

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 353.

(ano VII)

(26/05/2015)

ISSN - 1984-0454



**Conteúdo
Jurídico**
www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.

Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



26/05/2015 **Eduardo Luiz Santos Cabette**

» [Teoria da "amotio" como paradigma da consumação do furto: uma questão pontual nos casos de rompimento ou destruição de obstáculo à subtração da coisa](#)

ARTIGOS

26/05/2015 Leonardo Silva Batista » [Representatividade adequada em sede de ação civil pública: legitimidade ou interesse de agir?](#)

26/05/2015 Carlos Eduardo Rios do Amaral » [Recurso Extraordinário 593.727/STF: vitórias do poder de investigação do Ministério Público e das prerrogativas da Advocacia](#)

26/05/2015 Cláudio Ricardo Silva Lima Júnior » [Dimensões da razoabilidade em matéria tributária: o conteúdo jurídico do princípio da vedação ao confisco na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal](#)

26/05/2015 Tauã Lima Verdan Rangel » [Análise Jurídica do Sistema dos Museus: Singelos Apontamentos à Lei nº 11.904/2009 \(Estatuto dos Museus\)](#)

26/05/2015 Enzo de Miranda Ramos » [Tarefa difícil: ressocializar e reeducar um detento](#)

26/05/2015 Ediane Aquino Araújo » [O juiz e a sociedade: a nova ideologia constitucional da magistratura](#)

MONOGRAFIAS

26/05/2015 Vanessa Corrêa Filomeno da Silva » [Benefícios da guarda compartilhada para o convívio familiar](#)

TEORIA DA "AMOTIO" COMO PARADIGMA DA CONSUMAÇÃO DO FURTO: UMA QUESTÃO PONTUAL NOS CASOS DE ROMPIMENTO OU DESTRUIÇÃO DE OBSTÁCULO À SUBTRAÇÃO DA COISA

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós - graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

1 - INTRODUÇÃO

Dentre os crimes patrimoniais não violentos o crime de furto é dos mais frequentes no dia a dia. Durante muito tempo se discutiu sobre o momento consumativo do furto, prevalecendo a tese da “Teoria da Inversão da Posse”, a qual mais recentemente vem sendo suplantada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros pela chamada Teoria da “Amotio”.

Outra discussão recorrente sobre o crime de furto versa sobre a configuração ou não da qualificadora do rompimento ou destruição de obstáculo à subtração da coisa, quando o agente adentra ao local sem arrombamento e precisa praticá-lo ao sair. Ou seja, o arrombamento

ocorre de dentro para fora e não, como é mais comum, de fora para dentro.

O objetivo deste trabalho é expor o desenvolvimento da discussão quanto à consumação do furto até o atual “status quo” da matéria, analisando o problema da qualificadora acima mencionada na circunstância do arrombamento para deixar o local. A análise será feita, considerando as posições doutrinárias a respeito da configuração ou não da qualificadora, procurando-se fazer uma ligação entre as justificativas para uma e outra posição com as teorias sobre a consumação do furto. Ao final, o intento é indicar a possível mudança de modelo para a solução da questão da qualificadora com a alteração da teoria sobre a consumação do furto.

O estudo é relevante, tendo em vista que a decisão sobre a qualificadora implica numa reação mais ou menos gravosa contra o infrator da lei, a qual deve ser baseada em uma orientação dogmática segura e coerente.

2 - AS TEORIAS SOBRE A CONSUMAÇÃO DO FURTO

Ao longo do tempo foram apresentadas várias teorias sobre a consumação do furto, sendo as principais as seguintes: [\[1\]](#)

a) "Concretatio" - basta tocar na coisa.

b) "Apprehensio rei" - basta segurar na coisa.

c) "Amotio" - exige a remoção de lugar.

d) "Ablacio" - a coisa é colocada no local a que se destinava com segurança.

e) Teoria da Inversão da Posse – para que o furto se consume é necessário que o agente tenha a “posse tranquila” da coisa subtraída.

Observe-se que durante muito tempo predominou o entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto à consumação pela “Teoria da Inversão da Posse”. No entanto, mais recentemente vem ocorrendo uma alteração desse pensamento e a adoção da “Amotio”, inclusive pelo STF e pelo STJ.

Apenas a título ilustrativo, observe-se o “decisum” abaixo, versando sobre a Teoria da “Amotio” tanto no furto como no roubo:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RÉUS ASSISTIDOS PELO MESMO DEFENSOR PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE COLIDÊNCIA DE DEFESAS. NÃO DEMONSTRAÇÃO. MOMENTO CONSUMATIVO. PRESCINDIBILIDADE DA POSSE TRANQUILA DA RES. ADOÇÃO DATEORIA DA **AMOTIO**.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. "Só se configura o conflito de defesas na hipótese em que um réu atribui a outro a prática criminosa que só pode ser imputada a um único acusado, de modo que a condenação de um ensejará a absolvição do outro, ou quando o delito tenha sido praticado de maneira que a culpa de um réu exclua a do outro." (HC 94.517/MG, Rel. Min.NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 30.03.2009).

3. No caso, não restou demonstrado o conflito de interesses nem qualquer prejuízo ao paciente por ter sido assistido, a partir da audiência de instrução e julgamento, pelo mesmo defensor público que patrocinou a defesa do corréu, uma vez que ambos negaram a autoria delitiva que lhes foi imputada na denúncia.

4. De outro lado, para acolher o pedido de absolvição, por insuficiência de provas, seria necessária a incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que se mostra incabível na via estreita do habeas corpus.

5. Os tribunais superiores adotaram a teoria da apprehensio, também denominada de **amotio**, segundo a qual o crime de roubo, assim como ode **furto**, consuma-se no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, pouco importando se por longo ou breve espaço temporal, sendo prescindível a posse mansa, pacífica, tranquila e/ou desvigiada.

6. No caso, mostra-se incontroverso que os réus tiveram a posse dos bens subtraídos, ainda que por breve lapso temporal, sendo capturados somente após a busca efetuada pelos policiais. Assim, descabe a desclassificação pretendida para a forma tentada.

7. Habeas corpus não conhecido (HC 222888/MG, STJ, 5ª. Turma. Rel. Min. Gurgel de Faria, 16.12.2014, DJe 02.02.2015).

E no Supremo Tribunal Federal:

Trata-se de recurso ordinário em “habeas corpus” interposto contra decisão que, emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, denegou ordem de “habeas corpus”, em julgamento consubstanciado em acórdão assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL EM ‘HABEAS CORPUS’. 1. ‘MANDAMUS’ UTILIZADO COMO SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. HODIERNO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUE CONTA COM O LOUVÁVEL REFORÇO DA SUPREMA CORTE. 2. **FURTO** CONSUMADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO CRIME TENTADO. POSSE TRANQUILA DA ‘RES FURTIVA’. DESNECESSIDADE. 3. MONITORAMENTO DA CONDUTA. VIGILÂNCIA QUE NÃO OBSTA, EM ABSOLUTO, A CONSUMAÇÃO DO DELITO. 4. RECURSO IMPROVIDO.

1. Recentemente, este Tribunal Superior passou a negar seguimento e/ou não conhecer de ‘habeas corpus’ voltado à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, por não ser ele substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário, mas sim remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade, entendimento esse que conta com o louvável reforço da Suprema Corte.

2. No caso, inexistente constrangimento ilegal manifesto a ser sanado, pois prevalece no Superior Tribunal de Justiça a orientação de que o crime de **furto** se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da ‘res furtiva’, ainda que haja imediata perseguição e prisão, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima.

3. Da mesma forma, não há falar que eventual monitoramento da conduta obste, em absoluto, a consumação do delito. Precedentes.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (HC 254.399-AgRg/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE – grifei)

Busca-se, na presente sede processual, “o provimento do presente recurso e a reforma do acórdão, para que se conheça regularmente do HC impetrado, e não apenas sob a ótica da concessão de ‘HC’ de ofício, como quer o acórdão recorrido, e, ainda que via concessão de ‘HC’ de ofício, reconheça-se a ocorrência do delito na forma tentada, reduzindo-se o ‘quantum’ da pena aplicada, nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal, ou determinando-se à autoridade coatora que aplique a fração de redução que entender pertinente” (grifei). O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. MARIO JOSÉ GISI, ao opinar pelo improvimento do recurso ordinário em questão, formulou parecer do qual se destaca a seguinte passagem:

“Também não assiste razão à defesa no que concerne à assertiva de crime na modalidade tentada. Para tratar da conformação típica da conduta do paciente, a instância ordinária valeu-se dos seguintes fundamentos:

[...] a prova oral existente nos autos evidencia que o réu foi preso em flagrante quando já estava distante do local onde a delito ocorreu, circunstância que evidencia que o desapossamento dos bens claramente ocorreu, portanto, que o ‘iter criminis’ alcançou o seu momento

consumativo. [...]. (...). No caso em tela, verifica-se que a subtração da ‘res’ não foi frustrada por circunstâncias alheias à vontade do agente, tendo se concretizado a posse do objeto, ainda que por tempo reduzido, o que afasta a incidência do art. 14, II, do Código Penal. A posterior interceptação efetuada pela autoridade policial que recuperou a ‘res furtiva’ não descaracteriza a usurpação de posse sofrida pela vítima, que teve o acesso ao seu bem temporariamente susado por estar fora de sua esfera de vigilância. A mesma compreensão perfilha a doutrina mais abalizada:

‘Também deve ser reconhecida a consumação ainda que o agente seja seguido ou perseguido e preso em flagrante delito. É irrelevante a circunstância de não se ter locupletado o agente com a coisa roubada.’

‘O roubo próprio atinge a consumação nos mesmos moldes do crime de **furto**, i.e., quando o sujeito consegue retirar o objeto material da esfera de disponibilidade da vítima, ainda que não haja posse tranquila.’

Nesse sentido também segue a jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal, segundo a qual ‘para a consumação do crime de **furto** ou de roubo, não se faz necessário que o agente logre a posse mansa e pacífica do objeto do crime, bastando a saída, ainda que breve, do bem da chamada esfera de vigilância da vítima’.

Registremos, por último, que a desconstituição dos fundamentos esposados pelas instâncias ordinárias exigiria o revolvimento de material fático-probatório, o que é inviável na via estreita e célere do recurso em ‘habeas corpus’.” (grifei)

Sendo esse o contexto, analiso a postulação em causa. E, ao fazê-lo, entendo assistir razão à douta Procuradoria-Geral da República, quando opina, na espécie ora em exame, pelo improvimento do presente recurso ordinário.

É que, ao apreciar a pretensão deduzida pela parte ora recorrente, verifico que o pleito em questão não tem o beneplácito do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte, que tem entendido, na matéria, que os delitos de **furto** ou de roubo consumam-se independentemente da observância da teoria da “ilatio”, bastando, para tanto, que o agente tenha tido, embora momentaneamente, a posse da “res” objeto da subtração patrimonial, não obstante retomada, logo em seguida, por agentes do Estado ou recuperada pela própria vítima, quer em decorrência de perseguição imediata, quer, ainda, em consequência da identificação posterior dos autores da prática delituosa (HC 74.376/RJ, Rel. Min. MOREIRA ALVES – HC 93.384/SP, Rel. Min. AYRES BRITTO – HC

94.406/SP, Rel. Min. MENEZES DIREITO – HC 95.360/RS, Rel. Min. EROS GRAU – HC 95.794/ES, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 96.696/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 100.189/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 114.329/RS, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, v.g.):

“(...) dispensa, para a consumação do **furto** ou do roubo, o critério da saída da coisa da chamada ‘esfera de vigilância da vítima’ e se contenta com a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse da ‘res furtiva’, ainda que retomada, em seguida, pela perseguição imediata.” (HC 89.958/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei)

“(...) 1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que, para a consumação do crime de **furto**, basta a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse do objeto do delito, ainda que retomado, em seguida, pela perseguição imediata.” (HC 92.922/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – grifei)

“(...) 2. A consumação do **furto** ocorre no momento em que o agente tem a posse da ‘res furtiva’, cessada a clandestinidade, independente da

recuperação posterior do bem objeto do delito.” (HC 95.398/RS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – grifei)

Vale registrar, por necessário, que o entendimento ora exposto reflete-se, por igual, na jurisprudência firmada pelo E. Superior Tribunal de Justiça (HC 177.676/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE – HC 197.068/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI – HC 231.277/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ – HC 247.007/SP, Rel. Min. MARILZA MAYNARD (Desembargadora Convocada do TJ/SE) – AREsp 325.156-AgRg/BA, Rel. Min. MOURA RIBEIRO – REsp 1.341.998-AgRg/SP, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR):

“(…) II Ademais, o Superior Tribunal de Justiça adota a teoria da ‘apprehensio rei’ ou ‘**amotio**’, segundo a qual a consumação do crime de **furto** dá-se com a simples inversão do título da posse, não sendo, pois, necessário que a coisa saia da esfera de vigilância da vítima, ocorrendo a consumação do delito ainda que haja a retomada da ‘res furtiva’, logo em seguida, pela própria vítima ou por terceiro.” (AREsp 296.525-AgRg/DF, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES – grifei)

De qualquer maneira, no entanto, mesmo que se pudesse adotar critério diverso daquele definido pela jurisprudência desta Corte, ainda

assim não haveria como acolher a pretensão recursal ora em análise, pela simples razão de a via sumaríssima do processo de “habeas corpus” não comportar o exame aprofundado de fatos nem a reavaliação dos elementos probatórios produzidos no processo penal de conhecimento (RTJ 110/555 – RTJ 129/1199 – RTJ 163/650-651 – RTJ 186/237, v.g.):

“A ação de ‘habeas corpus’ constitui remédio processual inadequado, quando ajuizada com objetivo (a) de promover a análise da prova penal, (b) de efetuar o reexame do conjunto probatório regularmente produzido, (c) de provocar a reapreciação da matéria de fato e (d) de proceder à revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento. Precedentes.” (RTJ 195/486, Rel. Min. CELSO DE MELLO):

É de rememorar, no ponto, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 69.034/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, advertiu que o “habeas corpus” não se revela juridicamente apto ao exame da ocorrência, ou não, da realização integral do tipo penal, eis que a discussão em torno da consumação do delito, caso admitida nesta sede processual, implicaria irrecusável análise da prova e importaria em aprofundada investigação

dos elementos instrutórios produzidos no processo penal de conhecimento.

A constatação da ocorrência, ou não, da posse tranquila dos bens subtraídos – qualquer que seja a teoria jurídica que se possa perfilhar no tema (a da “contrectatio”, a da “apprehensio”, a da “**amotio**”, a da “ilatio” ou a da “ablatio”) – encontra obstáculo insuperável no caráter sumaríssimo da ação penal de “habeas corpus”, consoante adverte a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HC 65.887/SP, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – HC 69.575/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

“‘Habeas corpus’. (...). No que toca à argüição de tentativa de **furto** e não de **furto** consumado, a matéria envolve aferição de prova, insuscetível de apreciação em ‘habeas corpus’. Indeferimento do pedido.” (HC 66.381/SP, Rel. Min. DJACI FALCÃO – grifei). Sendo assim, considerando as razões expostas e acolhendo, ainda, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, nego provimento ao presente recurso ordinário.

Devolvam-se estes autos ao E. Superior Tribunal de Justiça. Publique-se. Brasília, 28 de fevereiro de 2014. Ministro CELSO DE MELLO Relator (RHC 117525/DF).

Embora se profile a tese de que a “Teoria da Inversão da Posse” seja a mais adequada para a definição da consumação do furto e também do roubo, há que reconhecer a que “Amotio” ganha terreno e é hoje o entendimento que domina tanto STF como STJ. Dessa forma o furto estará consumado com a simples remoção da coisa do local, não se exigindo a posse tranquila por parte do agente.

Dessa maneira a doutrina mais recente segue por essa mesma senda:

“A consumação do furto dá-se *quando a vítima perde, ainda que momentaneamente, a livre disponibilidade sobre o bem*, não se exigindo que o agente tenha a posse mansa e pacífica do objeto material (há entendimento em sentido contrário, atualmente minoritário)”. [2]

No mesmo diapasão:

“Ora, o resultado do furto é a perda da posse, basta que ela ocorra, o que acontece no exato momento em que o sujeito passivo perde a possibilidade de exercer qualquer poder sobre a coisa. No tipo há um único verbo: subtrair. Tirada a coisa do dono, com o fim de assenhramento, realizou-se integralmente o tipo. A posse tranquila da coisa só seria exigível se o tipo contivesse, além do verbo subtrair, ou verbo: ter. Ai, sim, a consumação somente ocorreria quando o agente tivesse a coisa com tranquilidade. O momento consumativo ocorre quando a coisa sai da *‘esfera de posse e disponibilidade do sujeito passivo, ingressando na livre disponibilidade do autor, ainda que este não obtenha a posse tranquila’*. Haverá furto consumado no exato momento em que o ofendido não puder mais dela

dispor, em que deixa de sobre ela exercer o poder que exercia quando em sua posse. É óbvio que se o agente consegue ter a posse tranquila o furto é consumado, mas o foi antes disso, quando a coisa saiu da esfera de disponibilidade da vítima”. [3]

Assim sendo, conforme já frisado, embora a “Teoria da Inversão da Posse” não perca sua defensabilidade, especialmente no seio doutrinário, a Teoria da “Amotio” vai dominando os tribunais, a prática judiciária e os espaços dogmáticos.

3 - ROMPIMENTO OU DESTRUIÇÃO DE OBSTÁCULO À SUBTRAÇÃO DA COISA E A QUESTÃO DO ARROMBAMENTO PARA SAIR DO LOCAL DO CRIME

A primeira qualificadora do crime de furto é aquela prevista no artigo 155, § 4º., I, CP, qual seja, o “rompimento ou destruição de obstáculo à subtração da coisa”.

Ora, se o rompimento ou destruição do obstáculo se dá como *meio* para o *fim* da subtração, é natural que ocorra primeiro o arrombamento e depois a subtração.

No entanto, há casos em que o indivíduo logra ingressar no local do crime sem necessidade de arrombamento. Depois, por alguma circunstância adversa, acaba fechado no local e precisa, por exemplo, romper uma porta para poder sair com os bens móveis que furtou.

A grande questão está em decidir se essa inversão da ordem dos fatores altera o produto, ou seja, se o arrombamento de dentro para fora descaracteriza ou não a qualificadora em estudo.

A resposta não é pacífica na doutrina. Para Magalhães Noronha, por exemplo, como o rompimento ou destruição deve dar-se “para” a subtração, então deve ser necessariamente “anterior ou concomitante” a esta. De outra forma, sendo posterior ao apossamento dos bens, não servirá para configurar a qualificadora em destaque. [4]

Em posição oposta se acha Hungria:

“O § 4º., n. I, do art. 155 considera qualificado o furto cometido ‘com

destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa'. As palavras 'à subtração da coisa' podem ser substituídas por estas: 'à sua execução'. Cumpre que a destruição ou rompimento do obstáculo ocorra em qualquer dos momentos da fase executiva do crime. O que vale dizer: para possibilitar ou facilitar tanto a *apprehensio*, quanto a efetiva transferência da *res furtiva* ao poder de livre e tranquila disposição dela por parte do agente. Enquanto o furto não está consumado, ou ainda se ache em fase de execução, a violência contra o obstáculo é qualificativa. Assim o ladrão que, penetrando sem violência numa casa comercial e, já apreendida a *res*, tem de arrombar, para poder sair, a porta de aço intercorrentemente fechada, comete furto qualificado". [5]

Mirabete menciona o escólio de Magalhães Noronha, mas alerta que se trata de posição isolada, esclarecendo que a qualificadora ocorrerá sempre que o rompimento ou destruição se der antes da consumação. Para o autor “o termo *subtração*, empregado no dispositivo em estudo, equivale à consumação”. [6]

Outro autor que enfoca na consumação do crime como marco para a configuração da qualificadora é Bitencourt:

“Na verdade, não há qualquer relevância se a violência contra a coisa se opera antes ou depois de sua apreensão, desde que, logicamente, se concretize antes da consumação do crime. Assim, *destruição ou rompimento* praticado para consumir a subtração, mesmo após a apreensão física da coisa, também qualifica o crime; agora, se o rompimento ou a destruição for praticado após a consumação do furto, constituirá crime autônomo”. [7]

Não destoia Damásio, afirmando que o rompimento ou destruição pode dar-se a qualquer momento, desde que *antes* da consumação. [8]

Releva destacar que a doutrina predominante, que inclusive se reflete na jurisprudência a respeito do tema, admite a qualificadora em apreço mesmo quando o arrombamento se dá após o apossamento do bem, para sair do local do delito. *O marco para a aplicabilidade da qualificadora é a consumação do crime.* Sendo, portanto, o arrombamento anterior à consumação, pode-se dizer que foi meio para a prática do furto e, assim sendo, qualificá-lo.

4 - O VISLUMBRE DE UMA VIRAGEM DOGMÁTICO – JURISPRUDENCIAL

Como visto, inicialmente predominava a tese de que para a consumação do furto era necessária a “posse tranquila” do bem móvel subtraído pelo agente. Reinava a “Teoria da Inversão da Posse”, ainda hoje adotada por alguns autores. No entanto, vem predominando na atualidade, seja no STF ou no STJ, com nítidos reflexos sobre a doutrina, a Teoria da “Amotio” que torna inexigível a “posse tranquila”, contentando-se com a mera remoção da coisa do local onde se achava

inicialmente. Portanto, o momento consumativo do furto sofreu uma antecipação.

Quanto à aplicação da qualificadora da destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa, o que se verifica é uma exigência defendida por Magalhães Noronha de que o arrombamento se dê antes ou ao menos concomitantemente à subtração. Por outro lado, praticamente todo o restante da doutrina que se manifesta a respeito do caso, afirma que o que importa é que o arrombamento se tenha dado para assegurar a posse da “res furtiva”, configurando-se a qualificadora em destaque, mesmo quando o autor adentra ao local do furto sem arrombamento inicial e depois precisa fazê-lo para sair com o bem furtado.

O entendimento até hoje predominante sobre a aplicação da qualificadora era condizente com a “Teoria da Inversão da Posse”. Aliás, seus defensores frisam bastante que *o que importa é que o arrombamento se dê com o fito de conseguir a consumação do crime*. Ou seja, o marco para a validade da qualificadora e não a configuração de crime autônomo de dano, é que esta se opere *antes da consumação*. Sob a égide da “Teoria da Inversão da Posse” era lógico que se o indivíduo adentrava ao local do furto sem arrombar, mas ali ficava preso por alguma

circunstância adversa e então perpetrava o rompimento para sair, o fazia *antes da consumação*. Isso era facilmente compreensível porque era exigida a “posse tranquila”. Ora, se o indivíduo estava trancado no local, ainda que já houvesse obtido a posse do objeto almejado, não se poderia jamais concluir que essa posse era *tranquila*, muito ao reverso. Então, ao perpetrar o arrombamento, o fazia com o fim de efetivamente consumir o crime e não como um ato posterior à consumação. Esse era, na verdade, o cerne da prevalência do entendimento da configuração da qualificadora nos casos de arrombamento de dentro para fora.

Contudo, atualmente, a predominância da orientação da “Amotio” adianta o momento consumativo do furto para o mero apossamento momentâneo da coisa pelo autor, sem necessidade de “posse tranquila”. Nesse passo, quando o infrator está dentro do local, ao qual teve acesso sem rompimento ou destruição de obstáculo, e se apossa de um bem qualquer, o furto já está consumado, independentemente de “posse tranquila”. Portanto, quando vai sair e se depara, agora, com obstáculo e o rompe ou destrói, o faz *após a consumação*, ao menos segundo a orientação hoje em voga no STF e STJ e defendida por boa parcela da doutrina. Se o marco para a aplicabilidade da qualificadora é a

consumação do crime e o arrombamento deve dar-se *antes dessa*, então a visão sobre a questão do arrombamento para sair do local deve necessariamente ser posta em revisão. O pensamento até agora isolado de Magalhães Noronha deve tender a ganhar espaço na doutrina e na jurisprudência, a não ser que se retome a “Teoria da Inversão da Posse”. Estando já consumado o furto com o mero apossamento, o rompimento ou destruição posterior para a saída, é um “post factum” que não pode ter o condão de gerar a qualificadora, eis que jamais pode ser visto como meio para a prática do furto que já estava consumado. Como visto a doutrina assevera com insistência que o que importa é que o arrombamento se dê *anteriormente à consumação, só assim pode ser considerado meio para ela*.

5 - CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho foram expostas as teorias sobre a consumação do crime de furto, indicando-se a tendência que oscilou ao longo do tempo entre a chamada “Teoria da Inversão da Posse” e a Teoria da “Amotio”, predominando na atualidade a segunda, inclusive no STF e no STJ.

Com fulcro na noção da consumação do furto com a *posse tranquila* (“Teoria da Inversão da Posse”, que predominou por largo período), a situação em que o agente pratica o rompimento ou destruição de obstáculo após a subtração da coisa para sair do local vem sendo considerada pela maioria da doutrina e da jurisprudência como configuradora da qualificadora do artigo 155, § 4º, I, CP. Destoa desse entendimento o autor Edgard Magalhães Noronha, para quem a qualificadora somente se perfaz acaso o arrombamento seja *anterior ou concomitante* à subtração.

