceiro salário aos vereadores, ou seja, o Poder Legislativo Municipal da microrregião mencionada ao norte não está cumprindo com o disposto no parágrafo 4º do artigo 39 da CF/88.

A norma constitucional descrita alhures veda claramente o pagamento de gratificação natalina a membros detentores de cargo eletivo. Posto isto, lei municipal que autoriza vereador a receber gratificação natalina é incompatível com diretriz da Carta Magna, e, por conseguinte, é inconstitucional, não podendo trazer consequências ao mundo exterior.

Apesar do Tribunal de Contas de Minas Gerais entender pelo pagamento décimo terceiro aos vereadores se houver lei municipal anterior que autorize, não pode os edis editar norma com esse objetivo, haja vista que as decisões dessa corte de contas não têm poderes para declarar inconstitucional qualquer dispositivo da lei maior, pois “a jurisdição do Tribunal de Contas é meramente administrativa, estando suas decisões sujeitas a correção pelo Poder Judiciário [...]” (MEIRELLES, 2000, p. 702).

Assim sendo, resta evidente que os Tribunais de Contas estaduais não detêm legitimidade para operar o controle de constitucionalidade, não podendo desse modo, autorizar o Poder Legislativo – do qual é um órgão auxiliar – a criar lei contrária à determinação clara da Constituição da República Federativa do Brasil, Vez que dependerá do que está disposto no regimento interno de cada Câmara Municipal, embora alguns Tribunais Estaduais tem decidido

pela inviabilidade de se conceder por resolução a gratificação natalina a vereadores como TJSP no agravo regimental nº 19255.27.2012.8.26.0000, por sua vez o TJRS na Ação Direta de Inconstitucionalidade 70013784632 decidiu pela inconstitucionalidade de gratificação natalina a vereadores instituída por lei municipal.

Servidores Públicos são aqueles que prestam serviços tanto para a administração pública direta quanto a indireta com vínculo de empregatício, excluindo as pessoas que trabalham em entidades com personalidade jurídica de direito privado. Diferentemente agentes políticos são aqueles que exercem uma função de alta direção do Estado, e ingressam, via de regra, em seu cargo mediante realização de eleições com mandato fixo. Nesse sentido, a ideia que aplicar aos vereadores o disposto no parágrafo 3º do artigo 39 da CF/88, que autoriza pagar décimo terceiro aos servidores ocupantes de cargo público, não pode prosperar, uma vez que, como visto, servidor público e detentor de mandato eletivo são ocupações totalmente diferentes.

O constituinte derivado ao editar o §3º do artigo 39 da CF/88, extinguiu cristalinamente a possibilidade de os membros de cargos eletivos receberem o décimo terceiro salário, prova disso que no §4º do mesmo artigo aquele afirma essa vedação de forma concisa. Ademais não é cansativo dizer que a aplicação da norma constitucional é compulsória, devendo ser aplicada fielmente a todas as esferas governamentais sob pena de infringir o Princípio da Legalidade e da Moralidade inseridos no artigo 37 da Carta Magma brasileira, além de praticar ato lesivo ao Estado. Ademais, o Supremo Tribunal Federal ainda não manifestou-se sobre o assunto, mas o Superior Tribunal de Justiça recentemente decidiu ser ilegal o pagamento de gratificação natalina aos vereadores, devendo ser respeitado o disposto no §4º do artigo 39 da CF/88.

Em que pese o TCE MG e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidirem pela legalidade em conceder gratificação natalina aos vereadores, permissa vênua, essa ideia não é a correta. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça – que é o mesmo do moderno Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – é o correto, uma vez que, segundo os renomados doutrinadores, o vereador é remunerado mediante subsídio isso implica que este receberá “por meio dos pagamentos mensais de *parcelas únicas*, ou seja, indivisas e insuscetíveis de aditamentos ou acréscimos de qualquer espécie.” (MELLO, 2014, p.277). Nesse diapasão, o subsídio deve ser pago em 12 (parcelas) anuais, uma para cada mês, impossível o acréscimo de outra.

Bem como mencionado em linhas pretéritas ao norte, foi realizada uma pesquisa de campo, documental, com a finalidade de aferir se há um conflito entre a prática do Poder Legislativo Municipal da microrregião do Noroeste de Minas Gerais com o disposto no §4º do artigo 39 da Constituição Federal. O resultado obtido foi positivo, isto é, as Câmaras Municipais da microrregião do Noroeste desse Estado-membro não estão cumprindo determinação constitucional expressa naquele dispositivo que veda de maneira cristalina o pagamento de gratificação natalina a seus membros.

REFERÊNCIAS

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

_____. **Leis ordinárias de 1992**. Brasília: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 01mai. 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 2. ed. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2008.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Costa. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 2. ed. Barueri, SP: Manole, 2011.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOURA, Daiana Malheiros de. **A Efetivação dos Direitos Fundamentais pelo Estado Fiscal: Função Social Dos Tributos**. 102 f. Dissertação- Pós-Graduação em Direito - Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2011.

PASOLD, Cezar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3. ed. Florianópolis, SC: Diploma Legal, 2003.

SANTANA, Jair Eduardo. **Subsídios de Agentes Políticos Municipais**. 2. ed. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

O INSTITUTO DA PENHORA *ON-LINE* NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Kleberson Lopes Nunes

Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unai – FACTU. Servidor da Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Comarca de Arinos/MG.

Michelle Lucas Cardoso Balbino

Professora Universitária e Coordenadora do Curso de Direito da FACTU. Advogada. Doutoranda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Mestre em Sustentabilidade Socioeconômico e Ambiental pela Escola de Minas pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP); Especialização em Direito, Impacto e Recuperação Ambiental pela Escola de Minas pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP); Pós-Graduação em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pós-graduação em Direito Público pela Sociedade Universitária Gama Filho. Tem experiência na área de Gestão Educacional e Direito Ambiental/Sustentabilidade.

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade demonstrar os aspectos positivos e negativos do procedimento de penhora eletrônica e elucidar a efetividade que o aludido procedimento imprimiu no processo executivo brasileiro. Esse novo procedimento de penhora é reflexo do princípio constitucional da duração razoável do processo. Por consequências dessa norma constitucional, o Código de Processo Civil sofreu alterações significativas, e a partir do ano de 2006, passou a permitir a penhora eletrônica, ou penhora *on-line* mencionado assim pela maioria dos autores. Todo instituto possui um antecedente histórico, e foi tratado, de forma concisa, desde as civilizações mais primitivas até os dias atuais, o caminho percorrido pelo instrumento processual denominado penhora. A penhora eletrônica é um instrumento processual bastante atual, o qual procura dar maior satisfação aos credores que recorrem ao judiciário e mais rapidez ao processo executivo. Esse aludido instituto, inicialmente, foi muito alvejado por severas críticas, especialmente quanto a sua constitucionalidade, mas hodiernamente tem ganhado espaço no mundo jurídico, e tem-se percebido que a sua funcionalidade e praticidade causam impacto positivo ao processo de execução. O processo executivo no Brasil sempre foi muito favorável ao devedor, contando este com vários manejos processuais, os quais deixavam o processo moroso e lento. Quando o credor obtinha um resultado processual que lhe fosse favorável não alcançava patrimônio do devedor suficiente para satisfação do crédito, em face do tempo percorrido pela demanda. Ao analisar os outros procedimentos de penhora, bem como suas funcionalidades, conforme previstos na legislação processual civil, percebeu-se que a penhora eletrônica conseguiu impor mais rapidez no desfecho do processo e mais efetividade às execuções que tramitam no Judiciário Brasileiro.

Palavras chaves: Penhora. Execução. Efetividade.

1 INTRODUÇÃO

Parece consensual que a morosidade processual é um grande vilão no judiciário, causando aos jurisdicionados consequências incalculáveis. Esse contexto, associado as inovações tecnológicas, motivou a criação de instrumentos que são capazes de trazer rapidez à efetivação no processo de execução. Dentre esses instrumentos se encontra a conhecida penhora *on-line* ou eletrônica.

Com o crescimento do conhecimento tecnológico, surgiram recursos e instrumentos que, aos poucos, foram ganhando espaço no mundo jurídico. Com a popularização da internet, esses recursos tecnológicos se expandiram ainda mais. Nesse avanço científico, tornou-se possível o sistema denominado BACEN JUD.

Esse sistema passou a possibilitar que o magistrado requisitasse diretamente ao Banco Central do Brasil informações de movimentação financeira e/ou bloqueio de ativos em nome do executado. Essa sistemática passou a ser denominada de penhora *on-line* ou eletrônica, a qual trouxe mudanças significativas no processo de execução.

A penhora eletrônica foi admitida no processo civil a partir de 2006 e é considerada um instrumento jurídico recente, com ampla discussão, tema dissenso entre os operadores do direito.

O tema tem avocado disputas acirradas no meio jurídico e enseja grande relevância, pois a pesquisa discorrerá sobre a historicidade do instituto da garantia ao processo de execução, compreender sua funcionalidade, avaliar a penhora eletrônica que incide diretamente sobre ativos do executado disponíveis em instituições financeiras, e aferir a celeridade e efetivação que esse procedimento de penhora causou no processo de execução.

O que se propõe neste presente trabalho é discorrer sobre a historicidade do instituto de garantia ao processo de execução, analisando sua funcionalidade no processo de execução.

Como procedimentos foram utilizados a pesquisa bibliográfica e documental, a partir de uma abordagem qualitativa das relações entre o fenômeno (execução) e o objeto do estudo (penhora *on-line*). Na construção da pesquisa bibliográfica foram utilizados livros, dissertações de mestrado, artigos, legislação e documentos do Banco Central do Brasil.

2 O DIREITO PROCESSUAL E O PROCESSO DE EXECUÇÃO

2.1 ACEPÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Nas próximas linhas serão perquiridas a compreensão do direito processual civil e qual é o seu papel dentro do processo civil brasileiro.

O Direito Processual é visto como um conjunto de normas e princípios que regulam a jurisdição prestada pelo Estado-Juiz. O Direito Material é um bojo de normas que regem as relações jurídicas atinentes a bens e utilidades da vida (direito civil, penal e outros). Logo, o Direito Processual é um instrumento a serviço do direito material (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2004).

As normas processuais definem o modo como será exercido o direito adjetivo determinado pelo estado. São de caráter instrumental e determina a técnica a ser utilizada no exame do conflito de interesses, disciplinando a participação dos sujeitos do processo (principalmente as partes e o juiz) na construção do procedimento necessário à composição jurisdicional da lide. (BRANDIS; RIBEIRO, 2012).

Moacyr Amaral Santos (1998, p. 15), define que “o direito processual civil consiste no sistema de princípios e leis que regulamentam o exercício da jurisdição quanto às lides de natureza civil como tais entendias todas as lides que não são de natureza penal e as que não entram na órbita das jurisdições especial.”

Procurando tecer uma conceituação mais abrangente, Arruda Alvim (2001, p. 21), mostra que o Direito Processual Civil é um

[...] sistema de princípios e normas que regulam o funcionamento da jurisdição civil, tendo em vista o exercício do direito da ação, que contenha lide civil, e o direito de defesa, bem como a estruturação infraconstitucional dos órgãos do Poder Judiciário e

seus auxiliares exceto o que respeita à organização judiciária – e, ainda, a disciplina de todos os casos de jurisdição voluntária.

Percebe-se que o Direito Processual é gestor principal do processo, cabendo a ele a sistematização das normas processuais, as quais, na composição da lide, presta um essencial serviço ao direito material. Assim, essas normas tutelam direitos subjetivos ameaçados ou violados, sendo que dentro dessa codificação processual, encontra-se o que se comungou chamar processo executório ou de execução, assunto que será elucidado adiante, pontuando, inclusive sua acepção.

2.2 PROCESSO DE EXECUÇÃO E SUA CONCEITUAÇÃO

Compreendeu-se o processo e o direito processual civil, mas a partir desse momento, tem-se o objetivo de trazer um esboço do processo de execução, norteando, ainda, a sua definição.

O Código de Processo Civil Brasileiro (CPC) tem o objetivo de buscar três tipos de resultados, sendo eles: a via de cognição, de execução e cautelar, normatizados, respectivamente nos livros I, II e III. Sabe-se, e como alhures já mostrado, que as alterações inseridas no referido diploma tem a tendência de trazer mais unificação ao texto normativo ao CPC, tornando-o mais célere e mais prático, aproximando-se mais do princípio constitucional da duração razoável do processo. O que se percebe é que “a moderna processualística já não mais consegue conviver com os retardos injustificados do processo, ansiando pelo convívio com um *processo de resultados*.” (FILHO, 2012, p. 215) (sic).

Cada tutela jurisdicional pleiteada corresponde a um tipo de processo. Os processos podem ser de conhecimento, de execução e cautelar. O processo de conhecimento situa-se entre o pedido inicial e a sentença, e seu fim é o estado-juiz dizer o direito que têm os litigantes. O processo cautelar ou preventivo tem objetivo de resguardar uma situação excepcional e provisória. Já o processo executivo tem o condão de dar efetividade aos títulos executivos, sejam judiciais ou extrajudiciais (SANTOS, 1998)

Nessa vertente, Misael Montenegro Filho (2012), lembrando às origens no Direito Romano, aponta que a obrigação enseja na formação de uma ação; está por sua vez gera a condenação, via de uma sentença. É de notar que a sentença diz o direito, após a fase investigativa e produção de provas, indicando entre os litigantes (autor e réu) quem é o detentor do direito. Doravante, é necessária a realização do direito, que é o labor da ação de execução, que opera a efetivação do direito, e pondo definitivamente fim no conflito de interesses.

Segundo Fredie Didier Júnior et al (2012) o Direito a uma prestação é o poder jurídico, dado a alguém, para impor ao seu semelhante o cumprimento de uma prestação (conduta). Essa conduta pode ser: um fazer, um não-fazer, ou um dar, sendo que esta última é dívida em prestação de dar dinheiro e prestação de dar coisa diversa de dinheiro.

Pela norma processual, “temos por tradição a convivência de um processo de conhecimento com um processo de execução, segundo consequência lógica do primeiro, na exclusiva hipótese de a ação de execução se apoiar em título executivo judicial.” (FILHO, 2012, p. 214)

Abordado já foi que o processo é o local de atuação do estado no exercício de sua jurisdição e visa à pacificação social dos conflitos, todavia, o processo executivo é o

[...] meio pelo qual, procura-se satisfazer o direito do autor realizando por meio de um órgão judicial uma sanção assegurando a eficácia prática do título executivo. Para concretizar essa sanção, o Estado intromete-se no patrimônio do devedor,

independentemente de sua autorização, satisfazendo assim, o direito do credor. (LESSA; MIRANDA, 2014, p. 13)

A execução é uma ferramenta que fica à disposição do credor visando forçar o devedor ao adimplemento da obrigação já vencida. Na execução o estado coercitivamente entra no patrimônio do devedor, retirando bens suficientes para satisfação do crédito do credor, mesmo sem a anuência do devedor, até porque é inadmissível, nesses casos, exceto em situação de execução de alimentos, a prisão do executado, pois se o fosse seria um retrocesso, como foi realidade em povos antigos, como em Roma. (FILHO, 2012)

É importante compreender que

A ação de Execução é qualificada como a ação judicial ou a fase de conhecimento direcionada em face do executado, e que se concretiza pela adoção de medidas coercitivas, que têm por finalidade o cumprimento da obrigação específica ou da obrigação genérica, ainda que contra, e normalmente contra a vontade do devedor, que se submete aos atos do processo de execução, tendo em vista o não cumprimento da obrigação de forma voluntária. (KUHL, 2007, p. 8-9).

O processo ou fase de execução tem por finalidade prestar a jurisdição, com o intuito de causar efetividade à sanção, mediante a prática de atos inerentes à execução forçada, seja de título executivo extrajudicial ou título executivo judicial. Nem sempre o processo de conhecimento por fim ao conflito, pois o autor ganha, mas não tem nas mãos, todavia a via executiva finaliza esse conflito interindividual, por dar satisfação ao credor. (GRINOVER; DINAMARCO; CINTRATA, 2004)

Percebeu-se a conceituação do processo e do processo de execução, onde o estado-juiz manejando o instrumento processo, para prestar a jurisdição, na via executiva satisfazer o direito e pôr fim ao litígio. Todavia, é necessário identificar o que o título executivo confere ao seu credor. Esse conteúdo é que vai nortear a execução adequada, pois ela poderá alcançar, por exemplo, o patrimônio do devedor para pagamento de determinada soma em dinheiro, ou também poderá impor ao devedor a prestação de obrigação, consistente em mão de obra, por exemplo, a construção de uma casa, ou, ainda, fazer como que o devedor se abstenha de fazer determinada ação. (FILHO, 2012)

O processo de execução encontra-se normatizado no Livro II do Código e Vicente Greco Filho (2000, p. 13), faz questão de dizer que o processo de execução tem:

Uma parte geral, aplicável, em tese, a qualquer espécie de execução e, em seguida, o tratamento específico das diversas espécies de execução segundo a natureza da obrigação que deve ser satisfeita. Prevê o Código a execução para a entrega de coisa certa e incerta [...], a execução das obrigações de fazer e não fazer [...], a execução por quantia certa contra devedor solvente [...], nela contidas regras especiais sobre a execução contra a fazenda Pública e a execução de obrigação alimentícia, e a execução por quantia certa contra devedor insolvente [...].

Misael Montenegro Filho (2012) aduz que a execução é gênero, se desdobrando em três espécies de execução, a saber: a) execução por quantia certa, podendo ser contra devedor solvente ou insolvente; b) execução para entrega de coisa, podendo ser coisa certa ou incerta; e c) execução das obrigações de fazer ou de não fazer.

Tem-se que o processo é o lugar de confronto dos litigantes para que seja prestada a jurisdição, ou melhor, dito o direito daqueles que se enfrentam. Ademais, nas linhas

subsequentes será tratada, de forma sintética, cada via executiva, para discernir melhor o bojo do processo executivo brasileiro.

2.3 PROCESSO DE EXECUÇÃO E SUAS MODALIDADES

Quando se fala em execução, logo se pensa em bens penhorados, avaliados e vendidos judicialmente. Essa é uma das modalidades de execução mais conhecida e utilizada. A norma processual apresenta outras formas de execução que possui características próprias não são utilizadas em outras modalidades de execução, pois é o que será abordado resumidamente nas próximas linhas.

O que ocorre, na prática, é que a execução mais comum e mais conhecida é chamada de execução por quantia certa, mas o Código classificou as espécies de execução em conformidade com a prestação que deverá ser adimplida. Exemplificando, quando o objeto da execução é entrega de coisa, a medida executiva, então, é imitar na posse o credor, se a coisa tratar-se de bem imóvel ou buscar e apreender, se for bem móvel. Observe, então, que nas execuções de obrigações de fazer ou não fazer o comando executivo é determinar que se faça ou deixe de fazer. E, por último, quando se tratar de medida executiva de quantia contra devedor solvente, então o império executivo é no sentido de penhorar, apreender e expropriar bens do devedor para pagamento do credor (FILHO, 2000).

Misael Montenegro Filho informa que

a execução é gênero que se desdobra nas espécies da execução por quantia certa (contra devedor solvente e contra devedor insolvente), execução para de coisa (certa e incerta), execução das obrigações de fazer e de não fazer. Na espécie da execução por quantia certa, temos as subespécies da *execução de prestação alimentícia, da execução contra a Fazenda Pública e da execução fiscal*. (FILHO, 2012, p. 346).

Fredie Didier Júnior et al (2012) aduz que a execução se classifica como procedimento executivo comum, com objetivo atender a uma generalidade de créditos e o procedimento executivo especial, para satisfazer créditos específicos: execução de alimentos e execução fiscal.

Pode-se, então, sistematizar as modalidades do processo de execução, seguindo a classificação do Código Processual Civil da seguinte forma: a) Execução para entrega de coisa certa ou incerta; b) Execução das obrigações de fazer e de não-fazer; c) Execução por quantia certa contra devedor solvente ou contra devedor insolvente; d) Execução contra Fazenda Pública; e) Execução de prestação alimentícia. (BRASIL, 1973)

Neste ponto, compreendeu-se, em linhas gerais, o Processo, o Direito Processual, e o Processo de Execução e suas modalidades, percebendo, inclusive, a importância desses institutos para a materialização do direito processual. Para não perder de vista o foco, que é conhecer um pouco sobre o instituto da penhora e suas modalidades, e, em especial, a via procedimental *on-line*, as próximas linhas cuidarão em discorrer sobre os aspectos conceituais da penhora, acompanhado de um breve percurso histórico do instituto.

3 PENHORA: CONCEITO, HISTORICIDADE E SEUS PROCEDIMENTOS

O instituto da penhora possui um vasto conteúdo, mas antes de tratar o cerne dele é indispensável compreender seu conceito e sua origem histórica para, a partir de então, abordar a penhora e suas formas procedimentais.

3.1 A PENHORA E SUA CONCEITUAÇÃO

Este autor entende que um conceito se compreende como uma “espécie de sobrenome” para um instituto, pois ele traça características próprias, possibilitando sua diferenciação entre os demais institutos. Verifica-se, portanto, que a conceituação é indispensável para melhor compreensão do instituto ora delineado.

Para Misael Montenegro Filho (2012, p. 381), “a penhora é instituto que pertence ao direito processual, tendo por objetivo efetuar a apreensão de bens do patrimônio do devedor e/ou do responsável, com vista a permitir a posterior satisfação do credor [...]”

Segundo Carnelutti (1958 apud CUNHA, s/a, p. 1) a penhora “tem por finalidade a individualização e preservação dos bens a serem submetidos ao processo de execução”.

Também é dito que a penhora é uma forma de apreender e depositar bens para utilizá-los, direta ou indiretamente, na satisfação da execução. Realiza, inclusive, o papel de individualizar patrimônio do devedor. (MARQUES, 1998)

Fredie Didier Júnior et al (2012) indica que a penhora tem objetivo de satisfazer diretamente o interesse do exequente, quando ele adjudica o bem para quitação da dívida ou satisfaz indiretamente o credor, quando este recebe o fruto da venda do bem penhorado.

Já Araken de Assis (2008, p. 591) diz que “a penhora é ato executivo e não compartilha a natureza do penhor e do arresto”. A penhora é o ato executivo que afeta determinado bem à execução, permitindo sua ulterior expropriação. (JÚNIOR et al, 2012)

Pode-se perceber pelos autores acima citados, que a penhora tem a finalidade de causar uma garantia à execução em favor do credor, definir e individualizar patrimônio do devedor, em quota suficiente para satisfação da dívida.

Como foi possível compreender a acepção do instituto da penhora, todavia ainda não foi traçado o caminho histórico que esse instituto percorreu para alcançar o seu conceito atual. Passa-se assim a demonstrar, a trajetória pretérita da penhora, desde os seus primeiros sinais nas civilizações “primitivas”.

3.2 PENHORA E SUA HISTORICIDADE

A penhora não é um instituto que nasceu na atualidade; esse instituto já perpassou várias gerações e possui todo um contexto histórico que é relevante conhecê-lo com maior profundidade, desde os seus primeiros sinais de existência.

Os traços iniciais do instituto da penhora são encontrados na Babilônia, como dito por Luiz Carlos de Azevedo (1994) observando que naquela localidade, no Código Hammurabi, pode ser encontrado nuances quanto à garantia creditícia, pois aludido código chegou a tratar do penhor e da garantia real, embora não tenha feito menção direta à penhora propriamente dita.

Esse direcionamento é confirmado por EdouardCuq (1929, apud AZEVEDO, 1994, p. 7) quando diz que

O direito Babilônico dedica um capítulo ao penhor: pois era comum, entre caldeus e assírios, cidadãos livres, darem em garantia de uma dívida, a colheita de trigo, os animais de seus redís; ou ainda os seus escravos ou pessoas de sua família, quando não era o próprio devedor que tomava a posição de “nipûtum”, isto é, do “ser vivo” designado para servir de caução frente ao débito assumido. (§§ 113 a 126 do Código de Hammurabi; § A 44 das Leis Assíria)

Embora tal legislação revele um rigor extremo, mas, em parte, coibia o credor de cometer excesso contra o devedor, pois existiam regras para o credor exercer o seu direito, conforme diz (AZEVEDO, 1994). O referido autor diz também que, embora essas regras

tenham sido tão severas, existiam outros povos, como os assírios, com leis mais rígidas, pois a pessoa que fosse levada como garantia poderia se tornar até propriedade do credor, podendo ele, inclusive, açoitar o devedor, arrancar-lhe os cabelos, furar ou machucar suas orelhas.

Já no direito hindu, o credor tinha vários métodos que poderia forçar o devedor a adimplir o débito, mas se mesmo assim não fosse resolvida a pendência, o credor poderia usar o recurso da força contra o devedor e o rei não poderia tomar providências contra o credor, pois ele estaria agindo de acordo com a lei. (AZEVEDO, 1994)

A questão da garantia também é encontrada na Bíblia Sagrada e Roland de Vaux (2003), comentando o texto bíblico, esclarece que o credor podia exigir um penhor do devedor, com a intenção de garantir o pagamento da dívida. Ele diz também que a Bíblia fala do penhor mobiliário, utilizando as palavras *habol, habolah* ou *abote abtît*, [palavras hebraicas transliteradas para a língua portuguesa] sendo que os verbos dessas palavras, de raízes cognatas tem a conotação de “penhorar”.

Percebe-se que a Bíblia autoriza o penhor, todavia o texto sagrada procura regular excessos e impõe equilíbrio ao penhor, conforme mostra o livro de Deuteronômio capítulo 24, versículo 17: “não perverterás o direito do estrangeiro e do órfão; nem tomarás em penhor a roupa da viúva.” Referido texto é corroborado pelo livro do Êxodo capítulo 22, versículos 26 e 27: “Se do teu próximo tomares em penhor a sua veste, lha restituirás antes do pôr-do-sol; porque é com ela que se cobre, é a veste do seu corpo; em que se deitaria?” (BÍBLIA SHEDD, 1998, p. 286 e 106).

Já na Grécia, conforme mostra AZEVEDO (1994), meados do século VII A.C., percebeu-se gradativamente o desaparecimento de pequenos produtores, pois estes, em dificuldades financeiras, contraíam empréstimos, e quando não conseguiam pagar, acabavam por tornar-se escravos de seus credores, se tornando meros cultivadores de suas próprias terras, porque tinham que entregar cinco sextos da produção ao credor, e o remanescente não era possível para, pelos menos, reduzir o valor principal da dívida.

Nessa época, ao assumir o poder, Sólon decretou, o que se chamou de “descarregamento do fardo”; esse decreto impedia a prisão por dívidas e a execução sobre o corpo do devedor, desviando a execução para incidir apenas sobre o patrimônio do devedor, tornando o sistema de ressarcimento de dívidas mais humanizado. A partir de então, o credor com a sentença condenatória a seu favor, dirigia-se ao patrimônio do devedor para lhe penhorar bens sejam móveis ou imóveis para adimplemento do seu crédito, dentro de sistema processual executivo. (AZEVEDO, 1994)

Deixando a Grécia e aportando-se em Roma, primeiro, impõe dizer que o Direito Romano exerceu e exerce profundas influências no Direito Brasileiro, e Alcides de Mendonça Lima (1979, p. 26) diz que “a sua autoridade reside na profunda revolução interna, na transformação completa que faz sofrer todo o nosso pensamento jurídico e em ter chegado a ser como o Cristianismo, o elemento da civilização moderna”.

O processo executivo romano, ainda muito rudimentar, ao tempo da Lei das XII Tábuas, já previa a questão da penhora. Esse sistema romano, nos seus contornos iniciais, autorizava que a penhora incidisse sobre a pessoa do devedor, de acordo com o que é tratado por Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva (1999 apud PAULA, s/a).

Alcides de Mendonça Lima (1979, p. 26) mostra que

A mentalidade primitiva romana era muito cruel e rude na defesa dos direitos dos credores lesados pelos devedores. O inadimplemento de uma obrigação, rompendo a palavra empenhada para cumprimento do dever assumido, era motivo de medidas drásticas e violentas contra a própria pessoa em si mesma do devedor e não sobre o seu patrimônio, que, paradoxalmente, era intangível, de modo absoluto para os credores.

Esse sistema executivo romano é denominado de *ManusInjectio*, e LIMA (1979), informa que ele se estruturava da seguinte forma: O credor manejava a execução; com a condenação e já decorridos trinta dias dela, o devedor podia ser levado a Juízo, até violentamente (fase executiva do procedimento). O devedor deveria pagar a dívida ou providenciar um terceiro para pagar por ele, chamado de *vindex*; se nada disso ocorresse, o credor levava o devedor para sua prisão domiciliar; posteriormente, o credor apregoava o devedor em até três feiras livres, pelo valor do débito, oportunizando a parentes e amigos a solver a dívida. Se não houve pagamento, o credor poderia então matar ou vender o devedor como escravo. Por fim, se houve muitos credores, estes tinham o direito de esquitejar o devedor, repartindo as partes entre eles.

A *ManusInjection* é definida por Alexandre Sturion de Paula (s/a, p. 2) da seguinte forma: “era ação do credor contra o devedor, baseava-se na responsabilidade pessoal, em que o devedor respondia com o próprio corpo, liberdade e vida.”

Essa modalidade executiva de penhora é confirmada por Gabriel José Rodrigues de Resende Filho (1968 apud CUNHA, s/d), pois mostra que a penhora incidia diretamente sobre o devedor que, não pagando a dívida, poderia o credor conduzi-lo à força, na presença do pretor, com testemunhas, tendo autonomia para encarcerá-lo e transportá-lo algemado. A partir desse momento, ainda sem o pagamento, o credor poderia anunciar à venda o devedor em três feiras, com interregno de nove dias, anunciando a sua condenação, esperando que algum parente ou pessoa qualquer pagasse a dívida para livrar o devedor. Caso isso não ocorresse, poderia então o credor vender o devedor, ou torná-lo escravo, ou até mesmo matá-lo.

Luiz Carlos de Azevedo (1994) confirma esse sistema executivo romano e procedimento de penhora, esclarecendo que sua fonte que é a Lei das XII Tábuas, observando, inclusive, que esse procedimento executivo encontra-se registrado na Tábua III.

O modelo executivo romano foi ganhando contornos e sofrendo alterações até surgir o que se chamou de *pignoris capio*, definida por PAULA (s/a, p. 2-3) como sendo uma forma de execução se baseava na responsabilidade do patrimônio do devedor e não corporal, esclarecendo que “nesta modalidade de execução patrimonial, o credor apanhava um objeto do devedor e mantinha consigo durante determinado prazo, a ver se ele se resolvia a pagar (pressão psicológica).” Ademais, se persistisse o inadimplemento, o credor podia elidir o bem ou incorporá-lo em seu patrimônio para quitação do débito.

Alcides de Mendonça Lima (1979) segue mesma orientação quando trata desse modelo executivo, veja:

[...] Não recaía sobre a pessoa do devedor e sim sobre seu patrimônio. Parece ter sido a primeira modalidade romana de execução patrimonial. Os bens eram apreendidos pelo credor, na presença de três testemunhas e sem necessidade do comparecimento do adversário e do magistrado. [...] Como credor, apossando-se do patrimônio do devedor, não podia dele dispor e nem aliená-lo, a penhora (*pignoris*) exercia, apenas, persuasão coativa na vontade do devedor relapso. Ao credor somente se permitia a destruição dos bens. Mas de qualquer modo, nunca seria satisfeito do ponto de vista econômico, salvo se a dívida visse a ser saldada, caso em que os bens seriam devolvidos ao devedor.

Sobre a definição de *pignoris capio*, (AZEVEDO, 1994, p. 38) mostra que é “apanhar, tomar as mãos, apoderar-se [...]”

Posteriormente, foram surgindo formas de execução mais humanizadas, como a *Lex Poetelia* a qual proibiu a prisão, a morte e a venda do devedor (LIMA, 1979).

Outros procedimentos executivos foram nascendo, sempre mitigando o direitos dos credores e concedendo mais benesses ao devedor. Eles são assim conhecidos: *ActioIudicati*,

BonorumVenditio, DistratioBonorum, BonorumCessio, Pignus in causa iudicaticaptum. (AZEVEDO, 1994)

A concessão de crédito e inadimplemento não são assuntos da atualidade, e nas linhas anteriores, percebeu-se como foi tratada a questão da penhora nos sistemas legais ao longo da história. Descobriu-se que, inicialmente, a penhora incidia sobre o devedor e depois, com a humanização do sistema, passou a abarcar o patrimônio do inadimplente, imiscuindo-se de postura cruéis e sub-humanas. A seguir, será tratada da penhora no sistema executivo brasileiro, bem como as suas formas procedimentais, procurando conhecer os vários métodos possíveis para se realizar a penhora.

3.3 A PENHORA E SUAS FORMAS PROCEDIMENTAIS

A penhora tem natureza essencialmente executiva, porque é instituto do processo de execução, que tem por finalidade precípua de apreender, conservar e definir direito de preferência, conforme já exposto. Assim, torna-se necessária a apresentação de todas as suas formas procedimentais, é o que se passa a estudar.

