



***PUNTO DE
VISTA JURÍDICO***

REVISTA CIENTÍFICA DO NÚCLEO DE PESQUISA EM DIREITO DA UNIARP

PONTO DE VISTA JURÍDICO:

Revista Científica do Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe.

V. 4 – Nº 2 – 2015

Editor:
Prof. Msc. Levi Hulse

Catálogo na fonte elaborada pela Biblioteca Universitária
Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – Caçador -SC

R454r

Revista eletrônica Ponto de Vista Jurídico
da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP /
Universidade Alto Vale do Rio do Peixe. V.4, nº 2, 2015.
Caçador (SC): UNIARP, 2012.

Semestral (online)
ISSN: 2316-4042

1. Direito - Periódico. I. Título.

CDD 340.05

EDITOR:

Prof. Msc. Levi Hulse, Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe - Uniarp, Caçador, SC, Brasil

CONSELHO EDITORIAL:

Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes, Faculdade Meridional-IMED , Passo Fundo, RS, Brasil

Dr. Douglas Cesar Lucas

Prof. Dra. Sandra Krieger Gonçalves, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil

Prof. Dra. Danielle Regina Ullrich, Instituto Federal de Santa Catarina - IFSC, Caçador, SC, Brasil

Prof. Dr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR e Universidade Federal do Paraná - IFPR, Curitiba, PR, Brasil

Prof. Dr. Francisco Oliveira Neto, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, SC

Prof. Dra. Helena de Azeredo Orselli, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil

Prof. Dra. Monize Sâmara Visentini, Universidade Federal da Fronteira Sul - IFFS, Cerro Largo, RS, Brasil

Prof. Dr. Adelcio Machado dos Santos, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil

Prof. Dr. Joel Haroldo Baade, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil

COMISSÃO CIENTÍFICA AD HOC:

Prof. Msc Henrique da Rosa Ziesemer, Ministério Público de Santa Catarina - MPSC, Brasil

Prof. Msc. Jaqueline Moretti Quintero, Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, SC, Brasil

Prof. Msc. Juliana Zamignan, Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC, Chapeco, SC, Brasil

Prof. Msc. Ricardo Emilio Zart, Univesidade do Oeste de Santa Cartarina - UNOESC, Videira, SC

Prof. Msc. Rodrigo Fernando Novelli, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC

Prof. Msc. Dhieimy Quelem Waltrich, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, Ijuí, RS

Prof. Dra. Sandra Krieger Gonçalves, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil

Prof. Dra. Danielle Regina Ullrich, Instituto Federal de Santa Catarina - IFSC, Caçador, SC, Brasil

Prof. Msc. Leonardo Beduschi, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau-SC, Brasil

Prof. Dra. Helena de Azeredo Orselli, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil

Prof. Msc. Levi Hulse, Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe - Uniarp, Caçador, SC, Brasil

Prof. Dr. Adelcio Machado dos Santos, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil

Prof. Ms. Jociane Machiavelli Oufella, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe, Uniarp, Caçador, SC, Brasil

CAPA

Denise Bolzan Barpp, Uniarp, Caçador, SC, Brasil

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

Prof. Dr. Joel Haroldo Baade, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil

BIBLIOTECÁRIA

Célia De Marco, UNIARP, Caçador, SC, Brasil

Ponto de Vista Jurídico é um periódico anual do Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) publicado em formato eletrônico (ISSN: 2316-4042).

Missão: O periódico científico “Ponto de Vista Jurídico” se dispõe a consistir em veículo de registro e comunicação, operado pelo Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (Uniarp), em função de duas áreas de concentração: I – Direito e Efetividade; e II – Direito e Interdisciplinaridade..

Indexadores e bases de dados: Este periódico está indexado no Portal do Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas (SEER/IBICT), no Latindex (Sistema Regional de Informação em Linha para Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal), no Sumários.org emagrecer rapidamente e no Catálogo da Biblioteca da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe-UNIARP. Cadastrado no Diadorim, diretório de políticas das revistas científicas brasileiras sobre o acesso aberto aos artigos por meio de repositórios institucionais.

SUMÁRIO

EDITORIAL	6
ABORDAGEM JURÍDICA DA UNIÃO EUROPÉIA – O DIREITO COMUNITÁRIO.....	8
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	20
O ESTADO DE DIREITO GARANTISTA	36
A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SOLIDÁRIA ENTRE A INSTITUIÇÃO DE ENSINO E A FAMÍLIA NOS CASOS DE <i>BULLYING</i> ESCOLAR	48
POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CONCESSÃO DE ALIMENTOS TRANSITÓRIOS: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR	61
A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	76
A VÍTIMA DA LEI MARIA DA PENHA E O CONTRATO DE TRABALHO.....	84
USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA POR ABANDONO DO LAR CONJUGAL.....	95
ENTREVISTA COM O PROF. DR. ADELICIO MACHADO DOS SANTOS REITOR DA UNIVERSIDADE ALTO VALE DO RIO DO PEIXE (UNIARP)	107

EDITORIAL

Prezados Leitores e Colaboradores! É com imensa satisfação que apresentamos mais um periódico da Revista “Ponto de Vista Jurídico”, sendo nossa 5ª. edição da revista e a segunda no ano de 2015. A revista está buscando sua consolidação e vem recebendo muitos artigos de grande qualidade.

Nesta edição inicia-se com o nosso Reitor Professor Dr. Adélcio Machado dos Santos, num trabalho em colaboração com a autora Evelyn Scapin, que fazem uma profunda análise do cenário Europeu no artigo “*Abordagem jurídica da união européia - o direito comunitário*”. Lembramos que a globalização vem deburrando todas as fronteiras e vivemos numa sociedade, que vem a ser transnacional.

Em seguida o Professor Msc. Honorio Nichelatti Jr e Prof. Dr Everaldo da Silva em seu artigo “*Direitos e garantias fundamentais*” discutem o garantismo através da obra de Luigi Ferrajoli, voltando o estudo para os limites do poder punitivo.

Tratando também de garantismo, o Prof. Msc Rodrigo Fernando Novelli em seu artigo com o tema “*O estado de direito garantista*”, aborda a importância do garantismo no estado de direito brasileiro.

O artigo da Profa. Msc Jociane Machiavelli Oufella e de Amanda Medina com o tema “*A responsabilidade civil objetiva e solidária entre a instituição de ensino e a família nos casos de bullying escolar*”, mostra que existe responsabilidade civil quando se trata de bullying e nos traz uma reflexão onde a família, também é responsável pela educação e atos das crianças e adolescentes nas escolas.

“*Possibilidade jurídica de concessão de alimentos transitórios: uma análise à luz do princípio da solidariedade familiar*”, da Dra. Claudia Regina Althoff Figueiredo e Eloisa de Souza Hobus Linhares, é um estudo que busca mostrar, que a concessão de alimentos tem caráter transitório e quem recebe esse benefício deve buscar se readaptar e buscar seu próprio sustento não onerando o alimentante por muito tempo.

A Profa. Anemari Socreppa com seu artigo “*A fundamentação das decisões judiciais: uma análise a partir do novo código de processo civil*”, tema este muito atual pois as alterações sofridas no processo civil com o novo CPC devem vir a ser muito discutidas, para ter a efetividade esperada.

No artigo “*A vítima da lei Maria da Penha e o contrato de trabalho*”, da Dra. Solange Lucia Heck Kool e do acadêmico Fridolino Sardá Junior, mostra uma lacuna que a lei Maria da Penha deixou com relação as mulheres vítimas de agressão e que podem se afastar do trabalho por 6 meses. Nesse afastamento quem irá pagar o salário dessas mulheres? Buscar a resposta a essa lacuna na lei é

o objeto deste artigo.

Temos ainda o artigo “*Usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal*”, da profa. Rhubia de Lemos Estrowispy e da acadêmica Josiane Fenili de Borba, nos mostra uma nova abordagem do usucapião especial. O abandono do lar vem a ser uma possibilidade de buscar a propriedade integral do imóvel, através deste meio previsto na legislação pátria.

Por fim, encerramos a revista com uma entrevista com o Magnífico Reitor da Uniarp, Pós Doutor Adelcio Machado dos Santos, comentando sobre o novo momento que passa a Universidade que agora conta com 2 mestrados e este ainda comenta sobre suas pesquisas.

Agradecemos aos autores desta Universidade e bem como os autores das demais Universidades que confiaram seus artigos a esta revista e desejamos a todos uma ótima leitura.

Prof. Msc. Levi Hulse
Editor

ABORDAGEM JURÍDICA DA UNIÃO EUROPÉIA – O DIREITO COMUNITÁRIO

Adelcio Machado dos Santos¹
Evelyn Scapin²

Recebido em: 13 jun. 2015

Aceito em: 15 dez. 2015

Resumo: Diante da tendência mundial da formação de blocos regionais macroeconômicos, o conhecimento do Direito Comunitário, novo ramo do Direito, vem se tornando necessidade não só entre os responsáveis pelo destino do projeto, mas também entre os que já compreenderam que a globalização é um fenômeno irreversível. Esta análise projeta luzes sobre as noções e os princípios fundamentais desta nova ordem jurídica constituída pelo Direito Comunitário, realçando a sua dimensão estruturante do processo de integração europeia.

Palavras-chave: Europa. Direito Comunitário.

LEGAL APPROACH TO THE EUROPEAN UNION – THE COMMUNITY LAW

Abstract: Given the global trend of creating regional macroeconomic communities, the knowledge of Community Law, a newest branch of law, has become necessary not only for those responsible for the future of the project, but also for those who have realized that globalization is an irreversible phenomenon. This analysis focus on the concepts and principles of this new legal order, established by Community Law, highlighting its structural dimension for the European joining process.

Keywords: Europe. Community Law.

1 INTRODUÇÃO

A União Européia (denominação empregada para a antiga Comunidade Européia, CE, a partir de 1993) consiste a camada mais recente da tradição europeia. A matéria de que é formada engloba toda su herança histórica, desde Roma. A idéia de unificação que a animou tem raízes no universalismo da Igreja católica e no nacionalismo expansionista de Napoleão. Mas, sobretudo, o projeto comunitário emergiu faz ruínas do equilíbrio de poder dos Estados Europeus, no final da Segunda Guerra.

No século XX, as duas grandes belonas que eclodiram na Europa assinalaram a crise do sistema de Estados e a decadência do poder europeu. A União Européia é fruto tanto de uma coisa como da outra. Desde o início, ela representou uma tentativa de estabilizar o cenário de um continente varrido pela tormenta das guerras e repartido pela Guerra Fria. O desenvolvimento da sociedade

¹ Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina. Docente e Pesquisador da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (Uniarp). Advogado (OAB/SC nº 4912), Endereço: Rua Prof. Egidio Ferreira, nº 271, Apto. 303 – 88090-500 (SC) Brasil. E-mail: adelciomachado@gmail.com.

² Bacharela em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP). Advogada. Procuradora Geral do Município de Imauí (SC). Endereço: Pc Getúlio Vargas, 1, Imaruí - SC, 88770-000, Brasil. E-mail: evy@ipps.org.br.

internacional, na segunda metade do século XX, caracterizou-se por uma tendência para a sua regionalização, que levou à constituição de novas entidades, que assumiram, de forma crescente, funções que até há pouco pertenciam exclusivamente aos Estados soberanos, provocando importantes mutações nestes.

A Comunidade e a União Européia constituem o exemplo, por excelência, por mais logrado e sedimentado, do fenômeno de integração a que se refere habitualmente, sendo até mesmo consideradas por muitos autores como elementos de inspiração, como o que acontece com o Mercosul.

Em 16 de abril de 1948 foi assinado o Tratado de Washington, surgindo a Organização Européia de Cooperação (OECE), formado por dezesseis países: Áustria, Bélgica, Dinamarca, França, Grécia, Irlanda, Islândia, Itália, Luxemburgo, Noruega, Países-Baixos, Portugal, Reino Unido, Suécia, Suíça e Turquia, não contando os Estados Unidos e Canadá, que também dela participavam.

Antes, em 17 de março do mesmo ano, já havia sido firmado o tratado de Bruxelas, que criou a Organização de Cooperação Militar entre Grã-Bretanha, França, Bélgica, Holanda e Luxemburgo, preparatória da assinatura do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) que, em 04 de abril de 1949, ensejou os Estado Unidos a assumirem a liderança da defesa comum européia.

Essas precauções tutelares de enorme habilidade estratégica dos Estados Unidos, para que a Velha Europa não lhes escapasse das mãos, é que propiciaram a liberação do auxílio financeiro do Plano Marshal à OECE para o devido apoio logístico na distribuição das doações financeiras e expansão tecnológica americana, na implantação das novas bases industriais na Europa.

Logo se percebeu que a vocação da OECE não era de gentil cooperação com os países europeus que, aparentemente, resolveram aceitar a ajuda americana. Segundo LEAL *et al* (2001), essa organização era a âncora que os Estados Unidos lançaram na Europa para uma duradoura permanência no continente europeu, como forma de perenizar seus interesses de globalização da economia pelos seus padrões culturais, tecnológicos e monetários.

Isso explica por que já em 1951, em três anos de existência da OECE, a Europa adiantou-se em institucionalizar o seu espaço econômico pela edição do Tratado de criação da pioneira Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA), assinado em Paris, em 18 de abril do referido ano, por seis países: RFA (Alemanha), França, Itália e os três Estados do Benelux (Bélgica, Luxemburgo e Países-Baixos), com a vigência a partir de 1952.

Até hoje, a política liberal de fronteiras abertas, com rótulos democráticos e de livre comércio, sofre com tratado-CECA. A OECE, por suas características assistencialistas e mercantis, não apresentava raízes genuinamente européias pela iniciativa de livre cooperação e desejo expresso de integração das economias ali associadas.

Com o advento do tratado-CECA, teve início a significativa democratização do espaço

econômico europeu com hábil afastamento da ingerência norte-americana. Os povos europeus resolveram criar suas próprias maneiras para obter uma convivência digna e autônoma, naquele estágio histórico, a liberalização das economias européias só interessaria aos Estados Unidos e não aos países europeus que pretendiam estabelecer controles jurídicos e institucionais de seus produtos básicos – carvão e aço – de tal forma a preservar estoques reguladores e multilaterais de atendimento das necessidades recíprocas.

No ano de 1957, em reforço ao plano unionista europeu, foram assinadas em Roma, o Tratado de Roma institutivo da Comunidade Européia de Energia Atômica (CEE ou EURATOM) para se adquirir uma estabilidade integrada crescente e a utilização da energia nuclear para fins pacíficos, respectivamente.

Já em 14 de dezembro de 1968, os Estados Unidos Europeus associados, sob pressão dos Estados Unidos e do Canadá, converteram a OECE em OCDE (Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico), com finalidades expansionistas como pólo de gerenciamento avançado de apoio a outros países em desenvolvimento, com largos objetivos comerciais de dominação norte-americana da economia mundial já suficientemente dolarizada.

Com a OECE, iniciou-se a dolarização do planeta, a pretexto de contribuição para o desenvolvimento dos países-membros e não-membros em vias de desenvolvimento, pela concessão de capitais, assistência técnica e alargamento das exportações, como forma difusora do Padrão de Acumulação de Capitais centrado no dólar. A necessidade expansionista era tão urgente que à OECE foram integrados o Japão, a Áustria e a Nova Zelândia.

Em 1971, inesperadamente veio o golpe de Washington pelo qual Richard Nixon aboliu a paridade do ouro, deixando o dólar flutuar livremente como moeda de lastro do Sistema Monetário, implantado em Bretton Woods e instrumento de controle de mercado e de alavancagem da economia mundial nos padrões tecnológicos americanos.

Diante da tamanha concentração de poder econômico manejado pelos Estados Unidos, na Europa crescia o movimento integralista em prol de um espaço político-econômico supranacional administrado por órgãos que, por força da Lei dos Tratados, agissem em sobreposição às vontades soberanas dos Estados ajustados em modelo jurídico de conservação normativa de autoproteção econômica regional.

Assinalam LEAL *et AL* (2001) que o direito comunitário contemporâneo é construtor e regulador desse novo modelo jurídico e se define pelo conjunto de regras institutivas, ordenativas e procedimentais, expressas nos Tratados Anexos e Protocolos vinculantes dos Estados-nações signatárias para a formação e a organização em comum de uma entidade supranacional de mercado e união política dotada de autonomia orgânica de atuação jurídica pela eficácia e aplicabilidade de seus Regulamentos, Diretivas e Decisões em sua gestão interna e dos Estados-Associados.

2 FONTES DO DIREITO COMUNITÁRIO

O conceito de “fontes do Direito”, fruto do jus-racionalismo iluminista, apresenta uma triplice função. Primeiro, fornece a idéia de uma origem objetiva e impessoal ao Direito, que, assim, deixa de se confundir com a pessoa do governante. Segundo, ao assegurar uma origem comum para todo o Direito (unidade), reforça a idéia de que o ordenamento jurídico constitui um sistema. Terceiro, ao determinar quais são as suas origens, o aparato jurídico confere simultaneamente legitimidade oficial àquelas formas de exteriorização de normas e afasta as formas normativas indesejadas (FRANCA FILHO, 2002).

Considerado um novo ramo das ciências jurídicas aplicado à Economia, o Direito Comunitário é o conjunto de regras, para regular as relações multilaterais entre os Estados-membros, particulares e instituições criadas pelo sistema.

A ordem jurídica comunitária não se confunde com a ordem jurídica internacional ou com a ordem jurídica doméstica. O Direito Comunitário possui uma tipologia própria e, por isso, uma classificação também específica de suas fontes. As fontes do Direito Comunitário englobam não somente sua tipologia normativa formal, mas também a jurisprudência, que presta importante contribuição na delimitação de princípios e regras comunitários.

Dentre a tipologia normativa formal, a doutrina estabelece distinção de duas categorias hierárquicas: Direito Comunitário originário e Direito Comunitário derivado. Os Tratados, anexos e atos que o alteram integram a primeira categoria. Os demais atos adotados pelas instituições comunitárias compõem a segunda categoria. O Direito Comunitário derivado é dividido ainda em atos unilaterais e atos convencionais (LEAL *et AL*, 2001).

Segundo Leal *et AL* 1994, p. 71), os tratados são a manifestação primária da construção normativa formal comunitária, conhecidos como “direito originário ou primário” (RAMOS, 1994, p. 71) ou ainda como “fontes convencionais” (MOTA DE CAMPOS, 1994, p.19). eles são celebrados pelos Estados nacionais, que passam a ser considerados, a partir de sua criação, Estados-membros.

Os tratados criam as organizações comunitárias, determinam suas atribuições e traçam a atuação dos sujeitos no universo comunitário, de acordo com as finalidades e os objetivos propostos. São instrumentos típicos do Direito Internacional Público clássico, decorrendo da manifestação de vontade dos Estados-membros.

Para Ramos (1994), as comunidades têm nos tratados, a verdadeira constituição, em face de sua importância e por significarem o vértice do sistema instituído, com as principais regras e disposições modeladoras.

Os demais atos comunitários são considerados integrantes do direito derivado. São criados em razão de disposições de direito originário e para garantir sua execução. São conhecidas como fontes

autoritárias de Direito Comunitário ou atos unilaterais. A maior quantidade de disposições comunitárias está centrada em atos unilaterais. Isso porque os tratados monopolizavam um amplo espectro de matérias a serem normatizadas, e o instrumento hábil para a consecução desse fim PE o direito derivado, portanto mais extenso que o direito originário (RAMOS, 1994).

Casella (2002) entende o regulamento como a norma de caráter abstrato e geral, que tem a qualidade de ser obrigatória em todos os seus elementos e dotada de aplicabilidade direta. A ideia do regulamento exposta traz elementos que merecem identificação separada. A abstração implica a adequação da norma a uma pluralidade de situações potenciais. A generalidade é a qualidade por meio da qual a norma é destinada à comunidade jurídica, e não a indivíduos determinados (LAUREANO, 1997).

Os regulamentos, segundo Leal *et AL* (2001), subdividem-se em “de base” e “de execução”. Os regulamentos de base são aqueles que promovem a aplicação de disposições normativas constantes de Tratados, direito originário. Contudo, alguns regulamentos podem ensejar a necessidade de ampliação normativa, que trate exclusivamente da execução de SUS termos. Assim, surgem os regulamentos de execução, que disciplinam a atuação prática de regulamentos de base, pormenorizadamente, e estabelecendo meios de aplicação de seus predecessores. Os regulamentos de execução estão situados em grau de hierarquia inferior ao dos regulamentos de base.

A diretiva é a modalidade de produção normativa ontologicamente incompleta. Ela fixa resultados a serem atingidos pelos Estados-membros, e a forma desse processo é definida internamente. As diretivas estabelecem uma cooperação entre a Comunidade e os Estados-membros, ao permitir certa autonomia para que seja atingido o resultado pretendido (RAMOS, 1994). Consequentemente, a diretiva é considerada como detentora de generalidade apenas quanto aos Estados-membros, haja vista que ela tem seus destinatários limitados.

O ato unilateral da comunidade é a decisão comunitária. A decisão emanada de autoridade supranacional é obrigatória para os destinatários nela designados. Tem, em regra, o objetivo de prescrever condutas a Estado-membro, indivíduo ou empresa em todo de caso particular.

A recomendação de autoridade comunitária pode ser dirigida a outra autoridade comunitária ou a Estados-membros e expõe o ponto de vista sobre determinada questão. A recomendação pode registrar medidas e comportamentos a serem adotados para fins de promoção do interesse comunitário (LAUREANO, 1997).

Não existe um rol escrito de fontes do Direito Comunitário da União Européia. Assim, a jurisprudência não está inserida em nenhuma declaração expressa que a confirma tal *status*.

3 A UNIÃO EUROPÉIA

Silva (1999) diz que a União Européia caracteriza-se por ser um sistema institucional único no seu gênero, o qual a distingue das organizações internacionais clássicas.

Na União Européia, o processo de decisão associa mais especificamente: a Comissão Européia, que elabora propostas e executa as ações adotadas; o Parlamento Europeu, que se pronuncia sobre essas propostas; e o Conselho, que adota a decisão final. O tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância garantem o respeito ao Direito Comunitário. O Tribunal de Contas controla a gestão financeira da União. O Comitê Econômico e Social e o Comitê Consultivo CECA dispõem de uma competência consultiva. Atuam, ainda, o Banco Europeu de Investimentos, como instituição financeira, o Comitê das Regiões, como órgão de implementação das políticas comunitárias junto às autoridades regionais e locais, o Provedor de Justiça, como órgão de defesa do cidadão europeu frente aos atos de má administração por parte dos organismos ou instituições comunitárias, e o Instituto Monetário Europeu, como produtor do processo de unificação monetária.

Segunda Franca Filho (2002), a principal característica que distancia a União Européia de tentativas anteriores de unificação do Velho Continente é justamente a permuta da força física pela força do Direito para a sua instituição e manutenção. As Comunidades Européias, tanto quanto os quinze Estados que as compõem, são criação e objeto de regras jurídicas definidas ou, mais precisamente, de regras do Direito Comunitário, aquele ramo do Direito de Integração cujo objeto são os tratados constitutivos das Comunidades Européias, bem como a aplicação jurisprudencial progressiva de todos esses dispositivos pelas autoridades comunitárias.

A consolidação da União Européia demonstra a lucidez de seus teóricos, não apenas pelo seu êxito, mas em razão dos acontecimentos mundiais da última década do século XX. O Estado-nação hoje tem sua estrutura colocada em questão diante do fenômeno da globalização que, para Habermas (1995, p. 78) é a “remoção de fronteiras”.

As relações mundiais avançaram de tal forma e tão intensificadamente que acontecimentos locais tem sua origem em fenômenos ocorridos em outros países, na maioria das vezes, distantes. Consequentemente, os cidadãos internos têm cada vez menos poder de interferência nos rumos de seu país, notadamente sobre o âmbito econômico (LEAL *et AL*, 2001).

4 O TRATADO DA UNIÃO EUROPÉIA

O Tratado da União Européia resultou dos avanços percebidos com o Ato Único e significou um novo passo no processo de integração. Assinado em 7 de fevereiro de 1992, na cidade holandesa de Maastricht, representou a segunda maior revisão dos Tratados, desde a criação das três Comunidades. Deste modo, coexistem os três Tratados fundamentais (CECA, CEE e CEEA), de

personalidade própria e independente entre si, e um quarto, compreendendo disposições comuns àqueles. Com isso, alterou-se a denominação da Organização: de Comunidades Europeias passou a ser chamada simplesmente de União Europeia.

O §2º do Art. A. destaca a essência e revestiu o Tratado da EU, ao restar consignado que constitui uma nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões serão tomadas o mais próximo possível dos cidadãos.

O Tratado da EU lançou uma nova e importante fase da integração europeia, pois firmou as bases para as principais tarefas da reorganização dos anos 90. Neves *apud* Stelzer (2000), a respeito, ressalta:

“A negociação do Tratado de Maastricht visou a vir ao encontro de duas ordens de preocupações: no plano político, responder aos desafios suscitados pela Situação da Leste e pelas novas relações de forças e riscos que dela decorriam; no domínio econômico, estabelecer mecanismos que reforçassem a posição da Europa como um dos pólos dominantes, assegurando a sua coesão, a estabilidade monetária e as vantagens do mercado único.” (STELZER, 2000, p. 37).

Basicamente, o Tratado de Maastricht representou o seguinte: a) uma moeda única em vigor, o mais tardar, em 1999; b) novos direitos para os cidadãos europeus, que passarão a conta com uma verdadeira cidadania europeia; c) introdução de uma política externa comum; d) alargamento das responsabilidades de União Europeia, haja vista que novos domínios foram alcançados, tais como: política industrial e social, educação, cultura, infra-estrutura dos transportes, entre outros; e) mais poderes para o parlamento europeu.

De acordo com Stelzer (2000), um dos maiores desafios lançados em Maastricht diz respeito à tentativa de alcançar uma coesão econômica e social entre as regiões ricas e pobres da União Europeia.

Em Maastricht, também foi decidido criar uma Política Externa e de Segurança Comum (PESC) para proporcionar um reforço do seu papel no mundo e salvaguardar os interesses fundamentais da EU. UMA Política Externa Comum representou a adoção de posições comuns frente às questões internacionais sempre que forem consideradas necessárias.

No entanto, foi com a consagração da cidadania europeia que o Tratado de Maastricht realmente avançou. Na parte II, do TCEE, o artigo 8º foi aditado, ficando com a seguinte redação: 1. É instituída a cidadania da União. É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-membro. Quanto a esta cidadania, Seabra *apud* Vasconcelos (1995, p.36) destaca:

O ressurgimento da cidadania e a exigência democrática devem assim serem vistos como sendo concomitante ao próprio desenvolvimento do processo de integração, na medida em que este ultrapassou o caráter quase exclusivamente econômico e comercial e passou a ter inscritos os objetivos políticos, que desde o início foram considerados como sendo os realmente fundamentais”.

(SEABRA VASCONCELOS, 1995, p. 36).

Segundo Magnoli (1995), depois de assinado, o Tratado de Maastricht teve de percorrer um tumultuado processo de referendo pelos parlamentos nacionais. Essa trajetória, que durou mais de um ano, foi dramatizada pelos plebiscitos populares realizados na Holanda e na França.

Em 17 de junho de 1997, chegou-se a um acordo político sobre um novo tratado para a Europa: o Tratado de Amsterdã. Com a assinatura desse importante documento, consolidaram-se os três grandes pilares sobre os quais a União Européia tinha assentado o seu procedimento, desde a entrada em vigor do Tratado de Maastricht: as Comunidades Européias; a política externa e de segurança comum; e a cooperação nos domínios da justiça e dos assuntos internos.

O Tratado de Amsterdã possui quatro grandes objetivos: a) fazer do emprego e dos direitos do cidadão o ponto fulcral da União; b) suprimir os últimos entraves à livre circulação e reforçar a segurança; c) permitir que a Europa faça ouvir melhor a sua voz no mundo; d) tornar mais eficaz a arquitetura institucional da União, tendo em vista o próximo alargamento.

Em cada país integrante, as novas disposições serão submetidas à aprovação dos eleitores.

Considerando o fato da União Européia ser hoje a maior entidade econômica do mundo, a preocupação com o emprego surge evidente, pois representa mesmo um dos principais dilemas a serem enfrentados no contexto mundial. Com estas recentes disposições normativas, cada um dos Estados-membros continua a coordenar sua política, todavia, passa a inscrevê-la no quadro de uma estratégia coordenada em nível comunitário (STELZER, 2001).

Neste enredo, o Tratado de Amsterdã também buscou resguardar melhores condições relativamente à legislação social, assegurando aos trabalhadores europeus, além do direito de circular e residirem em todos os países da União, uma completa proteção da saúde e da segurança em seus locais de trabalho.

A livre circulação e o desejo de viver em segurança também constituem mais alguns direitos contemplados no Tratado. Inicialmente, limitada à livre circulação de trabalhadores, a liberdade de circulação no território comunitário foi generalizada a partir de 1993. Assim, estudantes, trabalhadores autônomos, turistas, enfim, todos os europeus podem exercer seu legítimo direito de circular por onde bem entenderem.

O alargamento da cooperação entre os Quinze nos domínios da justiça e da polícia, previsto em Maastricht, aliás, era um ponto fundamental para ser salientado. Antes de permitir que os criminosos tivessem as portas abertas para se locomoverem, era necessário que os órgãos nacionais de segurança trabalhassem de forma coordenada.

Outro ponto salientado pelo Tratado de Amsterdã refere-se ao fortalecimento da imagem da Europa no mundo.

O quarto e último grande objetivo do Tratado está consubstanciado em um sistema institucional mais eficaz, pois as regras que norteiam o funcionamento das instituições continuavam a ser as mesmas de quarenta anos atrás, guiando a organização contava com somente seis membros. Tratava-se, pois, de criar instituições eficazes e legítimas para responderem aos desafios mundiais emergentes, da melhor forma possível.

5 O MODELO JURÍDICO COMUNITÁRIO

A organização institucional do principal Bloco Regional de integração – a União Européia – somente pode ganhar vida e tornar-se realidade devido ao Direito Comunitário, sendo esse, inclusive, sua principal inovação, face a tentativas anteriores de unificar a Europa: não usa a submissão ou a força para alcançá-la, mas o Direito. Só uma unificação baseada no livre arbítrio poderá ter futuro duradouro, uma unificação baseada em valores fundamentais como a liberdade e a igualdade, e preservada e concretizada pelo Direito.

O Direito Comunitário dá lugar a um sistema jurídico peculiar, diversos tanto dos sistemas jurídicos nacionais quanto do sistema de Direito Internacional. A construção do espaço comunitário europeu vincula-se à existência de um sistema jurídico dotado de qualidades bastante peculiares.

Tendo os Tratados institutivos da CECA/CEE/EURATOM como ponto de partida, as normas de Direito Comunitário objetivam a regulamentação de suas relações jurídico-econômicas não só no tocante ao regime fiscal e de concorrência, direito do consumidor e agricultura, apresentando caracteres que ora o enquadram como Direito Internacional Público, ora como direito interno e ora como Direito Econômico, mas basicamente no que diz respeito às quatro liberdades fundamentais: livre circulação de pessoas, liberdade de estabelecimento, liberdade de prestação de serviços e livre circulação de capitais (SILVA, 1999).

O Direito Comunitário desfruta de autonomia em relação aos ordenamentos vigentes nos Estado-membros de uma Comunidade. Possui características e objetos próprios, sua aplicação se estende além das fronteiras nacionais, sua base principiológica destaca-se da organização estatal, elevando-se à função de orientadora e informadora de um complexo de relações das quais fazem parte Estados soberanos, pessoas jurídicas, o indivíduo, a própria Comunidade e todos os órgãos que dela fazem parte (LEAL *et al*, 2001).

Portanto, a autonomia do direito comunitário é premissa para que sua produção e aplicação se operem com a liberdade necessária para que possa responder à expectativas correlatas ao seu advento, na amplitude da dimensão que lhe reserva.

Segundo Franca Filho (2001), o Direito Comunitário cria uma organização institucional supranacional, exercendo verdadeiro Poder Constituinte. Do exame da evolução histórico-jurídica da integração européia, comprova-se uma forte tendência à criação de instituições supranacionais, com

o intuito de propiciar a aplicabilidade de um sistema jurídico-normativo distinto dos diversos Direitos nacionais. Ressalta-se que a arquitetura institucional criada tem por objetivo realizar as competências nacionais transferidas, pacticiamente, pelos Estados-membros, em favor da União Européia.