Constatou-se que a alteração do entendimento sobre a consumação do furto deve gerar uma conseqüente mudança no pensamento que versa sobre a aplicabilidade da qualificadora nos casos de arrombamentos para a saída do local. Isso porque, com razão, a doutrina sempre frisou que o importante era que o arrombamento se desse para o fim da consumação, fosse operado *antes* dela. Ora, na vigência da “Teoria da Inversão da Posse”, o indivíduo com os objetos trancado no local do crime, ainda não havia consumado a infração e perpetrava o arrombamento *para* consumá-la. Hoje, porém, com a predominância da Teoria da “Amotio”, o agente, ao retirar os bens de onde se achavam e tê-los consigo, ainda que momentaneamente, já consuma o delito de furto. Desse modo, estando

aprisionado no local por alguma circunstância e vindo a perpetrar o arrombamento para sair, age *depois* da consumação do furto e, portanto, não age *para* a sua consumação que já ocorreu. Dessa forma, não haverá mais falar-se em aplicação da qualificadora do artigo 155, § 4º, I, CP quando o arrombamento de der depois do apossamento dos bens pelo agente. O marco da consumação, indicado pela própria doutrina que defendia a tese até agora ainda vigente, se alterou, se adiantou e, com isso, deve mudar a perspectiva de aplicação da qualificadora.

Resta saber se a doutrina e a jurisprudência terão o cuidado e a visão necessária para perceber essa viragem que se opera.

6-REFERÊNCIAS

- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal*. Volume 2. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 3. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Volume III. 12ª. ed. Niterói: Impetus, 2015.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Volume III. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. Volume 2. 32ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume II. 31ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. Volume 2. 24ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 3. São Paulo: RT, 2001.

STEFAM, André. *Direito Penal*. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2010.
TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. Volume II. São Paulo: Atlas, 2004.

NOTAS:

[1] MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume II. 31ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 208.

[2] STEFAM, André. *Direito Penal*. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 361.

[3] TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. Volume II. São Paulo: Atlas, 2004, p. 350 – 351. Ainda no mesmo sentido: JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. Volume 2. 32ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 345 – 346. Contudo, ainda há autores que defendem a “Teoria da Inversão da Posse”, exigindo a “posse tranquila” do bem móvel para consumação do furto. São exemplos: Flávio Augusto Monteiro de Barros, Cezar Roberto Bitencourt, Rogério Greco. Cf. BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal*. Volume 2. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 344. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 3. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 44 – 45. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Volume III. 12ª. ed. Niterói: Impetus, 2015, p. 14. Este último autor traz à colação as tradicionais lições de Heleno Fragoso e Nelson Hungria, exigindo também a posse tranquila. Op. Cit., p. 13 – 14.

[4] NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. Volume 2. 24ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 233.

[5] HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Volume III. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 40.

[6] MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. Op. Cit., p. 214. No mesmo sentido: GRECO, Rogério. Op. Cit., p. 26.

[7] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit., p. 55. No mesmo sentido: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 3. São Paulo: RT, 2001, p. 374.

[8] JESUS, Damásio Evangelista de. Op. Cit., p. 362.

**REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA:
LEGITIMIDADE OU INTERESSE DE AGIR?**

LEONARDO SILVA BATISTA: Acadêmico do curso de ciências jurídicas da Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). Estagiário da Receita Federal do Brasil atuante com ênfase no setor de Licitações e Contratos Administrativos. Estagiário do escritório Abreu & Batista advocacia e consultoria jurídica.

RESUMO: A temática da representatividade adequada na ação civil pública (ACP) configura verdadeira celeuma doutrinária no que tange à catalogação de sua natureza jurídica. É inconteste que o instituto em tela representa uma condição da ação coletiva, resta, todavia, a necessidade de especificá-lo dentro deste gênero. Na atualidade, a processualística brasileira biparte-se entendendo, de um lado, que a representatividade adequada consiste numa interface da legitimidade *ad causam*^[1], doutro lado, há os que argumentam uma maior proximidade do instituto com o interesse agir^[2]. Embora a primeira corrente se mostre majoritária no plano quantitativo, se mostra necessário analisar se majoritariedade também se faz no plano qualitativo.

Palavras-chave: Ação civil pública. Legitimidade no processo coletivo. Representatividade adequada.

Sumário: 1. Considerações Preliminares: 1.1. Legitimidade; 1.2. Interesse de agir – 2. Representatividade adequada; 2.1. Controle legislativo ou *in abstracto* da representatividade adequada; 2.2. Controle judicial ou *in concreto* da representatividade adequada – 3. Conclusão – Referencial Bibliográfico.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

De início, relava notar a necessidade de se abstrair da lógica do processo individual e enxergar o processo coletivo à luz de sua base principiológica própria, como bem aponta DANIEL MOTA GUTIERREZ[3]:

“Essa recorrente insistência de considerável parcela dos juízes (e demais operadores do direito) em interpretar dispositivos e institutos repousantes na legislação relativa a direitos metaindividuais exclusivamente à luz da caracterização/concepção desses institutos segundo a sistemática – individualista, registre *in passant* – do CPC, olvidando-se da necessidade de levar em consideração, sobretudo, os princípios relativos aos direitos metaindividuais, revela uma evidente deficiência técnica na aplicação da legislação metaindividual”.

1.1. Legitimidade

A legitimidade é, antes de tudo, qualidade jurídica da parte no processo. Ato contínuo, de acordo com GIUSEPPE CHIOVENDA “parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandado) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa situação é demandada[4]”.

No direito processual civil individual, o CPC traz, como regra geral, que será legitimado o autor do direito material demandado, isto é, em via ordinária, aquele que pleiteia direito próprio em nome próprio.

Contudo, admite-se, de forma extraordinária, demandar em nome próprio direito alheio (art. 6º).

É ínsita à origem do processo coletivo a legitimação extraordinária. Trata-se de uma substituição processual atípica, onde determinada coletividade é representada por um ou alguns. Muito embora a doutrina ainda se digladiie quanto a melhor teoria para o estudo da legitimidade no processo coletivo (ordinária[5] ou extraordinária[6]), entendemos que a razão está com a teoria da legitimação extraordinária em decorrência, como dito, da própria origem do processo coletivo. No entanto, vale ressaltar que, dentre os legitimados em lei para propor ACP[7], RODOLFO MANCUSO menciona “ser a legitimidade das associações ordinária, quando defendem bem difuso ou coletivo cuja proteção está prevista em seus fins institucionais, defendendo, assim, interesse próprio[8]”.

Logo, a legitimação em processo coletivo se opera *ope legis* e aproxima-se muito mais à figura do substituto processual do que a da própria coletividade substituída.

1.2. Interesse de agir

O interesse de agir é a condição da ação constituída pelo binômio utilidade-necessidade. Explica LIEBMAN que o “interesse de agir é representado pela relação entre a situação antijurídica denunciada e o provimento que se pede para debelá-la mediante a aplicação do direito; deve essa relação consistir na utilidade do provimento, como meio para proporcionar ao interesse lesado a proteção concedida pelo direito[9]”.

Por sua vez, caracteriza-se como necessário o provimento jurisdicional entendido como última forma de solução do conflito.

É por essa razão que “a constatação do interesse de agir faz-se, sempre, *in concreto*, à luz da situação narrada no instrumento da demanda. Não há como indagar, em *abstrato*, se há ou não interesse de agir, pois ele sempre estará relacionado a uma determinada demanda judicial^[10]”.

Em sede de processo coletivo, a utilidade surge da aptidão da tutela proporcionar a máxima satisfação dos direitos e interesses metaindividuais. Por conseguinte, a necessidade fundamenta-se na premissa de que o processo coletivo é a última maneira de solucionar o litígio.

1.3. Representatividade adequada

A representatividade adequada é um dos pressupostos da *class action* norte-americana^[11]. Releva notar que o vocábulo “representatividade” é empregado em sentido diverso do usual, aqui, ele denota o porta-voz ou interprete^[12] do grupo ou classe de indivíduos titulares do direito metaindividual em juízo. No sistema de *common law* norte-americano, a adequação de tal representatividade é aferida no caso concreto, daí falar-se em controle judicial da representatividade adequada.

Em contraponto, o sistema brasileiro, o qual é de *civil law*, guardou o juízo de adequação da representatividade para o legislador, falando-se, assim, de controle legislativo ou *in abstrato* da representatividade adequada. Talvez, por isso, exista doutrina alegando que “no sistema brasileiro, ao contrário, não se cogita de

representatividade adequada^[13]”, o que, *permissa vênia*, não nos parece correto. Existe, sim, representatividade adequada no sistema brasileiro, mas nos moldes do sistema de *civil law*, isto é, o juízo de adequabilidade fica a cargo da lei.

Nos últimos anos, contudo, o desenvolvimento do neoconstitucionalismo pátrio e, por conseguinte, o neoprocessualismo trouxe uma série de mudanças no panorama jurídico, dentre elas, a flexibilização do sistema de *civil law* em virtude do acolhimento de certas premissas do *common law*^[14].

Com isso, partimos da premissa da coexistência de dois modelos de controle da representatividade adequada.

1.3.1. Controle legislativo ou “in abstrato” da representatividade adequada

Como dito anteriormente, o juízo de adequabilidade da representação é realizado pelo legislador e sua aferição realiza-se em abstrato. É o que ocorre, a exemplo, no art. 5^a da Lei de Ação Civil Pública ao dispor do rol dos legitimados a propor ACP.

Neste caso, a representatividade adequada tem inequívoca relação com o instituto da legitimidade, o controle de ambos é realizado *ope legis* seguindo-se o sistema de aplicação das regras jurídicas, isto é, a subsunção ou a técnica do *All or Nothing* como bem elucidou ROBERT ALEXY em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Ousamos a dizer que a representatividade adequada, nesta perspectiva legal, consiste na própria legitimidade do processo coletivo.

A possível declaração de ilegitimidade, dessa forma, poderia ocorrer somente sob três formas[15]: a) não ocorrência da subsunção, isto é, o sujeito não se encontra no rol de legitimados; b) invalidade da regra jurídica mediante revogação por outra lei, ou c) declaração de inconstitucionalidade da regra.

Ainda vale dizer que há, na doutrina, quem defenda que o requisito da pertinência temática para a propositura de ACP pelas associações configura atividade ponderativa, na qual o magistrado exerce juízo de valor comparativo entre o pedido realizado e as finalidades da instituição. Ousamos discordar de tal entendimento por uma única razão: nessas hipóteses, a pertinência temática fica adstrita ao exame, pelo magistrado, das finalidades prescritas no Estatuto ou no Contrato Social da instituição, o que se revela ser, ao nosso entendimento, mero juízo de subsunção.

1.3.2. Controle judicial da representatividade adequada e sua inadequação sintática

Como dito no tópico anterior, a legitimidade só é aferida em abstrato. Todavia, há respeitável seguimento doutrinário entendendo que a legitimação em sede de ACP ocorre em duas fases: uma abstrata e outra concreta[16]. *Permissa vênia*, discordamos desta tese. Acreditamos que o controle judicial ou *in concreto* da representatividade adequada se aproxima muito mais de um exame do interesse de agir do que o da legitimidade.

Para ilustrar o que foi dito, RUGGERI RÉ traz um interessante caso hipotético:

“Imagine que o Poder Público pretenda construir um aeroporto internacional em determinado bairro. Tal empreendimento causará muitos transtornos aos moradores que residem em torno do futuro terminal. Porém, sob outra óptica, o aeroporto levará muito progresso, desenvolvimento e empregos aos moradores do bairro como um todo. A Associação de Moradores do local possui, como fim institucional, a proteção do bem-estar daquela comunidade e, por isso, tem legitimidade para interpor uma ação coletiva para embargar a obra, porque inquestionável a presença da pertinência temática^[17]”.

No caso em análise, realiza-se, primeiramente, o controle *in abstracto* da representatividade adequada, estando preenchidos os requisitos do art. 5º, V, alíneas “a” e “b”, ou seja, constituição com período superior a 1 (um) ano e a pertinência temática da associação com o objeto da ACP, diz-se legítima a parte, não cabendo nenhum juízo ponderativo sobre tal.

“Porém, em uma análise concreta, “a posteriori”, teria esta associação interesse processual em impugnar o projeto, tendo em vista os benefícios que a obra trará aos moradores em geral? Portanto, o magistrado

terá que verificar, segundo um juízo de ponderação de valores, o que é mais útil aos moradores, o embargo da obra por meio da tutela coletiva ou a efetiva instalação do aeroporto, com todo o progresso que ele acarretará. Este juízo é de interesse processual e não de legitimidade de agir ou pertinência temática[18]”.

Infelizmente, a jurisprudência e a doutrina têm empregado a rubrica “representatividade adequada” em referência tanto à legitimidade quanto ao interesse de agir, gerando verdadeira inadequação sintática. “As teorias jurídicas passam a padecer de inadequação sintática, na medida em que utilizam termos iguais para explicar fenômenos desiguais, instalando, na ciência do direito, o germe da ambiguidade[19]”.

2. CONCLUSÃO

A explanação dos conceitos e entendimentos trazidos neste trabalho nos permitiu a sensibilidade de enxergar uma distinção entre dois institutos que, por receberem a mesma denominação, são tratadas indistintamente pela maioria dos autores que abordam o tema. Além disso, foi possível analisar que a problemática foi gerada por uma questão de inadequação sintática do *nomem júris* “representatividade adequada”.

Acreditamos que a celeuma tenha se originado no seguinte trâmite. Importou-se o instituto jurídico da representatividade adequada

originado do *common law* promovendo-se a sua adaptação ao *civil law* pátrio, mas não se realizou uma modificação de sua nomenclatura. Este fato levou uma parcela doutrinária a entender, erroneamente, que não existe representatividade adequada no Brasil, enquanto, doutro lado, surgiu a equivocada tese de um controle judicial da legitimidade nos moldes da *class action* norte-americana.

Portanto, concluímos que o instituto jurídico da representatividade adequada, em seu controle *ope legis*, relaciona-se com a própria legitimidade enquanto condição da ação. Porém, ocorrendo o controle *ope iudicis*, não há mais de se falar em legitimidade, e sim, de interesse processual.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

ÁVILA, H. B. (2009). *Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular"*. Salvador: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE).

CHIVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, volume 2, 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

DIDIER JR., Fred. *Curso de Direito Processual Civil v. 1*, 12.^aed. e *v. 4*, 4.^a ed. Salvador: Juspodivm, 2010

GUTIÉRREZ, Daniel Mota In: GOMES JÚNIOR, L. M. (2007). *Curso de Direito Processual Coletivo*. São Paulo: SRS Editora.

MANCUSO, Rodolfo. *Ação civil pública*. São Paulo: RT, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3.^a ed., São Paulo: RT, 2008.

NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 8.^a ed. São Paulo: RT, 2004.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. *Pertinência temática nas ações coletivas*. 2011, texto encontrado em <http://migre.me/9W9l2>.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. As "class actions" norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta, in: *Revista de Processo*, n. 82. São Paulo: 1996.

NOTAS:

- [1] Compartilham deste entendimento Arruda Alvim; Fred Didier Jr.; Hugo Nigro Mazzilli e outros.
- [2] São signatários desta tese Luiz Manoel Gomes Jr.; Aluísio Iunes Monti Ruggeri Ré e outros.
- [3] GUTIÉRREZ, Daniel Mota. In: GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Curso de Direito Processual Coletivo. 2. Ed., SRS Editora, 2007, p. 84.
- [4] CHIVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil, volume 2*, 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p.234.
- [5] Teoria defendida por Kazuo Watanabe.
- [6] São partidários da tese Pedro Lenza; Pedro da Silva Dinamarco; Diogo Maia.
- [7] São legitimados (art. 7º): I – o Ministério Público; II – a Defensoria Pública; III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação constituída a mais de 1 (um ano) e tenha pertinência temática.
- [8] MANCUSO, Rodolfo. Ação civil pública. São Paulo: RT, 2002, p. 89.
- [9] LIEBMAN, Enrico Túlio. Manual de Direito Processual Civil, in: MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2008, p.250.
- [10] DIDIER JR., Fred. *Curso de Direito Processual Civil volume 1*, 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p.211.
- [11] Cassio Scarpinella entende se tratar de a representatividade adequada como uma questão prejudicial para o processamento de uma demanda, trata-se de verdadeira condição de prejudicialidade. (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *As “class actions” norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, in: *Revista de Processo*, n. 82. São Paulo: 1996, p.102.
- [12] Terminologia adotada por José Carlos Barbosa Moreira
- [13] RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. *Pertinência temática nas ações coletivas*. 2011, texto encontrado em <
- [14] Acerca da referida temática: CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo in: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA)*. Salvador: 2008.
- [15] Adotando a mesma concepção NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1427.

[16] [16] DIDIER JR., Fred. *Curso de Direito Processual Civil volume 4*, 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p.205/206.

[17] RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. *Pertinência temática nas ações coletivas*. 2011.

[18] Idem.

[19] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular"*, 2007. Salvador: Revista Eletrônica da Reforma do Estado (RERE).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.727/STF: VITÓRIAS DO PODER DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA

CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL:
Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal retomando o julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.727, ao acertadamente reconhecer o poder de investigar do Ministério Público, também estabeleceu suas limitações frente ao texto da Constituição Federal de 1988.

A cláusula da reserva de jurisdição permanece, como não poderia deixar de ser, incólume. O monopólio da obtenção de determinadas provas, que tangenciem aos desdobramentos da vida, da liberdade e da propriedade do indivíduo, continua sujeito ao exercício exclusivo do Poder Judiciário, sendo vedado ao Ministério Público e a qualquer outro órgão de investigação colhê-la diretamente.

Sempre que tratados e convenções internacionais, a Constituição e as leis ressalvarem a ordem ou determinação judicial, explícita ou implicitamente, como condição para a investigação ou restrição de

direitos do cidadão, nenhum outro órgão da República, sob qualquer pretexto, poderá invadir a esfera de competências do Poder Judiciário.

As prerrogativas profissionais e institucionais garantidas a Advogados também restaram expressamente consagradas quando do julgamento do RE nº 593.727, tanto no teor dos votos proferidos, como na própria conclusão do Acórdão.

A inviolabilidade do escritório ou local de trabalho dos Advogados, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia, continua intocada como garantia fundamental absoluta deste profissional.

O STF também assegurou a prerrogativa do Advogado de examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, aí incluído o Ministério Público, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos.

Sempre que solicitado pelo profissional da Advocacia, deverá o Ministério Público autorizar incondicionalmente a obtenção de cópias de suas investigações penais em andamento. Uma vez sigilosas, será suficiente a exibição do instrumento procuratório para franquear ao Advogado o acesso às investigações na defesa de seu cliente.

É o que espousa a Súmula Vinculante nº 14 do STF: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por

órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Todo investigado tem o direito de pleno acesso aos dados probatórios, que, já documentados, formalmente incorporados aos autos do procedimento investigativo, veiculem informações a seu respeito, ainda que o procedimento de persecução penal esteja submetido a regime de sigilo.

Eventual proibição de acesso aos autos da investigação já documentada, realizada pelo Ministério Público, deverá ser remediada pela via do *habeas corpus*, mandado de segurança ou em sede de medida cautelar, reclamando amplo acesso aos elementos da prova unilateral. Sem prejuízo da ação correicional da própria Instituição.

Apenas o acesso às diligências ainda em curso ou aos dados qualificativos das testemunhas poderão ser sonegados ao Advogado.

O próprio STF já se pronunciou, em outra oportunidade, sobre a plenitude do direito de defesa e à inviolabilidade das prerrogativas profissionais que são inerentes ao Advogado, mesmo no caso de investigação promovida pelo Ministério Público:

“Advogado. Investigação sigilosa do Ministério Público Federal. Sigilo inoponível ao patrono do suspeito ou investigado. Intervenção nos autos. Elementos documentados. Acesso amplo. Assistência técnica ao cliente ou constituinte. Prerrogativa profissional garantida. Resguardo da eficácia das investigações em curso ou por fazer. Desnecessidade de constarem dos autos do procedimento investigatório. HC concedido. Inteligência do art. 5º, LXIII, da CF, art. 20 do CPP, art. 7º, XIV, da Lei n. 8.906/94, art. 16 do CPPM, e art. 26 da Lei n. 6.368/76 Precedentes. É

direito do advogado, suscetível de ser garantido por habeas corpus, o de, em tutela ou no interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, digam respeito ao constituinte. (HC 88.190, rel. min. Cezar Peluso, julgamento em 29-8-2006, Segunda Turma, DJ de 6-10-2006)”.

Como salientado no julgamento do RE nº 593.727, a razão de ser do amplo acesso aos elementos de prova pelo investigado, deságua na garantia ainda maior do controle dos atos investigatórios pelo Poder Judiciário.

Como asseverado pela Ministra Rosa Weber, a colheita de provas não é atividade exclusiva da polícia, contudo o poder de investigação do Ministério Público deve ter limites, “que têm sido apontados em fartas manifestações de precedentes da Corte”.

Toda lesão ou ameaça a direitos do investigado deve se submeter ao sagrado controle jurisdicional. Não há um regime normativo de exceção ou paralelo para mitigar o exercício dos direitos e garantias fundamentais do cidadão investigado pela polícia ou pelo Ministério Público.

Durante toda a investigação promovida pelo Ministério Público, assegurado o amplo e irrestrito acesso aos autos pelo cidadão investigado e seu Advogado constituído, o Poder Judiciário servirá de invencível sentinela da supremacia da Constituição e das leis vigentes no País.

Ainda, no julgamento do RE nº 593.727 o STF deixou sedimentado que as investigações de natureza penal do Ministério Público devem ter prazo razoável.

Mais do que censurar o excesso de prazo de determinada investigação, a garantia do prazo razoável das investigações pelo Ministério Público afigura-se como método de promoção e preservação dos direitos constitucionais relativos à liberdade do indivíduo.

A atividade investigativa estatal deve ser sempre definida e temporária. Ninguém poderá ficar indefinidamente à mercê do arbítrio da máquina estatal, em dramático estado de alerta e inquietação infinitos. O princípio da eficiência aplicável à Administração Pública também vale para o Ministério Público quando este exerce a atividade investigativa.

Destarte, a decisão do STF que consolida a tese de que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal - desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados, sem prejuízo da possibilidade, sempre presente no Estado democrático de Direito, do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados praticados pelos membros dessa Instituição - é merecedora de demorado aplauso, encontrando-se em perfeita sintonia com o disposto na nossa Constituição Federal em vigor.

DIMENSÕES DA RAZOABILIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO CONFISCO NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CLÁUDIO RICARDO SILVA LIMA JÚNIOR: Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Pós-Graduado em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes, do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Ex-Assessor judicial da Justiça Federal da 5ª Região (TRF-5). Ex-Assessor jurídico do Ministério Público Federal (MPF) na 1ª Região. Atualmente, é Oficial de Justiça do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF-5)

RESUMO: O estudo destina-se ao exame do significado conferido ao princípio do não confisco segundo a doutrina jurídica nacional e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Realizou-se pesquisa bibliográfica considerando, dentre outros, as contribuições de Amaro (2010), Alexandre (2009), Beltrão (2014), Duarte (2013) e decisões judiciais da suprema corte brasileira. Inicialmente, a pesquisa revela tratar-se o confisco de conceito jurídico aberto e indeterminado, sujeito ao influxo de perspectivas políticas e ideológicas, e cujo conteúdo, por razões de estratégia legislativa, somente é elucidado na prática, à luz das circunstâncias do caso concreto, na criativa atividade dialética dos tribunais. Discorre sobre a concepção dos tributaristas que entendem haver na proibição do confisco uma especialização dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em matéria tributária e apresenta o conceito prevalecente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual há efeito confiscatório quando ocorra a injusta

apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, ou o comprometimento, pela insuportabilidade da carga tributária, do exercício do direito a uma existência digna ou da prática de atividade profissional lícita. Ao final, apresentam-se julgados do tribunal constitucional brasileiro que revelam, segundo a interpretação da corte, as dimensões da noção de razoabilidade em matéria tributária, de sorte a definir os contornos do princípio da vedação ao confisco.

Palavras-chave: Confisco. Tributação. Razoabilidade. Supremo Tribunal Federal.[\[1\]](#)

ABSTRACT: The study is intended to examine the meaning given to the principle of non-confiscation in national legal doctrine and in the jurisprudence of the Supreme Court. It was made a literature review considering, among others, the contributions of Amaro (2010), Alexandre (2009), Beltrão (2014), Duarte (2013) and judicial decisions of the Supreme Brazilian court. Initially, the research reveals that the confiscation is an open and undefined legal concept, subject to the influx of political and ideological perspectives, and whose content, for reasons of legislative strategy, is only elucidated in practice in the light of the specific circumstances of the concrete case, in the creative and dialectic activity of the courts. Discusses about the concept of tax law experts who understand the prohibition of confiscation be a specialization of the principles of reasonableness and proportionality in tax matters and presents the prevailing concept in the Supreme Court, according to which the confiscatory effect occurs when there is the unjust

appropriation by the State, in whole or in part, of the assets or income of taxpayers, or the commitment, by the intolerability of the tax burden, the exercise of the right to a dignified existence or the practice of lawful professional activity. Finally, it is presented precedents of the Brazilian Constitutional Court that reveal, according to the interpretation of the court, the dimensions of the notion of reasonableness in tax matters, so as to define the contours of the principle of sealing the confiscation.

Keywords: Confiscation. Taxation. Reasonableness. Brazilian Federal Supreme Court.

1. INTRODUÇÃO

O princípio do não confisco figura no direito tributário brasileiro a partir da previsão constante do art. 150, IV, da Constituição Federal, segundo o qual, dentre outros limites impostos ao poder de tributar do Estado, consta a vedação a “utilizar tributo com efeito de confisco”. (BRASIL, 1988, p. 1) A repercussão prática dessa normativa, porém, é tema sobre o qual se debruça, de há muito, doutrina e jurisprudência no Brasil e no exterior, sendo diversas as perspectivas acerca do que, em termos de ato jurídico do Estado, é apto a caracterizar o proibido “confisco”, havendo teses encapadas pelo Judiciário sob a forma de comandos prescritivos que inibem o poder estatal de tributar e estabelecer obrigações acessórias aos jurisdicionados.