Sabe-se que a penhora tem o condão segregar patrimônio de maneira coercitiva, com o uso da força estatal, para forçar o pagamento de uma avença existente entre devedor e credor, sendo este portador de um título executivo, que dele subsume a certeza do crédito. (FILHO, 2012)

A penhora é condição *sinequa non* para satisfação de uma execução, no caso de exaurimento do prazo para pagamento voluntário. Conforme já mencionado em outro momento, quando se fala em processo de execução, logo se lembra do procedimento de citar o devedor para pagar, e, não havendo quitação, a penhora e, posteriormente, a alienação judicial. É de se perceber que não existe apenas uma forma procedimental para se realizar a penhora. (JUNIOR et al, 2012)

O convencional é que a penhora recaia sobre bens móveis e/ou imóveis, onde Oficial de Justiça sai em diligência para penhorar bens onde os encontrem, ainda que seja em repartição pública, podendo também, proceder até arrombamento de portas com ou sem o uso de força policial (FILHO, 2012).

Diz ainda Fredie Didier Júnior (2012) que a penhora se aperfeiçoa com a apreensão e depósito do bem, sendo que a apreensão se formaliza por termo ou auto, esclarecendo que o termo é realizado pelo escrivão e o auto é formalizado pelo oficial de justiça, devendo, inclusive intimar o devedor, quem poderá requerer a substituição da penhora, nos termos do art. 668 do CPCC. Em síntese, é a via procedimental mais conhecida.

Existem várias situações em que se formaliza a penhora, todavia seguem alguns procedimentos específicos, diverso do convencional. Nas linhas seguintes, e em observância à didática, serão abordados alguns procedimentos especiais de penhora.

3.3.1 Penhora de crédito do devedor

Mister faz-se elucidar quem é a penhora de crédito do devedor e a sua funcionalidade no sistema processual executivo brasileiro.

Misael Montenegro filho (2012, p. 390) informa que “a prática de ato preparatório, consistente na intimação dirigida ao terceiro devedor, para que não pague ao seu credor, que é o devedor da ação executiva”.

Enrico Tullio Liebman (1986 apud JÚNIOR et al, 2012) esclarece que os direitos do devedor contra terceiros são passíveis de penhora, contando que tenha caráter patrimonial, podendo, inclusive, ser transferido ou cedidos, sem anuência do terceiro.

A regra encontra-se estatuída no artigo 671 do CPC, que autoriza o Oficial de Justiça penhorar crédito do executado que esteja disponível em mãos de terceiro. A nuance nesse procedimento de penhora consiste que enquanto não ocorrer a hipótese prevista no artigo 672 do CPC, será considerada feita e acabada a penhora a partir da intimação do terceiro devedor para que não pague ao seu credor; ou do credor do terceiro para que não pratique ato de disposição do crédito (JÚNIOR, 2012).

Após entender a funcionalidade da penhora de crédito do devedor e sua funcionalidade, será abordado a penhora de crédito e como o credor poderá manejar esse procedimento de penhora a seu favor.

3.3.2 Penhora de crédito

Neste tópico serão apresentados os principais aspectos relacionados à penhora de crédito, a qual representada por letra de câmbio, nota promissória, duplicata, cheque ou outros títulos, com guarida no artigo 672 do Código de Processo Civil, possui diferenciação no procedimento geral de penhora em razão de ser autorizado a apreensão da cártula do crédito que esteja ou não em poder do devedor.

Fredie Didier Júnior (2012, p. 621), faz questão de elucidar que

a) apreensão do documento, esteja ou não em mãos do executado [...], para ser depositado, na forma do art. 666, I, do CPC, no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal ou em um banco que o Estado-Membro da União possua mais de metade do capital social integralizado; ou, em falta de tais estabelecimento de crédito, ou agências suas no lugar, em qualquer estabelecimento de crédito, designado pelo juiz; *b) não sendo possível a sua apreensão* (como previsto no art. 671, CPC), mas confessando o terceiro (devedor do executado a dívida, considera-se penhorado o crédito e o terceiro, seu depositário – que só se liberará da obrigação quando depositar em juízo a quantia devida (672, § 1º, CPC). (Grifo do autor)

O tom diferencial nessa via procedimental é que o crédito do executado, representado por um título, poderá ser apreendido e depositado em instituição bancária para fins de garantia da execução.

Mostrou-se o procedimento para se realizar penhora de crédito retratado em título, possibilitando ao exequente a receber o crédito de pessoa alienígena da execução. A seguir, será conhecido o procedimento de penhora que possibilita ao credor penhorar crédito do que esteja dentro de outros autos em trâmite perante o Poder Judiciário.

3.3.3 Penhora no rosto dos autos

Outra matriz na forma procedimental da penhora consagrada no Processo Civil é a penhora no rosto dos autos.

O procedimento tem tonalidade diferente da regra geral porque é anotada na capa de outros autos onde o executado tenha crédito a receber. Para ElpídioDonizetti Nunes (2010, p. 843) a penhora tem por objeto

direito patrimonial litigioso, de natureza pessoal ou real, cuja titularidade é atribuída ao executado, o qual, no processo onde será realizada a penhora figura como autor, exequente ou herdeiro habilitado em processo de inventário. Não se trata necessariamente de direito, uma vez que esse dependerá do desfecho da demanda, mas de mera expectativa de que o executado irá receber o bem objeto da penhora.

Observação importante é feita por Araken de Assis (2007 apud JÚNIOR, 2012) que o autor da execução será considerado litisconsorte facultativo do executado, o qual assume posição jurídica de credor do direito litigioso.

É bastante didática a nota de Misael Montenegro Filho (2012, p. 390), exemplificando, aduz

observe o caso do devedor da execução que ingressa com outra demanda que não guarda qualquer relação com a ação executiva, como a ação de indenização por perdas e danos, pelo fato de o devedor ter sido atropelado na via pública, suportando vários prejuízos. [...] Não obstante, a lei autoriza que credor da ação de execução solicite ao juízo pelo qual tramita a ação proposta pelo devedor que efetiva a denominada *penhora no rosto dos autos*. Consolidado o crédito em favor do devedor, a penhora incidente sobre a importância que seria destinada ao devedor como pagamento e satisfação da obrigação pleiteada em face do terceiro é ratificada (art. 674). **Grifo do autor.**

O ponto nevrálgico nessa via procedimental é que o Oficial de Justiça intima o Escrivão Judicial para grafar na capa dos autos o registro da penhora daquele crédito disputado em favor do credor, que é devedor numa execução. No momento seguinte, será compreendido como efetuar penhora sobre dívidas de direito a juros, direito a renda ou direito a prestações periódicas, e como o credor poderá acionar para si essa via procedimental de penhora.

3.3.4 Penhora sobre dívidas de dinheiro a juros, direito a renda ou direito a prestações periódicas

Esse procedimento de penhora será elucidado, de maneira sintética, procurando mostrar qual o momento em que o credor poderá fazer uso desse instrumento processual para solver o seu crédito.

Essa forma procedimental de penhora, muito pouco utilizada, prevista no art. 675 do CPC, onde o diploma processual autoriza o credor a levantar os juros, os rendimentos ou as prestações à medida que forem sendo depositadas, abatendo-se do crédito as importâncias recebidas, conforme as regras da imputação em pagamento, regulamentadas pelos artigos 352 a 355 do Código Civil. (BRASIL, 1973)

Essa disposição já vinha sendo autorizada pelo Superior Tribunal de Justiça com reservas, é claro, para evitar um desfalque no capital de giro da empresa (JÚNIOR, 2012), esclarecendo que a Lei 11.382/2006 inseriu esse dispositivo no Código de Processo Civil, tornando essa possibilidade expressa na letra da lei, conforme artigos 655, VII, 655-A, § 3º, do CPC. (BRASIL, 1973)

O ponto diferenciador nesta via procedimental é que o exequente, tendo ciência de que o executado possui crédito proveniente de dinheiro a juros e/ou rendas de prestações periódicas, poderá informar ao Juízo da Execução e solicitar a penhora. A partir de então, será mostrado o procedimento de penhora de estabelecimento comercial e outros do gênero.

3.3.5 Penhora de estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como de semoventes, plantações ou edifício em construção

Esse tipo de penhora se reveste de maior complexidade porque o art. 677 do CPC, com interesse em evitar a ruína do empreendimento comercial, prever detalhes ao procedimento da penhora, especialmente no tocante a sua administração (BRASIL, 1973).

Esse procedimento enseja que o juiz “nomeará um depositário-administrador (aludido no art. 666, III, CPC) para dar continuidade à atividade produtiva do bem penhorado – até mesmo em razão da função social da empresa. A ideia é evitar a paralisação do empreendimento comercial.” (JÚNIOR, 2012, p. 626)

Corroborando com essa posição Misael Montenegro filho (2012), pois o juiz nomeará uma pessoa responsável (depositário) que recebe o ônus de cuidar da administração do empreendimento e, em dez dias, apresentará um plano de gestão, o qual será submetido à homologação judicial, sem prejuízo de as partes ajustarem a escolha do depositário e forma da administração.

Essa via de penhora encontra-se em sétimo lugar na ordem das preferências; significa dizer que é mais difícil chegar nele, pois necessário se faz que sejam esgotadas as outras possibilidades de penhora, conforme observa (NUNES, 2010, p. 844), alertando, todavia, que “em se tratando de empresa que presta serviço público sobre a forma de concessão ou autorização, o encargo de depositário-administrador recairá preferencialmente sobre um dos diretores da própria empresa.”

Para penhora de rendimento ou de empresas que prestam serviço público no prisma de concessão ou autorização, sem prejuízo de ser observado esse procedimento, necessário se faz a oitiva prévia do Poder Público, conforme lições de Humberto Theodoro Júnior (2008 apud JÚNIOR, 2012, p. 627), veja:

O sistema de concessão de serviços público prevê que, ao final do contrato, os bens vinculados à respectiva prestação, ou seja, os utilizados no objeto da concessão, reverterem ao poder concedente, não importando se preexistentes ou incorporados no curso da delegação. Em face do poder de encampação dos serviços da concessão e da reversão dos bens empregados nesses serviços, portanto, a Administração Pública pode impedir a alienação judicial do acervo penhorado da empresa concessionária (Lei nº 8.987/95, arts. 35, 36 e 37). O interesse público em jogo suplanta o interesse privado dos credores exequentes.

É uníssona a posição de FILHO (2012, p. 390), onde expressa que:

À penhora de empresa que funcione mediante concessão ou autorização. Nesta hipótese, a penhora é formalizada sobre a renda, sobre determinados bens ou sobre todo o patrimônio da empresa, preocupando-se o magistrado em nomear como depositário, preferencialmente um dos diretores da própria pessoa jurídica devedora, que conhece o seu *modus operandi*, em medida de evidente preocupação com o interesse público. (Grifo do autor)

A legislação processual é bastante criteriosa no tocante a esse tipo de penhora com a finalidade de preservar a existência da empresa, haja vista que elas exercem papel fundamental à sociedade, e principalmente, quando prestam serviços ao Poder Público, sob o manto de concessão ou autorização.

3.3.6 Penhora sobre navio ou aeronave

Pretende-se mostrar a possibilidade de penhora sobre esses bens e quais exigências fazem a legislação processual executiva para que navios ou aeronaves sirvam de garantia a lide executiva.

A Legislação Processual Civil, art. 679 diz: “A penhora sobre navio ou aeronave não obsta a que continue navegando ou operando até a alienação; mas o juiz, ao conceder a autorização para navegar ou operar, não permitirá que saia do porto ou aeroporto antes que o devedor faça o seguro usual contra riscos.” (BRASIL, 1973)

Para Araken de Assis (2002, p. 676) “Navio é qualquer construção destinada ao transporte de pessoas ou mercadorias sobre ou sob a água. Aeronave é qualquer veículo que desloca pelo ar, destinado ao transporte de mercadorias e pessoas.”

Para que esses bens se tornem em garantia à execução, Misael Montenegro filho (2012, p. 391), esclarece que

a penhora não impede que o bem continue sendo destinado à sua finalidade primordial, que é a de garantir o transporte de coisas e/ou de pessoas. Contudo, em vista do razoável valor desses bens, como forma de evitar que a coisa deteriores total ou parcialmente na atividade do transporte, a lei exige que o executado comprove ter realizado seguro contra riscos, como *conditio sine qua non* para que se permita a saída do navio ou da aeronave do porto ou do aeroporto.

Percebeu-se nesse ponto que tom diferenciador é que o legislador preocupou em manter a prestação desses serviços, quando for o caso, e criou a exigência de se contratar um seguro contra riscos existentes para a efetivação da penhora, pois aludidos riscos são inerentes transporte, até porque a navegação e aeronavegação recebem influência de eventos e tragédias não previsíveis e, às vezes, todos os meios se mostram necessários. (ASSIS, 2002)

A partir deste momento, será abordada, de forma resumida, a possibilidade de penhora de ativos financeiros do devedor arquivados em instituições bancária.

3.3.7 Penhora por meio eletrônico

Dentre os vários procedimentos de penhora, é possível penhorar dinheiro que esteja depositado em instituição financeira. Neste tópico, de forma sintética, pretende-se mostrar como efetivar a penhora de ativos do devedor que estejam sob custódia de instituição financeira.

A penhora é definida por ASSIS (2008, p. 591) como “ato específico de intromissão do Estado na esfera jurídica do obrigado mediante a apreensão material, direta ou indireta de bens constantes no patrimônio do devedor”.

Quando esse patrimônio encontra-se sob responsabilidade de instituições financeiras que funcionam basicamente por meio de sistemas informatizados, também poderá ser apreendido e vinculado à execução. Débora Kuhl (2007) informa que a penhora *on-line* é procedimento que bloqueia em contas bancárias por ordem da justiça para pagamento de débitos.

Esmiuçando detalhes da via procedimental de penhora, Fredie Didier Júnior (2012) mostra que o juiz requisita a autoridade supervisora do sistema bancário, eletronicamente, requerendo informações sobre ativos do devedor. Emitida a resposta ao juiz requisitante pelas instituições e os valores já ficam previamente bloqueados. Somente após esse bloqueio prévio que o juiz determina ao escrivão que lavre o respectivo termo de penhora, do qual é intimada a parte executada para se manifestar. Caso a importância trate-se de verba impenhorável, é ônus do devedor alegar e provar ao magistrado para que este libere o valor bloqueado e penhorado.

O Fórum Nacional de Juizados Especiais flexibiliza na burocracia, dispensando a lavratura do auto de penhora, através de seu enunciado nº 140, veja: "O bloqueio *on-line* de numerário será considerado para todos os efeitos como penhora, dispensando-se a lavratura do

termo e intimando-se o devedor da constrição (XXVIII Encontro – Salvador/BA)." (FONAJE, 2010)

Nessa linha procedimental, Elpídio Donizetti Nunes (2010, p. 836-837) corrobora com esses passos, dizendo que “a rigor nem se trata de penhora, mas sim de informações sobre a existência de ativos em nome do executado, isto é, depósito em conta corrente ou em caderneta de poupança e qualquer outra aplicação no mercado financeiro.” Aludido autor é esclarecedor quando diz que “a lei autoriza a requisição de informações sobre a existência de saldo ou aplicação em todo o sistema financeiro, não especificamente sobre a quantia pertencente ao devedor.”

Visualiza-se que caso o devedor possua alguma espécie pecuniária sob os auspícios do sistema financeiro, poderá esse valor ser, inicialmente, bloqueado, e posteriormente, penhorado. A sistemática de bloqueio poderá ser feita, preferencialmente, eletronicamente, por meio dos processos da informática. É um procedimento diferente, mas possível e previsto na legislação processual brasileira.

4 A NATUREZA E OS EFEITOS JURÍDICOS DA PENHORA

A Penhora exerce fundamental papel no processo de execução, pois possibilita ao credor uma garantia para satisfação do seu crédito. Nesse contexto jurídico, indaga-se qual e a natureza jurídica da penhora e quais efeitos a penhora influi para o credor e para o devedor.

4.1 A PENHORA E SUA NATUREZA JURÍDICA

É preciso identificar que natureza jurídica exerce a penhora dentro processo executivo para, a partir de então, ser possível aferir quais efeitos que surgem dela. Neste ponto, será identificado a natureza jurídica da penhora, identificando a sua importância dentro da execução.

Fredie Didier Júnior et al (2012) aduz que a doutrina discute a natureza jurídica da penhora, informando três correntes mais discutidas. Dentre elas cita que alguns doutrinadores afirmam que a penhora tem natureza jurídica cautelar, todavia sustenta que tal corrente não é feliz, posto para que ocorra a penhora é indispensável a premissas do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

Nesse ponto, Misael Montenegro Filho (2012, p. 382) esclarece que a “penhora, não é necessariamente vista como ato acautelatório, que teria por escopo assegurar o resultado útil de uma ação principal...”

Fredier Didier Júnior (2012, p. 545) apresenta também uma segunda corrente, a qual sustenta que a penhora é um ato misto, composto de cautelaridade e executoriedade, conquanto rechaça essa posição informando que não é o melhor entendimento, esclarecendo que “já se viu que sua função cautelar é secundária e não serve para definir sua natureza (a sua substância) que é desencadear a expropriação forçada. É o início da invasão patrimonial que sofrerá do devedor.”

Na terceira corrente doutrinária acerca da natureza jurídica da penhora, Fredier Didier Júnior (2012, p. 545), é dela aderente, pois

diz ser ato essencialmente executivo, pelo qual se apreendem bens do devedor; com isso, a responsabilidade patrimonial deixa de ser genérica para recair especificamente sobre ele. A penhora é ato executivo, ainda que insuficiente para satisfazer o credor. A partir da penhora, poderão ser praticados atos de expropriação dos bens, que serão convertidos em pecúnia a ser entregue ao credor.

Por conclusão de Wambier et al (2009), a penhora tem natureza executiva, pois é um ato do processo de execução, ato esse que dá início à atividade executiva propriamente dita, cujas medidas coativas independem da participação do executado.

Para Marinoni e Arenhart (2007 apud KUHL, 2007, p. 36) a penhora “possui natureza *executiva* e não cautelar, sendo irrelevante a presença ou não a aparência do direito ou do perigo do dano irreparável para sua concessão.” (Grifo)

Por fim, repisando esse posicionamento, Karen Lessa e Fernando Silveira Melo Plentz Miranda (2014, s/p.) registram que a penhora “tem a natureza e ato coercitiva e executório, uma vez que o Estado exerce sua vontade através de seus órgãos jurisdicionais obrigando o executado a realizar coativamente o direito, ou seja, de responder patrimonialmente a execução.”

Este autor conclui que a penhora não é instituto que visa cautelaridade ao processo executivo e muito menos antecipa efeitos de tutela, pois sua essência é a executoriedade, sendo essa característica a sua natureza jurídica. Como foi tratado da natureza jurídica da penhora, a seguir, será mostrado os reflexos desse ato executivo e quais efeitos surgem da penhora para credor e para devedor.

4.2 A PENHORA E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

A penhora exerce papel importantíssimo no processo de execução e a sua efetivação defluem consequências jurídicas as partes vinculadas à execução. Sinteticamente, nas próximas linhas abordarão quais são os efeitos que nascem a partir da concretização da penhora e a quem eles se dirigem.

Esclarece Misael Montenegro Filho (2012) que a “penhora é *conditio sine qua non* para a apresentação da defesa do devedor, autorizando-nos a concluir que a penhora representa verdadeiro pressuposto para o recebimento da manifestação em exame.” Aludido autor faz questão de elucidar que a ausência da penhora implica em falta de interesse de agir, posto que ainda não houve invasão do patrimônio do devedor.

Elpídio Donizeti Nunes (2010) informa que a penhora constitui apenas ato executivo que gera efeitos processuais e materiais. Os efeitos processuais têm o condão de individualizar o bem ou bens, garantir o juízo da execução e cria preferência para o exequente. E os materiais faz o devedor privar da posse direta do bem e induz a ineficácia das alienações.

A mesma classificação é dada por Araken de Assis (2008), ou seja: materiais e processuais, acrescentando apenas observando que essa classificação visa organizar o assunto didaticamente; e Alexandre Freitas Câmara (2006) é também unânime na mesma asserção.

De forma sutil, Luiz Rodrigues Wambier et al (2009) difere dos autores acima citados, aclarando que os efeitos da penhora tem a finalidade de vincular o bem específico à execução, conservar o bem que foi individualizado e atribui direito de preferência ao credor em relação a outros credores que sejam classificados na mesma categoria.

Nessa posição caminha (FILHO, 2012), pois para ele a penhora causa fragilidade na coisa quanto a possibilidade de o devedor dispor dela; também aduz que o depositório, seja o devedor ou terceiro, passar a exercer o encargo de zelar da coisa, e, ainda, grafa que a penhora impõe direito de preferência em favor do credor, pois eventuais outros credores receberão seus haveres se houver saldo.

Percebeu-se que os efeitos processuais da penhora trazem consequências favoráveis e diretas ao exequente e os efeitos materiais refletem diretamente no patrimônio do devedor. Por fim, compreendeu-se várias nuances da penhora e suas formas procedimentais, porém, dentre estas não foi abordada a modalidade eletrônica, que ficou reservada para ser tratada em local próprio devida a importância aqui exercida.

5 PENHORA ELETRÔNICA: PRINCIPAIS ASPECTOS

Foram abordadas, de maneira perfunctória, as várias formas procedimentais da penhora, com base no rol elencado na Legislação processual Civil brasileira. Observou-se que cada procedimento de penhora carrega consigo alguma peculiaridade, que não se manifesta em outro via procedimental. A mesma situação ocorre a modalidade eletrônica da penhora, a qual características próprios, que serão a seguir tratadas.

O avanço tecnológico possibilitou o surgimento de tecnologias da informação que possibilitam mais agilidade ao processo, especialmente, neste caso, o de execução. Rafaela Gutschwager Gasparly (2009) informa que a globalização do mundo, onde as informações são trocadas com muita rapidez e agilidade e analisando a situação precária do Judiciário, esclarece que é necessário que ocorram algumas alterações.

O Banco Central do Brasil é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Fazenda, criado pela Lei Federal nº 4.595 (BRASIL, 1964). Por meio de convênio de cooperação técnico-institucional, foi firmada entre o Banco Central do Brasil (BACEN) e o Poder Judiciário parceria que visa combater os problemas de morosidade processual nos processos de execução (GOLDSCHMIDT, 2006).

A parceria aludida possibilitou a criação de um sistema de informática, denominado BACEN-JUD, em vigor de 2001, o qual permite ao Magistrado bloquear ativos financeiros do devedor que estejam sob custódia de instituições bancárias brasileiras (KULH, 2007).

O Convênio foi firmado no ano de 2001, inicialmente com o Superior Tribunal de Justiça e com o Conselho da Justiça Federal; em 2002, foi firmado com o Tribunal Superior do Trabalho, inserindo a modalidade de penhora por meio eletrônico na justiça laborativa, conforme discorre Hugo César Azevedo Santana (2008)

O sistema informatizado possibilita ao magistrado encaminhar requisições diretamente ao BACEN, o qual repassa as instituições financeiras do Brasil, e estas, fazem análise e bloqueiam importância nas contas dos titulares (GOLDSCHMIDT, 2006)

Fredier Didier Júnior et al (2012, p. 618) esclarece que a penhora por meio eletrônico “permite que o juízo da execução, pela via eletrônica, determine que o Banco Central bloqueie depósitos e aplicações financeiras em nome do executado”.

Uma das finalidades do procedimento eletrônico é impingir mais celeridade aos processos de execução, e nesse sentido, Karen Lessa e Fernando Silveira Melo Plentz Miranda (2014, p. 64) diz que o

O diferencial que se faz presente na penhora “online” está contido no princípio da celeridade processual, uma fez que estimula o rápido andamento do processo de execução satisfazendo sua efetividade. Por meio da penhora “online” é possível investigar todos os patrimônios ou os ativos existentes no nome do devedor, que posteriormente por ordem judicial se realiza a penhora através dos meios eletrônicos autorizados aos tribunais de justiça. (SIC)

A penhora por meio eletrônico não surgiu por iniciativa legislativa, mas através do convênio firmado, inicialmente em 2001, e no ano seguinte, em 2002, com o Tribunal Superior do Trabalho e o Banco Central do Brasil. O momento é motivado por um descrédito na Justiça do Trabalho, pois a máxima era a do “ganhou, mas não levou” (GASPARY, 2009).

Quatro anos depois, esse procedimento eletrônico de penhora foi regulamentado pela Lei nº 11.382/2006 (BRASIL, 2006), a qual inseriu o art. 655-A no Código de Processo Civil, dando ao artigo a seguinte redação:

Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

Verificou-se que o procedimento de penhora eletrônica teve início em 2001, por meio de convênio firmando entre o Banco Central do Brasil e o Poder Judiciário. Essa via procedimental de penhora foi inserida no ordenamento jurídico em 2006, e um dos objetivos é a celeridade processual, conforme postulado por alguns autores acima citados. A seguir, será trabalhado a melhor técnica para referenciar esse procedimento de penhora, pois existe discrepância entre os doutrinadores no tocante a nomenclatura.

5.1 PENHORA ELETRÔNICA OU PENHORA *ON-LINE*?

Já foi possível compreender o alcance da penhora e as suas várias formas de se efetivar dentro do processo de execução. Agora, procura-se identificar a melhor técnica para referir ao procedimento de penhora é auxiliado por sistemas informatizado.

Percebeu-se algumas dissonâncias entre os doutrinadores quanto ao uso do termo para referir-se a forma procedimental de penhora, que faz uso de recurso da informática. A começar por Fredie Didier Júnior et al (2012, p. 618), este jurista esse modelo procedimental de penhora como “penhora *on-line*”.

Débora Kuhl (2007) também o alude como penhora *on-line*.

A orientação de GOLDSCHMIDT (2006) é de nominar o procedimento como penhora *on-line*, todavia ele procura fazer a separação do momento do bloqueio *on-line* e o momento da penhora *on-line*, esclarecendo que primeiro o magistrado bloqueia o dinheiro do devedor disponível em uma conta bancária e depois de transferida para conta judicial se efetiva a penhora.

Gabriela Oliveira Freitas (2009, p. 110) também identifica o procedimento como penhora *on-line*, veja: “Assim, a lei em análise trouxe ao processo de execução do título extrajudicial aprimoramentos capazes de tornar célere o processo e de garantir sua satisfação, entre os quais o objeto do presente estudo: a **penhora *on-line***.” (Grifo nosso)

Já Hugo César Azevedo Santana (2008) diverge dos autores acima, pois ele assenta que o termo *on-line* não se presta a identificar com precisão a constrição eletrônica de dinheiro. Justifica seu posicionamento parafraseando Gabriel Silva Fragoso Machado (2004) para dizer que o termo *on-line* dá a ideia de computadores ligados entre si para troca de informações e que os bloqueios de ativos financeiros do devedor são feitos de forma eletrônica.

O procedimento também é nominado como “penhora por meio eletrônico”, seguindo a letra da lei processual civil, veja:

Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente **por meio eletrônico**, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. (BRASIL, 1973) (Grifo nosso)

Com bastante veemência, é esse o entendimento de ElpídioDonizetti Nunes (2010, p. 834) onde diz que

Os adeptos de estrangeirismos denominam essa modalidade de constrição de penhora *on-line*. **A expressão, contudo, sob todos os aspectos, deve ser evitada. “Penhora na linha” – tradução literal de penhora *on-line* –** caractere de significado, não indicando, com previsão, o meio utilizado. A língua inglesa nada ou pouco tem a ver com o nosso sistema jurídico. E, mais importante, denota desprezo com a língua pátria. (Grifo nosso)

Seguindo essa sistemática, Tiago Furtado Ayres (2012) opta por utilizar a nomenclatura “penhora eletrônica”, todavia, SANTANA (2008), diverge nesse ponto, pois, no seu entender, o termo “penhora eletrônica” é inadequado porque sua acepção não condiz com a realidade do ato processual enfocado.

Já Rodrigues Pinto (2006 apud SANTANA, 2008) segue por outro caminho para aludir ao procedimento, a saber: “a melhor denominação para corresponder ao seu conteúdo não é nenhuma das que lhe estão sendo emprestadas (*penhora online, penhora eletrônica ou penhora virtual*), e sim a de constrição eletrônica direta.” (Grifo do autor)

Em que pese os posicionamentos acima esposados, este autor prefere utilizar-se da expressão “penhora por meio eletrônico”, por compreender ser a expressão a que mais revela o procedimento, pois, conforme exposto por Guilherme Goldschmidt (2006), a penhora só se efetiva depois de ser bloqueados valores financeiros do devedor disponíveis em instituições bancárias, ou seja, a consubstanciação da penhora só se efetiva na ocorrência de vários atos antecedentes que se realizam por meio de um sistema eletrônico executado em computadores.

Superadas questões conceituais, importante elucidar os passos procedimentais da ocorrência da penhora eletrônica e, para Freddie Didier Júnior (2012), o juiz requisita a autoridade supervisora do sistema bancário o bloqueio de valores, nominando de Arresto executivo eletrônico a resposta à requisição apresentada pelo Banco Central do Brasil. Mostra ainda que o escrivão lavrar o termo de penhora, intimando o executado ou seu Advogado, ultimando-se o arresto eletrônico convertendo-o em penhora.

Percebeu-se que o termo penhora por meio eletrônico coaduna mais com o procedimento, pois tal nomenclatura se aproxima mais dos atos que ensejam na efetivação da penhora. O que se procura mostrar que, em regra, “eletrônico” são os atos antecedentes da penhora que são utilizados por sistemas informatizados (requisição, bloqueio e transferência para conta judicial) e, somente após, isso é que ocorre a penhora. Diante da compreensão da técnica redacional quanto ao termo para referir-se ao procedimento, importante, então, conhecer que efetividade a penhor por meio eletrônico incide no desfecho da demanda executiva.

5.2 A EFETIVIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA POR MEIO ELETRÔNICO

Neste ponto, serão avaliadas as mudanças que sofreu o ordenamento jurídico processual na tentativa de causar mais celeridade ao processo executivo e, dentre elas, a inserção do procedimento de penhora por meio eletrônico. Será verificado também se essa via procedimental de penhora influi na efetivação da execução e se consegue dá maior satisfação aos credores.

Primeiro, é importante compreender a acepção da efetividade para depois delinear sobre a sua ocorrência no processo civil.

A burocracia brasileira e o sistema rígido e formal do processo executivo são situações que acabam por favorecer o devedor, porque este tem a possibilidade de procrastinar os litígios judiciais, tornado o processo executivo moroso e sem efetividade, conforme GOLDSCHMIDT (2006, p. 28), alertando, inclusive, que

com a evolução dos estudos jurídicos sobre a ciência processual, revelou-se, cada vez mais, uma preocupação social com a questão da efetividade da prestação jurisdicional, visto que, **caso o Judiciário caia no descrédito, a própria convivência estará ameaçada.** (Grifo nosso)

Para Luciano Pasoti Monfardini (2008, p. 6-7) é estritamente necessário ter pleno conhecimento da definição de “efetividade”. Ele diz que a “lei eficaz e efetiva, material ou processual, é aquela que possui plena ‘incidibilidade’ (eficácia)”, mostrando também que a efetividade processual tem por objeto o perfeito alcance da finalidade de lide, que é a distribuição igualitária da justiça, como forma de pacificação social, proporcionando soluções jurídicas e legítimas ao mesmo tempo.

Ademais, para que ocorra essa efetividade, o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), a partir de 2004, assegura a razoável duração do processo e os meios que garantem celeridade na tramitação, seja no âmbito administrativo e judicial.

A partir dessa alteração na constituição, Hugo César Azevedo Santana (2008), informa que a lei processual brasileira passou por uma mini-reforma, objetivando valorizar a celeridade do processo. Dentre as alterações, pode-se citar a inclusão do art. 655-A, além do parágrafo 6º do art. 659 no Código de Processo Civil, que prevê o uso do meio eletrônico para penhora de numerário, veja:

Art. 655-A. Para possibilitar a **penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira**, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, **preferencialmente por meio eletrônico**, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

Ar. 659, § 6º Obedecidas as normas de segurança que forem instituídas, sob critérios uniformes, pelos Tribunais, a penhora de numerário e as averbações de penhoras de bens imóveis e móveis podem ser realizadas por meios eletrônicos. (BRASIL, 1973) (grifo nosso)

Interessante observação de Sydney Sanches (2001 apud GOLDSCHMIDT, 2006), confirma que:

não haverá justiça forte enquanto houver demora no julgamento na execução e no cumprimento da decisão judicial. Não adiantaria facilitar o acesso, se a conclusão do julgamento não for igualmente facilitada, por mais independente que a justiça seja. A justiça forte é aquela no qual o povo acredita. Agora, se o cidadão acredita que vai ganhar seu dinheiro daqui há dez anos, ele, com certeza, não confiará na justiça.

