

1
Volume 1

DIREITO EM CONSTRUÇÃO

Márcia Adriana Dias Kraemer | Sinara Camera



Organizadoras
MÁRCIA ADRIANA DIAS KRAEMER
SINARA CAMERA

DIREITO EM CONSTRUÇÃO

1ª Edição

FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
Santa Rosa
2017



CORPO EDITORIAL

COMISSÃO EDITORIAL

Prof.ª Dr.ª Bianca Tams Diehl
FEMA
Prof.ª Dr.ª Letícia Lassen Petersen
FEMA
Prof.ª Dr.ª Márcia Adriana Dias Kraemer
FEMA
Prof.ª Dr.ª Sinara Camera
FEMA
Prof.ª Ma. Bianca de Melo Hartfil
FEMA

COMISSÃO CIENTÍFICA

Prof. Dr. Adalberto Narciso Homerding
URI (Santo Ângelo)
Prof. Dr. Edemar Rotta
UFFS
Prof. Dr. João Martins Bertaso
URI (Santo Ângelo)
Prof.ª Dr.ª Marli Marlene Moraes da Costa
UNISC
Prof. Dr. Ricardo Hermany
UNISC

ORGANIZAÇÃO

Prof.ª Dr.ª Sinara Camera
Coordenadora do Núcleo de Monografia do
Curso de Direito
Prof.ª Dr.ª Márcia Adriana Dias Kraemer
Coordenadora do Núcleo de Pesquisa, Pós-
Graduação e Extensão – NPPGE

ARTE E DIAGRAMAÇÃO

Guilherme Bonnes
Cheila Maris Guihl

EDITORAÇÃO

Prof.ª Dr.ª Márcia Adriana Dias Kraemer

REVISÃO

Prof.ª Ma. Mariel da Silva Haubert

APOIO TÉCNICO

Gabriel Henrique Hartmann
Guilherme Henrique Tavares Diniz
Maria Grazielle Schleger Rodrigues

D597 Direito em construção / Márcia Adriana Dias Kraemer, Sinara Camera
(Org.) – Santa Rosa : FEMA, 2017.

V.1

ISBN: 978-85-63621-06-1

1. Direito. 2. Trabalhos de conclusão de curso. 3. Temas contemporâneos. I. Kraemer, Márcia Adriana Dias, org. II. Camera, Sinara, org. III. Fundação Educacional Machado de Assis.

CDU 34

Catálogo na Fonte: Kelly M. Bernini – CRB-10/1541

Publicação Oficial das Faculdades Integradas Machado de Assis

Curso de Direito
Rua Santa Rosa, 902, Centro, Santa Rosa, Rio Grande do Sul,
Brasil.
CEP: 98900-000
Telefone/Fax: (55) 3511 9100
Homepage: www.fema.com.br

Todos os direitos reservados. A produção ou tradução de qualquer parte desta publicação somente será permitida após a prévia permissão escrita do autor. Os conceitos em capítulos assinados são de responsabilidade de seus autores. Os textos deste livro podem ser livremente transcritos, desde que citada a fonte.



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	04
A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E O ATENDIMENTO AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA, NA GUARDA COMPARTILHADA	09
<i>Liane de Figueiredo Carvalho Guidolin Letícia Lassen Petersen</i>	
A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL	49
<i>Carine Dumke Eduardo Meyer Mendes</i>	
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE	73
<i>Patrícia Walker Letícia Lassen Petersen</i>	
AS RELAÇÕES DE TRABALHO DIANTE DA REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA E DO CENÁRIO ECONÔMICO NO MUNDO GLOBALIZADO	96
<i>Kátia Raquel Knapp Lutzer Daniele Regina Terribile Sandra Marisa Lameira</i>	
INTERROGATÓRIO ON-LINE? ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA VIDEOCONFERÊNCIA	116
<i>Suzana Carline Schaedler Marcelo Mendes Lech</i>	
MONITORAMENTO AUDIOVISUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO: PRERROGATIVAS DO EMPREGADOR X VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E DIGNIDADE DO TRABALHADOR	145
<i>Cristina Käfer Renê Carlos Schubert Junior</i>	
O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI E OS FATORES DE RISCO AO COMETIMENTO DE ATO INFRACIONAL: UM ESTUDO DE CASO NO CENTRO DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO SANTO ÂNGELO/RS	169
<i>Morgana Dalavechia Aline Adams</i>	

**O BULLYING ESCOLAR E AS FORMAS DE ENFRENTAMENTO DO
FENÔMENO EM UMA ESCOLA DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO
FUNDAMENTAL DA CIDADE DE GIRUÁ-RS 193**

Neiva Maria Klassen

Aline Adams

**O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A GESTÃO DE PESSOAS NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 218**

Maria Inês Johann Kulzer

Márcia Adriana Dias Kraemer

Ricardo Hermany

**SEGURANÇA DE ESTADO E DIREITOS HUMANOS: OS ESTADOS UNIDOS
E AS MEDIDAS DE EXCEÇÃO NO PÓS 11 DE SETEMBRO DE 2001 240**

Elenice Adriana Dattein Schmidt

Sinara Camera

APRESENTAÇÃO

O primeiro volume da obra *DIREITO EM CONSTRUÇÃO*, do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis, focaliza as variadas temáticas jurídicas da contemporaneidade, no intuito de apresentar pesquisas decorrentes da produção intelectual de discentes do Ensino Superior em seus Trabalhos de Conclusão de Curso. As dez contribuições escritas, organizadas e dinamizadas neste compêndio de maneira interdiscursiva, originam-se da preocupação de seus autores em popularizar conhecimentos e saberes relacionados ao ambiente educacional, jurídico, político e cultural, próprios da dialética inerente à sociedade.

O capítulo inicial trata acerca d'*A Constitucionalização do Direito de Família e o Atendimento ao Melhor Interesse da Criança na Guarda Compartilhada*, das autoras Liane de Figueiredo Carvalho Guidolin e Letícia Lassen Petersen. As pesquisadoras defendem que, no Brasil, nota-se um processo crescente de intervenção estatal, por meio da publicização das relações privadas, reduzindo o espaço autônomo do Direito Civil, a fim de garantir a tutela jurídica do direito às minorias hipossuficientes, como as crianças. Essa intervenção é chamada de constitucionalização do Direito de Família. A pesquisa desenvolvida pelas investigadoras procura sistematizar as transformações estruturais da família e seus reflexos legislativos, em especial a guarda compartilhada frente à sociedade pós-moderna e princípio do melhor interesse da criança.

A segunda contribuição tem como título *A Paternidade Socioafetiva: uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, de Carine Dumke e Eduardo Meyer Mendes. O capítulo objetiva investigar a paternidade socioafetiva e seus reflexos jurídicos, com o intuito de averiguar se a ação negatória de paternidade é um mecanismo hábil para desconstituir a paternidade quando se está diante de laços afetivos já estabelecidos. O estudo foi subdividido em duas partes, sendo que a primeira trata da paternidade socioafetiva, cotejando a relevância jurídica do afeto, a posse de estado de filho, as espécies de paternidade socioafetiva, a formação da personalidade, e, por fim, a irrevogabilidade da relação familiar socioafetiva. Após, é feita a análise de jurisprudências do

Tribunal Gaúcho acerca do tema para que seja dado efeito prático à pesquisa. O trabalho, assim, vem trazer a importância jurídica do afeto nas relações familiares.

A Responsabilidade Civil do Advogado pela Perda de uma Chance, de Patrícia Walker e Letícia Lassen Petersen, é um estudo que aborda os principais aspectos da teoria da perda de uma chance, especialmente no que se refere a sua aplicação na seara da Responsabilidade Civil do advogado. Primeiramente, o texto se destina à compreensão da teoria da perda de uma chance, por meio da sistematização de um estudo histórico e conceitual, que analisa o instituto da Responsabilidade Civil. Após, é abordada a Responsabilidade Civil do advogado pela perda de uma chance, pontuando-se as principais hipóteses em que o profissional pode ser condenado a indenizar o cliente que tem ceifada a oportunidade de obter alguma vantagem ou evitar determinado prejuízo, em face de atitudes de seu procurador. Ainda, são abordadas as divergências doutrinárias atinentes à quantificação da indenização pela perda de uma chance.

Kátia Raquel Knapp Lutzer, Daniele Regina Terribile e Sandra Marisa Lameira apresentam o estudo sobre *As Relações de Trabalho diante da Reestruturação Produtiva e do Cenário Econômico no Mundo Globalizado*. O trabalho trata de uma retrospectiva histórica acerca das relações de trabalho, desde o início do século XX, quando a produção deixa de ser artesanal, o fordismo, caracterizado pela produção em série, causa a desespecialização dos trabalhadores. Perpassa também o modo de produção chamado toyotista, a terceirização e o enfraquecimento da entidade sindical. Nesse sentido, as autoras refletem sobre a abertura de fronteiras e a perda da força dos Estados pelo capital.

O quinto capítulo traz como título *Interrogatório On-Line? Análise da (In)Constitucionalidade da Videoconferência*, desenvolvido por Suzana Carline Schaedler e Marcelo Mendes Lech. O texto focaliza o estudo da Lei nº 11.900/2009 que apresenta a regularização da forma informatizada de oitiva do acusado, ou seja, a teleaudiência legislada e formalmente válida para a sua utilização. Contudo, os pesquisadores defendem que, mesmo havendo previsão legal sobre a sua utilização, a análise de seu conteúdo deve ser devidamente realizada, restando para isso seu exame de acordo com os princípios e o conteúdo da Constituição Federal.

Cristina Käfer e Renê Carlos Schubert Junior explanam, no sexto capítulo, sobre *Monitoramento Audiovisual no Ambiente de Trabalho: prerrogativas do empregador versus violação aos direitos de personalidade e dignidade do trabalhador*. O trabalho analisa nevralgicamente a antinomia entre o poder diretivo do empregador e a dignidade humana do empregado. Conforme os investigadores, as câmeras de vigilância no local de trabalho constituem um dos mais modernos instrumentos tecnológicos à disposição do empregador para exercer o seu poder de controle do empreendimento. No entanto, o desvio da finalidade ou o abuso na utilização dessa técnica, pode atingir a intimidade e a imagem do trabalhador, ferindo, conseqüentemente, sua dignidade de pessoa humana, ensejando o dano moral.

O Adolescente em Conflito com a Lei e os Fatores de Risco ao Cometimento de Ato Infracional: um estudo de caso no Centro de Atendimento Socioeducativo Santo Ângelo/RS é um trabalho de pesquisa realizado por Morgana Dalavechia e Aline Adams. As autoras têm como objetivo principal a abordagem do tema acerca dos adolescentes em conflito com a lei e os fatores de risco para o cometimento do ato infracional em que estão inseridos. Para tanto, realizam uma análise das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), efetuando um estudo de caso na FASE – Fundação de Atendimento Socioeducativo na unidade CASESA – Centro de Atendimento Socioeducativo de Santo Ângelo/RS, entrevistando adolescentes que cumpriram medida socioeducativa de internação na Unidade.

Neiva Maria Klassen e Aline Adams também apresentam o estudo sobre *O Bullying Escolar e as Formas de Enfrentamento do Fenômeno em uma Escola da Rede Municipal de Ensino Fundamental da Cidade de Giruá-RS*. A investigação aborda o fenômeno *bullying* inserido no ambiente escolar infanto-juvenil. Por se tratar de crianças e adolescentes em fase de desenvolvimento e considerando que a punição não seja o melhor caminho, a autoras acreditam que a Justiça Restaurativa é uma possível alternativa na prevenção e no combate ao fenômeno. Diante disso, realizam um estudo de caso em uma Escola Municipal de Ensino Fundamental na cidade de Giruá, Rio Grande do Sul, com a finalidade de apurar o fenômeno nas escolas diretamente com as pessoas envolvidas e, a partir dos resultados obtidos,

sugerem um meio adequado para a prevenção e o combate do fenômeno *bullying* em ambientes escolares.

Maria Inês Johann Kulzer, Márcia Adriana Dias Kraemer e Ricardo Hermany desenvolvem o estudo sobre *O Princípio da Eficiência e a Gestão de Pessoas na Administração Pública*. Os investigadores tem o objetivo de realizar um estudo acerca da evolução histórica do Estado, sua Reforma Administrativa pela Emenda Constitucional 19/1998, a fim de entender a influencia da motivação e da qualificação pessoal do servidor público como pressuposto de eficiência e melhoria da gestão do Estado. O resultado do estudo de caso implementado no Município de Santo Cristo apresenta a percepção dos servidores quanto à adoção de sistemas de reconhecimento de qualificação profissional e meritocracia, influenciando a motivação dos servidores para desempenhar suas funções. Os autores defendem que há uma correlação entre a motivação e o comprometimento organizacional, interferindo diretamente no desempenho dos colaboradores.

Como última contribuição deste livro, tem-se o capítulo intitulado *Segurança de Estado e Direitos Humanos: os Estados Unidos e as Medidas de Exceção no Pós 11 de Setembro de 2001*, de Elenice Adriana Dattein Schmidt e Sinara Camera. As autoras analisam as (in) compatibilidades das políticas antiterroristas adotadas pelos EUA, após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 em relação aos princípios inerentes a um Estado de Direito e aos direitos humanos. São abordadas as dinâmicas mais relevantes que delinearão as políticas de segurança norte-americana instituídas dentro e fora desse Estado. Em especial, enfocam as violações aos direitos humanos que ocorrem no campo de detenção estadunidense de Guantánamo, dividindo o estudo em dois momentos: primeiro, destacam a elaboração de políticas de segurança de exceção adotadas pelos Estados de Direito, diante do processo de afirmação dos direitos humanos; segundo, enfatizam as políticas antiterror norte-americanas adotadas no pós 11 de setembro de 2001, bem como as violações por ela viabilizadas na Prisão de Guantánamo.

Em vista das contribuições apresentadas, entende-se que *DIREITO EM CONSTRUÇÃO* é um livro que pretende instigar o leitor a ser sujeito partícipe das narrativas de pesquisa propostas. Por meio do compartilhamento desses saberes, espera-se oportunizar o debate em que se evidenciem diferentes maneiras não só

de pensar como de expor o pensamento, para contribuir com uma formação multifacetada e que transcenda a paradigmas estereotipados. Ao interagir com os pensamentos veiculados, é possível, ao interlocutor, vislumbrar maneiras diversas de expressar a pesquisa científica. Espera-se, portanto, que seja uma excelente leitura!

Prof.^a Dr.^a Sinara Camera
Coordenadora do Núcleo de Monografia do Curso de Direito
Membro da Comissão Organizadora

Prof.^a Dr.^a Márcia Adriana Dias Kraemer
Coordenadora do Núcleo de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão – NPPGE/FEMA
Membro da Comissão Organizadora

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E O ATENDIMENTO AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA, NA GUARDA COMPARTILHADA.

Liane de Figueiredo Carvalho Guidolin¹
Letícia Lassen Petersen²

A realidade atual, no Brasil e no mundo, é o reflexo das mudanças ocorridas, principalmente, na segunda metade do Século XX. Resultados dos movimentos sociais, da Revolução Industrial e inovações tecnológicas, produziram transformações estruturais em toda a sociedade perceptíveis no âmago da família que se caracteriza como a base da sociedade. A mudança operada na realidade social, convertida em fundamentos e normas constitucionais, direciona o novo Direito Civil, junto com seus microssistemas de proteção em relação àqueles que são considerados hipossuficientes, e sua realização, nos seus vários campos. As transformações são percebidas na sociedade familiar, trazendo a necessidade de novos contornos jurídicos para as relações parentais.

Em razão das transformações, houve uma crescente intervenção estatal, por meio da publicização das relações privadas, reduzindo o espaço autônomo do Direito Civil, para garantia da tutela jurídica do direito às minorias, notadamente em relação às crianças. A intervenção aduzida se inclui no chamado processo de constitucionalização do Direito Civil e impactou o Direito de Família. Com ela há garantia de efetiva tutela estatal em relação aos princípios constitucionais da família, em especial, o princípio da dignidade humana, da igualdade entre o homem e a mulher, do melhor interesse da criança e da afetividade.

No artigo, cuidou-se do exame do novo formato da família, verificando-se a questão do poder familiar, da guarda dos filhos e os princípios constitucionais da família. Seguindo a orientação do método hipotético dedutivo, fundado na pesquisa bibliográfica (doutrinas e outras pesquisas na esfera jurídica e social) e documental (consistindo na pesquisa de julgados comparados do Tribunal de Justiça do Estado

¹ Graduada em Letras. Graduada em Direito (FEMA).

² Graduada em Pedagogia (UNIJUI). Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais (UNIJUI). Especialista em Novo Direito Civil (UNISUL). Mestre em Desenvolvimento Regional (UNISC). Doutora em Desenvolvimento Regional (UNISC). Pós Doutoranda UFRGS. letipetersen@yahoo.com.br

do Rio Grande do Sul – TJ/RS -, acerca da temática “guarda compartilhada”), passou-se ao estudo da posição doutrinária atual, cotejando-o com a legislação vigente, em relação, especialmente, ao atendimento do superior interesse da criança, na guarda compartilhada.

Nessa prospecção, observou-se a proteção prioritária e integral ao melhor interesse da criança, mormente pelo fato desta constituir-se em titular de direitos fundamentais, garantidos pela Constituição Federal, pelo Código Civil vigente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Lei da Guarda Compartilhada, Lei 11.698/08.

Para a análise da aplicabilidade da construção normativa e conceitual outrora referida, passou-se à análise das decisões proferidas pelos desembargadores do TJ/RS, focalizando o estudo dos julgamentos que envolveram a concessão, ou não, da guarda compartilhada, e a posição teórica que embasou suas decisões, em dois momentos: primeiro, analisando os pareceres emitidos no espaço de trinta meses antes da entrada em vigor da Lei 11.698/ 2008, e, num segundo momento, nos trinta meses seguintes à lei.

Este texto apresenta o resultado final da pesquisa, notadamente ao fato de que a constitucionalização do Direito de Família vem sendo garantida pelas decisões emanadas do TJ/RS, especialmente no que tange ao atendimento do melhor interesse da criança, na guarda compartilhada.

1 O POSICIONAMENTO NORMATIVO E DOUTRINÁRIO EM RELAÇÃO AO ATENDIMENTO AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA NA GUARDA COMPARTILHADA

Como ramo do direito civil, o direito de família tem características especiais, pois é formado por um complexo normativo que regula as relações jurídico-familiares. Antigamente, o direito de família vinha regulado exclusivamente pelo Código Civil, por ser considerado exclusivamente como relação privada. No entanto, a tendência crescente, nas relações privadas, é de atribuir força constitucional aos temas sociais relevantes ao mundo jurídico, a fim de garantir-lhes efetividade (DIAS, 2009).

Paulo Lôbo, ao se referir à influência do Estado na família, que poderia chegar ao ponto da substituição da autoridade paterna pela estatal, assevera que

“[...] o sentido de intervenção que o Estado assumiu foi, antes, de proteção do espaço familiar, de sua garantia, mais do que sua substituição. Até porque a afetividade não é subsumível à impessoalidade da *res pública*.” (LÔBO, 2011, p. 35).

Atendendo aos princípios constitucionais e grande número de leis complementares, os legisladores estão atentos às necessidades de modificações que devem ser feitas à legislação. O Estado deve cumprir sua função social, protegendo a família, sua célula *mater*. Sem essa proteção, o próprio Estado sucumbe, pela instalação da desordem caótica que leva à desestruturação da sociedade. Esta lógica vem firmada por autores civilistas, os quais foram utilizados para oferta de uma revisão bibliográfica ao leitor.

Com base nas leituras de especialistas na área, foi realizada a confirmação da hipótese mencionada, na realização do projeto de pesquisa, quando se supunha que o Estado estaria mitigando o melhor interesse da criança por falta de aparato próprio que viabilizasse semelhante conduta. Foi com esse espírito investigativo que se procedeu à revisão bibliográfica sobre o tema escolhido, observando suas semelhanças e possíveis divergências, em relação ao entendimento do que seja o melhor interesse da criança.

1.1 A POSIÇÃO DOUTRINÁRIA: O DIREITO DE FAMÍLIA, O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA, NA GUARDA COMPARTILHADA.

A Constituição de 1988 (CF/88) inovou com a introdução de novos valores em seus princípios programáticos e, dentre eles, estabeleceu a afetividade como novo paradigma da família atual, redimensionando, assim, o direito das famílias. Segundo a CF/88, há família enquanto há afeto e ela é unida por vínculos de liberdade e responsabilidade, passando a merecer, pela fragilidade de sua sustentação, a proteção integral do Estado.

Para Lôbo, a família atual, “[...] fundada em bases aparentemente tão frágeis, passou a ter a proteção do Estado, constituindo essa proteção um direito subjetivo público, oponível ao próprio Estado e à sociedade.” (LÔBO, 2011, p. 17). De acordo com Venosa, o direito de família é regido por normas de ordem pública, “[...] as

normas de ordem pública no direito privado têm por finalidade limitar a autonomia de vontade e a possibilidade de as partes disporem sobre suas próprias normas nas relações jurídicas.” (VENOSA, 2009, p.10). Essa intervenção não atinge a constituição do direito privado.

No Direito de Família, há correta preponderância da ordem pública que dispõe e se impõe sobre as relações pessoais dos cônjuges, nas relações entre pais e filhos, regimes matrimoniais, entre outras, porque deve haver interesse permanente do Estado em relação à família e suas fragilidades, dedicando-lhe proteção especial (art. 226, *caput*, CF/88). O direito de família também possui normas supletivas que proporcionam a realização de acordos entre cônjuges na separação a respeito de seu patrimônio, visita e guarda de filhos, etc (VENOSA, 2009).

A família e suas relações possuem um caráter privado, por ser profundamente humano: é na família que o homem nasce, vive, ama, sofre e morre. Um Estado democrático deve tutelar e proteger a família, intervindo de forma indireta, apenas, quando essencial para sua estruturação (VENOSA, 2009). Pela sensibilidade que o tema envolve, obriga a quem se dedica a seu estudo à constante reflexão sobre o fenômeno social “família”, fenômeno mutante por sua natureza. O inciso III, do art. 1º da CF/88 operou a constitucionalização do Direito Civil, consagrando a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Pelo princípio da interpretação, a lei deve ser analisada sob o desejo do legislador originário responsável pela Lei Maior. Os princípios constitucionais passam a fornecer ditames a todo o sistema legal, de modo a garantir a viabilização do alcance da dignidade humana, na totalidade das relações jurídicas, em especial ao se tratar de direito de família.

A doutrina e a jurisprudência reconhecem uma grande quantidade de princípios constitucionais que estão implícitos na CF/88, deixando claro que não existe qualquer hierarquia entre os princípios explícitos e os implícitos. Alguns, embora não escritos nos textos legais, constituem-se em fundamentos éticos do espírito do ordenamento jurídico, a fim de possibilitar a vida em sociedade. Assim como existem princípios gerais que são aplicados a todos os ramos do direito, tais como o princípio da dignidade, da liberdade, da igualdade, da proibição de retrocesso social e da proteção integral a crianças e adolescentes, existem

princípios especiais que são próprios das relações familiares, despontando, dentre eles, o da solidariedade e o da afetividade (DIAS, 2009).

A CF/88 optou pela doutrina da proteção integral, quando trata do direito da criança e do adolescente, cuja essência está consagrada no art. 227 e seus parágrafos, registrando a adoção dos princípios da dignidade humana e da igualdade, como parâmetros da “repersonalização” das relações jurídico-familiares. Quando se refere à proteção integral às crianças e adolescentes, fala-se em diretriz determinante nas relações dos mesmos com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado, especialmente por sua condição de pessoas em desenvolvimento, são destinatários de tratamento distinto, pois apresentam maior vulnerabilidade e fragilidade (DIAS, 2009).

O termo “repersonalização” é utilizado, no sentido de entender a pessoa como valor ético e nuclear da ordem jurídica, colocando-a, juntamente com seus direitos, no centro do Direito de Família, conforme refere Fachin, deixando o patrimônio para segundo plano (FACHIN, 2008). Na concepção hodierna, nada mais justo do que lançar um novo olhar sobre a criança e seu direito ao afeto, aos cuidados e à presença dos genitores de forma mais intensa e efetiva.

Segundo o art. 227, da CF/88, crianças e adolescentes têm direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1988). Devem estar protegidos de toda a espécie de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Para que tais garantias e direitos sejam implementados com prioridade, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n. 8.069/1990, em total sintonia com a CF/88, regido pelos princípios do melhor interesse da criança, paternidade responsável e proteção integral, com o objetivo de responsabilizar todos os setores sociais na condução do infante à fase adulta respondendo pelos seus próprios atos, tornando-os sujeitos de si, para então, vir a usufruir dos seus direitos fundamentais. Constata-se que, o direito de família é marcado pela proteção às crianças e aos adolescentes a fim de proporcionar a estes sujeitos, desenvolvimento sadio, garantindo o seu melhor interesse.

É preciso zelar pelo cuidado, no contexto das responsabilidades dos familiares entre si, estimulando a postura de humanização, minimamente esperada

pelo Estado. Em nome do interesse público, exige-se do homem (gênero) uma postura ética que se fundamente na solidariedade e na cidadania. Acerca da discussão do cuidado, Nogueira da Gama afirma:

O melhor interesse da criança e do adolescente relaciona-se à dimensão afetivo-antropológica do cuidado, atuando, simultaneamente, como atitude de preocupação e inquietação pela criança e pelo adolescente, mas também como atitude de desvelo, solicitude, afeição e amor (forma de enternecimento e afeto pela criança). (GAMA, 2008, p. 34).

O cuidado deve remeter a uma atitude de ocupação, de preocupação, de responsabilização e de envolvimento com o outro, daí sua essência humana. No bojo do ECA, há elementos concretos que permitem identificar e qualificar o princípio do melhor interesse da criança. Esse princípio ganha relevo diante da priorização dos seus interesses e direitos, em detrimento dos interesses de seus pais, não se restringindo às crianças e adolescentes presentes, mas abrangendo, também, as futuras crianças e adolescentes que devem ser frutos do exercício consciente das liberdades sexuais e reprodutivas de seus pais. O princípio deve servir como importante limite ao exercício ilimitado ou abusivo dos direitos reprodutivos, incluindo-se, aqui, a seara do planejamento familiar (GAMA, 2008, p. 34).

Nas últimas décadas, configuram-se mudanças estruturais e ideológicas na família, que se apresentam sob a forma de várias configurações familiares e novos tipos de relacionamento. Essas novas configurações relacionadas às transições familiares como separação e divórcio dos pais, novas uniões, novas separações e divórcios, acabam repercutindo nas crianças, nos filhos dos pais que se separam e se unem a outros pares. Nesse sentido, Rodrigues e Ramires afirmam que:

Os legisladores, os educadores, a imprensa, os profissionais em saúde mental e os teóricos da família têm focalizado sua atenção nas taxas crescentes de separação e/ou divórcio e nas formas de garantir a preservação dos interesses, direitos e condições adequadas para o desenvolvimento das crianças que vivenciam essa transição familiar. (RODRIGUES; RAMIRES, 2003, p. 213).

Conforme as autoras citadas, a CF/88 elegeu a pluralidade das relações familiares e a liberdade de escolha como princípios da nova família,

passando a privilegiar o fundamento comum às formas de estabelecimento da estrutura familiar que é a afetividade, extremamente necessária para a realização pessoal de seus integrantes (RODRIGUES; RAMIRES, 2003). Todas as alterações pelas quais passam as famílias remetem à necessidade de analisar a situação das crianças e dos adolescentes envolvidos nessas mutações, em especial à situação dos filhos. Houve uma valorização do papel da criança no seio da família.

Segundo Tânia Pereira, o Estado, pela norma, garante-lhe tratamento prioritário, na família e na sociedade, dentro da doutrina da Proteção Integral, e desse fato decorre a importância da decisão a respeito do seu destino quando do rompimento dos pais, devendo ser considerado o seu melhor interesse. O princípio mencionado foi incorporado ao sistema jurídico brasileiro com a ratificação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em 1989, após ser aprovado, por unanimidade, o art. 2º da Declaração Universal dos Direitos da Criança (PEREIRA, 2000).

A autora ainda esclarece que as Convenções estabelecem regras e procedimentos que obrigam os Estados-Parte, não só a respeitá-las, mas também a garantir-lhes o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos. A CF/88 contemplou esse princípio, no seu art. 227, estabelecendo, como dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar às crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Devem ser destacados os arts. 5º e 6º como evidência do acolhimento ao referido princípio³ (PEREIRA, 2000).

Esse é o cenário conceitual e normativo que orienta a direção das políticas e deve orientar as decisões judiciais que discutem os direitos de crianças e adolescentes, quando são alvos da disputa, nos embates familiares. É a ótica do melhor interesse da criança que deve preponderar, independentemente dos conflitos domésticos que existam. Não importa quem protagoniza a disputa pela criança - se pais entre si, ou pais e parentes, ou ainda, pais e outras pessoas, fora do grupo familiar- a decisão que versar

3 Arts 5º E 6º, do ECA, respectivamente: "Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade ou opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais." "Na interpretação desta Lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento." (BRASIL, 1990).

sobre a criança deve ter como fundamento, o seu superior interesse. É nos casos de dissolução das entidades familiares que o problema aflora e o Estado tem o dever de proteger os infantes, integralmente.

Então, de acordo com Rodrigues e Ramires fica imposto um desafio aos juristas: definir o que seja o melhor interesse da criança, fixando critérios para tal determinação, evitando decisões integralmente discricionárias. Também se faz fundamental esclarecer qual o tipo de interesse que deve ser atendido: se interesse econômico ou se afetivo (RODRIGUES; RAMIRES, 2003).

Conforme Lôbo, com a CF/88, a família passou a ter maior importância e deve ser cuidada com prioridade por que se constitui num lugar de afetividade e de realização pessoal daqueles que a integram (LÔBO, 2011). O afeto é o elemento que faz a integração do núcleo familiar na busca da felicidade, surgindo um primeiro critério que deve servir de orientação às decisões judiciais: a relação afetiva dos envolvidos no conflito.

Essa orientação já existe no direito comparado, e, conforme assinala Fachin, no direito anglo-saxão, quando são tratados temas relacionados à guarda de crianças, direito de visita ou pedido de adoção, são considerados: o amor e os laços afetivos entre a criança e os adultos envolvidos no conflito; a habitualidade do pai/mãe ou titular da guarda de dar à criança amor e orientação; a habilidade de atender às necessidades de alimentação, habitação e assistência médica da criança; o padrão de vida estabelecido; a saúde dos postulantes da guarda ou adoção; a análise do meio em que a criança vive, incluindo a residência, a escola, a comunidade; averiguação dos laços religiosos; a opinião da criança, quando tem possibilidade de manifestá-la; a habilidade do pai ou mãe que tem a guarda da criança para encorajar e assegurar a comunicação do outro, não guardião, com a criança (FACHIN, 1996).

Observa-se que um dos aspectos a se considerar para a identificação do referido princípio é a qualidade da relação afetiva que a criança mantém ou tem possibilidade de manter com o adulto que a disputa, averiguando como era o relacionamento antes do litígio. De acordo com Rodrigues e Ramires, também é relevante verificar o comprometimento e a responsabilidade do adulto em relação à

mesma, pois o adulto, que não impõe limite e que oferece um afeto descompromissado e irresponsável, não tem condições para garantir o melhor interesse da criança (RODRIGUES; RAMIRES, 2003).

Conforme Carbonera, o poder familiar dos pais é um direito, poder-dever que constitui uma responsabilidade que a sociedade os atribui, de forma conjunta e em igualdade de condições, em razão do parentesco, no seu próprio interesse, porém e, sobretudo, no interesse dos filhos. Os genitores têm uma necessidade psicológica de compartilhar da personalização, do crescimento e do desenvolvimento dos filhos, querendo formá-los e fortalecê-los para a sociedade e para a vida, atuando diretamente na educação, criação e proteção, realizando-se, assim, o papel de mãe e pai. O poder familiar, portanto, é um antecedente lógico e necessário ao exercício ou concessão da guarda do filho aos pais e, para que este a exerça se faz necessário que esteja em seu exercício pleno (CARBONERA, 2000).

De acordo com Rodrigues, a guarda é tanto um dever quanto um direito dos pais: dever porque cabe aos pais criar e guardar o filho sob pena de abandono; direito no sentido de ser indispensável a guarda para que possam ser vigilantes, pois os genitores são responsáveis pelos atos dos filhos. O sistema jurídico brasileiro igualou homens e mulheres. Parece que não faz mais sentido ser atribuída a guarda exclusiva, sempre que dissolvida a união, pois a criança se depara com uma divisão de tarefas o que a faz se sentir culpada pela desunião dos pais (RODRIGUES, 1995).

Conforme Quintas, a sociedade atual exigiu que se definisse um novo modelo de guarda. A igualdade entre homem e mulher, com as mesmas atribuições referentes a direitos e deveres, encontrou na expressão “compartilhar” uma solução que se adequa à guarda dos filhos, com foco no melhor interesse da criança, resguardando aqueles casos em que outra espécie de guarda seja indicada (QUINTAS, 2010).

Segundo Fachin, o momento atual é de crise entre as novas demandas e as velhas respostas, sendo que é na atividade do Judiciário que são atribuídas respostas ultrapassadas à solução de novos conflitos: é na ação do Judiciário que se encontra o sintoma mais agudo da crise mencionada. As relações entre as pessoas deixaram de ser

voltadas para o patrimônio e à reprodução, fundam-se atualmente no amor, na solidariedade e na valorização dos seus membros, fazendo-se necessária uma maior proteção à criança, ser humano em crescimento, em especial, quando da separação dos pais, pois sempre são os mais atingidos (FACHIN, 2001).

O melhor interesse da criança não pode ser estabelecido por um único critério, já que há uma pluralidade de constituições familiares e os diferentes papéis desempenhados pelos pais e mães abrem diversas possibilidades de decisões a respeito da guarda dos filhos, sob o prisma de cada caso. Segundo Fachin e Ruzyk, os contornos do referido princípio não visam engessá-lo, mas permitir sua adequação a toda uma gama de situações concretas, em que o direito da criança seja posto em jogo. Embora o conceito de melhor interesse da criança careça de precisão, é possível a fixação de diretrizes para que o juiz tenha parâmetros, no seu trabalho de aplicador do direito (FACHIN; RUZYK, 2003).

1.2 O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE CF/88, ECA, CC/02 E LEI DA GUARDA COMPARTILHADA

A partir da CF/88, inaugurou-se uma nova concepção de família, fundada nos princípios da dignidade humana, liberdade, igualdade, afetividade e pluralidade, pois, desde então, foram reconhecidos outros modelos que não apenas aquele constituído pelo casamento, como a união estável (art. 226, 3º, CF/88) e a monoparental (art. 226, § 4º, CF/88), as chamadas sequenciais⁴ e as formadas por casais homossexuais, pois, segundo Lôbo, “[...] a Constituição de 1988 suprimiu a cláusula de exclusão, que apenas admitia a família constituída pelo casamento, passando a eleger a pluralidade e a liberdade de escolha nas relações familiares, como princípios da nova família, privilegiando a afetividade como alicerce comum a todas as entidades, para a realização pessoal de seus integrantes. Desde então, o ordenamento jurídico reconhece que é a afetividade que mantém as relações matrimoniais.” (LÔBO, 2002, p. 47).

⁴ “Famílias sequenciais ou reconstituídas são as constituídas por pessoas já separadas ou divorciadas e seus filhos. Nessa nova família, passam a conviver o homem e seus filhos, a mulher e seus filhos e, em alguns casos, também os filhos comuns.” (RODRIGUES; RAMIRES, 2003, p. 215).

De acordo com Rodrigues e Ramires, as transformações remetem à análise da situação das crianças e dos adolescentes, envolvidos nesses contextos de rompimento das relações conjugais de seus pais. A criança passa a ser valorizada e a decisão sobre o seu destino, quando da separação de seus pais assume papel primordial, sob a perspectiva do princípio do melhor interesse da criança (RODRIGUES; RAMIRES, 2003, p. 216).

Conforme Pereira, juridicamente, o princípio em tela é ventilado, pela primeira vez, quando da Declaração Universal dos Direitos da Criança, em 1959, que preconiza, em seu art. segundo, que:

[...] a criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidades e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com esse fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança. (PEREIRA, 2000, p. 4).

Em 1989, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou, por unanimidade, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que foi ratificada pelo Brasil, pelo Decreto 99.710, de 24 de setembro de 1990. No art. 3.1, do referido decreto, está assegurado que, conforme Pereira, “[...] em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem-estar social, públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores das crianças, incorporando, o princípio do superior interesse da criança, definitivamente, ao sistema jurídico brasileiro, pois, como já foi referido, as Convenções estabelecem regras e procedimentos que obrigam os Estados-Partes, não só a respeitar, como também a garantir o livre e completo exercício dos direitos reconhecidos.” (PEREIRA, 2000, p. 78).

Com a CF/88 foi contemplado esse princípio, estabelecendo, no art. 227, dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar às crianças e adolescentes, com prioridade absoluta, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à dignidade, à liberdade e à convivência familiar. Outro princípio consagrado no texto constitucional fora o da igualdade sexual, em seu art.226, § 5º, assegurando, ao homem e à mulher, os mesmos direitos e deveres no que tange à sociedade

conjugal, excluindo as discriminações, e refletindo o superior interesse da criança, pois se refere ao poder familiar, fazendo com que o domínio e a autoridade-vontade do pai deixassem de se sobrepujar aos direitos da mãe.

Nesse momento, necessário se reportar ao Código Civil de 1916 que preconizava o casamento como indissolúvel (BRASIL, 1916). Quando ocorria o *desquite* a guarda dos filhos menores ficava com o cônjuge considerado *inocente*, num critério legal claramente repressor e punitivo. Identificado o cônjuge culpado, como punição a guarda era definida para o outro cônjuge, que se via recompensado, ficando com os filhos. Se ambos fossem culpados, o juiz podia decidir se os filhos permaneceriam com a mãe, caso verificasse que a decisão não ocasionaria qualquer dano de ordem moral a eles. De acordo com Dias, se a mãe fosse considerada a única culpada, os filhos não poderiam ficar com a ela. Constata-se que, esse regramento, pleno de conservadorismo, não priorizava o direito da criança, tampouco seu melhor interesse, questionando-se apenas a postura dos pais, constituindo uma verdadeira intimidação em favor da conservação do casamento (DIAS, 2009).

A CF/88 banuiu esse ranço atemorizador e repressivo, consagrando o princípio da igualdade e garantindo ao pai e à mãe direitos e responsabilidades iguais perante seus filhos, fazendo prevalecer, em qualquer entidade familiar, o caráter protetivo à criança. Conforme Viana, do mesmo modo, o ECA, veio regulamentar a prioridade absoluta aos infantes, imposta pela CF/88, convertendo-os em sujeitos de direito, assegurando-lhes os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (art. 3º e 5º), protegendo integralmente a criança até doze anos de idade, e ao adolescente, entre doze e dezoito anos e, excepcionalmente o menor entre dezoito e vinte e um anos (art. 1º, 2º e parágrafo único), que deverão ser respeitados pela família, pela sociedade e pelo Estado (art. 4º e parágrafo único), sob pena de responsabilidade (VIANA, 1993).