Neste estudo, examina-se o conteúdo jurídico do princípio da vedação ao confisco segundo a doutrina jurídica brasileira e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se como recurso metodológico a pesquisa

bibliográfica, realizada a partir da análise pormenorizada de materiais já publicados e de artigos científicos divulgados em meio eletrônico.

O texto final foi fundamentado nas ideias e concepções de autores como Amaro (2010), Alexandre (2009), Beltrão (2014), Duarte (2013) e decisões judiciais da suprema corte brasileira, obtidas no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal na Internet. A par das perspectivas doutrinárias sobre a matéria, apresentam-se julgados que favorecem a compreensão dos contornos do princípio do não confisco segundo a ótica do tribunal constitucional pátrio.

2. CONCEITO DE CONFISCO: PERSPECTIVA LEXICOGRÁFICA E SENTIDO TÉCNICO-JURÍDICO

O termo “confisco” designa, literalmente, segundo os léxicos da língua portuguesa, o resultado da conduta descrita como “apreender em proveito do Fisco”, o qual, por sua vez, corresponde ao erário ou tesouro público ou, ainda, é sinônimo do conjunto de órgãos da Administração Pública incumbidos da arrecadação ou fiscalização de tributos. (FERREIRA, 2013, p. 187) A definição é acolhida pela doutrina jurídico-tributária, conforme ilustra a perspectiva de Luciano Amaro, para quem confiscar “é tomar para o Fisco, desapossar alguém de seus bens em proveito do Estado.” (AMARO, 2010, p. 167).

A vedação ao confisco imposta pelo texto constitucional ao Estado brasileiro, contudo, não corresponde, por óbvio, à absoluta negação a qualquer expropriação para a satisfação do crédito tributário. O inadimplemento de tributos devidos pode dar ensejo à aplicação de multa, juros e correção monetária, cujo montante legalmente alcançado exija, por exemplo, para a quitação da dívida, a alienação de bens de propriedade do

devedor em hasta pública, no âmbito de regular processo judicial de execução fiscal. Se assim não fosse, na prática, restaria negado ao Estado o poder de tributar, na medida em que bastaria ao responsável deixar de pagar o tributo, já que, ao final, a soma dos valores atrasados, ainda que abstraídos a multa e os juros de mora, importariam em valor que acabaria por exigir a perda patrimonial, causadora, nessa perspectiva, de suposto “confisco”. É evidente que uma tal interpretação sequer admite ser seriamente cogitada, na medida em que situação do tipo não se sustentaria, por estimular o inadimplemento generalizado da obrigação tributária, cuja satisfação é indispensável à execução das atividades do Estado, dentre outros, nos campos da infraestrutura, fomento, educação, saúde e segurança públicas, necessárias, por sua vez, à manutenção da vida em sociedade.[\[2\]](#)

Logo, parece claro, sem que necessário seja sequer recorrer a prospecções de maior vulto, que a vedação ao confisco não impede a materialização do sentido literal dessa expressão, a saber, a apreensão de bens em favor do Estado para a satisfação dos interesses da administração tributária, desde que a cobrança se funde em tributo instituído de forma regular e legítima. Qual é o sentido, então, da normativa que veda a tributação confiscatória?

Irapuã Beltrão (2014, p. 106) entende que o princípio da vedação ao confisco tem duas finalidades primordiais, sendo a primeira reforçar a regra segundo a qual o tributo não pode ser utilizado como sanção por ato ilícito, prevista, dentre outros dispositivos, no art. 3º do CTN, e a segunda, evitar que sejam estabelecidos tributos em demasia, impedindo a onerosidade não razoável ou a tributação excessiva, pelo que constituiria

um limite ao volume da exação. No dizer do autor, enquanto a anterioridade é um princípio de “não surpresa”, “o não confisco é um princípio de ‘não excesso’ e de proteção a esse contribuinte, especialmente na sua renda e no seu patrimônio.” (BELTRÃO, 2014, p. 106)

Ciro Verner Paula Nunes (2014, p. 1), de igual forma, compreende que o princípio veda a instalação de um quadro de taxaço “extorsiva” ou desproporcional, que importe uma absorção total ou parcial do patrimônio privado pela pessoa jurídica do Estado sem a correspondente indenização. Segundo o autor,

O princípio da vedação ao confisco é um limite constitucional ao poder de tributar do Estado, previsto no art. 150, inciso IV, da Constituição da República. Este princípio decorre da proteção constitucional ao direito de propriedade, elencada no art. 5º da Carta Magna, pois impede que essa norma seja desrespeitada pelo Estado através da imposição de tributos excessivos, caracterizando, assim, o confisco por via indireta. Embora difícil definir o seu conceito, devido às divergências doutrinárias e jurisprudenciais, pode-se entender por confisco o ato do poder público de decretação de apreensão, adjudicação ou perda de bens pertencentes ao contribuinte, sem a contrapartida de justa indenização. Destarte, tributo com efeito

confiscatório é aquele que pela sua taxaço extorsiva corresponde a uma verdadeira absorço, no todo ou em parte, do patrimnio do indvduo pelo Estado, sem a correspondente indenizaço ao contribuinte. (NUNES, 2014, p. 1)

Para Luciano Amaro (2010, p. 168), por sua vez, “o que se objetiva é evitar que, por meio do tributo, o Estado anule a riqueza privada”. Consoante o autor, o princpio atua em conjunto com o da capacidade contributiva, que tambm visa a preservar o patrimnio do particular. Alm da necessidade de os tributos serem instituidos em ateno à capacidade econmica do contribuinte, apresentando, sempre que possvel, carter pessoal, e sendo graduados segundo o potencial financeiro dos jurisdicionados, deve o Estado atentar para no suprimir o patrimnio individual, o que se efetua, sobretudo, em ateno ao direito de propriedade, verdadeiro apangio dos Estados liberais ocidentais, de base capitalista. (AMARO, 2010, p. 168)

Francisco Leite Duarte (2013, p. 224), na mesma linha, afirma que se trata de princpio decorrente da tutela da propriedade, que é resguardada pela constituio. Desde que atendida a respectiva funço social, tem o particular o direito de uso, gozo e disposio dos bens integrantes de seu patrimnio, que no pode ser alvo de ataque injustificado pelo Estado (DUARTE, 2013, p. 224). Nessa perspectiva, a vedao ao confisco seria a norma que impede o ente governamental de valer-se da lei tributria como instrumento para a supresso ou reduço do patrimnio particular. Em palavras do autor:

Embora a vedação ao confisco já encontre respaldo nos meandros do direito de propriedade e seja manifestação do princípio da capacidade contributiva, houve por bem o constituinte colocá-lo direta e expressamente no texto da Lei Maior, precisamente dentre as vedações ao poder de tributar, em seu art. 150, IV, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco. Observe-se que a vedação é de se utilizar o tributo com efeito de confisco, porque o tributo, em si mesmo, jamais se pode confundir com o confisco, por definição mesmo. Da mesma forma, não se deve confundir a proibição de tributação confiscatória com a pena de perdimento de bens, uma vez que o tributo não se constitui sanção de ato ilícito, enquanto o perdimento se enquadra no conceito de penalidades, tendo sido recepcionado pelo art. 5º, XLVI, b [da Constituição Federal]. (DUARTE, 2013, p. 224-225)

Logo, não é o “confisco”, em seu sentido original e linguístico, consistente na apreensão de bens particulares em proveito do Fisco, o que é proibido pela norma constitucional, mas, tão somente, a instituição de tributo “com *efeito* de confisco” (BRASIL, 1988, p. 1). A perda de bens, tanto sob a forma de penalidade quanto em resultado da cobrança judicial

de débitos tributários regularmente instituídos, não obstante configure “confisco” no sentido lexicográfico, permanece legítima e amparada pela ordem jurídica, vez que o tributo, em si, desde que atendendo a certos requisitos, terá sido instituído em boa-fé estatal, com a devida finalidade arrecadatória ou extrafiscal, e não com o proibido intuito confiscatório.

3. O CONFISCO COMO CONCEITO JURÍDICO ABERTO E INDETERMINADO. A TENSÃO ENTRE A TRIBUTAÇÃO E TUTELA CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE PRIVADA E A DEPENDÊNCIA HERMENÊUTICA DO PRINCÍPIO INSTRUMENTAL DA RAZOABILIDADE

O exato ponto em que a tributação deixa de ser legítima para violar a proibição do confisco – vale dizer, os atributos ou resultados que fazem com que a exação seja reputada “com efeito de confisco” (BRASIL, 1988, p. 1) – é o problema que busca a doutrina jurídico-tributária solucionar – e para o qual não há uma resposta taxativa. Ricardo Alexandre chega a afirmar que o conceito jurídico de confisco “é indeterminado, sujeito a um alto grau de subjetividade e varia muito de acordo com as concepções político-filosóficas do intérprete.” (ALEXANDRE, 2009, p. 140) Tal ocorre porque a norma da vedação ao confisco tem sido compreendida como a manifestação do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade em matéria tributária, consoante propugnado pelo mesmo autor, quando afirma:

O princípio da vedação ao confisco também poderia ser denominado de princípio da razoabilidade ou proporcionalidade da carga tributária. A ideia subjacente é que o legislador, ao se utilizar do poder de tributar que a constituição

lhe confere, deve fazê-lo de forma razoável e moderada, sem que a tributação tenha por efeito impedir o exercício de atividades lícitas pelo contribuinte, dificultar o suprimento de suas necessidades vitais básicas ou comprometer seu direito a uma existência digna. (ALEXANDRE, 2009, p. 140)

Ricardo Lobo Torres corrobora esse entendimento. Ao afirmar que o princípio do não confisco constitui uma imunidade tributária da “parcela mínima necessária à sobrevivência da propriedade privada”, declara que, inexistindo possibilidade prévia de se fixar os limites quantitativos para a cobrança não confiscatória, a definição concreta de confisco há de pautar-se pela razoabilidade, a qual é aferida à luz das peculiaridades do caso concreto. (TORRES, 1993, p. 56) O eminente tributarista Sacha Calmon, no mesmo sentido, afirma que o princípio do não confisco deve ser entendido “como um preceito que determina a razoabilidade na tributação”, na medida em que tem sido utilizado para estipular patamares de exação tidos como suportáveis, de acordo com a cultura e condições de cada povo em particular. (CALMON, 2004, p. 39)

Inocência Mártires Coelho, de seu turno, doutrina que, qual emanção do imemorial direito de propriedade, o princípio constitucional da proibição de tributos confiscatórios, para o seu pleno entendimento, convoca a incidência de outra limitação ao poder de tributar – a da capacidade econômica do contribuinte, estabelecida no art. 145, § 1º, da Constituição Federal, bem como a incidência dos multidimensionais

princípios do Estado Democrático de Direito e da proporcionalidade ou razoabilidade. (COELHO, 2007, p. 1346-1347)

Irapuã Beltrão (2013, p. 106), de igual forma, aduz que a proibição do confisco impõe um corte ao poder de tributar, mas que “o limite dessa vedação é dado pelos conceitos de razoabilidade e proporcionalidade”. Segundo o autor, tal patamar não se pode aferir de forma objetiva, devendo ser norteado por uma “lógica de razoabilidade e proporcionalidade no caso concreto em que se pondera”, não se podendo afirmar um número absoluto aplicável a todos os tributos ou contribuintes indistintamente. (BELTRÃO, 2013, p. 106)

Destarte, à evidência, trata-se de conceito jurídico aberto ou indeterminado (DUARTE, 2013, p. 225), cujo significado somente pode ser alcançado na prática, que permite a progressiva e democrática construção do direito pela atividade dialética dos tribunais. Nesse contexto, o conteúdo da norma jurídica há de ser fixado na forma dos precedentes judiciais, os quais, considerando as circunstâncias e especificidades dos diferentes casos concretos, delinearão os contornos do princípio, identificando hipóteses que violem o preceito e elucidando situações que, não obstante pareçam importar quebra da norma, conformam-se à ordem jurídica.

Não significa isso, contudo, que seja de todo impossível formular, em tese, proposições jurídico-normativas relativas ao princípio. É claro, por exemplo, que se mostrariam indubitavelmente confiscatórios os tributos que absorvessem todo o valor da propriedade, que aniquilassem a empresa ou impedissem o exercício de atividade lícita e moral. (BELTRÃO, 2013, p. 106) Da mesma forma, dificilmente alguém

consideraria confiscatória a alíquota de 1% sobre o valor venal do imóvel para fins de IPTU, ao passo que todos entenderiam haver violação ao princípio caso o mesmo percentual fosse fixado em 80%, fato que ilustra a facilidade em adotar-se um posicionamento, em se tratando da aplicabilidade de conceitos jurídicos indeterminados, quando se está diante de situações extremas. (DUARTE, 2013, p. 226) Idêntica situação não ocorre, porém, na zona cinzenta que forma o meio termo, a exigir inegável esforço hermenêutico por parte do aplicador, que terá, por vezes, de arbitrar o sentido do princípio em inegável atividade de criação da norma jurídica, a ser sustentada pelo encadeamento lógico dos argumentos no discurso e validada pelo critério da autoridade, indispensável à decidibilidade de conflitos em um Estado de Direito. Nesse sentido, coloca Luciano Amaro que:

Algumas situações são expressivas na caracterização de confisco; por exemplo, imposto que absorvesse toda a renda do contribuinte sem dúvida seria confiscatório; do mesmo modo, o tributo que tomasse parcela substancial do patrimônio do indivíduo. Mas qual seria o percentual a partir de que o imposto passa a ser confiscatório? Isso não está dito na Constituição. Haverá hipóteses, por outro lado, em que uma tributação severa se justifica, por razões de política fiscal (como se dá com os tributos de fins extrafiscais). O princípio da vedação de tributo confiscatório não é um preceito matemático; é um

critério informador da atividade do *legislador* e é, além disso, preceito dirigido ao *intérprete* e ao *jugador*, que, à vista das características da situação concreta, verificarão se determinado tributo invade ou não o território do confisco. (AMARO, 2010, p. 168)

4. A VEDAÇÃO AO CONFISCO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio do não confisco assume contornos bem definidos como norma de limitação constitucional ao poder de tributar. Uma primeira e importante decisão conceitua o vedado confisco como a “injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional”, consignando, ainda, que “a identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária” e não tendo em vista apenas um tributo específico. (BRASIL, 1999, p. 1) O caráter confiscatório deve ser apreciado considerada toda a tributação incidente sobre o patrimônio particular em um período estabelecido, cabendo ao Judiciário verificar a capacidade de que dispõe o contribuinte para suportar a incidência de todos os tributos que deverá pagar à mesma pessoa política que os houver instituído à luz do montante de sua riqueza ou capital. É o que se depreende do seguinte excerto do acórdão proferido na ADI n.º 2.010, de 30 de setembro de 1999, *in verbis*:

A TRIBUTAÇÃO CONFISCATÓRIA É VEDADA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende cabível, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de a Corte examinar se determinado tributo ofende, ou não, o princípio constitucional da não-confiscatoriedade consagrado no art. 150, IV, da Constituição. Precedente: ADI 1.075-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (o Relator ficou vencido, no precedente mencionado, por entender que o exame do efeito confiscatório do tributo depende da apreciação individual de cada caso concreto). - A proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, por exemplo). A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da

totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte - considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) - para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído (a União Federal, no caso), condicionando-se, ainda, a aferição do grau de insuportabilidade econômico-financeira, à observância, pelo legislador, de padrões de razoabilidade destinados a neutralizar excessos de ordem fiscal eventualmente praticados pelo Poder Público. Resulta configurado o caráter confiscatório de determinado tributo, sempre que o efeito cumulativo - resultante das múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela mesma entidade estatal - afetar, substancialmente, de maneira irrazoável, o patrimônio e/ou os rendimentos do contribuinte. - O Poder Público, especialmente em sede de tributação (as contribuições de seguridade social revestem-se de caráter tributário), não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. (BRASIL, 1999, p. 1)

Partindo dessa premissa, o STF já se manifestou diversas vezes pela inconstitucionalidade da cobrança de tributos por violação ao princípio do não confisco. No próprio julgamento da ADI n.º 2.010, restou decidido, por exemplo, que a criação de alíquota progressiva de contribuição previdenciária para os servidores públicos federais ativos, que atingiria, para os rendimentos mais elevados, o patamar de 25%, apresentaria caráter confiscatório, uma vez que tais rendimentos já estavam sujeitos à alíquota de 27,5% de imposto de renda, devido à mesma pessoa política, que, no caso, era a União. (BRASIL, 1999, p. 1) Note-se, pois, que foi aplicada, no caso, a tese segundo a qual o efeito confiscatório deve ser apreciado em relação à totalidade da carga tributária devida ao mesmo ente federativo, e não tendo em vista, exclusivamente, a alíquota do tributo impugnado. No caso, a incidência dos dois tributos obrigaria a determinados servidores entregar à União quase metade de seus rendimentos mensais, o que é inegavelmente confiscatório. Caso se considerasse exclusivamente a alíquota da contribuição previdenciária, contudo, o índice não importaria confisco, por entender-se, ordinariamente, que a tributação de 1/4 dos rendimentos não viola os limites do razoável.

Em outra oportunidade, o tribunal decidiu que a fixação de patamar mínimo de duas vezes o valor do tributo devido para a multa a ser aplicada em caso de inadimplemento da obrigação tributária ataca o princípio do não confisco. Na hipótese, cuidou-se de ação direta movida em face do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, tendo o STF, nos autos da ADI n.º 551/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgada em 24 de outubro de 2002,

entendido que “a desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte”. (ALEXANDRE, 2009, p. 141)

De outra feita, fixou o Supremo que a cobrança antecipada de tributo por fato gerador presumido, como no caso do ICMS, não viola o princípio do não confisco. (BRASIL, 2002, p. 1) Segundo o tribunal, a regra, que encontra amparo no texto do art. 150, § 7º, da CF/88,^[3] introduzido pela EC n.º 3/1993, não importa em arrecadação confiscatória na medida em que, no preço passado do industrial para o varejista é embutido unicamente o imposto previsto pela saída da mercadoria de seu estabelecimento, não se podendo falar em cumulatividade. Presentes os requisitos da substituição tributária (legalidade e tipicidade, com regulamentação da matéria por lei complementar), não restaria presente situação de confisco, vez que, na venda da mercadoria ao consumidor final, o substituto reembolsa-se do valor pago antecipadamente, e, caso não ocorra o fato gerador presumido, há a garantia de restituição imediata e preferencial do imposto pago. (BRASIL, 2002, p. 1)

Ainda em outro julgamento, entendeu o STF que, em se tratando de taxa, deve haver uma relação de razoável equivalência entre o valor cobrado pelo Estado e o custo do serviço prestado ou posto à disposição do contribuinte. Por se tratar de tributo vinculado ao usufruto efetivo ou potencial de serviço público ou ao exercício do poder de polícia, não pode haver desproporção entre o custo da atividade realizada e o valor exigido do contribuinte, sob pena de materializar-se tributação irrazoável, caracterizadora, pois, de infringência à vedação do confisco. É o que se

extraí de parte da ementa da ADI n.º 2.551 MC-QO/MG, também da relatoria do Min. Celso de Mello, julgada pelo tribunal pleno em 2 de abril de 2003:

TAXA: CORRESPONDÊNCIA ENTRE O VALOR EXIGIDO E O CUSTO DA ATIVIDADE ESTATAL. - A taxa, enquanto contraprestação a uma atividade do Poder Público, não pode superar a relação de razoável equivalência que deve existir entre o custo real da atuação estatal referida ao contribuinte e o valor que o Estado pode exigir de cada contribuinte, considerados, para esse efeito, os elementos pertinentes às alíquotas e à base de cálculo fixadas em lei. - Se o valor da taxa, no entanto, ultrapassar o custo do serviço prestado ou posto à disposição do contribuinte, dando causa, assim, a uma situação de onerosidade excessiva, que descaracterize essa relação de equivalência entre os fatores referidos (o custo real do serviço, de um lado, e o valor exigido do contribuinte, de outro), configurar-se-á, então, quanto a essa modalidade de tributo, hipótese de ofensa à cláusula vedatória inscrita no art. 150, IV, da Constituição da República. Jurisprudência. Doutrina. TRIBUTAÇÃO E OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. - O Poder Público, especialmente em sede de tributação, não pode agir

imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. - O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. - A prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental constitucionalmente assegurados ao contribuinte. É que este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos editados pelo Estado. (BRASIL, 2003, p. 1)

Por fim, cumpre ressaltar já estar assentado no Supremo, de há muito, que não caracteriza confisco a pena de perdimento de bens imposta pela legislação tributária ao contribuinte que não efetue o pagamento do tributo na forma e prazo previstos em ato normativo. No caso, objeto do julgamento do Agravo de Instrumento n.º 173.689-6/DF, o requerente instava acerca da suposta violação ao art. 150, IV, da CF em face da relutância da União em promover a regularização fiscal de veículo importado, apreendido pela autoridade aduaneira que, ademais, aplicou a pena de perdimento de bens. Entendeu-se que não há o vedado confisco quando a excussão patrimonial decorre da entrada de bens, no território nacional, sem obediência às normas legais concernentes à importação, as quais, por expressa disposição legal, levam à perda do bem. (BRASIL, 1996, p. 1)

5. Conclusão

O princípio do não confisco ou da vedação à tributação confiscatória decorre da previsão constante do art. 150, IV, da Constituição Federal, segundo o qual é vedado à União, Estados, Distrito Federal e Municípios utilizar tributo “com efeito de confisco”. A cláusula não encerra uma proibição genérica a toda e qualquer apreensão de bens em proveito da administração pública, o que inviabilizaria a cobrança judicial de débitos fiscais ou, ainda, a aplicação de penalidades administrativas por infringência de obrigações tributárias principais ou acessórias. Cuida-se, em vez disso, de princípio destinado ao legislador, que resta proibido de impor tributação excessiva ou irrazoável, que importe na injusta absorção do patrimônio particular, na aniquilação da empresa ou no impedimento do exercício de atividade lícita. É

compreendido pela doutrina como a repercussão dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no plano tributário.

Precisamente por isso, o conceito jurídico de confisco mostra-se aberto e indeterminado, demandando elucidação à luz das circunstâncias e especificidades do caso concreto, quando, ainda, sujeita-se ao inevitável influxo das perspectivas ideológicas do intérprete. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tem-se por violada a norma que veda o confisco quando presente a injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita. Para o STF, a identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária e não tendo em vista apenas um tributo específico.

Nesse sentido, já entendeu o STF que: a) alíquota progressiva de contribuição previdenciária para servidores públicos federais ativos no patamar de 25% apresentaria caráter confiscatório, uma vez que os mesmos rendimentos já estão sujeitos ao índice de 27,5% de imposto de renda, de modo que o valor final, pela sistemática de cálculo do tributo proposto, chegaria ao comprometimento de quase 50% da renda mensal do servidor público em favor de uma mesma pessoa política, que, no caso, era a União; b) patamar mínimo de duas vezes o valor do tributo devido para a multa a ser aplicada em caso de inadimplemento da obrigação tributária ataca o princípio do não confisco; c) cobrança antecipada de tributo por fato gerador presumido, como no caso do ICMS, não viola o princípio do não confisco, vez que na venda da mercadoria ao consumidor

final o substituto reembolsa-se do valor pago antecipadamente, e, caso não ocorra o fato gerador presumido, há a garantia de restituição imediata e preferencial do imposto pago; d) em se tratando de taxa, viola o princípio do não confisco a ausência de uma relação de razoável equivalência entre o valor cobrado pelo Estado e o custo do serviço prestado ou posto à disposição do contribuinte; e) não caracteriza confisco a pena de perdimento de bens imposta pela legislação tributária ao contribuinte que não efetue o pagamento do tributo na forma e condições previstas no ato normativo.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BELTRÃO, Irapuã. **Curso de direito tributário**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

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

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 173.689-6**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de março de 1996. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 04 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 340.883**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 24 de setembro de 2002. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 04 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.010**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 30 de setembro de 1999. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 04 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.551**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília,

2 de abril de 2003. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 04 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Questão de Ordem em Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.551-I**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 2 de abril de 2003. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 04 out. 2014.

CALMON, Sacha. **Curso de direito tributário brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

DUARTE, Francisco Leite. **Direito tributário aplicado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **Execução civil e dignidade humana: limites constitucionais e efetividade do processo**. Itapira, São Paulo: ArtExpressa, 2013.

NUNES, Ciro Verner Paula. **O princípio da vedação ao confisco e as multas tributárias**. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2007/Discentes/paula-nunes.doc>. Acesso em: 30 set. 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

NOTAS:

[1] Lista de siglas e abreviaturas: ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade; CF – Constituição Federal; CTN – Código Tributário Nacional; EC – Emenda Constitucional; IPTU – Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana; ICMS – Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços; MC – Medida Cautelar; Min. – Ministro; QO – Questão de Ordem; Rel. – Relator; STF – Supremo Tribunal Federal.

[2] Os limites jurídicos à cobrança do crédito tributário são os mesmos existentes para a execução judicial destinada à satisfação de dívidas pecuniárias de outra natureza, quais sejam, aqueles que importem o resguardo do mínimo existencial, que traduz o sentido do princípio constitucional da dignidade humana, do que são exemplos as regras que estabelecem as impenhorabilidades, tais como as do salário, da quantia

mantida em caderneta de poupança até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos, do seguro de vida e do imóvel qualificado como bem de família legal ou convencional (LIMA JÚNIOR, 2013, p. 70-71).

[3] BRASIL, 1988, p. 1: “Art. 150. (...) § 7.º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)”

ANÁLISE JURÍDICA DO SISTEMA DOS MUSEUS: SINGELOS APONTAMENTOS À LEI Nº 11.904/2009 (ESTATUTO DOS MUSEUS)

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Bacharel em Direito, do Centro Universitário São Camilo. Autor de vários artigos na área do Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Ambiental. Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF. Bolsista CAPES.