Veja que a penhora por meio eletrônico está inserida no princípio da celeridade processual, posto que impõe maior rapidez ao desfecho da demanda executiva, causando maior efetividade. Esse procedimento eletrônico de penhora possibilita ao estado (juiz) verificar a existência de patrimônio ou ativos que existam em nome do devedor. (MONFARDINI, s/a)

Karen Lessa e Fernando Silveira Melo Plentz Miranda (2013, p. 13-14) destacam um ponto importantíssimo que ocorreu no processo executivo brasileiro, que é o sincretismo processual. Explicam que a mini-reforma processual teve também o condão de juntar, na prática, os processos de cognição e execução, sem, contudo, elidir a autonomia de ambos. Eles dizem que

os atos executivos serão praticados dentro do próprio processo em que se proferiu a sentença, intimando o executado somente acerca dos atos de constrição executiva. A regra geral é a de que para as sentenças que dependam de execução (título executivo judicial), sejam executadas no próprio processo em que foram deferidas. É certo que existem exceções como, por exemplo, a execução por quantia certa contra a fazenda pública.

Acerca do sincretismo processual, com mais detalhes, Rafaela Gasparly (2009), informa que alteração no Código de Processo Civil, introduzida pela Lei nº 11.282 (BRASIL, 2005), modificou a sistemática anterior, passando a considerar o procedimento como um todo, desde a cognição até a execução. Essa alteração tem sido importante para a celeridade processual, pois, agora, a sentença da cognição resolve o mérito, mas não põe termo ao processo, mas somente na fase cognitiva em primeiro grau. Com isso, basta apenas que seja intimado o executado na pessoa de seu Advogado, se houver, para dar início a fase executiva. Esse norte dado ao processo reduz consideravelmente o prazo de tramitação da demanda, pois a sistemática anterior exigia-se um novo processo. Neste caso percebe-se sim uma efetivação mais rápida.

Observa-se que as alterações na legislação iniciou-se na constituição brasileira até o Código Processual Civil com a finalidade de trazer mais celeridade e efetividade as lides judiciais, conforme corrobora Tiago Furtado Ayres (2012, p. 50), dizendo: “com esse espírito inovador, o legislador brasileiro trouxe modificações significativas ao sistema processual pátrio.”

Para Guilherme Goldschmidt (2006) a alteração inserida em 2005 no Código de Processo Civil é uma tentativa do legislador reduzir o tempo de vida das ações no judiciário e, especialmente, impedir que o devedor atue com manobras protelativas dentro das lides, arrastando o processo executivo a anos dentro da justiça brasileira.

A providência para reduzir esses abusos foi a de criar mecanismos processuais que impeçam tais comportamentos. (MONFARDINI, 2008)

Também para Rafaela Gasparly (2009), a penhora *on-line* impede que ocorra o esvaziamento dos ativos do executado, retirando do credor a possibilidade de ficar peregrinando eternamente na busca de bens sujeitos à constrição.

Avalia Luiz Guilherme Marinoni (2008) que a penhora de dinheiro é o melhor método de buscar a satisfazer o credor no seu crédito, já que dispensa um procedimento mais longo que é transformar o bem penhorado, seja imóvel ou móvel, em dinheiro.

Saulo Marques Mesquita (2006 apud Débora Kuhl, 2006, p. 68) mostra que essa sistemática privilegia o credor e dá mais sentido ao princípio da celeridade processual, veja:

A situação agora é mais favorável ao credor, o que, inegavelmente, implica **verdadeira homenagem ao princípio da efetividade**. Ao invés de ficar à mercê da localização de eventuais bens para a satisfação do seu direito, pode o credor solicitar ao juízo o bloqueio de dinheiro pertencente ao devedor. (Grifo nosso)

É importante mostrar que havendo penhora de valor considerando impenhorável, poderá o devedor, munido de petição, dirigir-se ao Estado Juiz e solicitado a liberação do valor, mediante a devida comprovação. Esse ponto, também mostra-se mais célere em relação a efetividade da penhora em favor do credor, mas também concede rápida resposta ao devedor, caso incida a situação acima posta. (GASPARY 2009)

Diga-se que a penhora *on-line* tem por escopo reduzir o problema da morosidade do Judiciário em dar resposta aos conflitos, pois, através deste instituto, será entregue uma prestação jurisdicional mais rápida e eficaz. “Com isso, a penhora *on-line* veio a constituir-se

uma verdadeira “luz no fim do túnel”, no que pertence à crise vivenciada pelo Judiciário.” (GOLDSCHMIDT, 2006, p. 29-30)

Embora as dissonâncias, é sabido também que a penhora por meio eletrônico não fere princípio constitucional, porque sua funcionalidade não exhibe informações bancárias do devedor, apenas bloqueia valores e informa ao magistrado a ocorrência do bloqueio, lições de Hugo César Azevedo Santana (2008, p. 1252). Referido autor conclui dizendo que

o sistema Bacen Jud permite que o magistrado solicite saldos e extratos bancários de clientes do Sistema Financeiro Nacional. Entretanto, não se pode falar em inconstitucionalidade do sistema, tendo em vista que os juízes têm autorização legal para decretar a quebra do sigilo bancário. Porém, uma vez decretada a quebra do sigilo, o processo deve correr em segredo de justiça, uma vez que não há necessidade de expor ao público a intimidade financeira do investigado.

O Manual Básico do Bacen Jud (s/a), mostra que o sistema eletrônico apenas bloqueia ativos do executado que estão sob custódia das instituições bancárias, sem, contudo, exibir informações de caráter sigilosas. Cinge-se, também que o sistema permite a exibição de dados protegidos por lei, todavia, a autoridade judiciária irá fazer, sob o crivo de decisão judicial fundamentada, nos moldes das exigências legais. Vale destacar o procedimento de quebra de sigilo bancário difere do procedimento de bloqueio de ativos, embora os acessos são realizados pelo mesmo sistema.

Também conclui Débora Kuhl (2006) que o uso da penhora por meio eletrônico não atropela garantias constitucionais. Por fim, potencializa-se a efetivar ao processo executivo, dando ao Estado força para solver as lides com mais celeridade e imprimindo maior satisfação nas execuções em favor dos credores.

É no mesmo sentido as lições de Fredie Didier Júnior et al (2012), pois a penhora eletrônica mitiga os princípios constitucionais, todavia sua inconstitucionalidade não pode ser vista porque a sistemática apenas bloqueia valores sem se dá conta de movimentações bancárias e a existência do saldo dos valores depositados.

Neste ponto, compreendeu-se a grande importância da penhora por meio eletrônico que é dar maior celeridade ao processo executivo, sem, contudo, abalroar limites constitucionais e processuais, visando atentamente dar uma resposta mais ágil e célere àqueles que lançam confiança no poder judiciário para ver seus créditos resgatados dos burladores de suas obrigações legais e processuais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Judiciário Brasileiro tem sido alvo de muitas críticas quanto à morosidade do processo. Esse contexto fez com que a Constituição e Processo Executivo sofressem alterações em seus textos legais, com o objetivo de se ter um processo mais efetivo e eficaz. Nas lides executivas, o credor “ganhava mas não levava”, porque o processo perdurava por muito tempo nos Tribunais, período em que o devedor consumia todo o seu patrimônio. Além da demora do processo, o credor também encontrava muita dificuldade em localizar bens do devedor para que fossem penhorados pela Justiça.

As mudanças advindas na lei processual buscou, além de outras situações, favorecer o credor, que, até então, se via diante de muitas barreiras a serem superadas para ver seu crédito garantido. As alterações ocorridas no âmbito da execução, visou, além de outros pontos, possibilitar que fossem penhorados ativos financeiros que estivessem vinculados ao executado,

disponíveis em instituições bancária. Esse procedimento de penhora recebeu, pelos doutrinadores, várias nomenclaturas, a saber: penhora eletrônica, penhora *on-line*, arresto judicial eletrônico, penhora virtualetc, que doravante, será identificado como penhora eletrônica. Até chegar a esse ponto, foi-se necessário percorrer um caminho histórico, percorrendo sobre a historicidade do processo executivo e a gênese do instituto da penhora.

Esse percurso possibilitou entender que o instituto garantidor vem de civilizações antigüíssimas. Posteriormente, compreendeu-se, de maneira perfunctória, as modalidades executivas disponíveis no processo civil, sendo traçado maiores detalhes da penhora e suas várias formas de ocorrer dentro lide processual executiva. Identificou-se que a penhora eletrônica não se trata de uma nova modalidade de penhora que insurgiu-se no Código de Processo Civil, mas apenas um procedimento de penhora que é realizado com o auxílio de programas e da rede mundial de computadores.

O Banco Central do Brasil é o gestor responsável por esse sistema de computador, o qual é nominado de Bacen Jud. Através desse *software*, o magistrado previamente cadastrado, envia inseri a solicitação de bloqueio judicial no programa. A partir desse momento, o sistema repassa a solicitação do magistrado a todas as instituições bancárias do Brasil e, onde houver ativos em nome do executado, será imediatamente bloqueado, permanecendo a disposição da justiça.

É nesse momento que o magistrado, por meio de decisão judicial, converte o bloqueio em penhora, intimando-se o executado para se manifestar. Esse procedimento de penhora eletrônica já enfrentou crivo de severas críticas quanto a sua constitucionalidade por vários estudiosos do direito, todavia, foi mostrado que esse procedimento de penhora não viola princípio constitucional, pois apenas bloqueio valores do executado eletronicamente, sem se ter ciência de movimentação bancária e saldos existentes.

A finalidade pretendida pelo procedimento de penhora eletrônica é alcançada, porque o credor, preferencialmente, pode solicitar a penhora eletrônica, sem ter que enfrentar uma busca interminável por patrimônio do devedor e, não maioria dos casos, infrutífera. Percebeu-se também que o aludido procedimento penhora impõe mais efetivação às ações executivas, pois o bloqueio eletrônico de valores do executado, quando não coadunar com os casos de impenhorabilidade, possibilita o credor a levantar o valor bloqueado e convertido em penhora, com a conseqüente extinção da demanda executiva, reduzindo consideravelmente o tempo de demora do processo.

Entendeu-se, por fim, que o instituto da penhora eletrônica trouxe mudanças importantes e significativas na eficácia e efetivação do processo executivo, atingindo o exigido pela Constituição Brasileira, que é a duração razoável do processo.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. _____. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Da Penhora**. São Paulo: Resenha Tributária; Fundação Instituto de Ensino para Osasco – FIEO, 1994.

BCB, Banco Central do Brasil. **Manual Básico**: Bacen Jud 2.0. s.d. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/fis/pedjud/ftp/manualbasico.pdf>. Acesso em: 06 maio 2014.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em 03 nov 2014.

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

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FILHO, Misael Montenegro. **Curso de direito processual civil**: teoria geral dos recursos em espécie e processo de execução. 2. ed. São Paulo: Atlas, v. 2, 2006.

_____. 2. ed. São Paulo: Atlas, v. 2, 2012.

FILHO, Vicente Greco. **Direito Processual Civil Brasileiro**: Processo de Execução a Procedimentos Especiais. 14. ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2000.

FONAJE. Fórum Nacional de Juizados Especiais. **ENUNCIADO 140**. Substitui o Enunciado 93. Mata de São João/BA, 24 a 26 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.fonaje.org.br/site/enunciados/>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

FOLLER, R. P. Cunha. **Aspectos relevantes sobre a penhora de bens**. s.d. Disponível em: <<http://www.advocaciacorresponderp.com.br/penhora.pdf>> Acesso em: 29 set. 2014.

FRANCO, Loren Dutra. **PROCESSO CIVIL - Origem e Evolução Histórica**. s.d. Disponível em: <http://intranet.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_20002.pdf>. Acesso em: 01 set. 2014.

GASPARY, Rafaela Gutschwager. **A penhora online e a efetividade do processo de execução**. Porto Alegre/RS. 2009. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/rafaela_gaspar.pdf> Acesso em: 23 ago. 2014.

GOLDSCHMIDT, Guilherme. **A Penhora *on-line* no Direito Processual Brasileiro**. 2006, 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, 2006.

JÚNIOR, Fredie Didier et al. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 4. ed. rev. atual. Salvador: Jus Podivm, v. 5, 2012.

JÚNIOR, Humberto Theodoro, **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2009.

KÜHL, Débora. **A aplicabilidade da penhora *on-line* como forma de satisfação do crédito nas execuções por quantia certa contra devedor solvente**. 2007, 83 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí/SC, 2007.

LESSA, Karen; MIRANDA, Fernando Silveira Melo Plentz. **A Efetividade do Processo de Execução Cível através da Penhora “*On-line*” de Bens Imóveis**. Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania. São Roque, SP, v. 5, n. 1, 2014. Disponível em: <http://www.uninove.br/marketing/fac/publicacoes_pdf/direito/v5_n1_2014/Karen.pdf> Acesso em: 12 ago. 2014.

LIMA, Alcides de Mendonça Lima. **Comentários ao Código de Processo Civil: Das Execuções**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 6, Tomo I, 1979.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MONFARDINI, Luciano Pasoti. **Efetividade do processo civil: um singelo esboço histórico e uma despreziosa investigação conceitual-doutrinária, à luz das necessidades de sempre e das tendências hodiernas**. s.d. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32091-37900-1-PB.pdf>> Acesso em: 20 ago. 2014.

NUNES, ElpídioDonizetti. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

PAULA, Alexandre Sturion de. **Cognição e império diante da nova sistemática da tutela executiva**. s.d. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/011007.pdf>>. Acesso em 29 set. 2014.

SANTANA, Hugo César Azevedo. **Quebra do Sigilo Bancário no Sistema Bacen Jud.** 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12088/quebra-do-sigilo-bancario-no-sistema-bacenjud>> Acesso em: 18 set. 2014.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SHEDD, Bíblia. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Edições Vida Nova, 1998.

SILVEIRA, Juliano Oliveira Brandis; RIBEIRO, Rodrigo Pereira Martins. **Teoria Geral do Processo.** 2012. 156 f. Apostila - (Graduação em Direito) - Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro.

VAUX, Roldand de. **Instituições de Israel no Antigo Testamento.** Tradução de Daniel de Oliveira. São Paulo: Teológica, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). **Curso Avançado de Processo Civil: Execução.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2009.

A IMPORTÂNCIA DO DIÁLOGO NA CONSTRUÇÃO DO CONHECIMENTO JURÍDICO

José Lucas Júnior

Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Sete Lagoas (1990). Atualmente é advogado - ADVOCACIA PARTICULAR e professor da Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unai.

Wesley Renato Amaral

Advogado com atuação nas áreas Cível, Trabalhista e Empresarial. Professor Universitário das Disciplinas de Prática Jurídica, Direito Processual e Direito Empresarial na Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unai - FACTU. Mestrando em Educação pela Universidade Católica de Brasília, Especialista em Direito Público em 2009 e Bacharel em Direito, janeiro de 2008, pela Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unai.

RESUMO: O presente artigo pretende discutir a importância do diálogo no processo de construção do conhecimento na área jurídica, uma vez que é nesse ramo de ciência - para alguns as ciências sociais não são consideradas ciências – em que vigora uma linguagem mais discursiva do que reflexiva, quando deveria ser o contrário. Em princípio, será abordado o diálogo na visão filosófica de Paulo Freire. Entretanto, não se pode desprezar que na atual conjuntura existe a necessidade de cumprimento de um currículo, que, em muitas vezes, não deixa margem para o professor implantar uma linguagem de um diálogo mais reflexiva. Lado outro, deverá estar presente o fato de que muitos docentes têm no magistério jurídico apenas uma complementação de renda, uma renda fixa garantida ao final do mês, o que, via de regra, afasta tais profissionais dos bancos das academias, buscando melhores conhecimentos nas técnicas de ensino e aprendizagem pautadas num diálogo construtivo.

Palavras-Chaves: Diálogo. Conhecimento. Jurídico.

1 INTRODUÇÃO

A escola, cuja etimologia é do grego *scholé* (com significado de “lazer”), ou de forma pejorativa como “lugar de ócio”, mesmo não conseguindo acompanhar as mudanças da vida, as evoluções do dia-a-dia da sociedade, sempre experimentou avanços, os quais se apresentam em constante conflito, ora resistindo às transformações, ora tentando acompanhá-las, ora voltando as costas a elas etc. As primeiras escolas, em destaque as gregas, estiveram voltadas para a busca de uma construção de conhecimentos onde os mestres provocavam os seus discípulos a refletirem sobre os temas postos. Em geral, essa provocação se dava por meio de questionamentos, normalmente em lugares abertos. A título de curiosidade, a palavra academia vem de *Academos*, que era um cidadão grego, de Atenas, que tinha um lugar aberto (jardim) onde se praticava a construção do conhecimento. (SILVA, 2011).

Com a evolução da sociedade, já no século XII, na Europa, surgem as primeiras escolas como temos hoje, com professores e alunos em sala de aula. Desde então, a escola se incrustou para dentro dos prédios, se afastando da praça, do lugar comum, se escondendo da sociedade, o que, em parte, se deu pela própria necessidade de um maior isolamento em prol de uma melhor concentração. Mas, se por um lado ela buscou a proteção para a comunidade acadêmica, por outro, muitas vezes ela deixou de observar as vivências sociais. (MUNDOESTANHO, 2015).

No campo jurídico, a escola, que antes primava pela análise crítica, reflexiva, passou a utilizar uma metodologia positivista descontextualizada, um conhecimento fragmentado, com

teoria e prática desconectadas uma da outra, em que uma disciplina é só e tão só mais uma disciplina numa matriz curricular, quando as mesmas deveriam estar ligadas, imbricadas umas nas outras, de forma a buscar um conhecimento mais abrangente. (ZANARDI, 2009).

Sobre a forma de transmissão de conhecimentos na atualidade, Luis Síveres (2015, p. 31) assim analisa:

Com o objetivo de partir do princípio dialogal, é indispensável reconhecer, principalmente, que no campo educacional prevalece, ainda, o monólogo em detrimento do diálogo, o discurso em prejuízo do pensamento dialogal e a preleção em detrimento da relação dialógica.

Nos cursos de Direito é muito mais comum deparar com aulas em que buscam apenas uma visão doutrinária segmentada, em vez de buscar várias correntes e procurar discuti-las, de modo que o aluno possa ter uma visão crítica e reflexiva dos fenômenos jurídicos.

Nos cursos de Direito, o que se tem observado é um professor que necessita demonstrar autoridade, precisa se colocar em situação hierárquica superior, aquele que se diz saber mais, o que se dá sob o argumento de que é necessário impor respeito, como se a imposição, a opressão, o medo de ser reprovado servissem de fonte inspiradora apta a despertar no aluno a vontade/necessidade da construção do conhecimento.

Nas conversas do dia-a-dia, em salas de professores, é comum ouvir expressões como: “aquele aluno não tem mais jeito”; “é a escola da vida que vai lhe ensinar”; “ele só vai aprender que é preciso estudar quando for fazer a prova da OAB ou um concurso”, e por aí vai.

Ao que parece, no modelo atual, o ensino médio empurra “a bomba” para a graduação, e esta, por sua vez, em se tratando do curso de Direito, a empurra para a prova da OAB e para as provas de concursos, ou seja, ninguém assume seu papel de educador, seu papel de facilitador, seu papel de transformador.

Nos dizeres de Renata Paaschoalino (2009), devemos ter relações mais humanas, democráticas e dialógicas, de forma a perceber as dificuldades de entendimento e compreensão vividas na sala de aula a partir das contribuições de Paulo Freire, conforme seus ensinamentos.

Pelo que se percebe, o modelo atual não tem conseguido resultados satisfatórios nos alunos dos cursos de Direito, o que se comprova com a análise dos resultados das chamadas “Provas da Ordem”, cujo índice de aprovação foi de 24,52% na última prova de 2014, bem como com o resultado final de concursos para a magistratura, nos quais quase sempre não são preenchidos os números de vagas. (OAB, 2015).

Os cursos de ensino jurídico no Brasil, em sua maioria, utilizam-se da chamada “Educação Bancária” de Paulo Freire, o professor é detentor do conhecimento, sendo o sujeito da relação, e o aluno é o objeto, que acomodado fica à espera de receber um ensinamento de forma vertical, ou seja, o professor vai “depositando” conhecimentos no aluno. (FREIRE, 2005).

Para que se tenha uma maior interação entre alunos e professores na busca pelo conhecimento jurídico, de forma mais horizontal, se faz necessária uma mudança de hábitos, é necessário que os interlocutores busquem em conjunto o saber, de uma forma reflexiva, de uma forma instigante, com o professor despertando no aluno a necessidade de sair da zona de conforto e ir ao encontro de seu saber.

O professor precisa incutir no aluno a necessidade da busca pelo saber, sempre ciente de que isso depende de esforços, pois o conhecimento não se constrói gratuitamente, é preciso lutar, e muito.

Com essa visão, é preciso estabelecer um diálogo, ou pelo menos, de início, amenizar o anti-diálogo que se observa de forma muito frequente nas salas de aula dos cursos de Direito

Brasil afora. É preciso que o coletivo, professor, aluno e instituição estejam imbuídos no processo ensino/aprendizagem.

2 DIÁLOGO

Diálogo, etimologicamente falando, tem origem na palavra latina *dialōgus*, que, por sua vez, deriva das palavras gregas “dia” e “logos”, a primeira significa através e a outra pode ser traduzida como relação, razão etc. Daí, de maneira bastante simplória, poder-se-ia dizer que um diálogo seria algo através de uma razão ou de uma relação. (ESCOLADEDIÁLOGO, 2015).

Em termos de significado, segundo o Dicionário Aurélio da língua portuguesa, diálogo é:

A fala entre duas ou mais pessoas; conversação, colóquio, troca ou discussão de ideias, de opiniões, de conceitos, com vista à solução de problemas, ao entendimento ou à harmonia. (HOLANDA, 1988, p. 220).

Mas o diálogo que nos interesse neste artigo é o diálogo filosófico, mais aprofundado, mais arraigado, um diálogo que envolve as pessoas, que envolve de forma tal que não temos de um lado somente um ser falante e de outro somente um ser ouvinte, e sim o que existe na relação entre seres pensantes.

Diálogo em filosofia representa, primeiro em Sócrates, e depois em Platão, o processo de busca da verdade através de perguntas e respostas. Diálogos é de resto o nome da obra de Platão, em que cada diálogo tem o nome do seu principal interlocutor. (INFOPÉDIA, 2010, s.p).

O diálogo verdadeiro estabelece entre as partes a possibilidade de uma interação completa, de forma linear, quem dirige a palavra também está disposto a ouvir e quem primeiro ouve também se propõe a manifestar-se, o que dá acesso ao pensamento um do outro, permitindo um ter conhecimento das ideias do outro, ou seja, se experimenta uma reciprocidade entre os interlocutores, o que leva à dialética. O diálogo supõe um clima de boa vontade e compreensão recíproca. Segundo Platão, o pensamento é o diálogo da alma consigo mesma. (INFOPÉDIA, 2010).

Cabe frisar que o diálogo é ato exclusivo do ser humano, que é o único ser que tem as condições necessárias ao estabelecimento de uma relação dialogal, o que se dá quando uma ou mais pessoas estabelecem conexões entre elas, de forma que uma dirige sua fala à outra e esta, por sua vez, emite sua opinião sobre o que lhe foi proposto, o que acontece de forma recíproca, possibilitando o acesso ao pensamento daquelas pessoas interlocutoras. Neste contexto, o diálogo leva as pessoas até mesmo a mudarem, ou reverem parcialmente ou totalmente suas ideias, com o objetivo de uma composição amigável entre elas.

Segundo Carneiro (2014), é preciso estabelecer um diálogo filosófico com os alunos em sala de aula, de forma que estes percam o medo de errar, que não estejam preocupados tão somente com o resultado de suas avaliações, que estes alunos, durante um diálogo, experimentem liberdade para dizer o que pensam, respeitando, é claro, as regras de civismo e boa educação.

Para CARNEIRO (2014, s.p), o professor:

[...] deve tentar aproximar o mais possível o seu papel do de um “professor socrático” que faz perguntas não porque sabe as respostas às suas perguntas e quer avaliar o conhecimento dos seus alunos, mas porque genuinamente não sabe essas respostas e pede aos seus alunos que o ajudem nessa procura.

[...] deve a todo o custo evitar dirigir o Diálogo para onde acha que os alunos devem ir, pois aí seriam as suas ideias que estariam a nascer e não as dos alunos. Num Diálogo Filosófico o professor deve ter a humildade de aprender a gostar dos filhos dos outros, neste caso, das ideias dos seus alunos, mesmo que estas lhes pareçam pequenos monstros que não deviam ter lugar na sala de aula.

Por outro lado, analisando o papel dos alunos em sala de aula, numa relação dialogal, em busca da construção de conhecimentos, CARNEIRO (2014, s.p) entende que eles:

[...] não devem esperar pelas respostas que acham que o professor (acha que) sabe ou que quer ouvir. Durante os Diálogos Filosóficos os alunos devem sentir que são livres para dizer o que julgam ser importante e pertinente para o problema em questão.

Já para Freire (1987, p. 93) o diálogo é como “o encontro entre os homens, mediatizados pelo mundo para pronunciá-lo”, o que representa uma pedagogia estruturada num processo de conscientização crítica da realidade.

Muitas vezes, as pessoas confundem diálogo com outras figuras, que, de forma contrária ao diálogo, não permitem uma interação, uma reflexão, uma troca de conhecimentos entre os interlocutores.

2.1 DIÁLOGO X DISCUSSÃO

No verdadeiro diálogo uma parte não busca vencer a outra, não busca impor seu pensamento, não busca impor suas ideias como se somente aquela pessoa detivesse o conhecimento, como se fosse o único “sabedor das coisas”. Já na discussão, como se vê hodiernamente, o contrário acontece, pois um dos seres quer parecer o “dono da verdade”, impondo ao outro a condição de inferioridade.

Conforme Bianchi (2010), no diálogo não há vencidos e nem vencedores. Todas vencem, pois se busca o saber maior juntando o saber de um dos interlocutores com o saber do outro, e como as verdades não são absolutas, quando se descobre o erro todos saboreiam da descoberta. Com isso, ocorre uma soma de conhecimentos, que produz um novo conhecimento ou um conhecimento mais aprofundado. Ao contrário, na discussão, um dos agentes sempre que vencer o outro, aí teremos somente um conhecimento, que não se alastra, que não transcende, que não vai além do que já é.

2.2 DIÁLOGO X RETÓRICA

A retórica, que se desenvolveu nos círculos políticos e judiciais da Grécia Antiga, é a arte de usar uma linguagem para comunicar de forma eficaz e persuasiva. Seria, então, a arte do bem falar.

De imediato, observa-se que a retórica e o diálogo estão distantes um do outro, pois neste não se busca persuadir um dos agentes, e sim interagir com ele.

2.3 DIÁLOGO X DISCURSO

No discurso, por sua vez, há um agente falante, por sinal bastante falante (o narrador), que busca influenciar ou até mesmo sensibilizar o agente ouvinte, que sempre se porta como tal.

Não é incomum professores de cursos jurídicos darem aulas como se tivessem fazendo um inflamado discurso para uma multidão, de forma a tentar impor suas convicções aos alunos/ouvintes, que nada podem participar. Se o fizerem, poderão ser repreendidos, pois estarão interrompendo o raciocínio do narrador.

Como visto, discurso e diálogo não andam lado a lado, posto que neste sempre há de haver a participação ativa de todos os sujeitos da relação, de forma interativa e construtiva.

3 CURRÍCULO

Um dos pontos de extrema relevância na relação ensino/aprendizagem é o currículo, tanto nas séries iniciais quanto no ensino superior, uma vez que ele faz a ligação entre o estudante e o que será ministrado durante os períodos do curso.

Estudiosos diuturnamente debatem a importância do currículo na formação do conhecimento, muito embora, na maioria dos casos se observa estudos e proposições sobre o currículo nas séries iniciais, na alfabetização, no ensino fundamental e no médio, quase nunca nas graduações ou até mesmo depois delas.

Fato é que o currículo deve, de certa forma, despertar o interesse do estudante pela busca da construção do conhecimento, não apenas impor conteúdos que devem ser ministrados num espaço temporal sem levar em considerações, por exemplo, as particularidades regionais ou locais daquelas pessoas envolvidas no processo. O currículo precisa demonstrar no estudante que é algo importante para a sua vida, seja profissional, seja familiar, seja espiritual etc.

Na visão de Perissé (2008, p. 111), para que as ciências se tornem atraentes ao aluno, devem-se identificar suas utilidades no dia-a-dia, “é necessário que o aluno veja sua aplicação no seu cotidiano, o que nem sempre é fácil em se tratando de ciências sociais”, como o Direito.

Ainda em Perissé (2008, p. 108), temos que todo professor deve, a todo instante, estar “[...] preparado para encaminhar as energias do aluno e de todos para o que de fato interessa”.

Para Moran (apud MOREIRA, 2010), para que a aprendizagem seja significativa para o aluno a escola precisa partir do princípio de onde o aluno está, quais são as suas preocupações, necessidades, curiosidades, e construir um currículo e empregar uma metodologia que dialogue continuamente com o cotidiano.

É certo que o professor tem um programa a seguir, mas o currículo não deve ser um instrumento engessado, estático, divorciado da realidade social, ele deve ser aberto, de forma a absorver as necessidades que forem surgindo no percurso do processo, sempre apto a aceitar o novo, o inesperado, o que está por vir, o que, via de regra, não se observa nos cursos de Direito, onde, normalmente, se cobra do professor e do aluno o cumprimento do conteúdo, não as reflexões sobre ele, não o transcender sobre ele.

Segundo a professora Maria Cândida de Moraes (2008, p. 193):

Muitas vezes, na prática pedagógica da sala de aula, o desenvolvimento curricular e o trabalho com os conteúdos podem acontecer por meio de escolhas acidentais que surgem no caminho, a partir dos interesses dos alunos ou de alguma emergência que aconteça.

Insta observar que, para o ingresso de docentes nas faculdades particulares, uma das formas mais comuns de avaliá-los é a realização de uma banca, alguns professores assistem do postulante ao emprego uma aula, de regra expositiva. Ora, se para ingressar como docente é exigida uma aula expositiva, como exigir desse mesmo docente que ele ministre aulas de outras

formas, como por exemplo, aquelas que incutam nos alunos uma visão mais reflexiva dos fatos? Ao que parece estamos diante de um paradoxo.

Cabe frisar que o próprio Ministério da Educação valoriza essa forma de ingresso de docentes nas instituições particulares de ensino superior, o que se dá quando as comissões verificadoras avaliam as IES's (Instituições de Ensino Superior).

4 CONSTRUÇÃO DE CONHECIMENTOS

Na visão de FREIRE (1996), o papel do aluno está em assumir-se como ser histórico e social, como ser pensante, comunicante, transformador, criador e realizador de utopias. Capaz de reconhecer-se como ser histórico, cultural consciente das possibilidades que representam na luta contra a negação da existência humana.

Gadotti (apud MOREIRA, 2010), ainda afirma que o sujeito é quem aprende através da sua experiência. Aprende-se o que é significativo para o projeto de vida da pessoa.

É preciso lembrar que a construção do conhecimento passa pelas relações intersubjetivas, como as do “Eu-Tu” de Buber (1979), onde professor-aluno é o “Eu-Tu”, que são os agentes que devem estar imbricados na busca pelas transformações dos saberes.

Neste aspecto, não se pode deixar em brancas nuvens o fato de que grande parte dos professores de cursos de Direito são advogados que têm no magistério apenas um “bico”, uma fonte de renda fixa ao mês, que não se preocupam tanto em buscar inovações no processo ensino/aprendizagem, pois, via de regra, não têm tanto interesse em investir tempo e dinheiro em curso de mestrado e doutorado, com os quais poderiam aprofundar nas relações intersubjetivas professor/aluno.

Se o conhecimento depende de ser buscado, não dado, conseqüentemente, necessita de pessoas que estejam dispostas a isso. E essas pessoas têm que ser os envolvidos no processo ensino/aprendizagem, ou seja, professores e alunos em conjunto. Se não for assim, estar-se-ia diante apenas de transmissão de um conhecimento particular de um agente ao outro, o que não permite o diálogo entre eles.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que foi analisado, observa-se que o diálogo, o verdadeiro diálogo, o filosófico, é de extrema importância na construção do conhecimento, no caso em tela o conhecimento jurídico.

Para se ter a construção do conhecimento de forma positiva, de forma que todos os agentes estejam verdadeiramente empenhados no processo ensino/aprendizagem, é preciso haver diálogo entre eles, pois é através da interação, da reflexão, do compromisso, que se chega a uma transformação nos saberes.

Não se pode dizer que o conhecimento jurídico se constrói somente com o diálogo, pois outros mecanismos também têm sua importância. No entanto, o que se observa é que o diálogo potencializa a construção dos saberes, ela fica muito mais fácil, mais prazerosa, pois chama o aluno para participar do processo, o traz para caminhar junto ao professor, e quando isso acontece, a responsabilidade deixa de ser somente deste e passa a ser de todos os envolvidos.