Outra marca distintiva do Direito Comunitário é a sua obrigatoriedade. A norma comunitária é dotada de imperatividade suficiente para se fazer impor aos Estados-membros, às próprias instituições comunitárias e às pessoas físicas e jurídicas submetidas à sua aplicação. Para garantir a necessária segurança jurídica, imprescindível ao desenvolvimento da Comunidade, o Direito Comunitário abriga inúmeras previsões de sanção para a hipótese de descumprimento de suas regras.

O Direito Comunitário se sobrepõe aos ordenamentos nacionais. O seu primado traduz a idéia de que suas normas têm preferência sobre as normas de Direito nacional, de forma que, havendo conflito, serão aquelas as aplicáveis. De acordo com Franca Filho (2002), a primazia do Direito Comunitário constitui um dos principais óbices à sua aceitação pelos cultores clássicos das noções de Soberania do Estado.

O Direito Comunitário é formado por normas dotadas de eficácia imediata, isto é, independem de procedimentos de recepção (incorporação) aos ordenamentos nacionais para a sua vigência no espaço jurisdicional integrado. O seu efeito direto diz respeito à possibilidade do sistema jurídico comunitário impor imediatamente por si mesmo, direitos e obrigações aos eurocidadãos e, por outro lado à legitimidade de qualquer pessoa reclamar a um juiz nacional a aplicação de normas comunitárias que julgar de seu interesse.

O sistema jurídico comunitário apresenta alguns instrumentos peculiares que visam à harmonização de sua interpretação e aplicação, caracterizando-se, assim, a sua uniformidade.

De acordo com Franca Filho (2002), da análise de todos os elementos individualizantes do Direito Comunitário, resta indubitosa a sua autonomia, embora a sua relação com os sistemas jurídicos originários dos Estados-membros permaneça estreita.

O Direito Comunitário não tem a vocação de substituir, com o passar do tempo, os ordenamentos jurídicos nacionais. A justaposição entre as ordens interna e comunitária é uma necessidade, até para proteger as identidades nacionais dos quinze países que compõem a União Européia. A respeito, Borchardt (1994), acrescenta:

“A ordem jurídica comunitária e as ordens jurídicas nacionais são, na verdade, interdependentes. (...) A ordem jurídica comunitária não tem condições para realizar, por si só, objetivos da Comunidade. Ao contrário das outras ordens jurídicas nacionais, não constitui um sistema auto-suficiente, pois depende dos sistemas nacionais para a sua aplicação”. (BORCHARDT, 1994, p. 56-57).

Por ser majoritariamente produzido por fontes exteriores aos Estados nacionais, o Direito Comunitário não pode ser concebido como qualquer outro ramo do Direito interno. Tampouco

comporta ser classificado como direito estrangeiro, porquanto, protegendo interesses nacionais e sendo dotado de imediata aplicabilidade, é também o Direito de cada uma das nações integradas (FRANCA FILHO, 2002).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo de sua história, países europeus enfrentaram desequilíbrios econômicos constantes e beligerância continuada em suas atividades mercantis, até que se convenceram de que a guerra de extermínio de uns em prol da sobrevivência de outros não era a melhor alternativa para se almejar um patamar civilizatório compatível com as potencialidades da inteligência humana. A criação do Mercado Comum Europeu pela instalação de Comunidades Econômicas que se juntaram num esforço de institucionalização conjunta de um espaço supranacional de direitos para a Europa Ocidental, a partir de 1948, inaugurou um estágio inovador nas relações jurídicas mundiais.

Em tempos em que o território do Estado PE substituído, impositivamente, pelo território de mercado, o grande desafio apresentado não é destinado apenas à União Europeia, mas a todas as manifestações institucionais de organização política e de promoção de interesse público. A “ditadura globalitária” – império dos conceitos abrangentes, como globalização, liberalização, desregulamentação, competitividade – conduz a um princípio unificador: mercado único e global, com consequências para a União Europeia e todos os SUS demais países.

O progresso assentado na vertente econômica demonstrou ser apenas a epiderme da construção europeia, e a afirmação da União como verdadeira potencia mundial depende de integração de outros conceitos e valores. É certo que os objetivos propostos nos últimos cinquenta anos foram, do ponto de vista geral, atingidos, e, em alguns casos específicos, chegaram a ser ultrapassados. O desenvolvimento econômico e social ocorrido desde as primeiras manifestações sólidas do unionismo é a prova do êxito. A paz e a segurança observadas chegam ao raio de percepção dos cidadãos, não como estatísticas alardeadas, mas na forma de inegável experiência.

7 REFERÊNCIAS

CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade europeia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo: Ltr, 2002.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. **Introdução ao Direito Comunitário**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

HABERMAS, J. O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização: o passado e o futuro da soberania e da cidadania. **Novos Estudos**, CEBRAP, nº 43, Nov/1995.

LAUREANO, Abel. **Regime jurídico fundamental da União Europeia Anotado** - Tratado institutivo da Comunidade Europeia anotado e Tratado de União Europeia. Lisboa: Quid Júris,

1997.

LEAL, Rosemiro Pereira *et al.* **Curso de Direito Econômico-Comunitário**. Porto Alegre: Síntese, 2001.

MAGNOLI, Demétrio. **União Européia: história e geopolítica**. 5ª ed. Reformada. São Paulo: Moderna, 1995.

MOTA DE CAMPOS, João. **Direito Comunitário: o ordenamento jurídico comunitário**. Vol 2. Lisboa: Calouste Gulberkian, 1994.

RAMOS, Rui Manuel Moura. **Das comunidades à união européia: estudos de direito comunitário**. Coimbra: Coimbra editora, 1994.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito Comunitário e da Integração**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

STELZER, Joana. **União Européia e Supranacionalidade: Desafio ou Realidade?** Curitiba: Juruá, 2000.

VASCONCELOS, Álvaro de (coord.). **Portugal no centro da Europa**. Lisboa: Quetal Editores, 1995.

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Honório Nichelatti Junior¹
Everaldo da Silva²

Recebido em: 19 nov. 2015

Aceito em: 15 dez. 2015

Resumo: O presente artigo apresenta uma pesquisa cujo objeto é a teoria garantista difundida por Luigi Ferrajoli, voltada especificamente ao que diz respeito à pena, e cujos objetivos estão centrados na demonstração dos direitos e garantias fundamentais alcançados em âmbito constitucional, como forma de limitação do poder punitivo. Isso porque a dissonância entre as funções declaradas da pena e a prática não condizem com um Estado Democrático de Direito. Assim, esta pesquisa tem a intenção de mostrar que o próprio Estado possui uma função declarada, que não procura proteger eficazmente os direitos consagrados, limitando-se a exercer uma função meramente simbólica diante da sociedade que busca uma resposta efetiva do Estado, sem qualquer sentido concreto. Realizou-se este estudo sob a base lógica do método indutivo e com técnicas de pesquisa bibliográfica, adotando-se, como elemento delimitador do tema, a análise histórica da pena e da teoria garantista. Concluiu-se que a pena deve trazer, em seu bojo, um sentido finalístico, dar um sentido à pena, não punir simplesmente por punir, e que a teoria garantista é uma forma de mostrar os verdadeiros sentidos da pena e uma maneira de limitar o poder estatal punitivo, não levando o descrédito ao Direito Penal moderno.

Palavras-chave: Direito penal. Estado democrático. Garantismo penal.

FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES

Abstract: This article presents a research whose object is the guaranteed theory, diffused by Ferrajoli Luigi, specifically regard to penalty, and whose objectives are centered in the statement of fundamental rights and guarantees reached in constitutional context, as a way of limiting punitive power. This is because of the dissonance between the functions declared and the practice match with a Democratic State of Law. Therefore, this study intends to show that the own State has a function declared, which does not seek to protect effectively the rights but merely exercising a symbolic role on society that looks for an effective response of the State, without any concrete sense. This study was carried out under the logical basis of the inductive method and bibliographic search techniques, adopting, as the enclosing element theme, historical analysis and guaranteed theory. It was concluded that the penalty must incorporate a final sense, to give a meaning to penalty, not punish just simply by punish, and that the guaranteed theory is a way of showing the true senses of penalty and a way to limit state power punitive, not bringing discredit to the modern Criminal Law.

Keywords: Criminal Law. Democratic state. Criminal Guaranteed.

¹ Mestre em Desenvolvimento Regional (FURB). E-mail: honorio.adv@terra.com.br

² Doutor em Sociologia Política (UFSC). E-mail: prof.evesilva@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O estudo apresentado neste artigo tem como objeto a pena sob o prisma da teoria garantista idealizada por Luigi Ferrajoli. Não se pretende esgotar o tema, mas tão-somente trazer uma reflexão acerca do instituto da pena, utilizando, para isso, uma teoria com aportes constitucionais garantistas. Para tanto, o trabalho se constitui de uma análise da teoria garantista e da pena, seja na sua formulação, seja na sua aplicação, desenvolvendo-se um esboço histórico do instituto da pena até os dias atuais e sua efetiva função declarada pelo sistema, que não está alcançando seus objetivos, haja vista sua total ineficácia. Nesse sentido, a teoria garantista surge como uma forma de legitimar o poder estatal punitivo, dando um real sentido à pena.

O objetivo geral está centrado na concepção da teoria do garantismo jurídico como forma de limitar o poder punitivo do Estado, por meio das garantias fundamentais do cidadão inseridas na Constituição Federal. Entre essas garantias, está a de se punir o delinquentes por meio de uma pena justa e com uma finalidade não apenas declarada, mas de forma efetiva para garantia da sociedade e do próprio infrator, pois as dissonâncias entre as funções declaradas da pena e sua efetiva e concreta função encontram-se muito divorciadas. Assim, pretende-se, sem nenhuma pretensão, mostrar que é possível a aplicação de uma pena apontando sua finalidade. Quanto à metodologia empregada, registra-se que se utilizou o método lógico indutivo, com técnicas de pesquisa bibliográficas, de categoria e de conceito operacional.

2 A TEORIA DO GARANTISMO PENAL: ABORDAGEM HISTÓRICA

De diferentes nuances são as fontes que contribuíram para a promoção do moderno Direito Penal. Essas fontes nasceram muito antes do iluminismo, já nas antigas concepções do indivíduo e da igualdade.

A transposição da Idade Média para a Idade Moderna, por meio de uma concepção do individualismo que remonta ao nascimento da religião cristã, foi fruto de expressivas transformações sociais e políticas causadas por um pensamento iluminista, o que resultou em uma nova visão do homem.

Até o final do século XV, o mundo era definido com base em perspectivas teleológicas, ou seja, Deus era o centro de tudo, e a cultura, devota à divindade, cuja existência era tida como intocável e indiscutível. O absolutismo e o seu correspondente Direito Penal despencavam diante do avanço da sociedade e de sua modernidade, sendo que as penas corporais eram bastante arraigadas no senso comum do povo e, por tal razão, sua desvinculação do delito e da pena era difícil de ocorrer. Ferrajoli (2002, p. 35) ensina que

O modelo de direito e de processo penal que surge desta variegada tradição configura-se também, antes de como um conjunto de técnicas normativas e de práticas processuais,

principalmente como uma epistemologia penal específica. E esta epistemologia – que chamarei inquisitiva ou, mais genericamente, antigarantista – pode ser caracterizada, por sua vez, conforme dois aspectos ou elementos simetricamente opostos aos dois requisitos, acima ilustrados, da epistemologia garantista e, como eles, relativos um à definição normativa e o outro à comprovação judicial do desvio penal.

Cerqueira (2002, p. 33-34), por sua vez, assevera que,

Dentre os fenômenos rutilantes ocorridos entre os séculos XIII e XVII, e que contribuíram para a consolidação da idéia do indivíduo igual a todos os demais, acha-se o cisma ocorrido na Igreja Católica, intitulada Reforma [...], do qual se originou a noção de que Deus não se acha nas alturas e, portanto, ‘fora-do-mundo’, mas, ao contrário, ‘dentro-do-mundo’ ou no ‘mundo’.

A atitude mencionada por Cerqueira (2002) ocasionou um abandono da ideia meramente de contemplação da natureza por uma outra de investigação dos fenômenos da natureza, o que levou a descobertas científicas que permitiram, por um lado, o início da libertação dos dogmas da fé e, por outro, o distanciamento dos velhos modelos de ciência medieval.

Nesse momento histórico, Descartes fundou o pensamento racionalista, o qual, mais tarde, foi contemplado por Hobbes e Rousseau por meio de suas teorias contratualistas e do nascimento da sociedade e da organização do Estado. “Justificaram-no mediante a ficção do pacto social no qual o homem, em remotas eras, abriu mão da parte de sua liberdade, que era plena, em troca de organização da vida em grupo” (CERQUEIRA, 2002, p. 34).

A teoria contratualista pregou a constituição de um processo de civilização por meio do pacto social. Nesse contexto, os indivíduos, na constância da insegurança de seus bens jurídicos (vida, patrimônio e liberdade), se viram obrigados a ceder parte desses direitos a um ente abstrato, chamado de Estado. O Estado, por sua vez, garantiria a manutenção de tais bens em detrimento de certas liberdades (aqui em sentido amplo) de cada indivíduo. Diante disso, com base no pacto social, o Estado não poderia criminalizar todas as ações e ideias, ao bel prazer dos soberanos, devendo penalizar apenas as condutas que realmente pudessem causar um dano a um bem jurídico a ele pertencente, previamente ajustado pelo pacto, sob pena de rompimento. Vislumbram-se aí ideais garantistas.

O iluminismo provocou o nascimento do direito penal moderno, sendo que a compreensão das anteriores justificativas da punição engrandece ainda mais a importância do movimento da ilustração para o Direito Penal, nomeadamente pela instauração da noção de bem jurídico penal, eficiente instrumental dogmático de contenção da punição.

Em trabalho desenvolvido acerca do bem jurídico, Pelarin (2002, p. 35) expõe que

assim, o fundamento, a justificação, para a imposição da pena, principalmente sob o argumento teológico, residia na chamada (hoje) teoria da retribuição. O sentido da pena era a compensação, ou seja, para o mal do crime, o mal da pena. Não se indagava o limite de sua aplicação, que servia à expiação.

Assim, com esse moderno Direito Penal, se buscou a codificação das leis penais, sedimentando as conquistas iluministas dos direitos e garantias individuais, como elementares de garantia individual e segurança social, por meio da criação do Estado de direito, correspondente a uma ideia de racionalidade, certeza e legitimidade da intervenção punitiva do Estado. Dessa forma, esse humanismo das leis passou a constituir uma das sustentações do Direito Penal que tem no homem racional sua figura central, voltada para a proteção do indivíduo ante a possibilidade de vingança pessoal e da aplicação compulsória das penas corporais, violentas e desproporcionais ao injusto praticado.

Tais postulados ou princípios encontram-se inseridos em grande parte das Constituições dos Estados, elevados como direitos humanos universalmente reconhecidos e consagrados, estabelecendo plataformas mínimas sobre as quais se sustenta o moderno Direito Penal – os princípios da legalidade, da intervenção mínima, da lesividade, da humanidade e da culpabilidade –, os quais são a base da teoria garantista penal hoje conhecida.

2.1 AS RAZÕES DO GARANTISMO

Conforme anteriormente exposto, o iluminismo é a base mais sólida da teoria garantista penal. Nesse sentido, os direitos individuais foram erigidos a direitos supremos das nações desenvolvidas, inseridos pela teoria do garantismo jurídico idealizado por Luigi Ferrajoli (2002) para o Direito Penal. A contextualização do caráter garantista surge como um sistema jurídico para controlar o *jus persecuendi* e o *jus puniendi* do Estado. O sistema garantista desenvolve conceitos, fundamentos teóricos para extrair do sistema efetividade dos direitos fundamentais por meio de elementos normativos; busca uma nova Teoria do Direito e uma nova filosofia jurídica e nova filosofia política.

O garantismo pressupõe uma normatização adequada à proteção dos direitos fundamentais, levando em consideração a lei do seu ponto de vista material. Conforme Ferrajoli (2002, p. 766), o garantismo

Designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’, próprio do Estado de direito, que, sob o plano epistemológico, se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

A nova teoria jurídica do Direito e crítica do Direito é, ao mesmo tempo, analítica ou descritiva ou teoria prescritiva, ou seja, um engajamento axiológico que tem por finalidade um questionamento permanente sobre os pontos de vista paradigmáticos de um Direito estanque e pouco reformulador. Isso significa dizer que o Direito existe para realizar a Justiça. A respeito, Carvalho e Carvalho (2002, p. 23) sintetizam que

pertinente proposta da teoria garantista nega os princípios do positivismo dogmático dedicados a uma visão meramente contemplativa dos ordenamentos jurídicos, viciados por uma absoluta incapacidade de responder às demandas das sociedades contemporâneas (complexas e, em nosso caso, marginalizadas).

Assim, pode-se dizer que a teoria do garantismo jurídico é um sistema que apresenta uma série de parâmetros legitimadores para tutelar efetivamente os direitos fundamentais dos cidadãos. Apresenta, também, um padrão de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva do Estado de Direito. O garantismo visa proteger a liberdade do cidadão, como direito fundamental primário, do seu ponto de vista substancial/material, em contraposição ao Estado, por meio de um sistema jurídico para controlar o *jus puniendi* deste, segundo o qual, nem mesmo por maioria, se podem violar ou negar os direitos fundamentais do indivíduo. A teoria garantista elege direitos inalienáveis e protegidos constitucionalmente, devendo o ordenamento infraconstitucional ser analisado em sua validade em detrimento dos direitos dos indivíduos proclamados na Constituição.

O garantismo jurídico, como visto, consiste na tutela de todos os direitos fundamentais do indivíduo estabelecidos no ordenamento constitucional vigente, os quais representam o alicerce do Estado Democrático de Direito, ou seja, a base da democracia material (ROSA, 2003). Logo, a democracia garantista consiste no Estado munido de direitos liberais e sociais, como é o caso do Brasil, apesar de que previstos na Carta Maior, na esmagadora maioria das vezes, são sonogados. Com efeito, os direitos individuais e sociais são elementos limitadores da ação punitiva do Estado, e o grau de garantia desses direitos constitui o parâmetro para auferir o grau de democracia do Estado, deixando a Constituição de ter uma concepção meramente formal para adquirir contornos materiais e buscando resgatar seu próprio teor formador.

2.2 GARANTIAS E O PODER JUDICIÁRIO

O juiz do século XXI não pode mais ficar atrelado aos estritos limites da lei, como verdadeiro escravo do dogma. Sua função é dar a cada um aquilo que expressa, efetivamente, a realização da justiça entre os homens, independentemente de se cumprir a lei. O juiz do século pode e deve enfrentar a lei, quando em desacordo com os postulados constitucionais relativos aos direitos fundamentais e a principiologia, tratando o réu como um ser humano.

As pregações da teoria garantista penal, até pouco tempo, eram de difícil aceitação pelos operadores jurídicos, pois a formação trazida desde a academia ainda é, com raras exceções, eminentemente dogmático-legalista, ou seja, o que diz a lei deve ser aplicado, mesmo que afronte princípios constitucionais, os quais, na visão dos atores jurídicos legalistas, são de difícil concretização, posto que não positivados no ordenamento.

Segundo Rosa (2005), conquanto nenhum ator jurídico duvide da superioridade da Constituição sobre as demais normas, sua ineficácia é visível, visto que há certo constrangimento em não saber

lidar com princípios, quando em confronto com regras. É imprescindível, no entanto, abandonar visão puramente programática ou informadora de suas proposições, e reconhecer a eficácia cogente e absoluta dos princípios. Ainda conforme Rosa (2005, p. 60, grifo no original),

Com essa operacionalidade instrumental, o ordenamento jurídico pode ser revisitado, procedendo-se juízos de *validade* - na concepção *garantista* - sobre o conteúdo das regras infraconstitucionais, aferindo-se, assim, a sua constitucionalidade material, em face dos *princípios*, abandonando-se a percepção ultrapassada de que os *princípios* não possuem força cogente. Aproveita-se a divisão entre regras e princípios, admitindo-se, em ambas as espécies, a possibilidade de tensões, resolvidas pelo juízo de preponderância, em face do caso sob análise.

Rosa (2005) igualmente assevera que a aplicação de princípios constitucional não é tarefa das mais fáceis, haja vista a ausência de operacionalidade na prática forense, e que os atores jurídicos não estão habituados a lidar com princípios, exigindo para o seu atuar o recurso imediato à regra jurídica. Entretanto, necessário se faz compreender que o sistema jurídico constitucional brasileiro é normativo aberto, constituído por regras e princípios, visto que apresenta um sistema dinâmico de normas, e é aberto, pois possui uma estrutura dialógica.

No paradigma garantista, todavia, compete especificamente ao magistrado renunciar à mera função de repetição da lei. Dito de outro modo, o magistrado, como os demais atores jurídicos, assume posição diversa, passando a tutelar não somente a formalidade, mas também (e principalmente) o conteúdo constitucional, fazendo a devida oxigenação constitucional, levando-se em conta os aspectos das garantias individuais, a criminologia e bases sólidas de política criminal.

Sendo assim, o modelo garantista exige um juiz comprometido com as garantias individuais constitucionalmente consagradas afinadas com um Estado Democrático de Direito, deixando de lado uma análise apenas formal da lei, sem qualquer vínculo valorativo.

Portanto, cabe ao ator jurídico aplicar a teoria garantista despregando-se da mera dogmática, erigindo os princípios constitucionais e os direitos fundamentais como a pilastra mestra de todo modelo interpretativo do sistema jurídico, tanto que já se constatam algumas decisões dos pretórios brasileiros fundamentadas na visão garantista.

3 DAS PENAS: ABORDAGEM HISTÓRICA

Na era primitiva, o homem acreditava que seres sobrenaturais castigavam ou recompensavam o indivíduo de acordo com seu comportamento, que os objetos eram cultuados de maneira acentuada e unânime e que esses objetos eram uma forma de divindade suprema. Também havia a crença de que a pena possuía um caráter eminentemente sacral.

Nessa fase da história, conforme assevera Schecaira e Correa Júnior (1995, p. 18), “duas espécies de penas eram conhecidas: a perda da paz e a vingança do sangue. A primeira constituía-se

em banimento, e a segunda, utilizada mormente para estrangeiros, era o pagamento da dívida para com os deuses através da pena de morte”. Martins (1999, p. 21), por sua vez, elucida que

Nos primórdios, a punição por um crime restringia-se à **vingança privada**. Vigia a lei dos mais fortes, do que detinha maior poder, que não encontrava limites para o alcance ou forma de execução da reprimenda que entendia em aplicar, aí incluída a morte, a escravidão, o banimento, quando não atingia toda a família do infrator.

A concretização do ideal iluminista no âmbito penal aconteceu por meio da Escola Clássica, época em que surgiram os primeiros códigos penais, com a garantia formal de direitos individuais. Na escola clássica, defendida por Carrara e Feuerbach, entre outros, o delincente era ignorado, voltando-se a atenção puramente ao crime. A principal ideia defendida por essa escola foi a afirmação do livre arbítrio, que consiste na liberdade do indivíduo que goza de direitos e no respeito do Estado a esses direitos. É a chamada teoria do contratualismo, segundo a qual o indivíduo cede parte de seus direitos, mas o Estado deve proteger o indivíduo.

Zaffaroni et al (2003, p. 524), ao tratar do classicista Johann Paul Anselm Ritter von Feuerbach, afirma o seguinte:

O ser humano, fazendo uso de sua razão, pode reconhecer qual é seu dever moral, assim como qual é o limite de seu direito para agir de modo diverso desse dever, pois do contrário tende a não perceber com clareza a diferença entre a moral e o direito.

A Escola Clássica vê a pena como um mal imposto ao indivíduo o qual que merece um castigo em razão de uma falta que, cometida voluntária e conscientemente, é considerada crime. A Escola Clássica contribuiu sobremaneira para a ciência penal. A ela deve-se, aliás, o próprio aparecimento da ciência penal como tal. A escola se preocupou com as garantias individuais e com a arbitrariedade do Estado. O delito era considerado um ente puramente jurídico, não natural. Daí as críticas a essa escola, pois seu método racionalista e abstrato não cuidava do homem em si, do delincente real e da origem do delito. Entretanto, não se pode negar que a origem do Direito Penal reside em suas raízes.

No Brasil, a partir do seu descobrimento, em 1500, a trajetória do Direito Penal não foi diferente da maioria dos países ocidentais, até porque, durante o Brasil Colônia, vigiam, no país, as Ordenações Afonsinas inseridas por Portugal. Posteriormente (1514-1603), foram as Ordenações Manuelinas e, a partir de 1603, as Ordenações Filipinas, sendo que todas essas Ordenações seguiam os ditames cruéis e desumanos previstos em quase toda a Europa.

Com a independência do Brasil do Império Português, em 1830, surgiu o Código Criminal, cuja mais usual punição aos delincentes era a pena de prisão, apesar de ainda prever a pena de morte (insurreição de escravos, homicídio agravado e latrocínio). Salienta-se que o elenco de penas continuava grande, incluindo o degredo, as galés, o banimento e a multa.

Já na República, foi criado o Código Penal, em 1890, que, em seu artigo 41, proibia as penas

infamantes e a pena privativa de liberdade não poderia exceder a 30 anos. Ato posterior, tendo em vista as inúmeras leis penais, em 1940, na era Vargas, foi promulgado o Código Penal, vigente até hoje. Sua parte geral foi modificada em 1984, caracterizando-se pelo tecnicismo jurídico e pelo desprezo à criminologia.

Hoje, apesar de se estar muito longe de uma pena justa, eficaz e necessária, se caminha para um abrandamento das reprimendas penais, como, por exemplo, a renovação da parte geral do Código Penal ocorrida em 1984, o surgimento das penas alternativas e o juizado especial criminal.

Assim, após tantas injustiças e abusos cometidos pelo Estado e em razão de uma corrente minimalista e humanitária do Direito Penal, a pena, ainda que de forma comedida, está sendo vista de uma forma mais lógica.

No decorrer da história, várias foram as justificativas dadas, para fundamentar ou, até mesmo, legitimar a pena. Duas teorias resumem a tentativa de fundamentar e legitimar uma finalidade à pena: a teoria absoluta ou retributiva e a teoria relativa ou prevencionista. Ainda surgiu uma terceira teoria que seria um misto entre as duas primeiras.

A primeira e mais antiga finalidade atribuída à pena, com base no idealismo, na religião e na escola clássica do direito, atribui à pena um caráter retributivo. (AZEVEDO, 2005). Também conhecida como teoria absoluta, a teoria retributiva tem como fundamento exclusivo a moral e a ética. A pena possui um caráter justo por si só, e sua aplicação se dá sem qualquer juízo de valor acerca de sua validade ou utilidade. A pena tem um caráter meramente retributivo, conforme pregado na lei de Talião.

Ao contrário da teoria absoluta ou retributiva, baseada no mero revide do mal pelo mal, na teoria prevencionista ou relativa, a punição visa à prevenção como meio de segurança social. A pena deixa de ser simples retribuição e passa a ser um instrumento útil, capaz de evitar o delito pelo temor que carrega consigo. A pena é preconizada como uma medida prática a fim de impedir a prática do delito, razão pela qual a pena deixa de ser um fim em si mesma, passando a ser vista com algo instrumental, real.

Destarte, pode-se dividir essa teoria em duas, cada qual considerando um dos aspectos da prevenção do crime, quais seja, a teoria da prevenção geral e a da prevenção especial, sendo que esta busca a intimidação do delinquente e sua reeducação, enquanto que aquela visa à inibição que a pena causa sobre os indivíduos enquanto em coletividade.

A teoria mista ou eclética, por sua vez, visa unir os critérios retributivo e preventivo, unificando-os com a finalidade da pena e, de certa forma, aumentando o campo de incidência do Direito Penal. Essa corrente tenda destacar das teorias retributiva e prevencionista seus aspectos críticos, aceitando a retribuição e princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção penal. A teoria mista tem um duplo fundamento da pena: “a retribuição, manifestada através

do castigo; e a prevenção, manifestada como instrumento de defesa da sociedade”. (FERREIRA, 1995, p. 29).

A teoria Dialética Unificadora, formulada por Claus Roxin, talvez o maior penalista vivo da atualidade, unge as teorias anteriormente expostas de uma forma diferenciada, evitando incidir nos mesmos erros das citadas teorias. Para Roxin, citado por Hireche (2004), a pena possui uma acepção utilitarista, o que significa dizer que a pena deve possuir finalidades, devendo ser analisada em cada momento diferente (cominação, aplicação e execução) com suas particularidades. (HIRECHE, 2004).

Segundo o Roxin, citado por Hireche (2004, p. 76-77),

No Estado Moderno, junto a esta proteção de bens jurídicos previamente dados, surge a necessidade de assegurar, se necessário, através dos meios do direito penal, o cumprimento das prestações de caráter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social por parte do Estado. Com esta dupla função, o direito penal realiza uma das mais importantes das numerosas tarefas do Estado, na medida em que apenas a proteção dos bens jurídicos constitutivos da sociedade e a garantia das prestações públicas necessárias para a assistência possibilitam ao cidadão o livre desenvolvimento da sua personalidade, que a nossa Constituição considera como pressuposto de uma condição.

Hireche (2004) elucida que, para Roxin o Direito Penal é subsidiário, devendo intervir em situações extremas (*ultima ratio*) de controle social, donde nascem as condições de limitação do poder punitivo do Estado.

Claus Roxin busca uma justificativa razoável da pena, tanto que, ao considerar a ameaça de pena, entende que deve haver uma preocupação utilitarista, de prevenção geral (com limites), subsidiária e com dupla finalidade: proteção de bens jurídicos relevantes e à prestação dos cidadãos (HIRECHE, 2004). Além disso, Roxin cria uma limitação ao direito de punir estatal, onde a pena estaria limitada pela culpabilidade com um papel garantidor, a fim de se evitar abusos em nome do Estado.

Gomes (2001), ao comentar sobre a limitação da pena sobre o prisma da culpabilidade, afirma o seguinte:

Nessa perspectiva de fator graduativo da pena a culpabilidade está vinculada com o que se denomina (impropriamente) de dupla posição do dolo e da culpa dentro da teoria do fato punível. Da mesma forma que a negligência não se esgota na violação não dolosa de um dever objetivo de cuidado, também o dolo não se reduz ao conhecimento e vontade de realização do tipo de ilícito objetivo; antes, num caso como no outro, a estes elementos acresce uma autônoma atitude interior, um específico *Gesinnung* pessoal, que não podem ser retirados à culpabilidade. No dolo está em causa o elemento que torna o conhecimento e vontade de realização do tipo de ilícito objetivo em expressão, documentada no fato, de uma atitude pessoal contrária ou indiferente à violação do bem jurídico protegido; na negligência, está em causa o elemento que torna a inobservância não dolosa do dever objetivo de cuidado em expressão, documentada no fato, de uma atitude pessoal descuidada ou leviana face à violação do bem jurídico protegido.

Em resumo, a teoria unificadora acolhe a retribuição e o princípio da culpabilidade como

critérios limitadores da intervenção da pena. Acerca de tal limitação, pondera Roxin:

Daqui se retira para a justificação da pena que, embora se possa imputar a sua existência à pessoa do delinquent, este estará obrigado em atenção à comunidade, a suportar a pena. Tal é justo e legítimo, não porque aquele tenha que suportar que outros lhe inflijam um mal devido a um imperativo categórico, mas porque, como membro da comunidade, tem de responder pelos seus actos na medida da sua culpa, para a salvaguarda da ordem dessa comunidade. Deste modo, não é utilizado com meio para os fins dos outros, mas, ao co-assumir a responsabilidade pelo destino, confirma-se a sua posição de cidadão com igualdade de direitos e obrigações. Quem não quiser tal aceitar com justificação da pena, terá de negar a existência de valores públicos e, com eles, o sentido e missão do Estado (HIRECHE, 2004, p. 80-81).

Como visto, toda a teoria roxiana, no que diz respeito à justificativa da pena, estabelece um direito penal subsidiário, com uma perspectiva de prevenção geral e especial limitadas na culpabilidade do delinquent e na fase de execução, defendendo uma idéia de reinserção social, limitando o poder punitivo estatal (HIRECH, 2004). Nas próprias palavras de Claus Roxin, [...] “se quiséssemos consagrar numa só frase o sentido e limites do direito penal, poderíamos caracterizar a sua missão como protecção de serviços estatais, mediante prevenção geral e especial, que salvaguarda a personalidade no quadro traçado pela medida da culpa individual” (HIRECH, 2004, p. 84).