Resumo: O objetivo do presente está assentado na análise jurídica do sistema dos museus, instituído pela Lei nº 11.904, de 14 de Janeiro de 2009. Cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja aceção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultural. A cultura brasileira é o resultado

daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos. Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental.

Palavras-chaves: Patrimônio Cultural. Sistema dos Museus. Tutela Jurídica.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 Análise Jurídica do Sistema dos Museus: Singelos Apontamentos à Lei nº 11.904/2009 (Estatuto dos Museus).

1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em

sua estruturação. Neste alar, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*^[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço

axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: *“Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”*^[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade^[5]. Ora, daí se verifica a

inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3º** - *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária*”[\[6\]](#).

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo

de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[7].

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois

bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como “*a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas*”[\[10\]](#).

Nesta senda, ainda, Fiorillo[\[11\]](#), ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente,

que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprouve ao Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. *“Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente”*[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o

emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima

de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à interidade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos

sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios

Quadra salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente

influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. “A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos”[16]. Desta maneira, a proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que “o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental”[17]. Quadra anotar que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim,

é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam, são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial Nº 115.599/RS:

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações

regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível Nº 2005251015239518, firmou entendimento que “*expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo*”[18]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. Consoante aponta Brollo, “*o patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente*”[19], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto Nº. 3.551, de 04 de Agosto de 2000[20], que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo[21], em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio. Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Celso Fiorillo[22], que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua

formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos inseridos em uma determinada comunidade. Necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

4 Análise Jurídica do Sistema dos Museus: Singelos Apontamentos à Lei nº 11.904/2009 (Estatuto dos Museus)

Cuida anotar que a Lei nº 11.904, de 14 de janeiro de 2009^[23], que institui o Estatuto de Museus e dá outras providências, introduziu no ordenamento jurídico o Sistema de Museus, que é uma rede organizada de instituições museológicas, baseado na adesão voluntária, configurado de forma progressiva e que visa à coordenação, articulação, à mediação, à qualificação e à cooperação entre os museus. Os entes federados estabelecerão em lei, denominada Estatuto Estadual, Regional, Municipal ou Distrital dos Museus, normas específicas de organização, articulação e atribuições das instituições museológicas em sistemas de museus, de acordo com os princípios dispostos neste Estatuto. A instalação dos sistemas estaduais ou regionais, distritais e municipais de museus será feita de forma gradativa, sempre visando à qualificação dos respectivos museus. Os sistemas de museus têm por finalidade: (i) apoiar tecnicamente os museus da área disciplinar e temática ou geográfica com eles relacionada; (ii) promover a cooperação e a articulação entre os

museus da área disciplinar e temática ou geográfica com eles relacionada, em especial com os museus municipais; (iii) contribuir para a vitalidade e o dinamismo cultural dos locais de instalação dos museus; (iv) elaborar pareceres e relatórios sobre questões relativas à museologia no contexto de atuação a eles adstrito; (v) colaborar com o órgão ou entidade do poder público competente no tocante à apreciação das candidaturas ao Sistema Brasileiro de Museus, na promoção de programas e de atividade e no acompanhamento da respectiva execução.

O Sistema Brasileiro de Museus disporá de um Comitê Gestor, com a finalidade de propor diretrizes e ações, bem como apoiar e acompanhar o desenvolvimento do setor museológico brasileiro. O Comitê Gestor do Sistema Brasileiro de Museus será composto por representantes de órgãos e entidades com representatividade na área da museologia nacional. O Sistema Brasileiro de Museus tem a finalidade de promover: (i) a interação entre os museus, instituições afins e profissionais ligados ao setor, visando ao constante aperfeiçoamento da utilização de recursos materiais e culturais; (ii) a valorização, registro e disseminação de conhecimentos específicos no campo museológico; (iii) a gestão integrada e o desenvolvimento das instituições, acervos e processos museológicos; (iv) o desenvolvimento das ações voltadas para as áreas de aquisição de bens, capacitação de recursos humanos, documentação, pesquisa, conservação, restauração, comunicação e difusão entre os órgãos e entidades públicas, entidades privadas e unidades museológicas que integrem o Sistema; (v) a promoção da qualidade do desempenho dos museus por meio da implementação de procedimentos de avaliação.

Constituem objetivos específicos do Sistema Brasileiro de Museus: (i) promover a articulação entre as instituições museológicas, respeitando sua autonomia jurídico-administrativa, cultural e técnico-científica; (ii) estimular o desenvolvimento de programas, projetos e atividades museológicas que respeitem e valorizem o patrimônio cultural de comunidades populares e tradicionais, de acordo com as suas especificidades; (iii) divulgar padrões e procedimentos técnico-científicos que orientem as atividades desenvolvidas nas instituições museológicas; (iv) estimular e apoiar os programas e projetos de incremento e qualificação profissional de equipes que atuem em instituições museológicas; (v) estimular a participação e o interesse dos diversos segmentos da sociedade no setor museológico; (vi) estimular o desenvolvimento de programas, projetos e atividades educativas e culturais nas instituições museológicas; (vii) incentivar e promover a criação e a articulação de redes e sistemas estaduais, municipais e internacionais de museus, bem como seu intercâmbio e integração ao Sistema Brasileiro de Museus; (viii) contribuir para a implementação, manutenção e atualização de um Cadastro Nacional de Museus; (ix) propor a criação e aperfeiçoamento de instrumentos legais para o melhor desempenho e desenvolvimento das instituições museológicas no País; (x) propor medidas para a política de segurança e proteção de acervos, instalações e edificações; (xi) incentivar a formação, a atualização e a valorização dos profissionais de instituições museológicas; e (xii) estimular práticas voltadas para permuta, aquisição, documentação, investigação, preservação, conservação, restauração e difusão de acervos museológicos.

Poderão fazer parte do Sistema Brasileiro de Museus, mediante a formalização de instrumento hábil a ser firmado com o órgão competente, os museus públicos e privados, instituições educacionais relacionadas à área da museologia e as entidades afins, na forma da legislação específica. Terão prioridade, quanto ao beneficiamento por políticas especificamente desenvolvidas, os museus integrantes do Sistema Brasileiro de Museus. Os museus integrantes do Sistema Brasileiro de Museus colaboram entre si e articulam os respectivos recursos com vistas em melhorar e potencializar a prestação de serviços ao público. A colaboração supracitada traduz-se no estabelecimento de contratos, acordos, convênios e protocolos de cooperação entre museus ou com entidades públicas ou privadas. Os museus integrados ao Sistema Brasileiro de Museus gozam do direito de preferência em caso de venda judicial ou leilão de bens culturais, respeitada a legislação em vigor. O prazo para o exercício do direito de preferência é de quinze dias, e, em caso de concorrência entre os museus do Sistema, cabe ao Comitê Gestor determinar qual o museu a que se dará primazia. A preferência só poderá ser exercida se o bem cultural objeto da preferência se integrar na política de aquisições dos museus, sob pena de nulidade do ato.

REFERÊNCIA:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

_____. **Decreto Nº 3.551, de 04 de Agosto de 2000.** Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

_____. **Decreto-Lei Nº 25, de 30 de novembro de 1937.** Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

_____. **Lei nº 11.904, de 14 de Janeiro de 2009.** Institui o Estatuto de Museus e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 13 mar. 2015, s.p.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

[7] *Idem*. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[15] *Idem*. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna -

Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

[16] BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf>. Acesso em 13 mar. 2015, p. 15-16.

[17] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 634.

[18] BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apelação Cível Nº 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a

Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do jus excludendi de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (nº 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

[19] BROLLO, 2006, p. 33.

[20] BRASIL. **Decreto Nº 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.

[23] BRASIL. **Lei nº 11.904, de 14 de Janeiro de 2009**. Institui o Estatuto de Museus e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

TAREFA DIFÍCIL: RESSOCIALIZAR E REEDUCAR UM DETENTO

ENZO DE MIRANDA RAMOS: Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade AGES em Paripiranga-Ba.

RESUMO: O presente artigo visa demonstrar que a falta de investimento no setor penitenciário compromete a reeducação e/ou ressocialização do detento, ou, além disso, encontra-se em colisão com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, amparados pela Constituição Federal de 1988, bem como da Lei de Execuções Penais, em seus artigos 10º e 11º, o que contribui para uma possível reincidência do ex-presidiário no sentido cometer novos delitos.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal, ressocialização, reeducação, princípios.

1 INTRODUÇÃO

Na obra *O gozo pela punição: em face de um estado sem recurso* observa-se uma declaração visível de violação dos direitos fundamentais, no tocante ao tratamento desigual, bem como o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Com a falta de investimentos no setor penitenciário, os novos presídios já nascem condenados a super lotação. Desde 2003 o número de presos cresceu 7% (sete por cento) ao ano, enquanto que o número de

vagas nos presídios quase não mudou, a média é de 500 vagas nos novos presídios.

As pessoas que são encaminhadas para o presídio irão cumprir a pena a qual foi condenada em obediência a legislação brasileira, a qual tem a finalidade de reeducar ou ressocializar estas que cometeram os crimes, porém, é perceptível a sua não eficácia. Os penalizados acabam saindo muito mais violentos, tendo em vista, a precariedade estrutural, a falta de ocupação com trabalhos, leituras, esporte, cursos profissionalizantes, bem como a capacitação dos agentes carcerários voltada a essa finalidade.

Com pouco recurso financeiro destinado para a construção de novos presídios, as celas são edificadas num tamanho desproporcional para conter todo o contingente carcerário, o qual resulta, automaticamente, a superlotação. Desta forma, torna-se mais claro e evidente o tratamento desumano com os detentos, o que compromete o tratamento social para os internos, não colocando em prática a atuação das políticas públicas trazidas com o advento da Constituição Federal de 1988, voltada para os valores, a efetividade dos direitos fundamentais, o princípio dignidade da pessoa humana, tornando possível fiscalizar e denunciar o Estado por suas omissões.

2 PRINCÍPIOS

Compreende-se por princípio uma norma a qual vai indicar um fim a ser alcançada, uma linha reguladora de um caminho de atuação para o Estado, determinando os deveres para criar os meios necessários a uma vida humana digna. A aplicação destes se dá, predominantemente, mediante ponderação. Então, a finalidade dessa existência mínima foi

uma forma de tentar dar efetividade, não podendo o Estado apresentar qualquer desculpa para não cumpri-los, a exemplo da reserva do possível.

Segundo a lição de FREITAS^[1]

[...] os princípios distinguem-se das regras "não propriamente por generalidades, mas por qualidade argumentativa superior, de modo que, havendo colisão, deve ser realizada uma interpretação em conformidade com os princípios (dada a 'fundamentalidade' dos mesmos), sem que as regras, por supostamente apresentarem fundamentos definitivos, devam preponderar"(FREITAS, ANOS, p.56).

Com isso, fica explícito que acima de qualquer interpretação deverão ser respeitados os fundamentos dos princípios, adequando as regras para melhor aplicabilidade do ordenamento jurídico.

Aduz MELO^[2], em sua doutrina "Elementos de direito administrativo", que o princípio jurídico é:

[...] mandamento nuclear de um sistema, sendo um verdadeiro alicerce desse sistema, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, dando-lhe sentido harmônico (MELO, 1980, p. 230).

Assim, diferencia os princípios das demais regras jurídicas em diversos aspectos, devendo obedecer às regras com cautelas para não contrapor estes, só assim será aplicado com eficiência o bom ordenamento jurídico.

O mestre REALE relata que o conceito de princípio serve às ciências em geral, expondo o seguinte em sua obra “Filosofia do direito”:

[...] são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários (REALE, 1986, p. 60).

Assim, os princípios têm suas características, desarmonizando-se por sua natureza dos demais preceitos jurídicos, estando os princípios como primazias constituintes do ordenamento jurídico, informando as demais normas, como se fornecesse a inspiração para o seu conteúdo.

2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Com a Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana chega ao mais alto ponto dentro do ordenamento jurídico. Contudo, todos os dias deflagram nos noticiários acontecimentos

que desobedecem esta princípio por parte do Estado, o qual proporciona a sociedade uma sensação de ineficácia deste.

Para PORTELLA é preciso distinguir validade de eficácia prelecionando que:

Essa distinção se justifica por que uma mesma norma pode ser válida, mas nem por isso é eficaz. A primeira (validade) esta intimamente ligada ao direito posto. Significa que se uma norma existe, se está incorporada ao direito positivo, há o pressuposto que possui força de obrigatoriedade ou de algum tipo de sanção [...] Já a segunda é a conformidade da conduta de uma pessoa à norma. Assim sendo, a validade é uma qualidade do direito e a eficácia é uma qualidade da conduta efetiva dos homens e não como o senso comum parecer sugerir. (PORTELLA, 1999, p.108)

No entanto, deve-se observar de forma cuidadosa a falta de cumprimento destas normas, pois o seu desrespeito não o torna ineficaz, e sim uma denúncia ao ato omissivo, passivo e **representação** NÃO ENTENDI ???.

O ilustre MEDINA demonstra a preocupação do direito Constitucional com relação à eficácia:

A preocupação dominante, no campo do Direito Constitucional, é hoje, a de dar eficácia às normas da Constituição. Observam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA que “a Constituição não é

somente um conjunto de normas proibitivas e de normas de organização e competência é também um conjunto de normas positivas que exigem do Estado e dos seus órgãos uma actividade (MEDINA 2010, p. 113).

A exposição de MEDINA é uma garantia de que: a norma não respeitada não constitui uma ineficácia, e sim, um descumprimento do agente, o que pode ser coibido e reparado pelos mecanismos legais, ou seja, pelo controle da eficácia das normas constitucionais.

Declara BARROSO sobre a eficácia das normas constitucionais:

Autores brasileiros de longa data dedicam atenção à temática da eficácia das normas constitucionais, isto é, à sua aptidão para produzir efeitos jurídicos. A questão envolve a identificação das situações nas quais a constituição tem aplicabilidade direta e imediata e aquelas em que isso não ocorre (BARROSO, 2010, p. 213).

A inércia do Estado nos presídios especialmente em cumprimento a reeducação e ressocialização do interno entra em colisão diretamente com a Lei de Execuções Penais, contribuindo diretamente para o crescimento da criminalidade e do aumento das despesas com a segurança pública, no sentido de investimento em melhoria nos armamentos, capacitação de policias, preparando-os como se estivessem

em estado de guerra, e “obrigando” aos cidadãos a ficarem confinados em suas casas como se estivessem presos.

Segundo o relatório da CPI^[3] do Sistema Penitenciário

[...] acentuamos que “a ação educativa individualizada ou a individualização da pena sobre a personalidade, requisito inafastável para a eficiência do tratamento penal, é obstaculizada na quase-totalidade do sistema penitenciário brasileiro pela superlotação carcerária, que impede a classificação dos prisioneiros em grupo e sua conseqüente distribuição por estabelecimentos distintos, onde se concretize o tratamento adequado”... “Tem, pois, esta singularidade o que entre nós se denomina sistema penitenciário: constitui-se de uma rede de prisões destinadas ao confinamento do recluso, caracterizadas pela ausência de qualquer tipo de tratamento penal e penitenciária entre as quais há esforços sistematizados no sentido da reeducação do delinqüente. Singularidade, esta, vincada por característica extremamente discriminatória: a minoria ínfima da população carcerária, recolhida a instituições penitenciárias, tem assistência clínica, psiquiátrica e psicológica nas diversas fases da execução da pena tem cela individual, trabalho e estudo, pratica esportes e tem recreação. A grande maioria, porém, vive confinada em celas, sem

trabalho, sem estudos, sem qualquer assistência no sentido da ressocialização (1976, p. 02).

É notório o desrespeito à norma constitucional jurídica - princípio da dignidade humana -, e como consequência, sua omissão deverá ser determinada com seu cumprimento, incontinente e coercitivo aplicando-se, direta e imediatamente, as situações nelas contempladas.

2.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Assevera o art. 5º, *caput*, da Carta Magna 1988 - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, a segurança e a propriedade (...).

O professor SARLET entende que:

[...] o princípio da igualdade "encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivo de religião, sexo, enfim, toa e qualquer ofensa ao princípio isonômico

na sua dupla dimensão formal e material" (2001, p,114).

Observando-se o disposto acima depara-se com uma ofensa a este princípio no que concerne a alguns presos encontrarem-se em celas individuais, ao passo que, a grande maioria estão amontoados. Isto reflete que escolher - sobre qualquer pretexto – em qual cela o preso irá ficar (individual ou coletiva) ofende o princípio da igualdade.

3 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A origem da prisão é oriunda das casas de correção tendo como alvo os desocupados, bêbados e prostitutas, dentre outros excluídos da Europa, por volta do século XVI. A primeira instituição prisional foi a “House of correction”, na Inglaterra em 1552. Devido ao não cumprimento em transmitir o sentido de justiça com as penas capitais e corporais, buscou-se outro tipo de punição, a qual garantisse o controle do crime e a proteção dos segmentos dominantes da população da época.

Na defesa da pena de prisão tinham preceitos sociais e econômicos: pensou-se na redenção do criminoso, pela via da não incidência cruel sobre o corpo ou a vida dele; com a mão-de-obra dos encarcerados era barata, tornou-se um forte instrumento de controle social contra os movimentos reivindicatórios de direitos e políticas públicas.

Com o advento das ideias filosóficas humanitárias do século XVIII surgiu o Sistema Penitenciário caracterizado, principalmente, pelo que se denominou “isolamento celular”. Este proporcionou muitas mortes e casos de loucuras, culminando no seu fracasso.

Origina-se, então o Sistema Progressivo, introduzindo a liberdade condicional, as etapas prisionais com graduação dos rigores nos estabelecimentos penais e a possibilidade de contatos ocasionais com o mundo fora dos muros.

No Brasil, o Código Criminal de 1830 havia previsão para pena de prisão com trabalho e prisão simples, concomitante a pena de morte. Em 1890, o Código Republicano estabeleceu a prisão para quase todos os crimes e algumas contravenções penais, presentes o isolamento celular e o trabalho obrigatório. O atual Código dispõe da privação da liberdade por meio de características específicas - para tal, ela deverá ser aplicada em situações gravíssimas que envolvam as infrações penais com alto potencial ofensivo, lesionando os bens jurídicos avaliados pela sociedade com o maior grau de importância - para o seu cumprimento, bem como as medidas de segurança. Constata-se, desde já, a impropriedade da prisão para as infrações de menor e médio potencial ofensivo, resguardando-se na política criminal da intervenção mínima, buscando-se a preservação dos direitos e garantias do infrator, bem como sua reinserção social, sendo pertinente as penas alternativas.

4 NÃO EFICIÊNCIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E SEUS PROBLEMAS

Já perduram dois séculos de aplicação da pena privativa de liberdade e é conclusivo a sua incapacidade de atingir os seus objetivos de prevenção e ressocialização, afinal, há discrepância entre o mundo interior e exterior as grades carcerárias, como também a deficiência nas estruturas físicas e nas condições humanas.

Sabe-se que as mazelas proporcionadas por tal privação – desrespeitam, principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana e o art. 5º, inciso XLIX da Lei Maior – são, de acordo com os ensinamentos de GOMES:

A prisão como fator criminológico; os elevados índices de reincidência; a influência prejudicial sobre o recluso dentro dos efeitos sociológicos ocasionados pela prisão; os efeitos psicológicos produzidos no cárcere; os efeitos negativos sobre o autoconceito do recluso; os problemas sexuais na prisão como repressão do intuito sexual, homossexualismo, perversões, etc.; a utilização das drogas e o alto custo financeiro para a sociedade; o ócio em razão da falta de política de trabalho prisional, principalmente em países subdesenvolvidos, como no Brasil; a superlotação carcerária; a ausência de assistência judiciária; a inexistência de programas de integração familiar e social do recluso; bem como os maus tratos e violações a integridade física e moral do preso. (GOMES, 2008:57)

A eficácia da recuperação do detento na atualidade encontra-se em total descrédito, tanto para a sociedade, assim também para aquele que é encarcerado, transmitindo para ambos uma impressão de apenas castigo pelo ilícito cometido.

5 CONCLUSÃO

O sistema prisional desrespeita a Constituição da República, bem com a LEP, em seus arts. 10 e 11, no sentido de não propiciar assistência ao preso e ao internado, concebendo-a como obrigação material, à saúde, jurídica, educacional, esporte, social e religiosa. Se efetivados estes preceitos, haveria a prevenção dos delitos e a não presença da reincidência, fazendo com que o retorno do interno ao convívio social fosse mais proveitoso quanto para o ex-presidiário, quanto para a sociedade, afinal, sabe-se que há dificuldade deste entrar no mercado de trabalho, sendo o principal fator que o leva a voltar para o mundo do crime.

Com as colisões as normas acima referidas torna-se o atual sistema um reprodutor de violentos elementos, assim, impossibilitando o êxito da função de ressocializar e reeducar o detendo, que após o cumprimento integral ou parcial da pena retorna a sociedade revoltado com esta, causando sensação de insegurança e sem perspectiva de emprego, retornar a delinquir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, **Estudo constitucionais**. O gozo pela punição (em face de um estado sem recurso). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. Malheiros: São Paulo,

GOMES, Geder Luiz Rocha. **A substituição da Prisão**: alternativas penais: legitimidade e adequação. Salvador: JusPODIVM, 2008

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PORTELLA, Celso Adão. et al. **Ineficiência em Direito em debate**: Ineficácia das Normas Constitucionais Ambientais. Rio Grande do Sul: UNIJUI, 1999.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

NOTAS:

[1] FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. Malheiros: São Paulo.

[2] MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

[3] (Diário do Congresso Nacional, Suplemento ao nº. 61, de 4-6-1976, p. 2).

O JUIZ E A SOCIEDADE: A NOVA IDEOLOGIA CONSTITUCIONAL DA MAGISTRATURA

EDIANE AQUINO ARAÚJO: Graduanda pela Universidade Estadual de Montes Claros-Unimontes.

HÁRISSON MILLER DE OLIVEIRA:
¹Graduando pela Universidade Estadual de Montes Claros- Unimontes

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o papel do juiz na sociedade contemporânea, bem como suas funções, obrigações e deveres, levando-se em conta os princípios e garantias constitucionais. Além disso, observa-se a importância da função jurisdicional no que tange às resoluções de conflitos e a organização do judiciário.

SUMÁRIO: 1.Introdução; 2.Princípios; 3.Fundamentação das Decisões Judiciais; 4.Investidura e carreira; 5. A luta Social do Magistrado; 6.Considerações Finais.

Palavras-Chave: Juiz, Princípios, Investidura.

1. INTRODUÇÃO.

Ao longo da história houve uma evolução de grande importância na jurisdição. No entanto, a formação, a importância, a responsabilidade e o respeito permaneceram com o decorrer do tempo, gerando cada vez mais a grandeza da função da magistratura em consonância com a imparcialidade e a busca pela organização da sociedade. Nesse viés, Calamandrei explica que “O juiz é o direito feito homem. Só desse homem posso esperar, na vida prática, aquela tutela

que em abstrato a lei me promete” (CALAMANDREI, 2000, p. 11), demonstrando a importância da magistratura e a imprescindibilidade do seu papel para o meio social.

Se outrora os juízes governavam a cidade como nos tempos dos filósofos da Grécia, pode-se dizer que, de toda essa imbricada função profissional, a figura do magistrado passou por uma significativa transformação. Seguindo a linha de Montesquieu, que elevou a sociedade do século XVI à divisão dos três poderes, hoje, tais poderes exercem papel organizador inerente ao funcionamento estatal. Cabe acentuar também, que eles possuem funções independentes, mas ao mesmo tempo harmônicas, o que garante o equilíbrio necessário para a real existência de um estado democrático de direito.

A incumbência principal da magistratura surge quando se ultrapassa o mero interpretar das leis e passa-se a garantir tanto a normatividade, quanto a efetividade da norma, transformando o Direito em algo mais democrático a ponto de alcançar a realidade social. Assim, há a possibilidade de garantir a promoção da justiça levando-se em consideração a pluralidade da sociedade contemporânea, que impõe ao intérprete da lei uma análise crítica a fim de que seja assegurada a resolução dos conflitos sociais – conforme as normas previstas no ordenamento.

Durante o exercício do cargo, é imprescindível o respeito aos princípios impostos pela LOMAN (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) e pela jurisdição. Ao discorrer sobre as funções do juiz na sociedade contemporânea, Freddie Didier explica que o Juiz não decide a “lide”

com base na lei, mas com base no “direito”, que se compõe de todo o conjunto de espécies normativas, regras e princípios.

Em consonância com a obediência aos princípios e o respeito a carreira do magistrado, o autor Danilo Borges em sua obra “Sentimento de um Advogado” prega que há uma concepção popular equivocada nas relações entre juízes e advogados, explicando ele, que a sociedade acredita ser conveniente ao advogado a amizade do juiz para obter sucesso nas causas. Porém, tal equivoco é um fato enganoso, pois, esclarece que, “ao Juiz escrupuloso é muito mais simples dar razão aquele que não é seu amigo, do que àquele com quem mantem relações estreitas”. (1999, p.21). Ascendendo, assim a importância da imparcialidade do juiz e da posição em que se encontra diante dos casos, que ao destino final, estarão em suas mãos.

2. PRINCÍPIOS.

Os princípios são bases fundamentais para aquele que irá aplicar a norma jurídica, pois através deles é que se poderá alcançar a ponderação em relação às partes. E, aperfeiçoando as palavras de Aristóteles, para que não venha a ocorrer “nunca o excesso e nunca a falta” para nenhum daqueles que buscam a justiça.