Como foi analisado, nos cursos de Direito observa-se, em grande quantidade, vê-se aulas meramente expositivas, com professores falando auto, impondo seu conhecimento aos alunos como se fosse o único a conhecer. Com isso, deixa de lado a possibilidade de participação dos alunos na construção do conhecimento, retirando deles a possibilidade de caminharem juntos.

Nos cursos de Direito não raro é o professor que se vale do diário para se impor, com os dizeres ameaçadores de dar uma nota zero ao aluno caso não faça o trabalho dessa ou daquela forma, caso não responde desse ou daquele jeito, como se essa nota zero fosse só do aluno, e não do resultado de um processo de ensino/aprendizagem que não evoluiu. Na verdade, essa nota zero do aluno, via de regra, também o é do professor, que não oportunizou ao aluno um diálogo construtivo, capaz de inculcar nele a vontade de participar do processo.

É nesse ponto que aparece a grande participação do diálogo, nessa capacidade de envolvimento de todos no processo ensino/aprendizagem, pois é com esse envolvimento que se tem a participação de todos os agentes, e quando todos estão envolvidos de forma responsável é que se vai ao longe na construção dos saberes.

REFERÊNCIAS

BIANCHI, Aline. **Diálogo x Discussão**. 2010. Disponível em: <[HTTP://acrisbianchi.blogspot.com.br](http://acrisbianchi.blogspot.com.br)>. Acesso em: 14 maio 2015.

BUBER, Martin. **Eu e Tu**. Trad. N. Aquiles Von Zuben. 2 ed. São Paulo: Cortez & Moraes, 1979.

CARNEIRO, Tomas Magalhães. **O Diálogo Filosófico na Sala de Aula**. 2014. Disponível: <[HTTP://www.filosofiacritica.wordpress.com](http://www.filosofiacritica.wordpress.com)>. Acesso em: 14 maio 2015.

ESCOLADEDIÁLOGO. **Escola de diálogo de São Paulo**. 2015. Disponível em: <http://www.escoladedialogo.com.br/dialogo.asp?id=2>. Acesso em 16 maio 2015.

FREIRE, P. **Pedagogia do oprimido**. 17 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

HOLANDA, A. B., 1988, **Dicionário Aurélio Escolar da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira.

INFOPEDIA. **Diálogo (filosofia)**. 2010. Disponível em: <[http://www.infopedia.pt/\\$dialogo-\(filosofia\)](http://www.infopedia.pt/$dialogo-(filosofia))>. Acesso em 10 maio 2015.

MORAIS, Maria Cândida de. **Ecologia dos saberes: complexidade, transdisciplinariedade e educação: novos fundamentos para iluminar novas práticas educacionais**. São Paulo: AntaKarana/WHH – Willis HarmanHouse, 2008.

MOREIRA, Natália. **A relação professor-aluno no filme ‘Escritores da Liberdade’**: o papel do diálogo na construção do conhecimento. 2010. 98 f. Monografia – (graduação em Ciências Biológicas) - Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo. 2010.

MUNDOESTRANHO. **Escola**. 2015. Disponível em: <<http://mundoestranho.abril.com.br/>> Acesso em 18 maio 2015.

OAB. **Exame de ordem**. 2015. Disponível em :<<http://www.oab.org.br/servicos/examedeorde>>. Acesso em 18 maio 2015.

PASCHOALINO, Renata. **Relações dialógicas entre professor e aluno na sala de aula**. 2009. 128 f. Monografia – (Graduação em Pedagogia) - Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, SP. 2009.

PERISSÉ, Gabriel. **Introdução à Filosofia da Educação**. Belo Horizonte, MG: Autêntica Editora, 2008.

SILVA, Marcos Pereira. **Docência, c., educacional**, (2011). INSTITUTO A VEZ DO MESTRE. Rio de Janeiro, 2011.

SÍVERES, Luiz. **Encontros e diálogos**: pedagogia da presença, proximidade e partida. Brasília, DF: Liber Livro, 2015.

ZANARDI, Teodoro Adriano. **Por uma docência jurídica emancipatória: contribuições freireanas ao ensino jurídico**. 2009. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/teodoro_adriano_zanardi.pdf>. Acesso em 18 maio 2015.

O ATUAL CONTEXTO DAS RELAÇÕES FAMILIARES CONTEMPORÂNEAS

Júlio Alves Caixêta Júnior

Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas/UNIPAM - Faculdade de Direito de Patos de Minas/FADIPA (2010). Especialista em Direito Processual Civil - Universidade Anhanguera (2012). Especialista em Direito de Família e Sucessões - Universidade Anhanguera (2013). Especialista em Direito e Processo do Trabalho - Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (2015). Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Professor de Processo Civil - Execuções; Professor de Direito Civil - Direito de Família; Professor de Processo Civil - Procedimentos Especiais; Professor de Processo Civil - Prática Jurídica; Professor de Direito Civil - Direito das Coisas; Professor de Direito Civil - Responsabilidade Civil - no Centro Universitário de São Gotardo/CESG. Advogado atuante

RESUMO: As famílias passaram por mudanças importantes no decorrer dos tempos, sua configuração multiplicou-se, já que, no lugar do clássico modelo homem e mulher que se casam e ficam juntos até que a morte os separe e têm filhos, começa a ser uma forma excepcional de agrupamento familiar. A função de cada um dos seus integrantes também tem se transformado, o homem que era o único ou o maior responsável pelo sustento familiar e a mulher pela organização doméstica e a educação dos filhos, hoje essas funções são mais compartilhadas, se bem que nem sempre de modo paritário. Importante observarmos ainda a estabilidade adquirida pela relação homoafetiva. Isso resulta cada vez mais na necessidade de que as famílias são as fornecedoras de segurança psicológica e bem-estar material de seus integrantes. Observamos assim que, a transição para novas formas de família envolve uma redefinição fundamental das relações de gênero em qualquer sociedade.

Palavras-chave: Família; Afetividade; Transformações Sociais; Família Homoafetivas; Relação Heterossexual.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar as relações familiares pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que as novas formas de famílias como a família monoparental, homoafetiva e recomposta há muito já se apresentam como realidade social não somente do nosso país como também em todo o mundo.

Com a promulgação da Constituição de 1988 passamos por diversas atualizações e recepções de novos tipos de família, sendo um exemplo disso o reconhecimento da união estável no conceito de família.

Entretanto, apesar de grandes avanços nos conceitos e arranjos familiares denota que nossa Carta Magna ainda não é capaz de proteger integralmente todos os cidadãos, o que diretamente afronta seus próprios princípios, em especial os da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, todos elevados à categoria de fundamentais em seu texto.

Durante este estudo pretende-se apresentar um breve histórico do conceito de família, além de definições e caracterizações acerca do reconhecimento das uniões homoafetivas, e ainda demonstrar o avanço na legislação brasileira no que tange às relações entre pessoas do mesmo sexo, dando-se maior atenção ao texto do Projeto de Lei 2285/2007, nomeado como Estatuto das Famílias, que pretende modernizar o tratamento dado ao Direito de Família no Brasil, que mesmo após o advento do Código Civil de 2002 já se encontra em desacordo com a realidade social.

O Ativismo Judicial no direito de família se apresenta como um dispositivo para contornar a elaboração de leis pelo legislativo quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. O Poder judiciário vem atuando quando capaz de fundamentar

racionalmente suas decisões, com base na Constituição, pois, as transformações culturais e sociais, são, e devem ser, permanentes para que a pátria que é formada por muitas culturas, se desenvolva cada dia mais. Assim sendo, pretende-se demonstrar o atual momento vivido pelo direito de família nas relações entre seus integrantes.

2 A FAMÍLIA NA HISTÓRIA

Família, conceituada por muitos doutrinadores como a célula base de toda e qualquer sociedade, desde as mais antigas, é um elemento fundamental da sociedade, sem a qual, ousado dizer, não se vive em sociedade se esta não for formada pela família.

A palavra família no direito romano tinha vários significados, designava o chefe da família e o grupo de pessoas submetidas ao seu poder, podendo também significar o patrimônio familiar, além do que, etimologicamente o vocábulo família deriva de *famulus*, que significa escravo, o qual em Roma, possuía valor econômico.

Em sua acepção original, o vocábulo família era tido como o grupo de pessoas efetivamente sujeitas ao poder do *paterfamilias*, ou seja, do pai de família. O pai de família era a pessoa, a autoridade familiar que unia todos os membros, os quais lhe deviam respeito e obrigação.

Assim, a organização da família romana repousava na autoridade incontestável do *paterfamilias* em sua casa, ou seja, a família era representada pelo seu patriarca, o qual detinha todo poder e autoridade familiar. Era o pai de família coberto pela completa e duradoura sujeição dos seus integrantes, sujeição esta que transformavam a relação entre pai e filho semelhante a do dono e escravo, respectivamente, enquanto o pai de família vivesse.

Desta forma, em Roma, o pai de família exercia um poder de vida e de morte sobre seus descendentes, o que já era reconhecido nas XII Tábuas, poder este que vigorou em toda sua plenitude até Constantino em 324 – 337 d.c.

Observamos ainda que, anteriormente a Revolução Industrial, o papel da família na sociedade era garantir a produção, ou seja, a família exercia atividade de criação dos mais diversos produtos do mercado, com participação de todos os seus membros, e cada um exercia uma função na produção, repassando e renovando essa produção a cada geração.

Após a Revolução Industrial, a família perde seu campo produtivo, vez que, a produção em massa nas grandes fábricas, com a disponibilidade de produtos em menos tempo, por um menor preço e em maior quantidade torna inviável a produção familiar, que era em pequena escala e por um tempo e preço maior.

A família pós Revolução Industrial torna-se uma família mais capitalista, voltada para a satisfação das necessidades individuais de seus membros, mudando assim a sua composição, consistindo na redução de seus membros e observância da prevalência do núcleo familiar, formada pelos cônjuges e sua prole.

A concepção de família fundada única e exclusivamente no casamento, apresentando o homem como seu chefe e representante, ou seja, aquele que detinha todos os poderes frente aos demais entes constituintes da relação familiar, e relega a mulher a papéis secundários e caseiros, além de abertamente discriminar os núcleos formados à margem do casamento, estabelecendo clara distinção entre a filiação legítima e a ilegítima, o que representa uma dissonância com nossa realidade social.

Nos dizeres de Virgílio de Sá Pereira (1923, p. 23), “a natureza não conhece o casamento, só conhece a família. A família é um fato natural. Nós a encontramos no reino vegetal, entre os irracionais ela acusa por vezes os mais belos traços do amor e do sacrifício”.

Para Ennecerus, Kipp e Wolff (1953, p. 27) o elemento cristão exerceu influência decisiva sobre o matrimônio:

el elemento cristiano ejerció un influjo decisivo en orden al matrimonio y otras instituciones del derecho de familia. El catolicismo luchó de antiguo contra los gérmenes destructores de la familia, y especialmente contra el concubinato, muy difundido en España, acaso por ejemplo de las uniones islámicas.

Assim, observamos que a Igreja muito influenciou a direção que a família deveria seguir em seu desenvolvimento social. O cristianismo alicerçou a família no casamento, este deixou de ser apenas um acordo de vontades, ou seja, um contrato, passando a constituir um sacramento, a santificação da união. E esta foi a vertente seguida pela doutrina clássica criadora do antigo Código Civil Brasileiro de 1916, esse conceito institucionalizado de família, como resultante das justas núpcias, serviu de base ao modelo clássico da família.

João Batista Villela (1999) muito bem expressa que a família não é criação do Estado ou da Igreja. Tampouco é uma invenção do direito como são, por exemplo, o leasing, a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, o mandado de segurança, o aviso prévio, a suspensão condicional da pena ou o devido processo legal. Estes institutos são produtos da cultura jurídica e foram criados para servir a sociedade. Mas a família antecede ao Estado, preexiste à Igreja e é contemporânea do direito. Pela ordem natural das coisas, não está no poder de disposição do Estado ou da Igreja, desenhar, ao seu arbítrio, o perfil da família. O poder jurídico de um e de outra relativamente à família não pertence à ordem da atribuição. Pertence, ao contrário, à ordem do reconhecimento. Pode-se observar, de resto, que, ao longo da História, a autoridade instrínseca da família impõe-se aos poderes sacros e profanos com silencioso “*noli me tangere*”.

Observamos ainda que, a família se encontrava fundamentada em uma estrutura jurídica estratificada, em que se dignificava a supremacia masculina sobre a feminina, concedendo-se ao homem a chefia da sociedade conjugal, com a administração dos bens do casal e o poder de fixar o domicílio conjugal. A mulher não detinha voz ativa, sendo muitas vezes considerada inapta para os atos da vida civil quando não assistida pelo marido.

Para as chilenas Marcela Cerrutti e Georgina Binstock (2009, p. 7) em *Familias latinoamericanas en transformación: Desafíos y demandas para la acción pública:*

A lo largo de las últimas décadas en América Latina se han dado una serie de transformaciones demográficas, sociales, económicas y culturales que afectaron las formas de vivir en familia y las dinámicas de la vida familiar. Estos cambios sociales alteraron, por un lado, los gustos, preferencias y orientaciones de los individuos, y por el otro, las estructuras de oportunidades a las que tienen acceso. En efecto, las transformaciones en la formación, dinámica, y estructura familiar expresan la difusión y adopción de nuevos valores vinculados a un proceso de autonomización y reivindicación de los intereses y derechos individuales, particularmente en lo atinente a la relación entre generaciones y entre géneros (Jelín, 1994 y 1998). Hoy en día en América Latina la familia centrada en la autoridad patriarcal se ha ido resquebrajando y el modelo de varón como único proveedor resulta para unos inaceptable y para otros inviable.

A família sempre esteve evoluindo conforme as transformações sociais vivenciadas. As profundas transformações na sociedade, decorrentes da evolução do pensamento, da liberalização dos costumes e em especial, da necessidade de se garantir uma existência digna ao ser humano, tornaram imperiosa a reforma de nossa legislação, uma vez que, as transformações sociais na família, ocorrem constantemente.

Como bem salienta o professor de sociologia da Universidade de Lovaina, Jaques Leclercq (1968, p. 50):

Existe a respeito da família um acordo universal do gênero humano que se explica pelo próprio caráter da instituição familiar. Não existe outra instituição tão próxima da natureza. Sociedade simples, assente do modo mais imediato em instintos primordiais, a família nasce espontaneamente pelo simples desenvolvimento da vida humana.

A família se apresenta como uma instituição totalmente diversificada, uma vez que, possui a maior diversidade racial, religiosa, sexual e política.

Irma Arriagada (2002, p. 146) expressa que na América Latina:

Los sistemas de género en sociedades mestizas urbanas fueron marcados profundamente por la herencia colonial española, que asigna gran importancia a la división entre lo público y lo doméstico, al control de la sexualidad femenina, al concepto de honor de la familia, al reconocimiento de otros varones y a la paternidad como medio de reafirmar la propia masculinidad. Históricamente, las diferencias étnicas y de clase habrían intensificado el control sobre la sexualidad de las mujeres y habrían abierto a los varones la posibilidad de relacionarse con las mujeres de los diferentes grupos sociales, de conformidad con diferentes racionalidades y códigos morales. De otro lado, la fragilidad de las instituciones públicas en estas sociedades habría conducido a que la oposición doméstico/público se percibiese en términos territoriales de casa/calle. Mientras la casa es el espacio ordenado de las relaciones de parentesco y de las redes personales, la calle es un espacio ambiguo donde prima la voluntad personal sobre los intereses comunes (Fuller, 1997). Es este modelo patriarcal de familia el que hoy está en tela de juicio. Sobre él se debate en términos públicos y privados, observándose un desfase notable entre las representaciones, los discursos y las prácticas de la población.

Alguns dos elementos da modernização têm pouco desenvolvido, gerando pequenos grupos de incluídos nos benefícios sociais e materiais sendo excluídos amplos setores da sociedade da modernização. Além disso, muitas transformações da modernização foram realizadas de forma segmentada, ou seja, não acompanhadas por elementos da modernidade, que se referem principalmente às dimensões culturais e de identidade dessas mudanças.

Dessa forma, a modernidade encontra-se sob uma ordem pós-tradicional. Atualmente, o aumento da diversidade de formas e estilos de vida, a heterogeneidade de influências sobre os hábitos pessoais, valores, imagens, formas de pensar e de entretenimento, fortemente impulsionados pelos processos de globalização que afetaram os laços sociais entre grupos e têm efeitos significativos sobre os aspectos mais pessoais de nossa experiência, as mudanças que geraram a modernização e modernidade na família constituem um ponto de ruptura da dicotomia público-privado e dão origem a formas emergentes de funcionamento familiar que redefinem a relação entre seus integrantes e a sociedade.

3 DAS EVOLUÇÕES FAMILIARES

No atual Século XXI, desgarramos do conceito de “pater”, autoritário e dono do núcleo familiar, retornando-se para aquele do afeto, do carinho, da liberdade, do respeito, e da solidariedade. Não mais estando a mulher e os filhos submissos aos deveres de cega obediência,

submetidos todos a uma dependência econômica humilhante. A igualdade entre os participantes do núcleo familiar fixa-se à luta por um mínimo existencial ético, dirigido à garantia da dignidade da pessoa humana, ao respeito aos integrantes do núcleo familiar.

Outra modernidade que observamos na família nos últimos anos é que, agora o pai não é o único gestor da família, o único que vai trabalhar para manter o lar conjugal. A mulher ganhou bastante poder, saindo para trabalhar e gerir a família, deixando o homem de ser sempre o chefe mantenedor da família.

Rainer Czajkowski (2007) observa que, a proteção estatal às famílias não é casual ou desmotivada. O ordenamento jurídico leva em conta, fundamentalmente, a importância da família como núcleo básico e central de toda a estrutura social, onde o indivíduo recebe seu primeiro sustento e assistência, além do mais essencial de sua educação.

Como bem observa Pietro Perlingieri (1999, p. 31):

O estudo do direito - e portanto do direito tradicionalmente definido "privado" - não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social.

No Brasil, foi com a Constituição Federal de 1988 que ocorreu a quebra com o antigo sistema que se encontrava ancorado no desigual tratamento entre o homem e a mulher e nas discriminações entre os filhos.

Desta forma, o sistema patriarcal encontra o seu fim com o escopo de proteção à pessoa dos filhos, com o fim da diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos, na proibição de qualquer forma de discriminação e determinação de mesmos direitos e qualificações aos filhos havidos dentro e fora do matrimônio, vigorando em nosso sistema familiar o princípio da igualdade entre filhos, que proíbe qualquer diferenciação.

Apesar da evolução que encontramos no núcleo familiar, este passa por grandes desafios, entre eles: a variedade na forma de sua constituição, a quebra de valores éticos e morais, dificuldades sociais e econômicas, o desafio colocado pelas crianças abandonadas, crianças de rua, crianças vítimas da desintegração familiar, ou mesmo o comércio infame por qual muitas delas são submetidas.

Certos elementos que integram a modernização têm pouco desenvolvimento, o que gera pequenos grupos sociais que são excluídos de amplos setores da modernização, abandonados muitas vezes pela família e pela sociedade.

Muitas transformações da modernização na família têm sido realizadas de forma segmentada, ou seja, sem ser acompanhada por processos de modernidade, que se referem principalmente às dimensões culturais e de identidade dessas mudanças sociais, o que faz com que as famílias cada vez mais sofram divisões por seleção de comportamento e sexualidade.

Nos últimos anos ocorreram diversas mudanças na estrutura familiar, o que muito se deu pelo rápido aumento de famílias monoparentais chefiadas por mulheres em situações de divórcio ou de estado civil de solteiro que impactam diretamente a funcionalidade da família, assim como, emergiram as famílias homoafetivas, que anteriormente não eram reconhecidas, tão pouco detinham algum direito de serem postas conceitualmente junto aos demais ramos do direito de família, vez que, ocupavam o lugar no direito civil societário, pois, eram tidas tais relações entre pessoas do mesmo sexo como sociedades de fato, sem nenhuma proteção familiar.

Ainda não há no Brasil legislação específica que trate das uniões homoafetivas e nem mesmo previsão constitucional de existência destas, o que demonstra o caráter ainda conservador do nosso Estado.

A família moderna visa coibir esses tipos de abuso e discriminações aos seus integrantes, zelando pelo bem estar e desenvolvimento de seus membros. Assim, a família deve ser vista como um todo que integra contextos mais vastos como a comunidade em que se insere, uma vez que, é esta, família, um elemento fundamental da sociedade.

4 AS RELAÇÕES FAMILIARES

Durante o período compreendido entre os anos oitenta e noventa do século XX a família foi se moldando e transformando, a princípio elas eram constituídas pelas famílias nucleares, seguido com transformações sociais para formar famílias estendidas, o que resultou posteriormente em famílias agregadas unipessoais, estas aumentaram em todos os países, assim como as famílias sem domicílios.

Para Netto Lobo (1999, p. 19), a família moderna é exigente de tutela jurídica mínima, que respeite a liberdade de constituição, convivência e dissolução; a auto-responsabilidade; a igualdade irrestrita de direitos, embora com reconhecimento das diferenças naturais e culturais entre os gêneros; a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, como pessoas em formação; o forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbado pelo prevalecimento de interesses patrimoniais.

Em um ponto de vista social e cultural, podemos observar algumas características preocupantes do atual contexto que apresentam um relativo declínio econômico e distributivo que afeta de diversos modos o núcleo familiar, o que se agrava devido à desaceleração do crescimento econômico.

Com o crescimento das separações e divórcios, o que ocorreu cada vez com uma maior frequência, iniciou-se a formação de um novo tipo de família, as famílias complexas, que também são conhecidas como recomposto ou família misturada. Essas famílias surgiram como um fenômeno novo e crescente. São famílias de divórcio, de nulidade do casamento, da viuvez ou da ruptura da convivência de fato e de formação de novos títulos.

A civilização humana vivencia uma completa reformulação do conceito de família no mundo contemporâneo, no contexto do mundo globalizado. Em todos os cantos do planeta, o modelo tradicional de família vem perdendo terreno para o surgimento de um nova família, que é essencial para a própria existência da sociedade e do Estado, mas funcionalizada em seus partícipes, “uma família que continua sendo imprescindível como célula básica da sociedade, fundamental para a sobrevivência desta e do Estado, mas que se funda em valores e princípios diversos daqueles outrora alicerçados da família tradicional (GAMA, 2001, p. 32)

Ensina ainda Sérgio Gischkow Pereira (1990, p. 28) que:

Prestígio ao afeto, ao amor, à solidariedade, ao companheirismo, à convivência, à igualdade”, constituem, pois, característica fundamental do novo Direito de Família, assim como “a preocupação com a realidade social do fenômeno familiar, com a pesquisa dos verdadeiros valores vivenciados pelo povo, com a verdade e autenticidade das relações humanas.

Assim, salvaguardar o instituto da família é tutelar juridicamente o ser humano, pois, por meio deste que a família, enquanto principal organismo social do Estado protege a pessoa

humana, dando-lhe a dignidade e possibilitando o pleno desenvolvimento de suas qualidades culturais.

Salienta Czajkowski (2002, P. 63) que:

A organização familiar continua sendo aquilo que se convencionou denominar 'a célula 'mater da sociedade'. O Estado continua a prestar-lhe assistência e proteção, ou pelo menos a isto se compromete, porque é destes organismos familiares que, em muito, depende a ordem social e o desenvolvimento.

Dentre os principais problemas enfrentados pela família o desemprego e a violência doméstica alcançam grandes proporções.

Observando do ponto de vista social e cultural, podemos enumerar alguns aspectos relevantes do atual contexto, os quais apresentam um relativo declínio econômico na distribuição da renda, o que afeta diferencialmente a cada integrante da família, a situação é agravada pela desaceleração econômica e de maior volatilidade do crescimento econômico, o que resulta na perda da luta contra a pobreza e as desigualdades sociais.

Irma Arriaga (2002, p. 148) apresenta o grande problema sobre o desemprego:

El desempleo se ha acentuado durante la última década y afecta con mayor fuerza a sectores específicos de la población: mujeres, jóvenes, población más pobre y menos educada; ello es más grave, porque los sufren quienes tienen menos recursos sociales y económicos para hacerle frente. Las autoridades lo han identificado como uno de los principales problemas que sufren las familias latinoamericanas.

O desemprego afeta o ambiente familiar de tal forma que provoca alterações em toda a estrutura familiar, uma vez que, como não é possível manter a família, muitos jovens tornam-se esmoleiros para poderem ajudar na economia da casa, bem como muitas vezes se envolvem com o tráfico de substâncias proibidas ou com a prostituição.

A violência intrafamiliar é um problema social de grandes dimensões que afeta toda a sociedade, atingindo de forma continuada, especialmente mulheres, crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência.

A violência intrafamiliar não se apresenta de forma padrão ou singularizada. Devemos considerar como tal qualquer tipo de relação de abuso praticado no contexto privado da família contra qualquer um dos seus membros.

A prevalência significativa do desemprego bem como da violência intrafamiliar constitui um sério problema de saúde, grave obstáculo para o desenvolvimento social e econômico e uma flagrante violação aos direitos humanos.

Importante observarmos o Estatuto das Famílias que, em suas disposições gerais eleva o direito à família à categoria de fundamental, como se denota da transcrição *in verbis* do seu artigo 2º: “O direito à família é direito fundamental de todos”. Daí se pode perceber o caráter de visar promover não somente a proteção da família, mas também a proteção ao direito de todos os cidadãos de terem família, independentemente de sua orientação sexual.

A apreensão da realidade dos problemas enfrentados pelas famílias e a avaliação de suas grandes transformações identificam polos de modernidade e tradicionalismo em abordagens que tratam desses problemas.

Assim, por ser o objetivo promover a equidade e diminuir as desigualdades sociais, requer uma intervenção ativa de outras instituições, de forma compensatória e transformadora.

Com esta intervenção, busca-se a expansão das garantias do governo sobre os direitos da cidadania social, o que significa uma política igualitária e universalista.

No entanto, mesmo com tantas transformações sociais, o modelo de família nuclear prevalece e domina, tanto em áreas urbanas quanto nas áreas rurais, mesmo com as modernizações conceituais sofridas pela família, esta deve salvaguardar sempre seu conceito nuclear, vez que, mesmo sendo antiquado e fechado é o modelo familiar predominante.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diversa da concepção matrimonializada e da deliberada intenção de proteger somente os filhos havidos do casamento e a autoridade paternal soberana, que denota uma visão eminentemente patriarcal, atualmente, o direito de família tem por objetivo estender a proteção do Estado a uma nova noção de família, estruturada nas relações afetivas e na dignidade de seus integrantes, qualquer que seja a origem deste laço familiar.

Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao afirmar que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado, conforme dispõem seu artigo XVI, 3.

Assim, o crescimento das relações humanas deve se focar em um ideal de excelência, fundado pelo respeito à individualidade, pela consideração recíproca e por princípios de equidade, desta forma, possibilitará a consecução do bem-estar da sociedade, a plenitude da vida, a realização pessoal dos membros de uma entidade familiar, por meio da afetividade, do companheirismo, da solidariedade, do respeito, da igualdade e da liberdade.

Carolina Mesa Marrero (2000, p. 17), muito bem observa essa evolução pessoal que se apresenta na família contemporânea:

En los últimos años el aumento de uniones de hecho o parejas no casadas y su aceptación social es un ejemplo del profundo cambio operado en la concepción de la familia”, capaz de permitir “detectar una evolución hacia fórmulas más acordes con el desarrollo de la personalidad y de la libertad.

As transformações na sociedade pós-moderna produziram reflexos em todos os aspectos decorrentes das relações humanas. Com a globalização aumentou a competição internacional, determinando uma irreversível mudança na estrutura econômica mundial e tornando indispensável o acesso à informação rápida e segura.

Nesse contexto, as transformações em nossa sociedade, advindas da evolução de nosso pensamento, da liberalização dos costumes, do incremento e da complexidade das práticas comerciais e laborais, da dinâmica e volátil estruturação econômica mundial, e, especialmente, da necessidade de se garantir uma existência digna ao ser humano, tornaram imperioso o repensar do direito, tendo em vista a nova realidade social.

Dessa forma, foram muitas as transformações sociais que influenciaram na direção da família, prova disso, como anteriormente citado, a mulher não detinha voz ativa na família, atualmente, a presidência dos dois maiores países da América do Sul, conseqüentemente constituindo as duas pessoas mais poderosas da América Latina são mulheres, Dilma Rousseff e Cristina Kirchner, respectivamente presidentes dos países Brasil e Argentina.

Salles (1996, p. 112), muito bem esclarece que:

En síntesis, la modernidad en la familia se expresaría en el ejercicio de derechos democráticos, la autonomía de sus miembros y un mayor equilibrio en el reparto del trabajo (doméstico y social), de

las oportunidades y de la toma de decisiones familiares. Se trataría de una nueva relación basada en asimetrías matizadas por pautas democráticas.

Netto Lobo (2003) observa que a família contemporânea deve se pautar de forma a aceitar os diversos paradigmas apresentados pela sociedade moderna, com as transformações sociais que a impulsionam, devido a diversidade sexual atualmente existente, bem como a evolução econômica diversificada em todos os países latinos.

A nova família evolui no sentido de não dar tratamento desigual entre homens e mulheres, nem tratamento discriminatório entre os filhos decorrentes do casamento e aqueles oriundos de uma relação não consagrada pelas justas núpcias ou adotivos, bem como, não tratar de maneira discriminatória os seus integrantes que optem por um relacionamento sexual diverso do heterossexual padrão.

Como vimos, a família contemporânea busca afastar características da antiga concepção nupcialista de família, em que o poder marital predominava sem limites com a discriminação da pessoa da mulher, bem como dos filhos havidos fora do casamento ou adotados e daqueles que não seguiam a orientação heterossexual, se transformando em uma instituição que acolhe e zela pelo bem-estar e pela plenitude da vida, da realização pessoal de seus membros. Desta forma, constatamos que a família se transforma através do tempo, acompanhando as mudanças sociais de onde se encontra inserida.

REFERÊNCIAS

ARRIAGADA, Irma. **Cambios Y Desigualdad En Las Familias Latinoamericanas**. 2002. Disponível em: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/10829/077143161_es.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 de Fevereiro de 2016.

CERRUTTI, Marcela. BINSTOCK, Georgina, **Familias latinoamericanas en transformación: desafíos y demandas para la acción pública**, 2009. Disponível em: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6153/S0900608_es.pdf?sequence=1>. Acesso em 20 de Fevereiro de 2016.

CZAJKOWSKI, Rainer. **União Livre, à luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96**, 2.^a ed., Curitiba, Juruá, 2.002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **“Das Relações de Parentesco”**. In: Direito de Família e o Novo Código Civil (coord. MARIA BERENICE DIAS e RODRIGO DA CUNHA PEREIRA), Belo Horizonte, Ed. Del Rey - Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. 2001.

ENNECERUS, Ludwig. KIPP, Theodor. WOLFF, Martin. **Tratado de Derecho Civil: Cuarto Tomo - Derecho de Familia**, vol. II, 2.^a ed., traduzido da 20.^a edição alemã por Blas Pérez Gonzales e José Alguer, Bosch Casa Editorial, 1953.

LECLERQ, Jaques. **A Família**, São Paulo, Ed. Quadrante, tradução de Emérico da Gama, 1968.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado**. coord. ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, v. XVI, São Paulo, Atlas, 2003.

LOBO, Paulo Luiz Netto. “**Constitucionalização do direito civil**”. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 36, n.141, jan./mar. 1999.

MARRERO, Carolina Mesa. **Las Uniones de Hecho – Analisis de las relaciones económicas y sus efectos**, 2.^a ed., Navarra, Espanha, Ed. Aranzadi editorial, 2000.

PEREIRA Sérgio Gischkow, “A União Estável e os Alimentos”, In: Revista dos Tribunais, v. 657-Jul. 1990.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em fevereiro de 2016.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em fevereiro de 2016.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, trad. Maria Cristina De Cicco, 1999.

SALLES, V. y R. Tuirán (1996): Mitos y creencias sobre vida familiar, Revista mexicana de sociología, año LVIII, N° 2, México, D.F., Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), abril-junio.

VILLELA, João Baptista. “**Repensando o Direito de Família**”, In: Nova Realidade do Direito de Família: Doutrina, Jurisprudência, Visão Interdisciplinar e Noticiário. Coord. SÉRGIO COUTO, Rio de Janeiro, COAD, 1999, t.2, p.53.

ANÁLISE DA SUSPENSÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA EM FACE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: Caso Chácaras Park Rio Preto, Município de Unaí/MG

Gabrielle Nayara Araújo

Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unaí - FACTU.

Michelle Lucas Cardoso Balbino

Professora Universitária e Coordenadora do Curso de Direito da FACTU. Advogada. Doutoranda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Mestre em Sustentabilidade Socioeconômico e Ambiental pela Escola de Minas pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP); Especialização em Direito, Impacto e Recuperação Ambiental pela Escola de Minas pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP); Pós-Graduação em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pós-graduação em Direito Público pela Sociedade Universitária Gama Filho. Tem experiência na área de Gestão Educacional e Direito Ambiental/Sustentabilidade.