De acordo com Alves, muitos dos avanços que aparecem no ECA decorrem dos movimentos sociais em prol dos hipossuficientes, resultados da militância, voltada para os direitos da criança. Tais melhorias fazem parte de movimentos da sociedade civil brasileira, associadas a forte influência do exterior e dos fóruns de

debates internacionais, frutos de diversas influências contemporâneas. Representam um momento especial da história dos direitos da criança (ALVES; FONSECA; TERTO JUNIOR, 2004).

No ECA, o termo “guarda” é utilizado com significado diverso daquele tratado no CC/2002: diz-se da situação de crianças e adolescentes que não convivem com qualquer dos genitores e estão com seus direitos ameaçados ou violados (art.98, ECA). No referido estatuto, a guarda é cabível nas situações: a) no caso do art.33, parágrafo 1º, para regularizar a posse de fato, e b) como medida liminar ou incidental, nos procedimentos de tutela e adoção. Sempre com o fito no melhor interesse da criança, o ECA, no art. 28, estabelece que a colocação da criança em família substituta não exige a suspensão ou a extinção do poder familiar, seja qual for a situação jurídica. Pelo estatuto, aquele que vem a ser o guardião tem o dever de prestar assistência material, moral e educacional. Conforme Dias, o guardião tem legitimidade para opor-se a terceiros, mesmo que sejam os pais, nos termos do art. 33 (DIAS, 2009).

Os genitores, mesmo perdendo o poder familiar, têm o dever de alimentos com os filhos, porém, as visitas dos mesmos aos infantes, só serão permitidas se não lhes trouxerem prejuízos, oportunizando a convivência com os pais, estimulando o afeto tão necessário para o desenvolvimento integral, atendendo ao superior interesse da criança. Crianças em situações emergenciais, quando se encontram em estado de orfandade ou de abandono, são tratadas pelo ECA de forma precária e provisória, porém, determina-se que o poder público estimule a guarda das mesmas por famílias substitutas, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e concessão de subsídios para seu acolhimento, conforme o art.34, embora se vejam tais situações, que deveriam ser temporárias, se perpetuarem.

Como inexistente a previsão da vigência dessa possibilidade de guarda, percebe-se que ela pode se tornar definitiva, deixando a criança ou adolescente numa situação de instabilidade, em um estado de insegurança e medo, contrariando o atendimento ao princípio trabalhado, conforme Maria Berenice Dias. A autora lembra que o guardado, nessas condições, é dependente do guardião para todos os efeitos de direito, inclusive para fins previdenciários (ECA, art. 33, § 3º), porém fica em total desamparo, para

efeitos sucessórios, quando do falecimento do seu responsável, sendo descuidado, aqui também, o melhor interesse da criança. Assim, conforme Dias, sem definição do que seja família substituta, o ECA trata do assunto como uma situação peculiar, cuja excepcionalidade deve autorizar, ou não, o seu deferimento, conforme o seu art. 33, § 2º, devendo ser resguardado o melhor interesse da criança (DIAS, 2009).

A mudança da realidade social, convertida em fundamentos e normas constitucionais, direciona o novo Direito Civil, junto com seus microssistemas de proteção em relação àqueles que são considerados hipossuficientes, e sua realização, nos seus vários campos. O campo privado experimenta a total submissão aos preceitos de ordem pública, efetivando a máxima popular “[...] que a liberdade de um vai até onde começa a do outro.” (DIAS, 2009).

A CF/88, ao admitir a pluralidade de modalidades de estruturas familiares, atribui a homens e mulheres os mesmos direitos alusivos à sociedade conjugal e priorizou os direitos das crianças e dos adolescentes, reforçando a prevalência do interesse das mesmas em consonância com os valores sociais e, de acordo com Oliveira e Muniz, atualmente é exigido para os pais “[...] pelo menos uma igualdade de oportunidade, uma oportunidade de igualdade de possibilidade à obtenção à guarda do filho.” (OLIVEIRA; MUNIZ, 1999, p.455). Especialmente por essa razão, O CC/02 deixou de atribuir a guarda apenas à mãe, quando ambos forem culpados no fim da união do casal.⁵

A guarda dos filhos tem seu regramento nos arts. 1.583 a 1.590, do CC/02, no Capítulo da Proteção da Pessoa dos Filhos. O instituto deve ser entendido como a atribuição conferida a um dos pais separados, divorciados ou ex-conviventes de união estável, ou a ambos, conforme Lôbo, “[...] dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho.” (LÔBO, 2011, p. 169). A guarda pode ser unilateral (ou exclusiva, ou uniparental) ou guarda compartilhada, o que ficou claro na redação dada ao *caput* do art.1.583, pela Lei 11.698/2008, segundo Brasil, a qual “[...] a guarda será unilateral ou compartilhada.” (BRASIL, 2008).

A guarda unilateral é aquela exercida, como regra geral, apenas por um dos genitores, decisão oriunda de um acordo ou de determinação judicial, quando o aplicador do direito não recomendar a guarda compartilhada. A guarda unilateral

⁵ Código Civil, art. 1.584.

também pode ser atribuída a terceiros, excepcionalmente, em atenção ao princípio do melhor interesse da criança, devendo ser levado em consideração à relação de afetividade e o grau de parentesco, quando os genitores não demonstrarem condições para o exercício do poder familiar, como, de acordo com Lôbo, no caso de “[...] pais viciados em drogas, sem ocupação regular, com prática de violência contra filhos.” (LÔBO, 2011, p.173).

A respeito da guarda unilateral, a Lei 11.698/2008 incluiu no CC/02 novos conceitos como no art.1.583, § 1º, quando diz que “[...] compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art.1.584, § 5º).” (BRASIL, 2002). Quanto ao parágrafo 2º, do art.1.583 diz que “[...] 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.” (BRASIL, 2002).

No entanto, é necessário que se interprete os incisos, relativos ao artigo em tela, não como um rol taxativo, mas, exemplificativo para uma eficaz proteção à criança e ao adolescente. Já o parágrafo 3º, do art.1.583 estabelece que o genitor não guardião deve supervisionar os interesses dos filhos.

O CC/02, também preocupado com o melhor interesse da criança, determina em seu art. 1.589, o direito de visitas e de convivência com o filho ao genitor, não guardião, no sentido de impedir a danosa perda de contato e vínculo com o mesmo. Esse direito que é muito mais um dever (poder-dever) pode ser acordado pelos pais ou, se for impossível, determinado judicialmente. Paulo Lôbo, ao se manifestar sobre o direito de visita, afirma:

O direito de visita, interpretado em conformidade com a Constituição (artigo 227), é direito recíproco de pais e dos filhos à convivência, de assegurar a companhia de uns com os outros, independentemente da separação. Por isso, é mais correto dizer direito à convivência, ou à companhia, ou ao contato (permanente) do que direito de visita (episódica). O direito de visita não se restringe a visitar o filho na residência do guardião ou no local que este designe. Abrange o de ter o filho “em sua companhia” e o de fiscalizar sua manutenção e educação, como prevê o artigo 1.589, do Código Civil. O direito de ter o filho em sua companhia é expressão do direito à convivência familiar, que não pode ser restringido em regulamentação de visita. Uma coisa é a visita, outra a companhia ou a convivência. O direito de visita, entendido como direito à companhia, é relação de reciprocidade, não podendo ser imposto quando o filho não o deseja, ou o repele [...] (LÔBO, 2011, p. 174).

A aplicação da guarda tem como critério orientador o princípio em questão: toda medida aplicada à criança deve ser sempre em seu benefício. O CC/02, seguindo a orientação princípio/lógica, antes da edição da Lei 11.698/2008, arremudou, completamente, a influência da culpa no direito de guarda judicial dos filhos, (art. 1.584, *caput*) ao dispor, que se não houver acordo quanto à guarda dos filhos, ela será atribuída a quem melhor revelar condições para exercê-la. O § 2º, do art.1584 determina que “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”, entendimento amplamente questionável (BRASIL, 2002). A leitura dos arts.1.583, § 2º e 5º e 1.584 evidencia que o legislador quer atender ao melhor interesse da criança.

De acordo com Alves, é importante salientar, no contexto da guarda unilateral e também da guarda compartilhada que, quando se fala em *visita* percebe-se muito espaço para que um dos genitores, utilize-se da mesma como um instrumento de vingança, uma “arma” para chantagear seu antigo cônjuge, numa atitude carregada de sentimento passional, proveniente de frustrações relacionadas ao final do relacionamento amoroso, atitude extremamente prejudicial à situação dos filhos, pois acabam se distanciando do outro genitor, formando uma opinião distorcida acerca do mesmo, proporcionando abalos na formação psicológica dos infantes, produzindo a alienação parental, responsável pela Síndrome da Alienação Parental (ALVES, 2009, p. 100). Diante dos prejuízos e empecilhos decorrentes da atribuição da guarda unilateral, a doutrina postulava pela necessária substituição dessa medida pela guarda compartilhada, postura condizente com a proteção do melhor interesse da criança.

Ainda conforme o autor, ao considerar o instituto da guarda, há que se ponderar que a modalidade “guarda compartilhada”, até bem pouco tempo, era fruto da análise doutrinária e da experiência jurisprudencial insipiente. É cediça a consciência de que são inúmeros os efeitos prejudiciais e traumáticos, oriundos da dissolução do casamento ou da união estável, no desenvolvimento psicológico dos filhos menores. Pode-se dizer que um dos maiores problemas é a falta de convivência com um dos genitores. Nesse viés, a guarda compartilhada pretende

evitar, justamente, esse distanciamento indesejado, estimulando, ao máximo, a manutenção e o estreitamento dos laços afetivos entre pais e filhos, pois os mesmos não perdem essa condição pelo fim do relacionamento amoroso (ALVES, 2009).

A guarda compartilhada não pode ser confundida com guarda alternada que não é recomendável porque tutela somente os interesses dos pais, contribuindo para uma divisão da criança que vai conviver, por exemplo, 15 dias com o pai e 15 dias com a mãe. Já a guarda compartilhada é justamente recomendável porque tutela os interesses dos menores, podendo, os genitores, exercitarem, simultaneamente, o poder familiar, mantendo a vinculação afetiva com o genitor com o qual ele não reside habitualmente (ALVES, 2009).

É importante esclarecer que a guarda compartilhada não exime a obrigação de alimentos, assumida por um dos genitores. Ela visa ampliar as responsabilidades dos pais, incentivando uma corresponsabilidade, uma colaboração de forma igualitária na condução da vida do menor. Ela vem mitigar os efeitos danosos da ruptura da união conjugal, estimulando uma participação colaborativa e corresponsável dos pais em relação aos filhos, conforme Lôbo leciona a seguir:

A guarda compartilhada é caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais. (...) O ponto mais importante é a convivência compartilhada, pois o filho deve sentir-se “em casa” tanto na residência de um quanto na do outro. Em algumas experiências bem-sucedidas de guarda compartilhada, mantêm-se quartos e objetos pessoais do filho em ambas as residências, ainda quando seus pais tenham constituído novas famílias. (LÔBO, 2011, p. 176).

A guarda compartilhada apresenta benefícios: o estímulo à convivência da criança com ambos os genitores, assim como impedir o fenômeno da alienação parental e a sua conseqüente síndrome já mencionada anteriormente. Constata-se nesta modalidade de guarda o foco primordial na realização do atendimento ao melhor interesse da criança que é o princípio garantidor da efetivação de seus direitos fundamentais, portanto, efetivação da teoria da proteção integral – art. 227, da CF/88 e do art. 1º do ECA. O princípio em tela é o objetivo precípua do instituto da guarda compartilhada. É importante mencionar o posicionamento de Pereira, quando pondera, em relação ao tema:

É comum vermos os filhos se tornarem “moeda de troca” dos pais no processo judicial. A ordem jurídica começou a perceber a necessidade de separar a figura conjugal da figura parental (...). Muito pertinente, por isso, a discussão acerca do cabimento da guarda compartilhada no ordenamento jurídico pátrio. Este novo arranjo familiar atenderia aos Princípios do Melhor Interesse do Menor? A guarda compartilhada é um modelo novo, cuja proposta é a tomada conjunta de decisões mais importantes em relação à vida do filho, mesmo após o término da sociedade conjugal (...). O que se garante é a continuidade da convivência familiar, que é um direito fundamental da criança e, por seu turno, um dever fundamental dos pais. A convivência, neste íterim, não assume apenas a faceta do conviver e da coexistência, mas vai muito mais além, ou seja, participar, interferir, limitar, educar. Estes deveres não se rompem com o fim da conjugalidade, por força do artigo 1.632, do Código Civil de 2002., por ser atributo inerente ao poder familiar, que apenas se extingue com a maioria ou a emancipação do filho. Zelar pelo melhor interesse do menor, portanto, é garantir que ele conviva o máximo possível com ambos os genitores – desde que a convivência entre eles seja saudável, ou seja, que não exista nada que os desabone [...] (PEREIRA, 2006, p. 134-135).

O instituto da guarda compartilhada para além do melhor interesse da criança deve atender aos princípios do direito de família, consagrados na CF/88 nos arts. 226 e 227 e nos arts. 4º e 19 do ECA. Assim, a Lei 11.698/2008⁶ ao instituir, expressamente, o instituto da guarda compartilhada alterou alguns dispositivos do CC/02: acrescentou o §1º art. 1583 do mesmo Código, trazendo, no seu âmago o conceito de guarda compartilhada, nos seguintes termos “[...] é 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.” (BRASIL, 2002).

Conforme Alves, esse conceito legal possui uma falha que merece ser apontada: ele restringe o exercício da guarda compartilhada aos pais, impedindo a utilização do instituto por outras pessoas que, eventualmente, venham a cuidar dos menores, vedação que se afasta do conceito moderno de família, em que os vínculos de parentesco são muito menos jurídicos e muito mais afetivos (parentesco sócio afetivo). Conforme o autor, a interpretação do art. 1583, §1º do CC/02, deve ser dar de forma extensiva e não taxativa, permitindo a participação de terceiros nessa modalidade de guarda, entendimento já consagrado pela jurisprudência (ALVES, 2009).

⁶ A referida Lei foi sancionada em 13 de junho de 2008 e publicada no Diário oficial da União, em 16 de junho de 2008, entrando em vigor, no país, sessenta dias após a citada publicação, por força de seu art. 2º.

Tal artigo interpretado com o art.1.584, § 5 ° (antigo art.1.584, parágrafo único), determina que “[...] se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.” (BRASIL, 2002).

Percebe-se que o art.1.584, alterado pela Lei 11.698/2008, permitiu que a guarda compartilhada (ou unilateral, também) pode ser decretada *por requerimento consensual dos pais ou de qualquer deles* (inciso I: “Requerida por consenso, pelo pai e pela mãe, ou qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de união estável ou em medida cautelar.”) ou ainda *judicialmente* (inciso II: “Decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai ou com a mãe.”) (BRASIL, 2002).

A aplicação prática da guarda compartilhada torna-se muito mais fácil quando há consenso e compreensão entre os pais. Eles devem estar plenamente cômicos dos benefícios que a medida oportunizará aos filhos menores, assim como, das responsabilidades que irão empreender, juntos no exercício do poder-dever de orientar o destino das crianças, de forma a proporcionar-lhes um desenvolvimento sadio. Esta intenção tem respaldo junto ao art.1.584, no seu §1º do CC/02.

O ponto polêmico da guarda compartilhada diz respeito à aplicação da medida quando não há o consenso mencionado. Para Alves, a existência de litígio entre os genitores não recomendaria a atribuição da guarda compartilhada, sob pena de ser vista a frustração da medida além da completa violação ao melhor e superior interesse da criança. Por esse motivo, parte da doutrina critica o §2º, do art.1.584, no ponto que vinculada a situação de inexistência de acordo, à aplicação, “sempre que possível”, da guarda compartilhada (ALVES, 2009).

Para Alves, a atribuição da guarda compartilhada, nesses casos, implicaria num escancarado retrocesso, pois o art.1.584, antes da alteração proposta pela Lei 11698/2008, determinava que a guarda dos filhos fosse “atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”, o que preservaria de forma mais eficiente o melhor interesse da criança, constituindo-se num grave erro a imposição da guarda

compartilhada nesses casos, motivo pelo qual deveria ser mantida a regra geral anterior, mais condizente como melhor interesse da criança (ALVES, 2009, p.113).

A maior inovação que a Lei 11.698/2008 traz ao CC/02 é o dispositivo que pretendeu afastar a guarda unilateral, mesmo aquela que seja exercida por “quem revelar melhores condições”, como afirmava o antigo art.1.584, parágrafo único (regra geral), substituindo-a pela guarda compartilhada, medida que deve ser comemorada, de acordo com Alves, pois, a guarda compartilhada é a medida que mais se adapta ao princípio do melhor interesse da criança e a existência de litígio entre os pais não prejudicará o sucesso da aplicação da medida, uma vez que, nessa hipótese, exigir-se-á a prévia realização da mediação interdisciplinar, procedimento amplamente eficaz na resolução de conflitos. Somente no caso de insucesso da mediação será recorrido à medida excepcional da guarda unilateral, desde que se adapte aos parâmetros do art.1.584, §5°. Por força do contexto axiológico que a CF/88 impõe à legislação infraconstitucional, percebe-se que há consonância no que tange ao atendimento ao melhor interesse da criança, na guarda compartilhada (ALVES, 2009).

2 AS DECISÕES DO TJ/RS E O ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA NA GUARDA COMPARTILHADA

A partir da discussão teórica apresentada até o momento, percebe-se, no espírito da CF/88, que o eixo norteador do Estado, ao tutelar a família, com prioridade absoluta, é a configuração enquanto uma relação privada, de natureza pública e nela se identifica o ser humano, tanto como membro do grupo familiar, quanto como membro participante transformador do contexto social. Como a família é essencialmente dinâmica, as mudanças, operadas no seu seio, rompem com tradições e com os tradicionais vínculos, oportunizando, necessariamente, o revigoramento e a oxigenação da sociedade como um todo e, por conseguinte, das leis.

O legislador, para acompanhar os desdobramentos da realidade social, muitas vezes não consegue satisfazer as inquietações da família hodierna, já que o Direito vem a reboque dos fatos. Hoje, com os efeitos da chamada “globalização”, são percebidas modificações comportamentais, que se revelam nas leis. Os reflexos dos procedimentos

dos indivíduos, dentro do núcleo familiar, estabelecem interferências estruturais na sociedade. Sem pretender uma análise exaustiva, o trabalho irá examinar a tendência das decisões do TJ/RS, no período posterior ao advento da Constituição Federal de 1988, Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) e Código Civil de 2002, até 2008, quando da publicação da Lei 11.698, a chamada Lei da Guarda Compartilhada.

Pretende-se verificar se após vigência da Lei 11.698/2008, está sendo efetivado o atendimento ao princípio do superior interesse da criança, quando da atribuição da guarda compartilhada aos casais que romperam sua relação afetiva e jurídica.

2.1 DECISÕES DO TJ/RS ANTES DA PROMULGAÇÃO DA LEI 11.698/2008

A aplicação prática da guarda compartilhada sempre esteve garantida pelo que dispõe o art. 1.579, do CC-02, ao preconizar que:

[...] o divórcio não modificará os direitos dos pais em relação aos filhos, e do art. 1.632, da mesma normativa legal ao afiançar que “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos. (QUINTAS, 2010, p. 134).

A legislação brasileira não proibia a guarda compartilhada, antes da Lei 11.698/2008. Ainda não havia uma disposição legal própria, mas não havia qualquer restrição a sua atribuição. Na lição de Waldyr Grisard:

Embora inexista norma expressa, nem seja usual na prática forense, a guarda compartilhada mostra-se lícita e possível em nosso direito... se não existem regras proibitivas à aplicação do modelo, por outro, a escassa doutrina nem a jurisprudência a repelem. (GRISARD FILHO, 2002, p. 143).

Desse modo, guarda compartilhada seria o arranjo mais conveniente, numa adequação ao caso concreto, pois o instituto manteria o exercício do poder familiar, após a dissolução conjugal. O direito pátrio não apresentava nenhum impedimento à atribuição deste instituto. Contudo, poucas decisões afrontavam a instituição da guarda exclusiva.

De acordo com Quintas, como a guarda compartilhada não era usualmente aplicada, o direito pátrio enfrentava a incerteza e a hesitação e, por consequência, a apreensão de seus intérpretes (QUINTAS, 2010). Antes da Lei 11.698/2008, já eram

inúmeros os pedidos submetidos ao Judiciário, no sentido de que fosse atribuída a guarda compartilhada aos casos peticionários.

Após a CF/88, essas ações eram ajuizadas com fundamento de que essa modalidade de guarda atenderia ao princípio do superior interesse da criança, assim como estaria embasada na concepção da isonomia jurídica entre homens e mulheres, garantidos pela CF/88. Seguindo essa linha de raciocínio, Karam já asseverava:

[...] a concretização do princípio da igualdade entre homens e mulheres passa, também, necessariamente, pelo estabelecimento de uma nova forma de relacionamento entre pais e filhos, em que o papel do pai não seja mais o de um simples coadjuvante, dividindo, sim, com a mãe, as funções de criação e educação dos filhos. (KARAM, 1998, p.186).

Cientistas sociais apontavam a modalidade da guarda compartilhada como especial facilitadora à convivência dos genitores com os filhos de modo efetivo. Merece destaque o posicionamento de Leila Brito nesse sentido:

No modelo de guarda conjunta ou compartilhada, apesar de a criança residir com um dos cônjuges, deve-se garantir uma convivência ampliada com ambos os genitores, responsáveis pela educação das crianças partindo-se da compreensão de que, após a separação o que se reconfigura é o estado referente à conjugalidade e não à parentalidade. Busca-se, portanto, nessa modalidade de guarda, uma visão equilibrada do tempo que cada pai passa com o filho, garantindo-se, também, a participação dos dois genitores na educação da prole. (BRITO, 2005, p. 53).

Com o exercício da parentalidade pode ver favorecidos ou enfraquecidos os laços de filiação, de acordo com a repercussão da aplicação e da interpretação legal nas decisões judiciais. Considerando a análise dos posicionamentos referidos, pode-se elaborar uma linha de raciocínio que esclareça a posição teórica que fundamenta os principais conceitos que pautam os acórdãos sobre a guarda compartilhada e verificando a íntegra das ementas que concederam essa modalidade de guarda, no espaço de trinta meses antes da Lei 11.698/08 e trinta meses após a vigência da legislação, tabulando as explicações para a concessão ou não da guarda compartilhada reportam-se a temas relacionados ao homem como indivíduo, como ser social. Partindo-se do acórdão que data de 09 de fevereiro de 2006:

AGRAVO INTERNO. Nº 70013943881. SEPARAÇÃO JUDICIAL. ALTERAÇÃO LIMINAR DE GUARDA DOS FILHOS.

Mostra-se temerária alteração na guarda, mormente quando já se encontra determinada a guarda compartilhada entre os genitores do menor. Partindo-se do princípio que é o interesse do menor que deve ser resguardado, melhor é aguardar que elementos de convicção mais concretos venham aos autos. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO. (RIO GRANDE DO SUL, 2006a).

Foi negado provimento ao agravo, no tocante à alteração da guarda dos filhos, pois fora atribuída guarda compartilhada quando da separação do casal, e o pai estava pedindo para fazer a alteração, pois desejava a guarda exclusiva. Assim, pronunciou-se o relator, Des. Rui Portanova, na fundamentação de seu voto:

A guarda

Embora haja indícios de verossimilhança nas alegações do agravante, no tocante a maior interesse e condições de manter os filhos, não se pode perder de vista o interesse do menor, aqui, ALEXANDRE, que contará com 12 anos em janeiro de 2006. Na audiência de conciliação restou evidenciado o desinteresse da mãe em relação aos filhos, bem como a intensa atenção dispensada pelo pai a ambos os menores. No entanto, ALEXANDRE, embora com 11 anos, em suas próprias declarações demonstrou estar passando por conflitos em relação a com quem ficar, dada a recente e brusca separação do casal. A juíza a quo, com muita propriedade, percebeu tal fato e fixou a guarda de forma a adaptar o relacionamento entre mãe e filhos, de modo a não impor possíveis traumas aos menores, isso facilmente se depreende da decisão agravada. (RIO GRANDE DO SUL, 2006a).

Mais adiante, segue o relator seu argumento, no sentido de manter a guarda compartilhada concedida ao casal, quando do rompimento da união:

Embora haja indícios de desinteresse da mãe em relação aos filhos, esta apresenta importante papel dentro da entidade familiar, não se mostrando razoável, afastar bruscamente a presença materna da vida dos menores, mormente porque não há notícia de qualquer tipo de violência por parte dela em relação a qualquer um dos filhos, existindo ainda manifestação do menor ALEXANDRE no sentido de, por ora, permanecer com a mãe. Ademais, não se cuida aqui de decidir a guarda definitiva, pendendo, ainda, diversas questões que deverão ser analisadas no transcurso do feito, que culminado com a decisão final. Assim é de ser mantida, ao menos por ora, a decisão agravada. (RIO GRANDE DO SUL, 2006a).

Sabe-se que são profundamente prejudiciais aos infantes as modificações concernentes à guarda. Mesmo que seja possível alterar a guarda atribuída judicialmente, as mudanças só devem se materializar quando forem imprescindíveis. Conforme

Quintas, “[...] a criança que vive com um dos pais ou alternadamente com ambos e que repentinamente tem que alterar o estilo de vida em que está inserida, sofre muito com isso.” (QUINTAS, 2010, p. 140). A criança e o adolescente precisam de estabilidade emocional e afetiva.

No entendimento de Wald, deve-se evitar modificar a atribuição da guarda porque esta poderia se manifestar mais nociva do que a manutenção do *status quo* e, exclusivamente, quando se provasse que a criação do menor estaria sendo feita em ambiente não recomendável (WALD, 2002). Diferente a situação do acórdão seguinte, datado de 10 de maio de 2006, em que não foi concedida a guarda compartilhada, vencida a presidente Des. Maria Berenice Dias:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Nº 70014577217. GUARDA COMPARTILHADA. 1. PEQUENAS SÃO AS CHANCES DE BOM ÊXITO NO ESTABELECIMENTO DE GUARDA COMPARTILHADA E, NO CASO DOS AUTOS, PRATICAMENTE CERTO É O SEU INSUCESSO, UMA VEZ QUE DO RELATO DA PETIÇÃO DO RECORRENTE SE PERCEBE AS DIFICULDADES EM SUPERAR A RUPTURA DA RELAÇÃO DE CASAMENTO, EM GERAL RECOBERTA DE MÁGOAS E RESSENTIMENTOS. 2. ESSA CIRCUNSTÂNCIA FAZ FRACASSAR A CONVIVÊNCIA PÓS-SEPARAÇÃO LIVRE DE CONFLITOS E PREJUDICA O PROJETO DE GUARDA COMPARTILHADA QUE EXIGE UM NÍVEL DE RELACIONAMENTO AUSENTE ENTRE OS LITIGANTES. 3. O DESEJO PATERNO DE CONVIVÊNCIA COM OS FILHOS E A CONSIDERAÇÃO AOS MELHORES INTERESSES DAS CRIANÇAS AUTORIZAM QUE SEJA AMPLIADA A ESCALA DE VISITAS, COM INCLUSÃO DE UM DIA A MAIS POR SEMANA. POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO PARA AMPLIAR O REGIME DE VISITAÇÃO, VENCIDA A PRESIDENTE QUE DAVA PROVIMENTO PARAINSTITUIR A GUARDA COMPARTILHADA. (RIO GRANDE DO SUL, 2006b).

No seu relatório, o Des. Luis Felipe Brasil dos Santos fundamenta:

Em que pese o relato de que as crianças são muito apegadas ao pai, na ata de audiência ficou consignada a impressão do julgador acerca do grande conflito e litigiosidade entre os separados. A idéia de guarda compartilhada deve ser bem entendida, pois sua aplicabilidade prática é de rara recomendação, viável nos especialíssimos casos em que, não obstante o fim do casamento, os ex-cônjuges mantêm o equilíbrio emocional e vive, pós-separação, uma excelente relação de serenidade e tranquilidade de um para com o outro. Raras as pessoas que se encontram nestas condições ideais ao final de um casamento! Como visto, a guarda compartilhada exige um nível de relacionamento que não parece estar presente entre os litigantes, pois transparece de seu próprio relato o sentimento de contrariedade com a ruptura da relação. Atente-se que na petição inicial se

refere, com desgosto, ao fato de a agravada “já estar com um namorado”. Para ele é inadequada a postura de KATIA que, com diz, com apenas 15 dias de separação coloca pessoa estranha a conviver com os filhos. Conto com este relato tão-só para ilustrar o quanto difícil pode ser o encontro cotidiano dos litigantes para tratar das decisões usuais que envolvem o dia-a-dia das crianças. Não obstante a guarda estar juridicamente conferida à mãe, a continuidade da convivência mais estreita do pai com os filhos, por ora, se pode obter com a ampliação das visitas, meio de assegurar ao pai a manutenção dos vínculos com os filhos e minorar as seqüelas da ruptura da vida familiar sobre crianças de tenra idade. Na linha do que propugna o parecer ministerial, recomendável que sejam elaborados estudo social no ambiente materno e paterno e avaliação psicológica em **todos os envolvidos** (mãe, pai, filhos). Com o evoluir da instrução e, de posse do resultado daquelas análises, o magistrado poderá encontrar elementos para definir os parâmetros de convivência, entre todos, de modo a zelar pelo bem estar dos infantes. (RIO GRANDE DO SUL, 2006b).

Já a Des. Maria Berenice Dias, presidente, embora vencida, acolheu o recurso, usando a seguinte argumentação e posicionando-se contrária aos demais:

[...] tenho que está comprovado que ambos os genitores têm condições de ter a filha sob sua guarda e companhia, o que justifica a imposição da guarda compartilhada. A eventual desavença ou estado de beligerância entre os pais não pode prejudicar a ampla convivência dos filhos com ambos os genitores. Essas divergências deverão ser superadas pelos próprios pais por meio de acompanhamento psicológico. O que descabe é tarifar os vínculos de convivência quando harmônico é o relacionamento dos filhos com cada um de seus genitores. (RIO GRANDE DO SUL, 2006b).

Como se pode depreender das posições exaradas pelos desembargadores do TJ/RS, as decisões que concernem à guarda dos infantes são extremamente delicadas, pois elas definem o destino de indivíduos desprovidos de capacidade para identificar e fazer valer, no aspecto civil, a efetivação de seus direitos, o que é melhor para o seu futuro. As crianças são personalidades frágeis, pois estão em desenvolvimento (ECA, art. 6º).

As decisões são diferentes, pois se tratam de circunstâncias diferentes. Conforme Quintas, “[...] deve-se direcionar a decisão, para aquela criança, naquele momento, visualizando o que melhor atender a seus interesses.” (QUINTAS, 2010, p. 137). O acórdão seguinte, de 18 de outubro de 2006, trata da revogação de guarda compartilhada já concedida, depois de ver frustrada todas as modalidades do instituto:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Nº 70016295800.
AÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DE GUARDA DE MENOR. ALTERAÇÃO DE GUARDA. PEDIDO LIMINAR. No caso, já tentadas todas as formas de guarda possíveis, isto é, a mãe já exerceu a guarda, esta também

concedida ao pai e ainda acertada a guarda compartilhada às partes, sem que nenhuma delas funcionasse em face do alto grau de beligerância existente entre as partes. Em vista disso e considerando que acima da conveniência dos pais está o interesse dos filhos, os quais, quando inexistente fato grave que evidencie situação de risco a justificar a modificação liminar da guarda, devem permanecer na companhia de quem se encontram pelo menos até a realização de estudo social e a avaliação psicológica dos envolvidos. Revogada a guarda compartilhada, com a concessão da guarda provisória à agravada, somada às dificuldades de relacionamento entre as partes e o bem estar dos menores a ser preservado, necessária à regulamentação das visitas do pai aos filhos menores. (RIO GRANDE DO SUL, 2006c).

Ainda Quintas considera que “[...] o ideal para o menor seria estar afastado de contendas judiciais e sob a guarda de ambos os pais que vivessem juntos.” (QUINTAS, 2010, p. 138). No entanto, há separações, há disputas judiciais e há necessidade de que decisões proferidas pelo Judiciário se coadunem ao melhor interesse da criança. É o caso do acórdão, de 11 de abril de 2007:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70018264713. GUARDA COMPARTILHADA. CABIMENTO. Tendo em vista que o pai trabalha no mesmo prédio que a infante, possuindo um contato diário com a filha, imperioso se mostra que as visitas se realizem de forma livre, uma vez que a própria genitora transige com a possibilidade da ampliação das visitas. Agravo provido, por maioria, vencido o relator. (RIO GRANDE DO SUL, 2007).

Diz o relator, Des. Sérgio Fernando Vasconcelos Chaves, em seu argumento que foi vencido, ao votar:

E, precisamente, o fato dos pais não terem bom relacionamento pessoal é que inviabiliza um regime de visitação livre ou, ao menos, com maior flexibilidade. Como a própria recorrida admite a possibilidade de transigir na ampliação das visitas, nada impede que o faça, seja na busca do diálogo, seja na proposta concreta de composição do litígio. (RIO GRANDE DO SUL, 2007).

No entanto, os demais desembargadores entenderam pelo provimento do agravo, dizendo cabível a guarda compartilhada, como melhor ajuste para atender o melhor interesse da menor. Seguem palavras do Des. Luiz Felipe Brasil Santos:

Diante da realidade dos fatos, e considerando que a própria genitora, em sua resposta, admite maior flexibilidade na visitação, estou em dar provimento ao agravo, para deixar as visitas livres, até porque, de fato, já o

são, ao menos enquanto pai e filha freqüentarem diariamente o mesmo ambiente. (RIO GRANDE DO SUL, 2007).

Desse modo, após a análise de todos os aspectos apresentados pelo caso, surge uma decisão singular, própria para a situação em tela, que não pode servir como modelo para outras, somente como fonte de argumentação para ocorrências semelhantes (CARBONERA, 2000). O acórdão seguinte data de 05 de junho de 2008 e trata da concessão da guarda compartilhada, em caráter provisório, dado o horário alternado do trabalho dos pais, o que possibilita cada um dos genitores prestarem cuidado à filha de dezoito meses:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Nº 70023398423. GUARDA PROVISÓRIA COMPARTILHADA EM RAZÃO DA PECULIARIDADE DAS ATIVIDADES LABORATIVAS DOS GENITORES, QUE AS EXERCEM EM HORÁRIOS ALTERNADOS. PRESERVAÇÃO DOS INTERESSES DA INFANTE. *Atento ao disposto nos artigos 1.630 e 1.634, I e II, do Código Civil, aliado ao interesse da menor, que conta com menos de 18 (dezoito) meses de idade, e a peculiaridade do caso concreto, vez que os pais exercem atividade laborativa em horários alternados: a mãe, agravante, trabalha das 17h às 2h20min; o pai, agravado, trabalha das 7h30min às 17h20min, concedida a guarda provisória compartilhada, determinando-se que a menor permaneça na companhia da mãe, de segunda a sexta-feira, das 7h às 18h30min, e em finais de semana alternados, e do pai no restante do tempo. Agravo provido. (RIO GRANDE DO SUL, 2008a).*

O relator, Des. Alzir Felipe Schmitz entendeu como adequada a decisão salomônica de concessão da guarda compartilhada aos genitores, por constatar que se trata de atender o superior interesse da menor, com dezoito meses. Finalizou o seu voto com as seguintes palavras:

Saliento, por fim, que com o avançar da instrução, à luz de maiores provas, essa decisão poderá, a qualquer momento, ser revista, se restar demonstrado sua inadequação frente ao caso concreto. Destarte, preservando os interesses da menor, que não tem ainda 1(um) ano e 6 (seis) meses, acolho o pedido subsidiário da agravante ao efeito de determinar que a menor permaneça na companhia da mãe, de segunda a sexta-feira, das 7h às 18h30min, e em finais de semana alternados, e do pai no restante do tempo. (RIO GRANDE DO SUL, 2008a).

O voto do relator foi seguido por seus pares à unanimidade. Como se pode observar, as decisões do TJ/RS foram colhidas em um período anterior à vigência da Lei 11.698/2008. Embora tenham sido verificadas situações diferentes, no seu conjunto

petitório, sempre envolveram a concessão ou não da modalidade de guarda compartilhada.

Nessa amostragem, percebeu-se que, as decisões sempre levaram em conta o melhor interesse da criança, adaptado à casuística própria de cada situação, cumprindo o mandado constitucional de considerar o interesse do infante como prioridade absoluta. Ocorre que, pelo fato de não haver legislação específica sobre a guarda compartilhada, nesse período, a efetivação do melhor interesse da criança ficava aberto ao critério interpretativo do julgador. A jurisprudência levava em conta os fatores favoráveis ou não à aplicação da guarda compartilhada, prevenindo possíveis e eventuais prejuízos que pudessem ser trazidos à criança.

2.2 DECISÕES DO TJ/RS APÓS A PROMULGAÇÃO DA LEI 11.698/2008

Com o objetivo de comparar o impacto da Lei n. 11.698/2008, foi dada continuidade à pesquisa documental, realizando-se a coleta das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul após a promulgação do referido texto normativo, sob o critério da aplicação do princípio do melhor interesse da criança, quando da atribuição da guarda compartilhada aos casais que romperam sua relação conjugal. O acórdão, datado de 24 de setembro de 2008, trata do desprovemento de um agravo de instrumento que nega o pedido de guarda compartilhada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Nº 70025244955. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL LITIGIOSA. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES PARA DECRETAÇÃO. A guarda compartilhada está prevista nos arts. 1583 e 1584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei 11.698/08, não podendo ser impositiva na ausência de condições cabalmente demonstradas nos autos sobre sua conveniência em prol dos interesses do menor. Exige harmonia entre o casal, mesmo na separação, condições favoráveis de atenção e apoio na formação da criança e, sobremaneira, real disposição dos pais em compartilhar a guarda como medida eficaz e necessária à formação do filho, com vista a sua adaptação à separação dos pais, com o mínimo de prejuízos ao filho. Ausente tal demonstração nos autos, inviável sua decretação pelo Juízo. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2008b).

O Des. André Luiz Planella Villarinho, relator, pronunciou o seu voto no sentido da negativa do provimento do recurso, com as seguintes palavras:

Ainda que o processo se encontre em estágio inicial, a leitura das peças já produzidas, (...) evidenciam que as partes se encontram, lamentavelmente, em manifesta oposição, com manifestações beligerantes e acusações recíprocas, evidenciando a absoluta impossibilidade, no momento, de se estipular a guarda compartilhada de Renan entre seus pais, agravante e agravada. Ademais, não há, ainda no processo, elementos seguros de informação acerca do modo de viver dos pais de Renan, o tempo que cada um dispõe em busca de transmitir carinho, segurança e apoio ao menor, e de suas reais intenções em buscar harmonia na relação, mesmo separados, em prol dos interesses do filho. Tais condições, somente se materializam no processo após os exames e laudos necessários, e da constatação, pelo juízo, que efetivamente há condições de estabelecer a guarda compartilhada do menor entre seus pais. No momento, à evidência, tal constatação não se faz presente no processo. Isso posto, **nego provimento** ao agravo de instrumento. (RIO GRANDE DO SUL, 2008b).