Os juízes, ao exercerem seu papel no meio social em que atuam, deverão respeitar os princípios constitucionais para se chegar a um arbítrio íntegro. Nesse sentido, Didier ensina que os princípios exercem uma função bloqueadora, pois servem para justificar a não aplicação de textos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado de coisas que se busca promover. Ele acrescenta ainda que, deve-se

levar em conta, contudo, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ou seja, o juiz deverá aplicar os princípios gerais do direito, a analogia e os costumes aos casos concretos, tendo em vista, que ele, não poderá autorizar a permanência de “brechas” na lei, pois as lacunas deverão ser supridas para que o direito seja exercido de fato. Tais princípios estão previstos na lei da magistratura n.35/1979 e permaneceram na Constituição Federal de 1988 , como alguns que trataremos a seguir:

O princípio da Inafastabilidade da jurisdição, conforme a Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 5º, inciso XXXV, inserido rol de direitos e garantias fundamentais, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também chamado de cláusula do acesso à justiça, ou do direito de ação: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Jorge de Miranda entende que, no plano objetivo, o princípio da tutela jurisdicional envolve os princípios do contraditório, juiz natural, independência dos tribunais e juízes, fundamentação das decisões, obrigatoriedade e executoriedade das decisões e sua prevalência sobre as de quaisquer outras autoridades. Ao tratar especificamente da igualdade perante a tutela jurisdicional, o autor afirma que os problemas relativos à igualdade podem surgir em diversos domínios e momentos, tais como no acesso aos tribunais, utilização de meios de iniciativa processual, prazos, prática de atos próprios e das diversas fases do processo, no exercício do contraditório, conhecimento e execução das decisões, recursos e meios de efetivação das decisões transitadas em

julgado. Nesse contexto, a igualdade se projeta como elemento de valorização e de reforço de outras regras constitucionais.

A imparcialidade do juiz: Significa que aquele que promoverá a ação de julgar não terá interesse no desfecho da demanda. Isto é, deverá ser imparcial em relação ao feito e as partes. Enquanto que, na Razoabilidade se refere à legitimidade da escolha dos fins em nome dos quais o Estado atuará, e a proporcionalidade verifica se os meios são necessários, adequados e proporcionais aos fins já escolhidos.

A Persuasão racional do juiz indica que tal princípio defende que as decisões deverão ser fundamentadas com base no princípio da reserva legal.

O Princípio da investidura determina que a jurisdição somente será exercida por quem tenha sido regularmente e legitimamente investido na autoridade de juiz, em regra por concurso público;

O Princípio da aderência ao território prega que os magistrados somente têm autoridade nos limites territoriais do Estado.

O Princípio da indelegabilidade: determina que é vedado ao juiz, que exerce atividade pública, delegar as suas funções a outra pessoa ou mesmo a outro Poder estatal.

O Princípio da inevitabilidade significa que a autoridade dos órgãos jurisdicionais, sendo emanção do próprio poder estatal soberano, impõe-se por si mesma, independentemente da vontade das partes ou de eventual pacto para aceitarem os resultados do processo (posição de sujeição/submissão).

O Princípio da inafastabilidade ou indeclinabilidade, Segundo o qual a todos é possibilitado o acesso ao Judiciário em busca da solução de suas situações litigiosas e conflitos de interesses em geral, bem assim para a administração de interesses privados pela jurisdição voluntária (artigo 5º, inciso XXXV da CF/1988);

O Princípio do juiz natura assegura que ninguém pode ser privado do julgamento por juiz independente e imparcial, indicado pelas normas constitucionais e legais, proibidos os juízos/tribunais de exceção (artigo 5º, inciso XXXVII, da CF/1988);

O Princípio da inércia demonstra que, em regra, as partes têm que tomar a iniciativa de pleitear a tutela jurisdicional. Isto é, a atividade jurisdicional deve ser provocada pelo interessado.

3. FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A sistemática adotada por meio dos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal, por si só, tornaria dispensável a previsão do artigo 93, IX da Constituição, que explicitamente prevê o dever de fundamentar as decisões judiciais, podendo ser detectada dentre o conjunto de garantias que formam o processo justo.

A fundamentação das decisões judiciais é uma garantia incontestada do processo justo, que contemporaneamente se busca, passando-se a examinar processual e individualmente a fundamentação das decisões.

A motivação das decisões judiciais é fundamental para a fiscalização do “poder jurisdicional”, podendo ser considerado único meio de se aferir se o julgamento atendeu aos fatos (provas) e ao direito, e não à vontade, ao conhecimento privado ou a outro motivo,

jurídico ou antijurídico, que poderia levar o magistrado à solução ditada. Decidir sem motivar é exercer poderes absolutos, incompatíveis com a inclinação democrática de nosso ordenamento jurídico.

Didier e Barbosa Moreira concordam que o juiz na fundamentação, mais do que analisar, deve resolver questões de fato e de direito. Portanto, fundamentar significa dar as razões, de fato e de direito, que conduziram o magistrado até aquela decisão, devendo existir uma exteriorização da base fundamental da decisão do juiz, como meio de comprovar o distanciamento judicial de arbitrariedades e subjetivismos.

4. INVESTIDURA E CARREIRA.

A questão que envolve o ingresso na magistratura é de fundamental importância em um Estado Democrático de Direito. Isto porque, com a promulgação da CRFB em 1988 buscou-se alcançar uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I da CRFB/1988), transpondo-se a barreira política e social imposta pelo regime anterior. Como meio para se chegar a esses objetivos, a nova Constituição trouxe uma série de direitos e instrumentos para sua implementação, readequando o Estado e, evidentemente, o Poder Judiciário. Descortina-se, assim, a evidente importância do exercício da magistratura e sua forma de atuação.

No Brasil, sob a égide do art. 93 da CRFB/1988, a investidura na magistratura, cujo cargo inicial é o de juiz substituto, se dá por meio de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em todas as etapas do certame. Para a participação no concurso, exige-se do bacharel em Direito, no mínimo,

três anos de atividade jurídica. Tema nebuloso seria explicar o que é “atividade jurídica”. De acordo com as resoluções 75/09 e 11/06 do Conselho Nacional de Justiça, entende-se por atividade jurídica “aquela exercida com exclusividade por bacharel em Direito, bem como o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico”.

A promoção de entrância para entrância se dará, de maneira alternada, por antiguidade e merecimento. A promoção por merecimento é alcançada quando o magistrado possuir dois anos de exercício na respectiva entrância; figurar na primeira quinta parte da lista de antiguidade, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago; e apresentar desempenho satisfatório nos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição. O critério de antiguidade é auferido pela data em que o candidato toma posse do cargo. Figurando por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento, o magistrado alcança, obrigatoriamente, a promoção para a próxima entrância.

O Acesso aos tribunais de segunda instância far-se-á por antiguidade ou merecimento apurados na última ou na única entrância. Quanto aos tribunais superiores, a promoção obedece a uma regra geral: a indicação pelo chefe do executivo e uma sabatina pelo legislativo. Para alcançar uma vaga no Superior Tribunal de Justiça (STJ), por exemplo, o magistrado deve ser indicado pelo presidente da República e sua indicação deve ser aprovada por 2/3 do Senado Federal. Além disso, há

obediência a um critério etário e outro subjetivo. No exemplo do STJ especificamente, o juiz deve ter no mínimo 35 e no máximo 65 anos de idade, notável saber jurídico e reputação ilibada.

5. A LUTA SOCIAL DO MAGISTRADO.

A pergunta é: quanto tempo dura o amor? Será o amor tão maior quanto maior for a consciência da função desempenhada?! *In interiori homine habitat veritas* (Santo Agostinho). (disponível em <http://www.emougenot.com/index.php/trabalhos/pensar-o-direito>, acesso em 12/06/2014 às 15h28min).

Um Estado constitucional de Direito caracteriza-se por um binômio: garantias e deveres. Assim, cabe ao juiz sopesá-lo e aplicá-lo em consonância com o caso concreto. Com a promulgação da CRFB/1988, não se concebe mais a existência de um intérprete que não enxergue valores nos textos legais, aplicando-os de forma asséptica e automática. Vale dizer, a lei pela lei e pronto.

A legitimação e independência do poder judiciário nascem da observância estrita aos valores constitucionais. Dentro desse sistema jurídico e também constitucional vigente, cabe à magistratura tutelar direitos e garantias fundamentais, solucionar conflitos e zelar pela manutenção de um Estado Democrático de Direito.

O judiciário brasileiro enfrenta, nos últimos tempos, uma luta para a concretização dos direitos de cidadania. Para uma luta desse quilate não há fórmulas prontas. Muito antes pelo contrário, é

necessário um magistrado pró-ativo e independente. Acima de tudo, não esmorecer diante das dificuldades do ofício e exercer uma jurisdição reflexiva que vai além do processo no papel.

As profundas mudanças políticas e sociais combinadas com as ideologias advindas da CRFB/1988 não combinam mais com juízes que não se atualizam e que estão parados no tempo. Para Calamandrei, os juízes não podem ser meros aplicadores da lei, mas conhecedores da sociedade em que estão inseridos.

O risco das causas costuma estar neste antagonismo: entre o juiz lógico e o juiz sensível; entre o juiz consequencial e o juiz precursor; entre o juiz que para não cometer uma injustiça está disposto a se rebelar contra a tirania da jurisprudência e o juiz que, para salvar a jurisprudência, está disposto a deixar esmagar nas inexoráveis engrenagens da sua lógica um homem vivo (CALAMANDREI, 1995, p. 185).

É no mesmo sentido que caminha Dalmo de Abreu Dallari ao afirmar que “um juiz não pode ser escravo de ninguém nem de nada, nem mesmo da lei”. Desta forma, o magistrado deve ter consciência do seu papel. Ou ele assume seu papel e se posiciona na sociedade para buscar a solução socialmente mais adequada ao caso concreto ou simplesmente aplica a lei de forma descompromissada ao mundo em que vive.

Diante de tantos desafios, é impossível conceber um curso de Direito omissivo que não prepara seus alunos para a vida profissional. Existem dois momentos distintos e fundamentais na vida do bacharel em Direito: o primeiro deles, ainda na faculdade, é o de aprender os conceitos básicos das disciplinas acadêmicas; e o segundo de pensá-los, criticá-los e contestá-los. Não se pode inverter a ordem, mas sim alicerçar os primeiros, para que tudo não seja em vão. Ambos são necessários, tudo em seu devido tempo.

Muniz Freire, lembrado por Roberto Lyra, comparou o estudante de Direito no Brasil ao aprendiz de pedreiro, a quem o mestre, em vez de pôr-lhe nas mãos a colher e o martelo, e de ensinar os meios de compor a argamassa, disserta sobre estilos arquitetônicos, a beleza das linhas dóricas ou jônicas e a graça estética da ogiva comparada à gravidade da abóbada romana. (disponível em <http://www.emougenot.com/> acessado em 13/06/2014 às 08h21min).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se perceber que no mundo contemporâneo, a sociedade, mesmo diante de tantos obstáculos em relação à “justiça”, ainda crê que o juiz pode manter o equilíbrio e fazer com que ela alcance a todos. É o que concluem Aristóteles e Calamandrei, ao anotarem o quão importante é o papel do juiz e a confiança que lhe é depositada. Dessa forma, o juiz deve ter uma conduta social pautada na busca pela

igualdade entre os direitos, respeitando assim, os princípios constitucionais, bem como os indivíduos, na sua especialidade, pois, como ensinou Albert Einstein “um ideal de um ser humano deve ser a democracia, para que todo o homem seja respeitado como indivíduo e nenhum venerado”.

Ademais, espera-se de um magistrado que sua conduta escoreita ultrapasse as fronteiras de seu cargo. A probidade, retidão e honestidade devem acompanhá-lo não só no ambiente forense, mas também na sua vida em sociedade. Um juiz deve ser digno da grandeza do cargo que exerce, demonstrando, a todo tempo, sua urbanidade no trato com as pessoas, seu conhecimento e prudência.

Por derradeiro, a formação do bacharel em Direito é indispensável para a feitura de um bom magistrado. Daí a necessidade de um curso de Direito que combine o fôlego da juventude acadêmica com a experiência do seu corpo docente.. Nesse sentido, leciona com precisão Edílson Mougenot Bonfim:

O homo juridicus deve ser uma simbiose do homo theoreticus com o homo praticus. O Direito deve servir à realidade e esta é compreendida na dialética do pensar com o agir. (...) É preciso ousar para argamassar soluções. É o dilema Shakespereano de renovar-se ou morrer. (Disponível em <http://www.emougenot.com/> acessado em 12/06/2014 às 15h20min).

7. BIBLOGRAFIA.

AQUINO, Jefferson Alves. **Direito e Poder em Espinosa - Os Fundamentos da Liberdade Política**. Revista de Filosofia. Fortaleza, 2005. Disponível em:

http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/ritieli_fagundes.pdf. Acesso em 08/06/2014.

BEMFICA, Francisco Vani. **O Juiz, O Promotor e o Advogado**. 4 Ed. Editora Forense, RJ, 1998.

BORGES, Danilo. **Sentimentos de Um Advogado**. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CHAUÍ, Marilena. **Convite e Filosofia**. Editora Ática. 13^o ed. São Paulo. 2009

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MIRANDA, JORGE. **A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais em Portugal**. In Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Organizadores: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. 1. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

PERTSCHI, Luciano Karlo. **Ideologia e Politização das Decisões Judiciais**. Rev. Âmbito Jurídico, RG, 2014. Disponível em www.ambito-juridico.com.br . Acesso em 06/06/2014.

REIS, Juliana. **O Juiz Como Ponte entre a Normatividade e a Efetividade do Direito na Sociedade**. Rev. Unb, DF, 2010. Disponível em: [http://www.ebah.com.br/content/ABAAABeTcAF/juiz-como-ponte-](http://www.ebah.com.br/content/ABAAABeTcAF/juiz-como-ponte)

[entre-a-normatividade-efetividade-direito-na-sociedade.](#) Acesso em 08/06/2014.

SCARIOT, Juliane. **Hermenêutica Jurídica: A Função Criativa do Juiz.** Ver. Âmbito Jurídico, RG, 2014. Disponível em www.ambito-juridico.com.br Acesso em 06/06/2014.

SEDVIM, Adriano Gustavo Veiga. **Missão de Um Magistrado na Sociedade Moderna.** Comarca Senador José Porfírio, Pará, 2008. Disponível em www.soleis.advogado.com.br Acesso: 05/06/2014.



**FACULDADE TERRA NORDESTE
CURSO DE BACHARELADO EM SERVIÇO SOCIAL**

VANESSA CORRÊA FILOMENO DA SILVA

**BENEFÍCIOS DA GUARDA COMPARTILHADA
PARA O CONVÍVIO FAMILIAR**

**CAUCAIA - CEARÁ
2014**

VANESSA CORRÊA FILOMENO DA SILVA

**BENEFÍCIOS DA GUARDA COMPARTILHADA
PARA O CONVÍVIO FAMILIAR**

Monografia apresentada à Faculdade Terra Nordeste como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Serviço Social.

Orientador: Prof. Me. Francisco Luciano
Teixeira Filho

CAUCAIA - CEARÁ

2014

VANESSA CORRÊA FILOMENO DA SILVA

**BENEFÍCIOS DA GUARDA COMPARTILHADA
PARA O CONVÍVIO FAMILIAR**

Monografia apresentada à Faculdade Terra Nordeste como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Serviço Social.

APROVADO EM ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Francisco Luciano Teixeira Filho
Faculdade Terra Nordeste – FATENE
Orientador

Prof.^a Ma. Eniziê Paiva Weyne Rodrigues
Faculdade Terra Nordeste – FATENE
Primeiro Examinador

Prof.^a Ma. Maria Juruena de Moura
Faculdade Terra Nordeste – FATENE
Segundo Examinador

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter sempre me concedido força e proteção, além de me abençoar durante todo o período acadêmico, principalmente na fase de elaboração deste trabalho.

Ao meu pai Joaquim, minha mãe Eneuda e minhas irmãs Virginia, Viviane e Victória, que sempre foram para mim as pessoas mais importantes na vida.

À equipe de estágio supervisionado da Autarquia Federal do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas - DNOCS, em especial à Raimunda Pontes, Reinaldo Soeiro, Madeleine Veras, Daury Gabriel, Vânia Moreno, Fernando Marcelo Carneiro, Lusbene Cavalcante, Neiria Rodrigues, Graziela dos Santos, Jean Paul, Crisanto Lopes, Pedro Eymard Campos, José Almeida Cipriano, Silvério Ferreira e João Paulo de Holanda.

Aos meus professores e orientadores Luciano Filho e Eniziê Paiva, que colaboraram e me auxiliaram durante o processo de conclusão desta monografia.

Aos meus amigos de faculdade, em especial à Juliana Pessoa, Bruna Alves, Gilson Alves, Silvia Kelly Magalhães, Brena Kelly Ribeiro, Renata Ramos, Jerciane Melo, Cleinara Alexandre, Francisco Rodrigues, Kamila Albuquerque e Lidineide Batista, que me acompanharam durante todo o período de formação acadêmica.

Ao meu namorado Israel Santos, que além de companheiro e amigo, me auxiliou e colaborou com seu aprendizado nestes últimos meses.

E por fim a todos aqueles que acreditam no meu sucesso e na minha completa capacidade acadêmica e profissional.

A solução de problemas dentro de um ambiente familiar só existe quando seus autores adotarem a iniciativa de unir seus esforços em prol da mesma felicidade.

Helgir Girodo

RESUMO

A presente monografia trata dos benefícios apontados pela literatura especializada para o convívio familiar. Destacando como fonte de estudo a bibliografia, que aborda temas relacionados ao convívio familiar e à guarda de crianças e adolescentes, o trabalho relata como objetivo geral, apontar os principais benefícios que a guarda compartilhada traz a família após a separação. Dentre os objetivos específicos, para fins de comparação, nós estudaremos, as demais modalidades de guarda que poderão ser escolhidas após a quebra do vínculo de um casal, como, por exemplo, a guarda alternada, a guarda única e, por fim, o aninhamento. Além disso, serão compreendidos, alguns pontos como a pensão alimentícia, a alienação parental e a mediação familiar, citando características e condutas de cada item, e por fim, nós constataremos também por meio de pesquisas que a modalidade da guarda compartilhada nem sempre é a melhor opção, no entanto, apresenta seus diversos pontos positivos que buscam uma boa convivência do filho para com os pais separados. A atribuição do Assistente Social no processo de escolha de decisão pela guarda será também vista. Vários pontos e condições serão analisados após a quebra do vínculo de um casal que já apresenta filhos, tendo como objetivo considerar de fato, qual será o mais aconselhável modelo de guarda a ser utilizado em questão, buscando assim, o melhor para a criança após a separação de seus genitores. Foi concluído então, que o principal benefício da guarda compartilhada para o convívio familiar, é o amparo para uma maior aproximação dos filhos para com os pais, bem como favorecer o desenvolvimento psicossocial dos menores envolvidos.

Palavras-chave: Pais. Filhos. Guarda compartilhada. Convívio-familiar.

ABSTRACT

This monograph discusses the benefits pointed out by the specialized literature for family coexistence. Highlighting as source study bibliography, which addresses themes related to family living and the custody of children and adolescents, the study describes as general objective, identify the main benefits that shared custody brings family after separation. In the specific goals, for comparison purposes, we will study the other types of custody which will can be chosen after breaking the bond of a couple, for example, alternating custody, sole custody, and finally, the nesting. In addition, will be also understood some points such as alimony, parental alienation and family mediation, citing characteristics and conducts of each item, and finally, we shall find also through research that the modality of shared custody is not always the best option, however, has its many good points that seek good coexistence with the child to the parents separated. We will also see the role of the social worker in the selection process of the custody mode. Several points and conditions will be analyzed after breaking the bond of a couple who already has children, aiming to consider in fact, what will be the most advisable custody model to be used in question, thus seeking, the best for the child after separation from their parents. We concluded that the main benefit of modality of shared custody for family life is the support for further rapprochement of children with parents and promoting the psychosocial development of children involved.

Keywords: Parents. Children. Shared custody. Living-family.

LISTA DE SIGLAS

FATENE – Faculdade Terra Nordeste

DNOCS – Departamento Nacional de Obras Contra as Secas

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

SAP – Síndrome de Alienação Parental

SMF – Serviço de Mediação Familiar

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	O CONVÍVIO FAMILIAR	
2.1	Conceito	12
2.2A	importância de um bom convívio	13
2.3	Relação entre pais e filhos	15
3	A VISÃO DA GUARDA	
3.1	Definição	18
3.2	Tipos de Guarda	20
3.2.1	Guarda Conjunta	21
3.2.1.1	<i>Guarda Alternada</i>	22
3.2.1.2	<i>Guarda Compartilhada</i>	23
3.2.1.3	<i>Guarda Alternada x Guarda Compartilhada</i>	23
3.2.2	Guarda Única ou Exclusiva	24
3.2.3	Aninhamento ou Nidação	26
3.3	A guarda da criança após a separação	26
3.4	Com quem deve ficar os filhos?	28
4	O JUDICIÁRIO NA GUARDA	
4.1	Pensão Alimentícia	31
4.2	Alienação Parental	33
5	A GUARDA COMPARTILHADA E SEUS PRINCÍPIOS	
5.1	Principais definições	35
5.2	Fundamentos essenciais	36
5.3	Benefícios da Guarda Compartilhada	39
5.4	Quando não é possível compartilhar?	41
5.5	Mediação Familiar	43
6	O EXERCÍCIO DO ASSISTENTE SOCIAL NO PROCESSO DA GUARDA	46
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
	REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

Um dos sistemas de normas de conduta, denominado como Direito, foi criado para regular as relações sociais. Dentre um dos seus vários ramos, temos o Direito de Família, que trabalha com diversas normas jurídicas relacionadas principalmente com a proteção, composição e estrutura familiar.

O Direito de Família vem agindo por meio de várias áreas. Dentre elas o casamento, a dissolução do casamento (que apresenta a nulidade e o divórcio), a área dos Estados legais similares (como o concubinato), as áreas de preocupação (que apresenta como exemplos a violência doméstica, abuso infantil e bigamia) e por fim as questões que afetam as crianças (como filiação, tutela e a guarda, que será o tema no qual trabalharemos).

A escolha do tema atribuído a esta monografia, apresentou como justificativa principal, o baixo número de escolhas, entre os casais separados que já possuem filhos, pelo modelo da guarda compartilhada, embora ela seja entre os demais tipos de guarda, a mais aconselhável ao convívio familiar após a separação, dessa maneira, foi buscado esclarecer bem, algumas vantagens para a família ao escolher este modelo de guarda, apresentando, além disso, suas principais definições.

Por essa razão, este trabalho de conclusão de curso terá como objetivo geral, destacar os benefícios da guarda compartilhada para o convívio familiar.

A pesquisa seguirá mais adiante, tendo como objetivos específicos: explicar o conceito da guarda compartilhada, esclarecer o significado de convivência familiar, apresentar as características da mediação familiar, definir a alienação parental, e por fim, apresentar os principais modelos de guarda que poderão ser utilizados após a quebra do vínculo de casais que tem filhos.

Para fins de procedimentos metodológicos, será preciso esclarecer que alguns outros tópicos, além de convívio familiar e da guarda compartilhada, serão também debatidos durante o estudo desta monografia, por serem indissociáveis do tema do presente estudo. Isso será feito mantendo o limite da discussão em sua relação com o objeto de estudo deste trabalho. Além disso, será realizada, uma análise de cada item por meio de pesquisas bibliográficas, dando assim, início ao conhecimento relevante sobre o convívio, principalmente suas definições e demais características.

Logo no início, o trabalho abordará no segundo capítulo o tema do convívio familiar, destacando sua principal conceituação de convivência, proximidade, viver em um mesmo conjunto de forma harmoniosa, além de ser apresentada a importância por um bom convívio, principalmente entre a família e, por fim, a questão da relação entre pais e filhos.

Posteriormente, após as principais definições do convívio familiar, serão destacados e esclarecidos os conceitos da guarda, dentre eles, a ideia de proximidade física, retendo o dever que compete aos pais proteger as crianças, além das demais opções de modelos de guarda, ou seja, a guarda única, a guarda alternada e o aninhamento, e por fim, seguirá a avaliação de com quem deve realmente ficar os filhos após a separação de seus pais.

Após a separação de um casal, diversas questões podem surgir, dentre algumas, destacamos, a separação de bens, pensão e a guarda pelos filhos. Em relação à guarda, alguns problemas vêm ocorrendo, como por exemplo, casos de alienação parental, que vem aparecendo cada vez mais, afetando muito o psicológico da criança envolvida. No entanto, estes casos têm como um dos meios de intervenção a mediação familiar, que será também outro tema desenvolvido no trabalho.

O ponto principal deste trabalho visa apresentar os principais benefícios da guarda compartilhada para o convívio familiar, destacando assim, no quinto capítulo as importantes definições do modelo da guarda compartilhada, entre elas, o compartilhamento dos pais que já estão separados, de todos os direitos e deveres dos filhos, além de aprimorar seus fundamentos e benefícios.

A escolha da guarda compartilhada será vista mesmo como a mais aconselhável. No entanto, poderá ser provado, por meio de vários fundamentos, que nem sempre será possível a sua escolha. Isso faz com que a família procure buscar diversas outras possibilidades para o bem da criança logo após a separação de seus pais.

A contribuição do Assistente Social apresenta muita importância durante o processo de escolha pelo modelo da guarda compartilhada, principalmente pela realização do estudo social e a preparação do parecer técnico no qual ele realiza, com o auxílio de uma equipe especializada, tendo a participação de um psicólogo, exercendo assim todos juntos o conhecimento sobre a vida da criança e seu convívio com os pais separados, tratando assim as demais questões familiares.

As diversas definições dos temas mencionados serão analisadas e estudadas ao decorrer do trabalho. Buscamos por meio de estudos de pesquisas bibliográficas a realização de um texto dissertativo, aderir assim, a um bom resultado e aprimoramento do assunto relacionado em questão.