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 quando assegura a dignidade da pessoa humana e a defesa do consumidor no rol dos direitos fundamentais, impossibilita a interrupção no fornecimento dos serviços públicos essenciais aos consumidores. A concretização da dignidade da pessoa humana está intrinsecamente relacionada a proporcionar condições mínimas de sobrevivência às pessoas. Assim, a suspensão do fornecimento de energia aos consumidores de um bairro inteiro, por questões diversas, não seria um afronto ao princípio constitucional da dignidade humana? O tema a ser explanado no presente trabalho é a análise da suspensão do fornecimento de energia elétrica ocorrido no Bairro Chácaras Park Rio Preto, no município de Unaí, em face ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, faz-se no primeiro tópico um estudo sobre a dignidade da pessoa humana e alguns direitos sociais básicos prestacionais. O segundo tópico aborda o tema Serviço Público, a suspensão do serviço público essencial de energia elétrica e faz um apanhado sobre argumentos doutrinários e jurisprudenciais referentes à interrupção do fornecimento de energia elétrica e por fim o terceiro tópico traz o estudo de caso da suspensão do serviço ocorrido no bairro Chácaras Park Rio Preto.

Palavras chaves: Dignidade da pessoa humana. Energia elétrica. Serviço público essencial. Legalidade suspensão energia elétrica.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar a suspensão no fornecimento de energia elétrica do bairro Chácaras Park Rio Preto localizado no município de Unaí/MG ocorrido em maio de 2008 e que perdura até os dias atuais.

A problemática que envolve o tema proposto se encontra na análise da suspensão no fornecimento de energia elétrica aos consumidores de um bairro inteiro em face do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista as disposições da Constituição Federal de 1988 e da legislação específica.

A partir do desenvolvimento do trabalho, pode-se surpreender com algumas hipóteses, quais sejam: a suspensão no fornecimento de energia elétrica ocorrida no bairro Chácaras Park Rio Preto deu-se dentro da legalidade; a suspensão no fornecimento do serviço essencial foi ato legal que não afronta qualquer princípio constitucional; por tratar-se de serviço público

essencial o fornecimento de energia elétrica está submetido ao princípio da continuidade dos serviços públicos e não pode ser suspenso (um bairro inteiro) mesmo com o inadimplemento dos consumidores e por último a suspensão da energia elétrica está revestida de ataque ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista as disposições da Constituição Federal e da legislação específica.

Os objetivos específicos do presente trabalho são: verificar a legalidade da suspensão no fornecimento de energia elétrica em face do inadimplemento dos consumidores do bairro diante de uma situação específica da irresponsabilidade do loteador; avaliar o caráter de essencialidade do serviço, sendo este caracterizado como serviço público e analisar se há expresse ataque ao princípio da dignidade da pessoa humana com a suspensão do serviço público de energia elétrica.

Desta forma, importante a realização deste estudo, pois como nas palavras do morador do bairro Sr. Edno José Pereira que se considera um “esquecido pelo poder público”, a situação que ocorre é envolvida por muitos questionamentos.

A metodologia aplicada para a realização do estudo de caso no bairro Chácaras Park Rio Preto compreende uma forma sistemática de trabalho por meio de uma abordagem qualitativa de cunho teórico e empírico.

Para a realização deste estudo, o primeiro tópico aborda o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a sua importância para o referido estudo, uma vez que o princípio está intimamente ligado à realização e concretização de direitos fundamentais, impondo limites à atuação estatal e ampla proteção do ser humano. Trata também sobre o direito à moradia e à função social da propriedade urbana sob o ponto de vista constitucional e traz o que diz a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Vê-se o que diz a Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001, denominada Estatuto da Cidade, que regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e também se faz um breve estudo sobre as diretrizes do plano diretor do município de Unai/MG.

O segundo tópico trata do conceito de serviço público e dos seus principais princípios diretores. Aborda-se também quais são os serviços públicos essenciais e as possibilidades de sua suspensão, inclusive as possibilidades da suspensão no serviço de fornecimento de energia elétrica, analisado sob a luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

O último tópico é destinado a apresentar e discutir sobre o caso da suspensão do fornecimento de energia elétrica nas Chácaras Park Rio Preto. Faz-se uma exposição sobre o histórico do loteamento, sobre como se deu a suspensão no fornecimento de energia elétrica e como está a atual situação da prestação de alguns serviços públicos no bairro. Traz-se ainda informações sobre a atuação do poder público na resolução do caso e a atuação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais através da Ação Civil Pública nº 070409139541-5 que ainda está em andamento na 2ª vara cível da Comarca de Unai/MG.

2 O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS BÁSICOS SOCIAIS PRESTACIONAIS

Para que se dê embasamento teórico ao tema proposto, o primeiro tópico do presente trabalho inicia-se tratando do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. A abordagem será desde o seu conceito à importante relação existente entre o princípio e alguns direitos básicos sociais prestacionais.

O princípio da dignidade da pessoa humana foi reconhecido internacionalmente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH aprovada pela Resolução nº 217, durante a 3ª Assembleia-Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948. Este documento veio proteger e assegurar a todos os seres humanos, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo,

língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Seu preâmbulo dispõe que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Em seu artigo I determina que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

Sobre o tema diz Paulo Bonavides (2008, p. 574) que “trata-se de um documento de convergência e ao mesmo passo de uma síntese. Convergência de anseios e esperanças, porquanto tem sido desde sua promulgação, uma espécie de carta de alforria para os povos que a subscreveram [...]”.

Tem-se que a declaração foi um dos importantes documentos para a consolidação e positivação dos direitos fundamentais e a concepção de que os direitos fundamentais são a concretização da dignidade humana dentro da ordem constitucional; concretização esta que é evidenciada sob o aspecto de informadora de todo o ordenamento jurídico (MAXWELL, 2014).

A Constituição Federal de 1988 enumera a dignidade da pessoa humana em seu Título I – denominado “Dos Princípios Fundamentais” – como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil:

O princípio da dignidade também está contido em outros dispositivos constitucionais, como por exemplo o artigo 3º que estabelece dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária” e pode-se considerar que liberdade, justiça e solidariedade são valores que estão vinculados à dignidade da pessoa humana, pois são condições para sua efetivação (MAXWELL, 2014).

O legislador incluiu ainda no art. 5º da Constituição brasileira uma norma reveladora desse preceito como um dos princípios basilares de nosso Estado Democrático de Direito. Ou seja, inseriu em nossa carta magna um conjunto razoável de direitos que circundam diretamente a órbita do direito à dignidade, como a proteção à vida, expressa pelo caput do art. 5º, o direito à integridade física, psíquica e moral, vedação às penas de morte, perpétuas ou cruéis (VIEIRA, 2006).

Para o ministro do STF Luis Roberto Barroso, o princípio da dignidade da pessoa humana é valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação na norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais (BARROSO, 2010).

Em linhas gerais, o autor Marçal Justen Filho considera que toda a ordem constitucional se vincula à dignidade humana, que consiste na concepção de que o ser humano não é instrumento, em qualquer das acepções que a palavra apresente. A dignidade relaciona-se com a integridade do ser humano, na acepção de um todo insuscetível de redução, em qualquer de seus aspectos fundamentais. Não há valor equiparável ou superior à pessoa humana, que é reconhecida com integridade, abrangendo tanto os aspectos físicos como também seus aspectos imateriais (JUSTEN FILHO, 2010).

Entende-se também que a Constituição Federal de 1988 adota a dignidade da pessoa humana como sendo um metaprincípio, uma vez que os demais princípios elencados na Carta Magna e todo o ordenamento jurídico se submetem a ele. Este metaprincípio engloba noções valorativas e principiológicas sendo de observação obrigatória, com valor no ordenamento constitucional considerado superior e legitimador de toda e qualquer atuação estatal e privada, individual ou coletiva (RIVABEM, 2008).

O respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana implica uma importante consequência que é a não admissibilidade da negativa dos direitos fundamentais para o

desenvolvimento de alguém como pessoa ou a imposição de condições subumanas de vida, garantindo assim um patamar existencial mínimo (FLORES, 1990).

Para Ana Paula Barcelos “o chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica” (BARCELLOS, 2008, p.278).

Desta forma, a estreita conexão entre a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos ou direitos fundamentais tem como consequência a essencialidade dos direitos sociais materialmente fundamentais que tem o condão de fornecer o mínimo existencial, ou seja, pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, tal como o direito à educação básica, à saúde, à moradia, à assistência às pessoas desamparadas e ao acesso à justiça (BARROSO, 2010).

Dentre os direitos fundamentais sociais se destaca no presente trabalho o direito à moradia, essencial à dignidade da pessoa humana, sendo que a sua falta impede o exercício de outros direitos básicos, tais como saúde, educação, trabalho e lazer, sendo parte integrante do direito a um padrão de vida adequado.

Sobre o direito à moradia, a Constituição Federal de 1988 preconiza em seu artigo 23, inciso IX: “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

Com a Emenda Constitucional nº 26/2000, o direito à moradia passou a figurar no rol dos direitos sociais do artigo 6º da Constituição Federal, que passou a ter a seguinte redação: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Então, o direito à moradia passou a ser um direito social previsto na Constituição Federal e pertencente à segunda dimensão dos direitos fundamentais. Estes direitos exigem do Estado políticas públicas voltadas para sua consecução, e trata-se de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana elencado também na Constituição Federal (ROCHA, 2012).

O direito à moradia está garantido pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental, porém não há como se pensar em moradia somente na edificação de uma casa solta em um local qualquer, faz-se necessário também a incorporação do direito à área urbanizada, à infraestrutura, aos serviços públicos, ou seja, para que o indivíduo tenha acesso ao direito à cidade, conseqüentemente a uma vida com parâmetros de dignidade (ROCHA, 2012).

O Capítulo I da Constituição Federal de 1988 que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, em seu art. 5º, incisos XXII e XXIII, condiciona o direito de propriedade a uma função social.

Apesar de não esclarecer o que vem a ser a função social da propriedade, o Capítulo II da Carta Magna, que trata da Política Urbana, estabelece algumas diretrizes fundamentais para que seja cumprida determinada função social.

A Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001, denominada Estatuto da Cidade, regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece as diretrizes gerais da política urbana e as normas de ordem pública e o interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

A referida lei é de observância obrigatória à União, Estado, Distrito Federal, Municípios e sociedade civil. Define como objetivo da política urbana, ordenar o pleno

desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante um conjunto de diretrizes gerais.

As funções sociais da cidade devem abranger o acesso de todos os habitantes, considerando o acesso à moradia, serviços urbanos, transporte público, cultura, lazer, saneamento básico. Nesse sentido, sua função social deverá exercer funções dedicadas à redução e combate às desigualdades sociais territoriais, extinguir a pobreza, promover a justiça social, e principalmente satisfazer os direitos fundamentais, proporcionando vida digna a seus habitantes (ROCHA, 2012).

A cidade para atingir sua função social deve abranger todos os direitos sociais, proporcionando qualidade de vida e bem-estar a seus habitantes, não somente propiciar um direito social, como a moradia, por exemplo, e deixar para trás outros direitos inerentes à pessoa humana (ROCHA, 2012).

As funções sociais da cidade são elencadas em quatro: a habitação, o trabalho, circulação e lazer, mas não são as únicas. De acordo com Rocha (2012) apud Fiorillo (2012, p. 33): “A função social da cidade é cumprida quando esta proporciona a seus habitantes o direito à vida, à segurança, à igualdade, à propriedade e à liberdade (CF, art. 5º, *caput*), bem como quando garante a todos um piso vital mínimo”.

Assim, os habitantes de uma cidade possuem o direito a uma vida sadia, por meio da consecução de direitos fundamentais, valores compreendidos na expressão “dignidade humana”.

O Estatuto da Cidade destaca o Plano Diretor do município como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, sendo parte do processo de planejamento municipal, devendo o PPA – Plano Plurianual, a LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias e a LOA – Lei Orçamentária Anual incorporar suas diretrizes e prioridades (SALDANHA, 2006).

O Plano Diretor é um instrumento obrigatório para cidades com mais de 20 mil habitantes e deve conter informações fixadas pelo Estatuto da Cidade como, por exemplo, a instituição de zonas especiais de interesse social; a concessão de direito real de uso; a concessão de uso especial para fins de moradia; o parcelamento, a edificação ou utilização compulsória; a desapropriação; a usucapião especial de imóvel urbano e a outorga onerosa do direito de construir (GAZOLA, 2008).

A Lei Complementar nº 44, de 25 de março de 2003 dispõe sobre o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano do município de Unai e também contém diretrizes do desenvolvimento urbano do município. No que tange ao direito à moradia o plano diz:

Art. 4º Constituem-se objetivos precípuos do Plano Diretor Urbano de Unai:

- I – a adequação da propriedade imobiliária urbana à sua função social;
- II – o aproveitamento adequado da infra-estrutura e dos equipamentos de uso público;
- III – a ordenação, prevenção e controle do crescimento e desenvolvimento urbanos;
- IV – a promoção da integração social dos setores desfavorecidos, minimizando a segregação espacial mediante a criação de oportunidades de acesso a terra, moradia e aos equipamentos urbanos e comunitários (BRASIL, 2003).

Como se pode ver o plano diretor estabelece as diretrizes para o desenvolvimento urbano de Unai, com planejamento para garantir o desenvolvimento da cidade e a melhoria da qualidade de vida da população, mediante a ordenação e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

O loteamento bairro Chácaras Park Rio Preto, através de Decreto Municipal desde o ano de 2008 pertence à área urbana do município de Unai. Ocorre que esta área ainda não foi legalizada, pois desde a sua implantação ocorrida no ano de 2000, não foi apresentado pelo

loteador a documentação exigida pela lei de loteamentos do município (PREFEITURA MUNICIPAL, 2014).

Diante do exposto sobre o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e os direitos básicos prestacionais, abordagens necessárias ao entendimento do presente estudo passa-se agora para análise da suspensão de um dos direitos essenciais que será explanado no próximo tópico: a energia elétrica.

3 A ENERGIA ELÉTRICA COMO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL, SOCIAL E A SUA SUSPENSÃO

O conceito de serviço público não está expresso na Constituição Federal de 1988, mas pode ser extraído da leitura do art. 175 que determina que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (BRASIL, 1988). Então, pode-se aduzir que serviços públicos são todos aqueles prestados pelo Poder Público, seja diretamente ou indiretamente, mediante concessão ou permissão.

Hely Lopes Meirelles (2002, p. 316) em sentido objetivo, conceitua serviço público como “todo aquele serviço prestado pela administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade”.

Devido sua importância social, os serviços públicos são regidos por alguns princípios que se complementam para atingirem um fim, que é a prestação do serviço público com máxima eficácia (JUSTEN FILHO, 2010).

Princípios são pensamentos diretores, bases nas quais os institutos e normas vão se fixar e apoiar e necessários para consolidar e interpretar normas administrativas (KOSTESKI, 2004).

O art. 37 da Constituição Federal de 1988 elenca os princípios norteadores da Administração Pública, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, mas existem ainda outros princípios que estão em leis esparsas, ou aqueles que são construções doutrinárias e jurisprudenciais (BRASIL, 1988).

O autor Marçal Justen Filho (2010) cita alguns princípios que estão relacionados aos serviços públicos, e participam da formação do conceito e do regime jurídico dos serviços públicos, quais sejam: adequação ou eficiência, segurança, generalidade e continuidade.

Pelo princípio da adequação ou eficiência: entende-se que não basta o Poder Público oferecer ou manter o serviço, mas este deve ser também, adequado. Ou seja, “deve satisfazer, do ponto de vista técnico, a necessidade que motivou a instituição” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 127).

O princípio da generalidade também caracteriza o serviço público, pois este deve ser prestado de forma generalizada. Segundo Carvalho Filho (2006), este princípio deve beneficiar o maior número de usuários, vedando a discriminação entre usuários quando tenham atendido os mesmos requisitos técnicos e jurídicos para a fruição dos serviços públicos.

Pelo princípio da continuidade o serviço público deve ser prestado de forma contínua, não sendo passível de interrupção. Ocorre pela importância que reveste o serviço público, o que implica ser colocado à disposição do usuário com qualidade e regularidade (MELLO, 2009).

A continuidade significa que a atividade de serviço público deverá desenvolver-se regularmente, sem interrupção. Dela derivam inúmeras consequências jurídicas, entre as quais a impossibilidade de suspensão dos serviços por parte da administração ou de seus delegados e a responsabilização civil do prestador de serviço (SANTOS, 2009).

É discutido pela doutrina e jurisprudência sobre qual tipo de serviço público pode ser considerado essencial, pois em linhas gerais entende-se que todo serviço público carrega intrinsecamente traços de essencialidade. (GRINOVER, 1995).

Não existe uma legislação específica que regulamenta quais são os serviços públicos essenciais. Sendo assim usa-se por analogia a Lei nº 7.783/89, conhecida como a Lei de Greve que dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais e regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. O artigo 11 da lei aduz que “são necessidades inadiáveis da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo eminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população” (BRASIL, 1989).

A referida lei elenca ainda um rol de serviços ou atividades que são consideradas essenciais: I – tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II – assistência médica e hospitalar; III – distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV – funerários; V – transporte coletivo; VI – captação e tratamento de esgoto e lixo; VII – telecomunicações; VIII – guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX – processamento de dados ligados a serviços essenciais; X – controle de tráfego aéreo; XI – compensação bancária.

Deste modo, os serviços essenciais estão para a coletividade e para o ordenamento jurídico como serviços indispensáveis à manutenção da vida e dos direitos, caracterizando a impossibilidade de sua interrupção. Pode-se considerar tais serviços como indispensáveis à vida moderna e a espinha dorsal da infraestrutura de um país (SARDI JUNIOR, 2014).

Assim, o serviço de produção e distribuição de energia elétrica diante da realidade vivida pela população do país é considerado sem dúvida alguma como serviço público essencial. O autor Rogério Gesta Leal, considera o serviço de energia elétrica como um bem essencial e justifica sua resposta se reportando à classificação, *ut singuli* dos serviços públicos. Para ele a energia elétrica é serviço essencial indispensável ao desenvolvimento da dignidade da pessoa humana. (LEAL, 2009).

Neste mesmo sentido, Ana Maria Ferreira nos diz que a energia é bem essencial e considera como sendo de grande importância à garantia do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, porque ao ser considerado como um bem essencial à qualidade de vida dos cidadãos, (segurança, bem-estar, etc.), a sua fruição deve ser garantida na sua plenitude atendendo aos fins sociais e econômicos aos quais se destina (FERREIRA, 2007).

A Constituição Federal fala especificamente do serviço de energia elétrica no artigo 21, inciso XII, b, ao estabelecer que “compete à União explorar os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão” (BRASIL, 1988).

É neste sentido que a doutrina insere os serviços de energia elétrica como serviços públicos por determinação constitucional, vez que a Constituição Federal ao definir as competências dos entes federados, atribuiu à União a titularidade de explorar os serviços de energia elétrica (BALBINOTTI, 2011).

Parte minoritária da doutrina considera a energia elétrica como instituto de direito civil, com fundamento nos artigos 82 e 83 do Código Civil Brasileiro que definem o que são bens móveis e incluem a energia elétrica como tal e não sendo, portanto, serviço público essencial.

Outra questão suscitada no presente trabalho é a possibilidade do serviço de energia elétrica ser considerado como serviço público social.

Para Marçal Justen Filho (2010), serviço público social é aquele que satisfaz as necessidades de cunho social ou assistencial, tal como a educação, a assistência e a seguridade.

André Luiz Berro Pereira (2009) considera que o serviço público não tem somente a finalidade de assegurar uma rentabilidade para o Estado, mas também colocar à disposição da

sociedade atividades nas quais entende como relevantes. Desta forma, o fornecimento de energia elétrica cumpre sua função social ao satisfazer às necessidades essenciais da população, de modo adequado, eficiente e contínuo.

Diante do exposto acima e os argumentos que embasam a energia elétrica como um serviço público essencial e social, passa-se à análise da sua suspensão e a possível violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Como já demonstrado ao longo do trabalho, indiscutível é a natureza essencial do fornecimento da energia elétrica. Passa-se neste momento a analisar a suspensão deste serviço à luz da dignidade da pessoa humana, com abordagem na legislação especial.

A energia elétrica hoje é indispensável à sobrevivência da população. A utilização desse bem se tornou essencial, sendo atualmente difícil viver sem energia, principalmente porque se vive em torno de horários para trabalhar, estudar e cumprir com os compromissos (POLEGATTO, 2006).

A inadimplência dos usuários é o tema mais comum quando se trata da suspensão de serviços essenciais. A prestação de serviços pelo poder público gera a obrigação do consumidor de pagar por ele, porém discute-se a legitimidade (legalidade) da paralisação do serviço público como forma de forçar o pagamento para garantir a continuidade do serviço (FIGUEIRA, 2013).

As dúvidas quanto à possibilidade do corte de energia elétrica em face do inadimplemento do usuário começaram a surgir, primeiramente, com o advento da Lei nº 8.987/95, disciplinadora dos institutos da concessão e permissão dos serviços públicos (MARTINS, 2006).

Prescreve o art. 6º, § 3º, II, da citada lei: “Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: [...] II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade (BRASIL, 1995).

As opiniões que entendem pela licitude no corte do fornecimento de um serviço público pelo inadimplemento das obrigações do usuário sustentam tal posição com base no neste artigo (MARTINS, 2006).

Já o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 22 prevê que “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos (BRASIL, 1990).

Desta forma, argumenta-se que o art. 22 do CDC serve de garantia para a coletividade cujos serviços qualificados como essenciais não poderão ter sua oferta negada pelo poder Público (FIGUEIRA, 2013).

Observa-se no texto do artigo 22 do CDC certa especificidade quando se trata de serviços públicos essenciais. Estes por possuírem um caráter intrínseco em relação à qualidade de vida do cidadão são tutelados de forma especial e são alvo da incidência do princípio da continuidade (MARTINS, 2006).

Deste modo, ao caracterizar determinado serviço como essencial é relacioná-lo com o princípio da continuidade, o qual diz respeito à prestação efetiva e contínua do serviço, não podendo haver a interrupção deste, sob pena de se infringir a qualidade de vida do cidadão, depreciando-o e o submetendo a situações de impossibilidade de manutenção de seu bem-estar (MARTINS, 2006).

Outros apontam que, do confronto entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei 8.987/95, prevalecerá o entendimento que a concessionária, no caso de inadimplemento não poderá interromper o serviço quando não houver o interesse da coletividade, quer dizer em uma residência o fornecimento poderá ser interrompido, pois não há interesse da coletividade a ser considerado; porém em escolas, hospitais, havendo o inadimplemento por parte da Administração Pública, não poderá ser interrompida a prestação do serviço de água, energia

elétrica e telefone, pois nesses casos deverá ser levado em consideração o interesse da coletividade (FIGUEIRA, 2013).

No conflito entre essas duas normas em relações de serviços públicos, os critérios da hierarquia e especialidade não se prestam à sua solução, já que ambas são ordinárias. Caso se entenda que a relação entre usuário e concessionário é de consumo, o CDC será a norma especial e, na hipótese de ser vista, exclusivamente, como pertencente ao âmbito dos serviços públicos, especial será a Lei de Concessões e Permissões (DECORTE, 2012).

Por sua vez, a Lei 9.427/96 que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, em seu art. 17, está em acordo com a Lei nº 8.987/95, ao apontar que a “suspensão, por falta de pagamento, do fornecimento de energia elétrica a consumidor que preste serviço público ou essencial à população e cuja atividade sofra prejuízo será comunicada com antecedência de quinze dias ao Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual” (BRASIL, 1996).

No mesmo sentido, tem-se o art. 91 da Resolução 546, de 29 de novembro de 2000, da Aneel (Agência Nacional de Energia Elétrica) que prevê expressamente a possibilidade de suspensão do fornecimento na hipótese de inadimplemento, mediante prévio aviso ao consumidor (MARTINS, 2006).

No que diz respeito à suspensão da energia elétrica, inicialmente o STJ entendia que em virtude de se tratar de um serviço indispensável à população, de caráter essencial, e submetido ao princípio da continuidade, à luz do art. 22 do CDC, não poderia o fornecedor dos serviços proceder ao corte pelo motivo do consumidor restar inadimplente. Nestes casos, o fornecedor deveria buscar os meios legais (ação de cobrança ou de execução) para obrigar o consumidor ao pagamento de suas obrigações.

Atualmente, a posição do STJ é no sentido de permitir o corte do serviço essencial de energia elétrica, condicionado ao prévio aviso do consumidor inadimplente e, desde que se trate de débito atual e não pretérito (NILSSON, 2012).

Essa posição foi consolidada em diversas decisões do STJ, firmando assim a tese da impossibilidade do corte do serviço de energia elétrica em razão de débitos pretéritos, devendo o inadimplemento da conta ser relativa ao mês do consumo, sendo inviável a suspensão do abastecimento em razão de débitos antigos. (NILSSON, 2012).

Verificando os recentes julgados do STJ sobre o assunto, observa-se que a discussão sobre a essencialidade do acesso à energia elétrica é deixada de lado e este tribunal entende que os serviços essenciais atingidos pelo corte no fornecimento de energia elétrica são hospitais, centros de saúde, creches, escolas e iluminação pública (NILSSON, 2012).

Desse modo, não se verifica, nos seus debates o tratamento do fornecimento de energia elétrica como um serviço essencial por natureza, e também que a suspensão no fornecimento acarreta prejuízos na esfera individual de cada cidadão, ou que fere a própria dignidade humana.

A professora Claudia Lima Marques defende o impedimento da suspensão com base no princípio da continuidade previsto no art. 22 do CDC, em conjunto com preceitos constitucionais que dizem respeito à dignidade da pessoa humana, conforme abaixo:

Em resumo, o corte ou suspensão do serviço essencial, face ao princípio da continuidade (art.6º, X, c/c art. 22 do CDC), frente ao consumidor pessoa física, tendo em vista a sua “dignidade” como pessoa humana (art. 5º, XXXII, c/c art. 1º, III da CF/88 c/c art. 2º do CDC), só pode ser possível excepcionalmente e quando não é forma de cobrança ou constrangimento, mas sim reflexo de uma decisão judicial ou do fim não abusivo do vínculo.

Com base no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, entende-se que a suspensão do serviço público essencial é considerada um meio agressivo que fere a dignidade da pessoa humana, portanto, os legisladores, bem como os aplicadores do direito, devem buscar formas mais equilibradas de cobrança e compatíveis com as possibilidades do usuário de boa-fé (FIGUEIRA, 2013).

A atividade estatal de prestação de serviços deve ser pautada no sentido de concretizar o princípio da dignidade humana. Por isso, o fornecimento de serviços indispensáveis à vida, como é o caso da água e energia elétrica, devem ser prestados de forma contínua, sob pena de degradar a dignidade humana (FIGUEIRA, 2013).

Desta forma, a suspensão de tais serviços viola o princípio da dignidade humana, pois são serviços indispensáveis e necessários à vida, sendo, portanto, indisponíveis. Por isso, a inadimplência do usuário, não pode ser punida com a interrupção de serviço indispensável à sua vida, principalmente, quando é o Estado quem fornece esses serviços (FIGUEIRA, 2013).

A partir da análise realizada no presente tópico, aponta-se que a possibilidade de corte do fornecimento deve se pautar na verificação caso a caso; se há ofensa direta ou indireta à dignidade da pessoa humana, isto é, se há violação de interesses existenciais aos moradores.

4 ESTUDO DE CASO DAS CHÁCARAS PARK RIO PRETO, MUNICÍPIO DE UNAÍ/MG.

4.1 HISTÓRICO DO LOTEAMENTO CHÁCARAS PARK RIO PRETO

Situada na região Noroeste de Minas Gerais e com área de 8.464 km², a cidade de Unaí/MG tem uma população estimada em 82.000 habitantes. Faz limites com os municípios de Cabeceira Grande, Buritis, Arinos, Paracatu, Brasilândia de Minas, Dom Bosco, Natalândia, Bonfinópolis de Minas, Uruana de Minas, João Pinheiro e Cristalina/GO (IBGE, 2013).

O IDHM – Índice de Desenvolvimento Humano Municipal de Unaí é de 0,736 (ano 2010). O município está situado na faixa de Desenvolvimento Humano Alto (IDHM entre 0,700 e 0,799). Entre 2000 e 2010 a dimensão que mais cresceu em termos absolutos foi a educação, seguida por longevidade e por renda. Ocupa a 876ª posição em relação aos 5.565 municípios do Brasil, e em relação a Minas Gerais Unaí ocupa a 67ª posição (PREFEITURA MUNICIPAL, 2014).

A renda per capita média de Unaí cresceu 145% nas últimas décadas e em 2010 era de R\$720,00 (setecentos e vinte reais). A extrema pobreza (medida pela proporção de pessoas com renda domiciliar per capita inferior a R\$70,00) encontra-se na taxa de 3,44% (PREFEITURA MUNICIPAL, 2014).

Atualmente o município possui 50 bairros. A gleba de terras onde hoje se localiza o bairro objeto de estudo do presente trabalho, denominado Chácaras Park Rio Preto, era originariamente uma fazenda com nome Fazenda Xodó e com área total de 178,86 ha (cento e setenta e oito hectares e oitenta e seis centiares). No ano de 2000 essa propriedade foi desmembrada em lotes e estes passaram a ser vendidos clandestinamente, pois conforme informado pelo Município, o parcelamento da área rural na Fazenda Xodó não foi precedido dos trâmites legais para a regularização e tampouco foi apresentado algum projeto perante a Municipalidade.

Segundo as diretrizes de zoneamento do Plano Diretor Urbano (PDU) do Município de Unaí, a área em questão referente às Chácaras Park Rio Preto está inserida na Zona de Interesse Ambiental de Preservação (ZIA), pois engloba área de preservação permanente do Rio Preto.

Figura 01: Chácaras Park Rio Preto



Fonte: Google Maps, 2014

Em 2004, o Instituto Estadual de Florestas, autarquia estadual vinculada à Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável de Minas Gerais, emitiu laudo sobre o loteamento, constatando que o empreendimento não possuía qualquer arremedo de ambientação ou adimplemento de diretrizes urbanísticas, e que também estaria causando sérios danos aos interesses coletivos, com inegáveis riscos à saúde pública, devido à contaminação dos mananciais hídricos.

Também no ano 2004 o CAO-MA (Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente) do Ministério Público do Estado de Minas Gerais emitiu laudo técnico sobre o empreendimento Park Rio Preto, com o objetivo de avaliar danos ambientais ocorridos, bem como fazer os apontamentos para as medidas de regularização fundiária e compensação de ordem ambiental. Deste laudo técnico, faz-se as seguintes referências quanto aos apontamentos:

- I – segundo as diretrizes de zoneamento do Plano Diretor Urbano (PDU) do Município, a área fracionada está inserida na Zona de Interesse Ambiental de Preservação (ZIA), estando a mesma localizada na zona rural;
- II – ocupação indevida da Área de Preservação Permanente por construções residenciais, plantações e criação de animais, sem acatamento da faixa de 50 metros marginais;
- III – impossibilidade administrativa de parcelamento da área rural, à vista de que os loteamentos somente podem incidir em Zona Urbana (ZU) ou Zona de Expansão Urbana (ZEU) ou Urbanização Específica (EU), na forma do artigo 3º da Lei Federal nº 6.766/79 restando impossível a aprovação do loteamento pelo município;
- IV – embargo administrativo instrumentalizado pelo MMA – Ministério do Meio Ambiente à vista da precariedade ambiental e da ausência de regularidade formal do empreendimento;
- V – ausência de plano executivo de recolhimento de resíduo sólido regados pela ocupação antrópica.

Dentre os vários apontamentos feitos pelo CAO-MA, na época concluiu-se indispensável a providência da demarcação das áreas de preservação ambiental; a inadequação da figura de “chácaras” de características urbanas, à vista da ausência de tributação da propriedade imobiliária pelo Município e também a necessidade imediata da execução de serviços públicos essenciais: redes de esgoto, captação e distribuição de água, iluminação pública e domiciliar adequada, escoamento de águas pluviais, transporte público, coleta de lixo doméstico e a implantação de centros sócio comunitários como escolas e creches.

Neste intermédio, o Município de Unaí realizou a tentativa de regularização do parcelamento irregular do solo, através de uma legislação aberrante e inconstitucional, tratando do parcelamento de solo rural para fins urbanos, ocorrendo uma evidente invasão de competência legislativa da União.

Mesmo com a ilegalidade do loteamento perante o município, a CEMIG realizou a distribuição da energia elétrica. O fornecimento ocorria através de padrão único, e somente uma conta era gerada para todo o bairro e rateada entre os diversos moradores. Os moradores repassavam o valor estipulado de R\$70,00 (setenta reais) para o loteador para que fosse efetuado o pagamento da conta mensal. Ocorre que o loteador recebia os valores dos moradores, mas não repassava à CEMIG. Em decorrência da recorrente inadimplência perante a concessionária de energia elétrica em 21 de maio de 2008 ocorreu o corte do fornecimento da energia.