A argumentação do relator é precisa, ao diagnosticar a inexistência de requisito básico para a concessão da guarda compartilhada, constatando a evidência de desacordo e estado de beligerância entre os pais, motivos suficientes para a negativa. O relator foi seguido por seus pares que o acompanharam para proteger o melhor interesse do filho do casal.

Embora haja divergências na interpretação de conceitos entre os estudiosos das ciências humanas e os juristas, em relação às necessidades e ao bem-estar dos filhos envolvidos, nas situações de litígio em que se encontram seus pais, reconhece-se a possibilidade dos pais pensarem e agirem de formas diferentes e esse não deve ser fator impeditivo da concessão da guarda compartilhada (BRITO; GONSALVES, 2009).

O impeditivo importante é, sim, a falta de objetivo comum a respeito do futuro dos filhos - quanto à saúde, educação, sociabilidade, afetividade - valores familiares, indispensáveis ao desenvolvimento sadio e responsável das crianças e adolescentes. É nesse sentido que o acórdão seguinte, datado de 14 de outubro de 2009, nega provimento à apelação, por não se mostrar razoável a alteração da guarda da filha de 11 anos que estava sob os cuidados da mãe.

APELAÇÃO CÍVEL. Nº 70029650033. FAMÍLIA. RELAÇÕES DE PARENTESCO. GUARDA DE FILHA COM 11 ANOS DE IDADE. PERMANÊNCIA COM A GENITORA. ATENDIMENTO DO PRINCÍPIO DA PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE DA CRIANÇA. PRESERVAÇÃO DA SITUAÇÃO QUE OCASIONA BEM-ESTAR E MAIOR ESTABILIDADE

EMOCIONAL E AFETIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE A CRIANÇA SE ENCONTRA SOB RISCO. INEXISTÊNCIA DE RAZÃO RELEVANTE QUE ATESTE A NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO EXISTENTE. ANIMOSIDADE ENTRE OS GENITORES.

Não se mostra razoável a alteração da guarda de filho se inexistente situação de risco ou razão relevante para que não mais permaneça sob os cuidados de quem detém o encargo. Levando-se em consideração o estabelecido nos art. 1.584 do Código Civil, que recomenda que a guarda deve ser concedida àquele cônjuge que tiver melhores condições para criar o filho, há de buscar-se, sempre, o melhor atendimento dos interesses da criança, ostentando-se irrazoável que se altere a guarda anteriormente concedida a um dos genitores tão-somente em virtude de o outro não concordar com a forma como conduzida a vida cotidiana do filho. Impossível o deferimento da guarda compartilhada quando os pais não mostram o mínimo interesse de, abstraindo as diferenças pessoais que levaram à separação, manter conduta razoável com o bom senso que deve permear os relacionamentos interpessoais, mormente quando em jogo o desenvolvimento saudável da prole. APELAÇÃO DESPROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL, 2009).

No caso em tela, o relator Des. José Conrado de Souza Júnior, em seu voto sistematiza as seguintes lições, sendo acompanhado dos demais desembargadores:

[...] a guarda da menina Letícia sempre foi motivo de desentendimento do ex-casal (...). Ora, antes de tudo, necessário assinalar que a guarda – que compete, em princípio, a ambos os genitores na condição de titulares do poder familiar –, a teor do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, se reveste em dever *de assistência educacional, material e moral a ser cumprido no interesse e em proveito do filho menor e do maior incapaz, garantindo-lhe a sobrevivência física e o pleno desenvolvimento psíquico. É um poder-dever exercido no interesse da prole.* (DINIZ, 2003, p. 1.078).

Ainda, o art. 1.584 do Código Civil estabelece que a guarda dos filhos, *será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.* Nesse passo, há de considerar-se, quando em disputa a guarda de filho, o melhor interesse da criança, porquanto a alteração é medida extrema e somente cabível em situações excepcionais, em face da repercussão que acarreta.

E isso porque, como bem o disse o eminente Des. Rui Portanova, *é necessário assegurar que a criança receba carinho e afeto, tão importantes para a sua formação quanto às questões materiais. Ou seja, a guarda deve ser deferida não apenas àquele que possui a melhor condição financeira para suprir o menor, e sim para o capaz de fornecer tanto os subsídios materiais quanto emocionais [...]* (RIO GRANDE DO SUL, 2009) [grifo das pesquisadoras].

Como se constata, a concessão da guarda compartilhada não prescinde da sintonia dos genitores para alcançar sucesso. Ao perceber litígio, sem possibilidade de acordo entre as partes, os desembargadores não podem atribuir guarda compartilhada, em razão do princípio dos princípios: atendimento ao superior interesse da criança.

Seguindo a análise dos entendimentos expressados pelas decisões do TJ/RS, necessário é que se diga da clareza e da certeza que devem ser evidenciadas aos

juizadores para que possam pronunciar suas sentenças embasadas em forte fundamentação, realmente, em atendimento ao melhor interesse da criança. O acórdão que trata da apelação seguinte, datado de 08 de abril de 2010, é um robusto exemplo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70034072876. AÇÃO DE GUARDA DE MENOR. GUARDA COMPARTILHADA.

Observado, nos autos, que ambos os genitores têm interesse e condições de exercer a guarda da filha de 12 anos e que esta declarou, em juízo, que gostaria de ficar com os dois genitores, deve ser deferida a guarda compartilhada. RECURSO PROVIDO, EM PARTE. (RIO GRANDE DO SUL, 2010a).

O relator, Des. Claudir Fidélis Faccenda foi acompanhado pelos demais no seu voto, e esclareceu:

A prova documental e testemunhal indica que os genitores, Cesar e Beloni, têm boas condições para o exercício da guarda da filha. (...) As testemunhas, fls. 69 e seguintes, abonam a conduta das duas partes. À unanimidade referem que ISIS ficava mais com o pai (durante a semana e final de semana com a mãe). O estudo social, fls. 37 e seguintes, e os relatórios do CATES (Centro de atendimento terapêutico e social) esclarecem a situação e a rotina das partes e da criança. (...) As informações do processo, fl. 67, indicam que Isis tem um quarto na casa do pai, melhor estruturado, e um quarto na casa da mãe, que também oferece boas condições de moradia. Impressiona, sobretudo, o depoimento pessoal da criança, fl. 67, onde ISIS descreve toda sua rotina com o pai e com a mãe, dizendo, em especial, que **“queria ficar o mesmo tempo com os dois, uma semana com uma e outra semana com o outro, diz que isso para ela seria legal”**. A justiça, no trato dessas questões, deve buscar sempre o maior interesse da criança que, no caso, pode ser atendido [...] Em decorrência, a menor irá residir com ambos os genitores, com livre circulação na casa dos dois. Os dois terão o direito e o dever de regular as atividades e a circulação da filha. A situação fática, boas condições dos pais, localização das moradias (ambos na cidade de Santa Maria), proximidade da escola, amigos, etc, convergem para o decreto de guarda compartilhada, aliás, como de fato já vinha vigorando desde a separação do casal. [...] Assim, estou votando no sentido do provimento parcial do recurso para o julgamento de procedência parcial da ação para impor a guarda compartilhada de CESAR e BELONI em favor da filha ISIS. (RIO GRANDE DO SUL, 2010a) [grifo das pesquisadoras].

De forma contínua, importante salientar o acórdão, datado de 09 de junho de 2010, onde foi desprovido o agravo de instrumento em que o agravante, por ter a guarda compartilhada da filha, pretendia desonerar-se da verba alimentícia. Conforme a ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Nº 70035556919. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. ALIMENTOS. GUARDA COMPARTILHADA. SUSPENSÃO OU REDUÇÃO DA VERBA. DESCABIMENTO NO CASO CONCRETO.

A instituição da guarda compartilhada não impede a fixação de alimentos a serem pagos por um dos genitores, mormente quando há desequilíbrio nas condições econômicas dos guardiões. Os alimentos provisórios fixados comportam ser reduzidos quando o alimentante demonstra cabalmente o desequilíbrio entre o binômio necessidade-possibilidade. Considerando-se o rendimento mensal do agravante, já descontados os alimentos, descabe, por ora, o pleito de suspensão ou redução da verba. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2010b).

O relator, Des. André Luiz Planella Villarinho, desincumbiu-se do seu voto, discorrendo sobre o caso e asseverando:

O agravante argumenta que o fato de exercer a guarda compartilhada dos filhos com a agravada, estaria isento de prestar assistência material aos infantes. Ocorre que a instituição da guarda compartilhada não obsta a manutenção dos alimentos até então pagos pelo genitor. No caso, as partes não possuem as mesmas condições econômicas, o que torna plausível a atribuição da obrigação alimentar àquele que detém melhor situação financeira, a fim de atender plenamente as necessidades dos infantes, impondo um equilíbrio entre os valores destinados ao seu sustento por ambos os genitores.

Diante disso, os critérios para fixação dos alimentos, havendo guarda compartilhada, são os mesmos aplicados para situações em que a verba é prestada pelo genitor não guardião [...]

Deve-se, portanto, levar em conta as possibilidades financeiras do alimentante, em comparação com a realidade econômica do alimentado, ou, no caso de guarda compartilhada, comparada à condição econômica da genitora, que é igualmente guardiã. A verba deve ser fixada de modo a manter o equilíbrio no atendimento das necessidades básicas dos filhos, durante o tempo em que permanecem com cada genitor, equiparando o padrão de vida experimentado em cada residência, sem que, para isso, haja desfalque do necessário ao sustento do próprio alimentante [...]

Diante de tais elementos, e com objetivo de conferir equilíbrio ao padrão de vida dos infantes, não merece ser acolhida a pretensão de suspensão ou redução da verba fixada em 30% dos rendimentos líquidos do alimentante. Por fim, cuidando-se de alimentos provisórios, nada impede possam ser revistos a qualquer tempo, por iniciativa de quaisquer das partes, mediante prova inequívoca do direito alegado, conforme preceitua o art. 1.699 do Código Civil, o que, por ora, não se verifica. Isso posto, **nego provimento** ao agravo de instrumento. (RIO GRANDE DO SUL, 2010b) [grifo das pesquisadoras].

O fato da concessão da guarda compartilhada não exime do pagamento o genitor, devedor de alimentos, que segue sendo cobrado, mesmo compartilhando a guarda do filho. Para concluir a análise da presente amostragem das decisões do TJ/RS aos mais diferentes casos em que há, ou não, a concessão da guarda

compartilhada ao casal litigante, é curioso apresentar o caso do acórdão que segue, datado de 23 de março de 2011, onde a avó pleiteia a guarda compartilhada, em conjunto com os genitores, demonstrando as novas configurações familiares, advindas da também nova formatação social moderna:

APELAÇÃO CÍVEL. Nº 70038192860. AÇÃO DE GUARDA. DEFERIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA ENTRE A AVÓ MATERNA E OS GENITORES. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL.

Exercendo a avó materna e os genitores da criança, de fato a guarda compartilhada da menor, em razão da situação peculiar dos genitores que viajam constantemente a trabalho, períodos em que a menor, que possui problemas cardíacos permanece sob os cuidados da avó, autora do pedido em exame, a guarda compartilhada consiste, no caso, na medida mais adequada para proteger os interesses da menor, mormente havendo concordância dos pais ao pedido. Precedentes. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

O relator do acórdão, Des. André Luiz Planella Villarinho, emitiu seu voto de modo favorável a guarda compartilhada e foi acompanhado pelos demais desembargadores. Considerou a casuística em tela com a seguinte lição:

Trata-se de apelação interposta [...] que julgou improcedente o pedido. Cuida-se de pedido de guarda deduzido pela avó materna, contando com a expressa concordância dos genitores, face a períodos de impossibilidade de exercerem a guarda da criança. De acordo com o art. 22 do ECA 'aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais'. [...]

Contudo, o caso concreto retrata situação peculiar, onde claramente não se busca o deferimento da guarda para fins previdenciários, mas sim, para salvaguardar e proteger os interesses da infante, os quais efetivamente tem primazia. Do detalhado Estudo Social realizado (fls.32-36) se extrai que a menor Julya, nascida em 10 de janeiro de 2008 (fl.17), reside desde o nascimento com sua genitora, na residência da avó materna, ora autora. Embora os genitores sejam presentes, sendo que o pai visita a filha, a menina desde o nascimento apresenta sérios problemas cardíacos. Nenhum dos genitores se exime do desempenho do papel parental, mas contam com o total apoio da autora, quem efetivamente cuida da infante nos períodos que, por necessidade de trabalho, os pais de Julya se ausentam da capital (fl. 34). As ausências da genitora são de períodos longos, nos quais trabalha em eventos fora da cidade ou fora do Estado. Também o genitor se ausenta por períodos, porque, como músico, se apresenta fora da Capital. Nessas ausências, a menor fica integralmente sob os cuidados da autora, e nesses períodos, por vezes, a avó necessita levar a neta à atendimentos médicos, ocasiões em que não tem documentos demonstrando a responsabilidade da menor (fl. 34).

Resulta claro do estudo realizado que os genitores não pretendem se eximir das suas responsabilidades para com a filha, tanto que se envolvem com a

infante quando estão na capital. Mas a maior parte da manutenção da menor é assumida pela autora, com quem a menina reside (fl. 35).

Também se extrai do laudo, que Julya já é dependente da autora/avó no plano de saúde (fl. 36). Como se vê, a autora/avó exerce, de fato, a guarda compartilhada da neta, juntamente com os genitores, sendo que estes cumprem com as funções parentais, as quais também são desempenhadas pela avó materna.

A situação peculiar existente no caso em apreço, reside em dois fatores: a menor apresenta problema sério cardíaco, necessitando de atendimentos constantes; e, ambos os genitores, em função das atividades profissionais que exercem, se ausentam da cidade rotineiramente, inclusive para fora do Estado. Nessas ocasiões, é a autora quem assume toda a responsabilidade com a neta. Portanto, em razão dos problemas de saúde da infante, à evidência que a avó materna há que estar autorizada a providenciar os atendimentos médicos indispensáveis à neta, o que só lhe será permitido tendo a guarda de Julya.

Verifica-se que a proposta ofertada pela digna Dr. Procuradora de Justiça em seu parecer, no sentido de que seja deferida a guarda compartilhada entre a autora e os genitores, é a medida que mais protege os interesses da menor, já que os genitores concordam expressamente com o pedido da autora, não havendo qualquer animosidade entre eles, os quais vem já exercendo, compartilhadamente, a guarda da infante. Não há vedação legal quanto ao deferimento da guarda compartilhada entre genitores e avós, conforme interpretação ao art. 1.583, § 1.º, do CC/02[...]

Portanto, [...] a guarda compartilhada entre as partes se mostra adequada. [...] (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

Cumprido destacar, que a interpretação da guarda compartilhada, no caso acima referendado, alcançou a avó da menor, fundamentando-se na compreensão do princípio do melhor interesse da criança.

CONCLUSÃO

No percurso da pesquisa e ao tecer as sistematizações conceituais acerca do novo formato social da família, poder familiar e do instituto da guarda, foi ofertado ao leitor o panorama das lentas mudanças normativas. De modo comparativo, oportunizou-se ao leitor verificar se as mudanças sociais seriam capazes de alterar a aplicabilidade prática dos institutos estudados, compilando os julgados coletados junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no período de 30 meses antes da entrada em vigor da Lei n. 11.698/2008, bem como no período de 30 meses depois.

No artigo, para além do exame do novo formato da família, verificando-se a questão do poder familiar, da guarda dos filhos e os princípios constitucionais da família, fora ofertado ao leitor a análise da prática interpretativa, demonstrando a

possibilidade de adequação do fato, valor e norma a partir da interpretação judiciária. Deste modo, seguindo a orientação do método hipotético dedutivo, fundado na pesquisa bibliográfica (doutrinas e outras pesquisas na esfera jurídica e social) e documental (consistindo na pesquisa de julgados comparados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJ/RS -, acerca da temática “guarda compartilhada”), verificou-se a vanguarda do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no que concerne a temática da guarda compartilhada e do melhor interesse da criança, que nos trinta meses antes da aprovação do texto normativo específico (Lei n. 11.698/2008) já entendia pela possibilidade de sua aplicação.

Nos trinta meses anteriores a aprovação da Lei n. 11.698/2008, pelo fato de não haver legislação específica sobre a guarda compartilhada, nesse período, a efetivação do melhor interesse da criança ficava aberto ao critério interpretativo do julgador. A jurisprudência levou em conta os fatores favoráveis ou não à aplicação da guarda compartilhada, prevenindo possíveis e eventuais prejuízos que pudessem ser trazidos à criança. Após a aprovação do texto normativo, verifica-se uma uniformização da aplicabilidade do instituto, mantendo-se coerência na argumentação dos desembargadores do TJ/RS, ao embasarem as decisões que se referem à guarda das crianças, quando da separação dos seus pais, a fim de respeitar o princípio do melhor interesse da criança, interpretando-se inclusive pela possibilidade de guarda compartilhada pela avó.

REFERÊNCIAS:

ALVES, Caleb Faria; FONSECA, Claudia; TERTO JUNIOR, Veriano de Souza. **Antropologia, Diversidade e Direitos Humanos**: diálogos interdisciplinares. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A guarda compartilhada e a Lei 11.698/2008. **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 9, n. 51, p. 95-117, jan./fev. 2009.

BRITO, Leila Maria Torraca de; GONSALVES, Emmanuela Neves. Razões e contra-razões para aplicação da guarda compartilhada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 886, p. 69-86, 2009.

BRITO, Leila Maria Torraca de. **Guarda compartilhada: um passaporte para a convivência familiar.** In: Associação de Pais e Mães Separados. (Org.). **Guarda Compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos.** Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p. 52-71.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

BRASIL. Código Civil. **Lei 10.406/2002.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** São Paulo: Saraiva, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Código Civil Comentado: direito de família, casamento: arts. 1511 a 1590.** São Paulo: Atlas, 2003.

_____, Luiz Edson. **Da Paternidade: relação biológica e afetiva.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.v.1.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em Busca da Família do Novo Milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo.** São Paulo: Renovar, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A parentalidade responsável e o cuidado: novas perspectivas. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 101, p. 29-36, dez. 2008.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KARAM, Maria Lúcia. A superação da ideologia patriarcal e as relações familiares. In: SILVEIRA, Paulo (org.) **Exercício da Paternidade.** Porto Alegre: Artes Médicas, 1998. p.185-192.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerusclausus. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 12, p. 40-55, 2002.

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

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de**

Direito de Família. Curitiba: Juruá, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O Melhor Interesse da Criança:** um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Agravo Interno Nº 70013943881.** Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova. Julgado em 09 de fevereiro de 2006a. Disponível em:
<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70013943881%26num_processo%3D70013943881%26codEmenta%3D1328542+Agravo+Interno+N%C2%BA+70013943881.++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70013943881&comarca=Alegrete&dtJulg=09/02/2006&relator=Rui%20Portanova&aba=juris>. Acesso em: 22 set. 2014.

_____, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento Nº 70014577217.** Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luis Felipe Brasil dos Santos. Julgado em 10 de maio de 2006b. Disponível em:
<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70014577217%26num_processo%3D70014577217%26codEmenta%3D1428153+Agravo+de+Instrumento+N%C2%BA+70014577217++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70014577217&comarca=Esteio&dtJulg=10/05/2006&relator=Luiz%20Felipe%20Brasil%20Santos&aba=juris>. Acesso em: 22 set. 2014.

_____, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento Nº 70016295800.** Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel. Julgado em 18 de outubro de 2006c. Disponível em:
<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70016295800%26num_processo%3D70016295800%26codEmenta%3D1620386+Agravo+de+Instrumento+N%C2%BA+70016295800++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8>

8&numProcesso=70016295800&comarca=S%C3%A3o%20Luiz%20Gonzaga&dtJulg=18/10/2006&relator=Ricardo%20Raupp%20Ruschel&aba=juris>. Acesso em: 22 set. 2014.

_____, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento Nº 70018264713**. Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando Vasconcelos Chaves. Julgado em 11 de abril de 2007. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70018264713%26num_processo%3D70018264713%26codEmenta%3D1843193+Agravo+de+Instrumento+N%C2%BA+70018264713++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8>

8&numProcesso=70018264713&comarca=Porto%20Alegre&dtJulg=11/04/2007&relator=S%C3%A9rgio%20Fernando%20de%20Vasconcelos%20Chaves&aba=juris>. Acesso em: 22 set. 2011.

_____, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento Nº 70023398423**. Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz. Julgado em 05 de junho de 2008a. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70023398423%26num_processo%3D70023398423%26codEmenta%3D2364136+Agravo+de+Instrumento+N%C2%BA+70023398423++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8>

8&numProcesso=70023398423&comarca=Comarca%20de%20Caxias%20do%20Sul&dtJulg=05/06/2008&relator=Alzir%20Felipe%20Schmitz&aba=juris>. Acesso em: 22 set. 2014.

_____, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento Nº 70025244955**. Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz PlanellaVillarinho. Julgado em 24 de setembro de 2008b. Disponível em: <

http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70025244955%26num_processo%3D70025244955%26codEmenta%3D2533431+Agravo+de+Instrumento+N%C2%BA+70025244955++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8>

8&numProcesso=70025244955&comarca=Camaqu%C3%A3&dtJulg=24/09/2008&relator=Andr%C3%A9%20Luiz%20Planella%20Villarinho&aba=juris>. Acesso em: 22 set. 2014.

_____, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70029650033**. Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado de Souza Júnior. Julgado em 14 de outubro de 2009. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70029650033%26num_processo%3D70029650033%26codEmenta%3D3182299+Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+N%C2%BA+70029650033++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70029650033&comarca=Porto%20Alegre&dtJulg=14/10/2009&relator=Jos%C3%A9%20Conrado%20Kurtz%20de%20Souza&aba=juris>. Acesso em: 22 set. 2014.

_____, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70034072876**. Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidélis Faccenda. Julgado em 08 de abril de 2010a. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70034072876%26num_processo%3D70034072876%26codEmenta%3D3443143+Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+N%C2%BA+70034072876++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70034072876&comarca=Santa%20Maria&dtJulg=08/04/2010&relator=Claudir%20Fidelis%20Faccenda&aba=juris>. Acesso em: 22 set. 2014.

_____, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento Nº 70035556919**. Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz PlanellaVillarinho. Julgado em 09 de junho de 2010b. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70035556919%26num_processo%3D70035556919%26codEmenta%3D3570602+Agravo+de+Instrumento+N%C2%BA+70035556919++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70035556919&comarca=Novo%20Hamburgo&dtJulg=09/06/2010&relator=Andr%C3%A9%20Luiz%20Planella%20Villarinho&aba=juris>. Acesso em: 22 set. 2011.

_____, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70038192860**. Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho. Julgado em 23 de março de 2011. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70038192860%26num_processo%3D70038192860%26codEmenta%3D4051867+Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+N%C2%BA+70038192860++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8>

8&numProcesso=70038192860&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=23/03/2011&relator=Andr%C3%A9%20Luiz%20Planella%20Villarinho&aba=juris >. Acesso em: 22 set. 2011.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 1995.

RODRIGUES, Maria Alice; RAMIRES, Vera Regina. As transições familiares e o melhor interesse da criança: as perspectivas do direito e da psicologia. **Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos**, v. 36, n. 97, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VIANA, Marco Aurélio da Silva. A Tutela da Criança e do Adolescente. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Org.). **Direitos de Família e do Menor**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p.285-297.

WALD, Arnoldo. **O Novo Direito de Família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL.

Carine Dumke⁷
Eduardo Meyer Mendes⁸

Desde o princípio, o ser humano teve a necessidade de viver em companhia de outro, assim a família foi se formando e, no decorrer de vários séculos, foi se modificando. Por muito tempo, a família se destacou como um organismo hierarquizado, a chamada família patriarcal. Ocorre que, após a Revolução Industrial, passou-se a acentuar os indivíduos dentro da relação familiar, quer dizer, valorizaram-se os pais e filhos, e, sobretudo, o afeto entre estes.

Dentro desse contexto, passa a existir a paternidade socioafetiva, onde não se exige apenas laços de sangue, mas, acima de tudo o afeto, o cuidado (em sentido amplo) e a exteriorização da convivência pai e filho, tudo isso captado juridicamente na expressão da posse do estado de filho. Esse vínculo familiar socioafetivo tornou-se possível no sistema jurídico brasileiro após a promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo esta, uma situação familiar complexa e desafiadora em que prevalece o afeto ante a identidade biológica.

Diante das considerações acima expostas, buscou-se desenvolver uma pesquisa relacionando a paternidade socioafetiva e a ação negatória de paternidade, na perspectiva jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Assim sendo, o objeto deste estudo é, justamente, investigar a paternidade socioafetiva e seus reflexos jurídicos, com o intuito de averiguar se a ação negatória de paternidade é um mecanismo hábil para deconstituir a paternidade quando se está diante de laços afetivos já estabelecidos.

A pesquisa torna-se importante na medida em que possibilita trazer o grande avanço na matéria de Direito de Família, qual seja, a paternidade socioafetiva,

⁷ Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA. carinezam@hotmail.com

⁸ Mestre em Desenvolvimento e Direitos Humanos. Professor das Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA e da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Campus Santo Ângelo. eduardo@fema.com.br

instituto em que o afeto é a característica principal da esfera familiar, sobrepondo-se, não raras vezes, sobre o vínculo biológico.

1 PAIS E FILHOS DE AFETO: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.

Albuquerque Júnior afirma que a origem biológica dos filhos foi um dos principais critérios utilizados no Brasil, no decorrer de décadas, para a determinação da filiação (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2007). Entretanto, segundo Lagoas, “[...] a filiação socioafetiva constitui-se numa realidade social presente nos arranjos familiares contemporâneos, porém, seus efeitos jurídicos ainda não estão disciplinados de forma expressa no ordenamento jurídico brasileiro.” (LAGOAS, 2008, p. 42).

Nesse sentido Maria Berenice Dias afirma: “A paternidade se faz, o vínculo de paternidade não é apenas um dado, tem a natureza de se deixar construir.” (DIAS, 2009, p. 330). Para Roberto Paulino de Albuquerque Júnior, a Constituição Federal de 1988 serviu de principal impulso ao instituto familiar chamado de paternidade socioafetiva ou filiação socioafetiva, enfatizando os princípios da liberdade, igualdade e afetividade (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2007).

A Carta Cidadã de 1988 reconheceu novas formas de entidade familiar, assegurou proteção à união estável e ao pai ou mãe com seus filhos. Com isso, valorizou-se tanto a família e os seus componentes quanto o princípio constitucional base da dignidade da pessoa humana (OLIVEIRA, 2003).

Com efeito, conforme ensina Maria Berenice Dias, a partir da Constituição Federal, as pessoas ficaram mais livres, uma vez que a sociedade se tornou mais tolerante, sendo assim, cada pessoa busca a realização pessoal sem sentir-se reprimida “[...] a ficar dentro de estruturas preestabelecidas e engessadoras.” (DIAS, 2004, p. 33-34). Com isso, a autora defende que a nova família constrói uma história em comum, não mais a união formal, o que existe é uma comunhão afetiva.

Com o surgimento do DNA e sua probabilidade quase mínima de erro, a socioafetividade sofreu um forte abalo, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça “[...]”

forneceu combustível à polêmica ao editar a Súmula nº 301⁹, que confere à recusa de submissão à prova de DNA o condão de erigir presunção *juris tantum* de paternidade.” (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2007, p. 61).

Portanto, a paternidade biológica está relacionada com a consanguinidade, sendo provada pela engenharia genética através do DNA; a jurídica ou registral é provada por documento público hábil, qual seja, a certidão oficial de registro de nascimento, já a afetiva ou socioafetiva pode-se dizer que “[...] vive o amor e o respeito entre as partes (pai-filho).” (SOUZA, 2008, p. 91).

Para Luiz Edson Fachin, o elemento socioafetivo é essencial para o estabelecimento da filiação, refletindo a verdade jurídica que está além do biologismo. Preceitua então:

Se o liame biológico que liga um pai a seu filho é um dado, a paternidade pode exigir mais do que apenas laços de sangue. Afirma-se daí a paternidade socioafetiva que se capta juridicamente na expressão da posse do estado de filho. (FACHIN, 2006, p. 77).

De acordo com o autor Fábio Ulhoa Coelho: “A verdade socioafetiva prepondera sobre a biológica. Se o marido ou companheiro da mãe sabe não ser o genitor do filho dela, mas o trata como se fosse o pai, do vínculo de afeto surge o da filiação.” (COELHO, 2006, p.160). Nesse contexto também, a posição de Caio Mário Pereira:

Consolida-se a família sócio-afetiva em nossa Doutrina e Jurisprudência uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como Direito Fundamental, a não-discriminação de filhos, a co-responsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar e o núcleo monoparental reconhecido como entidade familiar. (PEREIRA, 2006, p.39).

Partindo desses argumentos, aponta Venosa que existem quatro tipos de filiação: a legítima, a natural (pode ser adúltera ou incestuosa), a adotiva e a afetiva, sendo esta última marcada pelo o amor e o carinho recíprocos entre os membros da família, indo além de qualquer grau genético, biológico ou social (VENOSA, 2009).

⁹ Súmula 301 STJ: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.

Portanto, tendo a família superado suas funções tradicionais (religiosa, política, econômica e procracional), teve seu reencontro na relação de afetividade, não importando o modelo familiar a ser adotado, os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar e não do sangue (LÔBO, 2006).

A Constituição Federal trouxe em primeiro lugar, no cume da pirâmide constitucional, a pessoa humana e seus valores, diante da estrutura familiar. Com isso, o sujeito passou a ocupar posição central, introduzindo, por consequência, o afeto na esfera jurídica (CAROSSO, 2010). Desse modo, sobretudo, quando se menciona a filiação, havendo ou não o vínculo biológico entre as partes, o afeto vem sendo a essência das relações familiares (FACHIN, 2006). Nesse sentido, expressa Lagoas:

Primeiramente é necessário que não se reduza o afeto a um simples sentimento, desempertando ao Direito ou mesmo a um contrato, de forma a não impor às partes efeitos não esperados e que possam refletir na destruição da relação afetiva. Nesta seara, não há necessidade de contratualizar para responsabilizar, tendo em vista que o afeto possui uma função social que está presente nas relações afetivas. (LAGOAS, 2008, p. 55).

O princípio da dignidade da pessoa humana, ressaltado na Carta Cidadã de 1988, está intimamente ligado a afetividade, vez que constituem a base das relações familiares, sendo o afeto “[...] um importante elemento que vislumbra a concretização dessa dignidade.” (LAGOAS, 2008, p. 56).

As relações familiares não podem ser citadas sem o elemento afeto, pois não se pode negar aos integrantes desse instituto fato da vida. A realidade jurídica da filiação não é inserida exclusivamente nos laços biológicos, mas nas relações de carinho, afetividade, na vontade paterna em reconhecer como filho, ou seja, a realidade de afeto que une pais e filhos, se manifestando em cada membro e no âmbito externo, para o grupo social.

No entanto, a verdade socioafetiva e a verdade biológica não possuem a característica de prevalecer uma sobre a outra (FACHIN, 2006). O ideal para o Direito de Família, segundo Lagoas, é a conjugação das três espécies de filiação-paternidade: a biológica, a jurídica e a socioafetiva. Entretanto, não raras vezes,

estas entram em conflito, não sendo abrangidas no mesmo contexto (LAGOAS, 2008).

A afetividade, portanto, é a mola propulsora do núcleo familiar, revelando-se na filiação socioafetiva através da posse de estado de filho, o qual proporciona todos os parâmetros essenciais para o reconhecimento da filiação. Nesse sentido, cabe esclarecer o que é a posse de estado de filho, mas antes de adentrar-se no tema específico, será destacada a figura paterna no entendimento de Jédison Daltrozo Maidana:

Pai, antes de tudo, é um adjetivo que qualifica aquele que é o amigo, o confidente, o protetor. Pai é o provedor de princípios morais, de condições de vida e sobrevivência. É o orientador, o grande herói de sua criança e, oxalá, também do adulto moldado através do seu exemplo. Por certo que o vínculo genético é apenas um dos muitos elementos das relações de paternidade. (MAIDANA, 2004, p. 72).

Feitas essas considerações, tem-se que, segundo Lôbo, no direito anterior, a posse de estado de filiação era aceita somente para fins de prova e suprimento de registro civil se os pais convivessem, mas foi em 1988, com o advento da Constituição Federal que outras entidades familiares puderam servir de fundamento para a posse de estado de filho (LÔBO, 2003). Contudo, de acordo com Dias, o sistema jurídico não apresenta, de forma expressa, o conceito de posse de estado de filho, expressão que vem caracterizar a filiação afetiva (DIAS, 2009).

No entender de Luiz Edson Fachin, a posse de estado de filho traz ao direito uma realidade social, é apreensível no mundo dos fatos e imprescindível ao “[...] estabelecimento de uma realidade jurídica da filiação fincada na verdade socioafetiva.” (FACHIN, 2006, p.80).

Caio Mário Pereira, em sua doutrina, explica que a posse de estado de filho compreende o nome paterno, o tratamento e o conceito, ou seja, o filho traz e usa o nome do pai, recebe tratamento como se filho fosse ao âmbito familiar e goza, perante a sociedade em geral, do conceito de filho. Em sendo conjugados todos estes atos, se está diante de fortes indícios da existência da relação de paternidade (PEREIRA, 2006).

Na mesma linha de raciocínio, Fachin ensina que a posse de estado de filho se caracteriza com os mesmos três elementos (nome - *nomem*, trato - *tractatus* e fama – *reputatio*), enfatizando que estes elementos devem ser sempre notórios, estáveis e inequívocos (FACHIN, 2006).

O primeiro elemento, nome, se caracteriza pelo uso do nome da família do pai afetivo pelo seu filho, ou seja, é a atribuição do nome do pai ao filho, demonstrando, perante terceiros, aquele que considera seu filho ou pai, fazendo crer a existência do laço paterno-filial (FACHIN, 2006).

Belmiro Pedro Welter anota que o nome pode não ser essencial para se configurar a posse de estado de filho, visto que, às vezes, a informalidade ou outro elemento impede a utilização do nome do pai ao do filho. Assim, estando presentes os outros dois elementos, que são o trato e a fama, “[...] quando um pai educa uma pessoa como filho, ele deixa emergir o modo ser-pai-filho-afetivo e os demais modos de ser-em-família, configurando a posse de estado de filho.” (WELTER, 2009, p. 116).

O elemento trato ou *tractatus* corresponde ao fato de o filho ser tratado pelo pai como tal, evidenciando os esforços deste no sentido de educá-lo e protegê-lo (MAIDANA, 2004), ou seja, através da criação, educação, da convivência e dos laços afetivos é demonstrada a vontade de ser pai ou vice-versa.

Ainda, Rosana Fachin adverte sobre o elemento trato que não se torna necessário a assistência material ao filho, uma vez que o pai, por muitas vezes, pode não ter condições de prestar estas assistências, prevalecendo, então, o vínculo afetivo (FACHIN, 2002).

Quando o filho é conhecido pela opinião pública ou a sociedade em geral como pertencente à família de seus pais, evidencia-se o terceiro aspecto, qual seja, a fama ou *reputatio*. Contudo, para o direito, conforme Dias, satisfatório mesmo é quando os três elementos se juntam, assim, conferindo aparência de verossimilhança aos efeitos (DIAS, 2009). Maria Berenice Dias assevera ainda que:

A filiação socioafetiva assenta-se no reconhecimento da posse de estado de filho: a crença da condição de filho fundada em laços de afeto. A posse de estado é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva. A afeição tem valor jurídico. A maternidade e a paternidade

biológica nada valem frente ao vínculo afetivo que se forma entre a criança e aquele que trata e cuida dela, lhe dá amor e participa de sua vida. Na medida em que se reconhece que a paternidade se constitui pelo fato, a posse de estado de filho pode entrar em conflito com a presunção *pater est*. E, no embate entre o fato e a lei, a presunção precisa ceder espaço ao afeto. (DIAS, 2009, p. 338).

Desse modo, conforme Lôbo, a posse de estado de filho “[...] é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade [...]” (LÔBO, 2003, p. 138). Ou seja, requer a demonstração pública e contínua do vínculo, em razão dos membros que a compõe. Assim sendo, estabelecido o estado de filho afetivo, dele provêm direitos e deveres entre pais e filhos, que podem ser tanto morais, quanto patrimoniais.

Antigamente, os pais tinham os filhos como mão de obra, pois, quanto maior a prole, mais produção. Com o passar do tempo e o surgimento das novas formas de família essa visão foi se modificando. Atualmente, segundo Mattos, “[...] a criança encontra-se num status de sujeito capaz, saindo, pois, de sinônimo de coisa, passando a sujeito objeto de tutela, até chegar numa posição elevada de sujeito de direitos.” (MATTOS, 2003, p. 97).

Villela estabelece seu raciocínio em cima da ideia de desbiologização da paternidade, prelecionando com extrema sabedoria:

Em momento particularmente difícil, quando o mundo atravessa aguda crise de afetividade, e dentro dele o País sofre com seus milhões de crianças em abandono de diferentes graus e espécies, a consciência de que a paternidade é opção e exercício, e não mercê ou fatalidade, pode levar a uma feliz aproximação entre os que têm e precisam dar e os que não têm e carecem receber. (VILLELA *apud* MATTOS, 2003).

Com isso, quando a história de vida de um filho é construída e/ou estruturada sobre o nome do pai e, principalmente, evidenciada a posse de estado de filho, pode-se concluir que a formação da personalidade do filho estabeleceu-se por influência de fatores sociais, advindos da estrutura familiar em que sempre esteve inserido. Assim, conforme Almeida, “[...] tirá-lo desta condição é, efetivamente, destruir o que ele é enquanto pessoa humana no ambiente em que vive.” (ALMEIDA, 2002, p. 24).

Em que pese tais premissas, tem-se que, depois de criados os laços afetivos através da convivência, estes não podem ser interrompidos posteriormente, pois violaria um dos mais relevantes fatores de constituição da identidade própria de um indivíduo, ou seja, a personalidade da pessoa humana.

Como já mencionado no decorrer desta pesquisa, o ideal para a relação paterno-filial é que se conjuguem as três espécies de paternidade ou filiação: a biológica, a jurídica e a socioafetiva. Entretanto, a realidade mostra que o ideal, na maioria das vezes, não prepondera, mas que, entretanto, não há prevalência de uma sob a outra.

Dessa forma, tem o filho a prerrogativa de saber a sua verdade biológica. Porém, não pode ser negada, quando existente, a verdade socioafetiva, já que a paternidade socioafetiva é considerada tão relevante quanto a biológica, tendo como base o vínculo afetivo existente entre pais e filhos.

2 DESCONSTITUIÇÃO DA RELAÇÃO SOCIOAFETIVA ATRAVÉS DA AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE: DESVELANDO JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL NO ANO DE 2011.

Como visto anteriormente, a paternidade socioafetiva vem sendo amplamente discutida, em razão de sua importância e reflexos, inclusive no que se refere ao conflito com a paternidade biológica. Assim, este tópico destina-se a analisar algumas das decisões judiciais da Sétima e Oitava Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no ano de 2011, pertinentes à paternidade socioafetiva e a possibilidade de desconstituí-la através da ação negatória de paternidade. Destaca-se que as Câmaras antes indicadas são as que detêm competência para o julgamento da matéria em estudo.