4 A PENA E A TEORIA GARANTISTA: O GARANTISMO E O DIREITO PENAL

MÍNIMO

Conforme dito inicialmente, a teoria garantista teve seu nascimento no Direito Penal, na busca de um resgate e valorização da Constituição, tendo sua base nas tendências iluministas, derrubando o Direito Penal clássico.

O Direito Penal, em toda a sua história, foi usado pelo Estado como instrumento de controle social, sem nenhuma análise de sua efetiva eficácia junto à sociedade. Nesse passo, o minimalismo penal é uma corrente sustentada pioneiramente por Ferrajoli e Baratta, que se baseia na maximização do sistema de garantias legais, colocando os direitos fundamentais como limite do poder punitivo penal do Estado. Prega-se a redução da intervenção penal, procurando-se penalizar somente as condutas mais danosas à sociedade (ELBERT, 2003).

Enfoca-se o princípio da subsidiariedade, ou seja, o Direito Penal somente deve intervir em casos que os demais ramos do direito não são suficientes para solucionar o problema social em evidência.

Os partidários da intervenção mínima e fragmentária do Direito Penal, que possui suas raízes na teoria garantista, propõe a redução de sua incidência e, em contrapartida, as políticas destinadas ao engrandecimento do estado social e garantias fundamentais do cidadão devem obrigatoriamente serem observadas. Como se vê, o minimalismo penal e a teoria garantista estão intimamente ligados,

pois quanto mais evidenciado o Direito Penal mínimo de um Estado, mais garantias individuais e fundamentais do cidadão serão respeitadas.

Esse tipo de modelo de política criminal é o que se apresenta mais próximo de um Estado Democrático de Direito garantir os direitos individuais, sendo que a intervenção do Estado somente terá fundamento e legitimidade se respeitar as garantias constitucionais individuais e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana.

O ideal minimalista centra-se num Direito Penal democrático e de garantias, com um Estado máximo em detrimento de um Direito Penal mínimo com o menor sofrimento possível ao delincente.

A pena, no Direito Penal minimalista deve ser a menor possível e menos traumática ao cidadão desviado, pois, aliás, a pena não representa somente o rumo do Direito Penal, porquanto demonstra a própria natureza do Estado. O juízo penal e a própria pena protegem os indivíduos contra a vingança de outros indivíduos e do próprio Estado.

No que se refere à teoria garantista, o Direito Penal e a pena estão intimamente ligados naturalmente. O ilícito penal, por sua vez, deve, no Estado garantista e minimalista, estar ligado à sanção (leia-se pena) de forma qualitativa e quantitativa. Para Carvalho (2003, p. 19),

A teoria garantista penal, antes de mais nada, propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a ‘defesa sócia’ acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumento prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.

Entre os argumentos expostos até aqui, no que se refere à pena propriamente dita, Ferrajoli em sua incontestável obra, como consequência do Direito Penal mínimo, fala em princípio da pena mínima necessária e o respeito à pessoa:

Pode-se talvez distinguir, em termos aproximados, três fases no desenvolvimento histórico das penas: a das penas *informais*, marcada pelo caráter casual, relativamente espontâneo, não regrado e, sobretudo, privado da intervenção punitiva; a das penas *naturais*, caracterizada pela busca, ainda que ilusória, de um nexos natural ou substancial entre pena e delito; e das penas *convencionais*, baseada no reconhecimento do caráter exclusivamente jurídico da relação entre o tipo e o grau das penas e o tipo e o grau do delito. Cada uma destas fases corresponde, em linhas gerais, à afirmação de um princípio penal garantista e de uma conseguinte limitação do arbítrio punitivo. Assim, as penas que chamei de “naturais” supõem, em relação às “informais”, a aceitação do princípio da retributividade expressado no nosso primeiro axioma *nulla poena sine crimine* e indubitavelmente satisfeito pelo critério do Talião. As penas “convencionais”, por sua vez, afirmam-se simultaneamente ao princípio da legalidade das penas expressadas na tese T11 *nulla poena sine lege*, indispensável para a estipulação e graduação normativa de qualidade e quantidade das penas. Por fim, a formalização legal da pena constitui um pressuposto essencial também para sua minimização, conforme o critério, utilitarista e humanitário, expressado pela tese R12 *nulla poena sine necessitate*. (TORRES, 2005).

4.1 A FUNÇÃO SIMBÓLICA DO DIREITO PENAL

A evolução crítica contra os sistemas penais opressores entrou, atualmente, em franca contradição com os postulados de segurança e controle de sociedade global, cruel e irracional. As autoridades buscam dar resposta imediata aos anseios da sociedade e criam leis penais com efeitos meramente simbólicos, sem nenhuma análise da causa do problema social, que não solucionam os sucessivos entraves acumulados no interior deste sistema, mantendo-se um discurso meramente simbólico e imediatista.

Todas as virtudes e garantias até agora constituídos na história do Direito Penal, apesar de ainda estarem muito longe do ideal, estão sendo corroídos pelo chamado Direito Penal moderno carregado de inconsistência.

Em razão da função meramente simbólica do Direito Penal, na grande maioria dos casos práticos, direitos e garantias fundamentais são relegadas ao bel prazer do Estado.

Sabe-se que o clamor público postula o recurso do Direito Penal, como forma de proteção, mas não é essa a missão que lhe compete, pois obedecer a tal orientação seria a aproximação (que já vem ocorrendo) de um Direito Penal meramente simbólico.

A legislação fabricada à medida dos acontecimentos, estabelecendo penas, muitas vezes rigorosas e desproporcionais, para as condutas ao bel prazer do clamor público, não leva à igualdade, mas a uma nova forma de distorção já identificada como o fenômeno da neocriminalização que de fato está ocorrendo na sociedade moderna (BUSATO; HUAPAVA, 2003).

Evidentemente que o Direito Penal carece de legitimidade, pois, de forma imediata, manipula o medo ao delito e à insegurança, reagindo com rigor extremo, desnecessário e desproporcional, desacreditando o próprio sistema penal, em razão de sua ineficiência.

Diante disso, essa forma de entender o jogo de poder e sua relação com o processo penal aparecem camuflados pelo perigoso discurso social de que algo precisa ser feito urgentemente, extremamente propenso a transformar o sistema repressivo como um todo em um instrumento político promocional e de efeitos colaterais devastadores.

Nessa concepção emergencial e simbólica, a técnica inquisitiva representará um significativo aumento do papel policial na construção do sistema repressivo, onde aparecerá, não raras vezes, com supremacia perante a própria atividade jurisdicional, onde a proteção das garantias e direitos fundamentais passa a ser relegada a um segundo plano, afrontando o modelo político do Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, a fixação das missões do Direito Penal deve manter e guiar-se sempre dentro dos princípios do Direito Penal mínimo e da fragmentariedade.

4.2 A LIMITAÇÃO DO PODER PUNITIVO

O século XX conclui-se marcado por duras e profundas críticas dirigidas ao sistema penal, especialmente nessas últimas três décadas. A crise das teorias ressocializadoras e os problemas dos sistemas penais deram lugar a múltiplos e profundos debates e grande parte da doutrina penal, sociológica e criminológica concluíram manifestando sua insatisfação pelo funcionamento dos sistemas penais e principalmente da pena.

É cediço que a função do Direito Penal é assegurar ao indivíduo que o fato praticado por ele e que lhe foi imputado se subsume ou não a determinado modelo descrito na lei. Todavia, a sanção imposta a esse indivíduo tem limitações.

Observa Lima (2002) que “o processo penal moderno tem uma função nitidamente garantista, pois assegura ao acusado todos os direitos previstos na Constituição, eliminando-se, dessa forma, o processo punitivo exclusivista de nosso ordenamento jurídico”.

Em razão dessa impossibilidade de um Estado opressor e tirânico, sendo o Direito Penal sua principal forma de manifestação desses adjetivos, buscando-se punir todos os atos que entender conveniente, a teoria garantista elabora um Direito Penal legitimado pela sua capacidade de tutelar primordialmente valores ou direitos fundamentais do cidadão.

Para a teoria garantista, essa construção ou prevenção dos direitos fundamentais, supera as limitações morais e naturalistas do retribucionismo penal, em que as penas passam a ter duas finalidades, que são o máximo bem-estar social dos não-desviados e o mínimo mal-estar dos desviados, limitando-se, dessa forma, o poder punitivo do Estado. Por sua vez, Zaffaroni (2003, p.108) afirma que “um conceito negativo ou agnóstico de pena significa reduzi-la a um mero ato de poder que só tem explicação política”.

O Direito Penal baseado na teoria negativa do poder punitivo e de pena, como já mencionado, fica adstrito aos direitos fundamentais do cidadão, sem reduzir a função de segurança jurídica proposta pelo Estado.

O modelo garantista, negando as teorias da pena, estabelece critérios de limitação do poder penal exercido pelo Estado. Eis que a pena é um ato político e que o direito, como limite da política, deve estabelecer freios à sanção.

Percebe-se que a concepção tradicional do delito e do criminoso sob o prisma da reação social é a expressão de uma minoria desviada dos demais membros da sociedade. Isso quer dizer que o delito é a uma exceção na sociedade e delinquente é um ser diferente dos demais.

Dito isto, a teoria garantista busca um modelo de mitigação das penas, buscando uma forma utilitária da pena. Segundo Carvalho (2003, p. 148),

este aforisma é centrado na redução quantitativa e qualitativa da dor aos que cometeram

crimes. Assim, estrutura a finalidade do modelo utilitarista do garantismo através da expressão máxima felicidade possível para a maioria não desviante e mínima sofrimento necessário para a minoria desviante.

A teoria garantista prevê o limite do poder punitivo e apresenta-se como guardiã do direito do delinquente em não ser punido, de forma razoável, pelo Estado, redimensionando à função do direito e do processo penal, não mais direcionado exclusivamente para a tutela social, mas para garantir e proteger a pessoa que se encontra em situação de violência privada.

Contudo, Ferrajoli (2003, p.150) atesta que “garantias penais e processuais, de fato, não são mais do que técnicas que têm por objetivo minimizar a violência e o poder punitivo; isto é, reduzir ao máximo a previsão dos crimes, o arbítrio dos juízes e o tormento das penas”. Nesse mesmo sentido, cumpre destacar Carvalho (2003, p.150):

Prevenção dos delitos e prevenção dos castigos conformaria o modelo garantista do direito penal como negação da guerra e proteção do mais fraco. A centralidade da pessoa em seus direitos fundamentais é recuperada pela dupla função penalógica, legitimando sua necessidade política e os critérios de limitação dos delitos e dos castigos.

Prossegue o renomado autor: “a pena, portanto, seria um instrumento político de negação da vingança; um limite ao poder punitivo; o mal menor em relação às possibilidades vindicativas que se produziriam na sua existência”. (CARVALHO, 2003, p. 150).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo investigar a questão da pena no sistema punitivo do Estado e a teoria garantista como forma de limitar esse Poder. A partir do vasto estudo doutrinário, pôde-se constatar que os direitos fundamentais cumprem importante papel garantidor do poder punitivo do Estado. A teoria garantista, com raízes iluministas, surgiu como forma de limitar a atuação estatal e, conseqüentemente, o poder punitivo do Estado que, não raras vezes, utiliza-se de processo penal apenas *pro forma*, enquanto que deveria ser usado como efetivo instrumento de garantias do indivíduo contra as arbitrariedades do Estado.

A teoria garantista sustenta primordialmente por Luigi Ferrajoli quebrou dogmas até então estabelecidos, contextualizando os direitos individuais a bens supremos e intangíveis, inclusive pelo próprio Estado, apresentando uma série de parâmetros legitimadores para tutelar efetivamente os direitos fundamentais do cidadão, apresentando um padrão da racionalidade da intervenção punitiva do Estado de Direito.

O garantismo busca trazer uma finalidade para a pena, pois as funções declaradas da pena se corroem e perdem sua legitimidade, com exceção da teoria Dialética Unificadora apresentada no Direito Penal Moderno por Claus Roxin, mediante seus próprios meios e finalidades.

O Estado tem o poder/dever de punir, só que esse poder, deve ser o menor e menos traumático possível e deve ter como limite os direitos individuais, pois o foco central do sistema passa a ser o homem. Além disso, não obstante os reclames sociais, o Direito Penal possui uma função fragmentária e subsidiária, devendo atuar somente onde os demais ramos do direito, não tenham contido o conflito social.

Diante desse aspecto, o instituto da pena merece uma profunda reflexão, no sentido de que sua finalidade deve ser efetivada pelo Estado no ponto de vista concreto, não apenas na função simbólica que atualmente desenvolve, relegando ao Direito Penal uma profunda crise de legitimidade.

Nesse cenário, o juiz tem um papel fundamental, pois, ao julgar o caso concreto, em respeito aos ditames garantidores dos direitos individuais, deve romper a barreira dos dogmas até então estabelecidos pelos operadores jurídicos e decidir de acordo com os bens supremos, aplicando a pena justa, proporcional e menos gravosa ao indivíduo.

Diante do exposto, é possível concluir que a teoria garantista é um ideal a ser propagado em todos os agentes do sistema penal e que a pena deve possuir um sentido e uma finalidade para ser aplicada, sob pena de se tornar injusta, desproporcional e deslegitimadora da atuação estatal.

6 REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Mônica Louise de. **Penas alternativas à prisão**: os substitutivos penais no sistema penal brasileiro. Curitiba: Juruá, 2005.

BUSATO, Paulo César; HUAPAVA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CERQUEIRA, Atílio Antonio. **Direito penal garantista e a nova criminalidade**. Curitiba: Juruá, 2002.

ELBERT, Carlos Alberto. **Manual básico de criminologia**. Trad. Ney Fayet Júnior. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. por Ana Paula Zomer et al. com a colaboração de Alice Bianchini et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

HIRECHE, Gamil Foppel el. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LIMA, Wanderson Marcello Moreira de. O processo penal à luz do Estado Democrático de Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2749>>. Acesso em: 20 jun. 2010.

PELARIM, Evandro. **Bem jurídico-penal**: um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

ROSA, Alexandre Moraes da. Garantismo Jurídico e controle de constitucionalidade material. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROSA, Alexandre Moraes da. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003.

ROSA, Alexandre Moraes da. Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material. Florianópolis: Habitus, 2002.

SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA, Alceu Jr.. **Pena e Constituição**: aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

TORRES, Douglas Dias. O Direito Penal na Atualidade. **DireitoNet**, São Paulo, 08 fev. 2001. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/33/33/333/>>. Acesso em: 17 jun. 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. Vol. 1.

O ESTADO DE DIREITO GARANTISTA

Rodrigo Fernando Novelli¹

Recebido em: 02 dez. 2015

Aceito em: 10 dez. 2015

Resumo: O presente artigo pretende abordar os conceitos operacionais das categorias estado, direito e garantismo e ao final proporcionar uma conclusão se o Estado brasileiro pode ser ou não considerado como um Estado garantista. Para tanto, utilizou-se do método indutivo na investigação, no tratamento de dados e no relatório, utilizando a técnica da pesquisa bibliográfica e do referente.

Palavras-chave: Estado. Direito. Garantismo.

THE RULE OF LAW GARANTISM

Abstract: This article aims to address the operational concepts of status categories, right and garantismo and ultimately provide a conclusion that the Brazilian government may or may not be considered commotion one garantista State. To this end, we used the inductive method in research, data processing and reporting, using the technique of literature and the referent.

Keywords: State. Ritht. Garantism.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo demonstrar a importância da caracterização do Estado Brasileiro como um Estado garantista. Em especial a análise da proteção dos direitos fundamentais do cidadão.

Neste norte é importante conceituarmos o que vem a ser um estado com os seus elementos, e assim traçar uma correspondência com o Brasil. A conceituação do Direito e do que vem a ser a teoria do garantismo também se faz necessário para a elaboração de uma conclusão.

Nas fases de investigação, tratamento de dados e relatório utilizou-se o método indutivo e as técnicas do referente e da pesquisa bibliográfica.

2 O ESTADO DE DIREITO

Para iniciar esta parte do estudo, importante retratar o que significa, as categorias Estado e Direito.

Sobre a categoria Estado pode-se afirmar que é inerente da natureza humana a vida em

¹ Rodrigo Fernando Novelli: Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, Advogado Criminalista, Professor de Graduação nas disciplinas de Direito Penal e Processo Penal na Universidade Regional de Blumenau – FURB e Morgado Concursos.

sociedade. Desde os primórdios os seres humanos buscavam a proteção, o afeto e a própria subsistência, em ambientes coletivos, originando aí uma sociedade.

Como Estado pode-se entender que se trata de uma criação da própria sociedade, que busca através da unificação o desenvolvimento do homem, regulamentar a vida social buscando a proteção do interesse público. (Silva Júnior, 2009, p. 1)

A união das pessoas em sociedade na realidade é uma busca por segurança, seja essa pessoal, seja patrimonial inclusive. Todo nós sentimos mais protegidos quando estamos próximos de nossos pares.

Contudo para a caracterização de um Estado chamado de moderno Streck e José Luis Bolzan de Moraes (2004, p. 24/25) apresentam três distinções entre o Estado medieval e o Estado chamado moderno.

A primeira característica do Estado Moderno é essa autonomia, essa plena soberania do Estado, a qual não permite que sua autoridade dependa de nenhuma outra autoridade. A segunda é a distinção entre o Estado e a sociedade civil, que vai evidenciar-se no séc. XVII, principalmente na Inglaterra, com a ascensão da burguesia. O Estado se torna uma organização distinta da sociedade civil, embora seja a expressão desta. Uma terceira característica diferencia o Estado em relação àquele da Idade Média. O Estado medieval é propriedade do senhor, é um Estado patrimonial. O senhor é dono do território e de tudo o que nele se encontra (homens e bens). No Estado Moderno, pelo contrário, existe uma identificação absoluta entre o estado e o monarca, o qual representa a soberania estatal. Mais tarde, em fins de 1600, o rei francês afirmava “L’etat c’est moi”, no sentido de que ele detinha o poder absoluto, mas também de que ele se identificava completamente no Estado.

O Estado Moderno também é caracterizado por três elementos constitutivos, quais sejam o povo o território e a soberania.

Sobre os elementos constitutivos do Estado destaca-se o posicionamento de Clovis Bevilacqua que assim os apresenta:

a) O agrupamento humano, que é a mesma sociedade, o povo, ou a nação, segundo consideramos o agregado social como um sistema de forças, econômicas, intelectuais e Moraes, abstraindo do aparelho político-jurídico; o complexo de indivíduos entre si vinculados pela tradição, usos, costumes, tendências, aspirações comuns; ou esse conjunto de indivíduos, constituindo uma unidade por suas condições históricas e por sua organização política.

A idéia de sociedade é sociológica; a de povo, etiológica; e a nação é histórico-política. Não aprofundarei essas distinções, acompanhando argutos pensadores alemães; mas devo afirmar que não são meramente escolásticas. Além de corresponderem a realidade, assinalando modalidades ou expressões da vida coletiva, fornecem luzes para verdadeira teoria do Estado.

b) O território, assento geográfico do Estado. Para o povo é a pátria, a terra dos antepassados, o ambiente, onde lhe decorreu a vida, sorriu no berço aos afagos maternos, lutou, sofreu, e sente que é uma parte da sua alma. Para nação, é a sua residência inviolável e sagrada, o teatro onde se fixou, cresceu, desenvolveu e a que se prende indissolúvelmente.

c) O poder soberano é a força que, pelo direito e a política, equilibra, unifica, disciplina e dirige as outras forças sociais e os indivíduos. Propriedade fundamental do Estado, a soberania o distingue de outras corporações quaisquer. (BEVILACQUA, p. 8)

Verifica-se assim que o Estado necessita de alguns elementos estruturais, sem os quais não teríamos uma sociedade. Necessariamente para a formação de um Estado Moderno haverá um povo organizado, dentro de um limite territorial próprio, onde exercerão a mais ampla soberania.

Outra categoria que se precisa conceituar é o que se pode entender como Direito.

É comum no Direito, haver para cada ponto estudado ou conceito apresentado, uma teoria, ou, no mínimo, um questionamento contrário. Neste ponto, o próprio conceito do Direito não é unívoco.

No estudo da categoria “direito” se vê que sua origem está num vocábulo do latim: *directum* ou *rectum*, que significa “reto” ou “aquilo que é conforme uma régua”.

O Direito detém a função primordial de regular a vida em sociedade, servindo com freio limitador de vontades, devendo agir, os governantes e os governados, nos estritos dizeres ou permissões da lei.

Ferrajoli afirma que o Direito está em crise e aponta três principais motivos. A crítica inicial é fundamentada na inexistência, ou ainda a ineficácia de controle de atos dos poderes públicos, o que é chamado pelo Autor de crise de legalidade. A segunda crítica esta pautada na inflação legislativa, onde o Direito acaba figurando como um jogo de poderes, servindo para legitimar interesses específicos. E por fim a terceira crítica, intitulada na crise do Estado Social, pois haveria um deslocamento da soberania, pois os interesses de integração mundial acabam por fragilizar o próprio direito.(FERRAJOLI, 1997, p. 89-91)

Diante desses argumentos, pode-se conceituar a categoria Direito como o exercício da soberania de um Estado onde os interesses da coletividade são tutelados na busca do bem comum, servindo ainda para legitimar a atividade do Poder público.

Com as premissas acima pode-se afirmar que o Brasil é um Estado de Direito, pois detém todos os elementos estruturantes do Estado Moderno, e também tem as suas relações determinadas através do Direito.

3 O QUE É GARANTISMO

Ao tratar da Teoria do Garantismo é importante abordar a sua conceituação elaborada pelo Professor Luigi Ferrajoli, notadamente como herança do iluminismo, e baluarte da proteção das garantias do cidadão, em especial, a liberdade.

A tarefa poderia ser fácil, principalmente frente à leitura do livro intitulado Direito e Razão, onde Ferrajoli apresenta e explica essa teoria.

Em que pese a Teoria do Garantismo ter sido concebida sob o enfoque do direito penal, tentando limitar o poder punitivo estatal frente às garantias de liberdade dos indivíduos, não se pode falar que

hoje a teoria do garantismo esteja direcionada somente para o âmbito do direito penal.

Sobre a sua origem na cultura jurídica italiana, Ferrajoli (2008, p. 61) apresenta como sendo o ponto inicial de desenvolvimento desta teoria, a resposta havida contra a redução do sistema de garantias processuais que já se apresentava insuficiente:

Más concretamente, la expresión garantismo, en su sentido estricto de garantismo penal, surgió, em la cultura jurídica italiana de izquierda en la segunda mitad de los años setenta, como respuesta teórica a la legislación y a la jurisdicción de emergencia que, por aquel entonces, redujeron de diferentes formas el ya de por sí débil sistema de garantías procesales.²

Contudo, Ferrajoli, na falta de um conceito próprio de Garantismo, traz três significados distintos.

De acordo com o primeiro significado:

“Garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.(FERRAJOLI, 2010, p. 785-786)

Assim, o Garantismo é a segurança dos cidadãos que, em um Estado democrático de direito, onde o poder obrigatoriamente deriva do ordenamento jurídico, principalmente da Constituição, atua como um mecanismo para minimizar o poder punitivo e garantir, ao máximo, a liberdade dos cidadãos.

Ressalte-se que o garantismo, diante deste primeiro significado, não teria como subsistir, caso não houvesse uma legislação central inflexível, ou pelo menos de uma maleabilidade reduzida, pois somente poder-se-ia tratar de garantias quando dispostas em um ordenamento superior, que não dependesse, ou pudesse sofrer, interpretações quando de sua aplicação e cumprimento.

Ao se analisar o segundo significado, este ocorre sob o enfoque da teoria do direito e crítica ao direito.

“Garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendemente garantistas) e práticas operacionais (tendente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidez) das

² Tradução: Mais especificamente, a expressão garantismo, no seu sentido estrito de garantismo penal, surgiu, na cultura jurídica italiana de esquerda na segunda metade dos anos setenta, como resposta teórica à legislação e à jurisdição de emergência, na época, reduzindo de várias formas o sistema já frágil de garantias processuais.

segundas.(FERRAJOLI, 2010, p. 786)

Esse significado tratado é na realidade uma visão crítica do ordenamento, que na teoria poderá ter conotação garantista, mas na prática poderia adotar força diversa.

Ainda, explicando o segundo significado de garantismo proposto por Ferrajoli, Sérgio Cademartori (2006, p. 106) apresenta que o garantismo detém indiscutivelmente contornos próprios, apesar de poder ser enquadrável no positivismo. A diferença entre normas “válidas”, “vigentes” e “eficazes”, é denominada pelo próprio Ferrajoli como “juspositivismo dogmático”.

Pode-se entender como uma legislação válida sob o enfoque garantista, aquela que está em conformidade com o ordenamento superior, no nosso caso, em conformidade com a Constituição Federal, com o núcleo intangível do ordenamento.

Leis que não respeitam a legislação hierarquicamente superior, segundo o garantismo, padecem de validade.

Com relação à vigência de uma lei, esse conceito diz respeito à possibilidade de ser imposta, seja ao Estado, seja aos cidadãos. Somente uma lei vigente, aquela que pode e deve ser cumprida pode prevalecer no mundo jurídico no modelo garantista.

Por fim, no que tange ao segundo significado proposto por Ferrajoli, mais especificamente da eficácia, em que pese uma lei ser válida, e vigente, não é pressuposto de justiça se esta não detiver eficácia. Pode-se aqui conceituar eficácia como sendo a lei que cumpre a função para a qual foi criada, seja pela sua própria força punitiva, seja pela aplicação pelos Poderes.

Para o terceiro significado de garantismo, Ferrajoli (2008, p. 787) traz a base, frente à filosofia do direito e crítica da política:

“Garantismo” designa uma filosófica política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. Equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.

Diferentemente dos significados antes abordados, o terceiro e último não traz uma visão interna da teoria, mas sim, obrigatoriamente externa. Continua a teoria em seu tom crítico, contudo sob outro aspecto de visualização.

Essa crítica externa, ou seja, não analisada sob o ponto de vista normativo, ou do conflito entre normas, apresenta-se como uma crítica filosófica laica pautada na finalidade da teoria garantista.

Uma vez apresentados os significados elaborados acima, pode-se compor um quarto e único conceito da teoria do garantismo como uma política onde prevalece a mínima intervenção do Estado

no sistema normativo, pautado na validade da norma e na sua efetividade – de forma distinta e também, entre si – atuando como uma filosofia política externa que impõe ao Estado e ao direito, o ônus de buscar a finalidade da norma.

Serve então a teoria do garantismo como um freio ideológico para a atuação indiscriminada do estado na liberdade do cidadão, e de outros direitos fundamentais, devendo e podendo limitar direitos somente como última forma de defesa da sociedade. É cediço que o Direito em nosso país é positivista, traduzido em nosso ordenamento jurídico através de leis e princípios reguladores da vida em sociedade.

Com essa abordagem dos princípios constitucionais e da teoria do garantismo, pode-se observar a importância que esses dois temas jurídicos possuem para o ordenamento jurídico, sobretudo, no âmbito do direito constitucional.

Os princípios constitucionais e o garantismo constituem instrumentos importantes principalmente ao magistrado, permitindo-lhe tutelar não somente a formalidade, mas o conteúdo constitucional, como leciona Alexandre Morais da Rosa (2012, p. 1):

Dito de outro modo, no paradigma *garantista* o magistrado, como os demais atores jurídicos, assume posição diversa, passando a tutelar não somente a formalidade, mas também (e principalmente) o conteúdo constitucional, fazendo a devida *oxigenação constitucional*.

Por outro norte, a conjugação dos princípios constitucionais com o garantismo encontra salutar importância quando se trata dos direitos fundamentais individuais do cidadão que limitam o poder punitivo do Estado, já que são nesses direitos que a teoria do garantismo se apoia e onde estão os mais importantes princípios constitucionais, tal qual, o direito ao acesso à informação.

Os princípios constitucionais também servem de apoio ao garantismo. Como exemplo podem ser citados os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, considerados por Ferrajoli como garantias relativas ao processo.

Por todos os ângulos que se analise a teoria do garantismo, constata-se que os princípios constitucionais servem, sobretudo, de suporte à teoria garantista, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais do cidadão.

4 O ESTADO DE DIREITO BRASILEIRO SERIA GARANTISTA

Verifica-se acima, mais precisamente no tópico anterior que Ferrajoli apresenta dois elementos para afirmar a existência de um Estado de Direito, o primeiro como sendo através do princípio da legalidade e o outro como sendo o Estado como garantidor dos direitos fundamentais.

Pois bem, o primeiro elemento está devidamente cumprido pois o princípio da legalidade está previsto no artigo 1º do Código Penal, e para que não haja qualquer dúvida da sua existência em nosso

ordenamento, ainda figura como um direito fundamental, neste sentido expresso no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal.

Imperioso ressaltar que o princípio da legalidade não serve somente ao direito penal, mas a todo o Direito, figura como um limitador ao poder estatal, deve sempre este ser subserviente ao império da legalidade.

A legalidade apontada por Ferrajoli, não significa unicamente que toda e qualquer limitação deve ser originário de uma lei (apontando aqui a chamada legalidade em sentido lato), ou seja, não basta que o Estado impor algo através de uma lei que passe por todos os tramites previstos legalmente.

Pelo contrário, é preciso mais. Essa lei também tem que ter a chamada legalidade em sentido estrito, ou seja, que essa norma esteja em amplo acordo com as demais normas e em especial com as de superior hierarquia, a partir do qual poderemos afirmar que essa lei terá legitimidade.(FERRAJOLI, 2010, p. 791)

De outro norte, Ferrajoli ainda apresenta que há, para a caracterização de um Estado de Direito garantista, a proteção especial dos direitos fundamentais como um dever público.

Ferrajoli (2011, p. 9) propõe uma definição formal do que vem a ser direitos fundamentais:

São “direitos fundamentais” todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por “direito subjetivo” qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (de não lesão) vinculada a um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto de sua idoneidade a ser titular de situações jurídica e/ou autor dos atos que estão em exercício.

No Brasil pode-se afirmar também que há a previsão legal de proteção aos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no título II da Constituição Federal, onde nos artigos 5º ao artigo 17 apresentam-se os direitos invioláveis dos indivíduos.

O próprio Ferrajoli (2012, p. 232-233) reconhece que a Constituição brasileira tem especial importância no estudo de proteção aos direitos fundamentais, como bem observa:

De todas estas cartas, a Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988 – composta por 250 artigos (muitos dos quais formados por inúmeros incisos e parágrafos) e por 97 normas transitórias, reformada em 1994 e, depois, alterada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 -, é indubitavelmente a mais avançada. As suas novidades são muitas e todas de grande relevância: um amplo catálogo de direitos sociais, entre os quais os direitos de última geração, como aquele “a um ambiente ecologicamente equilibrado” (art. 225), e de direitos dos trabalhadores, inclusive contra a despedida “sem justa causa” e um direito a um “salário mínimo fixada em lei” (art. 7, I e IV); a rigidez absoluta de uma série de princípios declarados imodificáveis por nenhuma maioria, como a forma federativa do Estado, a separação dos poderes e os direitos fundamentais e as suas garantias (art. 60 §4º)...

Diante destes argumentos, é possível afirmar que o Estado de Direito brasileiro é garantista, seja pela sua estruturação normativa ser através de uma Constituição forte, e ainda garante de uma

forma ampla a proteção aos direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos, seja ainda pela imposição legal expressa de que qualquer restrição a liberdade devem reverência sempre a lei.(CADERMATORI, 2006, p. 226-229)

A partir da premissa proposta por Ferrajoli de que deve, e tem total consonância com o Estado de Direito, em especial o Brasil, fica ainda uma outra pergunta no ar: seria a Constituição brasileira uma Constituição principialista ou garantista?

Inicialmente precisar-se-ia conceituar as duas formas de constitucionalismo.

Ferrajoli (2012, p. 18) apresenta como constitucionalismo principialista como uma Constituição onde os direitos fundamentais como valores a serem perseguidos pela sociedade, ou ainda como princípios estruturalmente diversos das regras pois estes teriam uma normatividade mais fragilizada, deixando de lado a subsunção e figurando necessário agora a ponderação legislativa e judicial.