Desde então ocorreram várias denúncias da situação vivida pelos moradores do local, manifestações aos órgãos competentes, inclusive na Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social e ao Conselho Estadual de Defesa dos Direitos Humanos de Minas Gerais, relatando a situação e a angústia dos moradores (Informação verbal).

Antes da suspensão do fornecimento de energia elétrica, os moradores informaram a situação ao Ministério Público para que providências fossem tomadas. O Ministério Público na época orientou os moradores a procurarem o Serviço de Assistência Judiciária do Município para que fosse buscada a solução judicial para a questão da interrupção do fornecimento de energia elétrica, dada a essencialidade de serviço público.

Foi impetrado Mandado de Segurança para a normalização do fornecimento de energia elétrica, mas este foi improvido. A empresa responsável pela distribuição, CEMIG posicionou-se pela completa insegurança na rede elétrica de distribuição o que impossibilitaria o fornecimento da energia elétrica antes de toda a alteração na estrutura elétrica do bairro.

Atualmente vivem no loteamento uma média de 200 famílias, totalizando aproximadamente 1000 pessoas, dentre elas 150 crianças (INFORMAÇÃO VERBAL).

4.2 A ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO NA RESOLUÇÃO DO CASO

Diante da situação apresentada, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou Ação Civil Pública em face do responsável pelo loteamento da área que hoje se denomina Chácaras Park Rio Preto, em face da empresa responsável pela venda dos lotes e do Município de Unaí.

Após consulta à Ação Civil Pública, processo de nº 070409139541-5, localizado na secretaria da 2ª vara cível da Comarca de Unaí, faz-se a seguir um breve resumo para melhor compreensão do caso concreto.

A presente ação tinha como causa de pedir remota, o parcelamento do solo para os fins de expansão urbana na cidade de Unaí, sendo dispensada a infraestrutura mínima e como causa de pedir próxima a responsabilização dos requeridos, considerando a dignidade constitucional (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal) e os direitos fundamentais e sociais.

Cita algumas irregularidades no loteamento, como a irregularidade urbana, pois o parcelamento do solo deu-se com viés não previsto em qualquer ato normativo; a irregularidade ambiental, pois o loteamento já sofria os efeitos da ocupação antrópica descontrolada e não planejada e a irregularidade tributária-fiscal, pois o Município está coagido a promover os serviços essenciais sem quaisquer contrapartidas da exação territorial urbana ou mesmo dos empreendedores.

Argumenta-se a situação degradante dos moradores com o não acesso permanente aos bens essenciais (água e energia elétrica) apontando que a responsabilidade civil pela

regularização urbana do loteamento Chácaras Park Rio Preto é solidária, com fulcro em artigos distintos da Lei de Parcelamento do Solo, conforme a seguir:

Art. 40. A Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, se desatendida pelo loteador a notificação, poderá regularizar loteamento ou desmembramento não autorizado ou executado sem observância das determinações do ato administrativo de licença, para evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano e na defesa dos direitos dos adquirentes de lotes.

Art. 44. O Município, o Distrito Federal e o Estado poderão expropriar áreas urbanas ou de expansão urbana para reloteamento, demolição, reconstrução e incorporação, ressalvada a preferência dos expropriados para a aquisição de novas unidades.

Art. 47. Se o loteador integrar grupo econômico ou financeiro, qualquer pessoa física ou jurídica desse grupo, beneficiária de qualquer forma do loteamento ou desmembramento irregular, será solidariamente responsável pelos prejuízos por ele causados aos compradores de lotes e ao Poder Público.

Salienta que o parcelamento irregular do solo é de extrema temeridade, sendo responsáveis os requeridos e em concurso, por negligência o Município de Unaí pelo seu poder de fiscalização.

Dos precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sobre a questão dos loteamentos irregulares e da infraestrutura necessária, aferiu:

“EMENTA: LOTEAMENTO. OBRAS DE INFRA-ESTRUTURA, AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MP. O loteador só pode negociar os lotes, após aprovação do loteamento e do respectivo registro, onde consta a verificação de execução das obras de infra-estrutura necessárias – A aquiescência dos promitentes-compradores, em loteamento não registrado, é irrelevante para não se exigir a realização das obras de infra-estrutura, já que é matéria de interesse público, importando na própria defesa do meio ambiente, que no caso, tem relação com o próprio urbanismo. Em razão do interesse público na regularização do empreendimento, inclusive, quando já se comprova a venda ou promessa de venda de lotes, autoriza-se a ação civil pública pelo MP.” (TJMG – Apelação Cível nº 1.0499.07.007591-0/0011, Comarca de Perdões, Relator: Desembargador Ernane Fidélis, Data do Julgamento 04/11/08).

Alguns espaços de interesse ambiental ainda fazem parte da área ocupada no loteamento como: área de preservação do Rio Preto, área com declividade superior a 30%, terrenos alagadiços, área sujeita a inundação e área de instabilidade geológica. Estas áreas devem ser identificadas no Projeto de Urbanização Corretiva, a fim de não serem objeto de ocupação indevida.

Quanto aos aspectos consumeristas, não restam dúvidas sobre a transgressão dos aparatos normativos em evidência, sendo que a ausência de infraestrutura mínima traz à população grande sofrimento. Para tanto, há jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

“EMENTA: Ação de Responsabilidade por vício do produto – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE LOTES – CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DA LEI DE PARCELAMENTO DO SOLO (LEI 6.766/79) – APROVAÇÃO DO PODER PÚBLICO – SEM EFEITO PARA A CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE – VÍCIOS OCULTOS E APARENTES – Se a responsabilidade civil se embasa no Código de Defesa do

Consumidor, em virtude de vício resultante da não implementação de obras básicas constantes de promessa imobiliária, devidamente comprovada, aderindo tal informação ao contrato de compra e venda de lotes, e obrigando o fornecedor, de valia nenhuma tem a regularidade do empreendimento e a autorização do Poder Público, uma vez que as obrigações as quais se vinculou o fornecedor ultrapassam as determinações da Lei de Parcelamento do Solo.” (TJMG – Apelação Cível nº 2.0000.00.384535-4/0001, Comarca de Bicas, Relator: Desembargador Saldanha da Fonseca, Data do Julgamento 21/05/03).

A perpetuação dessa situação de calamidade e indiferença dinamitam os direitos e interesses postos à baila, autorizando a intervenção supletiva do Ministério Público, para a defesa da ordem jurídica e do patrimônio público e social.

O Ministério Público considerou também a devida indenização coletiva pelo sentimento gerado pela desobediência às normas legais, especialmente quando se trata de empreendedores que lesam variedades múltiplas. Dessa forma, a coletividade é passível de ser indenizada pelo abalo moral pelo desprestígio do serviço público e o desconforto gerado no meio social.

Com caráter de cautelar, requereu-se com relação ao loteador e à empresa que vendia os lotes a cessação da realização das vendas ou qualquer negócio jurídico que vinculem os lotes ou frações ideais do terreno; a proibição de qualquer propaganda ou publicidade sobre o loteamento; o recebimento de prestações ou mensalidades, vencidas ou vincendas relativas aos lotes.

Ocorre que mesmo com todos estes problemas que perduram até o presente momento, o loteador ainda continua vendendo lotes das Chácaras Park Rio Preto.

Em antecipação de tutela, requereu-se a regularização integral do parcelamento Chácaras Park Rio Preto, mediante a aprovação do empreendimento junto ao Poder Público Municipal e a realização das obras de infraestrutura; a recuperação dos danos ambientais verificados no loteamento.

Da leitura dos autos é possível verificar que inicialmente foi imputado ao Município de Unaí conduta negligente por sua omissão no loteamento irregular, conduta essa que estaria causando inúmeros prejuízos aos adquirentes dos imóveis. Em sede de liminar dentre outras medidas restou determinada a regularização do loteamento ou a relocação das famílias moradoras da área.

O Município de Unaí, por sua vez, visando à regularização do loteamento, se propôs a custear a implantação da rede de distribuição de energia. Entretanto para a efetivação das obras, pleiteou o ressarcimento dos valores que serão despendidos com a indisponibilidade de parte de cota hereditária que o loteador possui nos autos de processo de inventário que tramita na 1ª vara da Comarca de Unaí.

Em novembro de 2014 foi deferido o pedido formulado pelo Município de Unaí, e foi decretada a indisponibilidade da cota hereditária do loteador responsável e expedido mandado de penhora. No contexto apresentado, alegou-se que a norma institui instrumento posto a serviço da sociedade para a imediata proteção do interesse público, quando demonstrados o necessário ressarcimento ao erário e o envolvimento dos réus, ou seja, entendeu-se que o legislador pressupôs a urgência a ser adotada em favor do futuro ressarcimento da coletividade.

A medida tratou-se de garantia de ressarcimento ao erário municipal para fins de custeio da implantação da rede elétrica no loteamento.

Ainda nos autos, em relação ao pedido de tutela antecipada formulado pelo Ministério Público visando à implantação forçada da Rede de Distribuição Urbana – RDU no loteamento objeto da demanda, esta foi deferida em fevereiro de 2015, determinando que o Município de Unaí implante a Rede de Distribuição de Energia.

Sobre a referida decisão, tão importante para os moradores daquele loteamento e para a concretização real dos direitos fundamentais e sociais assegurados na nossa Carta Magna relata-se:

O juiz que proferiu a decisão justifica a necessidade do fornecimento da rede de energia elétrica aos moradores do loteamento Park Rio Preto funda-se no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como no direito fundamental à moradia, uma vez que a disponibilização do referido serviço constitui elemento essencial para a satisfação das suas necessidades básicas (mínimo existencial).

Após a análise dos autos, verifica-se que o estudo técnico realizado pela Central de Apoio Técnico do Ministério Público concluiu que “não foram identificados impactos negativos relevantes na área objeto de estudo, decorrentes exclusivamente da implantação da RDU”. Percebeu-se que não haverá impactos ambientais negativos relevantes, além daqueles oriundos da própria urbanização da área.

Diante do quadro, fazendo uma ponderação entre os interesses atingidos na presente lide, embora existam indícios de irregularidade do loteamento, tal fato não representa óbice intransponível ao direito de os moradores terem o fornecimento regular de energia elétrica, mormente considerando o lapso temporal em que esses cidadãos sobrevivem naquela região, bem como os transtornos e privações a que se submeteram, juntamente com seus familiares, em decorrência do não fornecimento de energia elétrica.

A restrição de acesso aos bens fundamentais como o é a energia elétrica, não se justifica diante de eventuais construções irregulares, pois estas existem também pela ausência do Poder Público municipal, seja quanto à implementação do plano diretor da cidade, seja em relação à efetiva fiscalização (poder de polícia).

Justificou ainda pela evidencia clara do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, tendo em vista a urgência em assegurar e concretizar o direito fundamental à moradia digna aos moradores da área objeto do loteamento, os quais estão privados de uma de suas necessidades básicas, qual seja a energia elétrica.

Na decisão determinou-se que a obra de implementação da RDU (Rede de Distribuição Urbana) deverá ser iniciada no prazo máximo de 30 (trinta) dias, tudo devendo ser comprovado documentalmente nos autos. Deverá ser comprovado ainda nos autos o custo real dispendido para a realização da implementação da rede elétrica.

Após visita ao local realizada no dia 08 de maio de 2015, em conversa com moradores do local, vislumbra-se a satisfação pela aparente resolução do caso, e a esperança de dias melhores para todos os moradores que se sentiam excluídos pelo poder público.

E finalmente, no dia 19 de maio de 2015 foi assinado em Belo Horizonte entre a CEMIG e a Prefeitura Municipal, o contrato que garante a eletrificação das Chácaras Park Rio Preto. Conforme informado pela Prefeitura Municipal nos veículos de publicidade da cidade, a obra terá um custo de R\$1.750.000 (um milhão e setecentos e cinquenta mil reais), que serão pagos pela Prefeitura Municipal de Unaí em 10 parcelas (UNAINET, 2015).

Os levantamentos iniciais avaliam que além de outras intervenções, serão instalados 241 postes equipados com rede de distribuição trifásica; construídos mais de 01 quilometro de rede de distribuição e a instalação de 120 transformadores. (UNAINET, 2015).

A Prefeitura Municipal de Unaí informou que a expectativa é pela imediata instalação das obras, e que estão sendo tomadas as providências legais ambientais e referentes à contratação para atender a liminar que o compeliu a implantar a rede de distribuição de energia elétrica no loteamento.

5 METODOLOGIA

A metodologia aplicada para a realização do estudo de caso no bairro Chácaras Park Rio Preto, localizado no município de Unaí/MG, compreende uma forma sistemática de trabalho por meio de uma abordagem qualitativa de cunho teórico e empírico.

Teixeira (2005) teorizou que a seleção da opção metodológica constitui o segundo momento da pesquisa, depois da seleção do tópico-problema. Desta forma, a fim de esclarecer o problema de pesquisa proposto neste trabalho, foi adotada a pesquisa qualitativa. Este mesmo autor esclarece a relação do pesquisador e seu objeto de pesquisa na pesquisa qualitativa:

Na pesquisa qualitativa o pesquisador procura reduzir a distância entre a teoria e os dados, entre o contexto e a ação, usando a lógica da análise fenomenológica, isto é, da compreensão dos fenômenos pela sua descrição e interpretação. As experiências pessoais do pesquisador são elementos importantes na análise e compreensão dos fenômenos estudados (TEIXEIRA, 2005, p.136).

O autor ainda destaca que, na pesquisa qualitativa, “o social é visto como um mundo de significados passível de investigação e a linguagem dos atores sociais e suas práticas as matérias primas dessa abordagem”. (TEIXEIRA, 2005, p.140).

Dentro desta perspectiva, foi selecionado como categoria de pesquisa qualitativa o método “estudo de caso”, caracterizado por “retratar a realidade de forma completa e profunda: o pesquisador enfatiza a complexidade da situação procurando revelar a multiplicidade de fatos que a envolvem e a determinam” (MARTINS, 2015).

O estudo de caso demanda do pesquisador algo mais que a apresentação da situação, pois o coloca na condição de observador e analista, sendo necessário o aporte bibliográfico, o estudo da legislação, o acompanhamento do caso e leitura refinada dos autos que documentam o procedimento (BITTAR, 2014).

O referido método mostrou-se adequado para a compreensão da problemática urbana presente no bairro Chácaras Park Rio Preto em Unaí/MG, ao colocar a pesquisadora em contato constante e direto com seu objeto de estudo.

Foram utilizados diversos métodos para coletar dados. Merece destaque para o desenvolvimento deste trabalho a entrevista como importante instrumento para coleta de dados durante a ida a campo, demonstrando-se fundamental para a compreensão do problema.

Com o intuito de investigar a dinâmica da produção do espaço urbano no bairro e ter o maior contato com a realidade local, foi realizada entrevista do tipo “semiestruturada” com a presidente da Associação dos Moradores. Na entrevista foram abordadas questões fundamentais referentes ao bairro e ao funcionamento dos serviços básicos.

A pesquisa documental deu-se principalmente na e também a análise de dados coletados no Departamento Jurídico da Prefeitura Municipal de Unaí, na Câmara Municipal de Unaí, no SAAE (Serviço Autônomo de Água e Esgoto), na CEMIG (Companhia Energética de Minas Gerais) e consulta à Ação Civil Pública 070409139541-5.

A revisão bibliográfica foi realizada através do acesso a livros, monografias, dissertações e artigos da internet.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente estudo buscou-se avaliar a problemática proposta que consiste na análise da situação envolvendo as Chácaras Park Rio Preto, localizada no município de Unaí/MG. Pretendeu-se averiguar se com a suspensão no fornecimento de energia elétrica

ocorrida no loteamento houve ataque ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, tendo em vista as disposições da Constituição Federal de 1988 e da legislação específica.

Apesar do acesso à energia elétrica não se encontrar expresso no texto constitucional como um direito fundamental, em decorrência do previsto no art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988, mesmo alguns direitos não arrolados na Constituição Federal de 1988, estão inseridos como direitos fundamentais através dos princípios constitucionais. Nesse sentido, o princípio constitucional que autoriza o acesso à energia elétrica ser classificado como um direito fundamental constitucional é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Compreende-se que a impossibilidade do cidadão de usufruir do fornecimento de energia elétrica se vincula diretamente com o impedimento ao cidadão ao acessar o chamado “mínimo existencial”. Desse modo, a suspensão do serviço público essencial que é a energia elétrica torna inviável a manutenção de um padrão mínimo para uma vida digna.

No que tange a interrupção do fornecimento de energia elétrica por inadimplemento, percebe-se que esse assunto gerou e continua gerando controvérsias na doutrina e na jurisprudência. A jurisprudência do STJ oscila, em momentos impedindo o corte e em outros o permitindo.

As teses apresentadas por ambas as correntes, tanto a que defende o corte do fornecimento do serviço essencial, como a que o proíbe possuem fundamentos importantes. Para os que admitem o corte do serviço essencial, o interesse coletivo, neste caso, se sobrepõem aos interesses individuais do consumidor inadimplente. Há decisões recentes que apontam a licitude da suspensão no fornecimento.

Na esfera oposta, considerando a essencialidade do serviço de energia elétrica na promoção da pessoa humana, baseado, portanto na dignidade da pessoa humana, no mínimo existencial para uma existência digna, o fornecimento do serviço não pode ser interrompido. Neste caso, haveria o direito fundamental ao mínimo existencial que deveria ser amparado, inclusive nas relações de consumo caracterizadas pelo fornecimento de serviços públicos.

Nesse contexto, foi possível verificar através das decisões jurisprudenciais analisadas que há situações em que o direito de acesso à energia elétrica é reconhecido como um verdadeiro direito fundamental consubstanciado nos princípios da continuidade dos serviços públicos considerados essenciais e da dignidade da pessoa humana.

No estudo de caso, o juízo pela ilegalidade do corte parece ser o entendimento mais adequado para o problema em questão, pois a ordem jurídica atual, centrada na pessoa humana e na promoção da personalidade visa a tutelar as necessidades essenciais do ser humano inclusive frente a interesses meramente patrimoniais.

As situações fáticas da vida são dinâmicas e não se pode deixar de analisar o caso concreto. Após a análise de todas as situações que envolvem as Chácaras Park Rio Preto, visualiza-se que o corte do fornecimento do serviço essencial, nesse caso configurou medida extrema e desproporcional.

Entende-se que se deve privilegiar a dignidade do consumidor e analisar todas as situações envolvidas com o corte. Nesse caso, a interrupção do fornecimento de energia elétrica em razão do inadimplemento atentou contra a dignidade da pessoa e seu direito fundamental ao mínimo existencial pertinente a uma existência digna.

Em acordo com esse entendimento tem-se a recente decisão do juiz que concedeu o pedido de tutela antecipada formulado pelo Ministério Público para a implantação forçada da Rede de Distribuição Urbana no loteamento. A referida decisão fundou-se no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como no direito fundamental à moradia, uma vez que a disponibilização do referido serviço constitui elemento essencial para a satisfação da necessidade básica do ser humano.

Justificou ainda pela urgência em assegurar e concretizar o direito fundamental à moradia digna aos moradores da área, os quais estão privados de uma de suas necessidades básicas, qual seja: a energia elétrica.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES, Júnior. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BALBINOTTI, Franciele. **O regime jurídico das atividades envolvidas na prestação do serviço público de energia elétrica**. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/monografia_pos_graduacao_franciele_balbinotti.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BITTAR, Eduardo C.B. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

_____. **Lei complementar 44, de 25 de março de 2003**. Dispõe sobre o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano e dá outras providências. Disponível em: http://www.prefeituraunai.mg.gov.br/pmu/outros/leis_e_decretos_mais_copiados/plano_diretor/lei44_2003_plano_diretor_unai.pdf. Acesso em 08 out. 2014.

_____. **Lei 7.783 de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783.htm>. Acesso em 07 out. 2014.

_____. **Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá

outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em 10 out. 2014.

_____. **Lei 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: 07 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 337965/MG**, 1ª Seção, julgado em 22 de setembro de 2004, Ministro Luiz Fux (Relator). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=RESP+337965+MG>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº 8915/MA**, 1ª Turma, julgado em 12 de maio de 1998, Ministro José Delgado (Relator). Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19841752/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-8915-ma-1997-0062447-1>>. Acesso em: 10 mar. 2015

CARDOSO, Leandro Vilela. **O Direito à Moradia e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Pós Graduação. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DECORTE, Maria de Fátima Ramos. **A Interrupção dos Serviços Públicos Essenciais por Inadimplência do Usuário-Consumidor: o Diálogo de Fontes entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos**. Pós-Graduação – Especialização em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ. Ano: 2012.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, ONU, 1948.

FERREIRA, Ana Maria. **O direito ambiental no Brasil: viabilização da energia elétrica**. São Paulo: RCS Editora, 2007.

FIGUEIRA, Rayane de Almeida. **A interrupção de serviços públicos essenciais pelo inadimplemento do usuário**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=11698>. Acesso em: 20 set. 2014.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GAZOLA, Patricia Marques. **Concretização do direito a moradia digna: teoria e prática.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GONÇALVES, Isabela Leal. **Serviços Públicos e o Código de Defesa do Consumidor.** Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini, e outros. **Código brasileiro de defesa do consumidor.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

GUNNAR, Nilsson. **A suspensão do fornecimento do serviço essencial de energia elétrica ao usuário inadimplente: análise sob a perspectiva constitucional e consumerista.** *Direito & Justiça*, v. 38, n.2, p. 141-155, jul./dez.2012.

KISTESKI, Graciele. **O Princípio da Continuidade do Serviço Público e o direito de greve.** Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1616/Principio-da-continuidade-do-servico-publico-e-o-direito-de-greve>>. Acesso em 15 mai. 2015.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficácias dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LUCCA, Newton de. **Direito do Consumidor.** 2. ed. São Paulo: QuartierLatin do Brasil, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 30 ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Katherine. **Metodologia Científica.** Disponível em <<https://www.passeidireto.com/arquivo/5224475/trabalhos-academicos/2>>. Acesso em 22 mai. 2015.

MARTINS, Taíse Fernandes. **A legalidade da suspensão do fornecimento de energia elétrica em virtude do inadimplemento do usuário.** Disponível em: <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/0192009.pdf>>. Acesso em 10 abr. 2015.

MARTINS, F.J.B. **Dignidade da pessoa humana.** Curitiba: Juruá, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 26 ed. Revista e atualizada até a emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

PEREIRA, André Luiz Berro. **Aspectos controversos da interrupção do fornecimento de energia elétrica por falta de pagamento.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11902>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

POLEGATTO, Juliana dos Santos. **Princípio da dignidade da pessoa humana em face da suspensão do fornecimento de energia elétrica.** Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/529/524>>. Acesso em 28 abr. 2015.

ROSA, Taís Hemann da. **Direito fundamental social de acesso à energia elétrica.** Disponível em: <http://cursos.unipampa.edu.br/cursos/cienciapolitica/files/2014/06/ACESSO-%C3%80-ENERGIA-EL%C3%89TRICA-evento-sb.pdf>. Acesso em 28 set. 2014.

RIVABEM, Fernanda Schaefer. **A dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional brasileiro.** Disponível em <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/7004>>. Acesso em: 28 set 2014.

ROCHA, Fernanda Bonfim. **A implementação do “programa minha casa, minha vida”, a garantia de vida digna, e o desenvolvimento urbano local: um estudo de caso do loteamento residencial orquídeas na cidade de Toledo-PR.** Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Toledo, 2012.

SANTOS, Jason Dias dos. **Análise do princípio da continuidade do serviço público no município de Catanduva-SP.** Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1420>. Acesso em 27 set. 2014.

SEGABINAZZI, Gustavo; SALDANHA, Frederico; ESTRADA, Juan Soliz. **Planejamento estratégico na Administração Pública Municipal.** Disponível em: <<http://www.ead.fea.usp.br/eadonline/grupodepesquisa/publica%C3%A7%C3%B5es/rolando/46.htm>>. Acesso em 25 abr. 2015.

SARDI JUNIOR, João. **Dos serviços públicos essenciais quanto à continuidade de sua prestação frente à legislação vigente.** Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=11698>. Acesso em: 28 set. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. Livraria do advogado. Porto Alegre, 2012

VRAC, Max. **A dignidade da pessoa humana e os princípios constitucionais do processo do contraditório e celeridade processual.** Disponível em: <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/13488/13488_5.PDF> Acesso em: 28 abr. 2015

ZANDONADI, Marianne Soares; MARTINS, Rita de Cássia Alves. **A suspensão do fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento do consumidor-usuário à luz do princípio da continuidade.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12563<. Acesso em 11 abr. 2015.

A DIVISÃO DOS PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL

Jedson Antônio Marçal

Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unaf – FACTU. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp - Rede LFG (2014). Pós-graduando em Gestão Pública pela Faculdade Apogeu. Escrivão de polícia de carreira, da Polícia Civil de Minas Gerais, desde 2008.

José Lucas Júnior

Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Sete Lagoas (1990). Atualmente é advogado - ADVOCACIA PARTICULAR e professor da Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unaf.

RESUMO: A finalidade do presente trabalho é abordar a divisão dos poderes e o ativismo judicial, buscando encontrar na legislação vigente a legitimação do Poder Judiciário para normatizar determinadas matérias. Para isto, faz-se necessário uma pesquisa sobre a formação do Estado, através dos aspectos históricos do estado e da teoria geral do estado. Passando em seguida para o estudo do Estado de Direito e Estado Democrático de Direito. Sendo que ao alcançar estes temas, será destrinchada a divisão dos poderes, pautando no modelo tripartido de Montesquieu, e em seu posicionamento dentro da Constituição Federal de 1988, pontuando cada um dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, atentando especificamente, em questão do Judiciário, para o Supremo Tribunal Federal. Dando continuidade será tratada a questão do Ativismo Judicial e da Judicialização. Finalizando com as teorias do Neoconstitucionalismo, com o finco de dar suporte a legitimação do Judiciário. Para a construção deste trabalho foi utilizada a pesquisa bibliográfica através de livros, artigos, coletânea de leis, sites, dicionários, pautando na abordagem qualitativa.

Palavras-chave: Divisão dos poderes. Ativismo judicial. Judicialização. Legitimidade. Neocostitucionalismo.

1 INTRODUÇÃO

A finalidade do presente trabalho acadêmico é abordar o tema do ativismo judicial, explanando o mesmo e a divisão dos poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Para tanto, precisaremos entender sobre a formação do Estado, sobre Estado Democrático de Direito, e o que diz a Constituição Federal de 1988 sobre as atribuições destes poderes. Com o objetivo de analisar perante o cenário nacional, sobre a importância da divisão dos poderes e o impacto do ativismo judicial no Estado Democrático de Direito.

O estudo em tela se faz necessário em face ao risco para o Estado Democrático de Direito, no que tange o desequilíbrio no modelo de organização tripartida, trazendo uma aparente sobreposição de um poder sobre outro. Sendo que o ativismo judicial, exercido pelo Poder Judiciário, ao realizar a judicialização, acaba adentrando em atribuições que não lhe são próprias. Procura-se responder se o Poder Judiciário é legítimo para atuar desta maneira?

2 CONCEITO, ORIGEM E FORMAÇÃO DO ESTADO

O Estado está para o homem, e não ao contrário, podemos concluir tal fato, com o ensinamento de Francisco Vani Bemfica:

O Estado é criação do homem, sem o qual ele não existe, e todas as vezes que o homem cria uma coisa fá-lo para servir-se dela.
Logo, ele é o principal meio através do qual o homem procura atingir sua grandeza em todos seus aspectos. (BEMFICA, 1984, p. 102).

Um dos mais célebres conceitos de Estado surge no século XVI, na obra de Nicolau Maquiavel, que inicia, em seu Capítulo I, O Príncipe, com os dizeres: “Todos os Estados que existem e já existiram são e foram sempre repúblicas ou principados. Os principados ou são hereditários, quando por muitos anos os governantes pertencem à mesma linhagem, ou foram fundados recentemente.” (MAQUIAVEL, 2007, p. 15).

Apesar de citar que Maquiavel levantou pela primeira vez o conceito de Estado, existe posicionamento diverso, ante o entendimento que os sinais de um conceito similar à figura histórica do Estado já existiam nas cidades gregas e no Império Romano, mas outra corrente entende apenas se tratar de uma nomenclatura, tendo somente a partir do período de Maquiavel o surgimento do conceito correspondente à figura histórica moderna do Estado.

Assim, ensina BASTOS sobre as duas principais correntes que estudam a origem histórica do Estado:

Uma primeira que se propõe mais a ver no Estado um agrupamento humano que se organiza um dado território. Assim, abordados, os elementos de cunho mais material como a população e o território ganham o primeiro plano. Para a segunda corrente, impressiona mais o terceiro elemento do Estado: **a sua organização normativa, ou, até mesmo, a força ou poder que empresta obrigatoriedade a esse direito, se bem que para esses autores também não possa existir Estado sem população e sem território.** (Grifo nosso) (BASTOS, 1999, p. 30).

Verdade que a simples criação do Estado, para o qual nos serve hoje, não o seria se não fosse também ao mesmo transferido Poder, através do Direito, a sua estrutura, possibilitando desta forma a exercício de sua função, embasado na legalidade do Direito como mecanismo de legitimação da soberania. Nota-se, assim, que o Estado está para regular as relações sociais, humanas, educacionais, de saúde, trabalho, de capital, bem como qualquer outra atinente as questões sociais, do convívio em grupo.

Dalmo de Abreu Dalari, em 1971, escreveu o livro Elementos de Teoria Geral do Estado, em seu capítulo II, Do Estado, Origem e Formação do Estado, onde o mesmo vasculhou a concepção de Estado, na sua forma plena, trazendo para o leitor um satisfatório entendimento para o Estado, assim temos:

O estudo da origem do Estado implica duas espécies de indagação: uma a respeito da época do aparecimento do Estado; outra relativa aos motivos que determinaram e determinam o surgimento dos Estados. [...]
A denominação Estado (do latim status estar firme), significando situação permanente de convivência e ligada à sociedade política. [...]
[...] A maioria dos autores, no entanto, admitindo que a sociedade ora denominada Estado é, na sua essência, igual à que existiu anteriormente, embora com nomes diversos, dá essa designação a todas as sociedades políticas que, com autoridade superior fixaram as regras de convivência de seus membros. (DALLARI, 2005, p.52).

Indiferente aos ensinamentos dos autores em epígrafe, ou mesmo atendo a todos estes, temos que saber para qual é a real finalidade do Estado, a de propiciar uma vida melhor, mais digna, dentro das normas, para a sociedade que lhe comporta.

2.1 ESTADO DE DIREITO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No Artigo 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, está expresso que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e V – o pluralismo político. Segundo a lição de José Afonso da Silva, “conjuga o Estado de Direito com o Estado Democrático, aliando um componente revolucionário de transformação social, de mudança do *status quo*, de promoção da justiça social”. (FILHO, 2009, p.1).

No mesmo sentido, conforme entendimento de Telmo Lemos Filho sobre as palavras de José Afonso da Silva, temos:

O Estado de Direito é aquele que impõe a todos os cidadãos, sejam administrados ou administradores, o respeito à lei, tomada está em seu amplo espectro, da norma de maior hierarquia, a Constituição Federal, àquela de menor força normativa. Já o Estado Democrático traria outros temas de igual relevância e descritos na própria norma constitucional, como a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, todos conferindo efetiva participação da sociedade no trato da coisa pública. Estes valores, expressos na Carta Política, é que legitimarão a atuação dentro da lei e a produção das normas.

Para que o Estado Brasileiro funcione desta forma é que se procedeu na organização dos Poderes, considerando que todos devem ter controles e serem limitados na sua atuação dentro do princípio da supremacia constitucional. Dessa forma, foram expressos na Lei Maior os seguintes Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais, assim como todos os cidadãos, deve agir dentro das normas constitucionais, pois somente assim estará efetivamente se configurando o Estado Democrático de Direito. (Grifo nosso) (FILHO, 2009, p. 1)

Em outro prisma, correlacionado ao Estado Democrático de Direito, ensina BEMFICA que, para tanto, não só necessária se faz a comunhão de um grupo de homens, elegendo um representante, para termos um Estado Democrático de Direito, e sim que seja necessário uma norma jurídica baseada na proclamação e tutela dos direitos do homem, norteando as ações deste Estado, para com os homens e para com ele próprio. Sendo que este Estado de Direito obrigatoriamente é vinculado ao Direito, elaborado pela sociedade, não atendendo para as expectativas de determinado grupo, servindo a toda a sociedade. (BEMFICA, 1984, p. 36-37).

2.2 A DIVISÃO DOS PODERES

A divisão dos Poderes concebida constitucionalmente é considerada a melhor forma que o Estado tem de dispor de seus poderes, ao dividi-lo, com intuito de oferecer o melhor serviço para a sociedade. É também exemplificado como o fracionamento de atribuições, para que seus detentores se atenham somente as suas competências, atuando na limitação de seu poder.