A socioafetividade encontra sólido apoio nas normas constitucionais de direito de família, passando a ser infraconstitucional no art. 1.593 do Código Civil de 2002¹⁰, o qual menciona a possibilidade de ser fundado o parentesco na

¹⁰ Artigo 1593, do Código Civil: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.” (BRASIL, 2002).

consanguinidade ou em "outra origem", o que abrange a origem afetiva (FACHIN, 2006).

Alguns doutrinadores afirmam que o elemento socioafetivo está tutelado no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990, estando compreendido nos art. 28 a 52, sendo que pode derivar do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil de 2002, o qual dispõe sobre a busca da finalidade social (BRASIL, 1990; BRASIL, 2002).

A posição prevalente adotada pelos juristas e doutrinadores é pela impossibilidade de ser desconstituída a paternidade socioafetiva, uma vez que existe no ordenamento jurídico uma cláusula que tutela a personalidade humana, que seria inquestionavelmente violada se fosse permitido reaver a filiação. Nesse sentido, uma vez materializado os elementos inerentes a filiação socioafetiva, notadamente, a convivência, o afeto, a posse de estado de filho, constituído está o vínculo socioafetivo e, conseqüentemente, a identidade dos filhos.

Diante disso, conforme Lôbo, não se pode falar em paternidade exclusivamente biológica para presumir a paternidade legítima, mas observam-se os critérios primordiais da afetividade (LÔBO, 2006). A única forma de ser desconstituída esta filiação é quando o ato do reconhecimento é realizado mediante vício de consentimento.

Face ao exposto, sustenta-se o surgimento de um novo instituto familiar capaz de atender à realidade brasileira, onde a importância da família esta nos laços afetivos estabelecidos entre os seus membros, garantindo, assim, o efetivo cumprimento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como o da personalidade e do melhor interesse da criança. Destarte, a ideia central de uma família socioafetiva é da paternidade de fato, a qual é construída no convívio, tendo como base o afeto.

É pertinente, antes adentrar na análise dos julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, esclarecer o que representa o vício de consentimento, já que os desembargadores condicionam a configuração da paternidade socioafetiva a inexistência desse elemento. Nas palavras de Caio Mário Pereira:

São, na verdade, de duas categorias os *defeitos* que podem inquinar o ato negocial. Uns atingem a própria manifestação da vontade, perturbando a sua elaboração, e atuam sobre o consentimento. Por motivos vários, perturbam a própria declaração volitiva, e influem no momento em que se exterioriza a deliberação do agente. Denominam-se a *vícios de consentimento*, em razão de se caracterizarem por influências exógenas sobre a vontade exteriorizada ou declarada, e aquilo que é ou devia ser a vontade real, se não tivessem intervindo as circunstâncias que sobre ela atuaram, provocando a distorção. Outros afetam a ato negocial, salientando a desconformidade do resultado com o imperativo da lei, e, nesses casos, o negócio reflete a vontade real do agente, canalizada, entretanto, e desde a origem, em direção oposta ao mandamento legal [...] (PEREIRA, 2009, p. 440).

Tradicionalmente, o direito trazia como vícios de consentimento o erro, dolo, e a coação, sendo a simulação e a fraude à credores chamados de vícios sociais, considerada, ainda, vizinha do vício de consentimento a lesão. Todavia, o Código Civil de 2002 “[...] compreendeu a todos na mesma abrangência, e subdividiu o capítulo nas várias seções, compreendendo o erro e a ignorância; o dolo; a coação; o estado de perigo; a lesão; e a fraude contra credores.” (PEREIRA, 2009). Dispõe o artigo 171, inciso II do Código Civil:

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:
I – por incapacidade relativa do agente;
II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores. (BRASIL, 2002).

Para a análise dos presentes julgados, cabe apenas ter-se uma noção sobre o erro, o dolo e a coação. O erro, conforme Pereira, considerado o mais elementar dos vícios de consentimento, se perfaz “[...] quando o agente por desconhecimento ou falso conhecimento das circunstâncias, age de um modo que não seria sua vontade, se conhecesse a verdadeira situação.” (PEREIRA, 2009, p. 442). Assim, no erro há uma vontade declarada, no entanto, ela é defeituosa.

O dolo, segundo Carlos Roberto Gonçalves, difere do erro, uma vez que neste a vítima se engana sozinha, enquanto que o dolo é provocado, de propósito, pela outra parte ou por terceiro, fazendo com que a vítima também seja ludibriada (GONÇALVES, 2009). Importante ressaltar que o dolo civil não pode ser confundido

com o dolo criminal, uma vez que neste o agente tem por finalidade praticar ato que sabe ser contrário à lei.

Já a coação se caracteriza pelo uso da violência psicológica para viciar a vontade, ou seja, um indivíduo é ameaçado ou pressionado injustamente, para que, contra a sua vontade, pratique um ato. Segundo Gonçalves, “Não é a coação, em si, um vício de vontade, mas sim o temor que ela inspira, tornando defeituosa a manifestação de querer do agente.” (GONÇALVES, 2009, p. 386).

Prestados os esclarecimentos referentes ao vício de consentimento, se passará a análise dos julgados do Tribunal de Justiça Gaúcho:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO. ADOÇÃO À BRASILEIRA. **PATERNIDADE SOCIOAFETIVA**. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. A adoção à brasileira, a exemplo da adoção legal, é irrevogável. É a regra. Ausente qualquer nulidade no ato e demonstrado nos autos a filiação **socioafetiva** existente entre as partes, admitida pelo próprio demandado, não cabendo desconstituir o registro de nascimento válido. Improcedência da **negatória** de **paternidade** mantida. Precedentes jurisprudenciais. APELAÇÃO DESPROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL, 2011a) [grifo dos pesquisadores].

A ementa acima colacionada diz respeito a uma apelação interposta nos autos de uma ação declaratória de inexistência de filiação cumulada com cancelamento de registro e exoneração de alimentos. No caso concreto, o apelante sustenta que o exame de DNA comprovou a inexistência do vínculo biológico, referindo que não pretende negar a afetividade e relação havida entre as partes, a qual restou quebrada com sua prisão, mas requer que o registro civil da apelada espelhe a realidade parental.

No voto do relator André Luiz Planella Villarinho, percebe-se que o caso foi enquadrado como “adoção à brasileira”, uma das espécies de paternidade socioafetiva, vez que o apelante diz ter registrado a criança como sendo sua filha, pois o pai biológico a abandonou, asseverando, ainda, que registrou a apelada como filha “[...] não só pelo afeto e carinho que tinha pela menina, mas também porque acreditava que poderia sustentar a menor por toda a vida.” (RIO GRANDE DO SUL, 2011a).

Com essas premissas, os principais argumentos utilizados pelo desembargador foram de que a “adoção à brasileira”, a exemplo da adoção legal, não pode ser revogada. Sendo assim, mesmo com a comprovação da inexistência de filiação biológica (através do exame de DNA), o reconhecimento livre e espontâneo da paternidade, ou seja, sem qualquer vício de consentimento, caracteriza a “adoção à brasileira”, baseada na filiação socioafetiva estabelecida entre as partes.

Mais, argumentou que somente a menor poderia investigar sua paternidade, tendo em vista o direito constitucional da busca da origem biológica e atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana. Registrou que o assento de nascimento é revestido de fé pública, sendo um ato jurídico perfeito e acabado. Destarte, foi negado provimento a apelação interposta, confirmando a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da Comarca de Santo Ângelo, bem como a configuração da paternidade socioafetiva, através da “adoção à brasileira”.

Fachin, em sábias palavras, leciona que, homens assumem os filhos não consanguíneos, pelo simples fato de estarem unidos estavelmente com a mãe da criança (FACHIN, 2006). O que se conclui do julgado acima é que a paternidade socioafetiva deve prevalecer sobre a biológica quando o vínculo de afeto está plenamente comprovado e estabelecido entre as partes litigantes, assim confirmando o que já foi exposto anteriormente. Manifesta-se Caio Mário Pereira:

A efetiva valorização da convivência familiar e das relações de afetividade que servem de base para o convívio entre seus membros e a ênfase dada pela Constituição Federal à “paternidade responsável” e à equiparação e não-discriminação de filhos, já se aponta na doutrina e na Jurisprudência a prevalência destes elementos como indicadores de uma preferência para o reconhecimento da paternidade socioafetiva. (PEREIRA, 2006, p. 355).

Em outra análise dos julgados, apresenta-se a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. OCORRÊNCIA DE ERRO SUBSTANCIAL NO REGISTRO DE NASCIMENTO. Caso em que o autor/apelado registrou o réu/apelante como filho, na certeza de que era pai biológico, em face de relacionamento que mantinha com a mãe do apelado. Erro comprovado pela afirmação na contestação, que defendeu a versão de que o réu era filho biológico do autor e que sua mãe não manteve relações com outros homens na época da concepção, além da inexistência de

paternidade biológica comprovada por exame de DNA. Circunstâncias que inviabilizam a manutenção de eventual paternidade socioafetiva entre as partes. DERAM PROVIMENTO AO APELO. (RIO GRANDE DO SUL, 2011b).

O caso em análise trata-se de negatória de paternidade cumulada com exoneração de alimentos, onde a apelação foi interposta em virtude de que a decisão de primeira instância julgou improcedente a negatória de paternidade, sendo fundamentada no sentido de que não houve a comprovação do vício de consentimento (erro), restando configurado o vínculo afetivo, “[...] o qual, ainda que inexistente, prevalece o entendimento de que o reconhecimento voluntário da filiação pelo pai torna-se irrevogável e irretroatável.” (RIO GRANDE DO SUL, 2011b).

O desembargador Rui Portanova, reformou a sentença prolatada, apoiando-se no fato de que restou comprovada a ocorrência de erro na manifestação de vontade do apelante, uma vez que a companheira afirmava ser a criança seu filho. Assim, esse acreditava ser o pai e, por isso, assentou o registro de nascimento. Contudo, o exame de DNA exclui a possibilidade de o apelante ser o pai biológico do apelado. Nesse sentido, o desembargador formulou duas premissas, quais sejam:

Quanto mais certo para um homem que registra alguém como filho (a), que o nascimento não corresponde à realidade biológica, mais difícil de modificar o registro de nascimento. Quanto mais certo para um homem que registra alguém como filho (a) que o nascimento corresponde à realidade biológica, mais fácil de modificar o registro de nascimento. (RIO GRANDE DO SUL, 2011b).

Portanto, segundo o que dispõe o julgado acima, pode-se afirmar que a “[...] paternidade socioafetiva não sobre paira a falsa e indesejada paternidade registral, que nasceu de um erro provocado por uma mentira e uma traição.” (RIO GRANDE DO SUL, 2011b). Assim, julgou-se procedente o pedido da negatória, determinando a retificação do registro civil e exonerando a obrigação alimentar.

A fim de demonstrar o posicionamento adotado nesta pesquisa, trar-se-á a apelação cível nº 70042363432, cabendo, inicialmente, fazer um breve relato dos fatos que circundam o referido recurso (RIO GRANDE DO SUL, 2011d). A apelação foi interposta em virtude de sentença que julgou improcedente ação negatória de paternidade cumulada com pedido de exoneração de alimentos.

O apelante refere que sua ex-companheira, mãe biológica da apelada, contou à ele que a criança não era sua filha “de sangue”, sendo fruto de relacionamento com outro homem. Aduz que foi enganado por quatro anos e induzido a erro ao registrar a menor como se sua filha fosse. Ao contrário, a mãe da apelada garante que o apelante sabia, desde o nascimento da infante, não ser o pai biológico, mas, apesar disso, a registrou como filha.

O presente caso fez com que os desembargadores da Oitava Câmara do Tribunal de Justiça Gaúcho manifestassem opiniões diversas, as quais serão trazidas, de forma sucinta. O desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl, primeiramente, registra que para se anular ou retificar o registro civil de nascimento é necessário que se demonstre que a vontade decorreu de vício de consentimento. No entanto, não se esqueceu de mencionar a possibilidade de restar configurada a paternidade socioafetiva, já que a biológica não prevalece, por si só, sobre aquela.

É de se atentar para o fato de que o desembargador menciona que o apelante não logrou êxito em demonstrar, na instrução processual, o alegado vício de consentimento. Entretanto, considera que há prova robusta de que a apelada detém a posse de estado de filha do apelante. Ademais, afirmou que o liame socioafetivo concretizou-se com o nascimento da menina, fortalecendo-se nos primeiros anos de vida da menor.

Dessa forma, enfatizou que a discussão em torno da paternidade esta calcada na desarmonia e ressentimentos entre o apelante e a mãe da apelada, bem como no dever de alimentar, não havendo controvérsia quanto a ligação afetiva, assim concluindo “[...] certo é que a concepção sociológica da socioafetividade é bem mais ampla e profunda do que transitórios desentendimentos.” (RIO GRANDE DO SUL, 2011c).

Contrapondo o entendimento do desembargador supracitado, vem o voto do desembargador Rui Portanova, o qual se posiciona no sentido de que a manifestação de vontade do apelante, que o levou a registrar a menor, estava viciada pelo dolo, para ele dolo “[...] é a ocultação deliberada de fato ou circunstância, que leva à manifestação de vontade baseada em percepção equivocada da realidade.” (RIO GRANDE DO SUL, 2011c).

E, ainda, conforme Rui Portanova, o exame de DNA não foi realizado, primeiro, porque a mãe da apelada confessa que o apelante não é o pai biológico e, segundo, pelo fato de que a apelada não compareceu para a realização do exame, quando marcado. Assim, aduziu que inexistente a paternidade biológica e que o vício de dolo está comprovado.

Para solução deste conflito manifestou-se o desembargador Alzir Felipe Schmitz. Na análise dos fatos e cotejando as provas trazidas, juntamente, como ele mesmo menciona “com a minha vivência junto ao Direito de Família”, concluiu que o apelante sabia não ser o pai biológico da apelada e mesmo assim a registrou, constatando, inclusive, diferenças físicas entre as partes, as quais corroboram com o seu posicionamento. Desse modo, posicionou-se no sentido de que a paternidade assumida espontaneamente não pode, quando arrependido o registrador, ser retificada.

O desembargador Rui Portanova, ainda, apresentou “réplica”, a tais votos. Sustentou que o registro de nascimento foi feito em estado de erro, mas que nem por isso deve-se deixar de considerar que ambas as partes sofrem com a verdade, uma vez que “[...] a menina aprendeu a amar um pai, que ela pensava pai biológico [...] e ele aprendeu a amar a menina, da qual pensava que era pai biológico. E foi enganado pela mãe [...]” (RIO GRANDE DO SUL, 2011c). Cabe, ainda, destacar alguns argumentos do desembargador Portanova, os quais trazem sustentação para o trabalho de pesquisa realizado:

Sinceramente acho que estamos numa encruzilhada mais “afetiva” do que “jurídica”. Os laudos demonstram o sofrimento da menina. O depoimento do apelante mostra o seu sofrimento [...] Penso que é o futuro – e não este processo – que vai decidir. Apesar do que aparecer no registro de nascimento, o apelante poderá ser ou não ser o pai da menina no futuro. Apesar do que aparecer no registro de nascimento, a menina poderá ser ou não filha do apelante. [...] Estou mantendo meu voto pelo provimento do apelo, pois penso que daqui para o futuro – independente do que vai constar do registro – apelante e apelado vão – livremente – decidir se são pai e filha. (RIO GRANDE DO SUL, 2011c).

Para melhor esclarecimento, colaciona-se a ementa do caso acima descrito:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PEDIDO DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO E DE EXONERAÇÃO DA VERBA ALIMENTAR. AUSÊNCIA DE PROVA DO ALEGADO VÍCIO DE CONSENTIMENTO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA CONFIGURADA. PRECEDENTES. 1) Inexistindo demonstração do vício de consentimento quando do reconhecimento da paternidade por meio de registro do nascimento da menina, não há falar em anulação, tampouco retificação registral. 2) Caso concreto em que a instrução processual cabalmente demonstrou que o autor estabeleceu com a infante paternidade socioafetiva, acordando, em sede judicial, a regulamentação de visitas e alimentos. 3) Evidenciado o vínculo afetivo formado durante a criação da menor, deve o demandante arcar com todos os deveres oriundos da paternidade, no que se inclui o de prestar alimentos. APELAÇÃO DESPROVIDA, POR MAIORIA (sem grifo no original). (RIO GRANDE DO SUL, 2011c).

Por fim, e apenas a título de informação, será trazido um julgado do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema pesquisado. O Recurso Especial nº 1.000.356 – São Paulo, traz um caso em que está sendo discutida a maternidade socioafetiva, entretanto, os argumentos se coadunam com o presente trabalho de pesquisa, uma vez que os motivos utilizados pela ministra relatora Nancy Andrigui, para defender a maternidade socioafetiva, podem ser usados também para a paternidade socioafetiva.

Assim, para evitar repetitivos argumentos, será apresentada a ementa, a qual é esclarecedora e cita os principais pontos a respeito da paternidade/maternidade socioafetiva:

Direito civil. Família. Recurso Especial. Ação de anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. Maternidade socioafetiva. Situação consolidada. Preponderância da preservação da estabilidade familiar.

- A peculiaridade da lide centra-se no pleito formulado por uma irmã em face da outra, por meio do qual se busca anular o assento de nascimento. Para isso, fundamenta seu pedido em alegação de falsidade ideológica perpetrada pela falecida mãe que, nos termos em que foram descritos os fatos no acórdão recorrido – considerada a sua imutabilidade nesta via recursal –, registrou filha recém-nascida de outrem como sua.

- A par de eventual sofisma na interpretação conferida pelo TJ/SP acerca do disposto no art. 348 do CC/16, em que tanto a falsidade quanto o erro do registro são suficientes para permitir ao investigador vindicar estado contrário ao que resulta do assento de nascimento, subjaz, do cenário fático descrito no acórdão impugnado, a ausência de qualquer vício de consentimento na livre vontade manifestada pela mãe que, mesmo ciente de que a menor não era a ela ligada por vínculo de sangue, reconheceu-a como filha, em decorrência dos laços de afeto que as uniram. Com o foco nessa premissa – a da existência da socioafetividade –, é que a lide deve ser solucionada.



- Vê-se no acórdão recorrido que houve o reconhecimento espontâneo da maternidade, cuja anulação do assento de nascimento da criança somente poderia ocorrer com a presença de prova robusta – de que a mãe teria sido induzida a erro, no sentido de desconhecer a origem genética da criança, ou, então, valendo-se de conduta reprovável e mediante má-fé, declarar como verdadeiro vínculo familiar inexistente. Inexiste meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquela que um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser mãe da criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar.
- O descompasso do registro de nascimento com a realidade biológica, em razão de conduta que desconsidera o aspecto genético, somente pode ser vindicado por aquele que teve sua filiação falsamente atribuída e os efeitos daí decorrentes apenas podem se operar contra aquele que realizou o ato de reconhecimento familiar, sondando-se, sobretudo, em sua plenitude, a manifestação volitiva, a fim de aferir a existência de vínculo socioafetivo de filiação. Nessa hipótese, descabe imposição de sanção estatal, em consideração ao princípio do maior interesse da criança, sobre quem jamais poderá recair prejuízo derivado de ato praticado por pessoa que lhe ofereceu a segurança de ser identificada como filha.
- Some-se a esse raciocínio que, no processo julgado, a peculiaridade do fato jurídico morte impede, de qualquer forma, a sanção do Estado sobre a mãe que reconheceu a filha em razão de vínculo que não nasceu do sangue, mas do afeto.
- Nesse contexto, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também “parentescos de outra origem”, conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural.
- Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação. (BRASIL, 2010).

Percebe-se, na leitura deste trecho, que o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se manifestam no mesmo sentido, ou seja, consideram que o vínculo afetivo prepondera sobre o biológico quando não há qualquer das causas do vício de consentimento, pois o que verdadeiramente interessa é o bem estar da criança. Após essas breves considerações, volta-se a ementa:

- Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano. Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança – hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17

anos de tramitação do processo – preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares.

- Dessa forma, tendo em mente as vicissitudes e elementos fáticos constantes do processo, na peculiar versão conferida pelo TJ/SP, em que se identificou a configuração de verdadeira “adoção à brasileira”, a caracterizar vínculo de filiação construído por meio da convivência e do afeto, acompanhado por tratamento materno-filial, deve ser assegurada judicialmente a perenidade da relação vivida entre mãe e filha. Configurados os elementos componentes do suporte fático da filiação socioafetiva, não se pode questionar sob o argumento da diversidade de origem genética o ato de registro de nascimento da outrora menor estribado na afetividade, tudo com base na doutrina de proteção integral à criança.

- Conquanto a “adoção à brasileira” não se revista da validade própria daquela realizada nos moldes legais, escapando à disciplina estabelecida nos arts. 39 usque 52-D e 165 usque 170 do ECA, há de preponderar-se em hipóteses como a julgada – consideradas as especificidades de cada caso – a preservação da estabilidade familiar, em situação consolidada e amplamente reconhecida no meio social, sem identificação de vício de consentimento ou de má-fé, em que, movida pelos mais nobres sentimentos de humanidade, A. F. V. manifestou a verdadeira intenção de acolher como filha C. F. V., destinando-lhe afeto e cuidados inerentes à maternidade construída e plenamente exercida.

- A garantia de busca da verdade biológica deve ser interpretada de forma correlata às circunstâncias inerentes às investigatórias de paternidade; jamais às negatórias, sob o perigo de se subverter a ordem e a segurança que se quis conferir àquele que investiga sua real identidade.

- Mantém-se o acórdão impugnado, impondo-se a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário da maternidade, por força da ausência de vício na manifestação da vontade, ainda que procedida em descompasso com a verdade biológica. Isso porque prevalece, na hipótese, a ligação socioafetiva construída e consolidada entre mãe e filha, que tem proteção indelével conferida à personalidade humana, por meio da cláusula geral que a tutela e encontra respaldo na preservação da estabilidade familiar. Recurso especial não provido. (sem grifo no original). (BRASIL, 2010).

Além do afeto, este julgado, também destaca a proteção à personalidade humana, uma vez que a filiação é elemento fundamental para a construção da identidade de uma criança.

Com tudo isso, resta claro que o afeto vem sendo considerado a base familiar, havendo vínculo afetivo demonstrado entre pai e filho, não ocorrendo nenhuma das hipóteses de vício de consentimento, a filiação socioafetiva deve prevalecer perante a biológica.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa constatou que o direito de família teve que se adequar às mudanças que ocorreram na sociedade, priorizando os princípios da igualdade entre os filhos e a dignidade da pessoa humana, uma vez que o pai não é somente o genitor, mas, também, protetor e companheiro do filho.

Não obstante, o conceito de família sofreu várias mudanças e, hodiernamente, a entidade familiar pode ser constituída pelo casamento, pela união estável ou por qualquer um dos pais e seus filhos.

Atualmente, o posicionamento doutrinário e jurisprudencial majoritário, é de que a família deve valorizar, a priori, o afeto entre os membros, o qual é o elemento principal na esfera familiar. A paternidade socioafetiva, por sua vez, se qualifica na convivência afetiva, com deveres e direitos entre os familiares, mas, acima de tudo, se destaca o afeto.

A formação e desenvolvimento de uma criança compõem a sua personalidade, sendo assim, um infante criado fora de um âmbito familiar, a princípio, não terá condições psicológicas para um desenvolvimento pleno. Portanto, conclui-se que não se deve considerar somente a paternidade sobre a pessoa do pai, mas sim, mensurar, também, o melhor interesse da criança e do adolescente.

A paternidade não pode ser considerada apenas um dado biológico, uma vez que deve ser vista como uma função, na qual está inserido o tratamento e a convivência familiar, tendo como objetivo proporcionar à criança o que há de melhor para um desenvolvimento sadio.

Encontra-se implicitamente na Constituição Federal de 1988 a paternidade socioafetiva, quando preceitua que todos os filhos são iguais independentemente de sua origem. Este dispositivo tornou-se infraconstitucional com o advento do Código Civil de 2002, o qual reproduziu normas constitucionais, vedando a discriminação entre os tipos de filiação. Contudo, o legislador preferiu omitir-se com relação à posse de estado de filho (requisito para a configuração da paternidade socioafetiva), à união estável homoafetiva, entre tantos outros assuntos que o atual Código deveria ter normatizado.

Portanto, voltando ao conteúdo pesquisado, como não pode ser desconstituída a paternidade biológica e adotiva, também não o pode ser na paternidade socioafetiva. Logo, como requisito para o ingresso da ação negatória de paternidade, se pressupõe a existência de um vício de consentimento, o qual pode manchar o ato da paternidade. Deste modo, não havendo vício de consentimento, é impossível a desconstituição da paternidade socioafetiva, principalmente quando já foi estabelecido o vínculo afetivo entre o pai e o filho.

Entretanto, em alguns casos, a mulher induz o suposto pai em erro. Porém, mesmo nesta hipótese, se existir o vínculo afetivo entre o pai e a criança, entende-se que não se deve dar procedência a um pedido de ação negatória, desconstituindo a paternidade, pois o vínculo está consolidado. Além do mais, analisando os julgados depreende-se que o principal motivo da interposição das ações citadas é o rancor, desentendimento entre pai e mãe, marido e mulher, companheiro e companheira, bem como o dever de alimentar e, mesmo não tendo a criança culpa desses desentendimentos torna-se o principal alvo dos desafetos. Contudo, não é pela separação do casal, que a paternidade socioafetiva será desconstituída, pois o que deve prevalecer, acima de qualquer coisa, são os laços afetivos já consolidados.

Com o acima exposto, é inaceitável, em face do princípio da proteção integral da criança, da dignidade e personalidade humana, que um infante que sempre conheceu o marido de sua mãe como sendo seu pai e com ele manteve uma relação de pai e filho, despendendo amor, carinho, educação, ficar, do dia para a noite, de certa forma órfão.

Portanto, não é aceitável, uma vez configurada a paternidade socioafetiva, que venha o pai ingressar com uma negatória de paternidade, pleiteando a nulidade do registro e a exoneração de alimentos, salvaguardando o direito do filho, no futuro, querendo, conhecer sua verdadeira origem genética, pois este é um direito personalíssimo e imprescritível. Todavia, nada mudará em relação ao pai socioafetivo.

Os conteúdos apresentados nesse trabalho, não esgotam o assunto concernente à impossibilidade da desconstituição da paternidade socioafetiva

quando já estabelecidos os laços afetivos, mas contribuirão para um melhor esclarecimento a respeito do tema, formando uma ideia sobre o assunto.

Considerando toda a pesquisa realizada, conclui-se que a paternidade socioafetiva pode ainda ser um instituto novo no ramo do Direito de Família. Contudo, é uma forma de paternidade que prevalece, uma vez que nos dias atuais o afeto vem tomando o seu lugar dentro da sociedade em geral, bem como atende aos princípios já elencados anteriormente, quais sejam, a proteção à criança, dignidade e personalidade humana.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no Direito Brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 8, n. 32, p. 52-78, dez./jan. 2007.

ALMEIDA, Maria Christina de. A paternidade socioafetiva e a formação da personalidade. **Del Rey Revista Jurídica**, v. 8, p. 24, maio. 2002.

BRASIL. **Constituição Federal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2011.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. **Lei 8.069/1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 10 ago. 2011.

_____. Código Civil. **Lei 10.406/2002**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 ago. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp.nº 1.000.356**, Terceira Turma Superior Tribunal de Justiça. Rel. Nancy Andrigui, DJU 07/06/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200702526975&dt_publicacao=07/06/2010>. Acesso em: 20 out. 2011.

CAROSI, Eliane Goulart Martins. O valor jurídico do afeto na atual ordem civil – constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito de Família**, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=659>>. Acesso em: 18 ago. 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.v. 5.

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

_____. Sociedade de Afeto: um nome para a família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 5, n. 22, p. 32-37, fev/mar. 2004.

FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. **Direito de Família Contemporâneo e os Novos Direitos**: estudos em homenagem ao professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 63-92.

FACHIN, Rosana. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume VI: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito Civil Brasileiro, Volume I**: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

LAGOAS, Caice dos Santos Lopes. O Reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva, como efeito da relação de afetividade e da proteção da dignidade humana. **Ensaio Monográfico**: os direitos humanos, sob análise crítica e disciplinar. Erechim: Edelbra, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma distinção necessária. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 5, n. 19, p. 133-156, ago./set. 2003.

_____. A Repersonalização das Relações de Família. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. **Direito de Família Contemporâneo e Novos Direitos**: estudos em homenagem ao Professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 99-114.

_____. **Paternidade Socioafetiva e o Retrocesso da Súmula 301-STJ**. Conferência proferida no V Congresso Brasileiro de Direito de Família em Belo Horizonte, no dia 27 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.trinolex.com/artigos_print.asp?id=1639&icaso=artigos> Acesso em: 18 ago. 2011.

MAIDANA, Jédison Daltrozo. O Fenômeno da Paternidade Socioafetiva: a filiação e a revolução da genética. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 6, n. 24, p. 50-79, jun/jul. 2004.

MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. **Construção Social da Paternidade Resultante da Interação entre Pai e Filho**. 30 nov. 2003. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=106>>. Acesso em: 18 ago. 2011.

OLIVEIRA, Euclides de. Os Operadores do Direito Frente às Questões de Parentalidade. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 5, n. 20, p. 150-162, out/nov.2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.v. 5.

_____. **Instituições de Direito Civil**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.v. 1.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70041393901**. Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 24 de agosto de 2011a. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=Apela%E7%E3o+C%EDvel+N%BA+70041393901&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 22 set. 2011.

_____. **Apelação Cível Nº 70041840489**. Oitava Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 18 de agosto de 2011b. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=Apela%E7%E3o+C%EDvel+N%BA+70041840489&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 22 set. 2011.

_____. **Apelação Cível Nº 70041923061**. Oitava Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 28 de julho de 2011c, Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=Apela%E7%E3o+C%EDvel+n%BA+70041923061&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 22 set. 2011.

_____. **Apelação Cível Nº 70042363432**. Oitava Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 09 de junho de 2011d. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=Apela%E7%E3o+C%EDvel+N%BA+70042363432&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 22 set. 2011.

SOUZA, Ionete de Magalhães. Paternidade Socioafetiva – Artigos. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 9, n. 47, p. 90-97, fev./mar. 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

WELTER, Belmiro Pedro. Teoria tridimensional no Direito de Família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva. **Revista Brasileira de Direito de Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 10, n. 8, p. 104-123, fev./mar. 2009.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE

Patrícia Walker¹
Letícia Lassen Petersen²

Este artigo tem por escopo analisar a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance, sofrida pelo seu cliente, em virtude de ações ou omissões praticadas pelo causídico. Assim, articula-se a discussão através de registros históricos do instituto, posicionamento doutrinário e jurisprudencial, a fim de propor uma sistematização sobre o tema.

A responsabilidade civil é um tema relativamente novo no direito pátrio e que ainda carece de regulamentação precisa. Notadamente com relação à responsabilidade civil pela perda de uma chance, que é originária de uma teoria Francesa do final do século XIX, não há nenhuma previsão legal.

Ademais, não obstante haver provocação judicial acerca da temática, conforme Silva, a teoria da perda de uma chance ainda não recebeu do legislador, da doutrina e jurisprudência a atenção devida, principalmente se comparada com outros países que, além de apresentarem um maior número de precedentes, também realizaram profundos debates sobre o assunto (SILVA, 2009).

O direito brasileiro abarca duas modalidades de reparação civil, quais sejam os danos morais e os danos materiais, estes últimos divididos em danos emergentes e lucros cessantes. Conforme Venosa, a responsabilidade civil pela perda de uma chance é apontada, por parte da doutrina, como um terceiro gênero de indenização que não se enquadra entre o dano emergente e nem entre os lucros cessantes (VENOSA, 2009).

A maior casuística, quando se trata de aplicação da teoria da perda de uma chance, no direito brasileiro, trata de hipóteses de responsabilidade civil do advogado. Assim o presente artigo tem por intuito analisar as hipóteses de cabimento da condenação do advogado ao pagamento de indenização pela perda

¹ Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Machado de Assis. patriciawalker@tj.rs.gov.br

² Graduada em Pedagogia (UNIJUI). Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais (UNIJUI). Especialista em Novo Direito Civil (UNISUL). Mestre em Desenvolvimento Regional (UNISC). Doutora em Desenvolvimento Regional (UNISC). Pós Doutoranda (UFRGS). letipetersen@yahoo.com.br

de uma chance.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

Desde os primórdios, a humanidade tem se preocupado em responsabilizar os culpados pelos danos causados a terceiros, não importando a natureza destes. De acordo com Gonçalves, os registros históricos sistematizam o período da Pena de Talião, pela qual valia a regra do “olho por olho, dente por dente”. Depois, passou-se à fase da autocomposição e, posteriormente, já com a presença do Estado centralizador das penas, ao período da responsabilidade decorrente da culpa (GONÇALVES, 2009).

Com a revolução industrial, novas demandas foram surgindo, fazendo com que a jurisprudência tivesse que mudar seus conceitos, a fim de abarcar essa mutação social e reparar uma gama maior de danos sofridos. A discussão da responsabilidade civil objetiva foi uma temática inevitável, decorrente do risco que a atividade exercida pode causar a terceiros, com a finalidade de manter a paz social e tornar indene o prejuízo. Este foi um marco da mudança conceitual na responsabilidade civil: se passou da era da “culpa” para a da “reparação de danos”.

Contudo, conforme Silva, a responsabilidade objetiva não foi suficiente para reparar todas as espécies de danos, visto que permanecia a existência de situações da vida cotidiana, em que um sujeito sofria com o ato ofensivo de outrem e, em função deste, via-se privado da oportunidade de obter uma determinada vantagem ou de evitar um prejuízo (SILVA, 2009). Nesse ponto, surge a responsabilidade pela perda de uma chance.

1.1 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance é apenas uma das diversas espécies de responsabilidade civil. Decorre da evolução do instituto jurídico, a fim de melhor amparar os anseios da sociedade contemporânea. Assim, para a análise da perda de uma chance, indispensável o estudo do instituto

da responsabilidade civil.

Conforme Silva, a responsabilidade civil é um ramo do direito obrigacional que “[...] se ocupa das obrigações surgidas pela quebra de um dever preexistente, tanto de origem negocial quanto extra negocial.” (SILVA, 2009, p. 1-2). De acordo com Gagliano e Filho, é obrigação derivada (dever jurídico sucessivo), oriundo da quebra de um dever jurídico originário. É a responsabilidade que surge do ato danoso daquele que, violando norma jurídica preexistente, legal ou contratual, tem a obrigação de reparar o dano daí advindo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009).

O instituto em tela “[...] é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso.” (VENOSA, 2009, p. 1). Toda a atividade humana, causadora de prejuízos, pode originar o dever de indenizar, sendo que o estudo do instituto abrange todo o conjunto de normas e princípios que regem a obrigação de indenizar. Nesse sentido é o entendimento de Gonçalves:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. (GONÇALVES, 2009, p. 1).

Acerca do significado jurídico da reparação dos danos, há que se pontuar que

Reparar o dano, qualquer que seja sua natureza, significa indenizar, *tornar indene* o prejuízo. *Indene* é o que se mostra íntegro, perfeito, incólume. O ideal é que a reparação de dano seja feita de molde que a situação anterior seja reconstituída. (VENOSA, 2009, p. 288).

Verifica-se, diante deste breve apanhado sobre o conceito de responsabilidade civil e reparação de danos, que a responsabilidade civil não decorre somente da prática de ato ilícito, mas também da violação de dever contratual, razão pela qual merece análise as suas modalidades: contratual e extracontratual.

1.1.1 Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual

A legislação atual contempla duas modalidades de responsabilidade civil: a contratual e a extracontratual, dependendo da natureza da norma jurídica violada pelo causador do dano. A responsabilidade civil contratual decorre do descumprimento de um contrato preestabelecido, respondendo o devedor por perdas e danos, conforme dispõe o artigo 389 (BRASIL, 2002). Conforme Venosa, tal modalidade de responsabilidade civil “[...] cuida do inadimplemento de contratos e outros negócios jurídicos.” (VENOSA, 2009, p. 5). Na responsabilidade civil contratual,

O prejuízo deflui do inadimplemento de um compromisso contratual. O descumprimento de um dever contratual é o fator humano mais decisivo na provocação de danos. É a obrigação o liame jurídico entre dois ou mais sujeitos, que tem por objeto uma prestação determinada. O credor sofre um prejuízo com o proceder da outra parte, que desrespeita o conteúdo da obrigação. (RIZZARDO, 2009, p. 19).

A responsabilidade civil extracontratual decorre da aplicação do artigo 186, cumulado com o artigo 927 (BRASIL, 2002). Verifica-se que a legislação corrobora que esta modalidade de responsabilidade civil, também chamada de aquiliana “decorre diretamente da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita do agente infrator (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009). Ou seja, é o caso de desrespeito à lei e demais normas que orientam a conduta humana, com fundamento na culpa aquiliana.

É possível traçar duas diferenças básicas entre a responsabilidade civil contratual e a extracontratual: na primeira, o agente descumpre o que foi pactuado, tornando-se inadimplente frente ao outro contratante, enquanto que, na segunda, o causador do dano infringe um dever legal, não havendo nenhum vínculo jurídico prévio entre este e a vítima do ilícito. Assim, verifica-se a ocorrência de dois tipos básicos de responsabilidade civil - contratual e extracontratual -, as quais, a bem da verdade, apresentam soluções idênticas, pois os pressupostos para sua configuração são, em essência, o dano, o ato ilícito e o nexo de causalidade (GONÇALVES, 2009).

1.1.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil

A clareza dos pressupostos da responsabilidade civil se faz necessária para aplicabilidade do instituto aos casos concretos. É a análise dos pressupostos que viabiliza aos operadores da norma o enquadramento do fato à lei (GONÇALVES, 2009). O artigo 186 do Código Civil consagra no direito brasileiro a regra de que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a lhe reparar. Tal dispositivo traz, ainda, os 4 (quatro) elementos essenciais da responsabilidade civil, quais sejam: ação ou omissão, culpa do agente, relação de causalidade e dano (BRASIL, 2002). Rizzardo, ao abordar os elementos essenciais que configuram a responsabilização civil, sistematiza os seguintes requisitos:

- a) A ação ou omissão do agente, investindo contra alguém, ou deixando de atuar, ferindo seu direito ou o patrimônio. Opera-se por ato próprio essa ação ou omissão, com a atuação direta do agente, que ataca uma pessoa, ou destrói seus bens, ou investe contra sua honra, ou descumpre uma obrigação de proteção; ou por ato de terceiros [...]
- b) Que a conduta ou omissão de conduta do agente seja culposa, e que se expanda pela violação de um dever jurídico de observar ou de não transgredir uma regra. Essa conduta ou omissão se manifesta de forma voluntária, e, então, caracteriza-se o dolo; ou de forma não-voluntária, importando na culpa propriamente dita. Assim colhe-se do seguinte texto do art. 186 (art. 159 do Código revogado): “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia”.
- c) O nexo causal, revelado na relação entre a violação da norma e o dano. O desrespeito ao dever traz o prejuízo, vindo este elemento no verbo ‘causar’ que está no mesmo dispositivo acima. Não se perfectibiliza a responsabilidade se o resultado negativo não decorre daquela violação específica da norma [...]
- d) O dano ou resultado negativo que atinge a pessoa ou seu patrimônio, e que se encontra nas seguintes expressões do citado preceito ‘violar direito’ ou ‘causar dano a outrem’, bastando uma das alternativas. Se, embora verificada a violação de um dever jurídico, e configurada a culpa ou dolo, não surgir qualquer prejuízo, nenhuma indenização é devida [...] (RIZZARDO, 2009, p. 36).