Pode-se afirmar que um dos principais expoentes na defesa do constitucionalismo principialista é Robert Alexy em especial no ensaio Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade.(COPETTI NETO, 2012, p. 157)

Para sustentar sua teoria Alexy destaca ideais contidas no caso Lüth³ que servem para demonstrar a defesa do constitucionalismo principialista.

O primeiro argumento especifica que os direitos fundamentais incorporam uma ordem objetiva de valores e que tal ordem objetiva de valores – ou princípios – são aplicados a todas as áreas do direito, não somente à defesa do cidadão contra o estado.

O segundo argumento diz respeito ao efeito dessa aplicação, na medida em que os direitos fundamentais se irradiam sobre todo o sistema jurídico, assumindo o patamar de onipresença. Por fim, a terceira idéia estabelece o caráter conflitual de tais direitos, pois segundo Alexy, essa é a grande lição paradigmática do caso Lüth: a necessidade de balanceamento de interesses. Portanto, ele afirma, valores e princípios tendem, intrinsecamente, à colisão e, desse modo, uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento. (COPETTI NETO, 2012, p. 158-159)

Verifica-se que o ponto chave do constitucionalismo principialista é a ponderação de princípios, e mais, Alexy (2011, p. 91-103) apresenta ainda que as regras teriam predominância em relação aos princípios, uma vez que aos princípios poderiam ocorrer uma ponderação, contudo em relação às regras (uma vez que o seu desrespeito lhe acarretaria uma sanção) as mesmas deveriam ser cumpridas.

Os que defendem o constitucionalismo garantista tecem críticas ao constitucionalismo principialista diante do fato de que a ponderação poderia legitimar o ativismo judicial, ou como propõe Lenio Streck (2012, p. 64) o pan-principiologismo.

Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante

³ Caso Lüth ocorreu em 1958, quando a Corte Constitucional reformou uma decisão do Tribunal de Hamburgo onde era questionado o direito ou não de Lüth boicotar os filmes de Veit Harlan, autor do filme nazista e antisemita “Jud Suss”. COPETTI NETO, Alfredo. **Dos princípios ilegítimos às práticas inefetivas: a proposta de Luigi Ferrajoli à defesa da normatividade das constituições contemporâneas.** p. 157

circunstância de que é impossível fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais” (sic), algo do tipo “entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um” (sic). Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve a “escolha direta.”

Importante anotar no Brasil, os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra da ponderação em um “princípio” (sic). Com efeito, se, na formatação proposta por Alexy, a ponderação conduz a formação de uma regra - que será aplicada no caso de subsunção -, os tribunais brasileiros passaram a utilizar esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos. (STRECK, 2012 p. 74)

O constitucionalismo principialista pode gerar graves desrespeitos ao próprio direito, como também lesionar a própria democracia, uma vez que o poder legiferante passaria a estar nas mãos de magistrados que não foram eleitos democraticamente para esta função.

Já como o constitucionalismo garantista parte do pressuposto de que o direito necessita de uma normatividade forte, e ainda que alguns princípios não sejam, mas em especial os princípios elencados como direitos fundamentais devam ser tratados como regras, não tratando como meros valores a serem perseguidos, mas sim devidamente respeitados e cumpridos.(FERRAJOLI, 2012, p. 18)

Para esta segunda caracterização, o constitucionalismo poderá se definido como um sistema jurídico e/ou uma teoria do direito que prevêem – para a garantia daquilo que vem estipulado constitucionalmente como vinculante e inderrogável – a submissão (inclusive) da legislação a normas relativas à produção não só formais, relativas aos procedimentos (ao quem e ao como), mas também materiais, relativas aos conteúdos das normas produzidas (ao que se deve decidir e ao que não se deve decidir), cuja violação gera antinomias, por comissão, ou lacunas, por omissão.(FERRAJOLI, 2012, p. 18)

O constitucionalismo garantista busca a efetivação da democracia através e pelo próprio direito, ao contrário do que prega o constitucionalismo principialista, onde haveria uma separação dicotômica entre o que se entende-se como direito e democracia.(COPETTI NETO, 2012, p. 164)

Ferrajoli (2008, p. 792) apresenta aqui que alguns direitos, em especial os direitos fundamentais, ainda que corporificados através de princípios, configuram direitos inalienáveis e irrenunciáveis, e, diante de um pacto constitucional sobre a convivência civil, nem tudo pode ser decidido por maioria. Alguns direitos nenhuma maioria poderá decidir pela supressão (e não decidir a proteção) direitos fundamentais de uma parcela da população, ainda que de um único cidadão.

E mais, Ferrajoli (2012, p. 247) ainda critica o constitucionalismo principialista, pois entende que o sistema da ponderação autorizaria uma ampliação do poder judiciário através do ativismo judicial, enquanto que o constitucionalismo garantista buscaria o contrário.

Tais divergências certamente não podem ser reparadas pela interpretação e pela argumentação jurídicas. No modelo normativo por mim teorizado, o preenchimento das lacunas e a resolução das antinomias nas quais elas se manifestam não são confiados ao ativismo interpretativo dos juízes, mas somente à legislação – e, por isso, à política –, no que diz respeito às lacunas e ao anulamento das normas inválidas; e à jurisdição constitucional,

no que diz respeito às antinomias. Certamente, os juízes devem interpretar as leis à luz da Constituição, ampliando ou restringindo o seu alcance normativo de acordo com os princípios constitucionais. Mas é ilusório supor que eles possam colmatar aquelas que denominei “lacunas estruturais” e suprir a necessária *interpositio legis*. Eles podem, no máximo, evidenciar as lacunas: os juízes constitucionais cientificam o Parlamento, como previsto no art. 103, §2, da Constituição brasileira; e os juízes e tribunais, determinando, no caso concreto submetido a sua apreciação, uma forma qualquer de satisfação ou reparação (FERRAJOLI, 2014, p 8-9).

Outro ponto que diferencia o constitucionalismo principialista do constitucionalismo garantista é que este último não apresenta uma distinção entre regras e princípios, sustentando ainda que essa diferenciação pode levar a um enfraquecimento normativo da constituição.

Ferrajoli afirma que não haveria uma diferença entre regras e princípios, em especial quando estamos diante de direitos fundamentais.

A diferença entre a maior parte dos princípios e as regras é, portanto, ao meu ver, uma diferença que não é estrutural, mas quase de estilo. A formulação de muitas normas constitucionais, em especial dos direitos fundamentais, na forma dos princípios não é apenas um fato de ênfase retórica, mas tem uma indubitosa relevância política: em primeiro lugar porque os princípios enunciam expressamente, e por isso solenemente, os valores ético-políticos por eles proclamados, em relação aos quais as regras são, por sua vez, “opacas”, em segundo lugar, e sobretudo, porque eles, quando enunciam direitos servem para explicitar a titularidade das normas constitucionais que conferem direitos às pessoas ou os cidadãos, e por isso a sua colocação em posição supraordenada ao artifício jurídico, como titulares de outros tantos fragmentos de soberania popular. Mas, a parte o estilo, qualquer princípio que enuncia um direito fundamental, pela recíproca implicação que liga as expectativas nas quais os direitos consistem e as obrigações e proibições correlatas, equivale à regra consistente na obrigação ou na proibição correspondente. Precisamente porque os direitos fundamentais são universais (*omnium*), eles consistem em normas, ainda que sempre interpretadas como regras, às quais correspondem deveres absolutos (*erga omnes*), igualmente consistentes em regras. (FERRAJOLI, 2012, p. 41)

Diante dos argumentos apresentados pode-se afirmar que princípios não podem ser confundidos com valores e Ferrajoli apresenta que não há uma diferenciação entre regras e princípios, sendo que sempre atrás de uma regra há um princípio que acaba legitimando essa regra, e como uma importante restrição ao constitucionalismo principialista, a sua utilização acaba por enfraquecer o direito, dando azo à propagação daquilo que se convencionou chamar como panpricipiologismo. (STRECK, 2012 p. 71)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos afirmar que o sistema garantista só tem aplicabilidade em um Estado de direito, pois em um sistema absolutista as garantias são suprimidas frente ao totalitarismo.

Podemos assim considerar que, tendo em vista os presentes argumentos, que o Estado brasileiro é garantista, e mais, que no Brasil deve ser aplicado o constitucionalismo garantista.

Desta feita, a sobrevalorização dos princípios não pode resultar paradoxalmente no

esvaziamento do seu conteúdo deôntico; impõe-se-lhe que os mesmos sejam tratados como garantias a serem aplicadas como regras impositivas, e não como simples valores sociais que devem ser aplicados (ou não) mediante técnicas subjetivas de ponderação.

Assim a pergunta que fundamentou o nosso trabalho deve ser respondida que o Estado de Direito brasileiro é garantista, pois protege os direitos fundamentais do cidadão, devendo ainda tratar os princípios como normas cogentes, acessíveis e aplicáveis a todos.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEVILAQUA, Clovis. **Conceito de Estado**. Disponível em: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/USUARIO/Meus%20documentos/Downloads/65257-86309-1-PB.pdf>. Acesso em: 15 de março de 2014.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade: Uma abordagem garantista**. 2 ed. Campinas/SP: Millennium Editora, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo**. Trad. de André Karam Trindade. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>>. Acesso em 05/08/2014>. Acesso em: 05 de junho de 2014.

_____. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (coord.) **Garantismo, Hermenêutica e o (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2008.

_____. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Por uma Teoria dos Direitos Fundamentais e dos Bens Fundamentais**. Tradução: Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. **Princípios Ambientais, Direitos Fundamentais, Propriedade e Abuso de Direito: por uma leitura a partir do Garantismo Jurídico (Ferrajoli)**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26661-26663-1-PB.htm>> Acesso em: 10/10/2012.

SILVA JUNIOR, Nilson Nunes da. O conceito de Estado. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n.

68, set 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6742&revista_caderno=9>. Acesso em 09 de agosto de 2014

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4ª ed. Porto Alegre. Editora Liv.

A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SOLIDÁRIA ENTRE A INSTITUIÇÃO DE ENSINO E A FAMÍLIA NOS CASOS DE *BULLYING* ESCOLAR ¹

Amanda Medina²
Jociane Machiavelli Oufella³

Recebido em: 02 dez. 2015
Aceito em: 15 dez. 2015

Resumo: O presente artigo se enraíza na necessidade de minimizar os danos causados pelo *bullying* estudantil, através da responsabilização civil, contudo, não basta indenizar a vítima, vez que o caráter pedagógico de tal responsabilização deve ser intrínseco. Deste modo, maior impacto social a responsabilização civil terá se for objetiva e solidária entre família e escola nos casos de *bullying* escolar, visto que colaborará para uma mudança de paradigma, devolvendo à família o poder/dever de bem educar suas crianças para o convívio social saudável ao invés de reforçar, erroneamente, a comodidade de deixar à instituição de ensino tal atribuição. Nesse diapasão, o artigo em tela se propõe a analisar a viabilidade da responsabilização civil objetiva e solidária da família e da escola, pelos danos do *bullying* escolar praticado por um infante nas dependências da instituição de ensino, e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Bullying escolar. Responsabilidade civil. Responsabilização solidária.

THE STRICT LIABILITY AND SOLIDARITY BETWEEN THE EDUCATIONAL INSTITUTION AND FAMILY IN SCHOOL BULLYING CASES

Abstract: This article is rooted in the need to minimize the harm caused by bullying student, through civil liability, however, is not enough to compensate the victim, rather than the pedagogical nature of such accountability should be intrinsic. Thus, greater social impact to civil liability will be for objective and solidarity between family and school in cases of school bullying, as it will work for a paradigm shift, returning to the family's power / duty to educate their children well for socializing healthy rather than erroneously reinforce the convenience of leaving the educational institution such assignment. In this vein, the article proposes the screen to analyze the feasibility of objective and supportive civil liability of the family and school, the damage of school bullying practiced by children on the premises of the educational institution, and its applicability in the Brazilian legal system. For both, it was essential to the work of the counselor Alexandre Saldanha, the foremost expert on the subject of Brazil.

Keywords: School bullying. Civil liability. Solidary liability.

¹ Artigo Científico apresentado como requisito parcial para obtenção de nota na disciplina de Monografia, orientado pela Professora Ms. Jociane Machiavelli Oufella.

² Acadêmica da 9ª fase, do Curso de Direito, da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – Caçador –SC.

³ Doutoranda do Doutorado em Ciências Jurídicas da Pontificia Universidad Catolica da Argetina (Buenos Aires). Possui graduação em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (1999) e mestrado em Direito Economia e Política - Università degli Studi di Padova (2000). Atualmente é Coordenadora do Curso de Direito da UNIARP - Universidade Alto Vale do Rio do Peixe, professor titular da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe- Caçador e professor titular da Universidade do Oeste de Santa Catarina

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem o desiderato de trazer à responsabilidade civil, a discussão sobre a possibilidade de responsabilizar solidariamente, família e instituição de ensino, nos casos de *bullying* escolar. O *bullying* é um fenômeno global que atinge principalmente o ambiente escolar, e que causa danos morais e patrimoniais às suas vítimas.

Estudos apontam que as crianças que praticam *bullying* escolar, estão reproduzindo no ambiente escolar a conduta violenta e opressora absorvida, em casa. Sendo assim, este estudo pretende atribuir à responsabilidade devida também aos familiares do infante agressor, visto que cabe à eles e poder/dever de bem educar seus filhos para um convívio social saudável, e que as instituições de ensino não possuem meios de atingir as condutas aprendidas dentro dos lares, apesar de ser objetivamente responsável pelos casos de *bullying* escolar.

No primeiro capítulo será definido os pontos essenciais tocantes à responsabilidade civil objetiva e solidária indispensáveis a composição do presente artigo. No segundo capítulo, será examinado o fenômeno do *bullying* escolar sob o prisma do direito e as funções da indenização. E no terceiro capítulo será apreciado a viabilidade e importância da responsabilidade civil objetiva e solidária entre a instituição de ensino e a família nos casos de *bullying* escolar bem como sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Os métodos utilizados para a confecção da referida monografia foram: dedutivo e a pesquisa bibliográfica, com produção descritiva.

Deste modo, pretende-se pleitear o entendimento de que a solidarização da responsabilidade civil entre família e escola nos casos de *bullying* escolar é compatível ao ordenamento jurídico nacional e indispensável para o fortalecimento ético dos indivíduos envolvidos respondendo positivamente ao questionamento: É legítima a responsabilização civil solidária objetiva entre a instituição de ensino e a família nos casos de *bullying* escolar?

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil em formatação atual, surgiu com a Lei de Talião como a retribuição do dano causado injustamente com a mesma intensidade sofrida (olho por olho e dente por dente). Contudo, este conceito veio se desenvolvendo e se modificando juntamente com a apreciação da justiça e da ética nos ordenamentos humanos, passando pela *Lex Aquilia*, com Justiniano e sendo aperfeiçoado com o advento do Código Civil Francês, que adotou o fundamento da culpa.⁴ Sendo assim, em 1830 conceitos referentes à reparação do dano chegaram ao Brasil compondo o Código Criminal. E em 1966 o Supremo Tribunal Federal (STF) apreciou a indenização por dano moral, e a responsabilidade civil se consolidou com a Carta Magna de 1988, no artigo 5º, incisos V e X,

⁴ SALDANHA, Alexandre. **A responsabilidade civil das instituições de ensino em relação ao efeito *bullying***. Curitiba: 2007.p.13.

alcançando o Código Civil em 2002 com a idéia de reparação de dano extrapatrimonial.⁵

A palavra responsabilidade advém do termo latino *spondeo*, que é o procedimento pelo qual se ligava, solenemente, o devedor no direito romano aos contratos verbais. Alguns estudiosos encontram a raiz do termo responsabilidade no verbo latino *respondere*, que significa a “obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade”.⁶

Para compreender a responsabilidade civil é indispensável ter em mente a idéia de equivalência de contraprestação, de repercussão obrigacional, uma vez que a responsabilidade é resultado da ação de expressar o comportamento, em razão desse dever ou obrigação.⁷ Sob tal escopo, Saldanha ensina que, “a responsabilidade civil pode ser resumida ao estudo da reparação de um dano causado a terceiro em decorrência de um ato ilícito, e mais, o dever indenizatório é inerente à responsabilidade civil pela prática de um ato ilícito, que lesione o direito de outrem.”⁸ Para Venosa, toda ação que resultar em um prejuízo faz nascer a responsabilidade ou dever de indenizar, e principalmente, a responsabilidade civil almeja restaurar um equilíbrio patrimonial ou moral que foi perturbado, violado. E ainda defende o supracitado autor que: “Os danos que devem ser reparados são aqueles de índole jurídica, embora possam ter conteúdo também de cunho moral, religioso, social, ético [...]”⁹

Assim, sendo vontade do Estado ¹⁰, o ordenamento jurídico nacional afirma que: Artigo 927, Código Civil (C.C.) “Aquele que por ato ilícito (artigos 186, 187 C.C.) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” ¹¹ Na legislação nacional, é regra que a obrigação de ressarcir pela prática de atos ilícitos decorre, nas palavras de Maria H. Diniz, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente. Ou seja, o comportamento do agente será reprovado quando, ao analisar o caso concreto, entender-se que suas ações deveriam ou poderiam ter sido diferentes.¹²

O doutrinador Pereira, nos idos de 1986 previa em sua obra que: “a evolução da responsabilidade civil gravita em torno da necessidade de socorrer a vítima, o que tem levado a doutrina e a jurisprudência a marchar adiante dos Códigos, cujos princípios constritores entravam o desenvolvimento e a aplicação da boa justiça.”¹³ E essa ainda é a tendência dos nossos dias, que socorre também as vítimas de *bullying* escolar.

A doutrina levanta três principais requisitos para o dano ser indenizável: a) violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica; b) certeza ou

⁵ Ibid., p.13.

⁶GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso De Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol III. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.2.

⁷ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.4-5.

⁸ SALDANHA, 2007, p.13.

⁹ VENOSA, Sílvio de S. **Direito civil: responsabilidade civil**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.1.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.34.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 625.

¹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.41.

¹³ PEREIRA, Caio M. da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p.392.

efetividade do dano; e c) subsistência do dano.¹⁴ Mas, há danos que não se adéquam á esfera patrimonial, ou a algo redutível a dinheiro, visto que se tratam de lesões a um direito da personalidade e “não se pode avaliar a dor, a emoção, a afronta, a aflição física ou moral, ou melhor, a sensação dolorosa experimentada”¹⁵ pela criança ou adolescente vítima de *bullying* escolar.

É sabido que, a teoria do risco ou objetiva, não aprecia a culpa como essencial para atribuição de responsabilidade civil.¹⁶ Além disso, a legislação atribui a determinados indivíduos, em certas situações, a “reparação de um dano cometido sem culpa.” Nesta ocasião é acertado afirmar que trata-se de responsabilidade objetiva ou legal, uma vez que a culpa não é imprescindível, e o dano juntamente com o nexu causal já é satisfatório.

Já é possível compreender neste ponto, que a conduta humana danosa (*bullying* escolar) é praticada de forma intencional (culpabilidade,dolo) causando danos morais às suas vítimas (nexu de causalidade) gerando assim o dever de indenizar, por parte de quem detém a responsabilidade civil (família e escola).¹⁷

Através da teoria do risco, entende a doutrina que, se os pais geram filhos, correm o risco de que suas atividades resultem em danos para outros, tendo então que responder solidariamente com seus causadores. Em outras palavras, “pela ordem natural da vida, os pais, biológicos ou adotivos, [...]são responsáveis por toda a atuação danosa atribuída aos seus filho menores ”.¹⁸

Existe solidariedade entre os indivíduos apontados no artigo 932 do Código Civil brasileiro, sendo a solidariedade relevante para o presente artigo, a dos pais, pelos seus filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se encontrarem em condições análogas e estabelecimentos com fins educacionais, pelos seus educandos. Desta forma, o lesionado poderá pleitear indenização em face de um ou todos os devedores solidários.¹⁹

Categórico é Gonçalves quando afirma que “a responsabilidade civil dos pais independe de culpa (Código Civil, artigo 933) ” e ainda complementa “ [...] responde pelo ressarcimento do dano causado pelo filho o pai que não o educa bem ou não exerce a vigilância possibilitando-lhe a prática de algum delito, como [...] a lesão corporal e outros ”. Ou seja, uma vez comprovado o ato ilícito do infante, conseqüentemente haverá responsabilidade civil solidária dos genitores. Em claras linhas o TJSP atribuiu a responsabilidade civil ao pai por seu filho, ter cegado uma menina com uma pedrada: “Indenização. Responsabilidade Civil. menor de idade. Responsabilidade do pai, por presumida culpa in *vigilando*. Verbas devidas de despesas de assistência e tratamento, bem como dote por dano estético

¹⁴GAGLIANO,p. 31-33.

¹⁵DINIZ, 2009.p.76.

¹⁶GONÇALVES, 2011.p.54.

¹⁷SALDANHA, 2007.

¹⁸GAGLIANO, 2006.p.152.

¹⁹Op. cit., 2011.p. 165/166.

deformante.”²⁰

É possível haver cumulação entre a responsabilidade civil solidária dos familiares com responsabilidade de terceiros, como as instituições de ensino e até mesmo os educadores, quando o infante causar dano a outro nas dependências da escola. Os pressupostos de aplicação do princípio da responsabilidade dos educadores iniciou-se com a apuração de que a instituição recolhe o infante com o intuito de lucro. Mas, após aprofundadas análises, tal princípio alcançou também os estabelecimentos de ensino gratuito, como acertadamente explica Carvalho Santos ao analisar a obra de Aguiar Dias: [...] o mesmo ocorre nas escolas públicas de ensino gratuito. O Estado responde pelo danos sofrido pelo aluno em consequência de ato ilícito de outro” e já vislumbra o tema do presente artigo: “É claro que na responsabilidade do educador influi consideravelmente a circunstancia de má educação anterior do aluno.”²¹

Mas como sanar um dano incalculável, com prejuízos não apenas individuais, mas globais, visto que atinge toda uma geração que têm mutilado seu desenvolvimento pela violência do *bullying* escolar? Neste momento, pesquisadores de todo o mundo se debruçam sobre a temática e, o direito, não pode ficar alheio ao fenômeno.

3 BULLYING ESCOLAR

O *bullying*, nas palavras de Ana Beatriz Barbosa da Silva²², tornou-se um problema endêmico nas escolas de todo o mundo. É um fenômeno universal e democrático, pois acontece em todas as partes do mundo onde existem relações humanas e onde a vida escolar faz parte do cotidiano dos jovens.²³ Contudo, pouco se foi feito para entendê-lo e detê-lo até o ano de 1980 com o trabalho de Dan Olweus, que desenvolveu parâmetros para detectar a violência de forma eficiente, além de um programa de intervenção que se caracterizou por elaborar regras claras contra o *bullying* escolar, envolvendo ativamente familiares e professores, eliminando mitos através da conscientização e promovendo apoio e proteção às vítimas.²⁴

Atualmente, o país que mais sofre e em contrapartida mais pesquisa o fenômeno *bullying* escolar é os Estados Unidos, como bem podemos verificar pelos meios de mídia. Devido aos níveis elevados, os pesquisadores norte-americanos classificam o *bullying* como “um conflito global, que originará um grande número de adultos abusadores e delinquentes”.²⁵

O psiquiatra Timothy Brewerton, apresentou em 2011, pesquisa feita em conjunto com o

²⁰RJTJSP41:121 *apud* GONÇALVES, 2011.p. 168.

²¹SANTOS, Carvalho *apud* GONÇALVES,2011.p. 191.

²²BARBOSA SILVA, Ana Beatriz . **Bullying**: Mentis perigosas nas escolas. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. p. 20.

²³BARBOSA SILVA, Ana Beatriz. **Bullying**: Combater é uma questão de justiça. Brasília: CNJ, 2010.

²⁴ Ibid.

²⁵DANTAS, Pedro. **Bullying motivou 87% de ataques em escola**. O Estado de São Paulo. Edição de 16.4.2011. Disponível em < www.estadao.com.br> . Acessado em 20 maio 2014.

serviço secreto, contando que, dos sessenta e seis ataques á escolas que ocorreram no mundo entre 1966 e 2011, 87% (oitenta e sete por cento) dos atiradores sofreram *bullying* escolar, e destes ataques 70% (setenta por cento) ocorreram nos Estados Unidos e que naquele país, aproximadamente 160 mil (cento e sessenta mil) crianças e adolescentes faltam diariamente às aulas por medo de sofrer *bullying* escolar.²⁶

Contemporaneamente, destacam-se os trabalhos da cientista política norte americana, Rachel Simmons, que, vítima de *bullying* escolar durante a infância e adolescência, se dedicou na fase adulta a pesquisar o fenômeno. Mormente no que tange em sua forma mais difícil de detectar: o *bullying* escolar feminino, onde as meninas “[...]atacam dentro de um círculo bem fechado de amigas[...]Dentro da cultura da opressão oculta[...]brigam usando a linguagem corporal e os relacionamentos[...]Nesse mundo, a amizade é uma arma.”²⁷

No Brasil, o *bullying* ainda é insuficientemente estudado, o que há são tentativas isoladas, mas louváveis, de estabelecer critérios para compreender e intervir no fenômeno, como por exemplo, a campanha do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)²⁸.

O termo *bullying* possui diferentes definições nas literaturas científicas mundiais, mas, neste ponto é pertinente a equiparação do mesmo com o assédio moral, vez que, ao menos na literatura nacional (Gabriel Chalita, Lélío Braga Calhau, Ana Beatriz B. Silva e Cléo Fante) conforme interessante trabalho de Saldanha²⁹, pode-se adequar ao entendimento de assédio moral por Marie-France Hirigoyen: “Qualquer conduta abusiva, manifestando-se[...]por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa.”

Nesse diapasão, o assédio moral é espécie e o *bullying* é gênero uma vez que o primeiro pode ser praticado por qualquer grupo enquanto o segundo é de exclusividade de indivíduos em idade escolar.³⁰ Uma vez reconhecido o *bullying* escolar como assédio moral também se reconheceu o dever de indenizar a vítima.

A Constituição Federal (C.F.) em seu artigo 5º, inciso X garante a indenização pela violação dos direitos fundamentais de qualquer pessoa. Neste aspecto são invioláveis a intimidade, a honra e a imagem dos indivíduos.³¹ Ademais, tal indenização encontra respaldo no princípio, não apenas constitucional mas universal, da dignidade da pessoa humana, enquanto direito que visa garantir o conforto existencial dos indivíduos, protegendo-os de sofrimentos evitáveis na esfera social.³² Sendo

²⁶Ibid.

²⁷SIMMONS, Rachel. **Garota Fora do Jogo**: a cultura da agressão oculta entre as meninas. Rocco: 2002. p.11-12.

²⁸BARBOSA SILVA, 2010.

²⁹SOARES, 2013?.p.17.

³⁰ Id.2013?.p. 38.

³¹BRASIL. Constituição Federal. 4 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

³²CHIMENTI,Ricardo C. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.p.33.

assim, muito além da integridade física ou mental, o *bullying* escolar violenta a dignidade humana do indivíduo.

Ingo Wolfgang Sarlet define dignidade da pessoa humana como uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado.³³ Teóricos entendem, à exemplo de Bonavides, que nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição Federal de 1988 que o princípio da dignidade da pessoa humana.³⁴ Atualmente, atribui-se a todo ser humano um predicado de dignidade e essa dignidade o transforma em pessoa, sujeito de direitos essenciais, direitos esses derivados da própria condição humana.³⁵ Logo, quando a dignidade do indivíduo em desenvolvimento é dilapidada através do *bullying* escolar, pode-se dizer que, além de seus direitos essenciais, essa violência ameaça sua condição de humano.

É sabido que o *bullying* escolar pode desencadear sintomas psicossomáticos como cefaléia, cansaço crônico, náuseas, alergias, crise de asma, desmaios, etc. Podem levar o humano a tal nível de sofrimento que o mesmo venha a desenvolver transtorno do pânico, fobia escolar, fobia social (transtorno de ansiedade social), transtorno de ansiedade generalizada, depressão, anorexia, bulimia, transtorno obsessivo-compulsivo, transtorno do estresse pós-traumático, e em menor frequência esquizofrenia.³⁶ Nesse sentido afirma os estudiosos da psicologia: “[...] quanto mais a criança sofrer, viver ou sentir ameaças de perdas afetivas, de desproteção, de exclusão ou de rejeição no grupo, mais perturbada será a sua sociabilização.³⁷ Ao observar os efeitos do *bullying* escolar que, ao afetar a dignidade do indivíduo, resulta em um dano que gera desconforto, angústia, medo, doenças que impossibilitam a vítima de desenvolver-se em suas relações intersubjetivas, encontra-se a legitimidade do pleito compensatório.³⁸

Deste modo, o direito não poderia ficar alheio a esse fenômeno social que atinge as crianças e adolescentes e afronta o direito humano à dignidade, apesar dos esforços mundiais para protegê-los.

Para Saldanha, é na responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas que se fundamenta a responsabilidade civil das escolas. E que, quando o *bullying* escolar ocorrer a escola deverá indenizar os danos que se originaram desta violência.³⁹

As funções da indenização civil pela prática do *bullying* vão muito além de simplesmente dar ao estudante que sofre *bullying* escolar um valor monetário. Avante, Saldanha aborda a função de

³³SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. 3ª. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001. p. 29/30.

³⁴BONAVIDES, Paulo *apud* BRASIL, Gisllana da Silva. . **Bullying**. Caçador: 2011.p.20.

³⁵PIOVESAN, Flávia *apud* BRASIL, 2011.p. 23.

³⁶BARBOSA SILVA, 2010.p. 25-32.

³⁷NERY, Maria da P. **Vínculo e Afetividade**: caminhos das relações humanas.São Paulo: Ágora, 2003. p. 45.

³⁸SALDANHA, 2013? a. p.46.

³⁹Id.,2013?.p.66.

punir e de prevenir conjuntamente, pois uma vez que pune a instituição de ensino, pela redução patrimonial, por possibilitar o acontecimento do *bullying* em suas dependências, induzindo essa instituição a tomar precauções para impedir que a violência ocorra novamente, diante do temor da indenização que dela resultar. A indenização também serve como instrumento auxiliar na inibição e conscientização nas campanhas anti-*bullying* por seu caráter regulador das ‘[...]condutas intersubjetivas[...]’⁴⁰

Pacificada se encontra a questão, no panorama jurídico, referente à existência do direito do aluno vítima de *bullying* escolar de ser indenizado, pela escola, pelo sofrimento, constrangimento e humilhações sofridas(A.C. Nº 1.0024.00.147114-3/001 MG; A.C. Nº 70049350127 RS; A.C. Nº 20080456490 SC 2008.045649-0 SC; A. C. Nº 20060310083312 DF) Contudo, parece que, as instituições de ensino não são amplamente responsáveis pelas condutas inapropriadas dos *bullyings*, pois o Código Civil prevê que os pais são sempre responsáveis pelos atos dos filhos menores (de idade), independente de culpa, caracterizando uma responsabilidade objetiva.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SOLIDÁRIA DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO E DAS FAMILIAS NOS CASOS DE *BULLYING* ESCOLAR

Saldanha defende que a consolidação da personalidade, que ocorre na infância, é atribuída à educação basilar recebida da família, onde o infante aprende parâmetros comportamentais para a vida social, “desse modo os pais e a família seriam os responsáveis pela incursão dos primeiros valores e idéias da vida em sociedade na concepção mental de seus filhos [...] reproduzidos nos ambientes escolares.”⁴¹

Relevante o que explica Saldanha sobre o resultado esperado do trabalho integrado entre instituição e família: “O resultado desta equação educacional (família+escola) deve desenvolver e potencializar as capacidades psíquicas, afetivas, intelectuais e sociais da criança”. E constata que a responsabilidade pela formação de caráter e personalidade de um infante é compartilhada entre seus primeiros simulacros sociais: família e escola.⁴²

Em conformidade com o enunciado acima, “ as falhas de conduta que geram danos a outro dentro do ambiente escolar deve ser compartilhado igualmente entre instituição de ensino e familiares do agressor ”.⁴³ Tal posicionamento jurídico encontra-se alinhado com os deveres “*in educcendo e in vigilando*,” surgidos da escolha, direta ou indireta, de gerar filhos e conseqüentemente exercer o “pode familiar” que abarca a necessidade de educar e vigiar e, não o fazendo atribui aos pais a

⁴⁰SOARES, 2013?b.p.41.