A República Federativa do Brasil, por meio da Constituição Federal de 1988, adotou o modelo de organização do Estado, proposto por Montesquieu, assim, Legislativo, Executivo e Judiciário atuam como Poderes do Estado brasileiro, sendo estes poderes independentes e harmônicos entre si, proibindo a intromissão de um poder na atribuição do outro, conforme artigo 2º da CF/88: “Art. 2. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988, p. 19), sendo definida a atribuição de cada Poder prevista isoladamente nos capítulos I, II e III, do Título IV – Da Organização dos

Poderes, da CF/88. O preceito relativo à separação dos poderes pela União é tido como cláusula pétrea.

2.2.1 O Poder Legislativo

O Poder Legislativo é o Poder do Estado o qual é responsável pela atribuição de legislar, sendo sua estrutura prevista no Capítulo I, Título IV, da CF/88, em seus artigos 44 a 75.

Tal poder é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, sendo seus componentes, Deputados e Senadores, eleitos através de eleições diretas, para mandatos de quatro anos para Deputados, e oito anos para Senadores. A participação de Deputados e Senadores na sociedade civil é de forma parcial, devido o fato dos mesmos serem os representantes do povo e do Estado, assim, não precisam ser provocados para agirem em interesse da nação. E é através do processo legislativo, conforme artigo 59 da CF/88, que compreende: I- emendas à Constituição; II – leis complementares; III – leis ordinárias; IV – leis delegadas; V – medidas provisórias; VI – decretos legislativos; VII – resoluções (BRASIL, 1988, p. 42), que os detentores de cargos eletivos atuam formulando as leis que irão reger o país.

Diante de toda a estrutura e organização prevista em lei, para o embasamento legal deste Poder, para o trabalho em tela a seção III, do capítulo em epigrafe, trata das Leis, notando-se em sua leitura que não somente ao legislativo incumbe-se a atribuição de legislar, conforme se expõe:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, **ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.**

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

[...]

Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. (Grifo nosso) (BRASIL, 1988, p. 43-44)

Certo que a permissão constitucional de normatizar algo, por parte de outros Poderes não é livre, tendo este Poder que respeitar as formalidades para tal procedimento, continuando, sempre, de qualquer forma ser o responsável pela criação das leis, o Legislativo. Tendo também está permissividade caráter eventual para propiciar ao Poder outorgado a possibilidade de viabilizar suas ações, somente em questões atinentes a sua área de atuação, devido ao fato da necessidade de se manter a harmonia e independência dos poderes, e caso fosse ao contrário o Poder Legislativo adentraria na seara dos demais para ditar normas que não lhe competia. Além das funções típicas dos Poderes, os mesmos também possuem funções atípicas, sendo estas funções diferentes daquelas originais dos poderes, que lhe possibilitam realizar função de Poder diverso, com o intuito de controlar a balança dos poderes.

2.2.2 O Poder Executivo

O Poder Executivo é o Poder do Estado o qual é responsável pela atribuição de governar o povo e administrar os interesses públicos, cumprindo fielmente as ordenações legais, sendo sua estrutura prevista no Capítulo II, Título IV, da CF/88, em seus artigos 76 a 91. Tal

poder é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado, sendo o Presidente e seu Vice eleitos através de eleições diretas, para mandatos de quatro anos. (BRASIL, 1988, p. 45-47).

O Presidente é tido como chefe do executivo e representante a nação, gerindo a administração pública, eleito pela maioria absoluta de votos. Tendo no Artigo 78 da Constituição Federal de 1988 a atribuição do Presidente e de seu Vice, que é manter, defender e cumprir a Constituição, observando as leis, e promover o bem geral do povo brasileiro, sustentando a União, a integridade e a independência do Brasil. (BRASIL, 1988, p. 45).

2.2.3 O Poder Judiciário

O Poder Judiciário é o Poder do Estado o qual é responsável pela atribuição de julgar, de acordo com as regras constitucionais e leis criadas pelo poder legislativo, bem como interpretar as leis elaboradas pelo Legislativo e promulgadas pelo Executivo, devendo aplicá-las em diferentes situações e julgar aqueles cidadãos que, por diversos motivos, não as cumpre, garantindo e defendendo, desta forma, os direitos individuais, resolvendo os conflitos surgidos na vida em sociedade e promovendo a justiça, sendo sua estrutura prevista no Capítulo III, Título IV, da CF/88, em seus artigos 92 a 126.

2.2.4 O STF

Dentre os órgãos integrantes do Poder Judiciário, o STF é o órgão máximo deste Poder, e também o mais necessário para a elaboração deste trabalho, carecendo de atenção especial, e a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme definido no artigo 102 da Constituição Federal. E entre suas principais atribuições está a de julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da própria Constituição e a extradição solicitada por Estado estrangeiro. A partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi introduzida a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal aprovar, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, conforme artigo 103-A da CF/88.

Pelo advento da Emenda Constitucional 45, o STF ganhou um instrumento processual chamado Repercussão Geral, que serve para possibilitar que o Supremo Tribunal Federal selecione os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica.

2.3 A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL

A Judicialização é um processo pelo qual o Brasil está passando, como vários outros países no mundo, que destina ao Judiciário a tomada de decisões, para questões diversas. É tida como o Judiciário fosse a última instância, para todos os assuntos, o que o é, inclusive nas questões atinentes ao Executivo e Legislativo. Tal “fenômeno” se deu em consequência da constitucionalização, trazendo para os juízes um poder, o qual, antes da Constituição de 1988, o mesmo não possuía, tendo como intuito a preservação de um ambiente democrático, passando a sociedade “buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais.” (BARROSO, 2009, p. 3-4).

Barroso detalha que a Judicialização e o Ativismo Judicial não são idênticos, apesar de serem parecidos, bem como não possuem as mesmas origens. A Judicialização não é um

exercício deliberado de vontade política, sendo este um fato, decorrente do momento constitucional, onde várias matérias foram constitucionalizadas, como também a forma de proceder em sociedade, dando um maior destaque para a Constituição, agindo o judiciário no momento em que lhe cabe, assim, “se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria.” Diferente da judicialização, o Ativismo Judicial é tratado de forma proativo, ao interpretar a Constituição, aumentando o campo de atuação do judiciário. (BARROSO, 2009, p. 6).

Nos últimos anos, com o Supremo Tribunal Federal vem sendo desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira. Concentrando no Supremo, e de certa forma no Poder Judiciário como um todo, na tomada de decisões sobre algumas grandes questões nacionais.

Para realizar o Ativismo Judicial, o Judiciário dispõe das seguintes ferramentas: Aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Existem dois tipos de ativismo judicial, o inovador, que cria uma norma, mas sem nenhuma precedência em normas já existentes, e o revelador, que também cria uma norma, mas ao contrário do ativismo inovador, advêm de valores e princípios já consagrados constitucionalmente ou em situações onde há brecha nas leis existentes. Sendo que o ativismo inovador, dentre o segundo tipo, é o mais polêmico em relação a sua legitimidade, no que tange a criação de regras não concebidas pelo Poder legislativo, e adentrando a seara legislativa, ocasionando um risco, ao sobrepor um Poder além de todos. (CORDEIRO, 2010, p. 20-22).

2.4 LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Devido o fato do Poder Judiciário, em específico do STF, possuir o poder/dever de zelar pela Constituição, conforme Art. 102 da CF/88, percebe-se, desta forma, a legitimidade do mesmo para atuar em nome da Constituição, mas são amplos os questionamentos no campo do certo ou errado a prática do ativismo pelo judiciário. Vale ressaltar que este ativismo está sempre atrelado a questão dos direitos fundamentais, ao Estado de direito como expressão da razão e a democracia como soberania popular.

[...] E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. [...]. (BARROSO, 2009, p. 12).

Paulo Junior Trindade dos Santos e Thellen Aparecida Balestrin, dizem sobre a legitimação do judiciário, que o problema para o Ativismo Judicial seria referente a criação de direito e a quantidade de interferências que cometem, atualmente, o judiciário, e se realmente é

legítimo para esta atividade, que o consideram legítimo devido à evolução do Poder Judiciário, por vias hermenêuticas interpretativas constitucionais, fazendo-se necessário apenas uma ligação entre temas como o Estado, o Direito e a Constituição. Tendo a legitimação do judiciário para proteção e efetivação dos Direitos fundamentais que se encontram esculpido nas regras e nos princípios das modernas Constituições. Para esta característica é atribuído ao Neoconstitucionalismo responsabilidade e força permissiva para atuação do judiciário de tal forma, elevando os Direitos Fundamentais, e resguardando as sociedades modernas. (SANTOS e BALESTRIN, 2014, p. 1).

O processo legislativo é complexo, não somente por isto, poderíamos aceitar a inércia do legislativo, e para esta inércia o remédio é o ativismo judicial, que consiste numa atuação mais intensa do Judiciário, de forma proativa na interpretação da Constituição, garantindo aos cidadãos os valores fundamentais previsto na Carta Magna. (CORDEIRO, 2010, p. 20-22).

2.4.1 Neoconstitucionalismo

No neoconstitucionalismo tem-se a necessidade de respeito aos princípios fundamentais, ou seja, caso as leis estejam em desacordo com a Constituição, entra o Poder Judiciário, sendo este responsável pela mesma, para interpretar e dar vida a lei, conforme a Constituição requer. Ensina Luiz Guilherme Marioni, que no neoconstitucionalismo a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, neste novo momento, o poder de interpretação das leis, pelo judiciário, deixam de ser meramente descritiva, cabendo a este Poder, pontuar a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. O neoconstitucionalismo é o novo modo de condução das leis, aproximando estas em face da Constituição, descortinando-as ao deixar as leis de forma clara perante a Constituição, sendo esta a norma adequada para reger os homens, que também pode ser entendida como “conformação da lei”. (MARINONI, 2010, p. 47).

Na era neoconstitucionalista pode aparentar um aumento do poder do judiciário em relação aos demais poderes, mas o que na verdade acontece é uma regulação das leis, que norteiam a vida em sociedade, na adequação aos princípios fundamentais, previstos na Constituição, que servirá para todos. Tal fato só é possível devido a constitucionalização democrática, onde as leis devem estar acima de tudo, inclusive do próprio Estado, sendo a sua criação por parte de representantes do povo, e em determinadas situações de irregularidade da lei, em momentos que esta não atenda aos princípios impostos constitucionalmente, ou que estejam mal formuladas, entra em cena o judiciário para corrigi-la.

Ao contrário do positivismo jurídico, que limitava a atividade do jurista à descrição da lei, atendo o judiciário a vontade do legislador, isto antes da Constituição de 1988, no neoconstitucionalismo já não mais há esta barreira para a atuação dos juízes ao analisarem uma lei, sendo permitido aos mesmos, ao constatarem a interpretação mais favorável constitucionalmente, impor para que simplesmente os demais poderes e sociedade cumpram.

Isto explica por que é concebível a interpretação extensiva, pelo judiciário, das leis. Sendo a garantia constitucional um avanço para a sociedade, onde existem direitos e deveres, sendo resguardados todos os direitos fundamentais, pautados na Constituição. Considera-se o positivismo jurídico um engessamento das normas, em relação ao neoconstitucionalismo, que permite a flexibilização da lei, mas somente quando esta confrontar a Constituição, os direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito.

2.4.2 O ativismo e a autocontenção

Devido ao fato de nos encontramos em Estado Democrático de Direito, talvez a visão do Ativismo Judicial possa ser extrapolada, acreditando alguns, ser esta atitude violadora deste

estado. Assim, vemos na autocontenção do judiciário uma saída para a garantia do Estado Democrático e a harmonia entre os poderes, bem como a proteção do próprio Judiciário.

O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas. (BARROSO, 2009, p. 7).

Abaixo, segue um trecho da resposta do Ministro da Corte Suprema dos Estados Unidos da America, Antonin Scalia, sobre o papel do juiz na interpretação do texto constitucional:

“Eu não acredito nisto. Você não pode ter uma democracia sem a palavra escrita. O único jeito de a sociedade ter a sua vontade reconhecida é através da palavra escrita, que ela adotou em estatutos ou na Constituição, através de seus representantes legislativos. Se você quer manter a democracia, o trabalho do juiz é dar à lei uma justa interpretação, ser fiel ao que o povo escolheu, e não ao que o magistrado pensa ser a melhor ideia para um caso específico. Esse não é o papel do Juiz. Meu trabalho é dar uma justa e honesta interpretação à Constituição dos Estados Unidos. (SCALIA, 2009, p.17).

Apesar de ser uma ferramenta potente para a efetivação de uma justiça social no que tange as omissões do legislativo, o ativismo judicial tem que ser manejado de forma cautelosa, controlada, é para isto a autocontenção é suficiente.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É preciso não só um Estado Democrático, mas também um Estado dinâmico, que acompanhe as necessidades do povo, o qual é responsável por seu surgimento. A rigidez da separação dos poderes não é benéfica para o povo, mas também a ausência de divisão pode não ser saudável. Da época que o sistema de divisão foi proposto, até o presente momento, podemos dizer que o mesmo está em seu início, e com a experiência atual, vemos sim, a possibilidade de flexibilidade na organização do Estado. Assim, a própria Constituição ao trazer para o Poder Judiciário atribuição de guardião e fiscalizador, desmonta certo equilíbrio à primeira vista.

A União é o Estado, e os Poderes pertencem à União, podemos falar então que essa nomenclatura gera polêmica porque nenhum dos poderes foge do Estado, e com tal divisão estaria sendo somente fracionadas as atribuições para a melhor tecnicidade e funcionalismo.

Com esta tecnicidade, e mudança dos tempos, e com a constitucionalização, ficou ameaçada de certa forma a harmonia e independência dos poderes, devido os instrumentos concedidos ao Judiciário, e ocorrência da judicialização, devido a redemocratização pós CF/88, constitucionalização abrangente, e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Insta ressaltar que o uso desproporcional do poder é perigoso para o Estado Democrático de Direito, e que nossa Constituição pauta-se neste ânimo.

A sociedade civil busca a garantia dos direitos fundamentais, previstos na constituição, desta forma, o Estado busca junto a redemocratização, a constitucionalização abrangente e o sistema brasileiro atual de controle de constitucionalidade, tal garantia, percebendo no judiciário a “salvação”. Com a elaboração da Carta Magna, o Poder Judiciário assume um papel relevante da garantia dos direitos fundamentais e atribuindo ao Judiciário e ao Ministério Público novas competências de cunho social.

Assim, temos que o Ativismo Judicial é preciso, tendo somente o Judiciário que auto-limitar o seu poder, deixando de valer-se de sua imparcialidade somente quando extremamente necessário, garantindo, assim, sua própria autonomia, e dos demais poderes. “O Judiciário quase sempre pode mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui.” (BARROSO, 2009, p. 17).

REFERÊNCIA

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>, acesso em 19/05/2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BEMFICA, Francisco Vani. **Curso de Teoria do Estado: Direito Constitucional I**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Anne Joyce Angher. Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. - 19. ed. atual. E ampl. São Paulo : Rideel, 2014. – (Série Vade Mecum).

_____. **Supremo Tribunal Federal. Institucional**: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>>, acesso em 19/05/2014.

BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. Ed. rev. e atual. Por Helena Bonito C. Pereira, Rena Signer. – São Paulo: FTD: LISA, 1996.

CORDEIRO, Flávia Gonçalves. Considerações sobre ativismo judicial. Poder Judiciário. **Visão Jurídica**, numero 53, 2010. p. 20-22

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FILHO, Telmo Lemos. **Correio do Povo**, ano 115 nº 81 – Porto Alegre, 20 DE DEZEMBRO DE 2009: Disponível em: <<http://www.correiodopovo.com.br/Impresso/?Ano=115&Numero=81&Caderno=0&Noticia=74047>>, acesso em 19/05/2014.

MARINONI, Luiz Guilherme, **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NICOLAU, Maquiavel. **O Príncipe**. Comentado por Napoleão Bonaparte. São Paulo: Martin Claret, 2007.

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos e BALESTRIN, Thellen Aparecida. **Ativismo Judicial**. Disponível em: <http://72.29.69.19/~ejal/images/stories/imagens_noticias/Ativismo_Judicial.pdf>, acesso em 19/05/2014.

SCALIA, Antonin. Revista Justiça e Cidadania, página 17, Edição 108 – Julho de 2009.

A INTERVENÇÃO JUDICIAL E SEUS REFLEXOS

Júlio Alves Caixêta Júnior

Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas/UNIPAM - Faculdade de Direito de Patos de Minas/FADIPA (2010). Especialista em Direito Processual Civil - Universidade Anhanguera (2012). Especialista em Direito de Família e Sucessões - Universidade Anhanguera (2013). Especialista em Direito e Processo do Trabalho - Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (2015). Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Professor de Processo Civil - Execuções; Professor de Direito Civil - Direito de Família; Professor de Processo Civil - Procedimentos Especiais; Professor de Processo Civil - Prática Jurídica; Professor de Direito Civil - Direito das Coisas; Professor de Direito Civil - Responsabilidade Civil - no Centro Universitário de São Gotardo/CESG. Advogado atuante.

RESUMO: A intervenção judicial muitas vezes extrapola as fronteiras da divisão de poderes, uma vez que, a função de criar normas jurídicas pertence ao Poder Legislativo, através dos representantes eleitos pelo povo. Também conhecida como Ativismo Judicial, a Intervenção Judicial exercida dentro de certos casos, observando e primando pela evolução legislativa benéfica, apresenta uma forma da qual o estado faz com que a interpretação da norma passa a acompanhar a evolução social, ou seja, que o atual momento vivido pelo ordenamento jurídico brasileiro acompanhe as transformações sociais vividas por nosso país, sem que, contudo, possa se estar ocorrendo uma usurpação ilegítima das funções do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário, tendo em vista que, em nosso realidade, a legislação se apresentará, em algum momento, defasada e sem respaldo social.

Palavras-chave: Poder Legislativo, Poder Judiciário, Ativismo Judicial, Legitimidade.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar as relações existentes entre os poderes da República Federativa do Brasil, visando a observância da divisão de poderes como fundamento constitucional.

Importante ainda, no decorrer do presente artigo, apresentarmos como as transformações sociais afetam o cotidiano jurídico de tal forma que, a partir destas que movimentamos a evolução legislativa, ao passo que, em nosso atual sistema, a legislação jamais tem a capacidade de acompanhar as transformações sociais.

No entanto, suas decisões devem respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito, de uma forma racional e com âmbito de justiça, sem que seja afetada a tripartição de poderes em sua essência, uma vez que, a intervenção entre os poderes é, e deve ser, uma constante para que nosso ordenamento jurídico esteja em um bom rumo e totalmente atualizado, pois, as transformações culturais e sociais, são, e devem ser, permanentes para que a pátria que é formada por muitas culturas, se desenvolva cada dia mais.

Assim sendo, pretendemos demonstrar que a divisão de poderes não pode se apresentar como fator inquebrável, tendo em vista que, a independência dos poderes em nada impede que os mesmos atuem de maneira harmônica, uma vez que, a Intervenção Judicial revela-se com a participação ampla e intensa do Poder Judiciário na formação de valores e fins constitucionais, com grande interferência na atuação dos outros poderes da federação, ou seja, no Poder Legislativo e no Poder Executivo.

2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS DA INTERVENÇÃO JUDICIAL

A intervenção do Poder judiciário nas funções dos demais poderes, fazendo valer suas decisões e muitas vezes legislando sobre novas matérias, não é matéria moderna, tampouco surgiu de um fato isolado ou de um único acontecimento marcante na história.

Observamos assim que, não se pode determinar um momento certo e exato de como se iniciou a Intervenção judicial, sendo bastante controversa a sua origem, uma vez que, não decorre de um fato gerador exclusivo ou individualizado, mas de diversos fatos históricos que foram se reunindo, passando-se assim a ser frequente o uso da expressão Ativismo Judicial.

Documentalmente, constatamos que o Ativismo Judicial teve seu início com a Suprema Corte Americana atuando ativamente para que os setores mais reacionários encontrassem amparo para a segregação racial como no caso Dred Scott contra Sanford, no ano de 1857, assim como para a invalidação das leis sociais em geral na Era Lochner, que durou entre os anos de 1905 a 1937, que resultou nos embates entre o Presidente Roosevelt e a Corte com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal no caso West Coast contra Parrish, no ano de 1937.

Na década de 1950, a situação norte americana se transformou, com um atuar ativista da Suprema Corte, na presidência de Warren entre os anos de 1953 e 1969 e nos anos da Corte Burger que perdurou até 1973, produzindo jurisprudências progressistas em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros como no caso Brown contra Board of Education, no ano de 1954; acusados em processos criminais como no caso de Miranda contra Arizona, no ano de 1966 e mulheres em Richardson contra Frontiero, no ano de 1973, assim como no tocante ao direito de privacidade em Griswold contra Connecticut, no ano de 1965 e de interrupção da gestação, caso de grande repercussão de Roe contra Wade, em 1973, agindo assim, ativamente para a proteção dos direitos personalíssimos.

Luiz Guilherme Marinon e Sérgio Cruz Arenhart (2008) expressam ser necessário a existência de regras jurídicas para a harmônica convivência social, e como pode existir dúvida em torno de sua interpretação, ou mesmo da intenção de desrespeitá-la, podem eclodir no seio da sociedade conflitos de interesse, uma vez que, totalmente impossível ao nosso atual sistema jurídico fazer com que as leis acompanhem o desenvolvimento cultural e social.

Os exemplos da iniciativa judicial são muitos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush v. Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment (HIRSCHL, apud BARROSO, 2008).

Assim, observamos que, o Ativismo Judicial originou-se por meio de atos e decisões judiciais reiteradas que juntos tiveram o condão de dar origem a uma nova forma de legislar, com um novo modelo de atualização das normas jurídicas vigentes no país com os fatos sociais vividos contemporaneamente. A origem do Ativismo Judicial, nesta senda, apresenta a mesma linha da origem das jurisprudências, ou seja, um conjunto de decisões constantes e uniformes dos tribunais sobre determinado ponto do Direito.

3 DA DIVISÃO DE PODERES

A divisão de poderes no Brasil é composta de forma que, cada um deles é individualizado e autônomo, sendo eles, o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

Segundo Greco Filho três são as atividades fundamentais do Estado: a legislativa, a executiva ou administrativa e a judiciária. Por intermédio da primeira são estabelecidas as normas gerais de conduta que, desde logo, passam concretamente a reger a atividade humana, distribuindo e definindo os direitos de cada um e os do próprio Estado (GRECO FILHO, 2007). Importante observamos, neste ponto, os dizeres de Miguel Seabra Fagundes (1957), que a especialização funcional denota que cada função estatal é exercida precipuamente por um poder do Estado, sem embargo da possibilidade de exercício atípico da função por poder diferente do para o qual tenha sido atribuída predominantemente.

O Ativismo Judicial revela-se com a participação ampla e intensa do Poder Judiciário na formação de valores e fins constitucionais, com grande interferência na atuação dos outros poderes da federação, ou seja, no Poder Legislativo e no Poder Executivo.

De um modo diferenciado o Poder Judiciário se apresenta como um poder de proteção das garantias individuais e, com competência para se “sobrepôr” aos demais poderes, e fazer valer suas decisões. Ada Pellegrini, expressa que a posição do Poder Judiciário, como guardião das liberdades individuais, só pode ser preservada através de sua independência e imparcialidade (GRINOVER; DINAMARCO; CINTRA, 2009).

Já se falou que haveria uma verdadeira ditadura do Judiciário, Poder que teria, sempre, a última palavra. Contudo, desde que o Poder Judiciário também se submeta à lei e respeite o sistema de inter-relacionamento dos Poderes, não haverá ditadura ou prevalência de nenhum, e sim equilíbrio. (GRECO FILHO, 2007, p. 620).

O Supremo Tribunal Federal vem desempenhando um grande papel na vida institucional, com uma atuação ativa no cenário brasileiro. O Supremo vem tomando decisões sobre algumas das muitas questões nacionais controvertidas, o que tem gerado aplausos e críticas, exigindo-se muita reflexão, uma vez que, um órgão que inicialmente deveria ser inerte, nos termos do Princípio da Inércia da Jurisdição, enunciado pelo brocardo “*da mihi facta, dabo tibi ius*”, traduzido livremente como dá-me os fatos que eu te darei o direito, encontra-se legislando ativamente, destacando-se em determinados momentos históricos como protagonistas de decisões que envolvem questões de grande alcance político, com a implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade.

Embora seja uma forma alternativa de solucionar muitos problemas, devido a morosidade da legislação brasileira, muitos doutrinadores são contra o ativismo Judicial, dentre eles Lênio Luiz Streck (2009, p. 1), para quem essa grande interferência judicial não é boa para a democracia, senão vejamos:

Os juízes (e a doutrina também é culpada), que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer filtragem das leis ruins, quer dizer, aquelas inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saímos, assim, de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador. Além disso, caímos em uma espécie de pan-principiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio. Pergunto: se estamos de acordo que princípio é norma (e tem mais de 200 teses de doutorado dizendo isso),

o que fazer com um princípio como o da cooperação processual, da monogamia, da situação excepcional consolidada ou da confiança no juiz da causa?

(...)

Por outro lado, decisionismos e/ou ativismos não são bons para a democracia. Se cada um decide como quer, os tribunais — mormente o STJ e o STF — acabam entulhados de processos.

O Judiciário brasileiro, atualmente, vem adotando uma posição claramente ativista, como no caso da fidelidade partidária, onde o Supremo, com força no princípio democrático, estabeleceu que a vaga no Congresso é do partido político, o que inevitavelmente gerou uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional, assim como, o STF criou o entendimento acerca da extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, expedindo súmula vinculante, o que cominou em uma conotação quase normativa, fundando-se aos princípios da moralidade e da impessoalidade, com a extração de uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra da Constituição ou fora dela.

Muitas das críticas acerca da ilegitimidade e da usurpação de tarefas residem no fato de que os membros do Poder Judiciário, juízes, desembargadores e ministros, não são agentes públicos eleitos pelo povo. No entanto, embora não tenham o sido eleitos pela vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inquestionavelmente, um poder político, pois tem a função de invalidar atos do poder Legislativo e Executivo.

No ordenamento jurídico Pátrio há formas de controle de constitucionalidade que sinteticamente vem a ser os meios pelos quais se verifica a conformidade de uma norma, ato ou decisão com os princípios esculpidos em nossa Carta Magna. Assim, para se atribuir validade jurídica a determinado ato ou norma não é suficiente avaliar seu alcance, objetivo, meio e resultado, sendo imperioso também verificar a legitimidade do órgão criador desse ato ou norma.

Por outro lado, é pacífico o entendimento de que os Poderes da União possuem funções típicas e atípicas que podemos afirmar, em síntese, são que para o Legislativo, Executivo e Judiciário as funções típicas são a criação de normas, a administração dos bens e desenvolvimento de políticas públicas e a aplicação da lei ao caso concreto, isto é, a análise de conflitos de interesse, respectivamente. Já as funções atípicas de cada poder são aquelas relacionadas aos outros Poderes, mas que excepcionalmente dentro de determinados limites, geralmente em órbita interna, o texto constitucional autoriza seu exercício a fim de evitar dependência entre um poder e outro. Apenas a título de exemplo podemos citar, é função atípica do judiciário a administração de seus órgãos, a criação de regimes internos, para o executivo processar seus funcionários públicos, como acontece nos processos administrativos e no legislativo é função atípica processar seus pares nas Comissões Parlamentares de Inquérito. Assim, nos casos em que há desrespeito dessa competência de cada poder é possível questionar a constitucionalidade desse ato ou norma, sendo inválido todo aquele que afrontar direta ou indiretamente princípios e normas constitucionais.

Nessa linha de raciocínio, vem surgindo vários questionamentos na doutrina sobre a constitucionalidade do ativismo judicial. Doutrinadores renomados afirmam categoricamente sua inconstitucionalidade por verdadeira afronta ao sistema federativo, por todos Lenio Streck anteriormente citado.

4 DO OBJETIVO

O ativismo do Judiciário se manifesta por meio de diferentes condutas, tais como a aplicação direta da Constituição a situações de imprevisão expressa independentemente de manifestação do legislador ordinário; por meio da declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, e por meio da imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Não é nosso objetivo nesse trabalho apontar exaustivamente todos os questionamentos e fundamentos, mas sim, fazer um panorama sobre o questionamento mais relevante, qual seja, inconstitucionalidade por afronta a tripartição de poderes.

No Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, adotou a tripartição dos poderes, sendo Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Assim, Alexandre de Moraes (2009, p. 120), muito bem observa:

[...] o estado constitucional de direito assenta-se na ideia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível, existindo órgãos estatais, cujos agentes políticos têm a missão precípua de exercerem atos de soberania. Aliás, bem o disse Rousseau, o poder soberano é uno. Não pode sofrer divisão. Assim, o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação de poderes, o constitucionalismo moderno determina divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos.

José Afonso da Silva (2006) observa que como entidade de Direito Público Interno e como entidade Político-federativa, a União possui seus órgãos próprios, seus Poderes Públicos, seu Sistema de Governo e sua Organização Política fundada no princípio da divisão de poderes.

Assim, objetiva o presente trabalho avaliar se não estaria o Poder Judiciário extrapolando sua função quando legisla ou faz uma interpretação extensiva, uma vez que, a função/tarefa de criar normas é da essência do órgão Legislativo.

5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO

Trata-se de um sistema de freios e contrapesos, onde cada poder tem suas funções e campos de atuação, sem interferir, em tese, no âmbito de controle do outro poder.

Observamos que o primeiro a apresentar o tema da divisão de poderes, já totalmente estruturado e com uma nova concepção foi Montesquieu em sua obra “O espírito das leis”, que inovou afirmando que as funções estatais seriam repartidas a poderes autônomos e independentes, mas harmônicos entre si, como está na Constituição Federal de 1988, sendo exercidos por pessoas diversas, não se concentrando em apenas um indivíduo mais de uma função estatal. Antes de termos esse conceito formado, observamos que, anteriormente a Montesquieu, Aristóteles em sua obra “Política”, já inicia a diferenciação das funções estatais, no entanto as funções, apesar de serem distintas, seriam exercidas por um mesmo agente. Posteriormente John Locke destaca a separação do poder e diferencia as funções estatais, o que faz com que Montesquieu desenvolva a teoria da divisão dos poderes.

Alexandrino (2008) destaca que, não se pode afirmar, contudo, que os gregos tenham pensado em um sistema político em que a tripartição tivesse o objetivo de reduzir os riscos de abusos no exercício do poder. Isso porque, na época em que Aristóteles escreveu sua obra, “Política”, imperava a mais absoluta centralização política, com todo o governo sendo exercido por um único soberano, que detinha ilimitados e incontrastáveis poderes.

Assim, Manoel Jorge e Silva Neto (2010, p. 60), bem sintetiza os fundamentos da teoria de Montesquieu: “[...] o grande mérito da sua teoria foi consolidar a ideia de que a divisão funcional deveria corresponder a divisão orgânica, isto é, para funções estatais distintas, órgão distintos.”

Com a tripartição dos poderes, têm como suas funções principais cada um dos poderes, aquelas que guardam analogia, sendo assim, a função do Judiciário é julgar a função do Legislativo inovar na ordem jurídica e a do Executivo, por sua vez, administra, no entanto, existem funções secundárias, a fim de garantir a independência entre os poderes.

Inicialmente, a tripartição de poderes requer que cada um dos poderes exerça suas funções de forma harmônica e independente. Assim o Poder Judiciário em tese deveria pautar-se com autocontenção.

O contrário ao ativismo judicial é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes, o que comina em uma estagnação da norma gerando uma paralisação das transformações sociais.

São muitos os elementos contrários entre os dois institutos, uma vez que, um contrapõe-se ao outro, mas puramente, a principal diferença é que o ativismo judicial procura extrair o máximo dos objetivos do texto constitucional, com interpretações conformes e extensivas, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito, pelo Poder Legislativo, já a autocontenção, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas, fazendo uma interpretação restrita ao texto constituinte.

Com o advento da Constituição de 1988, essa linha, ou seja, evitar aplicar diretamente a Constituição a situações que não estavam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário, utilizar critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, bem como abster-se de interferir na definição das políticas públicas começaram a ser superadas.

A forma federalista do Estado brasileiro, consagrada já no artigo 1º da Constituição da República, impõe que todo poder deve, necessariamente, emanar do povo, quer seja diretamente como no voto direto, quer seja por meio de representantes eleitos pelo povo. Assim, é forçoso entender que os atos normativos devidamente elaborados pelo Poder Legislativo que é formado por representantes eleitos diretamente pelo povo são a mais cristalina expressão da vontade do povo, ou seja, a mais pura democracia.