Há hipóteses em que não são necessárias a presença de todos requisitos: caso da responsabilidade objetiva. Nela pode ser suprimido o requisito do dolo ou culpa, de modo que, mesmo sem intenção ou culpa, o agente pode acabar respondendo pelos danos causados. Neste íterim, acima da discussão que envolve a necessidade ou não da ocorrência de dolo ou culpa para a configuração da

responsabilidade civil, está o resultado da conduta praticada pelo agente. Pois, ainda que tenha ocorrido a violação da norma, a culpa, e até mesmo o dolo, nos casos em que não se verificar a ocorrência de prejuízo não haverá o dever de indenizar.

1.1.3 Apanhado Histórico e Evolução da Responsabilidade Civil

Inicialmente reconhecida pelos Tribunais Franceses e, depois, em diversos sistemas jurídicos, o instituto da responsabilidade civil veio ao encontro dos interesses do capitalismo. Gonçalves menciona que, nos primórdios da humanidade, por ainda não imperar o Direito, o que existia era a vingança privada, como reação imediata ao dano, sem regras ou medidas (GONÇALVES, 2009). Após a consolidação do Estado Moderno de Direito, teorias civis que discutissem a reparação dos danos, foram ganhando espaço, pela própria expressão dos interesses capitalista que o atravessam.

Ao longo da história, a humanidade passou a se utilizar da composição, pois os prejudicados perceberam que a compensação econômica dos danos era mais vantajosa e conveniente do que a vingança. De acordo com Gonçalves, em um estágio mais avançado, já com a presença de um Estado soberano, foi vedado às vítimas fazer justiça com suas próprias mãos, de modo que a composição econômica deixou de ser voluntária e passou a ser obrigatória, com uma grande desvantagem, que era a tarifação das penas, pela qual para cada delito era fixado um valor monetário, a ser pago pelo ofensor (GONÇALVES, 2009).

Conforme Rizzardo, o Direito Romano foi o responsável pela distinção entre penas e reparação, de acordo com o caráter da ofensa: público ou privado. Da ofensa à ordem pública decorria a pena, consistente no pagamento de determinado valor ao erário ou na imposição de castigos, que poderia implicar até mesmo na morte do agente. Por seu turno, as ofensas de caráter econômico praticadas entre cidadãos ensejavam a reparação (RIZZARDO, 2009). Ainda do Direito Romano, surgiu a Lei Aquiliana, que, segundo Venosa,

a princípio, atinge dimensão ampla na época de Justiniano, como remédio jurídico de caráter geral; como considera o ato ilícito uma figura autônoma, surge, desse modo, a moderna concepção da responsabilidade extracontratual. O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação da *Lex Aquilia* o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Funda-se aí a origem da responsabilidade extracontratual fundada na culpa. (VENOSA, 2009, p. 17).

A Lei Aquiliana teve como marco a substituição de multas fixas por penas proporcionais ao dano causado. Ela regulava os casos de destruição ou deterioração do bem alheio por ato que atingisse coisa corpórea ou incorpórea, sem justa causa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009). Esta modalidade de responsabilidade civil foi aprimorada pelo Direito Francês, pelo Código Civil de Napoleão, que inseriu a ideia da culpa, ainda que levíssima, como elemento básico da responsabilidade civil, para obrigar o autor do fato a indenizar. A noção de culpa abordada nesta legislação influenciou diversos diplomas, inclusive o Código Civil Brasileiro de 1916, que se filiou à teoria subjetiva. Contudo, a teoria clássica da culpa não foi suficiente às necessidades da vida em sociedade.

Com o avanço industrial, as injustiças sociais perpetraram-se, impondo a necessidade de se atenuar males oriundos da exploração econômica do próprio sistema capitalista. Conforme Rizzardo, este cenário favoreceu o surgimento da teoria da responsabilidade civil objetiva (RIZZARDO, 2009). Tal teoria, representou um grande avanço em relação à reparação civil de danos, ocorrida entre os séculos XIX e XX, a medida que superou a ideia de que a responsabilidade derivava da culpa. De acordo com Savi, foi a partir da teoria objetiva, que se passou a dar maior atenção à vítima do dano, que conseguia obter indenização pelos danos sofridos, independente da comprovação da culpa do ofensor, bastando a prova acerca do nexo causal entre o prejuízo e a conduta do agente (SAVI, 2009).

1.1.4 Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva

Ao tratar do tema responsabilidade civil, será necessária a comprovação do nexo causal (dano e evento danoso) e o dolo ou culpa do agente. Contudo, existem casos em que a demonstração da culpa é desnecessária, pois a responsabilidade

decorre da própria atividade desenvolvida pelo agente. Nos casos em que a demonstração da culpa é desnecessária, se está diante da responsabilidade civil objetiva. Já responsabilidade civil subjetiva é aquela decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposos.

A par do conceito de responsabilidade civil subjetiva, a partir de Gonçalves, verifica-se que existem situações previstas em lei, nas quais a culpa é presumida ou relativizada, em função da atividade ou risco, a exemplo das previstas nos artigos 927, parágrafo único e 936, ambos do Código Civil (GONÇALVES, 2009). No entanto, a responsabilidade civil objetiva não se limita aos casos expressos em lei, visto que, o julgador também pode fixar o dever de indenizar, independentemente de previsão normativa e da comprovação de culpa. Ressalta-se, que grande parte das atividades de risco já possui previsão legal, restando pequeno campo para aplicação por analogia pelo julgador. Em se tratando de responsabilidade objetiva, a ideia da culpa é substituída pelo já mencionado risco, pelo qual aquele que, conforme Venosa, “[...] com sua atividade ou meios utilizados, cria risco, deve suportar o prejuízo que sua conduta acarreta, ainda porque essa atividade de risco lhe proporciona um benefício.” (VENOSA, 2009, p.14).

De acordo com Gonçalves, a teoria da responsabilidade civil objetiva encontrou amplo campo para solidificação na França, onde também surgiu a teoria da perda de uma chance (GONÇALVES, 2009). Conforme Silva, a teoria da atividade de risco trouxe “[...] uma verdadeira inversão do eixo da responsabilidade civil, antes preocupada em encontrar o caráter culposos da conduta do agente, atualmente voltada para a reparação do dano.” (SILVA, 2009, p. 4). Esta mudança de paradigma influenciou e ampliou o conceito de dano reparável, fazendo com que determinadas situações, antes impossíveis de reparação, porque intangíveis, passassem a receber a tutela do Estado, como é o caso de responsabilidade civil pela perda de uma chance.

A evolução da responsabilidade civil tem como princípio fundamental e regra prioritária de proteção à dignidade da pessoa humana, passando-se do conceito de ato ilícito para o de dano injusto, o que autoriza, conforme Savi, “[...] detectar outros danos ressarcíveis que não aqueles que resultam da prática de um ato ilícito.

Substitui-se, em síntese, a noção de ato ilícito pela de *dano injusto*, mais amplo e social.” (SAVI, 2009, p. 105-106). Esta perspectiva corrobora as previsões da Carta Magna brasileira de 1988.

Esta inversão de conceitos ocorreu porque, em razão dos valores instituídos pela CF/88, a análise dos casos de responsabilidade civil passou a exigir não somente um juízo de licitude, mas também um prévio juízo de valor, decorrente da ideia de que “[...] nem todo ato ilícito será merecedor de tutela.” (SAVI, 2009, p. 107). Assim, com foco no dano injusto, é possível aproximar-se da efetiva realização da Justiça, a partir da análise conjunta das situações subjetivas, à luz da CF/88.

A perda de uma chance, (...) na grande maioria dos casos será considerada um dano injusto e, assim, passível de indenização. Ou seja, a modificação do foco da responsabilidade civil, para a vítima do dano injusto, decorrente da evolução da responsabilidade civil, acaba por servir como mais um fundamento para a indenização desta espécie de dano. (SAVI, 2009, p. 109).

Com a evolução dos pressupostos da responsabilidade civil e o foco cada vez mais voltado à reparação de danos injustos, ganhou amplitude a teoria da perda de uma chance, voltada a indenizar a vítima pelas chances perdidas em função da conduta do agente.

1.2 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

No direito brasileiro há duas modalidades de reparação civil, quais sejam: pelos danos morais e materiais, estes últimos divididos em danos emergentes e lucros cessantes. Tal entendimento é extraído do disposto nos artigos 186, 187, 927 e 402 do Código Civil Brasileiro, segundo os quais, aquele que comete ato ilícito, ainda que exclusivamente moral, está obrigado a lhe reparar, bem como, em relação às perdas e danos, que os mesmos abrangem, além do que o credor perdeu (danos emergentes), aquilo que deixou de ganhar, lucros cessantes (BRASIL, 2002). O dano moral pode ser entendido como aquele caso em que a vítima sofre uma ofensa que lhe atinge o psicológico, causando-lhe transtornos e dissabores, com os quais não teria de lidar, caso a ação não tivesse ocorrido. Os danos materiais dividem-se

em danos emergentes e lucros cessantes (artigo 402 do Código Civil), cuja diferenciação é pontuada por Gonçalves:

Dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. É, por exemplo, o que o dono do veículo danificado por outrem desembolsa para consertá-lo. Representa, pois, a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois. *Lucro cessante* é a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho esperado. Há casos em que a indenização já vem estimada no contrato, como acontece quando se pactua a cláusula penal compensatória. (GONÇALVES, 2007, p. 342).

A perda de uma chance é apontada, por forte corrente, doutrinária como um terceiro gênero de indenização, não se amoldando em nenhuma das classificações abordadas pela legislação civil.

1.2.1 Evolução e Características da Teoria da Perda de uma Chance

Historicamente os danos diretos e tangíveis eram passíveis de compensação, tanto no que se refere às pessoas quanto ao patrimônio. A evolução, decorrente das necessidades modernas, fez com que se passasse a reparar também os danos com causas intangíveis e emocionais, tais como quebras de expectativas. Nessa evolução, a teoria da perda de uma chance acaba por emergir, pois, conforme Savi, “[...] defendia a concessão de indenização pela perda da possibilidade de conseguir uma vantagem e não pela perda da própria vantagem que não pôde se realizar.” (SAVI, 2009, p. 3).

Segundo Silva, o primeiro registro de aplicação da teoria é datado de 17 de julho de 1889, quando a Corte de Cassação francesa conferiu a um demandante o direito a receber indenização em função da atuação de um oficial ministerial, que extinguiu todas as possibilidades de a sua demanda lograr êxito, mediante o seu normal procedimento (SILVA, 2009).

No ano de 1911, a teoria foi aplicada no sistema da *Common Law*, em um caso cuja demandante era finalista de um concurso de beleza conduzido pelo réu, que a impediu de participar da fase final (SILVA, 2009). Exemplo recente da possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance, é apresentado por

Venosa, no caso do maratonista brasileiro que, nas olimpíadas de 2004, enquanto liderava a prova, foi agarrado por um espectador que, invadindo a pista de corrida, agarrou-o, lhe retirando a concentração por alguns segundos, fazendo com que terminasse a prova em terceiro lugar (VENOSA, 2009). Para Venosa, trata-se de legítimo caso de perda da chance, pois nada poderia garantir que o maratonista brasileiro teria vencido a prova, sendo apenas uma probabilidade, já que liderava com folga e administrava bem tal liderança.

Caso houvesse certeza quanto a sua vitória, poderia pleitear indenização por lucros cessantes, haja vista que seria mais fácil apurar o efetivo prejuízo sofrido. Entretanto, por se tratar de mera hipótese de vitória (e não de algo que efetivamente deixou de ganhar), o que caberia seria a indenização pela chance perdida, que de forma alguma seria o equivalente ao primeiro lugar na prova, mas sim, uma compensação pela oportunidade arruinada. Para a fixação da indenização nesta teoria, é necessária a observância de algumas peculiaridades, que serão abordadas.

Há significativas diferenças entre a indenização por perda de uma chance e as outras espécies normativas. Quando se trata de perda de uma chance, o que se indeniza é a quebra da expectativa de auferir algo e não a efetiva perda do que se pretendia perceber. Isto porque não há certeza quanto ao êxito, mas mera perspectiva, que deixou de ser experimentada em face da atitude do agente ao qual é imputada a responsabilidade pela perda da oportunidade. Neste diapasão é o ensinamento de Judith Martins-Costa:

Na responsabilidade pela perda de uma chance, o que é indenizado é justamente a chance de não alcançar determinado resultado, ou de auferir certo benefício, chance que foi perdida em razão de ato culposo do lesante. (MARTINS-COSTA, 2003, p. 360).

Acerca da possibilidade de indenização pelas chances perdidas, Savi disserta que “[...] a perda de uma chance séria e real é hoje considerada uma lesão a uma legítima expectativa suscetível de ser indenizada da mesma forma que a outras espécies de bens ou qualquer outro direito subjetivo tutelado pelo ordenamento.” (SAVI, 2009, p. 101).

Em relação à diferenciação entre a perda de uma chance e as outras

espécies de dano, segundo Silva, é oportuno referir que na perda da chance, falta à prova de vínculo causal entre a perda da chance (aposta) e o ato danoso, já que essa aposta (dano da vítima) também pode desaparecer por outras causas (SILVA, 2009). O ponto principal da ação de indenização não é a atitude imputada ao réu, mas sim, a chance que a vítima perdeu. Especificamente sobre a chance, Rafael Silva esclarece que,

A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza. (SILVA, 2009, p. 13).

Para ocorrência do dever de indenizar é necessária a definição do prejuízo da vítima, seja ele moral ou material. De acordo com Venosa, não há necessidade de indicar o seu valor, pois este depende de elementos a serem analisados em liquidação de sentença (VENOSA, 2009). Em demandas que tratam da responsabilidade pela perda da chance, o que se indeniza é a perda da oportunidade de, com a ocorrência daquele evento que fora interrompido pelo ofensor, a vítima obter resultado diverso, como a vitória em um processo judicial ou em uma maratona, não tendo ligação monetária com o que se ganharia. A indenização pela chance perdida será inferior ao efetivo valor da vantagem esperada e perdida pela vítima. Isto porque o que se repara é o dano decorrente desta perda e não o valor monetário que o aproveitamento da chance desperdiçada poderia trazer.

A indenização baseada na teoria da perda de uma chance tem limite no caráter de certeza. Segundo Silva, veja que “[...] a chance perdida deve ser ‘séria’, ou ‘real e séria’”. É necessário demonstrar a realidade do prejuízo final, que não pode ser evitado—prejuízo cuja quantificação dependerá do grau de probabilidade de que a chance perdida se realizaria.” (SILVA, 2009, p. 191). Nesse contexto, pode-se afirmar que:

É claro, então, que, se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se considerar dentro da ideia de perda de uma oportunidade (perde d'une chance) e puder situar-se na certeza do

dano. (VENOSA, 2009, p. 35).

No ordenamento Italiano, segundo Savi, para que a chance seja considerada séria e real, exige-se que a probabilidade de obtenção da vantagem esperada pela vítima seja superior a 50% (SAVI, 2009). Tal posicionamento sofre críticas, pois:

Com base nesse raciocínio (...), chega-se a soluções nada equânimes, como, por exemplo, a de se admitir a indenização quando o lesado tem a seu favor 51% de chance de atingir o resultado final, negando-a, em caso idêntico, quando a vítima tem apenas 2% a menos, quer dizer, diante de 49% de chance de o lesado obter a vantagem esperada. Daí se vê que este critério é, no mínimo, bastante questionável. (SAVI, 2009, p. 81).

Conclui-se que para o reconhecimento do direito à indenização pela perda de uma chance, não se deve fazer vínculos a probabilidades matemáticas de a pessoa obter êxito caso aproveitasse a chance, mas sim, a constatação de que a chance existia, bem como de que era séria e possível, de que superava uma vaga hipótese.

1.2.2 A Perda de uma Chance no Direito Brasileiro

Embora não exista previsão normativa expressa, atualmente é ampla a admissão pela doutrina da aplicação da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro. No entanto, quando em vigor o Código Civil de 1916 (CC-1916), grande parte da jurisprudência era relutante em aceitar a reparação pelas chances perdidas, sob o argumento de que os artigos 1537 e 1538 daquele Código traziam um rol de bens protegidos pelo ordenamento jurídico pátrio, dentre os quais não se encontrava a perda de chance (SAVI, 2009).

José de Aguiar Dias já fazia forte crítica a tal relutância, chamando de “magistrado bisonho” o prolator de um voto em julgamento do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido em julho de 1936, no qual negou a responsabilidade de um advogado pela falta de preparo em um recurso de apelação trabalhista, sob o fundamento de que tal fato não se constituía um dano (SILVA, 2009). Contudo, a relutância por parte da jurisprudência não era absoluta. Neste sentido, ainda sob a égide do CC-1916 os Ministros Ruy Rosado de Aguiar e Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao votar no julgamento do Recurso Especial nº 57.529-DF, datado de

07/11/1995, disseram:

Penso eu que tal decisão causa ofensa ao disposto no art. 159 do Código Civil, cláusula geral que contempla inclusive a hipótese da perda de uma real oportunidade de obtenção de uma certa vantagem. Não se indeniza a vantagem de quem venceria a concorrência, mas a perda real da oportunidade de concorrer, que é um fato provado, causador de prejuízo de não concorrer, e por isso, incluído no âmbito do artigo 159 do CC, pois foi causado por culpa da transportadora. (SAVI, 2009, p. 96).

Com a legislação Civil de 2002 (CC-2002), foram alterados os dispositivos que versavam sobre a matéria³, os quais preveem a reparação de determinadas espécies de dano, sem, representar um rol taxativo, deixando aberta a possibilidade de reparação de qualquer prejuízo que o ofendido comprove haver sofrido (SAVI, 2009). O CC-2002 adotou o princípio da reparação integral dos danos, previsto no artigo 186, que representa uma cláusula geral de responsabilidade, contemplando os danos decorrentes da perda de uma chance (BRASIL, 2002).

Hoje, a relutância com a aplicação da teoria da perda de uma chance é cada vez menor, aparentando ser isolada a posição do doutrinador Rui Stoco, o qual sustenta que “exsurge como inaceitável” a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance (STOCO, 2007).

A partir da interpretação sistemática da supra mencionada regra geral do artigo 186 do CC-2002, pode-se dizer que a responsabilidade civil pela perda de uma chance está prevista implicitamente no ordenamento jurídico. No entanto, em que pese o tratamento abrangente que o tema tem recebido, alguns tribunais brasileiros não possuem qualquer contato com o mesmo, de modo que “[...] seria impróprio afirmar que a teoria da perda de uma chance já goza de aplicação geral e irrestrita, por parte da jurisprudência brasileira.” (SILVA, 2009, p. 195). Conforme o autor,

A aceitação da perda de uma chance como uma espécie de dano certo aparece como o caminho que o direito nacional segue e continuará a seguir, eis que, no ordenamento brasileiro não se encontra qualquer dispositivo que possa tornar-se um óbice para a aplicação da teoria da perda de uma chance. (SILVA, 2009, p. 233-234).

³ A redação atual encontra-se nos artigos 948 e 949 do Código Civil de 2002.

Verifica-se que a maior casuística, quando se trata de aplicação da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro, trata de hipóteses de responsabilidade civil do advogado, inclusive sendo esse o objeto do primeiro caso conhecido de aceitação da perda de uma chance no Brasil, por meio do julgamento da apelação cível nº 591054837, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 29/08/1991.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE

A responsabilidade civil dos profissionais liberais, dentre eles o advogado, é decorrente da culpa, ou seja, é subjetiva, nos termos preconizados pelo artigo 14, §4º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC), e artigo 32 da Lei nº 8906, mormente conhecida como Estatuto da Advocacia. Por ser um instrumento na luta contra a opressão no Estado Democrático de Direito, a advocacia é um ofício que traz consigo a possibilidade de ocorrência de danos, quer pela utilização de técnicas inadequadas ou pela omissão dos deveres que deva zelar na defesa dos interesses do cliente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009).

Trata-se de modalidade de responsabilidade contratual, amparada no princípio de que quem exerce uma profissão deve comportar-se de acordo com os parâmetros exigidos para o seu ofício, sendo que, desvios podem ocasionar danos, conseqüentemente, surge o dever de indenizar (VENOSA, 2009). Para os advogados impõe-se que sejam diligentes, evitando atuação com desídia ou retardamento da propositura da ação, pois ha obrigação de defender a parte em juízo e de lhe dar conselhos profissionais. Nesse sentido, a Lei nº 8.906/04 estabelece que são atividades exclusivas do advogado prestar serviços de consultoria, assessoria e direção jurídica, bem como postular perante os órgãos do Poder Judiciário. Os advogados possuem obrigação de meio e não de resultado, pois não podem e não necessitam, na maioria absoluta dos casos, garantir o sucesso da empreitada (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009).

Há casos em que se admite que a obrigação assumida seja de resultado. Exemplo é o trabalho do advogado na elaboração de contratos ou minuta de uma escritura pública, quando deve ser alcançado o resultado esperado pelo cliente. No

entanto, a ocorrência da falha do profissional somente poderá ser apurada a partir da análise do caso concreto (GONÇALVES, 2009). Assim, os advogados respondem civilmente de maneira subjetiva, ou seja, é necessário que reste comprovada a sua culpa.

Tem-se que o advogado não tem a obrigação de vencer em juízo. Caso prometa ao cliente o sucesso da causa, estará agindo com culpa, do que decorre a obrigação de indenizar em caso de perda da ação (RIZZARDO, 2009). Os casos mais corriqueiros de demandas ajuizadas contra advogados tratam de hipóteses de desídia, retardamento na propositura de ação judicial e perda de prazos processuais. É nesse campo que emerge o dever de indenizar pela perda de uma chance.

A responsabilidade civil dos advogados é uma das modalidades de responsabilidade profissional. Por se tratar de figura indispensável à administração da justiça (artigo 133 da CF/88), e considerando os interesses que protege, é latente, a possibilidade de causar danos aos clientes, principalmente quando o mandatário não atua com a diligência exigida pelo ofício que exerce. Não se pode olvidar, que a obrigação dos advogados, assim como a dos médicos, é de meio, não de resultado. Normalmente, a responsabilidade civil dos advogados é contratual, decorrente do mandato. Entretanto, existem possibilidades em que ela poderá ser extra negocial ou estatutária, exemplos que ocorrem com defensores oficiais e defensores nomeados pelo juízo (VENOSA, 2009).

O mandato é uma das modalidades de contrato, prevista no CC-2002, pelo qual se impõe responsabilidade contratual do advogado, devendo, por isto, defender os interesses do cliente, que lhe fora confiado. Assim agindo, nenhuma responsabilidade poderá ser imputada ao procurador, já que cumpriu com suas obrigações (GONÇALVES, 2009).

Na apuração de responsabilidade civil do advogado, há de ser considerado que incidem duas regras, insculpidas nos artigos 14, §4º, do CDC, e artigo 32 do Estatuto da Advocacia⁴. Responderá o advogado pela precariedade de sua defesa,

⁴ Art. 14. "(...) §4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa." (BRASIL, 1990).

Art. 32. "O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo

quando nela sejam verificados erros de fato e de direito, cujo exame de gravidade dependerá de cada caso concreto. Existirão casos, como perda de prazo para recursos que, de tão crassos, podem ser analisados objetivamente. Por outro lado, existirão condutas que demandam exame mais cuidadoso, a fim de verificar a ocorrência de desídia do procurador. Nesse aspecto, deve se considerar que:

O advogado é o primeiro juiz da causa. A propositura de uma ação requer estudo prévio das possibilidades de êxito e eleição da via adequada. É comum, hoje, em razão da afoiteza de alguns advogados, e do despreparo de outros, constatar-se o ajuizamento de ações inviáveis e impróprias, defeitos esses detectáveis *ictuoculi*, que não ultrapassam a fase do saneamento, quando são então trancadas. Amiúde percebe-se que a pretensão deduzida seria atendível. Mas, escolhida mal a ação, o autor, embora com o melhor direito, torna-se sucumbente. (GONÇALVES, 2009, 254).

Assim, se ingressa com o remédio processual inadequado ao caso em concreto, ou, ainda, se postula frontalmente contra a letra da lei, deve responder civilmente o advogado, por ser o primeiro juiz da causa e intérprete da norma, responsável pelos prejuízos causados ao cliente (VENOSA, 2009). Se na prestação dos serviços, verifica-se que os meios utilizados pelo advogado se apresentam como honestamente amparáveis, demonstrando compatibilidade com o princípio da razoabilidade, não haverá responsabilidade do advogado. Até porque, caso fosse cabível indenização por cada ação infrutífera, o exercício da advocacia se tornaria impossível (RIZZARDO, 2009).

Dessa forma, “[...] o erro do advogado que dá margem à indenização é aquele injustificável, elementar para o advogado médio, tomando aqui como padrão por analogia ao *bonus pater familias*.” (VENOSA, 2009, p. 258). Tem-se que o exercício da advocacia exige do profissional uma série de cuidados, que devem ser impressos a fim de evitar que o cliente sofra prejuízos em função de sua atuação.

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DA SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Ponto importante no estudo em tela é a verificação da responsabilidade da

sociedade da qual o advogado faz parte como sócio ou empregado. A sociedade de advogados, nos dizeres de Paulo Luiz Neto Lôbo, citado por DIAS, difere-se das demais sociedades civis, haja vista que o Estatuto da OAB manteve sua natureza como uma sociedade exclusivamente de pessoas e de finalidades profissionais, rejeitando o modelo empresarial adotado por diversos outros países, justamente, para não desconfigurar a atividade da advocacia (LÔBO *apud* DIAS, 1999).

A respeito da responsabilidade dos sócios, frente aos danos causados pela sociedade a doutrina pontua que:

A responsabilidade civil dos sócios pelos danos que a sociedade coletivamente, ou cada sócio ou advogado empregado individualmente, causar, por ação ou omissão no exercício da advocacia, é solidária, subsidiária e ilimitada, independentemente do capital individual integralizado. Os bens individuais de cada sócio respondem pela totalidade dessas obrigações. É nula a cláusula do contrato social que estabelecer qualquer tipo de limitação à responsabilidade dos sócios para tal fim. (ROSSI, 2007, p.131).

Ou seja, responderão os sócios, solidária e ilimitadamente, pelos danos que os outros sócios, ou os empregados, vierem a causar no exercício da advocacia, não havendo distinção entre os bens pessoais do sócio e os bens pertencentes à sociedade. Nesse sentido, impende ressaltar que de acordo com o disposto no artigo 17 do Estatuto da OAB dispõe que “[...] além da sociedade, o sócio responde subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possa incorrer.” (BRASIL, 1994). Em contrapartida, o artigo 265 do Código Civil de 2002 prevê que “[...] a solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes.” (BRASIL, 2002).

A partir da análise conjunta dos artigos supracitados, verifica-se que no caso da sociedade de advogados a solidariedade só ocorre quando prevista expressamente no contrato de prestação de serviços advocatícios, haja vista que o Estatuto da OAB fala apenas em responsabilidade subsidiária, mas não em solidária (DIAS, 1999). Se o ato prejudicial ao cliente não puder ser atribuído a um advogado identificado, como é o caso de ausência de resposta à Nota de Expediente que foi publicada em nome de todos, há a responsabilidade solidária dos sócios, ao

contrário do que ocorre quando se pode aferir a culpa exclusiva.

Convém destacar que a responsabilidade da sociedade de advogados possui natureza objetiva, de maneira que, se os advogados se agrupam em sociedade, deixam de fazer jus à exceção ao princípio da responsabilidade objetiva, previsto no § 4º artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), uma vez que este se aplica apenas ao profissional liberal (ROSSI, 2007). Tal entendimento não é unânime, uma vez que a responsabilidade da sociedade de advogados perante o cliente é subjetiva, encontrando-se incluída na exceção do §4º do artigo 14 do CDC. Veja que, a sociedade de advogados é composta por pessoas com finalidades profissionais de modo que sua atividade confunde-se com as atividades dos sócios, os quais possuem responsabilidade subjetiva, ou seja, é necessária a aferição da culpa (DIAS, 1999). Nesse ínterim, Antônio Montenegro apud Dias afirma que:

A prestação de serviço pelo profissional liberal acha-se tão intimamente ligada à sua responsabilidade pessoal (= pela culpa), que absurdo seria firmar princípios diversos para ele e para a pessoa jurídica que o tenha como empregado. Na ocasião em que for declarada a responsabilidade da empresa, forçosamente aparecerá o nome do profissional que atuou no caso concreto, como inábil para atividade exercida. Daí a necessidade de demonstrar-se a sua culpa, seja quando ele exerce o serviço individualmente, seja quando o faz como empregado ou preposto de determinada empresa. (MONTENEGRO, 0000 *apud* DIAS, 1999, p. 42).

A responsabilidade civil da sociedade de advogados encontra entendimentos doutrinários conflitantes, tanto no que se refere à solidariedade dos sócios pelos danos causados, quanto no que tange à natureza jurídica (objetiva ou subjetiva). O que é certo é que seja na seara da sociedade de advogados ou do advogado que atua individualmente, o cliente que sofre danos possui perspectiva de indenização.

3 ANÁLISE CONCLUSIVA: A RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE.

Em se tratando de responsabilidade civil pela perda de uma chance, a maior casuística encontrada no direito brasileiro refere-se a hipóteses de responsabilidade do advogado, sendo que, inclusive, esse era o objeto do primeiro caso conhecido de

aceitação da perda de uma chance no Brasil (SILVA, 2009).

E, para que essa perda de chance possa ser reparada, a mesma deve ser real e séria, demonstrando-se que não se tratava de mera hipótese de, sem aquele ato lesivo imputado ao advogado, o processo alcançar resultado diverso. No entanto, a apuração da indenização devida pelo advogado em razão da perda de uma chance, muitas vezes, é tarefa difícil, haja vista a complexidade da questão que envolve a verificação do que é real e sério e do que é mera hipótese. Nesse norte:

A responsabilidade civil na *perda de uma chance* tem características bem peculiares que a diferenciam das outras situações que envolvem perdas e danos. É que, na *perda de uma chance*, no caso específico da atuação do advogado, nunca se saberá qual seria realmente a decisão do órgão jurisdicional que, por falha do advogado, deixou, para sempre, de examinar a pretensão do seu cliente.

Na hipótese da perda do prazo do recurso cabível este não será apreciado pela instância *ad quem*, de maneira que *nunca* se saberá o resultado do julgamento, simplesmente porque ele não ocorreu e não mais se terá a oportunidade de ocorrer.

[...] Vêm-se, porém, as dificuldades que o trato deste tema oferece. Certamente, não é por outra razão que a doutrina e a jurisprudência nacionais não deram ainda solução adequada para o problema.

[...] Analisando situações extremas, de um lado e de outro, no aspecto da perda de uma chance, vemos que há situações em que o acolhimento da pretensão pelo órgão julgador é totalmente provável, e outras em que o sucesso é absolutamente improvável. (DIAS, 1999, p. 43-45).

Para que se afigure indenização pela perda de uma chance é necessário que se demonstre que, em razão da atuação do advogado, não foi atingido um resultado que, em situações idênticas e dentro da normalidade razoável seria alcançado (ROSSI, 2007). O direito à indenização pela perda de uma chance deverá ser analisado com observância aos critérios referidos, mas sem uma regra absoluta, visto que são diversas as hipóteses em que a atuação do advogado pode levar à perda da chance, sendo que, cada qual possui suas peculiaridades, que serão pontuadas caso a caso.

Dentre as principais hipóteses, destacam-se como situações emblemáticas de perda de uma chance a falta de propositura da ação judicial, quando o cliente é entrevistado pelo advogado, assina procuração e entrega todos os documentos necessários ao ajuizamento da demanda e, ainda assim, o procurador deixa de interpor a ação. Outra hipótese comum de ajuizamento de demanda indenizatória

por perda de uma chance contra o advogado ocorre quando este propõe a ação e deixa de elaborar determinado pedido, privando o cliente de obter as vantagens que lhe eram asseguradas por lei no caso (DIAS, 1999).

Um dos importantes casos de ação indenizatória por perda de uma chance é o relativo a não-interposição de recurso cabível no caso e adequado para a situação, quer por perda de prazo, não interposição propriamente dita ou, ainda, interposição sem o devido preparo. Ainda destaca-se a situação em que o advogado deixa de produzir provas importantes para seu cliente, caso em que este pode ajuizar a ação de indenização por perda de uma chance alegando que, com a produção da prova, a demanda seria decidida em seu favor (DIAS, 1999).

O extravio de autos, igualmente, pode ocasionar o ajuizamento de demanda indenizatória por perda de uma chance, especialmente quando o advogado não providencia a devida e necessária restauração de autos, num prazo razoável. Por fim, destaca-se a hipótese de ajuizamento de ação de responsabilidade civil por perda de uma chance quando o advogado que atuou na demanda, após o trânsito em julgado, deixa de aconselhar o cliente a propor a ação rescisória cabível (DIAS, 1999).

No entanto, para o reconhecimento da responsabilidade do advogado pela referida chance perdida do cliente, devem ser considerados diversos aspectos, que levam à demonstração em juízo de que a perda da chance decorreu diretamente da atividade do causídico. Ou seja, para que ocorra a responsabilização do advogado que, culposamente, fez com que seu constituinte perdesse a chance de ver sua pretensão analisada, devem ser examinados tanto o nexo de causalidade quanto a extensão do dano. Assim, tanto a análise do cabimento quanto da valorização da indenização da perda de uma chance deverão ser feitas

Fundamentalmente em face da demonstração de que a omissão ou ação inadequada liga-se diretamente à perda da chance vindicada (nexo causal adequado, direto e imediato) e se o comportamento necessário, caso existisse, conduziria, por presunção lógica, ao resultado esperado. (ROSSI, 2007, p. 121-122).

Para que seja reconhecido o dever do advogado de indenizar seu antigo cliente pela chance perdida, o último deve demonstrar em juízo que a atividade

desenvolvida pelo profissional da advocacia em seu caso está estritamente ligada à chance que perdeu, bem como que, caso o causídico tivesse agido com a diligência necessária, muito provavelmente, o resultado seria diverso.

Outra problemática que surge ao se tratar de caso de pedido de indenização por perda de uma chance diz respeito ao ônus probatório, ou seja, de quem é a incumbência de demonstrar a ocorrência tanto do dano quanto do nexo de causalidade. Estando em mora o devedor, no caso, o advogado, este responde pela impossibilidade da prestação, ainda que a mesma tenha decorrido de caso fortuito ou de força maior, a não ser que consiga demonstrar que o dano aconteceria mesmo que a obrigação fosse cumprida pontualmente (DIAS, 1999).

É que, de uma leitura do artigo 403 do Código Civil, verifica-se que o mesmo exige relação direta e imediata entre o dano e a inexecução do contrato. Vale dizer, portanto, que o dano deve ser uma consequência necessária da inexecução do contrato. Neste sentido, com relação à ação que envolve pedido de indenização por perda de uma chance, “[...] compete, pois, ao advogado demonstrar que, mesmo se houvesse praticado o ato a tempo, o dano sofrido pelo cliente seria o mesmo, isso numa visão a posteriori, no exercício do juízo de probabilidade.” (BRASIL, 2002). Assim, é ônus do advogado comprovar que, ainda que não tivesse praticado aquele ato tido como lesivo pelo cliente ou que tivesse agido da maneira esperada pelo cliente, o processo teria alcançado o mesmo resultado, qual seja, a improcedência.

Todas estas questões incidentais devem ser analisadas pelos Tribunais quando a ação proposta perquirir situações de lesão em razão da configurada perda da chance por culpa do profissional. Com efeito, para que possa haver uma aplicação mais equânime e efetiva da responsabilidade civil pela perda de uma chance no Brasil é necessário que se evolua nos estudos de tal instituto, a fim de que os aplicadores do direito possam ter uma acepção mais clara acerca de seu significado e objetivos, possibilitando que as soluções das controvérsias oriundas da perda de uma chance sejam as mais justas para ambas as partes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. **Lei 10.406/2002**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11

jan. 2002. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 28 ago. 2010.

_____. Código de Defesa do Consumidor. **Lei 8.078/1990**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 28 ago. 2010.

_____. Estatuto da Advocacia. **Lei nº 8.906 de 1994**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 jul. 1994. Disponível em:
<http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L8906.htm>. Acesso em: 3 out. 2011.

DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de uma Chance**. São Paulo: LTr, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

_____. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 4.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROSSI, Júlio César. **Responsabilidade Civil do Advogado e da Sociedade de Advogados**. São Paulo: Atlas, 2007.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Rafael Peteffida. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

AS RELAÇÕES DE TRABALHO DIANTE DA REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA E DO CENÁRIO ECONÔMICO NO MUNDO GLOBALIZADO

Kátia Raquel Knapp Lutzer¹
Daniele Regina Terribile²
Sandra Marisa Lameira³

Este artigo aborda a evolução em nível mundial do modelo produtivo fordista ao toyotista, com a situação dos mesmos no tempo, a conceituação, características e os reflexos de cada um nas condições de trabalho.

O foco é analisar a globalização, mais detidamente em sua faceta econômica, porém com algumas abordagens sociológicas. Também são avaliados os reflexos do fenômeno na organização das empresas (multinacionais), nos Estados e, através desses vieses, as repercussões nas relações de trabalho.

A metodologia da presente pesquisa, quanto à natureza, é teórica. O tratamento dos dados, por sua vez, é qualitativo e, de acordo com os fins, a pesquisa é exploratória e explicativa. Sobre a conduta dos dados, faz-se um construto bibliográfico, por meio de documentação indireta. Como método de abordagem, tem-se o dedutivo. Entretanto, de forma a complementá-lo, o histórico e o comparativo.

Nesse sentido, cabe compreender os aspectos da evolução do modo de produção capitalista, e, ao final, analisar o sistema no mundo globalizado, fenômeno presente e inignorável, bem como suas repercussões nas relações laborais, averiguando como se dá a integração entre o capital e o trabalho, nesse atual panorama mundial, bem como o papel do Estado e a possível mitigação do princípio da soberania.

¹ Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Machado de Assis.

² Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito Público pela UNISINOS. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela IMED/RS. Advogada Trabalhista, com formação pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Coordenadora do Programa de Pós Graduação em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário da FEMA - RS. Professora das matérias de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho, Direito Coletivo do Trabalho, Teoria geral do Direito Privado, Ética, Segurança e Medicina do Trabalho do curso de Direito da FEMA/RS. Professora de Direito do Trabalho do Curso de Especialização em Direito do Trabalho e da Especialização em Direito do Trabalho da UNISC e da UNOCHAPECÓ. Técnica em Segurança do Trabalho com formação pela Universidade de Passo Fundo - UPF.

³ Doutora em Direito pela Universidad Del Museo Social Argentino. Especialista em Direito Processual Civil, Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis.