⁴¹ SOARES, Alexandre Saldanha Tobias Soares. **A responsabilidade civil das instituições de ensino em relação aos efeitos do Bullying**. 1º ed. Editora J.M: Curitiba, 2013. p. 92.

⁴² Ibid, p.72.

⁴³ Ibid, p. 72.

responsabilidade pelos atos danosos praticados por seus filhos.⁴⁴ O universo jurídico existente conhece tal responsabilidade através da teoria da guarda, “na qual alguém compromete-se a vigiar e zelar pela integridade de pessoa ou coisa.”⁴⁵ No final da mesma obra, Saldanha posiciona-se concluído que “os pais são responsáveis exclusiva e solidariamente pelo *bullying* praticado por seus filhos”⁴⁶ Logo, ao considerar que cada ente educacional tem sua cota de culpa, é possível considerar responsabilizá-los coletivamente na visão deste pensador.⁴⁷

Para atingir o desiderato de uma análise ampla das correntes mais relevantes é essencial que se conheça os ensinamentos do mais relevante nome da atualidade no que tange ao combate e a pesquisa do *bullying*: Ken Rigby, autor de mais de cem obras referentes ao *bullying*.

No que tange a influência dos familiares na conduta das crianças e adolescentes que praticam *bullying* Rigby aponta uma série de condutas a serem observadas, reconhecendo aí o impacto destes nas atitudes dos infantes, entre elas: “Evitem educar de forma autoritária, fria[...] Isso pode resultar em crianças que se comportam de forma agressiva para com os seus colegas na escola. Seu filho pode copiar você.”⁴⁸

Mas, se é verdade que a rigidez e os castigos em excesso são prejudiciais para a formação do indivíduo, a permissividade extrema é ainda mais danosa, como aconselha Rigby: “Não seja excessivamente permissivo também. As crianças precisam saber que há limites para o que eles podem fazer.”⁴⁹ Acima de tudo, Rigby valoriza o exemplo dos pais ou responsáveis para a formação do caráter das crianças e adolescentes, como destaca: Reflita sobre os comportamentos de sua família: “Olhe sinceramente o comportamento dentro de sua família. Crianças copiam seus modelos.”⁵⁰

Ora, diante da complexidade da educação de um ser humano, como pode a escola ser responsabilizada integralmente pelas falhas de caráter de seus alunos que praticam *bullying* em suas instalações, enquanto cabe aos familiares a tarefa de através do exemplo e da dedicação que lhes são inerentes bem educar seus filhos? Rugby, reconhece em sua obra a necessidade da atuação dos genitores na manutenção da pacificação social no simulacro escolar, vez que os alunos reproduzem nos bancos escolares as condutas aprendidas em suas casas.

Nessa nossa época de desassossegos, é reconfortante perceber que os doutrinadores em tela convergem em seus pensamentos. E que, apesar de estudarem ramos diferentes do conhecimento humano, todos concluem que os familiares possuem responsabilidade direta nos casos de *bullying* escolar, uma vez que suas crianças reproduzirão na escola o comportamento aprendido em casa seja

⁴⁴ AQUINO, Gerliann *apud* SOARES, 2013. p. 92.

⁴⁵ SOARES, 2013. p. 92.

⁴⁶ *Ibid*, 2013. p. 94.

⁴⁷ SALDANHA, [2013?].p.74.

⁴⁸ *Ibid*.

⁴⁹ RIGBY, Ken. Disponível em : < www.kenrigby.net>. Acesso em 19 set. 2014.

⁵⁰ NATIONAL CENTRE AGAINST BULLYING. Disponível em :< www.ncab.org >. Acesso em 19 set. 2014.

pela rigidez extrema seja pela permissividade inconsequente. Afinal, é responsabilidade dos pais, e não da escola, bem educar seus rebentos.

Ensina Dalai-Lama: “É essencial ter menos filhos, ter apenas os que podemos criar de maneira apropriada. Além da educação, deve-se insistir com eles sobre o valor da vida humana e do afeto”.⁵¹ O filósofo Cortella explica a problemática:

As sociedades ocidentais contemporâneas transferiram, [...] os cuidados com as crianças das famílias para as escolas; a formação e informação cognitiva [...] passou a ser entendida como uma tarefa essencial do espaço escolar, em substituição a uma convivência familiar cada vez mais restrita em qualidade e quantidade.⁵²

Para aprimorar a formação ética das crianças e adolescentes que praticam o *bullying* escolar é preciso “refocar” o convívio entre crianças e adolescentes e seus familiares. Cortella explica que refocar “[...] é restaurar e reforçar. É recompor potências, recuperar forças, retomar a animação, isto é, a vitalidade [...] de forma a trazer de volta aquilo que talvez tenha se ausentado.”⁵³

A psicologia entende o comportamento da criança e do adolescente, como reflexo do cotidiano, e até mesmo, como reprodução da conduta praticada pelos adultos que lhe servem de modelo, como bem ensina Weil: “pesquisas de Psicanálise e de Psicologia Social colocaram em destaque o fato de a conduta dos filhos na escola e em casa ser, em grande parte, uma reação ao comportamento dos pais para com os filhos.”⁵⁴

A prática do *bullying* preenche todos os requisitos e se torna indenizável, como amplamente abordado nos capítulos anteriores e já pacificado na jurisprudência. Contudo, a indenização por si só não afeta todos os agentes envolvidos no dano. Pois quando o dano ocorre na instituição de ensino, incompleto é o efeito pedagógico de responsabilizar civilmente apenas os administradores e/ou professores. Na prática, o agressor continuará tendo uma educação permissiva e relapsa por parte de seus familiares, conforme demonstra a psicologia, e voltará a se envolver em relações de poder desequilibradas, principalmente na vida adulta.

Categórico é Gonçalves quando afirma que “a responsabilidade civil dos pais independe de culpa (Código Civil, artigo 933)” e ainda complementa “[...] responde pelo ressarcimento do dano causado pelo filho o pai que não o educa bem ou não exerce a vigilância possibilitando-lhe a prática de algum delito, como [...] a lesão corporal e outros”. Ou seja, uma vez comprovado o ato ilícito do infante, conseqüentemente haverá responsabilidade civil solidária dos genitores, independentemente de culpa destes e ainda, independentemente do local do dano. Através da teoria do risco, abordada no primeiro capítulo, entende a doutrina que, se os pais geram filhos, correm o risco de que suas

⁵¹ LAMA, Dalai. **Amor, Verdade e Felicidade**. 3.ed.Rio de Janeiro: BestBolso, 2011.p. 66.

⁵² CORTELLA, Mario Sergio. **Provocações Filosóficas: Não Nascemos Prontos!** . 16. Ed. Petrópolis: Vozes, 2013.p.47.

⁵³ Id. 2013b.p.65.

⁵⁴ WEIL, Pierre. **A criança, o lar e a escola**. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 1984. p. 45-46.

atividades resultem em danos para outros, tendo então que responder solidariamente com seus causadores. Em outras palavras, “pela ordem natural da vida, os pais, biológicos ou adotivos, [...], são responsáveis por toda a atuação danosa atribuída aos seus filhos menores”.⁵⁵ E, o fato do dano ocorrer na escola, sob a forma de *bullying* escolar, não compõe excludente de responsabilidade civil.

Ao término deste capítulo, é possível resumir que a legislação, a doutrina e a jurisprudência, apesar de caminharem em ritmos diferentes, se direcionam para a responsabilização objetiva e solidária do *bullying* escolar, uma vez que, a responsabilidade pela formação da criança e do adolescente é, principalmente, dos seus familiares. Isso posto, cabe ainda dizer os benefícios éticos, morais e psicológicos de tal responsabilização, que visa mais do que indenizar a vítima, objetiva também possibilitar a reflexão de conduta dos genitores do agressor, beneficiando assim todos os envolvidos.

5 CONCLUSÃO

A *priori*, é sabido que a finalidade da responsabilidade civil é restaurar a paz social e conseqüentemente prevenir a vingança privada. A responsabilidade civil, enquanto reflexo do desenvolvimento do direito, como explica Dias e Venosa, presa por um sistema solidarista de reparação do dano se respaldando no art. 927 do Código Civil. Sendo o *bullying* escolar, conduta altamente reprovável e censurável, e preenchendo os requisitos para ser indenizável, irrefutável é o dever de indenizar e assim, compensar o dano extrapatrimonial causado as vítimas. Adotando-se a teoria do risco, ou objetiva, onde todo indivíduo que exerce atividade gera um risco de causar dano para outrem, sendo assim, obrigado à repará-lo, convoca-se as escolas para a responsabilidade civil objetiva que lhes cabe diante da prática do *bullying*. Tal entendimento já é aplicado pela jurisprudência. Mas a responsabilidade dos pais frente a conduta danosa dos filhos, enquanto objeto do presente artigo se provou viável.

Nesse diapasão, a teoria do risco esclarece que se os pais geram filhos, correm o risco de que suas atividades resultem em danos para outros, tendo então que responder solidariamente. Sendo assim, conclui-se pela viabilidade da responsabilidade civil solidária entre familiares e instituições de ensino nos casos de *bullying* escolar. Visto que, a conduta dos pais reflete no ato dos filhos, como bem justificado pela psicologia.

Diante da fluidez dos tempos está na hora de uma nova pedagogia, uma nova compreensão do papel do homem em sociedade. Uma real mudança do paradigma educacional, revolucionando as prioridades, como bem ensina Buarque, a fim de estimular a cooperação ao invés da competição, priorizando princípios humanistas ao invés de mercantilistas. É tempo de aprimorar-se o olhar para a formação ética das pessoas, mormente das crianças e adolescentes, através de ações que envolvam

⁵⁵ GAGLIANO, 2006. p.152.

toda comunidade: familiar, escolar, jurídica e política, pois, como ensina Carl Sagan: “*Se não nos destruírmos iremos um dia nos aventurar até as estrelas*”.

6 REFERÊNCIAS

BARBOSA SILVA, Ana Beatriz. **Bullying**: Combater é uma questão de justiça. Brasília: CNJ, 2010.

BARBOSA SILVA, Ana Beatriz. **Bullying**: Mentres perigosas nas escolas. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal**. 4 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

CHIMENTI, Ricardo C. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CORTELLA, Mario Sergio. **Provocações Filosóficas**: Não Nascemos Prontos! 16. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

CORTELLA, Mario Sergio. **Provocações Filosóficas**: Não Nascemos Prontos! . 16. Ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

DANTAS, Pedro. *Bullying* motivou 87% de ataques em escola. O Estado de São Paulo. Edição de 16.4.2011. Disponível em <www.estadao.com.br> . Acesso em 20 maio 2014.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LAMA, Dalai. **Amor, Verdade e Felicidade**. 3.ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2011.

NATIONAL CENTRE AGAINST BULLYING. Disponível em : <www.ncab.org.au/parents/otherchildren> . Acesso em 19 de set. de 2014.

NERY, Maria da P. **Vínculo e Afetividade**: caminhos das relações humanas. São Paulo: Ágora, 2003.

RIGBY, Ken. Disponível em : < www.kenrigby.net>. Acesso em 19 de set. de 2014.

SALDANHA, Alexandre. A responsabilidade civil das instituições de ensino em relação ao efeito *bullying*. Curitiba: 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. 3ª. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001.

SIMMONS, Rachel. **Garota Fora do Jogo**: a cultura da agressão oculta entre as meninas. Rocco: 2002.

SOARES, Alexandre Saldanha Tobias. A responsabilidade civil das instituições de ensino em relação aos efeitos do *Bullying*. 1º ed. Editora J.M: Curitiba, 2013.

SOARES, Alexandre Saldanha Tobias. **E-book *Bullying e Direito***. Editora Online Corujito:[2013?].

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso De Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol III. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**.13 ed. São Paulo:Saraiva,2011.

PEREIRA,Caio M. da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III.7ª.ed.Rio de Janeiro:Forense,1986.

VENOSA, Sílvio de S. **Direito civil:responsabilidade civil**.9.ed.São Paulo:Atlas, 2009.

WEIL, Pierre. **A criança, o lar e a escola**. 11. Ed. Petrópolis: Vozes, 1984.

POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CONCESSÃO DE ALIMENTOS TRANSITÓRIOS: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

Eloisa de Souza Hobus Linhares¹
Claudia Regina Althoff Figueiredo²

Recebido em: 24 jun. 2015

Aceito em: 14 nov. 2015

Resumo: A pesquisa tem como objeto de estudo os alimentos transitórios e a possibilidade de concessão destes alimentos a termo, ou seja, com prazo certo para findar-se, mesmo sem previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, analisando a aplicação de alimentos transitórios como lícitos sob a ótica da doutrina e jurisprudência. O objetivo geral da pesquisa é analisar a licitude da concessão de alimentos a termo pressupondo que o alimentando seja pessoa com capacidades que permitam a obtenção de trabalho. Outrossim, demonstrar que tal circunstância forçará o alimentando a tomar atitudes para resolver a situação a cerca de sua autonomia financeira, deixando, portanto, de onerar demasiadamente o alimentante de forma vitalícia, após a dissolução do casamento ou da união estável. Como objetivos específicos: a) Contextualizar o tema alimentos no direito brasileiro; b) caracterizar os alimentos transitórios e sua função social; c) pesquisar no direito sobre a validade da concessão de alimentos transitórios, ou seja, com prazo definido; d) discorrer sobre o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a aplicação de alimentos transitórios. Destaca-se que tendo o ex-cônjuge ou ex-companheiro possibilidade de conquistar novamente sua independência financeira, conforme entendimento dos doutrinadores atuais é lícito ao alimentante propor que a obrigação de alimentar se dê por tempo determinado, encerrando-se automaticamente ao findar-se o prazo estabelecido. Quanto à Metodologia, será utilizada a base lógica Indutiva. Serão utilizadas as Técnicas do Referente, Categoria, Conceito Operacional e Pesquisa Bibliográfica. O resultado final da pesquisa será divulgado por meio de artigo científico.

Palavras-chave: Família. Alimentos. Alimentos transitórios. Licitude. Direito e Cidadania.

LEGAL POSSIBILITY OF TRANSITIONAL FOOD AWARD: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF FAMILY SOCIAL

Abstract: The research is the object of study transient food and the possibility of granting these foods term, ie for a limited period to be ended, even without legal provision in Brazilian law, analyzing the application of transient food as lawful under the perspective of doctrine and jurisprudence. The overall objective of the research is to examine the legality of the food concession term assuming that the feeding is person with capabilities that allow for obtaining work. Moreover, to demonstrate that such circumstances will force the feeding take action to

¹ Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Bacharel em Administração pelo Instituto Blumenauense de Ensino Superior, Blumenau, Santa Catarina (IBES).

² Doutora em Ciências Sociais e Jurídicas pela UMSA; Mestre em Ciência Jurídica do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí; Especialista em Direito Civil e Graduada em Direito pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Advogada pesquisadora e professora do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Família constitucionalizada: as possibilidades de organização familiar no direito brasileiro e sua tutela jurídica na perspectiva dos tribunais superiores, vinculado ao Grupo de Pesquisa e Extensão Paidéia de Balneário Camboriú – CEJURPS.

resolve the situation about their financial autonomy, leaving therefore overly burdening the alimentante for life after the dissolution of marriage or common-law marriage. Specific objectives: a) To contextualize the theme food in Brazilian law; b) to characterize the transitional food and its social function; c) search the right on the validity of the granting of transitional foods, ie time-bound; d) discuss the doctrinal and jurisprudential understanding of the application of transient food. It is noteworthy that with the ex-spouse or ex-partner ability to regain its financial independence, as understanding of current scholars is lawful for alimentante propose that the obligation to be given food for a time, to a close automatically to ending the deadline. As for methodology, the rationale Inductive will be used. Regarding the Techniques, Category, Operational Concept and Research Bibliography will be used. The end result of the research will be disseminated through scientific article.

Keywords: Family. Food. Transitory food. Lawfulness. Law and Citizenship.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objeto o estudo sobre a possibilidade da concessão de alimentos a termo mesmo diante da falta de lei específica que regulamente tal situação. Trata-se de uma pesquisa à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras, contextualizando o instituto no direito brasileiro e diferenciando alimentos compensatórios com a sua função indenizatória dos alimentos transitórios com seu caráter temporário. A aplicação de alimentos transitórios tem o fito de permitir que determinada pessoa possa suportar o abalo econômico causado após um divórcio ou dissolução de união estável até alcançar condições para sua manutenção, este instituto encontra embasamento nas palavras dos doutrinadores atuais e na jurisprudência que se forma no sentido de aceitar a licitude de tal concessão, mesmo ante a inexistência de lei específica prevendo concessão de alimentos a termo.

O objetivo geral da pesquisa é analisar a licitude da concessão de alimentos a termo pressupondo que o alimentando seja pessoa com capacidades que permitam a obtenção de trabalho. Outrossim, demonstrar que tal circunstância forçará o alimentando a tomar atitudes para resolver a situação a cerca de sua autonomia financeira, deixando, portanto, de onerar demasiadamente o alimentante de forma vitalícia, após a dissolução do casamento ou da união estável. Como objetivos específicos: a) Contextualizar o tema alimentos no direito brasileiro; b) caracterizar os alimentos transitórios e sua função social; c) pesquisar no direito sobre a validade da concessão de alimentos transitórios, ou seja, com prazo definido; d) discorrer sobre o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a aplicação de alimentos transitórios. Para sua realização, será ainda necessário definir as diferenças entre alimentos compensatórios e alimentos transitórios. Destaca-se que tendo o ex-cônjuge ou ex-companheiro possibilidade de conquistar novamente sua independência financeira, conforme entendimento dos doutrinadores atuais é lícito ao alimentante propor que a obrigação de alimentar se dê por tempo determinado, encerrando-se automaticamente ao findar-se o prazo estabelecido. A aplicação de alimentos transitórios é atribuída a situações específicas, para possibilitar muitas vezes a inserção de pessoa ao mercado de trabalho ou incentivar um filho a levar a diante curso superior que este vem adiando, sempre com prazo para terminar. A pesquisa foi

desenvolvida em cinco etapas, quais sejam: escolha do tema, determinação de objetivos e metodologia, coleta e tabulação de dados, conclusão e redação para apresentação do trabalho científico. Quanto à metodologia em específico destaca-se que o relato dos resultados foi composto na base lógica Indutiva³. Nas diversas fases da Pesquisa, foram utilizadas as Técnicas do Referente⁴, da Categoria⁵, do Conceito Operacional⁶ e da Pesquisa Bibliográfica⁷.

Em linhas gerais, foi nesse universo que se desenvolveu a pesquisa, não com o intuito de esgotar o tema, mas sim o de contribuir, nessa medida, para a Ciência Jurídica.

2 CONCEITO DE ALIMENTOS

Em relação ao conceito de alimentos, pode-se afirmar que este instituto decorre do fundamento valorativo que visa garantir à vida.⁸ Inicialmente importa destacar que os alimentos familiares se originam de uma relação familiar, mas dizem respeito também a todas as pessoas da sociedade, pois as consequências destas relações propagam-se para além do círculo familiar e justamente por esta razão, justifica-se a intervenção das normas de ordem pública direcionadas ao tema.

Esta relação alimentícia é a mais pura simbolização do princípio da solidariedade, visto que, aquele que não possui condições de sustentar-se através dos frutos do seu próprio trabalho, não pode ser deixado ao léu, tornando-se obrigação da sociedade e do Estado brasileiro socorrer aqueles que encontram-se em situação desfavorável, como nos ensina Tartuce:⁹ “Os alimentos podem ser conceituados como as prestações devidas para a satisfação das necessidades pessoais daquele que não pode provê-las pelo trabalho próprio.” Aquele que demanda por alimentos é chamado alimentando ou credor, enquanto que aquele que assume a obrigação de pagar é chamado alimentante ou devedor.

Para Fachin¹⁰ “em sentido amplo, os alimentos devem compreender as necessidades vitais da pessoa, cujo objetivo é a manutenção da sua dignidade: a alimentação, a saúde, a moradia, o vestuário,

³ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB editora, 2007. p. 104.

⁴ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

⁵ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31.

⁶ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

⁷ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

⁸ MEDEIROS, Guilherme Luiz Guimarães. **A natureza jurídica dos alimentos**. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/artigos/a-natureza-juridica-dos-alimentos/>. Acesso em: 19 jan. 2015.

⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014. v 5.p. 468.

¹⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 468.

o lazer, a educação, entre outros.” Observa-se a absoluta proteção da pessoa humana e de seus direitos sociais mencionados pelo artigo 6º da Constituição Federal de 1988, preza-se pela atenção a tais direitos, principalmente fundamentando-se no princípio da solidariedade familiar e não simplesmente nas relações de parentesco, casamento ou união estável.

3 PRESSUPOSTOS DA PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA

São pressupostos básicos para a prestação de alimentos: o vínculo de parentesco ou casamento/união estável, a necessidade do credor e a possibilidade do devedor, conforme explana-se a seguir.

Disserta Tartuce¹¹ sobre o fundamento legal para o dever de conceder alimentos no trato familiar:

O pressuposto ou fundamento legal para o dever de prestar alimentos nas relações familiares consta do art. 1.694 do CC/2002, que tem a seguinte redação: “Podem os parentes, cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”. Diante da tendência de reconhecimento da união homoafetiva e do casamento homoafetivo como entidades familiares, de forma exaustiva demonstrada nessa obra, firme-se a premissa de que os alimentos também podem ser pleiteados em tais relacionamentos familiares, sem qualquer distinção.

O sentido dos alimentos tem por fito, em primeiro lugar, proteger o estado anterior, o que abrange, pela interpretação do texto legal, a educação. O autor esclarece ainda que os companheiros também podem pleitear alimentos uns dos outros com igualdade entre si, ou seja, a esposa pode pleitear alimentos do marido e vice-versa e a companheira pode arguir alimentos do companheiro e vice-versa.

Argumenta Tartuce¹² que os alimentos devem ser assegurados levando em consideração o binômio, necessidade de quem os pleiteia x possibilidade de quem os deve prestar:

Em relação à possibilidade de quem paga os alimentos, esclareça-se que VI Jornada de Direito Civil foi aprovado o Enunciado nº 573, prescrevendo que “Na apuração da possibilidade do alimentante, observar-se-ão os sinais exteriores de riqueza”. O binômio é confirmado pelo art. 1.695 do Código Civil em vigor, que aduz: “São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.”

Deve sempre estar presente o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade no momento da concessão de alimentos, para o alcance do *quantum* justo. Incluem-se também na situação ilustrada

¹¹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** direito de família. p. 468-469.

¹² TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** direito de família. p. 470.

como afirma Alves¹³ àquele que pode trabalhar, mas não consegue emprego ou a mulher que está fora do mercado de trabalho enquanto busca recolocação, tendo direito de pleitear alimentos pela aplicabilidade do princípio da função social da família e pela manutenção do estado *a quo*.

Alguns autores denominam os pressupostos como trinômio por decorrência do princípio da proporcionalidade. A concessão dos alimentos deve observar às necessidades do alimentando e às possibilidades do alimentante. Existindo modificação neste parâmetro, é possível, a qualquer momento, rever o valor da obrigação alimentícia. É possível verificar certa afronta entre o binômio necessidade/possibilidade, pois um é exatamente oposto ao outro, por esta razão, surgiram correntes que passam a chama-lo trinômio, proporcionalidade/necessidade/possibilidade, permitindo a procura por um novo equilíbrio para o valor dos alimentos. A proporcionalidade, ou melhor, o desequilíbrio na proporcionalidade da prestação alimentícia é que autoriza a revisão ou a exoneração da obrigação alimentar.¹⁴

4 CARACTERÍSTICAS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

A obrigação alimentar tem características ímpares e por isso mesmo merecem um estudo aprofundando de cada uma delas. Tartuce¹⁵ elenca abaixo e explica brevemente a relação de características dos alimentos.

Direito personalíssimo, significa dizer que o direito dos alimentos é personalíssimo, uma vez que, somente aquele que mantém relação de parentesco, casamento ou união estável com o devedor ou alimentante pode pleiteá-los, dentro do binômio possibilidade/necessidade.

Reciprocidade, pois a obrigação de alimentos é recíproca entre cônjuges e companheiros. A reciprocidade da obrigação e do direito também existe entre pais e filhos, sendo extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns na falta de outros (arts.1.694 e 1.696 do CC).

Irrenunciabilidade, o art. 1707 do CC é claro ao preceituar que: “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo p respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.”

Obrigação divisível ou solidária, a obrigação de alimentos “é divisível entre parentes do necessitado, encarregados da prestação alimentícia, salvo se o alimentando for idoso, visto que a obrigação passará, então, a ser solidária, cabendo-lhe optar entre os prestadores (Lei nº 10.741/2003,

¹³ ALVES, Jones Figueirêdo. **Abuso de direito no direito de família**. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2006, p. 471.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Princípio da proporcionalidade para além da coisa julgada**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI33147,41046-Principio+da+proporcionalidade+para+alem+da+coisa+julgada>. Acesso em: 19 jan. 2015.

¹⁵TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. p. 475-496.

art. 12).”

Obrigação imprescritível, a pretensão aos alimentos   imprescritível, podendo ser mencionadas três razões para essa não sujei o   prescri o e   decadência: 1^a a a o de alimentos envolve estado de pessoas; 2^a a a o de alimentos   a o de Direito de Família; 3^a a a o de alimentos tem natureza predominantemente declaratória.

Obriga o incessável e inalienável, a obriga o alimentar não pode ser objeto de cessão gratuita ou onerosa. Essa cessão deve ser lida em sentido amplo, a englobar a cessão de crédito, a cessão de débito ou assun o de d vida e mesmo s cessão de contrato, se excepcionalmente for o caso.

Obriga o incompens vel, o art. 1.707 do Código Civil veda que a obriga o alimentar seja objeto de compensa o, forma de pagamento indireto que gera a extin o de dúvidas mútuas ou recíprocas, entre pessoas que são, ao mesmo tempo, credoras e devedoras entre si (arts. 368 a 380 do CC).

Obriga o impenhorável, por ser, incessável e inalienável, a obriga o alimentar   ainda impenhorável (arts. 1.707 do CC e art. 649, IV, do CPC). Essa impenhorabilidade mant m rela o com o Estatuto Jurídico do Patrim nio Mínimo, de Luiz Edson Fachin.

Obriga o irrep vel, a irrepetibilidade dos alimentos   conceito antigo relacionado com a obriga o em questão, mo sentido de que, sendo pagos, em hipótese alguma caberá a o de repeti o de indébito.

Obriga o intransacion vel e não sujeita   arbitragem, a obriga o alimentar não pode ser objeto de transa o, ou seja, de um contrato pelo qual a d vida   extinta por concessões mútuas ou recíprocas (arts. 840 a 850 do CC). Além de intransacion vel na essência, a obriga o alimentar não pode ser objeto de compromisso de arbitragem (art.852 do CC/2002)

Obriga o transmissível, o dispositivo art. 1.700 do CC aduz “A obriga o de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694”. De acordo com o comando legal, em rela o ao devedor, está consagrada a transmissibilidade da obriga o alimentar.

Esta última característica da transmissibilidade gera certa pol mica, no mesmo sentido pensa Alves¹⁶ que aponta “os herdeiros não respondem somente até os limites das dúvidas do alimentante vencidas enquanto este era vivo, havendo assun o total da obriga o alimentar de forma continuada”.

Já para Dias¹⁷, a transmissão da obriga o vai apenas até o limite da herança, não havendo uma assun o integral.

¹⁶ ALVES, Jones Figueirêdo. **Abuso de direito no direito de família**. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2006, p. 497.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre, 6^a Ed. São Paulo: RT, 2010. p. 497.

Com o intuito de solucionar a discussão sobre o tema existe proposta de alteração do art. 1.700 do CC/2002, no projeto a obrigatoriedade ficaria restrita apenas para os casos de casamento e união estável, enquanto que não seria obrigatória para os casos de parentesco.

5 ALIMENTOS TRANSITÓRIOS

Os alimentos transitórios, referentes àqueles fixados ao ex-cônjuge ou ex-companheiro, por prazo determinado, são admitidos por parte da jurisprudência e da doutrina. Para Buzzi¹⁸ trata-se da existência de uma nova compreensão a respeito da limitação dos alimentos provenientes do casamento e da união estável, com tempo determinado para acabar, esta nova visão encontra embasamento no argumento de que já não se admite obrigar um dos cônjuges participante da união desfeita a imposição de prover o sustento da outra por toda a vida, quando aquela tem condições de reunir as características necessárias para aprovisionar seu próprio sustento.

O autor explica que admite-se uma exceção:

Admite-se exceção, quando aquele que pleiteia assistência não puder se manter com seus próprios recursos, [...] mesmo gozando de aptidões físicas e mentais, não consegue obter seu provimento devido à falta de habilidade para o trabalho, em virtude de ter dedicado todos os anos da sua vida útil profissionalmente, às lides típicas da casa, ao atendimento das necessidades da família, ou mesmo, simplesmente, por lhe ter sido imposto um estilo de vida como inerente à manutenção de um *status* social.¹⁹

No tocante ao amparo à concessão de alimentos Buzzi²⁰ descreve em seu livro, que se fundamenta no fato de haver uma nova ideia a respeito da fixação de alimentos, ligada aos conceitos de solidariedade e ao princípio da auto-responsabilidade. Afirma ainda que as acepções categóricas do atual sistema jurídico não satisfazem mais a sua função social nos casos reais contemporâneos, porque cada consorte ao decidir conviver em comunhão, normalmente já possui autonomia financeira, e não casa obrigado a submeter-se ao outro.

Ainda de acordo com Buzzi²¹ observa-se a ideia do autor sobre o princípio da auto-responsabilidade:

O princípio da auto-responsabilidade que obriga a pessoa a lograr a subsistência com o esforço e os meios próprios, justifica a limitação temporal dos alimentos, conforme destacou a fundamentação vazada em alentado estudo doutrinário do aresto preferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, acerca da transitoriedade dos alimentos decorrentes da união estável.

De acordo com Madaleno²² há um novo entendimento constitucional que também limita a

¹⁸ BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. **Alimentos transitórios**: uma obrigação por tempo certo. Curitiba: Juruá, 2004. p. 123.

¹⁹ BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. **Alimentos transitórios**: uma obrigação por tempo certo. 2004. p. 123.

²⁰ BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. **Alimentos transitórios**: uma obrigação por tempo certo. 2004. p. 127.

²¹ BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. **Alimentos transitórios**: uma obrigação por tempo certo. 2004. p. 128.

²² MADALENO, Rolf. **Direito de famílias**: aspectos polêmicos. São Paulo, Livraria do advogado, 1998. p. 83.

compreensão da obrigação alimentar entre os cônjuges ou conviventes, a cerca da falta de definição do tempo para findar-se, destacando-se hoje uma tendência de conceder alimentos apenas durante o tempo necessário para que aquele que necessita receber a pensão alimentícia possa se recolocar no mercado de trabalho, extinguindo-se assim a obrigação do alimentante, de forma a desonerar o ex cônjuge que paga os alimentos e incentivar o ex cônjuge que recebe os alimentos a empregar-se.

Conforme a interpretação constitucional de Oliveira²³ não existe obrigação alimentar frente a situação em que os cônjuges possuam igualdade financeira:

Presume-se do princípio insculpido nos arts. 5º I e 226, parágrafo 5º, da Constituição Federal, o envolvimento tanto da noção de *necessidade* quanto daquela atinente à *igualdade* frente ao dever alimentar, pois não subsiste entre cônjuges ou conviventes, caso se verifique tenham as partes a mesma condição financeira, pois não concorrente o fator necessidade, sendo que, atualmente, em sede de obrigação alimentar, tanto o homem quanto a mulher devem ser tratados com igualdade.

Ferreira²⁴ explica de uma forma bem simplificada a diferença entre os alimentos compensatórios e a nova proposta de concessão de alimentos a termo:

Sinteticamente concluindo, enquanto que os alimentos transitórios – como a própria nomenclatura aponta – visam a suprir necessidades temporárias do necessitado (que a partir deles terá condições de “transitar” de uma fase da vida a outra, para que possa suprir suas necessidades às suas próprias expensas), os alimentos compensatórios têm o escopo de assegurar a menor discrepância possível entre o padrão socioeconômico dos ex-consortes, podendo a verba perdurar vitaliciamente como por apenas alguns meses, bastando que se comprove judicialmente, para que seja revisada, o porquê da necessidade de sua redução, extinção ou mesmo majoração.