2 O CONVÍVIO FAMILIAR

2.1 Conceito

O significado da palavra convívio é esclarecido como uma ação de intimidade, conduta em que se pode partilhar, viver diariamente em um mesmo conjunto, apresentando assim, um relacionamento próximo, de maneira harmoniosa e em um mesmo local.

Como é relatado, diante de todo o mundo, somos todos irmãos, filhos do Criador do Universo, gerando assim uma grande família. Com o passar dos anos, foram sendo constituídos pequenos grupos, que juntos possuíam o mesmo laço de sangue ou de parentesco, formando deste modo um convívio familiar.

Mais resumidamente relata Guiliano D'Andrea (2005, p. 37),

O Estatuto adota o termo família no conceito mais amplo possível, como o espaço natural e fundamental para o desenvolvimento integral da criança e do adolescente, garantindo a convivência comunitária e ressaltando a necessidade do menor estar livre de companhia nociva, como a convivência com dependentes de entorpecentes.

O termo família ou etnia apresenta como definição principal a ligação, por meio de matrimônio ou união de fato, entre um homem e uma mulher, ou até mesmo dois homens ou duas mulheres, formando assim uma família tradicional, que ao receberem filhos, formarão eles a família nuclear ou elementar, além de ser vista também, como um conjunto de pessoas que possuem um grau de parentesco entre si, vivendo elas em uma mesma moradia, constituindo assim um lar.

De acordo com Szymanski (1995, p. 25),

Cada família circula num modo particular de emocionar-se criando uma "cultura" familiar própria, com os seus códigos, com uma sintaxe própria para comunicar-se e interpretar comunicações, com suas regras, ritos e jogos.

A família é vista como a célula elementar da sociedade, o círculo em que as crianças aprenderão, principalmente através de seus pais, a viverem em uma ampla coletividade, formando elas suas identidades, podendo assim, amadurecer emocionalmente.

A convivência familiar pode apresentar diversos exemplos, dentre eles, a simples relação entre um pai, a mãe e seus filhos, assim como a família tradicional

com diversos outros parentes, da mesma maneira que os tios, irmãos, avós, netos e cunhados.

Todo ser humano possui características diferentes, ou seja, apresenta uma forma de pensar, sentir, além de uma maneira diferente de ser, embora isso não seja o motivo para que se afaste de sua família, pelo contrário, toda família apresenta momentos de crises, desentendimentos, ajustes e desajustes, no entanto se deve aproveitar a situação para que ocorra um amparo por parte de todos os integrantes que fazem parte da mesma, beneficiando assim o entendimento entre o convívio familiar.

2.2 A importância de um bom convívio

Ao longo de muitas décadas, diversas modificações foram ocorrendo, principalmente no setor revolucionário na vida do ser humano, dentre elas, os avanços tecnológicos que puderam estabelecer um aumento na conquista profissional da mulher, fazendo com que ela entrasse no mercado de trabalho, deixando um pouco de lado a vivência única de atividades domésticas.

A afinidade entre os membros que fazem parte de uma família, nem sempre é algo fácil de ser compreendido. O desenvolvimento da sociedade vem gerando diversos conflitos, podendo, assim, ser dentro e fora de qualquer etnia. Um dos fatores que vem causando as maiores desavenças chega a ser a diferença de idades, que geram as desigualdades de opiniões entre jovens e adultos de um mesmo lar.

Destaca a Psicóloga Flávia Leão Fernandes (...),

Nem sempre é fácil o entendimento entre os membros da família. É compreensível e natural que os jovens e os adultos tenham uma visão de mundo diferente. O conflito entre gerações sempre existiu. Seria surpreendente se um adolescente pensasse como uma pessoa madura. Os jovens têm impulsos de rebeldia quando começam a formar seus próprios valores. Todavia, com o passar dos anos compreendem que os pais tinham razão em muitas coisas com as quais não concordavam no passado.

A harmonia dentro de um ambiente familiar é algo de extrema importância para todos os membros que fazem parte de um lar. Sempre é necessário que todos distribuam afeto, carinho e proteção, principalmente as crianças, não gerando, assim, nenhum conflito ou desacordo, ao contrário, proporcionando um bem-estar a toda unidade familiar.

Mesmo que os pais da criança já estejam separados, todo o amor e carinho em que eles possuem pelos filhos, são vistos como fatores principais em um bom relacionamento familiar.

Toda a maneira de educar uma criança pode garantir no futuro da mesma uma boa aparência, além de atribuí-la cuidados e responsabilidades maiores, apresentando também uma boa importância em relação ao bom relacionamento entre todos os integrantes de uma família.

De acordo com Law Dorothy Nolte e Rachel Harris (2003, p. 98),

O amor é o solo no qual as crianças crescem, a luz do sol que determina a direção para onde se voltam, a água que as alimenta. Elas precisam de amor desde o momento em que nascem – ou melhor antes mesmo de nascerem os recém nascidos são totalmente dependentes de nosso calor, afeto e atenção. Nossos cuidados satisfazem sua sensação de serem queridos e fazerem parte de nossas vidas. Conforme crescem, as crianças continuam a esperar que demonstremos nosso amor por elas. Compreendem melhor esse amor através de nossas atitudes, de nossos gestos de cuidado e carinho. Aceitá-las integralmente é a nascente de onde fluiu nosso amor.

O modelo de guarda compartilhada é caracterizado como um dos exemplos de uma boa convivência familiar após a separação de um casal, principalmente pelo fato, de ambos os pais da criança, poder associar juntos, todas as responsabilidades atribuídas à mesma, além de distribuir, de maneiras iguais, todo o carinho, aproximação, afeto e amor que ela venha a merecer.

Todos nós sabemos que o papel da mãe na criação de uma criança é algo de fundamental importância, principalmente nos primeiros anos de vida, no entanto, a figura paterna também deve ser vista como algo considerável, principalmente, por todo amor em que o pai virá a dar à criança em um contato diário, ou seja, em um relacionamento compartilhado.

Outro fator que venha a evitar desavenças em uma moradia chega a ser a questão da divisão de tarefas domiciliares, que podem ser realizadas, no possível, por todos de uma mesma residência.

Em relação aos conflitos dentro de um lar, um dos exemplos que se destaca bastante é a precária organização afetiva, ou seja, o momento em que os pais buscam participar mais de maneira afetiva da vida de seus filhos, no entanto, isso vem ocorrendo muito pouco, causando uma dificuldade de nem todos procurarem escutar seus filhos, ou até mesmo os irmãos ou o próprio casal que pouco se

comunica, diferente de alguns lares em que os pais não procuram evitar que os filhos escutem suas discussões, podendo causar assim, traumas e tristezas à criança.

Em muitas famílias de classe alta, diversas mães expressam claramente o desejo que possuem em ficar em casa com seus filhos, dedicando o máximo de tempo possível a eles, principalmente se já forem separadas, pois não poderão contar em todos os momentos com a ajuda dos pais. A partir daí, em que a guarda compartilhada é mesmo confirmada como o modelo mais favorável e ideal após a separação do casal, pois apresentará uma aproximação de ambos os pais à criança, tendo, além disso, a divisão de todas as responsabilidades sobre a mesma.

Um dos fatores que se é relatado na escolha judicial sobre o tipo de modelo de guarda na qual será escolhido, é visto em relação à forma de convivência em que o ex-casal apresentou durante o período em que permaneceram juntos, devendo eles principalmente sobre os cuidados em que a criança necessitará após a separação de seus pais.

Será necessário, com o auxílio de várias transformações que vem ocorrendo na atualidade, que a família permaneça em bom convívio, beneficiando a todos que residem em uma mesma moradia, além de gerar possibilidades e fatos constantes que trarão a formação de uma comunidade melhor e mais agradável.

2.3 Relação entre pais e filhos

A família tradicional da sociedade é formada por pai, mãe e filhos, e apresenta um poder familiar que constituiu uma responsabilidade dos genitores para com seus filhos, enquanto os mesmos forem incapazes de assumirem o seu próprio sustento.

Os pais apresentam um papel fundamental na criação de seus filhos, colaborando para um bom desenvolvimento físico, moral e ético da criança, passando além de tudo muito mais segurança à mesma.

O poder familiar é visto como sendo algo indelegável e irrenunciável, no entanto, pode ser confiado não apenas aos pais da criança, ou seja, de acordo com a situação, os inúmeros deveres e direitos sobre a mesma podem ser repassados à outra pessoa que apresente no momento a sua guarda.

De acordo com o Código Civil, artigo 1.634, compete aos pais em relação aos seus filhos:

- I - dirigir-lhes a criação e educação;
- II - tê-los em sua companhia e guarda;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Toda a família deve transmitir em seu convívio muito amor, amizade e respeito entre todos os integrantes que fazem parte dela, principalmente os pais para com seus filhos, garantindo assim uma maior aproximação entre todos.

A educação que um pai repassa a seu filho, não é algo de pouca importância, pelo contrário, a criação de uma criança será vista como um ponto essencial para toda a sociedade, além de garantir um futuro melhor à mesma.

Conforme Silvio Venosa (2004, p. 374),

Cabe aos pais primordialmente, dirigir a criação e a educação dos filhos, para proporcionar-lhes a sobrevivência. Compete aos pais tornar seus filhos úteis à sociedade. A atitude dos pais é fundamental para a formação da criança. Falando com esse dever, o progenitor faltoso submete-se a reprimendas.

A amizade e aproximação entre pais e filhos são qualidades que deverão existir no próprio relacionamento, visto que garantem a família uma maior segurança e proteção aos que convivem em uma mesma residência.

Entre todos os modelos de guarda, a compartilhada será vista e apresentada como a mais aconselhável, principalmente por garantir sempre uma aproximação maior dos filhos para com ambos os pais, mesmo após a separação do casal, contribuindo, assim, com o carinho, afeto, aprendizado e atenção em que a criança irá receber de seus genitores, mesmo estando separados.

Na contemporaneidade, pela falta de tempo, vem ocorrendo constantemente uma indisponibilidade dos pais em lidar com seus filhos, principalmente em dialogar com a criança, chegando assim a causar afastamentos entre os integrantes da família, por isso se deve sempre existir a conversa, que venha a ser realizada entre

duas pessoas, procurando o pai, ou a mãe, um momento e lugar adequado, que não conte com a presença de nenhuma outra pessoa, não expondo assim seu filho.

O mau relacionamento entre os pais e os filhos influencia muito no crescimento e na educação de uma criança, podendo causar problemas para a mesma, principalmente psicológicos.

Relata a Dra. Olga Tessari (...),

Cabe aos pais o papel de educar os filhos. A educação é a condição básica para o convívio social. Educar implica o uso de autoridade para estabelecer limites; dar ordens e proibir o indispensável que possibilite à criança controlar sua impulsividade: toda criança nasce egoísta; ela passa a respeitar o outro através da educação, disciplina, mas, principalmente, pelo exemplo dos pais. As crianças sempre identificam-se com um dos pais, e fazem o que esse adulto faz.

É necessária e ideal a troca de palavras entre uma família, procurando os pais principalmente escutar seus filhos, buscando saber qualquer problema ou situação em que os mesmos estejam passando.

Em diversas situações, alguns pais que permanecem envolvidos em conflitos familiares vêm utilizando seus filhos como objetos de pressão, não pensando assim, no melhor para as crianças.

Pais e filhos se conhecem melhor, principalmente por meio de diálogos, apresentando assim cada um suas devidas opiniões, não visando apenas a escutar a opinião do outro, beneficiando a convivência entre todos os integrantes de uma família, principalmente entre pontos psicológicos e afetivos.

3 A VISÃO DA GUARDA DOS FILHOS

3.1 Definição

De acordo com o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, toda criança deve permanecer com sua família, ligada a seus pais, em situação de convivência.

Conforme Grisard Filho guarda é (2003, p. 49):

[...] locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia os filhos ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E guarda, neste sentido, tanto significa custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais.

Em resumo, a palavra guarda ou efeito de guardar, apresenta vigilância, observância, cuidado, proteção, amparo, administração e defesa de uma pessoa a qualquer dano ou perigo, além de abranger uma idéia de proximidade física, retendo junto a si, o que representa o direito e dever que compete aos pais ou a um dos conjugues de atender e proteger os filhos.

A guarda dos filhos, como muitos autores relatam, não é uma modalidade fácil, principalmente por conta dos inúmeros fatores que surgem em todas as fases de criação.

Para Grisard Filho (2013, p. 73),

No estudo da guarda é inquestionável a prevalência do interesse dos filhos, naturalmente valorizado pelos pais, seus parentes mais próximos. A guarda representa a convivência efetiva e diuturna dos pais com o menor sob o mesmo teto, assistindo-o material, moral e psiquicamente. A vigilância é a outra fase da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos, atenta ao pleno desenvolvimento do menor, nas suas mais variadas feições, sendo proteção, educação, comunicação. A guarda é o mais dinâmico feixe de deveres e prerrogativas dos pais em relação à pessoa dos filhos.

A guarda vem sendo considerada um direito, como de reter o filho no lar, junto a si, de poder garantir uma ordem sobre o mesmo, de tomar conta da sua segurança e saúde, zelar pelos seus cuidados, garantindo sempre o poder familiar, além de poder atribuir a um dever constitucional, que garante assistência aos filhos menores, sempre estando presentes em suas vidas, além de manter comunicação e contato, cumprindo assim o exercício dos deveres de criação, estabelecendo uma preparação da criança à cidadania.

Conforme o Artigo 22 do ECA¹, cabem aos pais a criação de seus filhos, sendo atribuído às necessidades morais e materiais da criança, embora não haja conceituação legal para essas particularidades, o que permita a dar-lhes interpretação ampla, conforme esteja a situação econômica da família.

O ECA¹ apresenta duas modalidades de guarda, sendo elas a definitiva e a provisória. A primeira indica a posse de fato da criança, podendo ser ela cautelar, incidentalmente ou preparatória, nos processos de adoção e tutela. A segunda destina a atender casos mais peculiares, em que exista a falta eventual dos pais ou responsáveis, fora dos casos de tutela ou adoção.

Logo após a quebra do vínculo, serão determinados alguns critérios para que se der a análise final de qual tipo de guarda ou com quem a criança ficará após a separação de seus pais.

Dentre um dos critérios de determinação, um é o interesse do menor, no qual será interpretado pelo próprio juiz, que buscará analisar os benefícios materiais, morais, mentais, espirituais e emocionais da criança, intervindo segundo o princípio de que cada caso é um caso.

De acordo com Ramos (2005, p. 64-65):

[...] com a vigência da Constituição Federal de 1988, a tutela da dignidade, e o princípio que garante a integral proteção às crianças e adolescentes ganharam especial destaque. [...] a criança e o adolescente são sujeitos de direito com prioridade em relação aos demais. Os seus interesses estão acima dos interesses dos pais. É necessário verificar qual situação melhor atenderá ao bem estar da criança e do adolescente.

Outro ponto a ser analisado será a idade e o sexo da criança, no entanto, de acordo com os artigos 325 a 328 do CC² de 1916, esta questão já foi suprimida, tendo como explicação a demanda que foi abordada anteriormente.

Dando continuidade, outro critério será a aproximação entre os irmãos, caso venha a ser mais de uma criança, ou seja, não será aconselhável separá-los, tendo como objetivo principal, manter unido o que ainda resta da família.

A opinião do menor deverá também ser analisada em casos que for possível, sendo natural que os pais busquem sempre o interesse melhor de cada filho, no entanto ocorrem situações, após a quebra do vínculo, que um dos genitores procure

¹ Estatuto da Criança e do Adolescente

² Código Civil

seduzir a vontade dos filhos menores, chegando a cometer casos de alienação parental².

Para encerrar, o comportamento dos pais também vem sendo um dos critérios de determinação da guarda, tendo como análise o estudo da conduta de cada genitor, buscando explorar sempre sua ordem e moral familiar.

Como já foi relatado, no estudo da guarda, o interesses dos filhos vem sendo algo inquestionável. A guarda representa uma convivência efetiva dos pais com o menor sob o mesmo teto, tendo a responsabilidade de atribuir assim todos os direitos e deveres da criança.

3.2 Tipos de Guarda

Um dos principais pontos que serão analisados, após a quebra de um vínculo, é saber se o casal têm ou não filhos, tendo como objetivo principal estudar a devida situação, para que assim determine qual tipo de modelo de guarda será utilizado, já que contém diversas modalidades.

Cada tipo de guarda, por diferente que seja sua forma de seguir, deve sempre ser respeitada por ambos os genitores, para que assim não venha a causar, em nenhum momento, algum mal para a criança, principalmente psicológico.

Um tema de difícil compreensão para as pessoas, causando assim problemas após a separação de um casal, trata da questão da guarda de seus filhos, que deverá ser cada vez mais analisada e estudada, tendo como principal objetivo não prejudicá-los.

Em princípio, afirma Guilherme Calmon (2008, p. 80),

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa.

Dentre os modelos de guarda, as categorias que serão apresentadas, e mais adiante estudadas nos próximos textos, serão a guarda conjunta, que pode ser trabalhada na forma de guarda alternada ou guarda compartilhada, a guarda única

² Tema trabalhado adiante.

ou exclusiva e por fim o aninhamento, além de ser também visto as principais diferenças entre a guarda alternada e a própria guarda compartilhada.

3.2.1 Guarda Conjunta

A guarda conjunta apresenta como principal definição a co-responsabilidade legal de ambos os genitores em relação aos seus filhos, mesmo estando separados, tendo assim como objetivo o melhor para as crianças.

Este modelo apresenta como objetivo manter a estabilidade emocional das crianças, principalmente por mantê-las próximas de ambos os pais, além de ser dividida em duas modalidades, sendo elas a guarda alternada e a guarda compartilhada.

Destaca Denise Comel (2003, p. 175),

Em tese, seria o modelo ideal, a manifestação mais autêntica do poder familiar, exercido por ambos os pais, em igualdade de condições, reflexo da harmonia reinante entre eles. Os dois pais, juntos, sempre presentes e atuantes na vida do filho, somando esforços e assumindo simultaneamente todas as responsabilidades com relação a ele (filho).

Na primeira modalidade, a guarda alternada, existirá uma alternância de casas, ou seja, os pais separados terão um tempo ideal, decidido pelo juiz, podendo ser dias, semanas, meses ou até anos, em que a criança ficará com algum dos genitores, tendo ele a função de cuidar e assumir toda a responsabilidade pelo o menor, já a segunda, a guarda compartilhada, não existirá alternância de casas, ou seja, ambos os pais divorciados participarão de todas as decisões importantes da vida da criança.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 284),

O art. 1583, § 1º, do Código Civil, com a redação dada pela Lei n. 11.698/2008, conceitua a guarda compartilhada com “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

A guarda conjunta vem apresentando, na maioria dos casos, benefícios as famílias, mesmo após a separação do casal, principalmente por saber que as crianças sempre estarão próximas de ambos os pais, em toda a sua criação e desenvolvimento.

3.2.1.1 Guarda Alternada

Tal tipo de guarda, como relata a própria legislação civil, pode em alguns casos não ser considerada positiva, principalmente em relação às mudanças constantes de residências em que a criança ou o adolescente faz, tendo isso como explicação principal de não está sendo muito utilizada, além de ser várias vezes, confundida com a própria guarda compartilhada.

Como esclarecimento principal, a guarda alternada caracteriza-se, após a ruptura da aliança conjugal, de ambos os pais possuírem uma determinada chance de ficarem com seus filhos em períodos alternados e igualmente divididos, tendo como intervalo de escolha dias, semanas, meses ou até anos, isso vindo de acordo com o controle, amplitude e vontade de cada genitor.

Na guarda alternada, o genitor que estiver exercendo a responsabilidade pela criança naquele determinado período, além de adotar todas as suas obrigações, deve também cumprir seus deveres e garantir todos os direitos do menor, assegurando ao outro o direito de visita.

Grisard Filho aponta como vantagens e desvantagens da guarda alternada (2002, p. 106):

A vantagem oferecida por este modelo, é permitir aos filhos manter relações estreitas com os dois pais e evitar que se preocupem com a dissolução da relação com o genitor que não tem a guarda. As desvantagens desses arranjos são o elevado número de mudanças, repetidas separações e reaproximações e a menor uniformidade da vida cotidiana dos filhos, provocando no menor instabilidade emocional e psíquica.

Este modelo de guarda visa, em algumas situações, abalar um pouco o psicológico da criança, principalmente pela possibilidade de, em alguns momentos, existir uma aflição ou ansiedade da mesma na constante mudança entre as moradias de seus genitores, tendo isso como uma das explicações que essa modalidade vem sendo pouco usada na legislação civil.

A guarda alternada vem sendo cada vez mais rara, tendo como intenção principal impedir que os pais utilizem os filhos como objetos de posse naquele determinado período, por isso só vem sendo utilizada em casos especiais, mas que também não afronte o interesse de escolha da criança.

3.2.1.2 Guarda Compartilhada

O modelo da guarda compartilhada foi criado em junho de 2008 por meio da Lei 11.698 e apresenta como característica principal, garantir o compartilhamento de todos os direitos e deveres dos pais, que já estejam separados, em relação aos filhos, além de atribuir na vida dos menores uma aproximação maior de ambos os seus genitores.

Priscila M. P. Corrêa Fonseca, compreende que (2008, p. 7),

Visa tal modalidade de custódia, sem dúvida, uma maior cooperação dos pais no dia-a-dia dos filhos, fazendo com que estes participem, em igualdade de condições, de tarefas e decisões atinentes á prole (acompanhamento dos estudos; condução às atividades escolares, às consultas médicas, às sessões de terapia, festas; escolha dos profissionais que atenderão aos filhos – médicos, terapeutas, professores etc.

Este exemplo de guarda estabelece aos pais uma co-responsabilização igualitária de todas as decisões que serão tomadas em relação aos filhos, não apresentando assim a figura do responsável único.

A guarda compartilhada ou conjunta vem beneficiando de diversas formas a família após a separação do casal, principalmente por diminuir os casos de conflitos que ocorriam constantemente com a quebra do vínculo, além de favorecer a aproximação da criança com seus pais, logo após a separação.

Um dos principais ganhos assegurados pela guarda compartilhada é a garantia à efetividade do poder familiar, principalmente após a ruptura conjugal do casal, confirmando sempre uma aproximação segura de ambos os pais com seus filhos.

Mais adiante, precisamente no quinto capítulo, analisaremos alguns outros princípios da guarda compartilhada, dentre eles, suas principais definições, seus fundamentos essenciais, benefícios em meio familiar e por fim, casos em que não se é possível aderir ao tal modelo.

3.2.1.3 Guarda Alternada e Guarda Compartilhada

A guarda alternada, em algumas situações, vem sendo confundida com a guarda compartilhada. Isso ocorre principalmente pelo fato de existirem tópicos

relacionados à forma de criação e divisão de períodos em que cada genitor ficará com as crianças.

Para a legislação civil, o antigo modelo de guarda alternada não vinha sendo benéfico para todos da família, principalmente as crianças, que em algumas situações, pelo fato de não priorizarem seus interesses, sofriam com a aflição e ansiedade de não estarem próximas a seus pais.

O principal esclarecimento pela guarda alternada é quando o ex-casal divide o direito sobre a criança, não sendo simultaneamente, ou seja, ao mesmo tempo, a autoridade de um termina quando começa a do outro. Já a guarda compartilhada, se diferencia pelo fato dos pais proporem compartilhamento equilibrado de todas as responsabilidades relacionadas ao menor em qualquer período que estiver, ou seja, nesta modalidade de guarda, ambos os genitores deverão exercer de forma conjunta suas autoridades parentais.

Conforme Jorge Augusto Amaral (1997, p. 168),

A guarda alternada caracteriza-se pela alternância de residência dos pais, por certos períodos. Assim, “a guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder parental. No termo do período, os papéis invertem-se”.

Deve se constatar que a modalidade de guarda compartilhada apresenta vantagens em relação à guarda alternada, principalmente na maneira de criação dos filhos, que será sempre realizada por ambos os pais, além de poderem apresentar cuidados conjuntos e incluí-los nas atividades de formação completa da vida da criança ou adolescente.

Em ambos os tipos de guarda, a paternidade e a maternidade devem ser desempenhadas com igualdade, mesmo após a ruptura da união conjugal, pois pai e mãe devem continuar exercendo suas obrigações, garantindo assim, um bem-estar físico e mental para a criança.

3.2.2 Guarda Única ou Exclusiva

Após a separação de um casal que já possui filhos, um dos pontos mais preocupantes a serem resolvidos, é a escolha pelo modelo da guarda que será

utilizada, tendo como intenção uma melhor criação, sustento, formação e bem-estar do menor.

Após a quebra do vínculo, o juiz ficará responsável em estudar o caso e a situação da criança em relação aos seus pais, para que assim decida o modelo da guarda a qual será utilizada, buscando sempre o mais aconselhável, além de atender os melhores interesses do menor.

De acordo com o § 2º do artigo 1.583, do Código Civil:

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

- I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II – saúde e segurança;
- III – educação.

A guarda única irá apresentar como característica principal a proteção da criança a apenas um dos genitores ou a quem o substitua. O possessor assumirá a responsabilidade exclusiva em relação ao menor, principalmente se for necessário decidir algo sobre a vida da criança.

Em relação à guarda única, a lei atribuirá a proteção em favor daquele que reunir as melhores condições para exercê-la, além de oferecer carinho, cuidado, afeto, educação, saúde e segurança, provando assim, que não existe nenhuma preferência na lei que prestigie mãe ou pai como guardador.

Neste modelo, aquele que não deter a guarda do menor, terá o direito de vê-lo por meio de visitas, além de supervisionar os interesses dos filhos, para que assim os mesmos possam ser cuidados por ambos os pais.