1 A REESTRUTURAÇÃO DO MODO DE PRODUÇÃO: DO FORDISMO AO TOYOTISMO E OS REFLEXOS NAS CONDIÇÕES DE TRABALHO.

O fordismo-keynesianismo⁴ se firma no pós-guerra. A sua forma de organização, mais do que um novo processo de trabalho, representa mudanças na acumulação do capital, uma vez que suas transformações atingem a forma da extração da mais-valia e as condições de formação de valores de troca (CORIAT, 1994 *apud* BUSNELLO, 2005). A mais valia é “[...] a diferença entre o valor de compra da força de trabalho e o valor obtido com a venda da mercadoria por ela produzida. Assim, quanto menos se paga para a força de trabalho, maior é o lucro.” (GOMES, 2010, p. 56).

Essas mudanças na acumulação do capital ocorrem principalmente em razão do objetivo do fordismo: a produção em série e em larga escala. Henry Ford, que dá nome ao modelo, por volta de 1913, objetiva a criação de um automóvel relativamente mais barato, para que pudesse ser comprado em massa. Todavia, depara-se com a forma de produção da época, artesanal, em que cada um dos operários, altamente especializados, constrói o produto do início ao final. A produção é cara, porquanto lenta e demanda muito tempo de mão-de-obra. Para mudar isso, Ford aplica o taylorismo (organização científica do trabalho), objetivando uma produção capaz de atender o consumo em massa (GOUNET, 1999).

A produção artesanal, não possibilita multiplicar o capital, porque os custos de produção são altos e o tempo de mão-de-obra também. Não há estrutura para uma produção em larga escala. Nesse momento, o Fordismo se caracteriza como um novo estágio de regulação do capitalismo,

[...] o do regime de acumulação intensiva, em que a classe capitalista intenta administrar a reprodução global de força de trabalho assalariada através de relações de produção mercantis, sob as quais os trabalhadores assalariados adquirem seus meios de consumo. [...] o fordismo é, pois, o princípio de uma articulação do processo de produção e do modo de consumo, que instaura a produção em massa, chave da universalização do trabalho assalariado. (AGLIETTA, 1976 *apud* TEIXEIRA 1996, p. 15-74).

⁴ Alguns autores utilizam a expressão fordismo-keynesianismo, enquanto outros, apenas fordismo. Neste estudo, ambas as expressões são abordadas como sinônimos.

Além da produção em larga escala, o fordismo incita o espírito de consumo nos próprios trabalhadores assalariados, que se tornam consumidores e, com isso, passam a acelerar a economia.

O ritmo de produção é controlado pela direção da empresa, o que na produção artesanal era praticamente impossível. Cada trabalhador passa a ser responsável por uma pequena parte da produção de cada peça, o que faz através de movimentos repetitivos. A automatização se torna factível, porquanto a produção é fracionada e cada etapa representa apenas uma pequena quantidade de movimentos.

Por meio destas cinco ações formuladas por Ford, os trabalhadores sofrem desqualificações – uma vez que não mais produzem o automóvel por inteiro – e o estoque e os custos de transporte são reduzidos. “É dessa maneira que o empresário se atira à integração vertical, ou seja, ao controle direto de um processo de produção, de cima a baixo.” (GOUNET, 1999, p.19).

Através da implementação dessas cinco atitudes, o poder da produção passa às mãos da gerência, pois até então os obreiros detinham um poder maior em função do domínio total sobre as etapas da produção.

Além disso, para os trabalhadores, essa nova forma de estruturação dos trabalhos não é vantajosa, principalmente por que eles perdem qualificação. Assim, Ford se vê obrigado a oferecer um benefício aos trabalhadores: dobra o valor pago pela jornada de trabalho, vinculando este pagamento à boa conduta do funcionário. A partir disso, retirando os trabalhadores da concorrência, não enfrenta mais o problema da escassez da mão-de-obra (GOUNET, 1999).

A majoração do valor da hora de trabalho é uma medida necessária para que a indústria Ford não sofra escassez da mão-de-obra por consequência da redução das vantagens, sentida pelos obreiros.

Todavia, não é veiculado que os empregados – necessariamente homens – que bebem ou que não destinam seu salário à família, não recebem o acréscimo. Essa fiscalização, exercida por um serviço social criado pela empresa, faz com que, nos primeiros anos, a 28% (vinte e oito por cento) dos trabalhadores seja recusado o pagamento do novo valor arbitrado à jornada diária de trabalho (GOUNET, 1999).

A fábrica da Ford cresce exponencialmente, em que pese o maior custo da mão-de-obra, pois que, em contrapartida, ganha na produção em massa. Com isso,

as demais fábricas se veem destinadas a seguir o mesmo modelo - inclusive com o valor maior da mão-de-obra –, partir para a produção de carros de luxo ou de corridas – que necessitam de trabalho artesanal – ou entregarem-se à falência (GOUNET, 1999).

A Ford torna-se um paradigma, acordando outras empresas à produção em série. Isso, porque diante do mercado da época, essa forma de produção significa uma medida necessária à manutenção das indústrias no mercado. Passado algum tempo, quando todas as indústrias atingem um nivelamento, a concorrência se acirra (GOUNET, 1999).

As empresas já não podem destinar recursos à melhoria de certas condições de trabalho. Pelo contrário, no universo da competição, só quem impõe custos mais baixos de produção pode conquistar fatias do mercado. [...] Os operários são submetidos a condições cada vez piores. (GOUNET, 1999, p.22-23).

Quando a grande maioria das empresas adere a essa forma de produção, a competitividade aumenta e torna necessária a redução dos custos de produção, ou seja, da mão-de-obra. Mais uma vez os trabalhadores são atingidos.

Nos anos 60, inicia-se uma crise de rentabilidade, por força do alto custo dos salários, problema intrínseco deste modelo de produção. A baixa rentabilidade faz com que os preços subam, gerando inflação. A subida dos preços, por sua vez, reflete em incremento dos salários, aumentando o problema. Por outro lado, a adoção do capital fixo em detrimento ao variável, faz com que cada investimento reflita em menos emprego. Para compensar a queda do lucro, os salários reais aumentam em menor proporção. Tudo isso causa o aumento do desemprego (DUPAS, 1999). O custo dos salários dá início a uma crise do modelo de produção.

De outra banda, a demanda interna se mantém através dos programas sociais, o que, unido ao “compromisso fordista”, acelera a inflação. Nessa cadeia, ainda aparecem essas transferências sociais, que são custeadas pelos impostos. Conseqüentemente, os impostos refletem nos salários e nos lucros, diminuindo a rentabilidade e agravando ainda mais o problema (DUPAS, 1999).

Os impostos, pagos pelas indústrias para o custeio das transferências sociais, refletem em custos na produção, atingindo, assim, os salários e os lucros, este, o cerne do sistema. Essa crise do modelo fordista é interna, típica do seu molde

(LIPIETZ, 1988 *apud* DUPAS, 1999). “Outro fator que teria acelerado esta crise foi a internacionalização da economia, que levou à perda de controle dos mercados nacionais por parte do Estado.” (DUPAS, 1999, p. 187). Nessa época, os Estados começam a perder força para as grandes potências industriais.

Assim, com o intuito de restabelecer o lucro, essas empresas multinacionais, procuram países subdesenvolvidos e ainda não industrializados, para firmar vínculo de subcontratação. Nessa senda, o comércio mundial cresce muito, se internacionaliza, e cada vez mais se encontra distante do poder interno de cada Estado (DUPAS, 1999).

A incessante busca por lucros, faz com que as empresas transcendam os limites das fronteiras estatais, para localizar mão-de-obra em outros Estados, mitigando ainda mais a força dos países. Enquanto sob a vigência do modelo fordista, o aumento do poder aquisitivo causa diretamente o aumento da demanda das próprias empresas (DUPAS, 1999).

Com a internacionalização, já não acontecia o mesmo: os fornecedores estrangeiros estavam presentes. Agora, o aumento do poder aquisitivo – que implicava um aumento do consumo e do investimento – poderia implicar um aumento das importações e não necessariamente da produção nacional. (DUPAS, 1999, p. 187).

Assim, o aumento do consumo não significa necessariamente o fortalecimento da economia daquele país, porquanto a internacionalização da economia permite que as empresas estrangeiras supram essa demanda. Aglietta explica a crise do fordismo sob outro viés, sintetizando sua origem em alguns tópicos:

- a) Elevação do tempo de produção, em razão da falta de sincronia entre as fases de produção, que é a soma do tempo de espera de cada trabalhador;
- b) Os efeitos psicológicos e fisiológicos da intensificação do trabalho, da uniformidade do ritmo, da diminuição do tempo de descanso do obreiro, que acabam por causar um aumento da ocorrência dos acidentes de trabalho e, por via de consequência, do tempo gasto com controle de qualidade;

- c) O rompimento do elo entre o esforço e o salário, ou seja, a “[...] desapareção da percepção do laço entre o rendimento coletivo da força de trabalho e o gasto de energia individual dos trabalhadores.” (AGLIETTA, 1976 *apud* TEIXEIRA; OLIVEIRA, 1996, p. 58-59).

Esse autor define esses como fatores originários da crise. Na visão dele, a crise está ligada às características do próprio modelo, ou seja, intrínsecas a ele.

Paralelamente a essa crise vivenciada pelo modelo fordista, no Japão, em 1945, quando o país perde a guerra, volta a abrir portas para os Estados Unidos instalarem suas indústrias, inobstante sua vontade de criar uma indústria de automóveis autônoma. A impossibilidade do consumo em massa pelos japoneses, a demanda por automóveis mais baratos, e a falta de espaço para estocagem, não permitem que o Japão estabeleça concorrência com o outro país (GOUNET, 1999).

O intuito japonês é de se tornar autossuficiente na produção de automóveis. No entanto, as necessidades específicas do seu mercado, não permitem a aplicação do fordismo.

Cinco anos depois, a nação Nipônica ganha mercado em razão da guerra coreana. Ainda, o Ministério do Comércio Internacional e da Indústria, ao declarar como prioritária a indústria automobilística, incentiva os fabricantes locais:

- a) Estabelece planos estratégicos globais contra a concorrência;
- b) Ergue barreiras alfandegárias;
- c) Concede empréstimos às companhias nacionais;
- d) Propõe a concentração das empresas, para que tenham mais força diante da concorrência externa;
- e) Eleva o ramo de autopeças a prioritário, proporcionando financiamentos e incentivando programas de tecnologia e favorecendo a concentração;
- f) Desenvolve a malha rodoviária para fomentar o consumo;
- g) Organiza programas de pesquisa de alta tecnologia, cujos resultados começam a aparecer muito rapidamente (GOUNET, 1999).

O Governo japonês cria uma série de medidas incentivadoras da indústria interna, o que possibilita o fortalecimento do setor no país. “Nessas condições nasce o sistema produtivo próprio do Japão, que, conforme o caso, recebe o nome de

métodos flexíveis, *Just-in-time*⁵, método *kaban* ou toyotismo, já que a Toyota foi a primeira a empregá-lo.” (GOUNET, 1999, p. 78). O Japão passa por cima do que poderia ser um obstáculo para sua economia: as características próprias da demanda do país. Através do apoio do Governo, consegue criar uma nova fórmula de organizar a produção.

O toyotismo surge por dois propósitos: a necessidade das empresas japonesas de se tornarem competitivas frente às norte-americanas para não desaparecerem; aplicar o fordismo no Japão, considerando as limitações e condições próprias do país (GOUNET, 1999). Assim, o toyotismo é para o Japão um modelo que possibilita o suprimento das necessidades do país, naquela época.

Quanto ao método produtivo, Toyoda tira partido da experiência norte-americana de produção em série. Não a copia, apenas utiliza a pesquisa e criatividade dos japoneses, para arquitetar um novo método adaptado às condições do país (GOUNET, 1999).

Assim, o fordismo não é um modelo copiado pelo Japão. Apenas serve como base para a criação do toyotismo, que atende exatamente as carências do país. Os novos métodos de produção podem ser esquematizados em seis pontos:

- a) Em função da impossibilidade de estocagem, a produção deve gerar vários modelos, mas em poucas unidades cada. Assim, à medida que os modelos são vendidos, a fábrica trabalha para repor o estoque. Quem dita a marcha da produção é o consumo. “Dessa maneira, a produção é puxada pela demanda e o crescimento, pelo fluxo.”
- b) O combate ao desperdício. O trabalho da fábrica se resume em transporte, produção (propriamente dita), estocagem e controle de qualidade. Dessas quatro operações, apenas a produção agrega valor ao produto. Então, as demais etapas são custos, o que gera a necessidade de limitar ao máximo o tempo gasto para o seu desenvolvimento. A almejada máxima fluidez significa localizar cada etapa o mais próximo possível uma da outra, evitando que se formem estoques em qualquer ponto da cadeia.
- c) As flutuações da produção geram flexibilização da organização do trabalho. Como é preciso reduzir o tempo de não-produção, o trabalhador passa a ser responsável por mais máquinas. Desde 1955, um funcionário da Toyota opera, em média, 5 máquinas. O trabalho deixa de ser individual, pois um operador pode se deslocar e auxiliar um colega em outra etapa. O obreiro precisa ser polivalente e saber operar várias maquinarias.
- d) O *kanban* é instalado. É uma espécie de placa, cada uma ligada a uma peça do estoque. Assim, quando determinada peça é utilizada na produção, a placa vai indicar ao setor de produção de peças qual delas foi

⁵ Conceitualmente é um sistema de organização da produção orientado para fabricar determinado produto apenas na quantidade e no momento exato. A produção é puxada por vendas e, internamente, o mesmo ocorre com os processos finais “pedindo” componentes para os processos anteriores. A expressão inglesa pode ser traduzida por “na hora certa.” (BUSNELLO, 2005, p. 243).

empregada, determinando com exatidão o item que deverá ser produzido novamente.

e) Como a produção resultará em vários modelos e em poucas quantidades cada, as máquinas carecem constantemente de adaptação (para o novo produto que será fabricado). Passa a ser necessária a redução desse tempo despendido, o que se torna possível através da adoção de um princípio: a preparação antecipada das operações de mudança, para o maior aproveitamento da máquina quando estiver parada.

f) A competitividade exige excelência de produção em toda a linha. Por isso, a Toyota passa a subcontratar fabricantes de autopeças, empresas distintas e que devem seguir uma série de condições impostas pela montadora. Assim, aproveita-se do baixo custo de mão de obra – 30 a 50% menor -, fixa preço, prazo e qualidade, e consegue produzir veículos a baixo custo. (GOUNET, 1999, p. 26-28).

Por todas essas características, o toyotismo é uma forma de produção enxuta, que reduz os desperdícios e custos, pois seu ritmo é ditado pela velocidade do consumo. Nesse sentido, o sistema toyotista é “[...] um sistema de organização da produção baseado em uma resposta imediata às variações da demanda e que exige, portanto, uma organização flexível do trabalho [...] e integrada⁶.” (GOUNET, 1999, p.29).

A organização flexível do trabalho requer a capacitação dos profissionais para o exercício de mais atividades e para a operação de mais maquinarias. Isso, aliado à integração da produção, ou seja, sincronia entre os setores produtivos, possibilita o atendimento às demandas de produção.

Os trabalhadores, nesse molde, são extremamente mais exigidos, uma vez que passam a operar mais máquinas, enquanto no sistema anterior a relação se dava um homem/uma máquina. Ainda, as fábricas aplicam o gerenciamento por tensão. São espalhados pela fábrica painéis luminosos que apontam a situação da produção. Se a luz é verde, a produção está em ordem, laranja significa superaquecimento, ou seja, a velocidade é excessiva, e o vermelho indica uma dificuldade na produção. Para um melhor aproveitamento, o padrão utilizado é a constante oscilação entre a luz verde e a laranja. Assim, a cadeia estará no limite da ruptura e a produção, em seu maior volume (GOUNET, 1999).

Essa produção, realizada em máxima tensão, aproveita toda a capacidade produtiva das máquinas e dos trabalhadores. Assim, extrai do processo um maior volume de produto final. A questão da subcontratação, ou terceirização de parte da

⁶ “Flexível quer dizer melhor adaptável à demanda; integrada significa que os instrumentos e máquinas estão mais bem interligados.” (GOUNET, 1999, p. 17).

produção, é outra diferença entre o fordismo e o toyotismo. “Efetivamente, trata-se de uma outra ruptura como fordismo canônico, visto que, da mesma forma, não é mais a integração (vertical ou horizontal) que é objetivada mas, bem ao contrário, a desconcentração.” (CORIAT, 1994 *apud* BUSNELLO, 2005, p. 255).

Disso depreende-se que a subcontratação e a terceirização são formas de desconcentração da produção. Cada indústria passa a ser responsável por uma parte da produção de determinado produto.

A política básica do toyotismo é utilizar o menor número possível de trabalhadores, e o máximo de confecção de horas extras. Também, o funcionário deve ser polivalente, e dele se exige muito mais habilidades do que no modelo fordista. Todavia, essa competência exigida não é proporcionalmente remunerada (GOUNET, 1999). Em que pese o aumento de responsabilidades do funcionário, do qual são exigidas diversas aptidões, a remuneração não corresponde a essas exigências. Assim, se dá mais um fator de desequilíbrio entre a força de trabalho e o capital.

A organização do trabalho em grupos é outra grande característica do toyotismo. Cada grupo tem um líder e é responsável por uma etapa da produção, ainda, sendo encarregado de propor soluções aos problemas de serviços, exercendo um círculo de controle de qualidade (BUSNELLO, 2005). As propostas de melhorias, normalmente atinentes à redução de custos, passam pelo crivo da diretoria. Caso aprovadas, o criador da ideia é recompensado, e pode chegar a receber porcentagem sobre o salário (DIEESE, 1994 *apud* BUSNELLO, 2005).

É interessante para as indústrias contar com esse tipo de controle de qualidade, porquanto os trabalhadores se tornam mais do que peças da produção: são gestores de uma produção mais rentável. A empresa ganha muito com isso, porque as horas gastas pelos grupos nem sempre são remuneradas, além de que os funcionários são indiretamente forçados a participar dos círculos, uma vez que, engajados, ficam livres dos programas de dispensas periódicas e são os preferencialmente escolhidos para participação de cursos e para os planos de promoções (BUSNELLO, 2005). Essas são maneiras indiretas de forçar os trabalhadores a se envolver nos círculos de controle de qualidade.

Além de tudo isso, vê-se a necessidade de enfraquecer os sindicatos dos operários, visto o grande número de paralisações. Através de estratégias da Toyota

e da Nissan, fórmulas copiadas pelas demais indústrias nipônicas, os sindicatos dos trabalhadores passam a ser atrelados ao patrão. Em 1950, a Toyota consegue superar uma greve originada pela despedida de dois mil funcionários, com o apoio de bancos. Mantém as dispensas e passa a trabalhar com um número mínimo de trabalhadores (GOUNET, 1999).

Além do próprio poderio econômico, a Toyota ainda conta com o apoio de bancos para financiar a sua paralisação. Essa estratégia é também utilizada pela Nissan quando ultrapassa um momento semelhante. A Nissan é bem mais radical. Em 1953, promove locaute na fábrica, logo após instauração de greve reivindicatória de aumentos salariais. Para poder suportar a paralisação, é subsidiado por dois bancos que a emprestam o equivalente a um ano de negócios. A montadora prende os líderes sindicais e funda um novo sindicato, com o auxílio de um funcionário, que convence os grevistas a retornarem aos postos de trabalho para não perderem o emprego (GOUNET, 1999).

O sindicato não é bem visto pelas empresas. Os trabalhadores unidos são mais fortes e detêm grande poder de barganha. O enfraquecimento da entidade sindical parece vital à manutenção da estrutura de poder das indústrias. Assim, pelo uso do chicote, pela garantia de emprego vitalício, e por meio do sindicato ligado ao patrão, as fábricas conseguem submeter os obreiros às mudanças das condições de trabalho, questão fundamental para o novo modelo:

O fato que tornou isso [o modelo] possível no Japão, aliás não sem dificuldades (devidas ao temperamento dos companheiros) resulta provavelmente da ausência de sindicatos por categoria, tais como os existentes na Europa e sobretudo no Estados Unidos. (OHNO, 1989 *apud* GOUNET, 1999, p. 31).

Vê-se, assim, que a existência de sindicalismo forte, apresenta-se como um entrave ao capital, cuja rentabilidade imprescinde da relativização dos direitos trabalhistas. Uma das características centrais do toyotismo dos anos 80 é a manipulação do consentimento operário, através da “[...] desespecialização dos trabalhadores qualificados, por meio da instalação de certa polivalência e plurifuncionalidade dos homens e das máquinas.” (ALVES, 2000, p. 39). O enfraquecimento dos sindicatos, além da desespecialização dos trabalhadores, se torna um meio do sistema manipular a força de trabalho.

O toyotismo assume um valor universal porquanto, primeiramente, torna-se adequado à crise da superprodução que emerge em 1980, através da lógica de mercado restrito. Também, esse modelo propicia, com maior força ideológica, a administração participativa, o sindicalismo de participação e os círculos de controle de qualidade (ALVES, 2000).

O modelo de produção toyotista, por todas as suas características, melhor se adapta às adversidades do mercado e às pressões dos sindicatos, e melhor administra a força de trabalho. Tais características sabe-se que surgiram na origem deste modelo de produção, em 1950. Entretanto, é nas condições da mundialização do capital,⁷ que o toyotismo encontra um solo fértil (ALVES, 2000). Inobstante o modelo toyotista estar consagrado até então, com a abertura das fronteiras através da globalização da economia, novas exigências do capital surgem no mercado, respingando, também, diretamente na forma de prestação do trabalho.

2 A GLOBALIZAÇÃO COMO O PANO DE FUNDO DE UMA NOVA FORMA DE EXPLORAÇÃO DO TRABALHO

A globalização é a responsável pela expansão do capitalismo, uma vez que é através dela que os países interagem econômica, social, cultural e politicamente (SANTOS, 2005). Foi essa integração que permitiu o fortalecimento e a propagação pelo mundo do modelo de produção toyotista. Não há como se abordar ou conceituar globalização através de uma causa específica ou por interpretação rígida. O fenômeno é multifacetado e açambarca o econômico, social, político, cultural, religioso e jurídico, tudo interligado complexamente (SANTOS, 2005).

A globalização não pode ser entendida como um acontecimento estanque, pois ela desencadeia reflexos em várias esferas das ciências humanas ou econômicas. O termo “global” surge no início da década de 80, nas principais universidades de administração dos Estados Unidos da América. Aos grandes grupos empresariais, é transmitido com a seguinte conotação:

⁷ “A expressão ‘mundialização do capital’ é a que corresponde mais exatamente à substância do termo inglês ‘globalização’, que traduz a capacidade estratégica de todo grande grupo oligopolista, voltado para a produção manufatureira ou para as principais atividades de serviços, de adotar, por conta própria, um enfoque e conduta ‘globais’.” (CHESNAIS, 1996, p. 17).

[...] em todo lugar onde se possa gerar lucros, os obstáculos à expansão das atividades de vocês foram levantados, graças à liberalização e à desregulamentação; a telemática e os satélites de comunicações colocam em suas mãos formidáveis instrumentos de comunicação e controle; reorganizem-se e reformulem, em consequência, suas estratégias internacionais. (CHESNAIS, 1996, p. 23).

A partir dessa citação, percebe-se que já em seu surgimento, a globalização tem por escopo propiciar maior volume de negócios às empresas. A circulação além-fronteiras do capital, possibilitada, por excelência, pelo neoliberalismo, é uma importante forma de ampliação da lucratividade das empresas.

As empresas japonesas, país de economia mais fechada, assim interpretam: “[...] vamos parar de brigar por questões menores e bobas, como quotas de importação e de que modo nós manejamos a política industrial, vamos tomar consciência dos nossos interesses comuns e cooperar.” (CHESNAIS, 1996, p. 23). No Japão, a atitude tomada pelas empresas, é no sentido de unirem-se e cooperarem, já que seus interesses são comuns.

Em virtude do termo “globalização” ser vago e eivado de conotações, passa a ser utilizado conscientemente para manipular a sociedade (CHESNAIS, 1996). É comum se perceber a globalização concebida através de uma ideia falaciosa, ou seja, transpassando que tal não tem caráter político. Uma dessas concepções é a que a admite como um fenômeno espontâneo, irreversível e inelutável. Diferentemente disso, a globalização resulta de um conjunto de decisões políticas. Um exemplo disso é a desregulamentação da economia, pois cada Estado se comporta ou responde de maneira diferente às pressões que sofre (SANTOS, 2005).

O autor acima citado compreende a globalização como um fenômeno politicamente criado e que suas consequências não estão nas mãos do mero acaso. Se cada Estado sofre de maneira diferente os seus resultados, aí existe uma brecha de ação política. O “[...] capitalismo parece ter triunfado e parece dominar todo o planeta, mas os dirigentes políticos, industriais e financeiros dos países do G7 cuidam de se apresentarem como portadores de uma missão histórica de progresso social.” (CHESNAIS, 1996, p. 14).

Na mesma linha do autor anterior, há a intenção dos países fazerem a globalização transparecer como um fenômeno natural da economia, diferentemente do que realmente acontece. Inobstante essa discussão acerca da utilização do seu

termo, é relevante ao presente trabalho, apresentar-se um conceito mais puro. Então, globalização é “[...] a intensificação de relações sociais mundiais que unem localidades distantes de tal modo que os acontecimentos locais são condicionados por eventos que acontecem a muitas milhas de distância.” (GIDDENS, 1990 *apud* SANTOS, 2005, p. 26).

Importante abordar, a globalização em seu viés político apresenta-se como um fator de enfraquecimento do poder estatal:

[...] o Estado-nação parece ter perdido a sua centralidade tradicional enquanto unidade privilegiada de iniciativa econômica, social e política. A intensificação de interações (...) corroem a capacidade do Estado-nação para conduzir ou controlar fluxos de pessoas, bens, capital ou ideias, como fez no passado. (SANTOS, 2005, p. 36).

As empresas em muito se beneficiam da economia mundializada, uma vez que as fronteiras desaparecem e o fator “tempo” se relativiza. Nesse contexto, as que realmente se beneficiam, são as multinacionais. Multinacional é “[...] uma empresa (ou um grupo), em geral de grande porte, que, a partir de uma base nacional, implantou no exterior várias filiais em vários países, seguindo uma estratégia e uma organização concebidas em escala mundial.” (MICHALET, 1985 *apud* CHESNAIS, 1996, p. 73).

Esses grupos, cuja formação pode ser diversificada, ou seja, composta por empresas de múltiplas atividades, intervêm ativamente no mercado de câmbio, conseguindo, com isso, a valorização especulativa do capital monetário (CHESNAIS, 1996). As multinacionais, além de potências enquanto empresas, têm força no mercado de investimento. Com isso, conseguem uma valorização ainda maior do capital.

No caso das multinacionais, o capital, admitido como categoria econômica fundamental, é um valor do qual se objetiva a autovalorização, ou seja, o ganho de lucro. Nesse contexto, as novas formas de investimento, são prova de que o capital concentrado cresce alimentando-se da rentabilidade (CHESNAIS, 1996). Nesse aspecto, através dos investimentos efetivados por essas empresas no mercado de capital, elas se tornam capazes de aumentar ainda mais a própria lucratividade.

A globalização da produção levada a cabo pelas empresas multinacionais, atores centrais da nova economia mundial, é a base da nova divisão internacional do

trabalho (SANTOS, 2005). São principais características desta nova economia mundial:

[...] economia dominada pelo sistema financeiro e pelo investimento à escala global; processos de produção flexíveis e multilocais; baixos custos de transporte; revolução nas tecnologias de informação e de comunicação; desregulação das economias nacionais; preeminência das agências financeiras multilaterais; emergência de três capitalismo transnacionais: o americano (...), o japonês (...) e o europeu [...]. (SANTOS, 2005, p. 29).

Na linha dessa caracterização da economia mundial no hodierno tempo de globalização, pode-se falar em investimentos globais, produção toyotista, automação e informatização, enfraquecimento do Estado, dentre outros fatores.

Tais características afetam sobremaneira as políticas econômicas nacionais, que devem seguir alguns nortes, quais sejam: abertura nacional ao mercado mundial; adequação do preço interno aos parâmetros internacionais; priorização da economia de exportação; redução da inflação e da dívida pública; estipulação de direitos de propriedade privada; privatização do setor empresarial; padrões de especialização, ditados por decisões privadas; mobilidade de recursos, investimentos e lucros; mínima regulação estatal da economia; redução do gasto do Estado com políticas públicas. Como uma consequência da globalização, as multinacionais passaram a concentrar grande poder econômico (SANTOS, 2005).

Todas essas ações que de certa forma são impostas aos Estados para que sobrevivam nesse atual cenário, são fatores de enfraquecimento da regulação estatal, e, ao mesmo tempo, de concentração de poder nas mãos das grandes multinacionais. Ainda, os Estados ficam subordinados às agências internacionais:

[...] a globalização econômica é sustentada pelo consenso econômico neoliberal cujas três principais inovações institucionais são: restrições drásticas à regulação estatal da economia; novos direitos de propriedade internacional para investidores estrangeiros, inventores e criadores de inovações susceptíveis de serem objeto de propriedade intelectual [...] (ROBINSON, 1995 *apud* SANTOS, 2005, p. 31).

A internet e o comércio eletrônico, ferramentas tecnológicas cuja área de dimensão é ampla em função da globalização, permitem às empresas participarem do mercado global e gerar rendimentos para novos investimentos,

[...] realimentando um ciclo de acumulação. A “nova economia” está organizada em torno de redes globais de capital, gerenciamento e informação. As corporações que lideram essas tecnologias de rede dominam as ferramentas-chave para a produtividade e a competitividade na era da informação. (DUPAS, 1999, p. 75).

As grandes empresas que se destacam como líderes de seus setores, são as que absorvem e aplicam com mais efeito as inovações de produção e distribuição de produtos tradicionais, ou seja, a grande diferença não está no produto final, mas sim na sua forma de fabricação (DUPAS, 1999).

A utilização de tecnologia na produção, pelas empresas, faz com que elas se sobressaiam dentre as demais dos seus setores, sem que o produto final deva estar ligado a algo tecnológico. Por outro ponto de vista da globalização, chega-se ao “oligopólio mundial”, que se refere à forma de organização das maiores empresas mundiais. O espaço ocupado por elas e que as liga, é de concorrência acirrada, mas também de colaboração mútua, o que acaba por formar, de modo intrínseco, um fator de barreira de entrada (CHESNAIS, 1996).

Nessa senda, depreende-se que as maiores empresas multinacionais encontram-se em um paradoxo: são concorrentes fortíssimas e também colaboradoras umas das outras. Assim, conseguem fechar a porta de entrada dos seus países para outras empresas.

A globalização da economia, além de significar progresso e inovação, demonstra um cunho de marginalização e exclusão, ficando para um grupo pequeno de privilegiados (as grandes economias privadas), o progresso e a abundância (SANTOS, 2005). Ainda assim, para os defensores da globalização, a sociedade há que se adaptar ao processo, ou seja, a liberalização e a desregulamentação devem ser efetivadas para que as empresas tenham total liberdade de movimento, e que a vida social se submeta à valorização do capital privado (CHESNAIS, 1996).

Conforme o discurso de apologia à globalização, a questão é de adaptação da sociedade a esse movimento da economia. Assim, volta-se à questão anteriormente tratada, de que o fenômeno é abordado, pelos seus defensores, como um fruto automático do sistema capitalista, sendo que contra ele nada há a ser feito. Por outro lado, há quem fale que essa economia liberal e desregulamentada representa uma “quebra” do contrato social de cada país:

[...] a mundialização da economia de mercado, privatizada, desregulamentada e liberalizada, está 'liberando' o capitalismo das regras, procedimentos e instituições que haviam permitido, à escala nacional, construir um 'contrato social' – o Estado previdenciário ou *Welfare State*⁸. (PETRELLA, 1994 *apud* CHESNAIS, 1996, p. 297).

Inicialmente, a ideia de globalização que se tinha, é de universalização, ou seja, a produção da ordem em escala universal e tornar semelhantes as condições de vida de todos e em todos os lugares. No entanto, o conceito atual de globalização expressa os efeitos globais do movimento (BAUMAN, 1999). Um deles, o viés do enfraquecimento Estatal, Zygmunt Bauman explica:

O significado mais profundo transmitido pela ideia da globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo. (BAUMAN, 1999, p. 67).

Nessa senda, toda essa lógica de enfraquecimento do Estado e desregulamentação da economia, bem como a influência nos indivíduos enquanto seres sociais, características típicas do fenômeno da globalização, acabam por causar reflexos diretos nas relações trabalhistas.

A globalização “[...] arrasta as economias para a produção [...] do precário (empregos temporários, flexíveis, de meio expediente).” (PETRELLA, 1997 *apud* BAUMAN, 1999, p. 86). É a globalização que dita a competição econômica internacional. “Os capitais fogem de economias excessivamente regulamentadas, do ponto de vista do custo do trabalho.” (MARTINS, 2009, p. 35). De outra banda, o trabalho (tanto no setor de produção como no de serviços), é uma das formas de se conseguir a valorização do capital, que se dá de acordo com a organização e com o acionamento da força de trabalho (CHESNAIS, 1996).

O capital, cada vez mais forte mundialmente, tem o poder de escolher o local de investimento. Nesse caminho, quanto menor a intervenção estatal, ou seja, maior seu próprio poder de regramento sobre as condições de trabalho, maiores são as vantagens para investimento.

⁸ “Estado que aplica políticas de geração ou estímulo da demanda como modo dominante da intermediação entre os conflitos entre as classes sociais, normalmente chamadas de keynesianas.” (DUPAS, 1999, p. 245).

Os investidores precisam ser incitados a investir. E isso somente é possível através da maleabilidade do mercado de trabalho, até então extremamente rígido. O trabalho deve representar uma “variável econômica” na mão dos investidores, ao ponto que eles se sintam os únicos atores da conduta da mão-de-obra (BAUMAN, 1999). Nessa linha de raciocínio, a mão-de-obra deve estar submetida ao capital e sofrer os mandos das empresas investidoras. A globalização, vital ao capitalismo, barateia o custo do trabalho.

A lógica da globalização e do fracionamento das cadeias produtivas, muito oportuna para a vitalidade do capitalismo contemporâneo, incorporou os bolsões de trabalho barato mundiais sem necessariamente elevar-lhes a renda. Os postos formais crescem menos rapidamente que os investimentos diretos. (DUPAS, 1999, p. 185).

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) vê a globalização como fator de desestabilização dos salários, porquanto os salários precisam estar adequados aos níveis de competitividade global. Ainda, na visão da referida instituição, o Estado e os sindicatos perdem forças diante da diversidade de demandas. Em especial, as entidades sindicais sofrem perda do poder de barganha em função do crescimento do trabalho informal, e os Estados sofrem redução da capacidade de operar seus instrumentos discricionários (DUPAS, 1999).

A OIT constata a instabilidade dos salários e o enfraquecimento das entidades sindicais e dos Estados, como consequências da globalização. Inobstante os cruéis reflexos nas condições de trabalho, a globalização tende a produzir outro sentimento nos trabalhadores: a necessidade de consumo. Nesse sentido, “[...] a sociedade moderna tem pouca necessidade de mão-de-obra industrial em massa [...]; em vez disso, precisa engajar seus membros pela condição de consumidores.” (BAUMAN, 1999, p. 88).

A necessidade de consumo incutida no trabalhador, é uma forma de ampliar as oportunidades de comercialização, uma vez que o obreiro, além de produzir, entra na cadeia do capital como consumidor:

O mundo, a linha espaço-temporal, se despreza do homem, ele a sente como um corpo estranho, seus pontos de referência começam a se tornar diáfanos. A realidade [...] se apresenta como um multishow, do qual ele não faz parte, e da qual sua ética e sua carga Cultural implantada doada pelo seu contexto é apenas mais uma das muitas que estão expostas, como

mercadorias [...]. A referência perdida é substituída por não referências oferecidas pela sociedade de consumo: a possibilidade de adquirir qualquer coisa em troca de dinheiro [...] (DINIZ, 1999, p. 55).

Em um mundo globalizado, muito se discute a respeito das opções políticas dos Estados e dos ordenamentos jurídicos que têm reflexos na economia, esta, por sua vez, intrincada nas relações de trabalho e até que ponto os Estados podem ter a sua soberania atenuada pelo capitalismo.

Soberania, no conceito de Alexandre de Moraes: “[...] é a capacidade de editar suas próprias normas, sua própria ordem jurídica, de tal modo que qualquer regra heterônoma só possa valer nos casos e nos termos admitidos pela própria Constituição.” (MORAES, 2005, p.16).

A Constituição Federal brasileira prevê, em seu artigo 7º, incisos VI e XIII, que as matérias consideradas “pilares” nas relações de trabalho, quais sejam: - jornada de trabalho e salários - sejam remetidas a negociação coletiva entre os atores sociais, mais especificamente, empresas e sindicatos.

Ou seja, essas brechas legislativas, desregulamentadas pelo ordenamento legal heterônomo possibilitam a flexibilização nos contratos individuais de trabalho, nos quais podem figurar como partes empresas multinacionais que terão possibilidade de negociar livremente tais condições de trabalho, mediante acordos coletivos com os sindicatos dos trabalhadores.

CONCLUSÃO

O Direito do Trabalho se modifica com o passar dos anos. Isso se deve ao fato dele, em muito, depender de fatores como os modelos de produção e a economia, uma vez que é o capital que dita às regras do mercado.

Nessa linha, em uma abordagem mundial, vê-se que na primeira metade do século XX, através do modelo fordista de produção, as relações de trabalho se modificam: os trabalhadores se desqualificam e perdem o controle sobre a produção, que passa para a gerência da empresa. Diferentemente do que ocorria até então, ou seja, o bem produzido por um só profissional altamente qualificado, o fordismo traz a produção em série.

Por volta de 1950, com o início do toyotismo, novo modelo produtivo, novamente as relações trabalhistas sofrem influências. Conceituado como um processo enxuto de produção, em que a mão-de-obra de cada trabalhador é aproveitada ao máximo, esse novo modelo consegue a redução, tanto quanto possível, da contratação de mais trabalhadores.

Nesse modelo, os trabalhadores são extremamente mais exigidos, uma vez que passam a operar mais máquinas. Ainda, as empresas passam a premiar trabalhadores que se destacam individualmente, causando desunião no chão-de-fábrica. Surge a terceirização: as indústrias descentralizam a produção através da contratação de outras empresas para a fabricação de determinada peça ou fração da produção. Com isso, o sindicalismo enfraquece.

O toyotismo consegue facilmente se espalhar pelo mundo através da globalização, a partir de 1980. As multinacionais fixam indústrias em vários países. A mão-de-obra se vê ainda mais descentralizada. Com a concorrência em nível mundial, a força de trabalho, uma das variáveis do custo de produção, passa a ser um óbice aos investimentos internacionais, mormente na visão dos países em desenvolvimento.

Como consequência, pode-se dizer que, de fato, ao remeter à negociação coletiva jornadas e salários o Estado brasileiro admite mitigar parcela de sua soberania aos ditames do capital.