A concessão de alimentos transitórios não possui previsão legal, porém vem sendo aplicada e considerada válida por diversos tribunais através de decisões fundamentadas nas doutrinas que ensinam, os alimentos transitórios como o próprio nome diz, servem para que uma determinada pessoa possa transitar de uma fase de vida para outra, na qual possa propiciar a sua própria manutenção com dignidade. Esta proposta em muito se difere da concessão de alimentos compensatórios, pois os alimentos transitórios iniciam com data certa para acabar, enquanto que nos alimentos compensatórios faz-se necessária comprovação judicial para extinguir, reduzir ou majorar a referida verba.

6 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

A solidariedade é o ato humanitário de responder pelo outro, de preocupar-se e de cuidar de

²³ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Alimentos e sucessão no casamento e na união estável**. Porto Alegre: Lumen Juris, 1999. p. 23.

²⁴ FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. Artigo: **Alimentos compensatórios x alimentos transitórios**. Blog atualidades no direito de família. Disponível em: <http://cristianaferreirafamilia.blogspot.com.br/2013/01/alimentos-compensatorios-x-alimentos.html>. Acesso em: 22 mar. 2014.

outro ser humano. É um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, por meio do artigo 3º, I, da Constituição Federal de 1988, quando prescreve: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. É claro que este princípio ressoa no Direito de Família, pois a mesma relação de solidariedade deve haver nas relações entre as pessoas. Fica demonstrada a importância da solidariedade familiar nos casos de necessidade de pagamento de alimentos, conforme o artigo 1.694 do Código Civil de 2002. Aponta-se jurisprudência para exemplificar o mencionado a cima, o Superior Tribunal de Justiça, utilizou do princípio, para motivar o pagamento de alimentos mesmo no caso de união estável formada antes da vigência da lei 8.971/1994, de acordo com o pensamento de Tartuce²⁵. Veja-se:

Alimentos x união estável rompida anteriormente ao advento da Lei 8.971, de 29.12.1994. A união duradoura entre homem e mulher, com o propósito de estabelecer uma vida em comum, pode determinar a obrigação de prestar alimentos ao companheiro necessitado, uma vez que o dever de solidariedade não decorre exclusivamente do casamento, mas também da realidade do laço familiar. Precedente da 4ª turma.²⁶

O julgado citado destaca a relevância da ideia de solidariedade patrimonial, quando reconhece que a norma pode retroagir para garantir a manutenção da vida digna de um indivíduo.

O significado da palavra solidariedade abrange a fraternidade e a reciprocidade. A solidariedade é tida como uma obrigação entre as pessoas que relacionam-se afetivamente, ou seja, é efeito da coexistência entre uns e outros. Anota a Constituição Federal de 1988 sobre a busca de uma sociedade fraterna, nestes termos está presente o princípio da Solidariedade familiar, pois a solidariedade se traduz exatamente em fraternidade, segundo Dias²⁷. A autora apresenta a solidariedade como forma de proteção social da família, conforme a seguir:

Uma das técnicas originárias de proteção social que até hoje se mantém é a família. Aproveita-se a lei da solidariedade no âmbito das relações familiares. Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão.

O princípio da solidariedade familiar como forma de manutenção social é perceptível na legislação brasileira quando, por exemplo, notamos que primeiramente é dever da família assegurar os direitos das crianças e adolescentes e posteriormente da sociedade e só depois incumbe tal responsabilidade ao Estado (CF, art. 227). Da mesma forma encontra-se o princípio da solidariedade exposto no Código Civil, quando dispõe sobre a obrigação alimentar (CC, art.1.694).

Discursa Lôbo²⁸ sobre o papel da solidariedade na família constitucionalizada:

O modelo igualitário da família constitucionalizada contemporânea se contrapõe ao modelo

²⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 2014. p.13.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 102.819/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma, j. 23.11.1998, DJ 12.04.1999. p. 154.

²⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 69.

²⁸ LÔBO, Paulo. **direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33.

autoritário do Código Civil anterior. O consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança paradigmática que inspiram o marco regulatório estampado nos arts. 226 a 230 da Constituição de 1988.

O princípio da solidariedade familiar é um dos principais fundamentos jurídicos justificadores da modificação no modelo de família conservador regido prioritariamente pelas regras do código civil, para o modelo de família constitucionalizada. A mudança foi no sentido de o judiciário admitir uma interpretação mais extensiva da Constituição Federal, além de inserir as demais entidades familiares existentes na sociedade como merecedoras dos mesmos direitos.

Vive-se em uma realidade de pluralismo familiar, a que se pese, apesar das tentativas, principalmente, dos códigos de limitar os direitos das entidades familiares não tradicionais. Porém, segundo Madaleno²⁹ a solidariedade aparece estampada no artigo 1.511 do Código Civil:

A solidariedade familiar pode ser encontrada já na dicção do artigo 1.511 do Código Civil quando afirma importar o casamento na comunhão plena de vida, porque evidente que, ausente comunhão plena de vida, desaparece a *ratio* do matrimônio e não tão somente nessa modelagem de entidade familiar, como fundamento da união estável, ou de qualquer associação familiar ou afetiva.

A solidariedade é o princípio e a base estruturadora de todas as relações familiares e afetivas, porque as ligações familiares só se mantêm por meio da reciprocidade, cooperação e compreensão. É necessário que os membros de uma família auxiliem-se reciprocamente sempre que houver tal urgência.

Há dever de solidariedade entre os cônjuges na sua mútua assistência regulamentada pelo inciso III do artigo 1.566 do Código Civil, como ocorre no dever de respeito e assistência na versão reportada pelo mesmo diploma civil para as uniões estáveis.³⁰

Ainda segundo o mesmo autor, a obrigatoriedade de auxílio imaterial entre os cônjuges e companheiros deve respeitar a comunhão de vida tanto nos momentos felizes, quanto nos momentos de tormenta e dificuldades da vida em comum.

A partir do pensamento de Santos a obrigação de prestar assistência espiritual se estabelece entre os cônjuges e da mesma forma aos conviventes:

A recíproca prestação de cuidados, atenção, colaboração, e apoio de ordem física e moral nas fases críticas, ocasionadas por enfermidades, pela idade avançada, por questões de caráter familiar, profissional, financeiro, como, também, nos momentos felizes do cotidiano, ligados, por exemplo, ao trabalho, à educação dos filhos e à vida social.³¹

Apresentam-se a colaboração e a assistência espiritual como fundamentos da nova estrutura

²⁹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 93.

³⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 2013. p. 93.

³¹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva dos. **Dever de assistência imaterial entre cônjuges**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 109.

familiar contemporânea. Destarte, nos ensina autora que a solidariedade deve existir como forma de elo entre os membros familiares. Este elo tem a função de permitir a manutenção da família nos momentos difíceis. E nos momentos alegres, funcionar como oxigênio para as relações familiares. “Seria impensável pudessem os cidadãos em formação se relegados ao abandono e jogados, à própria sorte, não permeasse como direito fundamental o princípio da solidariedade.”³²

A solidariedade na esfera dos alimentos também tem fulcro na reciprocidade da assistência material. Embora apresente diferenças quando se refere às necessidades dos idosos, tendo este recebido trato preferencial por razão do artigo 12 do Estatuto do Idoso, que lhe autoriza a eleger o devedor entre seus parentes, independente de ser o mais próximo em grau de parentesco como define o Código Civil, preleciona Dias.³³

De acordo com o ensinamento de Vilas Boas: “Sendo vários os obrigados na cadeia alimentar, o idoso poderá optar entre um dos prestadores.”³⁴ Dessa forma, os idosos, credores, podem escolher livremente entre os participantes da cadeia alimentar. Enquanto que os demais credores precisam acionar primeiro os parentes mais próximo em grau de parentesco conforme estabelece o Código Civil, para só no caso de os mais próximos não possuírem condições financeiras para prestar os alimentos, aí sim serem chamados os parentes mais afastados. De qualquer forma predomina entre os devedores de alimentos uma obrigação de solidariedade sobre a dívida alimentar, permanecendo os demais com o mesmo dever, regressivamente.

7 POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CONCESSÃO DE ALIMENTOS TRANSITÓRIOS

O instituto alimentos transitórios tem origem do reconhecimento da existência do princípio da transitoriedade, havido tanto por doutrinadores como julgadores. Cabe destacar que embora os alimentos provisórios e provisionais também possuam natureza transitória, apenas os alimentos transitórios subsistem a termo, também submetidos a ações revisionais para exoneração, redução ou majoração da obrigação.³⁵

Apesar de não se encontrar na legislação brasileira lei específica que fundamente a aplicação dos alimentos transitórios, o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça embasa a concessão do referido instituto, veja-se:

“Jurisprudência | Superior Tribunal de Justiça | Acórdão.
PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. IMPUTAÇÃO DE CULPA. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DO CASAMENTO. PRESUNÇÃO DE PERDÃO TÁCITO. ALIMENTOS

³² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: RT, 2006. p. 56

³³ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 2013. p. 94.

³⁴ VILAS BOAS, Marco Antonio. **Estatuto do idoso comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 30.

³⁵ COSTA, Darci Almeida da. **O princípio da transitoriedade nas finalidades do alimentos**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9357. Acesso em: 30 dez 2014.

TRANSITÓRIOS. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. - Data Julgamento: 24/08/201 - Data Publicação: 01/09/2010 - Número Acórdão: 2008/0017342-0 - Número Recurso: 1.025.769 - UF: MINAS GERAIS - Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA - Relator: FÁTIMA NANCY ANDRIGHI - Tipo Ação: STJ-RESP

Ementa PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. IMPUTAÇÃO DE CULPA. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DO CASAMENTO. PRESUNÇÃO DE PERDÃO TÁCITO. ALIMENTOS TRANSITÓRIOS. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. [...] 6. A obrigação de prestar alimentos transitórios - a tempo certo - é cabível, em regra, quando o alimentando é pessoa com idade, condições e formação profissional compatíveis com uma provável inserção no mercado de trabalho, necessitando dos alimentos apenas até que atinja sua autonomia financeira, momento em que se emancipará da tutela do alimentante - outrora provedor do lar -, que será então liberado da obrigação, a qual se extinguirá automaticamente. [...] 8. Recurso Especial parcialmente provido. (STJ; REsp 1.025.769; Proc. 2008/0017342-0; MG; Terceira Turma; Relª Minª Fátima Nancy Andrichy; Julg. 24/08/2010; DJE 01/09/2010).”³⁶

O acórdão que tinha como relatora a Ministra Nancy Andrichy, chancela decisão judicial condenatória que estabelece alimentos por prazo determinado, esta transitoriedade está evidenciada no item seis da referida ementa. Observa-se que a relatora considera que o alimentando, possui autonomia financeira, portanto, não precisaria mais sobrecarregar o alimentante. Definiu o pagamento de prestação alimentícia por tempo certo, liberando automaticamente o alimentante da obrigação com o termo final estabelecido, sem necessidade de um pedido judicial de exoneração da obrigação, assim determinou-se o cabimento de alimentos transitórios.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, também apresenta em ementa de um de seus julgados o princípio da transitoriedade, veja-se:

Número: 70036005700 - Tribunal: Tribunal de Justiça do RS Seção: CIVEL - Tipo de Processo: Apelação Cível Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível Decisão: Acórdão - Relator: Alzir Felipe Schmitz Comarca de Origem: Comarca de Cruz Alta - Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. FILHO MAIOR DE IDADE. UNIVERSITÁRIO. NECESSIDADE COMPROVADA. TERMO FINAL DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. A maioria, por si, não dá causa à extinção dos alimentos. Somente a alteração do binômio: necessidades do credor e possibilidades do devedor, que deve ser demonstrada cabalmente, é capaz de justificar a exoneração ou redução da verba alimentar. Comprovada a necessidade do alimentado e não havendo prova da alteração da possibilidade do alimentante, não de ser mantidos os alimentos inicialmente fixados. Contudo, havendo condições de fixação prévia de termo final para os alimentos que, no caso, foi o de 1 (um) ano após a conclusão do curso superior, aproveita-se o ensejo para limitar temporalmente a obrigação. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. (Apelação Cível Nº 70036005700, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 04/11/2010).³⁷

O princípio da transitoriedade revela-se na ementa supra citada, quando prevê a possibilidade prévia de termo final para a obrigação alimentícia.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.025.769; Proc. 2008/0017342-0; MG; Terceira Turma; Relª Minª Fátima Nancy Andrichy; Julg. 24/08/2010; DJE 01/09/2010.

³⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70036005700, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 04/11/2010.

Na legislação brasileira tal princípio é encontrado em vários dispositivos a exemplo do Código Civil e da Lei de Alimentos, conforme a seguir.

No Código Civil Brasileiro: Art. 1.694 - será fornecido na proporção das necessidades; Art. 1.699 – havendo mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá ser ordenada a exoneração; Art. 1.708 – Cessará com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor; Art. 1.699 - Parágrafo único. Cessa com o procedimento indigno em relação ao devedor.³⁸

Na Lei do Divórcio nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977: Art. 19 - prestará ao outro, se dela necessitar.³⁹

Na Lei dos Alimentos nº 5.478, de 25 de julho de 1968: Art. 13, §1º – prevê, com o pedido em processado em apartado, a revisão de sentenças proferidas em pedidos de alimentos e respectivas execuções a qualquer tempo, se houver modificação na situação financeira das partes.⁴⁰

Na Lei de Alimento Gravídico nº 11.804, de 05 de novembro de 2008: Os Artigos 1º e 2º desta Lei disciplinam o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido e refere-se aos alimentos, que neste artigo estão expressos que esses são as despesas que deverão ser custeadas pelo possível pai, necessários durante o período da gravidez, portanto em tempo determinado.⁴¹

Dessa forma, verifica-se a ocorrência de uma atualização no direito de família no sentido de utilizar-se de mais um grupo referente à matéria de alimentos, os alimentos transitórios. Bem como a possibilidade de concessão de alimentos a termo mesmo sem a existência de uma lei específica para sua fixação.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da transitoriedade pode ser observado tanto nos alimentos provisórios como nos provisionais, inclusive a existência destes alimentos perdura pelo fato de serem transitórios.

Os referidos alimentos existem e são ativos, contudo, somente pelo tempo que aguardam a sentença que fixe os definitivos, e estes também poderão ser concedidos a termo, transitoriamente pelo tempo que perdurar a necessidade do credor ou por exoneração arguida pelo devedor.

As leis especiais que tratam sobre alimentos resguardam o binômio necessidade x possibilidade,

³⁸ BRASIL. **Código civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406_compilada.htm. Acesso em: 15 jan. 2015.

³⁹ BRASIL. Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 18 jan. 2015.

⁴⁰ BRASIL. Lei 5.478, de 25 de julho de 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5478.htm. Acesso em: 18 jan. 2015.

⁴¹ BRASIL. Lei 11.804, de 05 de novembro de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm. Acesso em: 18 jan. 2015.

e expõem dispositivos que apresentam o princípio da transitoriedade, apontado atualmente em jurisprudências, admitindo que a sentença ainda que condenatória não seja apenas um peso ao responsável pela obrigação, ou seja, o alimentante e por outro lado, um meio de enriquecer o alimentando.

A grande mudança no instituto alimentos é a criação da finalidade de alimentos chamada Alimentos Transitórios, a qual admite que o obrigado satisfaça suas obrigações e o credor com dignidade procure desenvolver sua autonomia, tanto econômica como seu desenvolvimento social, por meio de seus próprios méritos.

9 REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo. **Abuso de direito no direito de família**. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2006.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Manual de direito civil**. São Paulo: Método, 2005. v. 4.

BRASIL. **Código civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 jan. 2015.

BRASIL. Lei 11.804, de 05 de novembro de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm. Acesso em: 18 jan. 2015.

BRASIL. Lei 5.478, de 25 de julho de 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5478.htm. Acesso em: 18 jan. 2015.

BRASIL. Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 18 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.025.769/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j.24.08.2010, DJe 01.09.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.025.769; Proc. 2008/0017342-0; MG; Terceira Turma; Relª Minª Fátima Nancy Andrighy; Julg. 24/08/2010; DJE 01/09/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 102.819/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma, j. 23.11.1998, DJ 12.04.1999.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. **Alimentos transitórios: uma obrigação por tempo certo**. Curitiba: Juruá, 2004.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

COSTA, Darci Almeida da. **O princípio da transitoriedade nas finalidades do alimentos**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9357. Acesso em: 30 dez 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3 ed. São Paulo: RT, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre, 6 ed. São Paulo: RT, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Princípio da proporcionalidade para além da coisa julgada**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI33147,41046-Principio+da+proporcionalidade+para+alem+da+coisa+julgada>. Acesso em: 19 jan. 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. Artigo: **Alimentos compensatórios x alimentos transitórios**. Blog atualidades no direito de família. Disponível em: <http://cristianaferreirafamilia.blogspot.com.br/2013/01/alimentos-compensatorios-x-alimentos.html>. Acesso em: 22 mar. 2014.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Divórcio: Alteração constitucional e suas consequências**. Disponível em: <http://www.iddfam.org.br/?artigo&artigo=629>. Acessado em: 25 jul. 2014

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

MADALENO, Rolf. **Direito de famílias: aspectos polêmicos**. São Paulo, Livraria do advogado, 1998.

MEDEIROS, Guilherme Luiz Guimarães. **A natureza jurídica dos alimentos**. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/artigos/a-natureza-juridica-dos-alimentos/>. Acesso em: 19 jan. 2015.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Alimentos e sucessão no casamento e na união estável**. Porto Alegre: Lumen Juris, 1999.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70036005700, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 04/11/2010.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva dos. **Dever de assistência imaterial entre cônjuges**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014. v 5.

VILAS BOAS, Marco Antonio. **Estatuto do idoso comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Anemari Socreppa¹

Recebido em: 26 nov. 2015

Aceito em: 12 dez. 2015

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo discutir as alterações trazidas pelo novo Código de Processo Civil no que se refere ao dever de fundamentação do Magistrado ao proferir decisões judiciais. A Constituição Federal traz em seu artigo 93, IX que toda decisão judicial deverá ser fundamentada. Em que pese referido dispositivo, nem sempre isso acontece, vislumbrando-se muitas vezes decisões concisas, apenas com indicação do artigo de lei. Desta forma, o artigo 489 do novo Código de Processo Civil trouxe algumas alterações nesse dever, estabelecendo situações em que não se considera fundamentada a decisão. O Magistrado deverá observar tais requisitos, fazendo a devida argumentação no caso concreto. Em que pese as críticas às alterações, não se pode mais admitir a simples reprodução dos textos de lei ou enunciados de súmulas como fundamentação do caso concreto.

Palavras-chave: Sentença judicial. Dever de fundamentação. Novo CPC.

THE GROUNDS OF JUDGMENTS: AN ANALYSIS NEW FROM CIVIL PROCEDURE

CODE

Abstract: This paper aims to discuss the changes introduced by the new Civil Procedure Code in relation to the Magistrate obligation to state reasons when pronouncing judgments. The Constitution provides in Article 93, IX that all judicial decisions just be based. In spite of said device, not always the case, noticeable often concise decisions, only stating the law article. This Article 489 of the new Civil Procedure Code brought some changes in this duty, establishing situations where it is not considered justified the decision. The magistrate shall comply with such requirements, making proper argument in this case. Despite the criticism of the changes, it can not admit more simple reproduction of legal texts or statements of summaries as the basis of the case.

Keywords: court judgment; obligation to state reasons; new CPC .

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal prevê, em seu artigo 93, inciso IX, que toda decisão judicial deverá ser fundamentada. Todavia, no decorrer dos anos, verificou-se a existência de decisões judiciais deveras concisas, que nem sempre cumprem com a necessária subsunção da norma ao caso.

¹ Professora da Disciplina de Teoria Geral do Processo da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe. Especialista em Direito Empresarial pela Unoesc – Joaçaba/SC, em Ciências da Magistratura pela Esmesc/UnC – Curitiba/SC e cursando Especialização em Processo Civil pela Universidade Anhanguera Uniderp. Técnica Judiciária Auxiliar no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

O dever de motivação das decisões judiciais é de suma importância dentro do contexto processual, justamente para evitar arbitrariedades, assegurando a legitimidade da atuação dos juízes. Para isso, o novo Código de Processo Civil trouxe algumas alterações, que merecem ser estudadas e debatidas, no que tange à motivação das decisões, especialmente quando se trata de textos normativos abertos – cláusulas gerais.

O objetivo geral do presente artigo é estudar as alterações promovidas pelo novo Código de Processo Civil relativamente ao dever de fundamentação das decisões judiciais, analisando conjuntamente com o disposto na Constituição Federal, mormente trazendo a divergência doutrinária sobre o assunto.

No primeiro item abordar-se-á sobre a sentença judicial e seus requisitos. No item 2, tratar-se-á acerca do dever de fundamentação na Constituição Federal. E, por fim, no último item, o estudo se centrará sobre o artigo 489 do novo Código de Processo Civil e a discussão doutrinária sobre os requisitos exigidos para que se considere fundamentada uma decisão.

O estudo proposto será levado a efeito tomando como pressuposto o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica, com produção descritiva.

2 SENTENÇA JUDICIAL

As decisões preferidas pelo Juiz singular podem ser divididas em sentença e decisão interlocutória.²

A sentença judicial é conceituada pelo Código de Processo Civil em vigor como o ato de juiz que implica em alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269. Esse conceito foi modificado pela Lei n. 11.232/2005, que deixou de caracterizar a sentença pelo seu efeito de extinguir o processo, mas sim pelo seu conteúdo.³

O artigo 267 do Código de Processo Civil dispõe sobre a extinção do processo sem resolução do mérito e o artigo 269 do mesmo Diploma Legal cuida das hipóteses em que haverá resolução do mérito.⁴

Todavia, passados alguns anos da entrada em vigor da Lei n. 11.232/2005, o entendimento da doutrina atual é que a sentença não pode ser definida tão somente pelo seu conteúdo, qual seja, de extinguir o processo com ou sem análise do mérito. Deve ser considerada, também, a aptidão de pôr

² DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. Salvador: JusPodivm. 2008. P. 256.

³ GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 229.

⁴ GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 229.

fim ao processo, ao menos à fase cognitiva, em primeiro grau de jurisdição.⁵

Com o novo Código de Processo Civil, o problema da redação que conceitua sentença se encerra, conforme define Cassio Scarpinella Bueno:

Sentença é o ato do juiz que, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à etapa de conhecimento (fase cognitiva) do procedimento comum e também a que “extingue a execução”. Que se trata de conceito que se baseia, ao mesmo tempo, no conteúdo (ter fundamento nos art. 485 e ou 487) e na finalidade do ato (pôr fim à etapa cognitiva do procedimento comum ou à execução), não duvido. A iniciativa do CPC de 2015, aliás, foi a de evitar críticas – corretas, aliás, dirigidas ao § 1º do art. 1662 do CPC de 1973, que se baseava no conteúdo da sentença, e não na sua finalidade, o que acabou sendo evidenciado pela doutrina.⁶

Em uma análise mais aprofundada, Fredie Didier, ao definir sentença, destaca o fato de se tratar de norma jurídica individualizada:

A sentença é um ato jurídico que contém uma norma jurídica individualizada, ou simplesmente norma individual, definida pelo poder judiciário, que se diferencia das demais normas jurídicas (leis, por exemplo) em razão da possibilidade de tornar-se indiscutível pela coisa julgada material.⁷

Mas, para criação da norma jurídica individualizada, impõe-se ao juiz a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto, em conformidade com os princípios constitucionais e direitos fundamentais.

Desta forma, afirma-se que, se antes o juiz apenas declarava a lei aplicada ao caso concreto, agora ele constrói a norma jurídica, interpretando a partir da Constituição Federal e análise dos direitos fundamentais.⁸

A norma jurídica criada e contida na fundamentação do julgado compõe o que chamamos de *ratio decidendi*. Outrossim, *obiter dictum* consiste “nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciados juízos acessórios, provisórios, secundários”.⁹

Conceituada sentença, a partir do entendimento doutrinário e do novo Código de Processo Civil, cumpre analisar o dever de fundamentação do Magistrado ao proferir seus atos decisórios no processo.

⁵ GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 230.

⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 187

⁷ DIDER JR, Fredie. Sobre a fundamentação judicial. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>. Acesso em 06.10.2015.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil: teoria geral do processo, v. 1, p. 97.

⁹ DIDER JR, Fredie. Sobre a fundamentação judicial. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>. Acesso em 06.10.2015.

3 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal dispõe, em seu artigo 93, inciso IX, sobre o princípio da motivação, também denominado de princípio da fundamentação. Esse princípio impõe a necessidade de toda e qualquer decisão judicial ser explicada, fundamentada e justificada pelo Magistrado que a proferiu.¹⁰

A motivação pode ser entendida como a explicação da convicção e da decisão do Juiz. Pode-se dizer que “o juiz deve explicar, na sentença, a origem e as razões da sua convicção, demonstrando, ainda, que ela é bastante ou não para a procedência do pedido”.¹¹

O objetivo do dever de fundamentação demonstra assegurar a transparência da atividade judiciária, possibilitando o controle de toda e qualquer decisão judicial. Pode-se dizer, ainda, que é uma forma do Magistrado prestar contas do exercício de sua função aos jurisdicionados e à toda sociedade.¹²

No mesmo sentido, reafirma Pedro Lenza, ao destacar que o dever de motivar as decisões não representa somente uma garantia às partes, mas qualquer do povo, com a finalidade de aferir a imparcialidade do juiz e a legalidade de justiça das decisões.¹³

Para Tereza Arruda Alvim Wambier, o dever de motivação está ligado à uma manifestação do princípio do contraditório, eis que é uma garantia de constatação de que as partes foram ouvidas.¹⁴

As decisões sem motivações não servem como fundamentação. O julgador tem que “ingressar no exame da situação concreta posta à sua decisão, e não limitar-se a repetir os termos da lei, sem dar as razões do seu convencimento”.¹⁵

A doutrina ainda discute qual a implicação da falta de motivação das decisões judiciais: uns defendem que é causa de inexistência da decisão (uma não decisão) e outros sustentam tratar-se de causa de ajuizamento de ação rescisória.¹⁶

¹⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 48

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Processo de Conhecimento. Volume 2. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 467

¹² BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 48

¹³ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 631

¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 335 e 389.

¹⁵ NERY JR., Nelson, citado por DIDER JR, Fredie. Sobre a fundamentação judicial. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>. Acesso em 06.10.2015.

¹⁶ DIDER JR, Fredie. Sobre a fundamentação judicial. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>. Acesso em 06.10.2015.

4 AS MUDANÇAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 489

O novo Código de Processo Civil trará mudanças substanciais no mundo jurídico e, uma das mais significativas se refere ao dever de fundamentação do Magistrado. O artigo 489 da Lei n. 13.105/2015 enumera as hipóteses de sentenças não fundamentadas. A lista é exemplificativa, porém “consolida situações claras de violação ao dever constitucional de motivar, já reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras”.¹⁷

Dispõe o artigo 489, § 1º do novo Código de Processo Civil:

Art. 489. (...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.¹⁸

Trata-se, claramente, de exigência do legislador para que o Juiz desenvolva uma fundamentação analítica sempre que estiver diante de textos normativos abertos.¹⁹

A intenção do legislador foi, conforme aponta a doutrina, despertar no julgador a necessidade de aprimoramento da fundamentação das decisões judiciais, mormente quando se deparar com enunciados normativos abertos e princípios jurídicos.²⁰ A falta de motivação será causa de integralização da decisão, reforma ou até anulação.²¹

Pode-se verificar de referido dispositivo legal, que outro mister importante da inclusão desse

¹⁷ DIDIER JR. Fredie. Editorial 116. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-116/>. Acesso em 09.11.2015

¹⁸ BRASIL, Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 09.11.2015.

¹⁹ ROQUE, André Vasconcelos. Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC. Disponível em <http://www.giselewelsch.com.br/blog/artigo-dever-de-motivacao-das-decisoes-judiciais-e-controle-da-jurisprudencia-no-novo-cpc-de-andre-vasconcelos-roque/16>. Acesso em 09/11/2015

²⁰ ROQUE, André Vasconcelos. Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC. Disponível em <http://www.giselewelsch.com.br/blog/artigo-dever-de-motivacao-das-decisoes-judiciais-e-controle-da-jurisprudencia-no-novo-cpc-de-andre-vasconcelos-roque/16>. Acesso em 09/11/2015.

²¹ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. O dever de fundamentação – resposta do juiz no novo CPC. Disponível em <http://joseherval.jusbrasil.com.br/artigos/160040580/o-dever-de-fundamentacao-resposta-do-juiz-no-novo-cpc>. Acesso em 26/11/2015.

dispositivo no ordenamento jurídico é exercer o controle sobre a correta aplicação da jurisprudência:

Os dispositivos em análise obrigam o julgador a, sempre que invocar ou afastar algum precedente ou enunciado de súmula na decisão, extrair previamente a *ratio decidendi* deles, ou seja, os motivos necessários e imprescindíveis que deram amparo ao precedente ou enunciado de súmula utilizado. Além disso, o juiz também deverá demonstrar na fundamentação que, no caso concreto, aquela mesma *ratio decidendi* será ou não igualmente aplicável, conforme o caso.²²

A inclusão de referido artigo foi deveras debatido e até mesmo criticado pelos Magistrados, sob o fundamento de que os requisitos exigidos teriam impacto, de forma negativa, na gestão do acervo de processos, na independência pessoal e funcional dos juízes e na própria produção de decisões judiciais em todas as esferas do país.²³

Todavia, os processualistas rebatem as críticas oferecidas. Alexandre Freitas Câmara afirma que “não se pode conviver com falsas fundamentações (do tipo ‘ausentes os requisitos, indefiro’) que nada dizem e são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito”. No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover afirmou que “uma boa fundamentação é essencial para as partes e para a garantia política da motivação. Em muitos casos, a fundamentação do Juiz é absolutamente insuficiente”.²⁴

Destarte, para o novo Código de Processo Civil, fundamentações padronizadas, sem que sejam enfrentados os argumentos das partes, não são aceitas. Da mesma forma, não se deve admitir meras reproduções de textos da lei ou enunciados de súmulas da jurisprudência dos Tribunais. O que o dispositivo exige é a completa e suficiente discussão da tese jurídica a incidir sobre as especificidades do caso.²⁵

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se olvida que o Poder Judiciário passa atualmente por uma crise, diante da quantidade excessiva de processos e o número reduzido de servidores e Juízes. Todavia, tudo isso não pode servir de justificativa para a não entrega de uma prestação jurisdicional efetiva.

Neste viés, o novo Código de Processo Civil trouxe significativas mudanças no universo processual. Uma delas foi inserir hipóteses em que as decisões judiciais não se consideram

²² ROQUE, André Vasconcelos. Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC. Disponível em <http://www.giselewelsch.com.br/blog/artigo-dever-de-motivacao-das-decisoes-judiciais-e-controle-da-jurisprudencia-no-novo-cpc-de-andre-vasconcelos-roque/16>. Acesso em 09/11/2015.

²³ VASCONCELLOS, Marcos de. Juízes pedem veto a artigo que traz regras para a fundamentação de decisões. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>. Acesso em 09.11.2015.

²⁴ VASCONCELLOS, Marcos de. Juízes pedem veto a artigo que traz regras para a fundamentação de decisões. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>. Acesso em 09.11.2015.

²⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 353.

fundamentadas, objetivando evitar a simples reprodução de textos da lei ou enunciados de súmulas, sem fazer a correta argumentação aplicável ao caso concreto.

Desta forma, em que pese as críticas oferecidas ao artigo 489 do novo Código de Processo Civil, tem-se que veio dar mais sustentáculo ao dever de motivação já previsto na Constituição Federal, em seu artigo 93, IX.

É certo que a fundamentação sucinta, e muitas vezes com mera reprodução de textos legais, agiliza o andamento dos processos, facilitando o julgamento em série. Todavia, claramente viola a efetividade processual, o contraditório e a necessidade do jurisdicionado ter um julgamento justo. E, nessa balança, quem deve sair ganhando é o jurisdicionado.

Assim, em que pese as críticas ao dispositivo legal, tem-se que veio contribuir para a qualidade do processo, visto que as decisões judiciais deverão considerar as particularidades da causa, refletindo em sua fundamentação todas as garantias mínimas que o compõe.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL, **Lei n. 13.105** de 16 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 48

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2011.