É justamente pautado nesse entendimento que se funda, para alguns, a questão da inconstitucionalidade do ativismo judicial, haja vista o fato de que o Judiciário deve agir em conformidade com a lei, não podendo deixar de aplicá-la ao caso concreto simplesmente por querer impor o seu entendimento como mais plausível, sob pena de incomensurável desrespeito a vontade popular estampada na norma legal, ao passo que, estaria afrontado o sistema federalista de governo, já que o Poder Judiciário quando deixa de aplicar determinada norma, atropela a vontade do povo e, ao mesmo tempo, dos Estados federados, uma vez que, não respeita a lei, pois, esta foi criada, pelo povo, através de seus representantes na Câmara dos Deputados e no Senado, o que necessariamente afronta todo o pacto federal.

A inconstitucionalidade por afronta a tripartição dos poderes, como salientado anteriormente, legislar é atividade típica e originária do Poder Legislativo e não do Poder Judiciário. Entretanto, quando o Judiciário deixar estender o âmbito de aplicação da norma ampliando a interpretação e decidindo conforme seu entendimento, na realidade esta legislando.

Nesse sentido, é que o ativismo judicial se apresenta inconstitucional para muitos doutrinadores, pois que, este tipo de decisão estaria fundamentado em norma criada por órgão ilegítimo e, portanto, inconstitucional.

Assim, o desrespeito à tripartição dos Poderes residiria em duas situações, primeiro quando o judiciário alarga a abrangência legal, pois nesse caso estaria legislando e, segundo, quando deixa de aplicar determinada norma ao caso concreto, pois assim estaria desrespeitando o imperativo emanado pelo Poder Legislativo.

Desde o início da República Federativa do Brasil, foi acolhido o entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, onde qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional.

Assim, já está presente entre nós o modelo europeu do controle por ação direta, que permite que certos assuntos sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal.

A capacidade de um órgão do Poder Judiciário, o qual não é formado por sufrágio, impor-se a uma decisão dos chefes do Executivo e Legislativo sufragados pela população por meio do voto, decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal.

Normalmente, muitos estados democráticos guardam uma porção do poder político para ser exercida por agentes públicos que não são nomeados por meio do sufrágio, e cuja atuação é de natureza essencialmente técnica e sem parcialidade, onde observamos que, estes agentes públicos não possuem, ou mesmo que em tese, não deveriam possuir vontade política individualizada.

As leis, ao serem aplicadas, retratam, em tese, a vontade do povo que foi formalizada naquele que por estes foram legitimados a produzir a legislação, isto é, pelos representantes do povo devem ser produzidas as normas para o povo, o que se manifesta como a lógica da separação de Poderes. Apesar da forte barreira existente entre as tarefas que devem ser exercidas por um ou outro poder, devemos aceitar certa mitigação nesta divisão de atribuições, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica, mas sim, uma atividade multifacetária, uma vez que, não podem se afastar de um caso ou de outro apenas por não existir uma lei específica que regulamente, lhes cabendo atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como ampla defesa, devido processo legal, dignidade da pessoa humana, entre outras, o que lhes permite participar do processo de criação e transformação do direito.

O Judiciário, ao participar de uma forma ativa, está atendendo as demandas da sociedade que não puderam ser previstas pelo poder legislativo, nas diversas áreas do direito, assim, atua de uma forma positiva, adequando as normas a realidade social vivida pela sociedade. Assim, o Judiciário, com um atuar ativo expressa uma postura de intérprete, de modo expansivo, elevando ao máximo alcance o sentido das normas, para ir além do legislador ordinário, uma vez que, este, o Poder Legislativo, não está a exercer a sua função de fornecer o direito capaz de pacificar os conflitos, necessitando assim, da complementação necessária para se buscar a paz social.

Assim, esse atuar ativista do Supremo Tribunal Federal Brasileiro já vem resolvendo questões que exigiam premente atualização legislativa como o pedido de suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa incompatíveis com a Constituição de 1988 na ADPF 130; o pedido de declaração de inconstitucionalidade, pelo Procurador-Geral da República, do art. 5º da Lei de Biossegurança, que permitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias na ADIn 3.150; o pedido de declaração da constitucionalidade da Resolução nº 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário na ADC 12; bem como sobre os temas da quebra de sigilo judicial por CPI; uso de algemas e recentemente sobre a união homoafetiva, que gerou bastante repercussão, dentre outros acontecimentos sociais.

As transformações sociais fazem com que surja uma premente necessidade de um Legislativo atuante, o que muitas vezes não acontece, surgindo assim, uma necessidade dramática no país de se reaproximar a classe política da sociedade civil, sendo que, uma das formas de tentar propiciar isso é um atuar ativista do Poder Judiciário em momentos históricos marcantes, com a resolução de grandes conflitos sociais. No entanto, não existe uma boa democracia que se justifique como democracia sem uma atividade política atuante, tampouco sem um congresso investido de credibilidade.

Desta forma, a jurisdição constitucional é bem exercida quando antes de tudo é tida como uma garantia para a democracia do que um risco para esta.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Faz-se importante uma observação final. O Judiciário como interprete principal e primário da constituição não pode suprimir a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo, como um poder político inerte e estagnado.

Como muito bem observa Alexandre de Moraes (2009), o objetivo colimado pela Constituição Federal, ao estabelecer diversas funções, imunidades e garantias aos detentores das funções soberanas do Estado, na separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, é a defesa do regime democrático, dos direitos fundamentais e da própria Separação de Poderes, legitimando, pois, o tratamento diferenciado fixado a seus membros, em face do princípio da igualdade.

A Carta Magna não pode admitir interpretações ambíguas, pois, os valores e fins constitucionais que visam as leis, votadas pelo legislativo e impostas pelo executivo, são formas de diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Assim, o Supremo Tribunal Federal deve se abster a apenas atualizar as normas aos preceitos constitucionais, salvo os essenciais para preservação da democracia e dos direitos fundamentais, uma vez que, nos demais contextos sociais, os protagonistas da vida política devem ser os que foram sufragados pelo povo.

O Poder Judiciário não pode extrapolar o seu campo de atuação de forma inconsciente e presumir demais de si próprio, fazendo valer suas decisões, suas preferências, suas vontades, de forma indisciplinada e soberana.

Luís Roberto Barroso (2009) expõe que o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

O Ativismo Judicial é um dispositivo para contornar a elaboração de leis pelo legislativo quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. O Poder judiciário vem atuando quando capaz de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição. Os riscos do ativismo envolvem a legitimidade democrática, uma vez que, não são os representantes sufragados pelo povo que estão a exercer o poder da criação das leis, poder esse que é da essência do legislativo, bem como a politização do Poder Judiciário e a falta de habilidade da instituição do Poder Judiciário para decidir determinadas matérias.

O Poder Judiciário se apresenta em nosso Ordenamento Jurídico como um verdadeiro guardião da Constituição e devendo valer, em nome dos direitos e garantias fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. No entanto, suas decisões devem respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito, de uma forma racional e com âmbito de justiça, sem que seja afetada a tripartição de poderes em sua essência, uma vez que, a intervenção entre os poderes é, e deve ser, uma constante para que nosso ordenamento jurídico esteja em um bom rumo e totalmente atualizado, pois, as transformações culturais e sociais, são, e devem ser, permanentes para que a pátria que é formada por muitas culturas, se desenvolva cada dia mais. Todos os poderes devem estar ligados entre si e cientes de que, a restrição ou intervenção desmedida acarretará, indubitavelmente, no prejuízo e supressão dos demais poderes, o que gerará retrocesso ao nosso ordenamento.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3^a. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2008. Disponível em:
<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em 25 abr. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 25 maio 2015.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. v. 1. 20 Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 25 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 7 ed. rev. e atual. 3.tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PORTO, Maria de Fátima Silva. et al. **Manual para Normalização de Trabalhos Acadêmicos**. 2.ed. Patos de Minas, MG: Unipam, 2004.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29 ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Entrevista concedida ao sítio eletrônico Consultor Jurídico**. **Consulta** em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso: 03.04.2015.

A RESPONSABILIZAÇÃO DO MAU USO DAS REDES SOCIAIS

Jakson Brito Guimarães

Acadêmico do curso de Direito da Factu.

Maria Aparecida Carneiro Nery

Bacharel em Direito pela Factu

Michelle Lucas Cardoso Balbino

Professora Universitária e Coordenadora do Curso de Direito da FACTU. Advogada. Doutoranda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Mestre em Sustentabilidade Socioeconômico e Ambiental pela Escola de Minas pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP); Especialização em Direito, Impacto e Recuperação Ambiental pela Escola de Minas pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP); Pós Graduação em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pós graduação em Direito Público pela Sociedade Universitária Gama Filho. Tem experiência na área de Gestão Educacional e Direito Ambiental/Sustentabilidade.

RESUMO: A internet está presente na vida da maioria das pessoas que fazem uso de ferramentas como forma de se manterem informadas do que está acontecendo ao seu redor. As redes sociais são cada vez mais utilizadas, porém existem usuários mal intencionados que fazem da internet um instrumento para cometimentos de diversos crimes como: caluniar, difamar e injuriar. O trabalho tem como objetivo abordar responsabilização do mau-uso das redes sociais, sendo que no primeiro capítulo consiste na conceituação das redes sociais. Já o segundo capítulo trata das consequências do mal-uso das redes sociais na vida das pessoas e por fim o terceiro capítulo fala da responsabilização jurídicas para infratores que usam as redes sociais para invadir a privacidade de outrem com a finalidade de denegrir a sua imagem. A metodologia utilizada teve como parâmetro a pesquisa qualitativa mediante levantamento bibliográfico através de livros, bem como artigos e dissertações disponíveis em sites da internet.

Palavras-chave: Internet; Mau uso; Redes Sociais.

1 INTRODUÇÃO

Com evolução da tecnologia cibernética, observa-se que novas ferramentas da internet são criadas como forma de entreter e manter o usuário conectado a um tipo de ferramenta, surgindo então as redes sociais.

Diante deste assunto surge a problemática do presente artigo que aborda o seguinte questionamento: Qual a responsabilização dos atores pelo mau uso das redes sociais?

Para a resposta da presente questão serão discutidos os seguintes objetivos: conceituar as redes sociais, refletir sobre os possíveis atores e, por fim, verificar como verificar o mal-uso deste meio de comunicação.

A importância de se abordar o tema em questão é devido ao excesso de crimes cometidos nas redes sociais.

O primeiro capítulo tem como objetivo entender o que são redes sociais e formas de interação entre os atores e a importância que é para os usuários que a utilizam tanto como profissionalmente, como meio de entretenimento.

O segundo capítulo buscar abordar como o mau uso da internet pode interferir diretamente ou indiretamente nas vidas das pessoas e as possíveis consequências que isso pode acarretar, pois há usuários que utilizam as redes sociais para invadir a privacidade e denegrir a imagem de terceiros.

Por fim, o terceiro capítulo tem como objetivo a responsabilização do mau uso das redes, abordando as Leis em vigência que são usadas para punir os autores responsáveis por crimes cibernéticos.

O presente trabalho utilizou como metodologia a pesquisa qualitativa que busca traduzir e expressar o sentido dos fenômenos que são as redes sociais e a consequência deste fato no cotidiano. (RODRIGUES, 2007). Além disso, o trabalho utilizou da pesquisa bibliográfica que abrange publicações em livros, pesquisas, artigos em geral disponíveis em sites da internet, os quais tratam de assuntos relacionados à internet, bem como as suas ferramentas de entretenimento. (RODRIGUES,2007). Passa-se, assim, ao estudo ora proposto.

2 AS REDES SOCIAIS

A tecnologia cibernética e o surgimento das redes sociais faz parte do cotidiano de milhares de pessoas que não conseguem conviver sem estar conectado a um tipo de rede social. Diante destes fatos, inicia-se esse trabalho destacando o que vem a ser rede social e a sua influência na vida das pessoas.

Neste aspecto, Marteleto (p.72, 2001) aponta que as redes sociais representam “[...] um conjunto de participantes autônomos, unindo ideias e recursos em torno de valores e interesses compartilhados”.

A rede possibilita que a pessoas se conectem mais rápidos, resultando numa troca de diversas informações que interessam de alguma forma aos usuários e assim contribui para a construção de uma sociedade moderna. (TOMAEL et al, 2005).

As redes sociais têm o papel de organizar o dia a dia das pessoas, pois a internet possui ferramentas que facilitam que isso ocorra de forma rápida e sem a necessidade de sair em casa, pois quase tudo está ao seu alcance.

De acordo com Marques, as redes sociais permitem delinear os padrões de relacionamento das pessoas que se interagem no decorrer do seu tempo, trazendo mudanças que de uma alguma forma interfere no seu futuro (MARQUES, 2003).

As redes sociais têm como objetivo aproximar as pessoas, fazendo com que elas possam compartilhar ideias, opiniões, informações, sendo uma das ferramentas mais usadas no mundo, pois não há limite quando se há uma tecnologia avançada.

A facilidade de ser acesso à internet é grande, o que explica a grande dimensão de usuários que acessam sites e redes sociais no mundo todo.

As redes sociais tem um poder muito grande de interligar as pessoas, estabelecendo as chamadas “teias” que faz com que várias pessoas se comuniquem simultaneamente. (REIS; PEREIRA, 2014).

Com esta facilidade de as redes sociais serem uma ferramenta que pode tanto ser útil como agradável, surge então a necessidade de ser observar a segurança existente no que se refere a privacidade no que é exposto na rede, conforme descreverá o próximo capítulo.

3 O MAU USO DAS REDES SOCIAIS

Nesse capítulo será abordado sobre o mau-uso da internet e as consequências que podem trazer à vítima.

Constantemente depara-se com algum caso e que alguém se sentiu moralmente afetado por alguma pessoa que usou as redes sociais para denegrir a sua imagem, porém não houve uma punição para quem fez isso.

Todo usuário tem o livre acesso ao seu perfil nas redes sociais e possui uma infinidade de opções que essa ferramenta proporciona, e em virtude disso publica sem o devido cuidado tudo relacionado à sua vida como seus gostos e desgostos, suas ideias e ideais, bem como expor fotos e por fim, incluir pessoas ao seu grupo de amigos. (REIS; PEREIRA, 2014).

Muitas pessoas por querer se relacionar entre si com a finalidade de amizade ou até mesmo um relacionamento amoroso acaba por se tornar alvos fáceis nas mãos de pessoas má intencionadas, pois tais usuários expõem seus dados pessoais sem preocupar com o mal-uso dessas informações.

As redes sociais são uma ferramenta que se não forem usadas com responsabilidade pode causar um conflito de interesses, pois violando direitos de personalidades de outros indivíduos poderá estar criando insegurança jurídica e desestabilização na vida de quem tem a sua privacidade violada. (REIS; PEREIRA, 2014).

O uso não moderado das redes sociais vai desde uma simples mensagem a um amigo até uma ofensa moral para alguém, assim em virtude da facilidade do uso dessa ferramenta se torna difícil de coibir e tampouco punir.

As redes sociais é um fenômeno que invadiu a vida das pessoas que diretamente ou indiretamente deixam que sua privacidade seja exposta para outras pessoas, não tomando os devidos cuidados e diante disso tornam-se alvo de infratores que não temem a lei, conforme enfatizado pelo autor a seguir.

O que mais estimula a usuários das redes sociais a usar como bem entendem as redes é a crença que no meio digital está presente a liberdade de expressar o que quiser, sem medir as consequências, pois a sociedade não acredita em possíveis punições para os crimes da internet. (COURI, 2009)

Para Pinheiro (2012) Crime virtual pode ser considerada uma conduta reprovável de alguém que utiliza o computador como instrumento para cometer um delito para prejudicar alguém, sendo então uma ação típica, antijurídica e culpável.

Segundo Silva (2012), há muito fatores que devem ser discutidos sobre a redução das violações nas redes. A responsabilidades sobre essas violações será melhor abordada no capítulo a seguir.

4 A RESPONSABILIDADE PENAL SOBRE O MAU USO DA REDES SOCIAIS

Há atitudes que violam os direitos individuais e garantias fundamentais e quando isso acontece deve haver uma tentativa de solução de conflitos através de medidas que limitam a prática de violar esses direitos. (SILVA, 2012). Para que não ocorra esse tipo de violação há uma responsabilização penal para os infratores,

Muito se tem falado nos meios de comunicação em invasão de privacidade e direito da imagem, que atinge muitas pessoas que vêem a sua imagem sendo alvo de usuários que usam as redes sociais para atingir o outro.

Os direitos fundamentais à privacidade e à imagem estão inseridos nos chamados direitos de personalidade, que por sua vez possuem origem no princípio da dignidade da pessoa humana, com vistas à proteção de uma série de garantias para o desenvolvimento do ser humano. A garantia a tais direitos

ratifica o próprio modelo do Estado Democrático de Direito, uma vez que procura efetivar a proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, constituído como o norte da Constituição pátria. (REIS e PEREIRA, 2014, p.07).

O artigo 5º, inciso IX da Constituição Federal de 1988, dispõe que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” mas por outro lado a Constituição Federal também dispõe no mesmo artigo, inciso IV que o anonimato é vedado, devendo haver a autoria identificado diante de determinado pensamento que vincule nos meios de comunicação, para que assim evite excessos e abusos.

O uso da internet é uma importante ferramenta na vida das pessoas, porém o mau uso da internet tornou-se frequente e prejudicial a quem não saber usar com segurança.

Os artigos 138, 139 e 140 do Código Penal prevêm os crimes contra a honra que são os crimes de difamação, calúnia e injúria sendo previstas penas de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos de detenção, dependendo do delito praticado e a Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso X, dispõe “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 2008).

Há, portanto, uma previsão legal para os crimes que invadam a privacidade da pessoa sem a devida autorização, porém a resposta legal e jurisprudencial deixa a desejar em vários aspectos em relação à sua aplicação. Ante isso que aos próprios provedores te criados regras de privacidade para que os usuários possa ter segurança das suas informações. (COURI, 2009)

O Estado tem que ser mais atuante diante de crimes cibernéticos, para que pessoas possam ter segurança e não se deparem com suas imagens denegridas ou mensagens ofensivas expostas na internet. (TRENTI; TRENTI, 2012).

A Lei 12.737/2012, conhecida como “Lei Carolina Diekmann” dispõe no seu artigo 154 A, que o usuário que invadir dispositivos informática alheio mediante violação de dispositivos de segurança com o intuito de obter, adulterar ou destruir informações sem a autorização do respectivo dono será punido com uma pena de 03 meses a 01 ano de detenção e, multa. (BRASIL, 2012).

A nova Lei é falha, pois não garante segurança às pessoas que tem sua privacidade violada, pois só prevê punições para aqueles que violarem a segurança, como senhas dos usuários. A Lei é branda em relação aos crimes cibernéticos, pois acoberta indiretamente os criminosos, uma vez que há brechas na lei que facilita que os infratores continuem praticando seus crimes, uma vez que é difícil de provar que houve um crime quando há invasão de alguma informação que não tenha dispositivo de segurança, pois não há invasão do que está aberto. (BERTOLDI, PAIXÃO, STEPHENS (2014).

A internet oferece um mundo virtual em que os usuários podem usufruir de uma sensação de liberdade, pois possibilita aos atores o anonimato, que é vedado pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso IV, porém a internet ser um mundo sem fronteiras que vai além do que a lei alcança, facilita o aumento de crimes virtuais, sendo necessário que se crie mecanismos mais eficientes para coibir tais práticas. (PINHEIRO, 2012).

Segundo TrentieTrenti (2012), no ambiente virtual, situações que envolvem à privacidade dos usuários é algo que precisa ser tratado com atenção, pois inexistente uma legislação eficaz no tratamento ao que é exposto na rede de forma irresponsável, pois os conflitos nesses sentidos irão crescer em virtude do número crescente de usuários. Então, a Lei tem que acompanhar a evolução da sociedade moderna, a fim de punir os infratores

que usam a rede para invadir e expor a privacidade alheia, pois certo da impunidade, tais infratores abusam e usam a rede da forma que quiser.

Cabe ao usuário reavaliar a sua conduta tendenciosa a se auto expor nas redes sociais sem o devido cuidado, pois tal conduta pode ensejar na invasão de dados constantes nas redes sejam submetidos a possíveis infratores. (SILVA, 2012).

Por fim, a internet é uma ferramenta que traz vários benefícios para o usuário, todavia pode tornar-se uma arma muito perigosa se não for tomado os devidos cuidados no que se refere à segurança do usuário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A internet é uma realidade nas vidas das pessoas, pois um evolui e a tecnologia avança e para acompanhar esses avanços, os usuários devem estar atentos aos novos seguimentos do mundo virtual.

As redes sociais são ferramentas usadas como forma de entretenimento de usuários que precisavam estar informados sobre todos os assuntos, tanto pessoais quanto profissionais, pois o tempo é curto e todos vivem no estresse que é a correria do dia-a-dia e essa ferramenta facilita o alcance rápido para quem não dispõe de muito tempo.

Infelizmente o Estado ainda não ofereceu mecanismos suficientes para coibir práticas delituosas de pessoas que tem o intuito de prejudicar o outro através do uso irresponsável da internet.

Cabe então aos usuários tomarem cuidados ao expor a sua vida pessoal nas redes sociais ou em qualquer tipo de ferramenta tecnológica, uma vez que a segurança virtual é precária e não assegura aos seus usuários sejam vítimas de condutas delituosas.

Por fim, os usuários não têm que ficar reféns de autores que fazem mau-uso da internet com a finalidade de prejudicar, pois se cada um se policiar e ficar mais atento às suas postagens não haverá tantos crimes cibernéticos, porém se acontecer, denuncie, pois mesmo que não haja uma legislação específica que puna com mais rigor o infrator, pelo menos estará dando algum trabalho para que ele se defenda.

BIBLIOGRAFIA

BERTOLDI, Maria Eugênia; PAIXÃO, Celso Eduardo; STEPHENS, Julio NETO. Crimes Virtuais e a Lei Carolina Dieckmann (12.737/2012). **JICEX**, v. 1, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://www.santacruz.br/ojs/index.php/JICEX/article/view/117/393>>. Acesso em: 01 abr. 2015.

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

COURI, Gustavo Fuscaldo. **Crimes pela internet**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/GustavoFuscaldoCouri.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2015.

MARQUES, Eduardo Cesar. **Redes sociais, instituições e atores políticos no governo da cidade de São Paulo**. Annablume, 2003.

MARTELETO, Regina Maria. **Análise de redes sociais**: aplicação nos estudos de transferência da informação. *Ciência da informação*, v. 30, n. 1, p. 71-81, 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ci/v30n1/a09v30n1>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PINHEIRO, Emeline Piva. **Crimes Virtuais**: uma análise da criminalidade informática e da resposta estatal. 2010. Disponível em:<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_1/emeline.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2015

REIS, Jorge Renato dos; PEREIRA, Monique. Desenvolvimento Tecnológico, Redes Sociais Digitais e a Hipervisibilidade na Internet como um Possível Obstáculo à Concretização dos Direitos Fundamentais de Personalidade. **XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**. n. 11, 2014. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11726/1582>>. Acesso em: 30 mar.2015.

RODRIGUES, William Costa et al. Metodologia científica. **Paracambi**: Faetec/Ist, v. 40, 2007. Disponível em:<http://pesquisaeducacaoufrgs.pbworks.com/w/file/6487812/7/Willian%20Costa%20Rodrigues_metodologia_cientifica.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2015.

SILVA, Gustavo Christo da; DA SILVA, Gustavo Christo. **A liberdade de expressão e suas implicações diante da evolução das redes sociais e microblogs na internet**.2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/liberdade-de-express-ão-e-suas-implicações-diante-da-evolução-das-redes-sociais-e-microblog>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

TOMAÉL, Maria Inês; ALCARÁ, Adriana Rosecler; DI CHIARA, Ivone Guerreiro. Das redes sociais à inovação. **Ciência da informação**. Brasília, v. 34, n. 2, p. 93-104, 2005. Disponível em:<<http://www.scielo.br/pdf/ci/v34n2/28559.pdf/>>. Acesso em: 05 mar. 2015.

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra; TRENTIN, Sandro Seixas. Internet: publicações ofensivas em redes sociais e o direito à indenização por danos morais. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**. v. 1, n. 1, p. 79-93, 2012. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-.2.2/index.php/REDESG/article/view/6263/pdf#.VSBmYtzF--0>>. Acesso em: 03 abr. 2015.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

1.0. GERAIS

O principal objetivo da Revista FACTU JURÍDICA é promover a divulgação da produção intelectual do corpo docente e discente da Faculdade e também de profissionais externos à instituição. A revista fará as publicações de artigos originais, revisões literárias, resenhas de assuntos correlatos à diversas áreas.

2.0. CONDIÇÕES PARA A PUBLICAÇÃO

Todos os textos serão submetidos à Comissão Editorial da Revista, o material enviado deverá ser inédito e não poderá ser enviado a outras publicações. Os originais não serão devolvidos.

A extensão de cada trabalho deverá seguir os seguintes critérios:

- Artigos: máximo de 20 laudas;
- Revisões literárias: máximo de 20 laudas;
- Resenhas: de 3 a 5 laudas;

O trabalho deverá ser formatado em MSWord 2007, obedecendo às seguintes recomendações: o trabalho deve ser apresentado em papel branco, formato A4 (21 cm x 29,7 cm), digitados na cor preta com exceção das ilustrações, no anverso da folha. Deve ser utilizada a fonte tamanho 12 (times new roman) para o texto e tamanho 10 para citações de mais de três linhas, notas de rodapé, paginação, legendas das ilustrações e tabelas. Títulos serão destacados em negrito e caixa alta, subtítulos devem estar em caixa alta sem negrito, o uso de itálico deve ser limitado a palavras ou expressões em outro idioma, no decorrer do texto palavras (não expressões) podem ser destacas utilizando-se negrito.

Todos os trabalhos devem ser apresentados em formato digital em que conste apenas o trabalho a ser examinado, acompanhado de 02 (duas) vias impressas, juntamente de uma carta encaminhada ao Editor da Revista autorizando sua publicação. O nome do arquivo deve ser o nome do autor, ex: seunome.doc.

As traduções deverão vir acompanhadas de autorização do autor e do original do texto. Quadros, tabelas, gráficos, ilustrações e fotos devem ser apresentados em folhas separadas com os respectivos títulos, comunicação da fonte e em condições ótimas para reprodução (para formatação desses elementos solicitar o Manual de Normas para publicação da FACTU.

3.0. APRESENTAÇÃO DO TRABALHO

Página de rosto: a primeira página de cada artigo deverá indicar o título, o nome completo dos autores (máximo cinco), maior titulação e local(s) de trabalho.

Resumo: na segunda folha deverá constar um resumo em português de, no máximo, 150 palavras. O resumo deverá especificar o objetivo, uma breve descrição da metodologia, os apontamentos principais e as conclusões.

Palavras-chave: após o resumo em português, na mesma folha, é essencial uma lista de 3 a 5 palavras em português que descreva o conteúdo do trabalho.

Abstract: na terceira folha deverá constar o resumo em inglês, com no máximo 150 palavras, seguindo as mesmas especificações do resumo em português.

Texto: os artigos originais que contiverem coleta de dados **em campo** deverão obedecer, em linhas gerais, à seguinte seqüência: introdução; referencial teórico; metodologia; resultado e discussão dos dados; considerações finais e referências. As revisões bibliográficas deverão obedecer a seguinte seqüência: introdução, desenvolvimento, considerações finais e referências.

Para resenhas é dispensado o resumo.

4.0. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

As referências são alinhadas somente à margem esquerda do texto, sem o uso de recuo, digitadas em espaçamento simples e separadas entre si com espaço duplo. Devendo ser apresentadas em ordem alfabética em lista no final do trabalho, de forma complementar pode ser apresentada em nota de rodapé.

Indica(m)-se o(s) autor(es) pelo último sobrenome em letras maiúsculas, seguido do(s) prenome(s) e outros sobrenomes, abreviado(s) ou não. Recomenda-se adotar um padrão quanto ao uso ou não da abreviação.

PADRÃO DE UMA REFERÊNCIA:

SOBRENOME, Prenomes do autor. **Título:** subtítulo. ed. Local: Editora, ano.
FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. **Iniciação à pesquisa no direito:** pelos caminhos do conhecimento e da invenção. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

5.0 CITAÇÕES

As citações podem ser diretas ou indiretas, sejam obtidas de documentos ou de canais informais. As fontes de que foram tiradas as citações são indicadas pelo sistema alfabético ou pelo sistema numérico, no entanto, qualquer que seja o método adotado, deve ser seguido consistentemente ao longo de todo o trabalho. Existem alguns tipos de citação que explicaremos a seguir:

5.1 CITAÇÃO DIRETA

É a **transcrição literal** de um texto ou parte dele, conservando-se a grafia, pontuação, uso de letras maiúsculas e idioma. É usada somente quando um pensamento significativo for particularmente bem expresso, ou quando for absolutamente necessário e essencial transcrever as palavras de um autor. As transcrições no texto devem aparecer entre aspas quando inferior a 3 três linhas ou destacadas graficamente se superior.

- a) **citação de até três linhas:** a citação de até três linhas deve ser inserida no parágrafo, entre aspas, tamanho da fonte 12, não se esquecendo de mencionar Autor, ano e página, conforme modelo a seguir:

Ex.1

Segundo Paulus (1775, p. 46) O “tratamento obtido pela nobreza portuguesa na corte de Madri deveu-se à exímia intervenção de D. Francisco.”

OU

Ex. 2

O “tratamento obtido pela nobreza portuguesa na corte de Madri deveu-se à exímia intervenção de D. Francisco.” (PAULUS, 1775, p. 46).

- b) **citação com mais de três linhas:** a citação com mais de três linhas deve aparecer em parágrafo distinto, a 4 centímetros da margem do texto terminando na margem direita. Esta **deve** ser apresentada **sem aspas**, deixando-se espaço simples entre as linhas e 2 (dois) espaços simples entre a citação e os parágrafos anterior e posterior, conforme modelo:

Ex. 1:

Um objetivo é um alvo que precisa ser atingido para a organização poder atingir suas metas. Os objetivos são, por natureza, mais específicos que a definição da missão e são, na realidade, a tradução da missão em termos específicos e concretos com os quais se possa medir os resultados. Estabelecem-se muitos objetivos-marcos de execução das missões e da busca da consecução das metas. (STONER, 1985, p. 70).

Ou

Ex. 2:

Para Stoner (1985, p. 70),

Um objetivo é um alvo que precisa ser atingido para a organização poder atingir suas metas. Os objetivos são, por natureza, mais específicos que a definição da missão e são, na realidade, a tradução da missão em termos específicos e concretos com os quais se possa medir os resultados. Estabelecem-se muitos objetivos-marcos de execução das missões e da busca da consecução das metas..

5.2 CITAÇÃO INDIRETA

Também conhecida como **paráfrase**, é redigida pelo autor do trabalho com base em idéias de outro autor ou autores. Deve-se sempre indicar a fonte de onde foi tirada a idéia. As citações indiretas podem aparecer sob a forma de paráfrase, isto é, citação livre do texto, ou em forma de condensação que é a síntese dos dados retirados da fonte consultada, sem alterar fundamentalmente a idéia do autor, conforme exemplo a seguir.

Ex. 1

A palavra programa implica, um papel ativo, consciente e racional desempenhado por administradores na formulação da estratégia da organização e a estratégia é o programa geral para a consecução dos objetivos de uma organização (STONER, 1985).

Ou

Ex. 2

Segundo Stoner (1985), a palavra programa implica, um papel ativo, consciente e racional desempenhado por administradores na formulação da estratégia da organização e a estratégia é o programa geral para a consecução dos objetivos de uma organização.

5.3 CITAÇÃO DE CITAÇÃO

É a menção a um documento ao qual não se teve acesso, mas do qual se tomou conhecimento apenas por citação em outro trabalho. Esta forma de citação só deve ser usada na total impossibilidade de acesso ao documento original. A indicação é feita pelo sobrenome do autor original, ano da obra, seguido da expressão *apud* e do sobrenome do autor da obra consultada, ano da obra e página de for citação direta. Somente o autor da obra consultada é mencionado nas referências conforme exemplo a seguir:

NO TEXTO:

Segundo Mintzberg (1982 *apud* STONER, 1985, p. 70)

ou

(MINTZBERG, 1982 *apud* STONER, 1985, p. 70)

NA REFERÊNCIA:

STONER, J. A. F. **Administração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Prentice-Hall do Brasil, 1985. p. 68-87.

ENVIO

Os interessados em apresentar qualquer publicação para avaliação, que sejam diretamente ligados a Faculdade, como docentes e discentes, deverão entregar diretamente a Comissão Editorial na própria sede da Faculdade. Já os profissionais externos deverão enviar para o seguinte endereço:

Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unai – FACTU
Comissão Editorial da Revista FACTU-Jurídica
Rua Rio Preto, 422 - Centro
CEP: 38.610-000 - Unai - MG

Editor:
aldeia88@gmail.com
nupex@mail.com



FACULDADE DE CIÊNCIAS E TECNOLOGIA DE UNAÍ