O capital, volatilizado pela globalização, exige dos Estados a redução dos encargos trabalhistas, ou seja, a flexibilização. O sindicato dos trabalhadores, nessa senda, também se torna um entrave. Na medida em que esses entes perdem forças, a flexibilização se fortalece. O Estado, fraco, cede para o capital e, o trabalhador, conseqüentemente, vê seus direitos serem relativizados, ou até afastados.

REFERÊNCIAS

ALVES, Giovanni. **O Novo e Precário Mundo do Trabalho**: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo. São Paulo: Boitempo, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BUSNELLO, Ronaldo. **Processo de Produção e Regulação Social**. Ijuí: Unijuí, 2005.

CHESNAIS, François. **A Mundialização do Capital**. Tradução de Silvana FinziFoá. São Paulo: Xamã, 1996.

DINIZ, José Janguê Bezerra. **O Direito e a Justiça do Trabalho diante da Globalização**. São Paulo: LTr, 1999.

DUPAS, Gilberto. **Economia Global e Exclusão Social**: pobreza, emprego, Estado e o futuro do capitalismo. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

GOMES, Máira Neiva. **Participação nos Lucros e Resultados (PLR)**. Postado em: jan. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14190/participacao-nos-lucros-e-resultados-plr/2>>. Acesso em: 19 nov. 2010.

GOUNET, Thomas. **Fordismo e Toyotismo na Civilização do Automóvel**. Tradução de Bernardo Joffily. São Paulo: Boitempo, 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das Condições de Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: _____ (Org.). **A globalização e as Ciências Sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 25-102.

TEIXEIRA, Francisco José Soares. Modernidade e crise: reestruturação capitalista ou fim do capitalismo? In: _____; OLIVEIRA, Manfredo Araújo de (Orgs.). **Neoliberalismo e Reestruturação Produtiva**: as novas determinações do mundo do trabalho. São Paulo: Cortez; Fortaleza: Universidade Estadual do Ceará, 1996.

INTERROGATÓRIO *ON-LINE*? ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA VIDEOCONFERÊNCIA

Suzana Carline Schaedler¹
Marcelo Mendes Lech²

RESUMO

Com o passar dos anos e com o desenvolvimento da humanidade, o Direito passou por diversas fases históricas que deram delineamento ao Processo Penal, e mais especificadamente ao interrogatório do réu. A partir deste desenvolvimento, chegou-se ao mais alto ponto de crescimento tecnológico do interrogatório: a utilização da videoconferência como novo método de interrogatório do réu, onde o réu permanece no presídio e juiz no fórum, com comunicação estabelecida entre ambos de forma virtual. A Lei nº 11.900/2009 traz para o ordenamento jurídico brasileiro, a regularização desta forma informatizada de oitiva do acusado, ou seja, a teleaudiência encontra-se legislada e formalmente válida para a sua utilização. Contudo, mesmo havendo previsão legal que preveja a utilização do interrogatório *on-line*, a análise de seu conteúdo deve ser devidamente realizada, restando para isso seu exame de acordo com os princípios e o conteúdo da Constituição Federal, analisando-se, se está materialmente de acordo com os preceitos constitucionais. Neste sentido, avalia-se se a videoconferência está ou não suprimindo direitos e garantias constitucionais conferidos ao réu e passa-se a análise do interrogatório *on-line* à luz da Constituição da República de 1988 e pelos princípios inerentes ao interrogatório do réu.

Palavras-chave: Interrogatório – Videoconferência - (In)Constitucionalidade – Princípios.

INTRODUÇÃO

Atualmente, vive-se em um mundo em que a tecnologia obteve grande avanço e aplicabilidade. Com o Direito não poderia ser diferente. O surgimento de inovações tecnológicas no espaço jurídico é visível através da transformação do processo convencional para um processo “informatizado” que almeja um melhor atendimento jurisdicional e com o propósito de alcançar a segurança jurídica.

Nesta seara surge a videoconferência, um método excepcional de realização do interrogatório do réu, que trouxe até o Processo Penal Brasileiro, a possibilidade

¹ Bacharel em Direito pela Faculdades Integradas Machado de Assis. suzanaschaedler@hotmail.com

² Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS e Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade Luterana do Brasil -ULBRA. Orientador. jurislech@gmail.com

de realização da oitiva do acusado a distância, permanecendo este no estabelecimento prisional onde estiver cumprindo sua pena, e o juiz no fórum, estabelecida uma comunicação virtual de áudio e vídeo entre ambos. Contudo, quando da aplicação da videoconferência, necessário se faz analisar as consequências que esta pode ocasionar aos direitos que são conferidos ao réu, já que a utilização da videoconferência busca atender aos direitos inerentes a sociedade, como a segurança e a eficácia judiciária.

As pretensões a serem alcançadas com a pesquisa pressupõem a existência de princípios constitucionais que necessariamente devem ser respeitados e efetivados no processo penal brasileiro, princípios estes que incidem inclusive no momento do interrogatório do réu; e sobre a possibilidade de que o interrogatório do réu realizado por videoconferência seja materialmente inconstitucional, na medida em que há supressão de garantias do acusado.

Com efeito, importante ressaltar, que o estudo sobre a utilização da videoconferência se faz necessário e relevante, para que se possa identificar e assim concluir, se a teleaudiência é materialmente (in)constitucional, ainda que esteja formalmente prevista e vigente no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 11.900/2009, com a devida análise à luz dos princípios aplicáveis ao interrogatório do réu.

1 O INTERROGATÓRIO DO RÉU NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Atualmente, considerado como um ato pelo qual o acusado pode defender-se das acusações que lhe foram feitas, o interrogatório mostra-se como um momento muito importante na instrução do processo criminal, pelo qual se aperfeiçoam vários direitos e deveres inerentes à legislação penal.

Levando em consideração que o interrogatório do réu passou por modificações na sua realização ao longo do tempo, faz-se necessário analisar sua evolução até os dias atuais no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a possibilidade de realização do interrogatório *on-line* (videoconferência). Nesse sentido, relevante também é a averiguação dos princípios pertinentes ao interrogatório do réu, pois, são eles que norteiam a harmonia entre as leis, estabilizando a relação jurídica em todos os âmbitos do processo, e que, por

consequência, também atingem a videoconferência, como forma de realização de interrogatório que é.

1.1 A EVOLUÇÃO DO INTERROGATÓRIO DO RÉU NO PROCESSO PENAL E SUAS PECULIARIEDADES

Inicialmente, é importante explicitar uma linha evolutiva na qual se lapidou o interrogatório do réu até chegar ao que é atualmente. O interrogatório se desenvolveu por diversos contextos e planos históricos, delineando seu desenvolvimento e sua aplicação no campo processual penal.

Na Idade Antiga, o interrogatório do réu possuía caráter defensivo. Nesta época, vigorava um modelo mais arcaico de sistema acusatório,³ onde o procedimento de caráter penal realizava-se por um ente privado, sendo que, quando o magistrado emitia decisão contra o réu, e se desta decisão pairava dúvida, clamava-se pela influência divina. Este sistema esteve presente até o Século XII no Processo Penal. Provavelmente, o interrogatório foi empregado como meio de defesa primeiramente pelo povo Hebreu, sendo que a confissão era considerada como uma ação contrária à natureza, pois uma pessoa em plena consciência não se condenaria ou castigaria (TRISTÃO, 2009).

No Direito Grego, quando ainda permanecia a Idade Antiga, o interrogatório possuía natureza dúplice, quando era tratado como meio probatório ou de defesa, sendo que o acusado deveria também trazer para o processo provas de sua inocência. Na Inquisição,⁴ o interrogatório era realizado por um Tribunal Eclesiástico e possuía natureza probatória, sendo que a tortura era utilizada visando à confissão do acusado, bem como seu arrependimento. No Direito Romano também havia o uso de tortura, pois o processo era baseado na autoacusação e na confissão do acusado, e caso o acusador não conseguisse apresentar as provas das acusações que fazia, sofria penas, como levar o nome de caluniador (TRISTÃO, 2009).

Com a adoção da *Common Law* no interrogatório, o silêncio do réu não era

³ “Cabe lembrar, que durante sua evolução, o sistema acusatório tornou-se um sistema que diferencia as funções de julgar e acusar, bem como a presença de um juiz imparcial, sendo competência das partes realizarem as provas.” (LOPES JÚNIOR, 2010, p. 60).

⁴ Tribunais Católicos presentes na Europa, com o fim de sacrificar e punir os indivíduos que atentavam contra a Igreja Católica e que eram considerados possuidores de demônios, loucos e portadores de alienação mental (LEITE, 2002).

utilizado contra o mesmo, e nem a tortura era utilizada como forma de se obter a sua confissão, entretanto, o acusado que se recusava a responder as perguntas em seu interrogatório, era submetido ao “*peine forte et dure*”, procedimento em que o acusado era forçado a emitir alguma declaração quando então permanecia em silêncio (TRISTÃO, 2009).

A partir deste contexto histórico, verifica-se que durante toda a sua evolução, o interrogatório foi objeto de modificações pontuais que o desenvolveram até o seu atual delineamento. No ano de 2009, adveio à legislação processual penal brasileira a Lei nº 11.900, que alterou importantes considerações sobre o interrogatório do réu. Isto porque modificou o art. 185 do Código de Processo Penal,⁵ principalmente quanto à realização do interrogatório, pois determinou que o interrogatório fosse realizado no estabelecimento prisional onde o réu estiver detido, e em casos

⁵Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

§ 1º O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato.

§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;

II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;

IV - responder à gravíssima questão de ordem pública.

§ 3º Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência.

§ 4º Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código.

§ 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.

§ 6º A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corregedores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 7º Será requisitada a apresentação do réu preso em juízo nas hipóteses em que o interrogatório não se realizar na forma prevista nos §§ 1º e 2º deste artigo.

§ 8º Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido.

§ 9º Na hipótese do § 8º deste artigo, fica garantido o acompanhamento do ato processual pelo acusado e seu defensor.” (BRASIL, 1941).

excepcionais, a realização do interrogatório pela videoconferência, meio virtual de oitiva do réu.

Superada a historicidade do interrogatório do réu, conceituando, Tristão menciona que o interrogatório judicial pode ser considerado um ato processual, personalíssimo, conduzido por um Juiz Criminal, sendo concretizado por meio de questionamentos realizados ao acusado, sob o intuito de colheita de dados acerca do fato delituoso. Neste momento, é oportunizado ao acusado apresentar a sua versão dos fatos que lhe estão sendo imputados, defendendo-se deles, se assim desejar (TRISTÃO, 2009).

Com efeito, também definindo o interrogatório, Fioreze infere que constitui-se em “[...] um ato judicial, presidido pelo juiz, em que se indaga ao acusado sobre os fatos imputados contra ele, advindo por uma queixa ou denúncia, dando-lhe ciência, ao tempo em que oferece oportunidade de defesa.” (FIOREZE, 2009, p. 109).

Nota-se um caráter híbrido para a natureza do interrogatório, pois, que ao mesmo tempo em que o acusado estará exercendo sua autodefesa, o magistrado estará buscando elementos para aperfeiçoar a verdade dos fatos (FIOREZE, 2009). Portanto, as alternativas de meio de provas ou meio de defesa não se excluem, mas coexistem inevitavelmente (LOPES JÚNIOR, 2010).

Assim, realizadas as inafastáveis considerações quanto ao interrogatório do réu, busca-se a partir do próximo subcapítulo, a análise dos princípios constitucionais aplicáveis ao interrogatório do réu.

1.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO INTERROGATÓRIO DO RÉU

Os princípios possuem grande importância jurídica, pois servem de embasamento para a aplicação da lei. Quando se fala em Processo Penal e interrogatório, tal premissa não poderia ser diferente, já que os princípios guardam em seu significado diversas formas de aplicabilidade para o executor do Direito e para o réu. Manoel Messias Peixinho introduz um conceito geral de princípio afirmando que: “[...] princípio é o ponto de partida e o fundamento de um processo qualquer, quando o significado dos dois termos, princípio e fundamento estão estritamente relacionados.” (PEIXINHO, 2003, p. 123).

Assim, os princípios embasam e refletem grande importância na busca de

direitos, já que são o fundamento de aplicação da lei. Neste sentido, existem inúmeros princípios que amparam o interrogatório do réu, valendo destacar: dignidade da pessoa humana, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, juiz natural, publicidade, imediação, identidade física do juiz e proporcionalidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se positivado no art. 1º, III, da Constituição Federal, onde estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e alicerce do Estado Democrático de Direito.⁶

Este princípio constitui-se integrante e irrenunciável da condição humana e deve ser respeitado e protegido, mas não retirado. Assim, não há lugar para a dignidade da pessoa humana, onde não houver respeito pela vida, pela integridade física do indivíduo, onde não sejam asseguradas condições digna de existência, garantia de liberdade e reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa (SARLET, 2004).

O Princípio do Devido Processo Legal, também conhecido como “*due process of law*”, vem descrito pela Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu art. 5º, LV,⁷ onde refere que “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, ou seja, deve-se acatar as formalidades que estão previstas em lei para privar algum cidadão de sua liberdade ou de seus bens.

O devido processo legal é a garantia de que haverá um processo com tramitação regular e legal e que os direitos dos cidadãos serão devidamente respeitados, não sendo admissível nenhuma restrição que não esteja prevista na legislação, pois, a liberdade constitui-se na regra e sua restrição a exceção (RANGEL, 2010).

Cabe, ainda, mencionar que a realização do interrogatório por videoconferência possui expressa previsão no ordenamento, sendo inserida no Código de Processo Penal pela Lei nº 11.900/09 e, portanto, atualmente é possível a

⁶“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana.”(BRASIL, 1988).

⁷ “Art. 5º 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 liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” (BRASIL, 1988).

realização do *interrogatório on-line*.

O Princípio do contraditório encontra-se previsto na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso LV,⁸ assegurando-se aos litigantes do processo, tanto judicial, quanto administrativo, e aos acusados, o contraditório. Este contraditório diz respeito aos direitos que ambas as partes possuem no processo (tanto defesa, quanto acusação) de se defenderem das alegações que lhe são feitas e de contraditarem as provas apresentadas no processo.

Pode-se afirmar que o princípio do contraditório garante um tratamento igualitário entre as partes do processo, consistindo em uma necessidade de informação e uma possibilidade de reação, sendo que tais elementos são os que permitem a existência de um efetivo e pleno contraditório (TRISTÃO, 2009).

O princípio da ampla defesa encontra-se embasado também no art. 5º, LV, da Constituição Federal⁹ e provem do fato de que, não pode haver uma defesa, e ainda ampla, se inicialmente não for dado às partes o direito de contraditar e ter a devida ciência dos acontecimentos do processo.

Desse modo, verifica-se que o princípio da ampla defesa está intimamente ligado ao interrogatório do réu, já que este é o momento em que o próprio acusado realiza sua autodefesa e se defende do delito ao qual está sendo incriminado.

O Princípio da Presunção da Inocência, também presente na Constituição Federal no seu art. 5º, LVII¹⁰, estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

O objetivo para este princípio é garantir que o ônus da prova não esteja com a defesa, mas sim, que recaia sobre a acusação, já que as pessoas nascem inocentes, sendo que, para que tal estado seja modificado, o ente estatal, através da acusação, deve comprovar através da produção das provas a culpa do réu (NUCCI, 2008).

O princípio do juiz natural se encontra previsto no art. 5º, LIII, Constituição

⁸ “Art. 5º 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 liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (BRASIL, 1988).

⁹ “Art. 5º [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (BRASIL, 1988).

¹⁰ “Art. 5º [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (BRASIL, 1988).

Federal,¹¹ onde dispõe que ninguém será submetido a um processo ou sofrerá uma sentença, se estes atos não forem realizados por uma autoridade competente.

Com efeito, importante constar, que o ente estatal, deve assegurar aos participantes do processo, um juiz previamente designado para este cargo, investido por lei e que esteja de acordo com as regras constitucionais, para assim julgar a demanda. Deste modo, busca-se assegurar as partes a imparcialidade do juiz, que deve instruir e julgar o processo de forma justa, demonstrando o equilíbrio esperado pelas partes na magistratura (NUCCI, 2008).

Nesta seara, insta relacionar que o juiz deve estar atuante no interrogatório do acusado, seja como for à realização do mesmo (modo convencional ou *on-line*), pois, é direito inerente ao acusado e do qual não lhe furta sua devida aplicação, já que a oitiva do réu deve ser realizada por um juiz competente para a realização do ato.

Consecutivamente, outro princípio atinente ao interrogatório réu diz respeito à publicidade, princípio este também encontrado na Constituição Federal, em seu art. 93, IX, primeira parte,¹² onde informa que os julgamentos realizados nos processos devem ser públicos. Ainda, o Código de Processo Penal, em seu art. 792,¹³ menciona que todos os atos produzidos no processo, incluindo audiências e sessões, serão em regra públicos.

Neste continente, os atos processuais devem ser públicos, em harmonia com o dever do ente estatal em apresentar atos de modo transparente, o que trás o reforço das garantias presentes na conduta do juiz, tais como a independência, imparcialidade e a responsabilidade do magistrado (AVENA, 2010).

O princípio da imediação é aquele segundo o qual o juiz deve atuar de forma imediata, procedendo à colheita da prova oral efetiva e pessoalmente, possibilitando a comunicação direta do magistrado com as partes do processo (não pode ser feita

¹¹ “Art. 5º. [...] LIII – ninguém será processado nem sentenciado, senão pela autoridade competente.” (BRASIL, 1988).

¹² “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.” (BRASIL, 1988).

¹³ “Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.” (BRASIL. 1941).

por intermediários), ou seja, há maior proximidade do julgador às partes, bem como à prova produzida (FIOREZE, 2009).

Existe uma estreita ligação entre o princípio da imediação e o princípio da identidade física do juiz, (razão pela qual suas abordagens são realizadas conjuntamente) pelo qual, o magistrado que dirigiu a prova oral e conduziu a instrução do processo deve proferir o julgamento, tal como dispõe o §2º, do art. 399 do Código de Processo Penal,¹⁴ introduzido pela Lei nº 11.719/2008, de sorte que, a sentença não poderia ser proferida por um juiz distinto do já presente no processo.

A relação entre os princípios da imediação e da identidade física do juiz propicia que o magistrado esteja mais próximo da prova oral, para que assim profira uma sentença de forma segura e devidamente fundamentada e que se aproxime da verdade apresentada pelos fatos. No interrogatório, momento do colhimento da prova oral, ocorre à proximidade do juiz e do réu, pois é neste momento que o juiz percebe de forma mais clara a versão do acusado sobre os fatos e assim concluir sua convicção com a sentença.

O princípio da proporcionalidade possui como finalidade a verificação da constitucionalidade das leis ligadas à liberdade humana, sendo que, se estas leis ultrapassarem os direitos de forma irregular, serão consideradas inconstitucionais. Este princípio desempenha duas funções no sistema penal processual. A primeira delas diz respeito à salvaguarda dos direitos fundamentais contra ações do ente estatal que limitem esses direitos. E a segunda, tem relação com o critério para solução de conflitos de direitos fundamentais por meio de juízos comparativos, que ponderem ação de interesses que se encontram envolvidos no caso concreto (FIOREZE, 2009).

2 A INSTRUMENTALIZAÇÃO DA VIDEOCONFERÊNCIA PARA O INTERROGATÓRIO DO RÉU NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Atualmente, a tecnologia vem avançando nas mais diversas áreas, inclusive no Direito, o que gera diversas discussões acerca da relação entre a área jurídica e sua informatização.

¹⁴ “Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente. [...] § 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.” (BRASIL, 1941).

Relacionando o uso tecnológico e o interrogatório do réu, foi publicada a Lei nº 11.900/09, que disciplina a videoconferência como um método de realização do interrogatório, que apesar de já estar positivada no ordenamento jurídico brasileiro, ainda levanta discussões quanto a sua utilização.

Já estudado o interrogatório do réu no capítulo anterior, passa-se, no presente capítulo, a estudar a videoconferência, esta forma específica de realização tecnológica do interrogatório, por meio do qual se exporá as posições acerca da utilização da videoconferência e posteriormente a análise de sua (in)constitucionalidade.

2.1 A UTILIZAÇÃO TECNOLÓGICA DA VIDEOCONFERÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL E AS POSIÇÕES DA DOUTRINA ACERCA DO TEMA

Primeiramente, cumpre analisar a relação que se estabelece entre a tecnologia e o direito (já que a videoconferência deriva de uma evolução tecnológica), para posteriormente dispor o conceito conferido a este método de realização do interrogatório do réu, também conhecida como interrogatório *on-line* ou teleaudiência.

A videoconferência é um meio tecnológico que pretende estender o diálogo entre as pessoas. Nesse sentido, a União Internacional de Telecomunicações (ITU) traz em sua Recomendação F. 702 de 1996 a classificação para a videoconferência, que versa sobre “[...] um serviço de teleconferência audiovisual de conversão interativa que prevê uma troca bidirecional e em tempo real, de sinais de áudio (voz) e vídeo (imagem), entre grupos de usuários em dois ou mais locais distintos.” (MORAES FILHO; PEREZ, 2003 *apud*, FIOREZE, 2009, p. 55).

No âmbito do Processo Penal, conceitua-se videoconferência como sendo o ato judicial realizado mediante a presidência de um juiz, que procede a oitiva do acusado sobre os fatos que lhe são imputados, por meio de um sistema que opera com equipamento e software específicos. Por meio deste sistema, o interrogatório é realizado a distância, ficando o magistrado no fórum e o réu permanece no presídio, de onde serão transmitidas imagens e sons que estabelecem a comunicação entre ambos (FIOREZE, 2009).

A partir do interrogatório *on-line* não há a necessidade de o réu deslocar-se do presídio até o fórum para a realização de sua oitiva, mas sim, a comunicação é estabelecida por um equipamento especializado, com instrumentos de digitalização de imagens, que em tempo real, permitem o diálogo entre o magistrado e acusado.

Contudo, a videoconferência somente passou a ser legalmente utilizada no Brasil mediante a Lei nº 11.900, sancionada em 08 de janeiro de 2009 pelo Presidente da República atuante na época, Luís Inácio Lula da Silva, e publicada no dia 09 do mesmo mês no Diário Oficial da União.

No art. 185, § 1º do Código de Processo Penal,¹⁵ o legislador determinou como regra que o interrogatório do réu fosse realizado diretamente no estabelecimento prisional onde o acusado estiver preso, sendo que o juiz se deslocaria até o presídio com a devida garantia de sua segurança, para realizar a audiência.

Para entanto, no § 2º do referido artigo foi instituída a utilização da videoconferência, mas restringindo que o magistrado excepcionalmente e de forma fundamentada utilize da teleaudiência no interrogatório do réu. Sua utilização deverá ser determinada através de ofício ou a requerimento das partes, quando o réu estiver preso e desde que atendidas às finalidades citadas nos incisos do parágrafo, que dizem respeito à preservação da segurança pública, risco de fuga do preso em casos de dificuldade de comparecimento do réu em sede judiciária ou em casos de doença, e para que não haja qualquer influência para a vítima e testemunhas do processo, ou, para fatos que devam responder à gravíssima questão de ordem pública.¹⁶

¹⁵ “Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

§ 1º O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato.” (BRASIL, 1941).

¹⁶ “Art. 185. [...]§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;
II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;
III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;
IV - responder à gravíssima questão de ordem pública.” (BRASIL, 1941).

Outrossim, as partes devem ser intimadas em 10 (dez) dias, para que estejam cientes da utilização do sistema de videoconferência no processo, de acordo com §3º do art. 185 da Legislação Processual Penal.¹⁷ Também, conforme menciona o §4º do mesmo artigo, caso sejam realizados outros atos da audiência de instrução e julgamento por meio da videoconferência, como por exemplo, a oitiva de testemunhas, o réu tem direito de acompanhá-los.¹⁸

Ainda, o réu possui o direito de ter uma consulta com seu defensor antes de seu interrogatório e de forma privada, sendo ainda reservado ao réu e ao seu defensor que estejam no presídio, contato telefônico com o advogado que permanece no fórum, de acordo com o §5º, do art. 185, do Código de Processo Penal.¹⁹

Além disso, interessante mencionar, que a sala do estabelecimento prisional que será utilizada para a realização da videoconferência, deve ser fiscalizada pelos corregedores, pelo juiz que conduz os atos processuais do processo, pelo Ministério Público e pela Ordem de Advogados do Brasil, no sentido de se assegurar que neste local haja as condições mínimas para a realização do interrogatório *on-line*, como mesmo menciona o §6º do artigo acima citado.²⁰

Verifica-se, que vários juristas entendem que a videoconferência estaria trazendo inúmeros benefícios ao processo penal. Para Luis Flávio Gomes, a o objetivo do interrogatório *on-line* no âmbito criminal, está na sua rapidez, economia, e pela segurança, sendo que o uso da tecnologia deve ser visto como um instrumento de efetivação da Justiça (GOMES, 2011).

Nesta mesma linha de raciocínio, Aras refere que o comparecimento do réu no interrogatório *on-line*, apesar de ser virtual, é direto, atual, simultâneo e real

¹⁷ “Art. 185. [...] § 3º. Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência.” (BRASIL, 1941).

¹⁸ “Art. 185. [...] § 4º Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código.” (BRASIL, 1941).

¹⁹ “Art. 185. [...] § 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.” (BRASIL, 1941).

²⁰ “Art. 185 [...] § 6º A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corregedores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil.” (BRASIL, 1941).

perante o magistrado e confere ao acusado as mesmas garantias que o comparecimento pessoal frente ao juiz. Além disso, a videoconferência elimina certas burocracias e obstáculos ao andamento do processo criminal (ARAS, 2005).

Do mesmo modo, Rodrigo Carneiro Gomes, em adesão ao interrogatório *on-line*, expõe que a videoconferência respeita o atendimento da finalidade constitucional da ampla defesa e o acesso do acusado ao seu advogado e ao magistrado, ocorrendo à desoneração do Estado e de seu contribuinte, além de haver maior segurança para os profissionais da segurança pública e da área jurídica e menor risco de fuga (GOMES, 2007).

Neste interregno, Feitoza leciona que, a ampla defesa não está violada com a utilização da videoconferência, mas sim, pode ser favorecida, uma vez que, a segurança, bem como, o ânimo do réu podem estar afetados durante seu transporte do presídio até o fórum. Permanecendo o réu no presídio para seu interrogatório, estará mais tranquilo e seguro para relatar o que assim desejar, ao contrário do que ocorre quando está sujeito a um transporte inseguro (FEITOZA, 2009).

Ainda, em favor da utilização da videoconferência, Capez refere que a legislação que positivou a teleaudiência buscou resguardar os direitos e garantias constitucionais do réu, pois, trouxe o direito à realização de entrevista prévia e reservada com o seu defensor, a presença de dois defensores para o acusado, um que permanece na sala de audiência e outro que permanece no fórum (CAPEZ, 2010).

Em outro ponto de análise, Madalena examina cada um dos pontos relevantes trazidos pela videoconferência. Pelo aspecto econômico, verifica-se que a o interrogatório *on-line* é um meio mais barato para a realização da oitiva do réu, ao contrário da instalação de nova unidade judiciária e da realização do transporte do magistrado até o estabelecimento prisional e do preso até a sede do juízo (MADALENA, 2009).

Em outra tese defensiva a utilização da videoconferência, Dowell infere que o interrogatório *on-line* é um recurso tecnológico indispensável para o aprimoramento do processo penal, pelo fato de evitar o uso de recursos humanos e materiais com o deslocamento dos réus presos até a sede do juízo de realização do interrogatório, diminuindo o risco de fuga durante este percurso do estabelecimento prisional até o fórum (DOWELL, 2006, p. 237).

Para tanto, além das posições favoráveis a utilização da videoconferência no interrogatório do réu, existem também posições contrárias ao seu emprego. Nesta seara, Rangel contrapõe-se aos argumentos levantados pelos adeptos ao teleinterrogatório, entendendo que a adoção da videoconferência no interrogatório do réu é medida extrema, que afronta os princípios do devido processo legal, ampla defesa, contraditório, publicidade e juiz natural, pois, se o transporte dos presos é oneroso para o ente estatal e estabelece maior cuidado dos agentes públicos, isto não se trata de questão processual que possa determinar a alteração de regras de processo quanto ao direito de defesa, mas sim, trata-se de uma medida administrativa que se encontra vinculada á política de segurança do Estado (RANGEL, 2010).

Também é o entendimento de Tourinho Filho, perante o qual, a videoconferência viola o princípio da publicidade, além de que, sendo o interrogatório realizado por meio *on-line*, o juiz vai estar distante do réu e não poderá perceber se este está ou não sofrendo algum tipo de coação ou pressão dentro do ambiente prisional. Assim, o ato do interrogatório deve ser realizado na presença do juiz, com exceção dos casos em que o acusado for de alta periculosidade ou que acarreta perturbação da ordem pública, mas com cuidado, pois, não se deve transformar a exceção em regra (TOURINHO FILHO, 2009).

Do mesmo modo, D'Urso e Costa entendem que todo o avanço tecnológico deve ser submetido aos procedimentos judiciais, porém, não deve atingir os primados constitucionais. Desta maneira, a legislação que autorizou a utilização da videoconferência representa uma ameaça ao princípio constitucional da ampla defesa, já que as formalidades do processo não são observadas com o interrogatório sendo realizado em dois lugares diferentes. Assim, o advogado não conseguirá atender ao mesmo tempo réu que está no presídio e juiz no local da audiência, com exceção dos réus que possuem maiores condições econômicas para contratar uma equipe de advogados (D'URSO; COSTA, 2009).

Igualmente, não se sustentam os argumentos utilizados pelo Estado para a implantação da videoconferência, porque a afirmativa de que a o interrogatório *on-line* estaria trazendo menor risco de fuga dos presos, representa uma tentativa de convencer a população por meio do medo, sendo que esta questão estaria resolvida com o deslocamento do magistrado até o presídio para a realização do ato. Além

disso, não é efetivo o argumento de que a videoconferência traria redução de custos com a escolta de presos, emprego de policias, automóveis e gasolina, vez que, é de natureza do Estado fazer frente a estas despesas. Ao invés disso, poderá ocorrer o contrário, pois, o ente estatal precisará investir nas Varas Criminais, com equipamentos, sistema, treinamento, *links* de comunicação, para ser utilizada de forma excepcional como mesmo preceitua a lei (D'URSO; COSTA, 2009).

Ainda, Código de Processo Penal trás uma dualidade no § 5º, do art. 185²¹, quando refere que haverá um defensor no presídio e um advogado no fórum, vez que, se o réu possuir advogado constituído, não haverá quem lhe defenda nos dois lugares, ou, talvez, deve haver a presença de um Defensor Público para sua defesa, sendo este um problema insuperável da videoconferência (LOPES JÚNIOR, 2010).

Além disso, Silva descreve que a videoconferência não foi capaz de substituir as vantagens trazidas pelo contato pessoal na transmissão de ideias e conclusões que são repassadas pela voz, gestos ou postura, e isto prejudica a apreensão das partes para realizar esclarecimentos durante o interrogatório (SILVA, 2010). Uma vez que foram expostas diferentes posições doutrinárias a respeito da videoconferência, passa-se, no próximo subcapítulo, à efetiva análise da (in)constitucionalidade da utilização do interrogatório *on-line* em nossa sistemática jurídica.

2.2 DA ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA UTILIZAÇÃO DA VIDEOCONFERÊNCIA PARA O INTERROGATÓRIO DO RÉU

Antes de qualquer coisa, faz-se necessário realizar a diferenciação entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade, para assim analisar a videoconferência entre estes.

O intuito de verificar a constitucionalidade de uma norma, diz respeito à análise de sua adequação, ou seja, sua compatibilidade com a Constituição Federal, através da averiguação de seus requisitos formais (observância das normas constitucionais na produção da lei) e requisitos materiais (compatibilidade do objeto da lei com o preconizado pela Constituição Federal) (MORAES, 2010).

²¹ “Art. 185. [...] § 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.” (BRASIL, 1941).

Para que seja analisada a constitucionalidade de uma norma, é preciso que se verifique a existência de algum vício, que desvie sua constitucionalidade e que a torne, portanto, inconstitucional. Neste interregno, interessante verificar, que a inconstitucionalidade compõe-se em um ato que contraponha de modo explícito ou implícito elementos e princípios preconizados pela Constituição Federal (LAMY, 2005).

Diante da verificação quanto a definição de constitucionalidade e inconstitucionalidade, observa-se que, atualmente, a videoconferência encontra-se positivada no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Lei nº 11.900/2009. Desta forma, estando devidamente legislada, resta examinar de forma mais aprofundada a existência ou não de (in)constitucionalidade material da utilização da videoconferência, ou seja, se está ou não em compatibilidade com a Constituição Federal e com os princípios decorrentes desta.

Para a análise da (in)constitucionalidade material da videoconferência, se faz imperativo, portanto, verificar se alguns princípios relacionados ao interrogatório estão sendo efetivamente aplicados no interrogatório *on-line*.

Pelo *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, tem-se que todo indivíduo, incluindo o réu, deve ser tratado de forma digna, em especial no andamento do processo, já que envolve a vida do acusado e sua liberdade. Para tanto, de acordo com o entendimento de Antunes, a adoção da videoconferência como meio de realização do interrogatório do réu agride o princípio da dignidade da pessoa humana, pois, não permite a presença física do acusado em seu próprio interrogatório. Além disso, a ordem jurídica brasileira recepcionou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, os quais exigem a presença física do réu ante a autoridade judiciária (ANTUNES, 2009).

Com efeito, a própria Constituição Federal preceitua em seu art. 5º, § 2º, que os direitos e garantias expressos na Magna Carta não excluem Tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte.²²

A respeito disso, importa observar que o Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992, dispõe que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São

²²“Art.5º [...] § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”(BRASIL,1988).

José da Costa Rica), adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 entrou em vigor para o Brasil, em 25 de setembro de 1992, e trás em seu art. 1º que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos deverá ser cumprida pelo Brasil, tão inteiramente como nela se contém.²³

Assim, tem-se que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos deve ser respeitada pelas normas brasileiras, incluídas as de processo penal. Neste interregno, verifica-se que a própria convenção americana, em seu art. 7º, ponto 5, exige que toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais, e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo, sendo que sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.²⁴

Já o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, também foi adotado pela legislação brasileira, através do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, dispondo em seu art. 1º, que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém pelo Brasil.²⁵

Este pacto refere em seu art. 9º. § 3º, que, qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude do cometimento de infração penal, deve ser conduzida, sem demora a presença de um juiz e terá direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade.²⁶

Nesta seara, tem-se que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos, recepcionados pela

²³“Art. 1º A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apenas por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.” (BRASIL, 1992b).

²⁴“Art. 7º. Direito a Liberdade Pessoal [...] 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.” (BRASIL, 1992b)

²⁵“Art. 1º O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, apenso por cópia ao presente decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.” (BRASIL, 1992a).

²⁶“Artigo 9º [...] 3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.” (BRASIL, 1992a).

ordem jurídica brasileira, apresentam a exigência da presença do acusado perante a autoridade judiciária competente, sendo esta possibilidade de contato pessoal indispensável para a construção do respeito para com a dignidade da pessoa humana (ANTUNES, 2009).

Diante de tais tratados internacionais, Dowell entende que não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no emprego do interrogatório *on-line*, porque, nem a Constituição Federal, nem os tratados e convenções dos quais o Brasil é parte, bem como o Código de Processo Penal, exigem a presença física do réu ao ser interrogado ou para assim participar da própria audiência de instrução e julgamento (DOWELL, 2006).

Em posição contrária, o doutrinador Rangel entende os dispositivos internacionais trazem para o ordenamento jurídico brasileiro a necessidade de o réu ser apresentado ao juiz, mantendo-se assim presentes os princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e dignidade da pessoa humana, como modo de efetivo cumprimento aos tratados internacionais (RANGEL, 2010).

Quanto à aplicação do *Princípio do Devido Processo Legal* no interrogatório realizado por meio da videoconferência, precisa-se ter em mente, primeiramente, que este princípio garante às partes envolvidas no processo, o direito de participarem de um procedimento justo e de acordo com os preceitos estabelecidos pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Penal. Assim, conseqüente, haverá o direito a uma decisão justa (RULLI JÚNIOR; RULLI NETO; SIQUEIRA JÚNIOR; GARBOSSA, 2009).

Assevera Antunes, quanto a necessidade de um exame sobre a (in)constitucionalidade da videoconferência, tendo por consideração que não se pode deixar para trás os pressupostos constitucionais referentes ao papel do Judiciário como expressão de soberania, bem como, do devido processo legal como meio de realização da Justiça (ANTUNES, 2009).

De acordo com o entendimento de Guimarães, a exclusão da presença física do réu frente ao magistrado quando o interrogatório for realizado por meio da videoconferência, constitui-se em ato que atinge o princípio do devido processo legal, pois, extrapola as garantias firmadas constitucionalmente (GUIMARÃES, 2008).

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o princípio do devido processo

legal vem a ser afetado com a aplicação da videoconferência como meio de realização do interrogatório no processo penal, uma vez que, diminui o direito do réu de estar pessoalmente presente em sua audiência de instrução e julgamento, por meio da qual se processará sua oitiva.²⁷

Ainda, quanto à efetividade do *Princípio da Ampla Defesa* quando realizada a oitiva do réu por meio da videoconferência, verifica-se que o contato pessoal e físico do réu e do magistrado no interrogatório deve ser muito bem examinado, já que o princípio faz a exigência de que a audiência seja realizada com contato direto e corporal entre as partes processuais. No entanto, sendo o interrogatório *on-line*, réu e magistrado vão estar distantes um do outro.

Neste patamar, Valle leciona sobre o princípio da ampla defesa advertindo sobre a necessidade de contato pessoal entre magistrado e réu, bem como a presença física deste no interrogatório, para que seja garantida a adequada percepção do julgador em relação à pessoa do réu e para assegurar um contato entre o acusado e seu defensor, contato este imprescindível para a realização defesa técnica (VALLE, 2010).

Levada pela inconstitucionalidade, Haber menciona que a garantia de ampla defesa encontra-se consubstanciada no direito de presença, sendo esta sinônimo de presença física que é suprimida pela videoconferência, considerando-se que qualquer medida que venha a limitar os direitos e garantias conferidos ao indivíduo no processo penal só se justifica para casos excepcionais e que venha a proteger outros interesses individuais, devendo, assim, ser o uso da teleaudiência limitado (HABER, 2010).

Nesse sentido, Silva apoia a inconstitucionalidade da videoconferência no

²⁷HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO. INTERROGATÓRIO REALIZADO POR MEIO DE VIDEOCONFERÊNCIA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NULIDADE ABSOLUTA. EXCESSO DE PRAZO. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1. A realização do interrogatório por meio de videoconferência se consubstancia em nulidade absoluta, porque viola os princípios constitucionais do devido processo legal, restringindo a amplitude de defesa do acusado, ao mitigar seu direito de estar presente à audiência. 2. Outrossim, a Lei n.º 11.819/05 do Estado de São Paulo, que justificou o interrogatório do réu por meio de videoconferência, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por ferir a competência privativa da União para dispor sobre normas de natureza processual (art. 22, I, da Constituição Federal). Precedentes desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal. 3. Anulado o processo desde o interrogatório evidenciado o constrangimento ilegal por excesso de prazo, uma vez que os Pacientes já cumpriram dois terços da pena. 4. Ordem concedida para anular o interrogatório judicial dos Pacientes, determinando que outro seja realizado, com a expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não estiverem presos. (BRASIL, 2010).

interrogatório, sob o argumento de que a teleaudiência enfraquece a ampla defesa e o contraditório pela minimização da autodefesa e pela retirada do contato pessoal do réu com o seu defensor e com o órgão julgador. Assim, diminui-se consideravelmente a captação das informações trazidas pelo réu e afasta o benefício da intervenção das partes processuais por meio do juiz no alcance de esclarecimentos (SILVA, 2010).