DIDIER JR., Fredie, A teoria dos princípios e o projeto de novo CPC *in* DIDIER JR., Fredie *et al.*, **O projeto do novo Código de Processo Civil**, Salvador, Juspodivm, 2011.

DIDER JR, Fredie. **Sobre a fundamentação judicial**. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>.

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**: teoria geral e processo de conhecimento. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 230.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 631

MARINONI, Luiz Guilherme, **Teoria geral do processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Processo de Conhecimento. Volume 2. 9ª ed. São Paulo: Editora **Revista dos Tribunais**, 2011. P 467

NERY JR., Nelson, **Princípios do processo na Constituição Federal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROQUE, André Vasconcelos. **Dever de motivação das decisões judiciais e controle da**

jurisprudência no novo CPC. Disponível em <http://www.giselewelsch.com.br/blog/artigo-dever-de-motivacao-das-decisoes-judiciais-e-controle-da-jurisprudencia-no-novo-cpc-de-andre-vasconcelos-roque/16>.

VASCONCELLOS, Marcos de. **Juízes pedem veto a artigo que traz regras para a fundamentação de decisões.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração.** São Paulo: RT, 2005. p. 335 e 389.

A VÍTIMA DA LEI MARIA DA PENHA E O CONTRATO DE TRABALHO

Fridolino Sardá Junior¹
Solange Lucia Heck Kool²

Recebido em: 03 jul. 2015

Aceito em: 20 nov. 2015

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo discorrer sobre a problemática observada no inciso dois do parágrafo segundo do artigo 9º da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), no tocante à proteção à mulher trabalhadora vítima da referida lei, quando da necessidade do seu afastamento do trabalho, a lei não deixa claro se é caso de suspensão ou interrupção do contrato de trabalho, levantando dúvidas especialmente no que diz respeito ao pagamento dos salários da trabalhadora durante o período de afastamento, que pode ser de até seis meses. Analisou-se a Lei Maria da Penha de um modo geral, as medidas protetivas, os sujeitos nos crimes previstos e especialmente a garantia da manutenção do emprego à vítima. Objetiva-se com a presente pesquisa, demonstrar a necessidade de aperfeiçoamento na referida lei, de forma objetiva trazer possíveis soluções para a lacuna observada no artigo 9º de lei em estudo.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Mulher. Violência. Proteção. Suspensão do Contrato de trabalho. Interrupção do Contrato de trabalho.

THE VICTIM OF LAW MARIA DA PENHA AND THE LABOR CONTRACT

Abstract: This paper aims to discuss the problems observed in item two from the second paragraph of Article 9 of Law 11.340 / 06 (Maria da Penha Law), regarding the protection of working women victim of that law, when the need for their absence from work, the law does not make clear if is a case of suspension or interruption of employment, raising doubts especially with regard to the payment of the employee's wages during the period of absence, which can be up to six months. We analyzed the Maria da Penha Law in general, the protective measures, the subjects of the law and especially the guarantee of continued employment to the victim. It aims with this research, demonstrate the need for improvement in that law, objectively bring possible solutions to the gap observed in Article 9 of the law under study.

Keywords: Maria da Penha Law. Woman. Violence. Protection. Suspension of the employment contract. Interruption of employment contract.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto, um estudo sobre o afastamento da empregada vítima da Lei Maria da Penha e o contrato de trabalho, diante da garantia da manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o seu afastamento do local de trabalho, a fim de preservar a sua integridade física

¹ Acadêmico do 10º período do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Endereço Eletrônico: jrsarda@globo.com. Telefone: (47) 9135-0719.

² Graduada no curso de Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; Mestrado em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - Argentina. Professora da Universidade do Vale do Itajaí no Curso de Direito nas disciplinas de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho; professora na Pós Graduação de Direito Previdenciário e Trabalhista e advogada. Endereço Eletrônico: skool@univali.br. Telefone: (47) 8491-1329.

e psicológica, previstos no artigo 9º, § 2º, II da Lei 11.340/06.

Neste sentido, far-se-á necessário esclarecer alguns conceitos de grande importância para o entendimento do tema abordado, tais como o instituto da suspensão do contrato de trabalho e a interrupção do contrato de trabalho.

Far-se-á uma breve abordagem sobre o surgimento da Lei 11.340/2006, conhecida como lei Maria da Penha, os fatos que motivaram a sua criação e porque ela é conhecida como Lei Maria da Penha.

Na sequência, será visto que a violência combatida pela Lei Maria da Penha não é apenas física, mas também moral, patrimonial, psicológica e sexual e serão abordadas as formas de proteção contidas na referida Lei, apresentando as medidas protetivas de urgência e os sujeitos da Lei nº 11.340/2006, quem pode ser vítima e quem pode ser o agressor.

Por fim, serão analisados os institutos da suspensão e da interrupção do contrato de trabalho, apresentar-se-ão as diferenças entre os dois institutos e as repercussões que provocam no contrato de trabalho.

O método utilizado será o indutivo e nas diversas fases da Pesquisa foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

2 LEI Nº 11.340/2006 – LEI MARIA DA PENHA

A Lei 11.340/06 já existe há quase 10 anos e é popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha”, mas poucas pessoas realmente sabem o porquê deste nome.

O nome originou-se em razão de uma história de muito sofrimento, a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, moradora de Fortaleza, Ceará, foi mais uma das inúmeras vítimas da violência doméstica no Brasil. Maria da Penha, como tantas outras mulheres, reiteradamente denunciou as agressões sofridas. Por fim, já se sentia envergonhada de dizer que havia sofrido violência doméstica e pensava “se não aconteceu nada até agora, é porque ele, o agressor, tinha razão de ter feito aquilo”. Apesar desta situação não se calou. E diante da inércia da Justiça brasileira, Maria da Penha escreveu um livro, uniu-se ao movimento de mulheres e, como ela mesma diz, não perdeu nenhuma chance de demonstrar sua indignação³.

Maria da Penha era casada com Marco Antônio Heredia Viveros, um professor universitário e economista, por duas vezes ele tentou matá-la. Em 29 de maio de 1983, ela recebe um tiro de espingarda pelas costas, ela não teve dúvidas de que o marido era o autor do disparo, mas ele simulou uma tentativa de assalto. Como resultado, Maria da Penha fica paraplégica e presa à uma cadeira de

³ DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2. Tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 13.

rodas pelo resto de sua vida. Não contente, seu algoz tenta mais uma vez matá-la, pouco mais de uma semana depois, desta vez tentou eletrocuta-la através de uma descarga elétrica no banheiro da casa, enquanto Maria da Penha tomava banho⁴.

As investigações começaram em junho de 1983, mas a denúncia só foi oferecida em setembro de 1984. Em 1991, o réu foi condenado pelo tribunal do júri a oito anos de prisão. Além de ter recorrido em liberdade ele, um ano depois, teve seu julgamento anulado. Levado a novo julgamento em 1996, foi-lhe imposta a pena de dez anos e seis meses. Mais uma vez recorreu em liberdade e somente 19 anos e 6 meses após os fatos, em 2002, é que Marco Aurélio foi preso. Cumpriu apenas dois anos de prisão.

A triste história vivida por Maria da Penha Fernandes, que por duas vezes sofreu tentativa de homicídio por parte de seu próprio marido, tendo como resultado trágico a paraplegia, fatos estes que só foram levados a julgamento 15 anos depois em virtude na inércia da justiça brasileira, foi levada até o conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA. A OEA, através do Relatório 54/01, responsabilizou o Estado brasileiro por omissão, por não ter cumprido o que estava previsto no art. 7º da Convenção de Belém do Pará, nem tampouco os arts. 1º, 8º e 25º da Convenção Americana de direitos Humanos⁵.

Por conta desta omissão, a OEA recomendou “o prosseguimento e a intensificação do processo” a fim de não mais existir a tolerância do Estado e também evitar tratamento discriminatório em relação à violência doméstica contra mulheres, e “simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar direitos e garantias do devido processo”, além do estabelecimentos de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera”, além de outras medidas⁶.

Segundo Isaac Sabbá Guimarães⁷:

Apesar das recomendações feitas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA no ano de 2001, a iniciativa política para substantivar os direitos inscritos na Constituição e nas Convenções ocorreu somente em 2004, quando o Decreto 5.030, de 31 de março cria um Grupo de Trabalho Interministerial, integrado pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, pela Casa Civil da Presidência da República, pela Advocacia-Geral da União, pelo Ministério da Saúde, pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, pela Secretaria Especial de Políticas de Promoção de Igualdade Racial da Presidência da República, pelo Ministério da Justiça e sua Secretaria Nacional de Segurança Pública. Às atividades do Grupo de Trabalho foram adicionados subsídios de um

⁴ DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. p. 13.

⁵ GUIMARÃES, Isaac Sabbá/MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Lei Maria da Penha: Aspectos criminológicos, de política criminal e do procedimento penal**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 25/26/27.

⁶ GUIMARÃES, Isaac Sabbá/MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Lei Maria da Penha: Aspectos criminológicos, de política criminal e do procedimento penal**. p. 25/26/27.

⁷ GUIMARÃES, Isaac Sabbá/MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Lei Maria da Penha: Aspectos criminológicos, de política criminal e do procedimento penal**. p. 29.

Anteprojeto de Lei elaborado pelo Consórcio de Organizações Não Governamentais Feministas, gerando debates em torno dos marcos teórico-jurídicos sobre o combate à violência contra a mulher, que chegaram a seu termo em novembro de 2004, quando se apresentou o Projeto de Lei à apreciação do Presidente da República.

Em 07 de agosto de 2006, foi sancionado o projeto de lei da Câmara nº 37, a Lei nº 11.340/06, que veio a ser conhecida como Lei Maria da Penha, em homenagem a esta brava cidadã cearense, que lutou por vinte anos contra as agressões sofridas de seu marido. Um autêntico estatuto de combate à violência contra o sexo feminino⁸.

A Lei é vista como um importante instrumento de defesa da mulher, vítima de violência doméstica e familiar. Resguardando de forma eficaz a integridade física, moral e a dignidade da mulher e criando mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do artigo 226 da Constituição Federal, bem como de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. A Lei 11.340/06 entrou em vigor em 22 de setembro de 2006⁹.

2.1 DA PROTEÇÃO À MULHER

A violência combatida pela Lei Maria da Penha não é apenas física, mas também moral, patrimonial, psicológica e sexual.

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto¹⁰ assim definem a violência contra a mulher:

Qualquer ato, omissão ou conduta que serve para infligir sofrimentos físicos, sexuais ou mentais, direta ou indiretamente, por meios de enganos, ameaças, coações ou qualquer outro meio, a qualquer mulher e tendo por objetivo e como efeito intimidá-la, puni-la ou humilhá-la, ou mantê-la nos papéis estereotipados ligados ao seu sexo, ou recusar-lhe a dignidade humana, a autonomia sexual, a integridade física, moral, ou abalar a sua segurança pessoal, o seu amor próprio ou a sua personalidade, ou diminuir as suas capacidades físicas ou intelectuais.

O art. 5º da Lei 11.340/2006, define as situações que configuram violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme segue¹¹:

Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade

⁸ DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** p. 13.

⁹ DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** p. 13.

¹⁰ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica – Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 38.

¹¹ BRASIL. **Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acessado em: 08/02/2015.

expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo

Percebe-se que a Lei Maria da Penha, trouxe um novo conceito legal de família, admitindo no sistema jurídico brasileiro as uniões homoafetivas.

A Lei também define as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme segue:

a) violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

b) violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

c) violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

d) violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

2.1.1 Das medidas protetivas de urgência

À mulher é assegurado o direito de requerer junto à autoridade policial medidas de proteção e prevenção que obriguem o agressor e protegem a vítima, “antes mesmo de ser iniciado um processo criminal”. Essas medidas são adotadas quando a vítima denuncia o seu agressor e com isso corre risco de voltar a ser agredida ao retornar para sua casa. Porém, a decisão de conceder ou não tais medidas cabe ao juiz¹².

¹² BRASIL. Defensoria Pública do Estado do Pará. **Direitos da mulher vítima de violência doméstica e familiar – Orientando e Defendendo**. Disponível em: www.anadep.org.br/wiksite/CARTILHA2.pdf. Acessado em: 29/03/2015.

Elenca a Lei Maria da Penha um rol de medidas para dar efetividade ao seu propósito: assegurar à mulher o direito a uma vida sem violência¹³.

“O artigo 22, amplamente desdobrado em incisos e parágrafos, constitui definição concreta das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor¹⁴”.

As medidas protetivas que obrigam o agressor, elencadas no citado artigo, não impedem que outras medidas sejam aplicadas, sempre que for necessário para garantir a segurança da ofendida e de acordo com as circunstâncias no caso concreto¹⁵.

Os artigos 23 e 24 são voltados à proteção da ofendida, e definem “providências ativas, mas não repressivas em relação ao agressor¹⁶”.

“O magistrado não está adstrito às medidas protetivas requeridas pela ofendida ou pelo Ministério Público. Cabe-lhe determinar o que entender de direito, para garantir a segurança da vítima¹⁷”.

Portanto, o artigo 23 busca o afastamento da ofendida e de seus dependentes do agressor e com isso assegurar a sua integridade física, moral e psicológica, como forma de proteção pessoal, já o artigo 24 busca a proteção patrimonial da ofendida.

1.1.1.1 Sujeitos da Lei nº 11.340/2006

Considera-se sujeito ativo da violência contra a mulher, toda e qualquer pessoa, homem ou mulher, casada ou não, que viva em união estável ou não, que pratique uma das cinco formas de violência descritas no artigo 7º da lei, desde que haja vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade. “Como exemplo, podemos citar, marido, ex-marido, companheiro, ex-companheiro, companheira, ex-companheira, filho, filha, irmão, irmã, tio, tia, empregado doméstico, empregada, avô, avó etc¹⁸”.

Já o sujeito passivo, necessariamente precisa ser do sexo feminino e fazer parte de uma relação doméstica, familiar ou de afeto, incluindo “a esposa, companheira, ex-mulher, amante, irmã, mãe, avó, bisavó ou qualquer outro parentesco e também as lésbicas, transgêneros, transexuais, e as

¹³ DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** p. 78.

¹⁴ HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha Lei com nome de mulher: considerações à Lei nº 11.340/2006.** 2ª tiragem. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 182.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** p. 78.

¹⁶ HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha Lei com nome de mulher: considerações à Lei nº 11.340/2006.** p. 196.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** p. 142.

¹⁸ BRASIL. Inteligência Educacional e Sistemas de Ensino. **Violência doméstica contra a mulher.** Disponível em: <http://www.iesde.com.br>. Acessado em: 17/03/2015.

travestis”, estas últimas, desde que tenham assumido uma identidade de mulher perante a sociedade¹⁹.

3 GARANTIA DO EMPREGO À VÍTIMA DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei Maria da Penha tem caráter protetivo e com isso assegura à mulher vítima algumas garantias. A lei trouxe à estas mulheres estas garantias, mas o legislador preocupou-se também com a necessidade de elas proverem o próprio sustento e com isso há a necessidade de continuar trabalhando. Quando da ocorrência da violência doméstica, existe o rompimento do vínculo familiar e com isso a mulher deixa de contar com o auxílio financeiro do companheiro, que na maioria das vezes é o responsável principal pelo sustento e suporte financeiro da família.

A grande repercussão no âmbito laboral da mulher vítima de violência doméstica está contida no inciso II do parágrafo 2º do artigo 9º, que é a manutenção, por até 6 meses do vínculo trabalhista, “sempre que tais providências se fizerem necessárias para preservar sua integridade física e psicológica”²⁰.

A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso. [...] § 2º - O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica: [...] II – manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses [...]”²¹.

Percebe-se com o mencionado dispositivo legal, a intenção do legislador em assegurar o caráter protetor das obreiras, garantindo o direito ao afastamento judicial com a manutenção do vínculo trabalhista.

Entretanto, verifica-se que a Lei ao garantir a manutenção do emprego da mulher vítima da Lei Maria da Penha, não deixa claro se a situação é de suspensão do contrato de trabalho ou de interrupção do contrato de trabalho.

Sobre o tema, observa Maria Berenice Dias²²:

A Lei Maria da Penha não faz referência ao pagamento do salário e nem à natureza do licenciamento. O afastamento do trabalho por determinação judicial não se encontra ressalvada na Consolidação das Leis do Trabalho. Não há previsão de ser o empregador obrigado a proceder ao pagamento nos termos do contrato de trabalho. Também não se encontra entre as hipóteses em que a ausência do empregado não é considerada falta ao

¹⁹ BRASIL. Inteligência Educacional e Sistemas de Ensino. **Violência doméstica contra a mulher**. Disponível em: <http://www.iesde.com.br>. Acessado em: 17/03/2015.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. p. 93.

²¹ BRASIL. **Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acessado em: 30/03/2015.

²² DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. p. 96.

serviço (CLT, arts. 131 e 474). Assim, cabe questionar se o afastamento determinado judicialmente é de suspensão ou interrupção do vínculo trabalhista.

Caso se entenda tratar-se de suspensão do contrato de trabalho, a mulher deixará de receber salário, o que só agravaria a sua situação, uma vez que já não estará mais contando com a ajuda do marido ou companheiro agressor. Por outro lado, se for considerado interrupção do contrato de trabalho, o prejuízo será do empregador, que terá que pagar salário, sem a devida contraprestação.

3.1 SUSPENSÃO E INTERRUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Neste item será abordado os institutos da suspensão e da interrupção do contrato de trabalho, suas diferenças e as repercussões no contrato de trabalho.

Segundo Gustavo Filipe Barbosa Garcia²³:

A suspensão e a interrupção do contrato de trabalho apresentam como elemento comum o fato de se suspender a prestação dos serviços pelo empregado (ausência de trabalho). Em ambos os casos, a execução do contrato de trabalho fica paralisada, mas de forma temporária, ou seja, não definitiva, não ocorrendo o término da relação jurídica de emprego.

Na suspensão do contrato de trabalho a paralisação é total, mas sem haver o rompimento da relação de emprego. Nesta hipótese não são devidos salários, nem há o cômputo do período de paralisação.

Por outro lado, no caso de interrupção do contrato de trabalho, a paralisação do contrato gera a suspensão parcial dos efeitos do contrato de trabalho. Neste caso os salários são devidos, e o respectivo período é considerado como tempo de serviço.

3.2 MANUTENÇÃO DO EMPREGO

Pelo que dispõe o inciso II do § 2º do art. 9º da Lei 11.340/06, o juiz garantirá o vínculo trabalhista por até seis meses à mulher que se encontre em situação de violência doméstica, e necessitar de afastamento do seu local de trabalho. Identifica-se aí a aplicação do princípio da continuidade do trabalho. Mas não há, nenhuma referência quanto a pagamento de salários, nem tampouco sobre contagem de tempo de serviço para férias, 13º salário, incidência de FGTS e sobre contribuição previdenciária²⁴.

A manutenção da relação de emprego determinada pelo juiz, quando entender necessário o afastamento do local de labor da mulher vítima de violência doméstica ou familiar, a fim de protegê-la do agressor, aponta para ausência da prestação de serviço. Apesar de não ter a opinião unânime dos doutrinadores, “tem-se a hipótese de suspensão do contrato de trabalho”, uma vez que a obreira

²³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho**. 7 ed. São Paulo: Método. 2015. p. 313.

²⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 363/364.

deixa de prestar o serviço e não existindo previsão na norma sobre o recebimento de salários no período de afastamento, que pode ser de até 6 meses²⁵.

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto²⁶ sugerem uma possível solução para o impasse, segundo eles seria este afastamento caso de suspensão do contrato de trabalho e o salário da obreira afastada seria garantido pelo órgão previdenciário, conforme segue:

A solução que nos parece mais adequada seria de suspensão do contrato de trabalho, na qual a mulher teria mantido seu vínculo empregatício, não recebendo, porém, salário do empregador, mas sim do órgão previdenciário. É o que ocorre, por exemplo, na licença da gestante (art. 392 da CLT) [...]. Nesses casos quem paga pelo período de afastamento da gestante [...] é a Previdência Social, não importando, tal pagamento, em nenhum ônus para o empregador.

Entretanto, para esta hipótese, teria que ser criado um mecanismo legal, o qual passaria para a Previdência Social a responsabilidade pelo pagamento do salário da trabalhadora afastada, da mesma forma que já ocorre nos casos de licença maternidade e afastamento por doença. Desta forma, estar-se-ia alcançando o objetivo do dispositivo legal, que é manter o vínculo trabalhista entre a empregada e o empregador, garantindo o salário, fundamental para a sobrevivência da empregada e sem onerar o empregador, que afinal de contas, não deu causa ao afastamento²⁷.

Neste mesmo sentido se posiciona Sérgio Pinto Martins, com base no *caput* do artigo 9º da Lei 11.340/06, no sentido de atribuir à Lei de Assistência Social, a responsabilidade de determinar que o INSS pague os salários da empregada afastada, pelo período de até seis meses. “Enquanto isso não ocorre, o empregador não tem obrigação de pagar os salários da mulher, nem contar o tempo de serviço²⁸.”

Diante de todo o conteúdo pesquisado, percebe-se a importância da Lei 11.340/06, um grande avanço na legislação brasileira no tocante à proteção da mulher. Entretanto, fica claro a necessidade de um aperfeiçoamento, uma vez que existem lacunas na referida lei que suscitam dúvidas, especialmente no artigo 9º, § 2º, II, que foi o foco do presente trabalho.

Deixou o legislador de definir o tipo de afastamento, se é caso de suspensão ou interrupção do contrato de trabalho, e caso o entendimento seja pela suspensão, o dispositivo legal não dá o amparo financeiro para esta mulher manter a sua sobrevivência, bem como de seus dependentes, no período de afastamento, que pode ser de até seis

²⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho**. p. 344.

²⁶ CUNHA, Rogério Sanches/PINTO Ronaldo Batista. **Violência doméstica Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. p. 76.

²⁷ CUNHA, Rogério Sanches/PINTO Ronaldo Batista. **Violência doméstica Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. p. 76.

²⁸ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. p. 364.

meses.

Portanto, verifica-se que o tema não se esgota aqui, permitindo ainda muita pesquisa sobre o assunto, até porque muitas questões deverão ser decididas e modificações surgirão a partir de julgados e jurisprudência.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da presente pesquisa, restou comprovada a significância do tema, percebe-se a necessidade da Lei 11.340/06 ser lapidada, uma vez que existem lacunas deixadas pelo legislador, que necessitam de regulamentação. Estas lacunas, especialmente as encontradas no inciso II, do § 2º do artigo 9º, objeto de estudo deste trabalho, de aspecto trabalhista, trazem insegurança tanto para a mulher, quanto para os demais envolvidos, especialmente ao empregador, quando for determinado pelo magistrado o afastamento da mulher empregada de seu local de trabalho, que pode ser por até seis meses, gerando repercussões jurídicas no contrato de trabalho.

Para chegar a estes questionamentos e as possíveis soluções apresentou-se um estudo sobre a Lei 11.340/2006, inicialmente sobre a história vivida por Maria da Penha, que deu nome à lei, em seguida sobre a proteção à mulher e sobre os sujeitos da lei.

Pesquisou-se a questão da garantia do emprego à mulher trabalhadora vítima da Lei Maria da Penha.

Percebeu-se que no âmbito trabalhista, o inciso II do § 2º do artigo 9º, traz repercussões jurídicas para o contrato individual de trabalho e merece apreciação por parte do legislador a fim de regulamentar pontos que levantam dúvidas sobre a sua aplicabilidade, uma vez que deixou de mencionar se o afastamento previsto é caso de suspensão ou interrupção do contrato de trabalho, a diferença entre os dois institutos é de grande repercussão tanto para a empregada como para o empregador.

Diante do material estudado, o afastamento previsto no artigo em estudo caracteriza-se como Suspensão do contrato de trabalho, pois não há na lei nenhuma previsão de pagamento de salários por parte do empregador.

Assim sendo, deveria haver um aperfeiçoamento da Lei 11.340/06, e por analogia incluir o período de afastamento estudado neste trabalho dentre as hipóteses sujeitas aos benefícios previdenciários, como por exemplo o afastamento por doença ou acidente de trabalho ou licença maternidade e com isso a mulher vítima, quando afastada do trabalho para sua própria proteção, teria a segurança financeira necessária para a sua sobrevivência. Fica a sugestão como possível solução para o problema em comento.

5 REFERÊNCIAS

BRASIL. Defensoria Pública do Estado do Pará. **Direitos da mulher vítima de violência doméstica e familiar** – Orientando e Defendendo. Disponível em: www.anadep.org.br/wtksite/CARTILHA2.pdf. Acessado em: 29/03/2015.

BRASIL. Inteligência Educacional e Sistemas de Ensino. **Violência doméstica contra a mulher**. Disponível em: <http://www.iesde.com.br>. Acessado em: 17/03/2015.

BRASIL. **Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acessado em: 08/02/2015.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2. Tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica** – Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho**. 7 ed. São Paulo: Método. 2015.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá/MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Lei Maria da Penha**: Aspectos criminológicos, de política criminal e do procedimento penal. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2014.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha Lei com nome de mulher**: considerações à Lei nº 11.340/2006. 2ª tiragem. Campinas: Servanda Editora, 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA POR ABANDONO DO LAR CONJUGAL¹

Josiane Fenili de Borba²
Rhubia de Lemos Estrowispy³

Recebido em: 03 dez. 2015

Aceito em: 20 dez. 2015

Resumo: O presente artigo versa sobre a nova modalidade da usucapião especial urbana por abandono do lar, denominada como usucapião familiar, inserida pela Lei 12.424/2011 que incluiu o art. 1.240 – A, no Código Civil. O objetivo geral da pesquisa é definir se o justo motivo é um requisito implícito para a caracterização da usucapião especial por abandono do lar. São objetivos específicos: conceituar a usucapião; dissertar sobre a Usucapião Especial Urbana por Abandono do Lar e verificar se é necessária a comprovação do justo motivo para a caracterização da usucapião especial por abandono do lar. Conclui-se que, apesar do justo motivo estar implícito na norma, há necessidade da sua aplicação, pois vários são os motivos que ensejam o afastamento do cônjuge ou companheiro do ambiente familiar. O estudo faz uso do método indutivo associado à pesquisa bibliográfica utilizando a produção descritiva e observando as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).
Palavras-chave: Usucapião. Abandono do lar. Justo Motivo.

SPECIAL URBAN ADVERSE POSSESSION BY DESERTION FROM MARITAL HOME

Abstract: The present work discusses the new modality of the urban special adverse possession, known as family adverse possession, inserted by the Law 12.424/2011 including even the art. 1.240 -, in the Civil Code. The general objective of the research is to define if the fair reason is an implicit requirement for the characterization of special usucapião by abandonment of home. Are specific objectives: conceptualize the usucapião; pitch on the Special Usucapião Urban Abandonment of home and check if it is necessary to prove the fair grounds for the characterization of special usucapião by abandonment of home. It is concluded that, in spite of the righteous reason be implicit in the standard, there is a need for its application, since there are various reasons that foster the remoteness of the spouse or partner of the family environment. The study makes use of inductive method associated with the bibliographic search using the descriptive production and observing the rules of the Brazilian Association of Technical Standards (ABNT).

Keywords: Adverse Possession. Adverse Possession by Marital Home Abandonment. Due Cause.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre a usucapião especial urbana por abandono do lar, instituída no

1 Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção de nota na disciplina de Monografia, orientado pela Professora Esp. Rhubia de Lemos Estrowispy

2 Acadêmica da 10ª fase do Curso de Direito, da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – Caçador – SC, e-mail: josifenilli@hotmail.com

3 Professora Especialista do Curso de Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – Caçador – SC, e-mail: rhubia.lemos@tjsc.jus.br

âmbito do Programa do Governo Federal Minha Casa Minha Vida, inserida no ordenamento jurídico brasileiro através da edição da Lei 12.424 de 16 de junho de 2011, a qual acrescentou o art. 1.240-A ao Código Civil de 2002.

Os requisitos dessa nova modalidade de usucapião são polêmicos. Uma das exigências da norma é o abandono do lar por um dos cônjuges ou companheiros, inclusive homoafetivos. O prazo exíguo também é uma novidade nesta categoria, com redução para dois anos.

A hipótese é de que o abandono não deve ser qualificado nos casos em que o ex-cônjuge ou ex-companheiro deixa o lar conjugal, mas em casos em que o abandono significa total renúncia, desistência ou desprezo pela família.

Diante disso, o artigo tem como objetivo geral definir se o justo motivo é um requisito implícito para a caracterização da usucapião especial por abandono do lar. São objetivos específicos: conceituar a usucapião; dissertar sobre a usucapião especial urbana por abandono do Lar e verificar se é necessária a comprovação do justo motivo para a caracterização da usucapião especial por abandono do lar.

Para encetar a investigação adotou-se o método indutivo, operacionalizado com pesquisas bibliográficas. No relato dos resultados da pesquisa adotou-se a produção descritiva com observância das Normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

2 A USUCAPIÃO

A usucapião é considerada pela doutrina como um dos efeitos da posse, desta maneira usucapir é adquirir a propriedade pela posse continuada durante certo lapso de tempo. (VENOSA, 2011). Diante disso, é conceituada pelo ordenamento jurídico como a aquisição da propriedade ou de outro direito real pelo decurso prolongado do tempo. A posse prolongada da coisa pode conduzir à aquisição da propriedade se preenchidos os requisitos previstos em lei. (VENOSA, 2010)

Pelo direito romano, a usucapião era considerada como um modo aquisitivo do domínio em que o tempo figura como elemento precípua. A própria origem da palavra indica isso: *cipio* significa “tomar” *usu* quer dizer “pelo uso”. Deste modo, “tomar pelo uso” não era obra de um instante, exigia, sempre, um complemento de cobertura sem o qual esse *cipio* nenhum valor ou efeito teria, deste modo consistia esse elemento no fator tempo. (DINIZ, 2006)

O Código Civil de 2002 emprega o vocábulo usucapião no gênero feminino, respeitando a sua origem, como ocorre no direito francês, espanhol, italiano e inglês. (GONÇALVES, 2006)

O direito brasileiro distingue três grandes espécies de usucapião de bens imóveis: a extraordinária, a ordinária e a especial ou constitucional, dividindo-se a última em rural (*pro labore*) e urbana (*pro moradia ou pro misero*). (GONÇALVES, 2006) Algumas dessas modalidades estão

presentes no Código Civil e outras em legislações esparsas.

A usucapião extraordinária foi disciplinada pelo art. 550 do Código Civil de 1.916, e inicialmente a posse era de 30 anos sem interrupção ou oposição, com ânimo de dono. (GONÇALVES, 2006)

No novo Código Civil esta modalidade está disciplinada em seu art. 1.238, que traz os como requisitos, a posse de quinze anos, que pode reduzir-se a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo, exercida com ânimo de dono, de forma contínua, mansa e pacificamente. Dispensam-se os requisitos do justo título e da boa-fé. (GONÇALVES, 2006)

A usucapião ordinária foi inserida no Código Civil de 1.916 em seu artigo 551. Já no Código Civil de 2002 está elencado no artigo 1.242 - quando o adquirente possuir os requisitos, ele usucapirá o imóvel no prazo cogente de 10 anos.

A usucapião ordinária é denominada como a mais complexa, pois são características indispensáveis para a propositura desta modalidade: a boa-fé e justo título. (OLIVEIRA, 2008)

Corroborando Arnaldo Wald (2011) que o justo título é todo aquele que, em tese, seria hábil para transferir a propriedade do bem, desde que revestido das formalidades legais exigidas para a sua validade.

O sistema jurídico brasileiro dá amparo à usucapião constitucional ou especial, como dispõe a Constituição Federal nos arts. 183⁴ e 191⁵ e no Código Civil, arts. 1.239 e 1.240. Assim, a forma especial pode acontecer na especial rural, também chamada “*pro labore*”, e na especial urbana, por vezes denominada “pró-moradia”.