Sobre este modelo de guarda, relata Ana Maria Milano (2008, p. 122):

[...] na guarda única, percebe-se com nitidez que nem sempre há a preservação total do exercício do poder familiar para o genitor que não detém a guarda. Em verdade, o genitor que tem a guarda do filho exercerá sua autoridade parental em toda a extensão, por estar de fato vinculado ao filho. O outro sofre o enfraquecimento de seus poderes paternos. Pode-se dizer que, na realidade, os direitos se tornam desiguais, com evidente privação das prerrogativas do genitor não guardião, situação essa que a guarda compartilhada afasta na totalidade, pelo pressuposto de que há efetivamente, a continuidade do exercício do poder familiar para ambos os genitores.

Dentre os modelos de guarda, a guarda única vem sendo considerada como a mais prejudicial à criança, visto que, afasta aos poucos o menor de um de seus

genitores, fazendo com que o mesmo seja criado por apenas um de seus responsáveis.

Outro ponto bastante abordado e visto através da guarda única, vem sendo os casos de alienação parental que ocorrem constantemente, ou seja, momento em que o responsável pela criança naquele determinado momento, chega a treiná-la para romper os laços afetivos com o outro genitor após a separação, podendo assim, causar a criança algum mal, principalmente psicológico.

3.2.3 Aninhamento ou Nidação

Sendo considerada a mais rara dentre as modalidades de guarda reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, o aninhamento ou nidação, trata da situação em que são os pais que trocam de residências, ou seja, visitam os filhos, em períodos alternados e estabelecidos, que residem de forma fixa, em uma terceira moradia com algum outro responsável.

O aninhamento também pode ser muito prejudicial aos menores, principalmente pelo fato dos mesmos não poderem conviver, em todos os momentos, com nenhum de seus genitores, além de serem obrigados a terem suas rotinas alteradas em todos os instantes.

Para concluir, dentre todos os modelos de guarda, o aninhamento ou nidação é considerado o de mais alto custo, principalmente pelo fato de terem que ser sustentadas três moradias, sendo elas, uma a da mãe, outra a do pai e a terceira a do filho.

3.3 A guarda da criança após a separação

Durante a separação de um casal, vários pontos deverão ser analisados para que se possa encerrar por completo o determinado processo, entre eles, o que venha a ser considerado o mais importante, que será então, o tipo de guarda dos filhos.

A partir do momento em que se encerra o processo de separação, o casal deverá avaliar naquele determinado instante, que estão deixando de ser marido e

mulher, mais nunca pai e mãe, por isso a boa convivência entre os genitores nunca poderá deixar de acabar, tendo por motivo essencial à criação de seus filhos.

Embora exista ainda muito pensamento das pessoas, que após a separação de um casal, quem deve na maioria das vezes permanecer com os filhos é a mãe, isso vem diminuindo muito logo após a criação da Guarda Compartilhada, que vem demonstrando ultimamente um bom convívio e uma boa afetividade entre ambos os pais.

A guarda da criança após a separação, com certeza será um ponto bem visto entre todos os casais, buscando sempre avaliar as melhores opções para ela, tanto no modo social como também no psicológico, além de abordar que a companhia sempre de ambos os genitores influencia muito na criação dos filhos, além de poder receber sempre mais carinho e amor por parte de todos da família.

O início do período de aconselhamentos de algumas pessoas pode sempre surgir para ambos os pais. A opinião, como também a ajuda, sempre serão bem vindas em situações como essa, no entanto os responsáveis pela criança devem pensar bem qual será o melhor futuro para a mesma.

Muitas pessoas ainda opinam na opção única, no sentido de que as crianças devem, após a separação dos pais, possuírem apenas uma moradia, tendo como principais causas o risco de chegar a receberem diferentes criações, além de pensarem muitas vezes que geralmente os pais não são capazes de ter um cuidado único para com os filhos, assim como as mães.

Ilan Gorin afirma que (2010, p. 47),

Muitas pessoas ainda acreditam que as crianças, depois que os pais se separam, precisam ter apenas um porto seguro, sob o risco de receberem um tipo de educação muito diferente um do outro no dia a dia. Só que, na prática, isso já acontece, pois num relacionamento, em geral, não é raro uma das partes se submeter mais à outra, por questões psicológicas, emocionais, ou culturais. Por outro lado, após uma separação, quando se esta convivendo metade do tempo com seu filho, é o seu discurso de educação mais autêntico que você passará para ele, sem precisar fazer ajustes prévios nas suas mensagens, como fazia com o ex-cônjuge.

Um bom convívio familiar durante o período juntos, poderá apresentar também uma boa decisão em relação à guarda da criança. A troca das idéias estabelecidas durante o processo será algo bem estudado e assim avaliado através da determinação judicial, além de poder definir, com a ajuda dos pais qual será o melhor tipo de guarda avaliada para o caso.

Após a separação, a guarda da criança, tendo sido estipulada tanto para a mãe, como para o pai, não deverá ser motivo de afastamento por parte de nenhum dos genitores, portanto, a família, estando ou não junta, sempre deverá buscar momentos propícios que proporcionem o melhor para os filhos.

Depois do processo de afastamento, é sempre bom que os filhos criem uma determinada rotina, buscando aproveitar qualquer momento que irá possuir ao lado de ambos os seus genitores, além de poder ocasionar com essa rotina uma boa intimidade.

Dentre os vários tipos de guarda, a guarda compartilhada, para muitos, é considerada a melhor opção, devido principalmente a aproximação que gera da criança a ambos os pais, além de poder estabelecer a mulher, mais tempo em geral, para que assim a mesma possa se dedicar mais ao seu trabalho, seus projetos e se adaptar a sua nova vida pessoal.

3.4 Com quem deve ficar os filhos?

O processo da separação de um casal com filhos vem seguido por várias etapas, pontos e condições, e dentre as principais venha a ser a guarda das crianças, que será bem questionada, estudada e debatida, para que, assim, no final, não prejudique a ninguém da família, principalmente aos menores.

Em relação aos pontos e condições que devem ser abordadas para a devida escolha do modelo da guarda de uma criança, relata Maria Helena (2004, p. 279),

Que melhores condições seriam essas? Econômico-Financeiras? Morais? De saúde, por não ser portador de um mal físico ou psíquico? De afinidade? Retidão de conduta? De manter o mesmo padrão de vida que a criança ou adolescente tinha, antes da separação dos pais? De proporcionar melhor educação ou qualidade de vida?, Permitindo o pleno desenvolvimento, inclusive o emocional da prole? De disponibilidade de tempo para cuidar dos filhos?

Vem sendo questionado que enquanto a família permanece física e afetivamente unida, todos os direitos e deveres dos filhos são compartilhados por ambos os pais, no entanto, após a separação, pontos serão relativamente abordados, para que assim se possa esclarecer devidamente como serão exercidas as funções de pai e mãe em relação às crianças.

Entretanto, na maioria das vezes após a ruptura de um casal, várias desavenças surgem entre ambos, principalmente se já possuem filhos, pois buscam cada um, possuir a proximidade maior para com a criança.

Atribuindo ao objetivo principal da lei, a proteção dos interesses de cada um em uma forma geral e abstrata, o juiz tem por obrigação avaliar individualmente o interesse do menor, principalmente em questões materiais, mentais, morais, emocionais e espirituais da criança, além de ser analisado o princípio de que *cada caso é um caso*, buscando também principalmente o melhor para o futuro da criança, além de confirmar todo o direito em que o mesmo tem em dá a sua opinião.

A partir da revogação dos artigos 325 a 328 do C.C. de 1916, a questão da idade e sexo da criança, foi suprimida dos critérios de determinação da guarda, tendo como um dos principais motivos, o próprio critério anterior, que visa a ser o interesse do menor.

Relata Edgard de Moura Bittencourt (1984, p. 70, 73, respectivamente),

Os pronunciamentos judiciais sobre guarda de menor devem atender a diversos elementos e circunstâncias, que podem ser enfeixados nos seguintes pontos: o interesse da criança, as condições e o comportamento dos pretendentes à guarda e a alterabilidade desta a qualquer tempo, para, mais adiante, afirmar que “não podem ser investidos nem mantidos na guarda do menor o pai, mãe ou terceiro de comportamento irregular e censurável.

Embora seja visto que na infância a criança tende a apresentar uma aproximação maior com a mãe, principalmente através de instintos, pode chegar, entretanto, a surgir vínculos paternos que aumentem a aproximação, o afeto, o carinho da mesma com seu pai, fazendo assim com que ela apresente um desejo maior de permanecer ao lado do pai do que da própria mãe.

Em relação à opinião do menor, a legislação civil silencia quanto à ouvida da criança no período do divórcio, colocando-a até mesmo em uma família substituta. Durante o processo de separação do casal, o juiz busca estabelecer acordos entre os pais, principalmente em relação a seus filhos, tendo como objetivo o mais aconselhável à criança, no entanto, se nada for aceito e ao mesmo tempo for descoberto que algum dos pais vem buscando seduzir as vontades do menor, o juiz procurará conversar com o mesmo, obtendo assim, os melhores interesses em que a criança possui.

Assim que ocorre a quebra do vínculo entre um casal, principalmente aqueles que têm filhos menores, a família fica abatida, por isso nunca venha a ser considerada boa a separação entre os irmãos, pois irá prejudicar ainda mais a afetividade entre os personagens do grupo, podendo até afastar os membros que ainda possuem o grau de parentesco, ou seja, o que ainda resta da família, chegando até a enfraquecer suas solidariedades.

Como já foram apresentados, vários critérios são abordados para se destacar o modelo da guarda no qual será utilizado, dentre eles, o interesse do menor, a idade e o sexo, a irmandade e por fim a opinião do menor.

Entre os critérios, será analisado o último tópico, que visa a ser o comportamento dos pais, ou seja, o juiz buscará analisar diversas condições que envolvem os pais da criança, como a profissão, habitação, renda mensal, como também morais, assim como a retidão de caráter, idoneidade e ambiente social.

Ao final de todo o processo de escolha pelo modelo da guarda, o objetivo em todos os pontos será encontrar o melhor para a criança nas demais circunstâncias, buscando, além disso, que a mesma permaneça apresentando vínculos afetivos com ambos os seus genitores, mesmo após a separação dos mesmos.

4 O JUDICIÁRIO NA GUARDA

4.1 Pensão Alimentícia

Dando início ao assunto, a partir de vários estudos, foi constatado que o crescimento de uma criança deve ser acompanhado de forma correta, para que assim ela possa ter uma vida mais saudável. Um dos pontos mais importantes a ser observado é a alimentação do menor, que em qualquer fase de sua vida deverá ser dada corretamente.

Pode-se afirmar que o Código Civil não se conceituou exatamente o que são os alimentos, garantindo apenas que fazem parte do grupo das necessidades básicas da criança, como por exemplo, a habitação, vestimenta, saúde, higiene, educação, lazer, dentre outros, devendo ser todas atendidas por ambos os responsáveis.

Destaca Silvio de Salvo (2007, p. 337):

O ser humano, desde o nascimento até sua morte, necessita de amparo de seus semelhantes e de bens essenciais ou necessários para a sobrevivência.

Afirmada como certa quantia fixada pelo juiz, a pensão alimentícia tem como interesse fundamental o sustento de cada criança e será calculada de acordo com a conceituação jurídica, além de seguir a necessidade do menor e a capacidade dos responsáveis, tendo como o dever principal de pagar a família do menor, ou seja, dos pais, no entanto na ausência do pai ou da mãe, a obrigação será atendida por algum outro parente mais próximo.

A pensão pode ser exigida a partir da separação do casal, no entanto, não deverá ser incluída no mesmo processo de divórcio.

O valor da pensão definido na justiça, pode em algumas situações ser alterado, ocorrendo na maioria das vezes quando o responsável que possui a guarda da criança pede um aumento, questionando que o que recebe não é o suficiente para o sustento do menor, no entanto, pode também ocorrer, do responsável pelo pagamento da pensão pedir uma diminuição do valor por questões financeiras.

Para que essa quantia seja alterada, o responsável pelo menor deve apresentar provas em que confirmem que realmente ele necessite desse aumento, no entanto se o outro responsável garantir também por meio de provas que não possui condições de solicitar ao aumento, o pedido na justiça será cancelado.

Em relação ao pagamento, o responsável terá a obrigação de realizar até que a criança complete 18 anos, no entanto poderá ser prorrogado até aos 24, caso ela ainda esteja na faculdade. A suspensão da pensão não poderá ocorrer até que a criança melhore, caso esteja doente, e não poderá mais ser cancelada caso for provado que a mesma seja incapaz.

Assegura Diniz (1997, p. 359):

O valor da pensão alimentícia pode sofrer variações quantitativas ou qualitativas, uma vez que é fixada após a verificação das necessidades do alimentando e das condições financeiras do alimentante; assim, se sobrevier mudança na fortuna de quem a paga ou na de quem a recebe, poderá o interessado reclamar do magistrado, provando os motivos de seu pedido, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou agravação dos encargos.

Poderão ocorrer situações em que o outro responsável suma ou simplesmente não queira mais arcar com as despesas do menor, cancelando o pagamento da pensão, no entanto, o mesmo poderá ser preso, se caso for encontrado e a dívida já esteja passando de três parcelas.

As visitas não poderão ser suspensas caso a quantia não esteja sendo paga mensalmente, já que a pensão alimentícia não apresenta nenhuma associação com as visitas estabelecidas ao outro responsável ou ao dinheiro ao qual o responsável principal tenha o direito a receber.

Como já foi constatado, a pensão alimentícia é uma obrigação dos pais da criança, dependendo da situação financeira dos mesmos, a decisão judicial pode tentar recorrer aos avôs ou até a algum outro parente mais próximo, que ficará responsável pelo sustento da mesma.

Todos os gastos que são apresentados entre os filhos, dentro e fora de casa, deverão ser comprovados para que assim sejam divididos pelo casal, além de que, a mulher deve exigir os seus direitos desde o período da gestação, no entanto, a união sendo estável será necessária à confirmação da paternidade por meio de um exame de DNA.

4.2 Alienação parental

A alienação parental, segundo a Lei 12.318, de 2010 é tida como uma violência e pode ser cometida não só pelos pais, mas também por qualquer outro parente, podendo, assim, prejudicar o simples direito de convivência familiar, além de um bom desenvolvimento em que a criança ou o adolescente têm o direito a receber.

Abreviada como SAP, a Síndrome de Alienação Parental foi criada em 1980, pelo psiquiatra infantil Richard Gardner (1931–2003), apresentando como estudos várias experiências familiares, buscando principalmente analisar casos psicológicos que ocorriam com crianças ou adolescentes.

De início, de acordo com Gardner, SAP é (1985, p. 2):

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

Apresentada como a principal definição para a alienação parental, pode se constatar o momento em que o responsável da criança, sendo ele o pai, a mãe, avós ou qualquer outra pessoa, chegar a treiná-la para romper os laços afetivos com o outro genitor por alguma repreensão devido à separação, podendo assim causar para a criança ou adolescente alguma interferência em sua formação, principalmente na questão psicológica.

Dentre os componentes do caso analisado, são apresentados a vítima, que venha a ser a criança ou o adolescente, o alienador, que chega a ser o tutor ou o representante legal da criança e que vem praticando os determinados atos caracterizados como alienação parental e por fim o alienado, que é aquele no qual esteja sendo afetado pela violência.

O crime de alienação parental pode ser cometido em três níveis, sendo eles o leve, que é aquele realizado logo no início do caso, apresentando como alguns exemplos, o momento em que o alienador “esquece” de informar alguns

compromissos da criança para o alienado, como festividades escolares e consultas médicas, o moderado, que é a partir do momento em que ocorre alguma ameaça do alienador para com a vítima, além de táticas utilizadas para se excluir o outro genitor da vida da criança e por fim o caso grave, que acontece quando a criança é privada totalmente de ter algum contato com seu outro genitor, além de poder chegar ao momento de entrar em pânico por conta da situação em que se encontra.

De acordo com Maria Antonieta e Analdino Rodrigues (2008, p. 38),

Os motivos para que o genitor alienador inicie a instalação da síndrome em seus filhos podem ser os mais variados. Alguns podem estar cegos por sua raiva, ou ciumentos ao constatar que seu ex-cônjuge encontra-se em nova relação amorosa. Se ele não tiver também um par, pode sentir que os filhos são as únicas coisas que lhe restam. A sua cólera também pode ser provocada por fatores econômicos que envolvem inveja do genitor 'alienante' em relação à condição do genitor alvo ou ressentimentos por ter perdido as benesses de que usufruía na vigência do casamento, e não propriamente um desatendimento deste às necessidades dos filhos.

Vários exemplos podem ser apresentados em relação à manifestação da alienação parental, dentre os principais são vistos, a campanha de desonra contra o genitor-alvo, afirmações de abandono a criança em relação ao alienado, a apresentação de falsas denúncias contra o outro genitor, avós ou outros familiares, com a intenção de dificultar a convivência da criança para com os mesmos, a mudança de residência, tendo por objetivo dificultar o contato da criança com o outro genitor, dentre outros.

No período do processo judicial, o juiz terá o dever de impor ao alienador algumas sanções, dentre elas poderá ser constatada uma advertência ao mesmo, a estipulação de alguma multa, a ampliação ao regime de convivência em favor do alienado, a determinação de acompanhamento psicológico ou a declaração a suspensão da autoridade parental.

Toda a situação de divergências entre uma família, como por exemplo, o início dos próprios casos de alienação parental, apresenta diversos meios de resolução, tendo como um dos principais, a Mediação Familiar, que também terá sua definição abordada durante o processo do trabalho, além de diversas outras formas que serão procuradas, para que se possa obter assim, uma boa relação de convivência familiar.

5 A GUARDA COMPARTILHADA

5.1 Principais definições

Estando associada ao grupo de exemplos de guarda existentes no Direito de Família, a Guarda Compartilhada, Lei Nº 11.698/2008, propõe o compartilhamento dos pais que já estão separados, de todos os direitos e deveres dos filhos, além de buscarem sempre associar todas as demais responsabilidades relacionadas ao menor.

Determina Grisard Filho (2002, p. 115),

A guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.

A Guarda Compartilhada vem sendo estudada por meio de pesquisas bibliográficas, que foram compreendidas durante todo o processo de formação do projeto, beneficiando a avaliação das suas principais características na área jurídica, além de seus objetivos, suas importâncias e suas principais análises.

De acordo com Quintas (2009, p. 112),

(...) a guarda compartilhada é determinada pelo Código Civil, sempre que houver acordo entre os pais, decidindo anteriormente, questões relativas à vida do filho, ou seja, exige-se uma estipulação de “critérios de razoabilidade”, para que se mantenham as condições que vigoravam na constância da união do casal. Caso não haja acordo, deve o tribunal, fundamentando sua decisão, determinar que o poder parental será exercido unicamente por um dos pais.

Além dos seus principais atributos, no decorrer da pesquisa também foram analisados os principais benefícios em que essa opção de guarda vem gerando, tanto para a vida dos pais como também para a dos filhos, trazendo assim uma boa convivência familiar em geral.

Embora venha sendo apresentada como a melhor opção de tipo de modelo de guarda para a família após a separação dos pais, principalmente para os filhos, a Guarda Compartilhada poderá em algumas situações não ser a utilizada e isso devido a vários motivos e que serão alguns apresentados em um dos tópicos mais adiante.

No nosso país, a Guarda Compartilhada visa ser claramente determinada como a modalidade preferencial de tipo de guarda aplicada pelo poder judiciário, visando sempre buscar os principais benefícios que acarretam para toda a família, mesmo que os pais estejam separados, além de procurar sempre como objetivo principal, o melhor para o desenvolvimento e para a formação de cada criança.

5.2 Fundamentos essenciais

Essa monografia apresenta como tema os benefícios da Guarda Compartilhada para o Convívio Familiar, que pode ser vista como um acompanhamento maduro e seguro entre os pais separados, buscando o melhor para o sustento de seus filhos, principalmente em relação a sua saúde, sua educação e sua moradia.

Grisard Filho aborda mais detalhadamente que (2002, p. 79),

Na guarda compartilhada, o filho terá dois lares, circulando livremente, e seu domicílio necessário será o do genitor com quem convive, lugar em que habitualmente exerce seus direitos e deveres.

Tendo em vista que na compreensão e realização do estudo social nos processos relacionados à área da infância, juventude e família, deve existir sempre a necessidade do reconhecimento das situações diante da complexidade das relações sociais.

Com tudo isso, o estudo social apresenta-se como possibilidade para estabelecer aproximações que evidenciam o modo de vida de determinado grupo familiar, com suas características socioculturais, econômicas, interações pessoais e comunitárias.

A questão da guarda da criança é apresentada como um dos principais problemas que surgem após a separação do casal, fazendo com que dê início, naquele determinado período, um devido equilíbrio emocional entre todos daquela família.

Após o final do relacionamento, o casal deverá ter sempre a calma e paciência para saber discutir como será a partir daquele determinado instante a relação de cada um com a criança, fazendo com que em nenhum momento prejudique a criação da mesma.

Tais modelos, dentre eles a guarda única e exclusiva, costumam privilegiar principalmente a mãe na maioria dos casos, podendo assim prejudicar aos filhos, tanto de ordem emocional quanto social no seu desenvolvimento.

Hoje não é incomum que uma criança permaneça no período da manhã em sua residência, à tarde na escola e veja o pai ou a mãe apenas de noite. Isto vem sendo prejudicial para a formação do menor.

Por De Plácido e Silva, no vocabulário jurídico, a guarda trata-se de (1997, p. 336),

Locução indicativa seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na Lei Civil. E guarda, neste sentido, tanto significa custódia como proteção que é devida aos filhos pelos pais.

A Lei Nº 11.698/08, criada em 13 de junho de 2008, tem como características a apresentação da Guarda Compartilhada, e apresenta como objetivos resolver os principais problemas que aparecem logo após a separação de casais que possuem filhos, dentre eles, o sustento da criança, seu local de moradia, sua educação e sua saúde.

A criança precisa sempre possuir vínculos com os dois genitores e não com a casa onde reside, já que, como destaca a Lei 11.698, que tem como tema a Guarda Compartilhada, os filhos terão que passar um período em uma residência e outro período, em outra.

Além de toda a ajuda em que a família irá necessitar solicitar para as crianças, principalmente nas áreas da educação, saúde e moradia, existe também no processo relacionado, a solicitação da assistência material, visando prestar um maior acompanhamento ao menor, principalmente em relação a sua alimentação.

Em muitos casos de separação, uma das principais formas de ajuda que surge através da solicitação judicial é a pensão alimentícia, que tem por objetivos, gerar um maior sustento material para a criança.

O valor que é atribuído na determinada pensão, é devidamente calculado através dos gastos da criança e a possibilidade do genitor de arcar com a devida necessidade, tendo em vista que o certo é fazer um breve levantamento de tudo e no final dividir entre ambos os genitores.

Embora a Guarda Compartilhada se apresente como a melhor opção no final de todo o processo, vale ressaltar que a análise do problema deve ser vista

individualmente, ou seja, cada caso pode apresentar características diferentes, assim deve-se, ao decorrer de todo o caso ser avaliada a situação de toda a família em geral, principalmente da criança, que deve ser escutada para que no final saibamos o que realmente ela necessita e preferi para sua convivência.

Como resume Denise Perissini (2009, p. 111),

A guarda compartilhada consiste em uma modalidade de guarda que estabelece uma co-responsabilização igualitária e conjunta de ambos os pais nas decisões importantes acerca dos filhos comuns. Nela, não há a figura de um guardião único e o não guardião secundário e periférico; não há divisões rígidas de papéis [...] mas sim o compartilhamento de tarefas referentes à manutenção e cuidado com os filhos menores; nenhuma atitude poderá ser tomada sem o conhecimento e o consentimento do outro pai/mãe; ambos se tornam cientes dos acontecimentos escolares, médicos e sociais dos filhos comuns.

O principal objetivo da Guarda Compartilhada é sempre preservar o máximo possível à relação amorosa da criança com ambos os seus genitores, além de assegurar a mesma seus principais interesses, protegendo-a e garantindo-a uma estabilidade emocional segura, fazendo com que no final de tudo ela nunca se afaste de seus pais, embora estejam separados.

Apresenta também como objetivos, sempre guardar principalmente o interesse do menor, trazendo por fim uma maior proteção e um desenvolvimento mais apto para a criança, além de buscar sempre ampliar suas relações sociais com toda a sociedade, atribuindo principalmente uma completa formação sócio-psicológica, afetiva e educacional do menor cuja guarda se manifesta.

A atribuição deste processo pode também ser reformulada para a divisão de todas as atividades diárias do filho tanto para o pai como para a mãe, já que a criança a partir daquele determinado período possuía duas residências, isso tudo a ser abrangido através de um acordo vindo do próprio casal.

A Guarda Compartilhada pode ser vista como uma melhoria à convivência, mais isso só chega realmente a acontecer com a ajuda do casal, ou seja, se todas as responsabilidades e obrigações que surgem em relação à criança forem nitidamente divididas entre ambos.

Entre várias vantagens que surgiram através da Guarda Compartilhada, a principal foi à diminuição de problemas relacionados à regulamentação de visitas, ou até mesmo o afastamento daquele genitor que não conseguiu a guarda da criança,

isso diminuiu pelo fato de ser atribuído um tempo exato de visitas para cada um, fazendo com que a partir daí ocorra sempre um entendimento em relação aos seus devidos filhos.

Para Grisard Filho várias vantagens foram abordadas por meio da Guarda Compartilhada, entre elas (2003, p. 175):

[...] além de mantê-los guardadores e lhes proporcionar a tomada de decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, privilegiando a continuidade das relações entre cada um deles e seus filhos, minimiza o conflito parental, diminui os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar dos seus filhos, ajuda-os a atingir os objetivos de trabalharem em prol dos melhores interesses morais e materiais da prole. Compartilhar o cuidado aos filhos significa conceder aos pais mais espaço para suas outras atividades.