3 A USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA POR ABANDONO DO LAR

A usucapião especial urbana por abandono do lar foi instituída pela Lei 12.424 de 16 de junho de 2011, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas trouxe a nova modalidade de usucapião, (BRASIL, Lei nº 12.424) objeto da Medida Provisória 514/2.010, trouxe para o direito brasileiro uma série de inovações com o objetivo de regulamentar a matéria. (WESENDONCK, 2012)

O Projeto de transformação da Medida Provisória em Lei tramitou no primeiro semestre de

⁴ Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

⁵ Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

2011. Mais precisamente, em 27 de abril de 2011, o Projeto de Lei de Conversão n. 10 de 2011, resultado da alteração do teor da Medida Provisória 514/2010, foi confirmado na Câmara dos Deputados e aprovado em 10 de maio de 2011.

Assim na data de 16 de junho de 2011 foi sancionado o Projeto, o qual foi convertido na Lei 12.424 de 2011, passando a usucapião familiar figurar no artigo 1.240-A do Código Civil de 2002:

Art. 1.240-A Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade dívida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Destaca-se que o instituto tem incidência restrita entre os componentes da entidade familiar, sendo esse o seu âmbito inicial de aplicação. Dessa forma, não ficará caracterizada a posse *ad usucapionem*, em havendo disputa judicial ou extrajudicial relativa ao imóvel. Assim para o afastamento do cômputo do prazo o cônjuge ou companheiro que abandonou o lar pode notificar o ex-consorte anualmente. (TARTUCE, 2013)

4 OS REQUISITOS

Na usucapião especial o prazo para usucapir é de 5 (cinco) anos para imóveis rurais ou imóveis urbanos, individual ou coletivamente. A usucapião especial urbana por abandono do lar quebra a regra dos cinco anos, pois sua grande novidade é a redução do prazo para dois anos de posse mansa, pacífica, exclusiva, ininterrupta e direta. (LOUREIRO, 2012)

José Fernando Simão (2011) alega que o prazo de dois anos é insignificante para a elaboração do luto e fim do núcleo familiar, uma vez que tal situação envolve questões emocionais e afetivas que impedem a rápida tomada de decisões.

Posiciona-se Douglas Phillips Freitas (2012) que o novo prazo tende a trazer agilidade nos litígios familiares, pois essa nova norma pretende diminuir uma situação corriqueira nas lides familiares.

Flávio Tartuce (2013) defende que a tendência pós-moderna é justamente a de redução dos prazos legais, eis que o mundo contemporâneo possibilita a tomada de decisões com maior rapidez.

O requisito mais polêmico da usucapião familiar é o abandono do lar por um dos cônjuges, afinal a Emenda Constitucional n. 66/2010 revogou todas as disposições contidas em normas infraconstitucionais alusivas à separação e às causas da separação. (FARIAS, 2012)

Helena Orselli é categórica ao dispor que a culpa extinta com a Emenda n. 66/2010, não foi reinserida no ordenamento jurídico através da Lei 12.424/2011:

A menção ao “abandono do lar” não deve ser entendida como retomada da discussão da culpa pelo fim da sociedade conjugal, há pouco abolida do Direito de Família nacional. O abandono do bem imóvel deve ser configurado pela abdicação intencional por parte do coproprietário, por meio de atos que revelem a intenção de não o ter mais para si. (ORSELLI, dez./jan. 2011/2012)

Portanto o Estado não tem o dever de identificar um culpado ou punir qualquer uma das partes pelo fim das relações afetivas. Atribui-se ao Judiciário o ônus de analisar as circunstâncias afetivas ao rompimento daquela entidade familiar, se houver judicialização do conflito de ordem amorosa. (MATTOS e MARGAZÃO, 2011)

Diante disso muito se discute a constitucionalidade da usucapião familiar, pois a culpa do cônjuge na dissolução da sociedade conjugal que já havia sido sanada pela Emenda Constitucional 66/10 parece ensejar novas discussões. (GUAZZELLI, 2007)

Neste diapasão posiciona-se Juliana Schvambach (2013), que não há que se falar em inconstitucionalidade do instituto, haja vista que o que se almeja não é a investigação e imputação da culpa no fim da relação conjugal, mas sim, a proteção da família ou do cônjuge/companheiro deixado no imóvel, com os encargos que esse acarreta, de forma que se possibilite a efetividade dos princípios que norteiam o direito de família e a função social do bem que regula e se impõe no direito de propriedade.

No que se refere ao fato de a usucapião familiar recair apenas sob imóveis urbanos, Luciana Santos Silva critica a norma:

Contudo, o mesmo não pode se dizer da exclusão do imóvel rural como objeto da Usucapião Pró-Família. A localização do domicílio de uma pessoa não é critério justificativo para tratamento diferenciado. Neste sentido, os efeitos do abandono são os mesmos independente da localização do imóvel em que ficou residindo o abandonado. Quiçá não sejam mais gravosos na zona rural onde as relações sociais mais próximas favorecem que a pecha de abandonado passe a integrar de forma pejorativa a identidade social do que permaneceu no imóvel. Além disso, no Brasil, os índices de baixa escolaridade e alta pobreza são mais acentuadas na zona rural gerando entraves ao acesso à Justiça e a efetivação de direitos. (SILVA, 2012)

Segundo entendimento doutrinário, a usucapião familiar tem incidência apenas em imóveis urbanos, evidenciando a tutela do direito à moradia, visto que a usucapião familiar integra o programa governamental “Minha casa, Minha vida”. Atenta-se para o direito à moradia, assim como também é possível perceber sua tutela na Usucapião Constitucional Rural ou pró-labore. (PINHEIRO e CAVALHEIRO, 2012)

Denota-se que o legislador procurou manter a uniformidade na metragem de 250m², apesar de em alguns locais essa área poder ser considerada como excessiva, conduzindo a usucapião de imóveis de valores milionários. (TARTUCE, 2013)

Por conseguinte, aduz Sylvio Souza para benefício da usucapião por abandono de lar a pessoa

não pode ser proprietária de outro bem imóvel urbano ou rural, portanto deverá ser imóvel único e com a necessidade da comprovação que a propriedade era dividida com o ex-cônjuge ou ex-companheiro.

5 JUSTO MOTIVO

A expulsão do cônjuge ou companheiro não pode ser tratada como abandono, pois não se pode admitir a aplicação da nova usucapião nos casos de atos de violência praticados por um cônjuge ou companheiro com o fim de retirar o outro do lar conjugal. (TARTUCE, 2013)

Do assunto, colhe-se o posicionamento de Paulo Henrique Cruz, assim necessário se faz saber se o abandono foi justo:

A Lei n. 12.424/2011, inegavelmente, discutir-se-á de quem é a culpa pelo abandono (perda do vínculo). Pois, como anteriormente visto, não basta haver elemento objetivo e elemento subjetivo, é preciso saber se **o abandono foi justo**. E o incumbido na aferição da culpa – como na extinta separação judicial – é o juiz de Direito, que terá escassos elementos probatórios (no mais das vezes) e pouquíssimas chances de cumprir a justa composição do litígio. (grifou-se) (CRUZ, 2013)

Para a configuração do abandono do lar, o justo motivo acaba sendo requisito essencial. Neste diapasão, cita-se um caso hipotético, qual seja: a mulher, que ao sofrer agressão por seu cônjuge ou companheiro, abandona o seu lar para ver cessar a violência contra ela cometida: Ato contínuo, deixa transcorrer dois anos sem realizar questionamento (judicial ou extrajudicialmente) a propriedade ou a posse sobre o imóvel. (AMORIN, 2011)

Portanto, a conduta perpetrada por essa mulher não é culposa, sendo o justo motivo requisito que deve ser analisado no presente caso, uma vez que o abandono do lar era medida de rigor.

Salienta-se que a usucapião familiar não deve ser vista como forma de punição do direito de família, mas sim como forma de proteção do direito civil, proteção daquele que ficou no imóvel.

Ainda, denota-se que a usucapião familiar deve recair sobre bem comum do casal. Neste viés, quando os requisitos da usucapião familiar não são preenchidos, mostra-se inviável o reconhecimento da usucapião, é o que se colhe do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

DIVÓRCIO LITIGIOSO. PARTILHA DE BENS. USUCAPIÃO FAMILIAR. 1. Sendo o casamento regido pelo regime da comunhão parcial, todos os bens adquiridos a título oneroso na constância da vida conjugal se comunicam e devem ser partilhados de forma igualitária, independentemente de qual tenha sido a contribuição individual de cada cônjuge para a consecução do resultado patrimonial, pois se presume que a aquisição seja produto do esforço comum do par. inteligência dos art. 1.658 a 1.660 do CCB. 2. **Considerando que o imóvel onde a ré permaneceu residindo após a separação fática do casal pertence exclusivamente ao autor, inviável o reconhecimento da usucapião familiar, que pressupõe a propriedade comum do bem. Inteligência do art. 1.240-A do Código Civil.** 3. Se o imóvel pertence ao varão, também se mostra inviável a sua partilha. Recurso

desprovido. (Apelação Cível Nº 70063635593, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 25/03/2015) (grifou-se)

In casu, ficou comprovado que o imóvel pertencia exclusivamente ao ex-marido. No mais, o art. 1.240-A do Código Civil estabelece como pressuposto, que o bem seja propriedade comum do casal. E o imóvel reclamado pertence exclusivamente ao varão, sendo ocupado em regime de comodato. Desse modo, torna-se rigorosamente inviável a pretendida partilha do imóvel e o reconhecimento da usucapião familiar.

Portanto caso um dos cônjuges saia da residência sem qualquer motivo, gerando o abandono pelo período de dois anos ininterruptos, nasce nesse momento para o outro cônjuge o direito integral sobre o imóvel.

O cônjuge ou companheiro que visa evitar a perda do bem, deve propor ação de divórcio cumulado com pedido de partilha justificando os motivos pelos quais deixou o lar conjugal bem como que pretende partilhar o imóvel de acordo com o que lhe assegura a lei, tomando esta providencia sempre antes que se complete o prazo aquisitivo de dois anos, quando não haverá mais remédio para os que negligenciarem, pois a lei, não socorre os que dormem.

Por todo o exposto, constata-se que para ingresso da usucapião familiar a culpa não é requisito que deve ser analisado - antes e ao revés, buscar o culpado é aviltar direitos, menosprezar a Carta da República, olvidar se do quanto o homem lutou para ver respeitada sua privacidade (CRUZ, 2013) - desta feita não há que se falar em inconstitucionalidade da norma, porque não trouxe a volta da culpa.

Entretanto, há necessidade de justificar o motivo pelo qual houve o abandono familiar e ainda, se possível analisar a forma de como se deu tal abandono, para posteriormente analisar os demais requisitos indispensáveis para configuração da usucapião por abandono do lar.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve por objetivo definir se o justo motivo é requisito implícito para a caracterização da usucapião especial urbana por abandono do lar, como forma de proteção ao bem do casal que foi abandonado por mais de dois anos sem aparo do ex-cônjuge ou ex-companheiro, estudando a aplicabilidade da Lei n. 12.424 de 16 de junho de 2011 e o art. 1.240-A do Código Civil de 2002.

O tema usucapião já existia no ordenamento jurídico brasileiro, porém, a usucapião familiar, passou a existir a partir da promulgação da referida Lei 12.424/2011 e a inclusão do artigo 1.240-A do Código Civil.

O trabalho justificou-se na necessidade de haver a aplicação, quando analisados os casos da usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal, do justo motivo. Apesar de estar implícito

na norma, não deve ser deixado de lado, pois, conforme apresentado, várias são os motivos que ensejam o afastamento do cônjuge ou companheiro do ambiente familiar. Diante disso, o estudo de cada caso deve ser feito antes da configuração da usucapião familiar, evitando deixar o ex-cônjuge ou ex-companheiro que saiu do imóvel, por motivo justificado, desamparado, e até mesmo perder o bem que era legalmente seu.

O objetivo dessa modalidade da usucapião não é punir o cônjuge ou companheiro que se afastou do lar, é dar assistência ao cônjuge ou companheiro que permaneceu por dois anos ininterruptos e sem oposição e com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m², utilizando-o para sua moradia ou de sua família. Desta forma, o presente trabalho monográfico tratou da usucapião especial urbana por abandono do lar, porém, convém ressaltar que não tem o presente estudo o objetivo de exaurir todas as dúvidas advindas das implicações jurídicas relativas à usucapião familiar, visando, apenas, apresentar o assunto, e contribuir para que através de estudos e debates seja alcançada, um dia, a solução mais coerente.

7 REFERÊNCIAS

ACOSTA, Renata Karla Montovani. **A Usucapião Familiar**. Disponível em:

<<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/35565/69.pdf?sequence=1>>

AMORIM, Ricardo Henriques Pereira. Primeiras impressões sobre a usucapião especial urbana familiar e suas implicações no direito de família. Disponível em: <www.Ibdfam.org.br>

ARÁUJO, Fabio Caldas de. **O usucapião no âmbito material e processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2005

BARBOSA, Augusto Cesar Teixeira. **Evolução da família nos vinte anos de constituição federal**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=942>

BASTOS, Celso e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil** (promulgada em 5 de outubro de 1.988), vol. 7. São Paulo: Ed. Saraiva, 1.990

BLAUTH, Fernanda. FARIAS, Claudia Maria Petry de. **A usucapião por abandono de lar**.

Disponível em: <<http://www.feevale.br/site/hotsite/tpl/86/arquivos/4-2-2012/10%20-%20USUCAPI%C3%83O.pdf>>

BRASIL. Apelação Cível Nº 70063635593, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 25/03/2015 Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+N%C2%BA+70063635593&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>

BRASIL. Código Civil. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/>>

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>

BRASIL. Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011. Altera a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12424.htm>

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 11 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

CARDOSO, Simone Murta. **Uma nova modalidade de usucapião**.

<<http://jus.com.br/revista/texto/19662>>. Acesso em: 2 dez. 2011. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2948

COELHO, Antônio Augusto de Souza. **Usucapião agrário**, dissertação de mestrado, São Paulo: USP, 1.994

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**, volume 4. São Paulo. Saraiva, 2006

CORAZZA, André Vinícius. **Aspectos gerais sobre a usucapião com enfoque à usucapião especial coletiva**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/>>

DELGADO, José Augusto. Estatuto da mulher casada:efeitos da lei 4.121/62. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 69, n. 539, p. 20-24, set. 1980. Disponível em:

<<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16157>>

DIAS, Maria Berenice. Separação de corpos e o desenlace familiar. 2011. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>

DIAS, Maria Berenice. **Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?** Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>> 2011

Dicionário online Michaelis. Conceito de abandono. Disponível em:

<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&palavra=abandono>.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas – 21.ed.rev. e atual.** De acordo com o novo Código Civil (Lei n.10.406, de 10.1.2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo. Saraiva, 2006

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas.** De acordo com o novo Código Civil (Lei n.10.406, de 10.1.2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. 21.ed.rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2006

EHRHARDT, Marcos Junior. **Temos um novo tipo de usucapião criado pela lei 12.424/11, problemas à vista**. Disponível em: <<http://www.marcosehrhardt.adv.br/>>

FARIAS, Cristiano Chaves de ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012 p.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Considerações sobre o artigo 1.240-A. atos normativos e novidades legislativas. **Revista Brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister, Belo Horizonte, v. 13, n. 23, 2011

FREITAS, Douglas Phillips. **A Usucapião e direito de família**: Comentários ao artigo 1.240-A do Código Civil. *Revista Síntese de Direito de Família*. v. 14, n. 71, abr./maio, 2012

GALLON, Leandro Ramos. **Reflexões sobre a inconstitucional usucapião instituída com alterações do Programa “Minha Casa, Minha Vida”**. Fevereiro, 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21136/reflexoes-sobre-a-inconstitucional-usucapiao-instituida-com-asalteracoes-do-programa-minha-casa-minha-vida>>

GODINHO, Adriano Marteleto. Primeiros apontamentos sobre a nova modalidade de usucapião prevista pelo art. 1.240-A do Código Civil. <<http://jus.com.br/revista/texto/19573>>

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Civil brasileiro**: direito das coisas. São Paulo. Saraiva. 2006 As fontes secundárias citadas por apud não devem integrar a lista de referências.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das coisas. volume V. São Paulo. Saraiva, 2006

GUAZZELLI, Mônica. **Usucapião por abandono do lar conjugal**: repercussões no direito de família. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. V. 28 – Porto Alegre; Belo Horizonte; IBDFAM, 2007. Bimestral 2012

LERMEN, Inácio Fabiano. **Estudo da Posse e sua Função Social**. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 14, nº 1170, 12 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/285-artigos-set-2014/6727-estudo-da-possa-e-sua-funcao-social>>

LÔBO, Paulo. **A nova principiologia do direito de família e suas repercussões**. In: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce, José Fernando Simão (Org.). *Direito de família e das sucessões: temas atuais*: São Paulo. 2009

LOTTI, Armando Antônio. Algumas considerações sobre posse, usucapião e justo título à luz do novo código civil. Disponível em: <www.mprs.mp.br/>

MARTINS, Almir. **Usucapião**: Teoria e prática jurídica. Florianópolis/ SC. Conceito Editorial, 2009

MELLO, Marcos Aurélio Bezerra de. **Usucapião Familiar**. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2014/04/usucapiao-familiar/>>

Ministério Público. **Parecer**: usucapião. Disponível em <www.mpba.mp.br/atuacao/caocif/pecas/parecer_uso_capiao.asp>

OLIVEIRA, Joana Câmara Fernandes de. **O instituto do usucapião nas modalidades ordinária e extraordinária e o registro de imóveis**. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5081>

ORSELLI, Helena Azeredo. **Análise Crítica da Usucapião Especial Urbana por Abandono**. Revista Síntese de Direito de Família. v. 13, n. 69, dez./jan. 2011/2012

PAGNONCELLI, André de Carvalho. **Os artigos 1239 e 1243 do Código Civil: um caso de antinomia jurídica?** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,os-artigos-1239-e-1243-do-codigo-civil-um-caso-de-antinomia-juridica,45173.html>>

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2009

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **A Separação de Fato dos Cônjuges e sua Influência nos Bens Adquiridos Posteriormente**. Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 56, novembro de 1992

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; CAVALHEIRO, Joelma Isamáris. **Entre o “nó” e o “ninho”**: notas sobre a usucapião familiar em face o direito fundamental à moradia. 2012 Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ac796a52db3f16bb>>.

Portal da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. **Enunciados da V Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/jornadas-de-direito-civil-enunciadosaprovados>>.

QUIRINO, Gláucia Bueno. **Separação – consequências abandono do lar**. Disponível em: <<http://cristoconstantino.com.br/separacao-consequencias-do-abandono-do-lar/>>

RAMOS, Lucas Cunha. **Usucapião especial urbana: um princípio à função social da propriedade**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8912>

RANGEL, Tauã Lima Verdan. **O instituto da usucapião: breves apontamentos**. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br>

RIBEIRO, Gerson Eubanque. **Da ação de usucapião em face das nuances da aquisição de terras particulares**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 78, julho 2010. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. 6.ed.

SANTOLINI, Ricardo Benevenuti. **Usucapião Familiar – comentários a lei 12.424 e a alteração do código civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,usucapiao-familiar-comentarios-a-lei-1242411-e-a-alteracao-no-codigo-civil-brasileiro,41836.html>>

SCHVAMBACH, Juliana. **A usucapião familiar e a discussão acerca de sua (in) constitucionalidade**. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br>>

SILVA, Julian Gonçalves da. **As modalidades de usucapião e seus requisitos processuais**. **Conteúdo Jurídico**, Brasília/DF: 15 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>

SILVA, Luciana Santos. **Uma nova afronta à Carta Constitucional: usucapião pró-Família**. **Revista**

Síntese Direito de Família. V. 14, n. 71, abr/maio 2012

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direitos reais. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. São Paulo: Atlas. 2011

VILARDO, Maria Aglaé Tedesco, **Usucapião Especial e Abandono de Lar – Usucapião entre ex-casal**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. IBDFAM, Belo Horizonte, ano XIV, n. 27, abr. – mai. Magister, 2012

VOLTOLINI, Gabriela C. Buzzi. **Artigo – a nova forma de aquisição de propriedade: a usucapião familiar**. Disponível em:
<http://www.colegionotarialrs.org.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=1715:23082012-artigo-a-nova-forma-de-aquisicao-de-propriedade-a-usucapiao-familiar&catid=56:geral&Itemid=185>

WALD, Arnold. **Direito civil**: direito das coisas. 13. ed. Atualizada e reformulada. São Paulo: Saraiva, 2011. v.4

WESENDONCK, Tula. **Usucapião familiar**: uma forma de solução de conflitos no direito de família ou (re) criação de outros? 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/>>

ENTREVISTA COM O PROF. DR. ADELICIO MACHADO DOS SANTOS
REITOR DA UNIVERSIDADE ALTO VALE DO RIO DO PEIXE (UNIARP)

RESUMO CURRICULAR: FORMAÇÃO ACADÊMICA - Pós-Doutor em Gestão do Conhecimento pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor em Engenharia e Gestão do Conhecimento (UFSC). Mestre em Relações Internacionais. Especialista em Psicologia Organizacional e do Trabalho; em Psicopedagogia; em Gestão Educacional; em Supervisão, Orientação e Administração Escolar; em Direito Civil; em Negócios Internacionais; e em Ecumenismo e Diálogo Inter-religioso. Bacharel em Administração, Direito, Filosofia, Jornalismo e Turismo. Licenciado em História, Filosofia e Pedagogia. Tecnólogo em Gestão Financeira e em Produção Publicitária.

ATIVIDADES PROFISSIONAIS - Advogado (OAB/SC nº 4912), com militância em Direito Eleitoral, Educacional e Processo Legislativo. Administrador (CRA-SC nº 21651), com devotamento à Gestão Educacional, Estratégica e de Pessoas. Jornalista (MTE/SC nº 4155 - JP), dedicado ao Jornalismo Cultural, Turístico e Econômico. Turismólogo (ABBTUR/SC nº 15583), com "expertise" em Turismo Cultural, Religioso e Hotelaria. Gestor Financeiro (CRA/SC nº 21.651), com "know how" em Educação Financeira e Finanças Comportamentais. Historiador (IHGSC nº 956 - ME), com conhecimento em História Cultural, Econômica e das Religiões. Filósofo, versado em Filosofia Social, da Mente e da Biologia. Cientista Político, laborando em Gestão de Políticas Públicas, em Plano de Gestão Governamental e em Teoria Geral do Estado. Docente e pesquisador da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (Uniarp).

Ponto de Vista Jurídico: Como o senhor avalia a conjuntura atual da Universidade?

Adelcio Machado: A meu juízo, trata-se de ótimo resultado do labor empreendido no curso do quadriênio.

De acordo com o magistério de Dilvo Ristoff, avaliar, sob o ponto de vista semântico, consiste em atribuir um valor a alguém ou alguma coisa.

Todavia, a definição de avaliação é, na verdade, uma questão mais complexa do que realmente se imagina. Há várias discordâncias em torno do conceito de avaliação. Neste contexto, eu definiria a avaliação como o processo utilizado para determinar até que ponto os objetivos educacionais foram realmente alcançados.

Nessa abordagem, a avaliação está fortemente centrada em objetivos e, sob essa perspectiva, instituição é bem avaliada se os objetivos expressos foram atendidos. Em suma, reputo que este é o caso.

Ponto de Vista Jurídico: Quais as conquistas mais importantes da Universidade nestes quatro

anos?

Adelcio Machado: O credenciamento emanado dos bons resultados nas avaliações se destaca.

A par disso, considerando seu caráter de dinâmica social, o processo educativo deve proporcionar a elaboração e o domínio, por parte dos indivíduos e dos grupos, de novos modelos ou formas de indagação da realidade, de modelos valorativos e normativos para a ação e de formas de comunicação e expressão que afiancem a vinculação e coesão do grupo ou comunidade.

Em essência, o processo educativo consiste na permanente transformação dos comportamentos para uma compreensão cada vez mais integral e uma ação cada vez mais solidária sobre o mundo.

Assim, cumpre relevar a integração com a comunidade regional.

Ponto de Vista Jurídico: Quais os reptos da Universidade?

Adelcio Machado: Eu avultaria a consolidação dos cursos das áreas tecnológicas, o aprimoramento das estruturas dos cursos da área da saúde, a revitalização das licenciaturas, o plano de cargos e salários e o avanço da pós-graduação “stricto sensu”.

No entanto, vale frisar a relevância do Plano de Desenvolvimento Institucional (PDI), que se constitui no guia par ao porvir.

A construção do PDI consiste uma etapa de substancial importância no desenvolvimento de uma instituição de ensino que almeja uma educação eficiente e de qualidade.

Sua elaboração exigiu uma profunda reflexão acerca das finalidades da instituição educacional, juntamente com o esclarecimento de seu papel e a correta definição de caminhos, modos operacionais e ações a serem implementadas na educação pelos envolvidos no processo.

Ponto de Vista Jurídico: O que se pode esperar para o futuro?

Adelcio Machado: A continuidade do esforço em prol da educação, porquanto a educação se inscreve entre as necessidades vitais da sociedade democrática, por constituir o único meio legítimo de participação de todos em tudo. Igualmente, tenciono devotar esforços no sentido do fortalecimento do capital intelectual do Alto Vale do Rio do Peixe.

Em suma, valendo-me do magistério de Maria Thereza Antunes, capital intelectual consiste em combinação de ativos intangíveis, frutos das mudanças nas áreas da tecnologia da informação, mídia e comunicação, que trazem benefícios intangíveis para as empresas e que possibilitam seu funcionamento.

Trata-se da soma do conhecimento de todos, tais como: a soma do conhecimento tácito da força

de trabalho, informações da estrutura organizacional, processos mapeados, registro de propriedade intelectual e demais experiências, que podem ser codificadas e empregadas, colimando geração de riqueza e novos produtos.

Ponto de Vista Jurídico: E o Mestrado em Desenvolvimento e Sociedade?

Adelcio Machado: O aludido curso foi recomendado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), fundação do Ministério da Educação encarregada da regulação e fomento da pós-graduação.

Dispõe o Estatuto da Fundação: “Art. 2º A CAPES tem por finalidade subsidiar o Ministério da Educação na formulação de políticas e desenvolvimento de atividades de suporte à formação de profissionais de magistério para a educação básica e superior e para o desenvolvimento científico e tecnológico do País. § 1º No âmbito da educação superior, a CAPES terá como finalidade subsidiar o Ministério da Educação na formulação de políticas para pós-graduação, coordenar o sistema de pós-graduação e avaliar os cursos desse nível, e estimular, mediante bolsas de estudo, auxílios e outros mecanismos, a formação de recursos humanos altamente qualificados para a docência de grau superior, a pesquisa e o atendimento da demanda dos setores público e privado (...)”.

Reza o Parecer da Recomendação: “A proposta é formada por uma área de concentração (Desenvolvimento e Sociedade) e duas linhas de pesquisa (Desenvolvimento e Associativismo, Desenvolvimento Sociedade e Educação)”.

O foco da área de concentração é desenvolvimento, sociedade e educação. A primeira linha cobre estudos sobre o papel do associativismo no desenvolvimento regional.

A segunda linha tem como foco principal a formação de recursos humanos, destacando o papel da educação para o desenvolvimento. A estrutura curricular é formada por 17 disciplinas que cobrem bem as linhas de pesquisa.

O conjunto de disciplinas obrigatórias é composto por 4 (quatro) disciplinas e 3 (três) créditos, totalizando 12 (doze) créditos.

As disciplinas obrigatórias são distribuídas por linha de pesquisa sendo 2 (duas) disciplinas e 3 (três) créditos, totalizando 6 (seis) créditos por linha. As disciplinas optativas são em número de 8 (oito) destinadas a dar base ao estudante para desenvolver o trabalho de dissertação”.

Ponto de Vista Jurídico: A Uniarp estuda algum mestrado novo?

Adelcio Machado: Sim, o sonho consiste em um Mestrado em Educação, voltada para as questões da educação básica regional.

Uma das formações sociais mais importantes que interage diretamente com a sociedade, influenciando e se deixando influenciar, é a organização educacional.

Por meio dela, o homem aprende a conviver socialmente, assimilando a cultura, os padrões de comportamento, o conhecimento produzido. A educação também exerce o controle social do comportamento humano.

Processo educativo deve exercer o papel social, mediando a sociabilidade e preparando o homem para a aplicação do conhecimento por meio do exercício da atividade transformadora da Natureza

Evidencia-se, com isso, a profunda interatividade que há entre educação e sociedade. Por conseguinte, este mestrado pode contribuir sobretudo para a missão da Universidade – o desenvolvimento regional.

Ponto de Vista Jurídico: Das suas formações acadêmicas, qual o senhor destacaria?

Adelcio Machado: Sem dúvida, a Filosofia. O pensamento filosófico é caracterizado pela reflexão, ou seja, a busca de algo por si mesmo por meio da especulação, examinando e analisando com cuidado.

Ao definir a filosofia como reflexão ela se constitui como um conhecimento do conhecimento, isto é, filosofar é atuar sobre o próprio conhecimento científico, interrogando-o e problematizando-o.

A Filosofia se coloca como forma de conhecimento e a educação como um problema filosófico. Os dois termos juntos representam o estudo dos fundamentos das teorias e práticas educativas na sociedade.

A função essencial da Filosofia da Educação consiste em acompanhar, criticamente, a atividade educacional de forma a explicitar os seus fundamentos, esclarecer a função e a contribuição das diversas disciplinas pedagógicas e avaliar o significado das soluções escolhidas.

A ausência de orientação filosófica no terreno da educação acarreta consequências lamentáveis. Só é possível melhorar e reformar o sistema educativo quando se têm uma verdadeira Filosofia da Educação, na qual haja um acordo acerca da finalidade, das possibilidades e das condições da educação. Assim, para o êxito da educação é indispensável o contributo da Filosofia.

Ponto de Vista Jurídico: Disserte sobre a pesquisa.

Adelcio Machado: A pesquisa científica consiste em toda atividade voltada para a formação do conhecimento, desenvolvida para exceder certos problemas que aparecem no processo de conhecimento dos fenômenos, para esclarecer os fatos não conhecidos e para indicar as limitações

das velhas maneiras de explicação dos fatos já conhecidos.

Por conseguinte, para pesquisar é preciso conhecer os meios que admitem alcançar o conhecimento verdadeiro.

Para isso, a metodologia se encarrega do estudo dos métodos e das técnicas que ajudam o desenvolvimento de pesquisas científicas para solução de problemas levantados da realidade objetiva.

A metodologia científica precisa abranger desde as abordagens teóricas que vêm sendo usadas nos trabalhos científicos até as técnicas e métodos empregados na produção do conhecimento das Ciências Sociais Aplicadas e, dentre elas, a esfera de produção do conhecimento jurídico.

Destarte, implantam as maneiras de preparação e divulgação da pesquisa, isto é, o projeto, o relatório e a comunicação do conhecimento científico.

Ponto de Vista Jurídico: Descreva a sua área preferencial de pesquisa.

Adelcio Machado: A Administração Educacional. A gestão, no âmbito escolar, sempre constitui manancial de divergências entre os indivíduos que compõem a comunidade educacional.

Isso se deve ao fato de que a escola se constitui como um ambiente complexo, no qual pessoas diferentes apresentam princípios e ideais também antagônicas, resultando, por vezes, na constituição de um ambiente perpassado por conflitos.

Nesse contexto peculiar entra a administração educacional, atualmente caracterizada por uma abordagem direcionada para a gestão participativa, com a função de organizar da melhor forma possível todos os recursos e as concepções divergentes no intento de direcioná-las a um objeto comum, a saber: a transmissão do saber e a formação dos futuros cidadãos.

Enquanto que na administração empresarial o líder pode impor determinadas regras para se alcançar as metas de produção, utilizando-se de seu poder de decisão sobre os empregados, na escola isso não é possível.

É na escola que se apresenta a possibilidade de aperfeiçoamento do processo democrático no futuro, e, como tal, não pode usar do poder de repressão para direcionar os interesses, o que seria contraditório aos seus objetivos de formação.

Ao contrário, é um espaço aberto democrático, onde todos têm o direito de serem ouvidos e de manifestarem o que pensam, buscando sempre argumentar para justificar suas concepções.

No entanto, a liderança também é indispensável para que se chegue a um ponto em comum, não se esquecendo da missão formadora da educação, a qual sobrepuja o caráter operacional da técnica de gestão.

Ponto de Vista Jurídico: As suas considerações finais.

Adelcio Machado: Tudo o que foi conquistado emana do esforço e competência do corpo docente, o maior patrimônio da Universidade.

Ao filósofo Erasmo assistia razão: “A primeira fase do saber é amar os nossos professores”.