A forma de criação pode ser considerada como a base de tudo na formação de uma criança, o modo em que ela vive, se alimenta, estuda, pois devemos sempre analisar que o desenvolvimento e avanço de toda a nossa sociedade depende muito dos jovens de hoje, pois são eles que participarão do futuro de amanhã.

A análise que devemos sempre observar, não é o período em que a criança passa com cada genitor, mais sim o carinho, o afeto e o amor que ela receberá de ambas as partes, além de que os pais sempre devem saber ter breves diálogos e solicitar mais compreensão com seus filhos em todos os momentos.

Constatamos, durante todo o processo de elaboração deste trabalho, que o que importa é a devida criação e o máximo de carinho que ela receberá de ambos os seus genitores, sendo assim conseguirá se aprimorar de uma vida mais saudável, feliz, repassando assim, tudo o que ela pode receber aos seus futuros filhos.

Devemos saber quais questões e causas são melhores para o desenvolvimento do menor em nossa sociedade. Não basta apenas falar que pelo fato da criança estar com sua mãe, ela será bem criada, terá um sustento melhor ou um ensino de qualidade. Temos que analisar o que ocorre no geral, ou seja, quais são as melhores opções para ela e principalmente seus maiores gostos e escolhas.

5.3 Benefícios da Guarda Compartilhada

Existem fortes correntes para a melhor escolha do modelo da guarda, nos campos de Psicologia, Psicanálise, Sociologia e, como não poderia deixar de ser, do

Direito, de modo que, em muitos países a Guarda Compartilhada já é comumente aplicada, e concebida como a melhor forma de manter mais íntegros os laços decorrentes da relação parental.

Para Rodrigues (1995, p. 344),

guarda é tanto um dever como um direito dos pais: dever, pois cabe aos pais criarem e guardarem o filho, sob pena de abandono; direito, no sentido de ser indispensável a guarda para que possa ser exercida a vigilância, eis que o genitor é civilmente responsável pelos atos do filho.

A escolha pela opção da Guarda Compartilhada, após a separação de um casal que já possuem filhos, visa apresentar como a mais adequada para a família em geral, principalmente para as crianças, que estarão sempre próximas de ambos os seus genitores, além de poder apresentar, por meio de vários benefícios a um bom convívio familiar.

Após a separação, em todos os casos relacionados, a questão deverá sempre ser bem analisada, incluindo-se todos os interessados, de modo que se chegue à devida solução que mais beneficie ao menor, contemplando também a seus pais, a fim de que nenhum deles se descuide da criação e educação de seus filhos, como era assim antes do rompimento.

A formação da criança não pode ser realizada simplesmente apenas por um dos genitores, como acontecia ultimamente na maioria das vezes logo após a separação do casal, mais sim por ambos ao mesmo tempo, concedendo a ela toda alegria, paz e amor.

Alguns exemplos podem fazer com que se chegue à devida conclusão que nem sempre a atribuição da guarda apenas à mãe atende melhor ao sustento da criança, principalmente em relação ao apoio que ela poderá deixar de receber, tanto na educação, como na moradia e criação, comprovando assim que a Guarda Compartilhada concede a melhor aproximação dos pais mesmo estando separados.

Foi constatado durante o trabalho, o aumento no número de casamentos realizados por ano no Brasil, no entanto foi registrado também, o crescimento no número de separações, principalmente entre casais que já possuem filhos, tendo como motivo maior a mudança na atuação de toda sociedade brasileira em geral.

O novo entendimento de guarda estabelece a ambos os pais, períodos de tempos iguais com os filhos, além de poder ser concluído que a partir da quebra do vínculo o casal passa a ser ex-marido e ex-mulher, mais nunca ex-pai e ex-mãe.

A guarda compartilhada determina que pai e mãe possuem os mesmos direitos e deveres em relação à criação dos filhos, tendo assim, a oportunidade de estabelecerem juntos todas as decisões sobre a vida da criança, principalmente em relação à educação, saúde, lazer e assim por diante, além de poder atribuir a mesma a aproximação de ambos os seus genitores em todos os momentos em que ela precisar, garantindo assim um bom desenvolvimento.

Para Grisard Filho, em relação a vantagens (2013, p. 227),

A guarda compartilhada fez um corte epistemológico nos sistemas então vigentes – guarda única, guarda alternada, guarda dividida -, para privilegiar a continuidade da relação da criança com seus dois genitores após o divórcio, responsabilizando a ambos nos cuidados cotidianos relativos à educação e à criação do menor. Aqueles modelos não atendem a essas expectativas e exigências. Na mão inversa, assegura aos filhos o direito a ter dois pais, de forma contínua em suas vidas, sem alteração: fica mantida a ligação emocional com seus dois genitores.

Mesmo com a separação do casal, a guarda compartilhada dispõe a aproximação da criança com seus pais, podendo assim conviver com ambos, trazendo para ela, como principal benefício, um bom desenvolvimento na sua criação, além da mesma poder usufruir de um espaço próprio em ambas as residências.

Um dos principais benefícios que são gerados após a escolha pela opção da guarda compartilhada, vem sendo o final dos desentendimentos que vinham ocorrendo em relação à regulamentação das visitas ou até mesmo do afastamento daquele pai ou mãe que não conseguiu a determinada guarda da criança, além de impedir a mesma que permaneça um período em cada casa, recebendo criações alternadas.

Como entendimento, a obrigação do pai não está apenas em pagar uma determinada quantia em alimentos ou simplesmente na realização das visitas agendadas, mais sim na aproximação que sempre deve existir dos pais para com seus filhos.

5.4 Quando não é possível compartilhar?

A guarda compartilhada é classificada como uma modalidade de guarda em que ambos os pais compartilham todos os direitos e deveres dos filhos, pensando

sempre no bem-estar do menor, além de participarem de todas as atividades e decisões da criança.

Após a separação de um casal que já apresenta filhos, um dos pontos mais importantes a serem analisados, será a escolha pelo tipo de guarda a qual será instituída, no entanto, deverá sempre ser bem estudado e analisado todo o caso em geral, desde o conhecimento do casal, o nascimento da criança, até a quebra do vínculo.

A guarda compartilhada, desde a sua criação por meio da Lei 11.698/08, dentre as modalidades de guarda, vem sendo vista como a mais aconselhável e beneficiável, principalmente por assegurar a toda família, mesmo após a separação do casal, uma aproximação maior de ambos os pais com seus filhos, garantindo assim uma melhor criação, formação e bem-estar para as crianças.

Embora venha sendo apresentado como o modelo mais aconselhável, após a separação, a guarda compartilhada em algumas situações não poderá ser instituída, ou seja, em diversos casos, ocorrerá a escolha por outras modalidades de guarda, dentre elas, a guarda alternada, a guarda única ou exclusiva e por fim o aninhamento ou nidificação.

Dentre um dos pontos a serem vistos, que vem desaconselhando a escolha pela modalidade da guarda compartilhada, vem incluso no histórico da família, ou seja, o juiz deverá analisar e estudar todo o passado da família, buscando descobrir se a família está ou não impregnada de uma grande violência.

A existência de algum conflito bastante intenso no período da separação, gerando até um medo intenso, sendo ele físico ou psicológico, de algum dos progenitores a o outro progenitor, também pode impedir a escolha por essa modalidade de guarda.

Outro impedimento que poderá ocorrer, será a existência de alguma ansiedade em um dos progenitores, que irá advir por meio da forma em que o outro progenitor irá lidar com a criança.

Depois da separação do casal, sempre será necessário pensar no melhor para os filhos, ou seja, tudo que irá conceder de bom para as crianças, principalmente nos casos da educação, sustento e moradia do menor, além de ser analisado como um dos pontos mais importantes à saúde, por isso, na maioria das vezes a guarda compartilhada não é muito aconselhável quando existe alguma

patologia grave na família, buscando assim a escolha ser aquela que no qual não venha a causar nenhum mal à criança.

Em casos de descuido grave por parte de algum dos genitores, a modalidade da guarda compartilhada poderá também não ser a definida, principalmente por ter sempre a segurança da criança como outro ponto de bastante importância na criação da mesma.

A presença de ambos os pais, mesmo estando separados, na formação da criança é algo de bastante importância para a mesma, podendo ela ganhar assim muito mais carinho, afeto e amor, assim como, a ausência prolongada por parte de algum dos cônjuges pode também impedir a escolha pela modalidade da guarda compartilhada, além de chegar a prejudicar de alguma forma a própria criança.

Casos de diferença de poder entre os cônjuges ou até dependência de um deles em relação ao outro, pode também chegar a gerar a não escolha por esta tal modalidade, fazendo assim com que a criança chegue a morar apenas com um dos pais, deixando o outro apenas com o direito de visitas.

Em casos de haver oposição por parte dos cônjuges, a escolha pela guarda compartilhada também fica difícil de ser aplicada, pensando assim sempre no melhor para a criança.

5.5 Mediação Familiar

Apresentada como uma opção credível à via litigiosa, a Mediação Familiar ocorre na maioria das vezes no período do divórcio, em que o casal procura, ele mesmo, encontrar meios e alternativas que facilitem alcançar um acordo familiar justo, completando assim, os interesses de todos da família, sobretudo os das crianças.

Muitas vezes, após o divórcio, vários casais entram em período de conflito familiar, causando diversos problemas não só para os pais, mais também para os filhos, chegando a um ponto em que a opção de recorrer a um juiz para tomarem suas determinadas decisões tenha que ser utilizada.

Vista da mesma forma como abordagem jurídica e também como alternativa ao sistema judiciário para a resolução de conflitos, a mediação diz respeito ao poder dos indivíduos de tomar suas próprias decisões sem que precisem solicitar um

terceiro que decida por eles, e pode ser pedida tanto por iniciativa do magistrado, como também das próprias partes.

Diversos casos são atendidos pelo Serviço de Mediação Familiar – SMF, dentre eles questões familiares relacionados à separação, ao divórcio, à pensão alimentícia, à guarda, à regulamentação de visitas, investigação de paternidade, dentre outras.

Destaca Petrônio Calmon (2007, p. 121s),

A mediação tem como vantagens principais o fato de ser rápida, confidencial, econômica, justa e produtiva. O tempo normalmente gasto em um procedimento de mediação é muito reduzido, sobretudo se comparado ao tempo do processo judicial. Grande parte dos casos é resolvida em uma só audiência, que pode demorar uma ou duas horas. Todavia, pode requerer sessões adicionais, sobretudo para que os envolvidos sejam ouvidos em separado pelo mediador e para que possam consultar parentes, amigos ou sócios sobre eventual proposta em discussão. A confidencialidade da mediação é umas de suas características mais importantes, constituindo-se no maior dever do mediador, que nunca poderá revelar o que se passou nas audiências. O custo da mediação é em muito inferior ao custo do processo judicial. Além de dispensar advogados (mas não se proíbe que os envolvidos sejam assistidos), o serviço do mediador dispensa maiores estruturas, bastando-lhe uma sala e uma secretária. Diz-se que a mediação é justa porque a solução do conflito é auto compositiva, o que proporciona maior alcance da almejada pacificação social.

Toda a fase do processo de mediação entre um casal pode apresentar como equipe de atendimento, assistentes sociais, advogados, psicólogos, pedagogos e estagiários das respectivas áreas e pode vim a ocorrer em três períodos, sendo eles, antes do processo judiciário, na fase judicial propriamente dita e por fim na fase pós-judicial.

No próximo capítulo, será visto mais detalhadamente, a contribuição do Assistente Social durante todo o processo de escolha pelo modelo da guarda, dentre suas obrigações as suas devidas funções.

Para Quintas (2009, p. 99),

(...) a mediação favorece um acordo de guarda compartilhada mais sólido, baseado no verdadeiro interesse das partes. Apresenta uma nítida visão aos pais da importância e responsabilidade destes na vida de seus filhos, o que é fundamental, já que a opção da guarda compartilhada deve partir dos pais e exige um bom relacionamento entre eles.

Antes do processo judiciário, o casal pode recorrer a um mediador anteriormente ao divórcio, requerendo um acordo justo e equilibrado, e logo em

seguida, o acordo será encaminhado à Conservatória para que seja homologado por sentença.

A mediação é destinada para casos de divórcio, separação judicial ou de fato, anulação do casamento ou declaração de nulidade, e apresenta como resolução para diversos casos, à regulação ao Exercício de Responsabilidade Parental, a fixação de alimentos, a atribuição da casa morada de família e por fim a partilha de bens.

Para concluir os períodos da mediação, a fase pós-judicial ocorre sempre que a família tenha a necessidade de um novo acordo, tendo por motivo o ressurgimento de um novo conflito.

O número de sessões de Mediação para alcançar o entendimento entre os conflitantes varia muito de acordo com cada caso, no entanto geralmente em conflitos de cunho familiar, existe a necessidade de mais de um encontro, podendo assim evitar acordos precipitados e mal resolvidos.

Para a professora Lilia Maia de Moraes Sales (2004, p.40),

Representa uma auto composição assistida, o processo pelo qual uma terceira pessoa facilita a comunicação, entre as partes, almejando a solução e a prevenção de conflitos. O mediador é quem oferece, através de seus métodos próprios maior possibilidade de solução satisfatória de conflitos.

A companhia de um advogado durante o período do processo pode trazer aos clientes diversos benefícios, entre eles o auxílio no entendimento de cada lei e ao requerimento de toda documentação necessária, além de poder constatar que logo após a homologação judicial, a Mediação terá valor legal.

Para o mediador, a tarefa mais complexa que é executada, é a procura por uma solução que seja mais benéfica e favorável, principalmente para as crianças, podendo ser explicado que logo após o divórcio, a união conjugal acaba mais nunca se dá ao fim a responsabilidade parental.

O SMF é disponível nos Fóruns de Justiça e acessível a toda a população em geral, que buscam agilidade, menor custo e menor burocracia processual, além de poder dá aos envolvidos oportunidades de encontrar, por si mesmos, as melhores alternativas para resolverem seus problemas sem a necessidade da ajuda de um terceiro.

6 O EXERCÍCIO DO ASSISTENTE SOCIAL NO PROCESSO DA GUARDA

A principal definição do campo sócio jurídico diz respeito ao conjunto de áreas em que a atividade do Serviço Social articula-se a ações de natureza jurídica, assim como o sistema penitenciário, o sistema de segurança e por fim o sistema de proteção e acolhimento como abrigos, internatos e conselho de direitos.

José Paulo Netto afirma que (2006, p. 144),

Os projetos profissionais apresentam a auto-imagem de uma profissão, elegem os valores que a legitimam socialmente, delimitam e priorizam seus objetivos e funções, formulam os requisitos (teóricos, práticos e institucionais) para o seu exercício, prescrevem normas para o comportamento dos profissionais e estabelecem as bases das suas relações com os usuários de seus serviços, com as outras profissões e com as organizações e instituições privadas e públicas (inclusive o Estado, a quem cabe o reconhecimento jurídico dos estatutos profissionais).

O meio profissional da área assistencial, vem sendo também aplicada como uma área de trabalho especializada, em que atua conforme as manifestações da questão social, em sua interseção com o Direito e a Justiça na sociedade.

A realização do estudo social e a preparação do parecer técnico, sempre foram reconhecidas como atividades que marcaram o exercício do Assistente Social na área Jurídica.

Constatando o Art. 161 da Lei nº 8.069,

Art. 161. Não sendo contestado o pedido, a autoridade judiciária dará vista dos autos do Ministério Público, por cinco dias, salvo quando este for o requerente, decidindo em igual prazo.

§ 1º. Havendo necessidade, a autoridade judiciária poderá determinar a realização de estudo social ou perícia por equipe interprofissional, bem como a oitiva de testemunhas.

§ 2º. Se o pedido importar em modificação de guarda, será obrigatória, desde que possível e razoável, a oitiva da criança ou adolescente.

Analisando todo o processo realizado durante o estudo monográfico, foi comprovada a importância da utilização do estudo social emitido ao decorrer do processo de escolha pelo modelo da guarda, estudo esse, realizado pelo profissional da área de Serviço Social.

Logo no início do processo, a presença do Assistente Social é considerada de ligeira importância, pois ele terá a obrigação de elaborar, junto a outros profissionais, assim como o Psicólogo, relatórios sociais que facilitarão a decisão final do juiz por qual modelo de guarda será atribuída à família após a separação do casal.

Durante todo o processo de análise, o Assistente Social deverá exercer suas devidas funções de maneira segura, procurando constantemente tomar muito cuidado, e ter sempre em mãos o Código de Ética, o ECA, assim como outras legislações que facilitem a retirada de qualquer dúvida que aparecerá.

Conforme lamamoto (2001, p.49),

Exige-se um profissional qualificado, que reforce e amplie a sua competência crítica; não só executivo, mas que pensa, analisa, pesquisa e decifra a realidade [...] um profissional criativo e inventivo, capaz de entender o "tempo presente, os homens presentes, a vida presente" e nela atuar, contribuindo, também, para moldar os rumos de sua história.

Conforme aborda o Art. 161, parágrafo 2º do ECA, quando possível, sempre será bom ser ouvida a opinião da criança ou adolescente em relação à decisão de sua guarda, para que assim possa beneficiar na escolha de tal modelo em que será implantado, e é aí que entra o assistente social junto ao psicólogo, que serão os responsáveis por escutar a criança, tendo a precaução e o cuidado principalmente de não intimidá-la.

O processo da guarda de uma criança vem sendo constantemente um dos acontecimentos mais difíceis de serem resolvidos no ramo do Direito Familiar. O procedimento conta com uma equipe especializada, tendo a participação principalmente de um Assistente Social e do Psicólogo, que exercem juntos uma função de conhecimento mais ativo e amplo da vida da criança e de sua família, buscando assim aderir a uma avaliação que possa emitir um posicionamento sobre as tais questões familiares.

Destaca Flávia de Novaes (2001, p. 46 e 47),

Enquanto o Serviço Social tem sua abordagem voltada para a esfera consciente das pessoas, a Psicologia dedica-se com maior ênfase à instância do inconsciente. Apesar da diversidade do enfoque dos diferentes objetos de trabalho as questões que permeiam as práticas dos psicólogos e dos assistentes sociais envolvem todo esse universo. No trabalho com as pessoas, não há como desconsiderar o inconsciente, tampouco seu comportamento, seu meio familiar, seu trabalho, suas relações interpessoais e tantos outros aspectos, que tornam o ser humano inacabado, incompleto.

Durante o seguimento da guarda, o estudo social elaborado pelo profissional da área de Serviço Social, tem como principal objetivo apontar quem da família possui as melhores condições para exercer a guarda da criança, além de apresentar sempre os principais interesses dos mesmos.

O Assistente Social tem por obrigação e dever, oferecer suporte a toda a família durante o processo de separação e escolha do modelo da guarda, além de beneficiar com seus entendimentos e conclusões sobre toda a situação que vem sendo abordada em questão.

Durante o período de Estudo Social, o Assistente Social deve ter o compromisso de se aproximar da vida pessoal tanto da família dos filhos, como também dos mesmos, levando em consideração toda a sua criação, moradia, saúde, entre outros casos que sempre influenciam, buscando conhecer bem o seu histórico, principalmente antes mesmo da separação de seus pais.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo o processo de formação deste estudo monográfico visou apresentar os principais benefícios da guarda compartilhada para o convívio familiar, que foram analisados pela formação de textos elaborados como meios de resolução aos problemas que vem surgindo atualmente em diversas famílias de várias classes sociais.

Foi realizado o desenvolvimento e a apresentação da Lei N° 11.698/08 que tem como questão a Guarda Compartilhada da Criança e do Adolescente em um novo regime, no entanto, por ser ainda nova, possui uma pequena penetração no Brasil, além de trazer consigo inúmeras contrariedades quanto ao seu entendimento, suas vantagens e sua aplicabilidade.

A guarda compartilhada, tema abrangido ao decorrer de todo o processo científico, foi devidamente avaliada e analisada, tendo por conclusões sua devida importância para o bem-estar de muitas crianças e adolescentes que sofrem após a separação de seus pais, além de ser o principal critério utilizado imediatamente logo após o devido procedimento.

Na sociedade ocorrem mudanças em todos os setores, entre eles, nas elaborações de nossas leis. A criação da Lei N° 11.698/08, não aconteceu há muito tempo, embora tenha sido praticamente substituída pela lei que abrangia a guarda unilateral, em que concedia a guarda da criança somente a mãe, especialmente na fase da idade.

O estudo de diversos casos, dentre eles a guarda dos filhos, ocorre em várias famílias após a separação de um casal, além de alguns episódios como a alienação parental e a mediação familiar, foram também, averiguados e estudados durante o processo de conclusão de curso e confirmados tanto, os aumentos nos números, como também em algumas situações, na gravidade.

Além do estudo mais aprofundado da guarda compartilhada, entre seus principais benefícios e suas diversas aptidões, foram analisados também, os demais modelos de guarda existentes no Direito de Família, dentre eles a guarda alternada, a guarda única ou exclusiva e por fim o aninhamento ou nidação, que tiveram da mesma forma suas características abordadas.

Outro assunto avaliado na elaboração deste estudo monográfico foi o determinado instante em que a pensão alimentícia é utilizada, vendo que tem por

principais objetivos garantir a criança ou ao adolescente seu sustento, além de ser devidamente calculada de acordo com a necessidade do menor e a devida possibilidade em que cada genitor possa vim a arcar com os gastos do mesmo.

A decisão atribuída por ordem judicial deverá sempre caber ao bem de toda a família em geral, principalmente a criança, fazendo com que a partir daquele determinado período ela possa usufruir de uma vida mais tranqüila, trazendo a ela mais saúde, educação, moradia e principalmente mais amor.

A guarda compartilhada, como foi mencionado e confirmado no projeto, vem sendo considerada a melhor opção do modelo de guarda para uma criança, veio sendo apresentada por diversas características, benefícios, objetivos e, por fim, análises, no entanto foram também exibidas situações em que a opção da mesma não poderá ser utilizada, devido a fatos e situações que podem vim a ocorrer na própria família.

A análise da situação da família após a separação do casal deve sempre ser realizada de forma íntegra, buscando constantemente com o auxílio das áreas psicológica, assistencial, sociológica e principalmente a do direito, encontrarem os principais meios que beneficiarão a vida da criança após o afastamento de ambos os seus genitores.

Diversos pontos e condições, como foram apresentados, serão analisados após a separação do casal, para que assim possa se concluir, qual será o determinado modelo a ser utilizado, como também argumentos que visam a ser questionados em favor principalmente da criança.

Embora a decisão do tipo de guarda venha por meio da justiça, foi apresentada também a devida averiguação que a qualquer momento, o modelo possa ser modificado, isso por meio de pedido de qualquer um dos genitores, dos filhos ou até mesmo do próprio juiz.

Cada casal, após a sua separação, deve constantemente buscar o seu ideal, procurando sempre o bem-estar da criança, além de estudar, por meio de todos os fatos e acontecimentos da família, qual a opção de guarda que venha a ser a melhor para o futuro, principalmente o dos filhos.

A partir de todo o estudo, foi anunciada, por meio principalmente das considerações finais, que toda criança e adolescente necessita da companhia de ambos os seus genitores, de preferência para ter uma formação mais saudável, pois cabe aos responsáveis, saber manter o menor em uma ampla sociedade com

solidariedade, além de sempre lembrar que o casamento acaba mais será sempre eterna a relação entre pais e filhos.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Do casamento ao divórcio**. Lisboa: Cosmos, 1997.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Guarda de filhos**. São Paulo: Universitária do Direito, 1984.
- CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- COSTA, Flávia de Novaes. O serviço social e a interdisciplinaridade. In: SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. **O Serviço Social no Poder Judiciário de Santa Catarina: construindo indicativos**. Florianópolis: Divisão de Artes Gráficas, 2001. p. 45-48.
- D'ANDREA, Giuliano. **Noções de Direito da Criança e do Adolescente**. Florianópolis: OAB/SC, 2005.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 4ª ed.. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **Código civil Anotado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5º Vol. São Paulo: Saraiva 2004.
- FERNANDES, Flávia Leão. **Conflitos entre pais e filhos**. 2008. Disponível em: <<http://vilamulher.com.br/mae-filhos-familia/criancas/conflitos-entre-pais-e-filhos-8-1-55-14.html>>. Acesso em: 24 nov. 2014.
- FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas. 2008.
- GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de síndrome de alienação parental (SAP)?** Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/biblioteca>. Acesso em: 25 jul. 2014.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 6 v. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GORIN, Ilan. **A Guarda Compartilhada e a Paternidade**. 2. ed. São Paulo: [S.N], 2010.

IAMAMOTO, Marilda Vilela. **O serviço social na contemporaneidade: trabalho e formação profissional**. 5º ed. São Paulo: Cortez, 2001.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. A síndrome da alienação parental. In: PAULINO, Analdino Rodrigues (Org). **Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos**. Porto Alegre, Equilíbrio, 2008. p. 35-62.

NETTO, José Paulo. A construção do projeto ético-político do Serviço Social. In: MOTA, A. E. et al. **Serviço Social e saúde: formação e trabalho profissional**. São Paulo: Cortez, 2006.

NOLTE, Law Dorothy; HARRIS, Rachel. **As crianças aprendem o que vivenciam**. Tradução de Maria Luiza Newlands Silveira. 6. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2003. p. 98.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada: de acordo com a Lei nº 11.698/08**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Chambers. **O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada sob o Enfoque dos Novos Paradigmas do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre Guarda Compartilhada**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2008.

SILVA, Denise Maria Perissinida. **Psicologia jurídica no processo civil brasileiro: a interface da psicologia com o direito nas questões de família e infância**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997.

TESSARI, Olga Inês. **Os problemas de relacionamento entre pais e filhos**. Disponível em: <<http://ajudaemocional.tripod.com/id11.html>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Direito de Família. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 6.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Direito de Família, 7° ed. São Paulo: Atlas, 2007.v. 6.