Para Bechara, o fundamento da inconstitucionalidade, encontra-se na alegada violação do princípio da ampla defesa, que abriga o direito à defesa técnica e o direito à autodefesa. Neste sentido, o direito à autodefesa abrange o direito do réu de audiência, ao silêncio e de presença, o qual se consubstancia na presença em atos processuais, de entrevista pessoal com o magistrado, com o intuito de verificar as impressões pessoais do réu (BECHARA, 2011).

Neste contexto, o Superior Tribunal de Justiça proferiu julgado que coloca a ampla defesa como princípio precioso e imperioso no interrogatório do réu e que colide frontalmente com o interrogatório *on-line*.²⁸ A partir disto, verifica-se que, embora a videoconferência venha concretizada pela Lei 11.900/09 que lhe instituiu, a mesma se indispõe com o princípio da ampla defesa.

A seu turno, o *Princípio do Contraditório* se efetiva mediante o binômio informação-reação. Pela informação, as partes envolvidas no processo penal devem ter a ciência de todos os atos processuais realizados tanto pelo juiz, quanto pela parte adversa. Já a reação, é a possibilidade das partes de apresentarem sua defesa quanto aos atos que lhe foram informados no processo, ou seja, a parte recebe informação e reage com a sua defesa (GUIMARÃES, 2008).

Pelo entendimento de Guimarães, o momento em que o réu reage realizando sua autodefesa pelo interrogatório é a oportunidade de o mesmo expressar os ensejos e justificativas que motivaram a prática do ato pelo qual está sendo levado ao ato de interrogatório, bem como, a autoria e materialidade quanto aos fatos delituosos. Assim sendo, o interrogatório é momento em que o réu conta ao

²⁸Interrogatório. Provimento nº 74/2007 da Corregedoria-Geral do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Videoconferência. Nulidade. 1. A realização de interrogatório à distância é medida que bate de frente com princípios tão caros como o do exercício da ampla defesa. 2. Por consistir tal princípio em direito sensível – direito decorrente de norma sensível –, a inobservância dessa regra pelo juiz implica a nulidade do ato praticado. 3. Caso em que o réu foi interrogado à distância, mediante o sistema de teleaudiência (ou videoconferência). 4. Habeas corpus concedido a fim de se anular o processo penal desde o interrogatório do acusado. (BRASIL, 2009).

magistrado sua versão sobre os fatos e do magistrado conhecer de forma pessoal o réu. Para tanto, sendo o interrogatório realizado de forma virtual “[...] o ato processual poderia ensejar interferências administrativas negativas [...]”, e estando a reação do réu prejudicada, danificado também está o princípio do contraditório. (GUIMARÃES, 2008, p. 56).

Pelo Princípio do Juiz Natural, observa-se que, qualquer membro da coletividade, que venha a ter acesso a Justiça Criminal, deve ser submetido a um órgão jurisdicional competente e previamente constituído em seu cargo (TUCCI, 2009).

Interessante verificar, contudo, nos escritos de Guimarães, que estando um juiz competente e pré-estatuído para dar encaminhamento ao processo, este deve fiscalizar a legalidade dos atos processuais e se seguem efetivos os direitos constitucionais. Nesta seara, a presença física do réu em seu interrogatório se faz imprescindível, para que assim esteja garantida a legalidade dos atos e a preservação dos direitos constitucionais, estando o juiz devidamente atuante no processo. Deste modo, cai por terra a aplicação do princípio do juiz natural no interrogatório realizado de forma virtual (GUIMARÃES, 2008).

Do mesmo modo, Rangel posiciona-se no sentido de que a realização do interrogatório pela videoconferência é manifestamente inconstitucional por proibir ao acusado a perfectibilização do direito ao juiz natural, que abarca a entrevista pessoal com o juiz em um ambiente sadio (RANGEL, 2010).

Quanto ao *Princípio da Publicidade*, Guimarães refere que este também encontra-se ferido pela utilização da videoconferência, tendo por consideração que somente será público os atos que forem captados pelas câmeras e pelo microfones, sendo que pontos importantes podem não ser percebidos pelos meio eletrônico transmissor da imagem (GUIMARÃES, 2008).

Também pelo entendimento de Barros, a videoconferência vem a ofender o princípio constitucional da publicidade, pois, no momento em que se realiza o interrogatório à distância e permanecendo o réu no presídio de onde serão transmitidas imagens e sons, não há como a população ter acesso à solenidade da audiência, ou mesmo, aos atos processuais (BARROS, 2003).

Da mesma forma, Rangel compreende que o princípio da publicidade encontra-se violado com a videoconferência, pois, este princípio somente pode ser

restrito em casos em que a publicidade atingir a defesa da intimidade e do interesse social e público (RANGEL, 2010). Neste sentido, Tourinho Filho complementa ao relatar que no interrogatório virtual, réu e juiz vão estar distantes, e assim, o magistrado não poderá perceber se o réu estará ou não sob algum tipo de repressão dentro do presídio em que estiver segregado (TOURINHO FILHO, 2009).

Pelo *Princípio da Imediação*, o juiz deve proceder à colheita das provas de forma imediata e direta, coletando de forma efetiva e pessoal a prova oral, o que possibilita a comunicação do magistrado com as partes integrantes do processo. Para Barros, no entanto, o princípio da imediação também se encontra lesionado quando o interrogatório é realizado por meio eletrônico, vez que, o magistrado que irá realizar a colheita das provas no processo, captando elementos de convicção, não o fará de forma direta, mas sim de forma intermediária por meio *on-line* (BARROS, 2003).

Em consonância com o princípio da imediação, analisa-se também o *Princípio da Identidade Física do Juiz*, por meio do qual, o juiz que procedeu a colheita da prova oral deve proferir também a sentença. Todavia, na aplicação da pena ao réu em sentença de processo no qual está sendo julgado, o juiz realiza a análise das circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Código Penal,²⁹ dentre as quais inclui a conduta pessoal e a personalidade do réu. Contudo, Guimarães adverte que o magistrado que realizou o interrogatório pela videoconferência, ao analisar tais circunstâncias, sequer teve o contato direto e presencial com o réu, ou seja, o juiz que colher a prova oral do acusado por meio virtual não poderá sentir de forma efetiva sua personalidade, já que a tecnologia não substitui a percepção emocional e pessoal da presença física (GUIMARÃES, 2008).

No tocante a efetividade do contato pessoal no interrogatório do réu, a Conselheira Ana Sofia Schmidt de Oliveira, em parecer fornecido na Resolução nº 05/2002 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP),

²⁹Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.
(BRASIL, 1940).

instituiu ser “[...] impossível medir o impacto da interação pessoal, da comunicação não verbal, no momento da produção da prova [...]”, além de ser inegável que há elementos pessoais perdidos com a adoção da videoconferência (BRASIL, 2002).

Neste contexto, depreende-se que no princípio da Imediação o juiz não poderá realizar a colheita das provas pessoalmente e em comunicação direta com o réu, como é preconizado pelo princípio, quando realizado o interrogatório por meio virtual, não havendo contato efetivo entre réu e magistrado. O mesmo ocorre com o princípio da identidade física do juiz, pelo qual o juiz que realizou a colheita das provas é que deve proferir a sentença, pois, o juiz não conterà elementos para proferir uma sentença segura, se não puder ter contato direto com o réu.

Com relação ao *Princípio da Proporcionalidade*, Bonfim relata que a constitucionalidade da videoconferência é assegurada por este princípio, uma vez que, o direito de presença decorrente do princípio da ampla defesa, está garantido à teleaudiência pela tecnologia, somados a efetiva e célere prestação jurisdicional, com preservação da segurança pública e redução de custos para o Estado devido ao transporte dos réus do presídio até o fórum (BONFIM, 2009).

Ainda, a constitucionalidade estaria amparada pela eficiência do processo que se compara à ampla defesa e ao direito de presença. Tal eficiência deve estar construída de frente ao Princípio da Proporcionalidade, pois este age como solucionador entre conflitos que envolvam direitos constitucionais. Além disso, a eficiência do processo deve orientar a jurisdição, como mesmo determina o art. 37, *caput*, da Constituição Federal³⁰, além da própria Constituição, em seu art. 5º, inciso XXXV³¹ e LXXVIII³², instituir o direito a jurisdição enquanto instrumento de proteção contra lesão ou ameaça ou lesão ao direito e o direito de razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (FIOREZE, 2009).

Contrariamente, Silva menciona em seus escritos que, ao se utilizar do princípio da proporcionalidade para autorizar licitamente a videoconferência, o valor

³⁰“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência[...]” (BRASIL, 1988).

³¹“Art. 5º. [...] XXXV – A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito.” (BRASIL, 1988).

³²“Art 5º [...] LXXVIII – A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (BRASIL, 1988).

retirado da ampla defesa não deve ser em grande grau de intensidade que chegue a modificá-la. No entanto, o interrogatório por videoconferência retira substância essencial da ampla defesa e do contraditório (SILVA, 2010).

A partir da análise dos princípios constitucionais frente à utilização da videoconferência, deve-se ter em mente o necessário respeito aos preceitos constitucionais, também preconizados pelo processo penal. Neste sentido, Julião infere em seus escritos que “[...] imprescindível se faz que o avanço tecnológico no judiciário seja banalizado pelos princípios informadores do direito processual penal regido à luz da Constituição Federal.” (JULIÃO, 2008, p. 65). E complementa dizendo que o interrogatório realizado pela forma *on-line* pode ser realizado em “[...] consonância com os preceitos constitucionais da pessoa humana e do devido processo legal. A constitucionalidade da videoconferência depende do respeito a uma série de garantias, sob pena de total desrespeito à Constituição Federal.” (JULIÃO, 2008, p. 66).

E mesmo ao prever a utilização da videoconferência como método de oitiva do réu, o Código de Processo Penal deve estar de acordo com os princípios constitucionais, atendendo aos direitos do réu.

Neste sentido, Tristão trás importante reflexão sobre o objetivo da lei processual penal, que é tutelar “[...] a proteção das garantias constitucionais do acusado e investigado contra o arbítrio estatal, ou seja, o acusado é o principal ator e o resguardo de seus direitos é a finalidade maior das leis processuais penais, ou seja, em favor dos direitos do réu.” (TRISTÃO, 2009, p. 4).

Com isso, para que a videoconferência se mantenha constitucional, verifica-se a necessidade de seu acordo com preceitos e garantias apresentados pela Constituição Federal e inerentes ao Processo Penal, protegendo os direitos do réu. Assim, estando garantidos os direitos do réu, garantida está a sua constitucionalidade. Para tanto, caso alguma garantia esteja violada, caracterizada está sua inconstitucionalidade.

Salienta-se assim que, a partir do estudo e análises realizadas, percebe-se que os princípios constitucionais aplicáveis ao interrogatório do réu não estão totalmente efetivos quando o interrogatório passa a ser realizado pela videoconferência, já que a presença física do réu na solenidade se mostra necessária para alcançar uma defesa ampla, onde possa ser efetivada a autodefesa,

com presença na audiência e frente ao magistrado. Efetiva-se, a partir do comparecimento do réu frente a frente com o juiz, um processo justo e digno, livre de constrangimentos e excessos e um julgamento claro e próximo do acontecimento dos fatos, já que o juiz deve perceber e entender o réu, interna e externamente, fator importante para que a verdadeira justiça seja aplicada.

Interessante mencionar, contudo, que apesar de a doutrina apresentar divergência quanto à constitucionalidade da videoconferência, como acima verificado, e se apurar a violação de alguns princípios constitucionais, o interrogatório on-line segue efetivo e plenamente utilizado no sistema jurídico brasileiro, tendo em vista a inexistência de declaração de sua inconstitucionalidade material.

CONCLUSÃO

Contemporaneamente, a tecnologia vem a incorporar práticas informatizadas no cotidiano dos indivíduos. De modo específico, no mundo jurídico, tais práticas vêm sendo agregadas aos atos processuais, como forma de agilizar o processo e atender a pretensão das partes. Em sede de inovações tecnológicas no processo penal, brota um novo sistema de inquirir o réu, um interrogatório *on-line* realizado através da videoconferência, onde réu permanece no presídio e juiz permanece no fórum, sendo que a comunicação entre ambos é estabelecida por meio de câmeras que realizam a captação de imagens e sons.

Verificou-se a edição da Lei nº 11.900/2009, a qual conferiu a videoconferência legalidade e constitucionalidade formal, já que passou a ser devidamente regulamentada por lei. Contudo, mesmo estando legislada, consiste na doutrina posições favoráveis e contrárias a utilização da videoconferência.

As posições favoráveis a utilização da videoconferência, acreditam que a utilização desta no sistema processual brasileiro, reduz os custos com o transporte dos presos, aumenta a segurança pública e a celeridade processual, substituindo-se a presença física, por uma presença virtual.

De outro lado, as posições contrárias a utilização do interrogatório *on-line*, entendem que a videoconferência traz grandes prejuízos aos direitos do réu, além de atingirem, inevitável, os princípios constitucionais, em razão da ausência da

presença física do réu frente ao magistrado.

Entretanto, realizou-se o confronto das duas posições acerca da utilização da videoconferência e a análise de cada um dos princípios aplicáveis ao interrogatório do réu e que estão ligados ao interrogatório *on-line*. Através de tais verificações, percebeu-se que não há efetivo respeito aos direitos e garantias previstos na Constituição Federal e contidos nos princípios antes mencionados. Isto porque, pode-se intuir que a presença física e pessoal do réu no seu interrogatório, constitui-se elemento essencial para a realização de um justo processo, pelo qual seja realizada uma ampla defesa do réu, com a garantia de efetivação dos direitos de presença e audiência, em um momento em que o réu possa efetivamente apresentar sua reação aos fatos que estão lhe sendo imputados.

A partir disso, o interrogatório do réu realizado pela videoconferência deve ser considerado materialmente inconstitucional, na medida em que há supressão de garantias do acusado, pois, na apreciação das garantias conferidas ao réu pelo princípio da proporcionalidade, a videoconferência ultrapassa irregularmente direitos constitucionais, já que atinge direitos do réu previstos pela Constituição Federal.

Acrescenta-se, que além dos direitos constitucionais, deve-se respeito também aos tratados internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, os quais exigem a presença do réu frente ao juiz, para que seja efetivada da melhor maneira a defesa do réu.

Constatou-se, assim, que apesar de a videoconferência estar plenamente vigente no ordenamento jurídico brasileiro, vem a desrespeitar os direitos constitucionais inerentes ao réu, e a declaração de sua inconstitucionalidade constitui-se necessária para o verdadeiro adimplemento dos direitos do réu.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Eduardo Augusto Muylaert. O interrogatório por vídeo-conferência e a dignidade da pessoa humana. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge. (Org). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade da Pessoa Humana**. 2. ed. São Paulo: QuartierLatin, 2009, p. 619-630.

ARAS, Vladimir. **Videoconferência no Processo Penal**. Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, ano 4, n. 15,

abr./jun., 2005.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**: esquematizado. 2.ed. São Paulo: Método, 2010.

BARROS, Marco Antônio de. Teleaudiência, Interrogatório On-line, Videoconferência e o Princípio da Liberdade da Prova. **Revista dos Tribunais**, [S. l.], v. 92, n. 818, p. 424-434, dez. 2003.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Videoconferência: princípio da eficiência versus princípio da ampla defesa (direito de presença). **Complexo Jurídico Damásio de Jesus**, São Paulo, set. 2005. Disponível em: <http://cjdj.damasio.com.br/?page_name=art_002_05&category_id=31>. Acesso em: 28 set. 2011.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei 2.848/1940**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2011.

_____. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei 3.689/1941**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 29 jul. 2011.

_____. **Constituição Federal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 jul. 2011.

_____. **Decreto nº 592 de 1992**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 jul. 1992a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 29 jul. 2011.

_____. **Decreto nº 678 de 1992**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 nov. 1992b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 25 set. 2011.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução nº 05, de 2002**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={28D9C630-49B2-406B-9160-0C04F4BDD88E}>>. Acesso em: 30 out. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 126834/SP**. Sexta Turma. Relator: Nilson Naves. Julgado em 13 de agosto de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6028655&num_registro=200900123097&data=20091019&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 de out. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 97885/SP**. Quinta Turma. Relatora: Laurita Vaz. Julgado em 23 de fevereiro de 2010. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uencial=7176156&num_registro=200703103826&data=20100322&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 out. 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

D'URSO, Luis Flávio Borges; COSTA, Marcos da. Videoconferência: limites ao direito de defesa. **Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal**. Ano V n. 27, dez/jan. 2009.

DOWELL, Cláudia Ferreira Mac. Videoconferência: O ordenamento jurídico permite e a sociedade exige. In: III CONGRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. III, 2005, São Paulo. **Anais do III Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo**. São Paulo: Procuradoria Geral da Justiça, 2006, p. 237-244.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

FIOREZE, Juliana. **Videoconferência no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

GOMES, Luis Flávio. **O Uso da Videoconferência na Justiça brasileira**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13511-13512-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2011.

GOMES, Rodrigo Carneiro. A Videoconferência ou Interrogatório On-Line, seus contornos legais e a renovação do processo penal célere e eficaz. **Revista IOB de Processo Penal e Processo Penal**, Fortaleza, v.5, n. 45, p. 58-62, ago./set. 2007.

GUIMARÃES, Tarsila Costa. Interrogatório por videoconferência: uma visão principiológica. **IBCCRIM**, 2008. Disponível em: <www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=9866>. Acesso em: 02 set. 2011.

HABER, Carolina Dzimidas. A produção da prova por videoconferência. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, [S. l.], n. 82, p. 187-220, jan/fev.2010.

JULIÃO, Dóris Rachel da Silva. A constitucionalidade do Interrogatório on-line. **IBCCRIM**, 2008. Disponível em: <www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=9799>. Acesso em: 02 set. 2011.

RULLI JÚNIOR, Antonio; RULLI NETO, Antonio; SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; GARBOSSA, Daniela D'Arco. Jurisdição e Videoconferência. In: Liliana Minardi Paesini. (Org.). **O Direito na Sociedade da Informação II**. São Paulo: Atlas, 2009, v. 1, p. 109-128.

LAMY, Marcelo. Sistema Brasileiro de Controle da Constitucionalidade. In: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Org.). **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso**

Bastos. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1, p.537-575.

LEITE, Gisele Pereira Jorge. Breve relato sobre a história da Criminologia.

IBCCRIM, nov. 2002. Disponível em:

<www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=1309>. Acesso em: 02 set. 2011.

LOPES JÚNIOR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1.

MADALENA, Pedro. Administração da Justiça – Videoconferência: Interrogatório.

Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, [S. l.], n. 53, p. 223-224, dez./jan. 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A Interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais**: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SÃO PAULO (Estado). **Lei Estadual nº 11.819 de 2005**. Disponível em:

<<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2005/lei-11819-05.01.2005.html>>. Acesso em: 09 set. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Amaury. **Interrogatório**. 2.ed. Leme: Mizuno, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1.

TRISTÃO, Adalto Dias. **O Interrogatório como Meio de Defesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

VALLE, Gustavo Henrique Moreira do. Interrogatório por Videoconferência. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v. 11, n. 63, ago./set. 2010.

MONITORAMENTO AUDIOVISUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO: PRERROGATIVAS DO EMPREGADOR X VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E DIGNIDADE DO TRABALHADOR

Cristina Käfer¹
Renê Carlos Schubert Junior²

Entre as novas tecnologias desenvolvidas para aprimorar a segurança pessoal e patrimonial, o monitoramento audiovisual representa uma valiosa técnica, sendo utilizada em diversos locais, públicos ou privados, como nas ruas, nas instituições financeiras, nas residências e dentro dos presídios.

O emprego do monitoramento audiovisual também vem sendo amplamente usado no ambiente de trabalho, não somente visando à segurança pessoal e patrimonial, como também a própria produtividade das empresas. Contudo, o emprego inadequado das câmeras pode ensejar violações à personalidade do trabalhador, ferindo a moral deste quando sua imagem e sua intimidade são expostas de forma inadequada, atingindo, conseqüentemente, sua dignidade.

Logo, a delimitação do presente tema está voltada para o monitoramento audiovisual no ambiente de trabalho, frente às prerrogativas do poder diretivo do empregador em face aos direitos da personalidade: intimidade e imagem e ao princípio da dignidade humana do trabalhador, sob o enfoque doutrinário e jurisprudencial.

Em relação à vigilância audiovisual, sublinha-se que não há no Brasil legislação específica regulamentando o tema, fato este que não exime os empregadores e os operadores do direito da devida observância dos princípios constitucionais.

Diante disso, a presente pesquisa desenvolveu-se em torno do seguinte problema proposto: considerando o poder diretivo conferido ao empregador, o monitoramento audiovisual no ambiente de trabalho representa violações ao direito à

¹ Advogada com formação pelas Faculdades Integradas Machado de Assis – FEMA. Especialista em Advocacia Trabalhista pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Procuradora Jurídica na Câmara Municipal de Três Passos/RS.

² Mestre em Desenvolvimento, linha de pesquisa Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado Rio Grande do Sul (UNIJUÍ) Campus Ijuí, RS. Docente Regime Integral e Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito da FEMA – Faculdades Integradas Machado de Assis, Santa Rosa/RS. reneschubertjunior@yahoo.com.br

intimidade, imagem e ao princípio da dignidade da humana do empregado? A fim de responder o problema proposto, o presente trabalho dividiu-se em duas seções.

Na primeira seção, será abordado o princípio da dignidade humana, bem como a intimidade e a imagem do trabalhador e a proteção de tais direitos de personalidade no âmbito laboral.

Já na segunda seção, serão feitas considerações doutrinárias do dano moral na esfera trabalhista e a relação deste com o monitoramento audiovisual. Por fim, será feita uma análise dos julgados dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho, a fim de verificar em que situações o monitoramento audiovisual viola a intimidade, a imagem e a dignidade do trabalhador, ensejando o dano moral.

O método de procedimento utilizado na pesquisa foi o hipotético-dedutivo que parte das hipóteses formuladas, através de elementos sustentados durante o período de verificação, observando-se as teses propostas por diversos autores, com a finalidade de se construir um referencial teórico aprofundado acerca do problema proposto pela pesquisadora, capaz de atingir os objetivos da pesquisa.

Também auxiliaram na condução da pesquisa o método de procedimento comparativo e histórico. A técnica de coleta de dados foi realizada através de documentação indireta.

Justifica-se a escolha do tema pelo seu caráter polêmico e atual. Polêmico, pois pode implicar em choque de interesses dos empregadores com os direitos dos trabalhadores, e atual por se tratar de uma matéria nova, haja vista que, apesar da crescente utilização desse recurso tecnológico, ainda não existe regulamentação específica acerca do assunto no Brasil.

Assim, merece o assunto atenção especial, tendo em vista a prática crescente da técnica, não podendo mais o legislativo manter-se omissivo quanto à regulamentação do tema e o judiciário eximir-se da observância dos princípios constitucionais na solução dos desentendimentos referentes a essa temática.

1 O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE HUMANA³ E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E À IMAGEM NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Nas relações do trabalho, historicamente, após intensas reivindicações⁴, a classe trabalhadora exigiu do Estado o respeito à dignidade do trabalhador, a fim de assegurar e manter as condições mínimas de dignidade no ambiente de trabalho. O Estado, por sua vez, editou leis objetivando a proteção dos direitos trabalhistas e da personalidade do trabalhador e, conseqüentemente, procurou proteger sua dignidade (SILVA, 2008). Logo, o direito do trabalho nasceu com o objetivo de amparar a dignidade do trabalhador, já que este mantém seus valores humanos quando faz valer-se de sua força de trabalho:

Desta forma se vê que o Direito do Trabalho também surgiu com o propósito de proteção de direitos da personalidade do trabalhador, pois se percebe que está voltado para a defesa da dignidade da pessoa nas relações de trabalho. Portanto, o indivíduo ao fazer parte de uma relação de trabalho não se separa de seus valores humanos, entendendo que a função social do Direito do Trabalho guarda direito a preservação desse valor absoluto e universal, que é a dignidade do homem que trabalha. (SILVA, 2008, p. 230).

No trato laboral, percebe-se uma desigualdade entre as partes, fato que deixa o empregado em situação de vulnerabilidade, podendo ser facilmente ferido em sua dignidade. Nessa esteira, as leis trabalhistas brotaram para efetivamente defender a parte mais fraca na relação laboral. Assim, “[...] uma das finalidades precípua do Direito do Trabalho é propiciar o respeito à dignidade do trabalhador.” (SANCHES, 1997, p. 40).

³ Daniela Ikawa (2008, p. 366-367) afirma que “[...] o princípio da dignidade humana pressupõe uma qualidade que todos os indivíduos têm em comum pelo mero fato de sua humanidade: a dignidade. O princípio da dignidade abarca, por conseguinte, o princípio da igualdade de dignidade. Todos são igualmente dignos. É essa igualdade que baseia a teoria constitucional de direitos individuais, e a teoria internacional de direitos humanos. Se aceitarmos a tese de que todos têm direitos, o fazemos por também aceitar a tese de que todos são iguais com relação a uma qualidade essencial, não homogênea, apta a resguardar a possibilidade de diversidade e autenticidade humanas: a dignidade.”

⁴ Nascimento (1997, p. 160) lembra que na “[...] Antigüidade e na Idade Média não é encontrado um sistema de normas jurídicas destinado à proteção dos seres humanos no trabalho. As Corporações de Ofício medievais prestaram assistência às pessoas vitimadas pelos acidentes de trabalho. Os processos econômicos de produção eram incipientes e o homem estava menos exposto aos riscos do trabalho. Com o desenvolvimento do processo tecnológico, no apogeu da Revolução Industrial do século XVIII, a máquina, ao lado dos enormes benefícios que trouxe para a humanidade, também fez as suas vítimas, aumentando, consideravelmente, o número de acidentes profissionais.”

Para Kant, o ser humano não pode ser considerado um meio para os outros, mas sim, um fim em si, fato que o faz dotado de dignidade especial (KANT, 1993 *apud* STADLER, 2008). Logo, o trabalhador não pode ser considerado como um mero meio para alcançar os objetivos da empresa, mas sim, um fim em si mesmo, vez que possui personalidade e o trabalho completa sua dignidade, pois por meio do trabalho o ser humano se sente útil, valorizado, capaz e provém seu sustento.

Igualmente, salutar se faz lembrar que “[...] em nome da defesa do patrimônio e do lucro não se pode violar a dignidade humana.” (CHAVES, 1985 *apud* SANCHES, 1997, p. 70). Assim, para reconhecer a dignidade de um trabalhador, é necessária a consciência de que há distinção entre trabalho e capital. O trabalho é um valor de espírito, enquanto que o capital significa um valor de matéria, não podendo este se sobrepor àquele. Neste norte, aduz Lima:

O trabalho é um valor de espírito. O capital um valor de matéria. É só os que não fazem distinção entre espírito e matéria ou os que colocam a matéria em cima do espírito, é que podem negar a subordinação do capital ao trabalho. Este é a própria pessoa em ação, ao passo que aquele é apenas o fruto material do trabalho ou de outras formas de aquisição da propriedade. O trabalho faz parte da dignidade substancial da natureza humana. E toda organização do esforço comum que não corresponda a essa dignidade intrínseca de sua vontade é uma forma empírica, imperfeita do dever ser. (LIMA, 1967 *apud* SANCHES, 1997, p. 11).

Por conseguinte, a dignidade da humana não poderá ser ignorada nem mesmo nas relações de trabalho, vez que o trabalhador não se afasta dos seus valores humanos quando emprega sua força de trabalho em prol de um empreendimento gerenciado pelo empregador. Nesse sentido:

Ora, se o trabalho é fonte de dignidade humana, se todo o homem tem dignidade, o trabalhador como pessoa humana tem dignidade, que condiz com a consciência moral e autonomia individual de atuar segundo as regras morais, valores, princípios éticos e costumes no seio da sociedade. (ALKIMIM, 2006, p. 17).

O empregador deve estar comprometido com o respeito à personalidade moral do empregado na sua dignidade humana, pois essa constitui uma das obrigações que provêm do princípio geral do direito e da boa-fé do contrato. (SIQUEIRA NETO, 1996 *apud* SANCHES, 1997, p. 64).

Embora editar regulamentos seja uma das prerrogativas conferidas ao empregador na relação empregatícia, tal poder discricionário não poderá sobressair ao princípio absoluto da dignidade humana. Assim, as normas internas da empresa, que estão em confronto direto ou indireto com a dignidade dos empregados, devem ser descartadas pelo empregador (GONÇALVES, 1985, apud SANCHES, 1997).

Isso porque, “[...] o poder do empregador no contrato de trabalho não é ilimitado, mas tem como parâmetro o direito vigente e o respeito à dignidade humana.” (STADLER, 2008, p. 92). As prerrogativas concedidas ao empregador para gerir seu empreendimento devem estar de acordo com o ordenamento jurídico e principalmente ao encontro do princípio da dignidade humana para que sejam consideradas válidas.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 170⁵, prevê que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna. Com efeito, o princípio constitucional da atividade econômica exige que o empregador trate o empregado com dignidade.

Ora, quando o empregado oferece e emprega sua força de trabalho em troca de salário, submetendo-se ao poder de mando do empregador, não transfere o poder sobre seus direitos de personalidade e sua dignidade (ALKIMIM, 2006). Até porque, tais direitos são irrenunciáveis, não podendo o empregado dispor dos mesmos, pois são inerentes a condição humana do trabalhador. Nesse sentido, discorre Alkimim:

Na era da globalização e flexibilização de condições de trabalho, embora haja tendência para relativizar e atenuar a tutela ao hipossuficiente, não podem deixar de ser garantidas ao trabalhador as condições mínimas de trabalho para a sua preservação da dignidade humana, inclusive a garantia de um meio ambiente de trabalho sadio que lhe de satisfação, haja vista que passa a maior parte de sua vida no ambiente de trabalho. (ALKIMIM, 2006, p. 128).

O trabalhador passa boa parte de seu dia no trabalho, muitas vezes, tempo maior do que destina ao convívio familiar e ao lazer. Assim, indispensável que tal ambiente lhe proporcione condições dignas para que o desempenho de suas

⁵ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]” (BRASIL, 1988).

atividades ocorra de forma satisfatória. “Ao trabalhador devem ser asseguradas as garantias mínimas de um trabalho digno. E para que isso seja possível, não se pode compreender o trabalhador como simples instrumento para a realização de determinado serviço.” (STADLER, 2008, p. 91).

Após árduas lutas pela conquista de direitos dos trabalhadores por melhores condições de trabalho, não poderia haver relativismo de tais direitos depois de positivados, sob o pretexto da era da globalização e a conseqüente produção e consumo em massa, vez que a dignidade humana é um princípio fundamental, previsto constitucionalmente e estendido ao trabalhador, já que este é acima de tudo um ser humano.

1.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE INTIMIDADE⁶ E DE IMAGEM

Só é possível falar que efetivamente a dignidade humana está sendo respeitada e protegida quando os direitos fundamentais são observados e garantidos. Sarlet relaciona os direitos fundamentais como exigência e concretizações do referido princípio:

Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade. (SARLET, 2002, p. 89-90).

Não se pode olvidar que a dignidade humana engloba necessariamente respeito e proteção à integridade pessoal, concretizando-se no respeito pela privacidade⁷, intimidade, honra e imagem (SARLET, 2002). Assim, resta cristalino

⁶ Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1997, p. 35) ensina que a “[...] intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetos, tais como as relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.”

⁷ Mendes e Branco afirmam que “[...] o direito à privacidade, em sentido mais estrito, conduz à pretensão do indivíduo de não ser foco da observação por terceiros, de não ter os seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostas a terceiros ou ao público em geral.” (2011, p. 318).

que dentre os direitos fundamentais que preservam a dignidade humana, encontram-se os direitos fundamentais da imagem e da intimidade.

Com o avanço tecnológico, as interferências na intimidade e na vida privada dos indivíduos acentuaram-se, fazendo com que esses direitos fossem elevados à nível constitucional (BARROS, 1997). Complementa Sennett ao dizer que a “[...] sociedade moderna está em revolta contra o tempo rotineiro, burocrático, que pode paralisar o trabalho, o governo e as instituições.” (SENNETT, 2006, p. 34).

Desse modo, a Constituição Federal de 1988 adaptou-se às novas necessidades que surgiram com as inovações tecnológicas, resguardando o direito à intimidade e à imagem dos indivíduos. Nesse viés, “[...] os direitos à intimidade e à própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas.” (MORAES, 2010, p. 53).

Nascimento igualmente pondera que os direitos à intimidade e à imagem são considerados como direitos da personalidade:

A intimidade e a imagem são direitos de personalidade. São prerrogativas de toda pessoa humana pela própria condição, referentes aos seus atributos essenciais em suas emanações e prolongamentos, são direitos absolutos, implicam num dever geral de abstenção para a sua defesa e salvaguarda, são indisponíveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e de difícil estimação pecuniária. (NASCIMENTO, 2009, p. 114-115).

Diante disso, tanto o direito à intimidade quanto o direito à imagem estão constitucionalmente protegidos, garantindo-se que a vida privada do ser humano não seja violada por ingerências das demais pessoas.

O direito à intimidade é considerado um direito fundamental de defesa (RUIZ MIGUEL, 1995 *apud* BARROS, 1997). Da mesma forma, pode-se estender tal ideia ao direito à imagem, vez que a intimidade e a imagem estão diretamente ligadas entre si. O amparo constitucional previsto no inciso X, do artigo 5º, da Lei Maior, abrange, inclusive, a imprescindível proteção à própria imagem face aos meios de comunicação de massa: a televisão, o rádio, os jornais etc (MORAES, 2010). Para Barros,

O direito a intimidade há muito vem sendo conceituado como aquele que visa resguardar as pessoas dos sentidos alheios, principalmente da vista e

dos ouvidos de outrem; pressupõem ingerência na esfera íntima da pessoa através da espionagem e divulgação de fatos íntimos obtidos ilicitamente. (BARROS, 1997, p. 28).

Cabe salientar que a dignidade humana deve ser efetivada por meio dos direitos fundamentais. De tal modo, “[...] uma violação de um direito fundamental estará sempre vinculada com uma ofensa à dignidade da pessoa.” (SARLET, 2002, p. 106). Logo, a imagem e a intimidade devem ser protegidas, inclusive no âmbito trabalhista, para que o trabalhador efetivamente seja tratado com dignidade.

1.2 A PROTEÇÃO DA IMAGEM E DA INTIMIDADE DO TRABALHADOR

Embora não haja previsão específica na legislação trabalhista que ampara a intimidade e a imagem do trabalhador, a previsão constitucional abrange as relações trabalhistas. Alkimim ressalta que:

A carta magna de 1988 atribuiu à dignidade humana a categoria de princípio fundamental, instituindo os chamados direitos e garantias fundamentais que preservam a dignidade humana, protegendo os atributos inerentes à pessoa humana, tais como a vida, liberdade, igualdade, intimidade, privacidade, trabalho, saúde, educação, propriedade, meio ambiente protegido etc. não pairando dúvida de que o trabalho é um direito fundamental do trabalhador, bem como a defesa dos direitos de personalidade do empregado. (ALKIMIM, 2006, p. 17).

Nesse sentido, assevera Barros que “[...] a inserção do obreiro no processo produtivo não lhe retira os direitos da personalidade, cujo exercício pressupõe liberdades civis.” (BARROS, 1997, p. 26), vez que a subordinação se refere à prestação de serviços e não à pessoa do empregado. Assim, o empregado não está sujeito a todo tipo de situação capaz de ferir sua intimidade e imagem, pois tais direitos são inerentes à sua condição humana. Nesse norte, Barros aponta:

Não é o fato de um empregado encontrar-se subordinado ao empregador ou de deter este último o poder diretivo que irá justificar a ineficácia à intimidade no local de trabalho, do contrário, haveria a degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do empregado. (BARROS, 1997, p. 26).

A importância dos direitos da personalidade na relação laboral tem como implicação a restrição ao poder de mando do empregador e a limitação ao princípio

da autonomia de vontade. Dessa forma, o empregador, ao exercer o controle e a fiscalização do empreendimento, deverá considerar a dignidade do trabalhador e, conseqüentemente, os direitos de personalidade do laborista (ALKIMIM, 2006). Via reflexa, o poder de direção do empregador esbarra na observância e no respeito à personalidade do trabalhador.

Embora à relação de emprego tenha um escopo patrimonial devido ao pagamento de salário por parte do empregador ao empregado, tem como elemento primordial a natureza de pessoalidade, pois as atividades são exercidas pessoalmente e de forma subordinada, submetendo-se esse ao poder de direção daquele, motivo pelo qual os direitos da personalidade devem ser especialmente protegidos no âmbito trabalhista, vez que, como pessoa, o empregado usufrui de todos os atributos de personalidade que devem ser mantidos e respeitados diante do poder diretivo do empregador (ALKIMIM, 2006).

Com efeito, o pagamento de salário é apenas uma das obrigações do empregador no pacto laboral, ou seja, tal fato não é mais importante de que o respeito à personalidade do trabalhador. Alkimim complementa:

Para o empregado, o respeito à dignidade e aos direitos da personalidade do empregado deve ser considerado como um ponto de apoio para a relação obrigacional no contrato de trabalho, e, muito embora a obrigação de pagamento seja considerada uma obrigação primordial do empregador, não menos primordial é a obrigação de preservar, garantir e tutelar os direitos da personalidade do empregado, que constituem extensão dos direitos fundamentais do cidadão. (ALKIMIM, 2006, p. 23-24).

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 483⁸, aborda indiretamente a defesa dos direitos de personalidade quando permite o empregado considerar indiretamente rescindido o contrato de trabalho no episódio de violação a sua honra ou de sua família, ou, ainda, quando for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo (NASCIMENTO, 2003 apud ALKIMIM, 2006).

Conquanto não trate de forma direta de proteção do direito a personalidade do trabalhador, a Consolidação prevê a rescisão indireta, que é um mecanismo que

⁸ “Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: [...] b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo; [...] e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama.” (BRASIL, 1943).

o trabalhador pode se socorrer no caso de afronta a sua reputação e de sua família, bem como no caso de abuso de direito com o tratamento demasiadamente rigoroso. Barros, discorre neste caminho:

Os procedimentos que objetivam controlar os erros mantêm o empregado em estado de tensão contínua pela autocensura nas micropausas (presentes em toda prestação de serviços: não se esqueça de que o trabalho do homem é, antes de tudo humano). Tais exigências implicam rigor excessivo, podendo permitir ao empregado postular a despedida indireta, com todas as indenizações cabíveis. (BARROS, 1997, p. 83).

As formas de controle inseridas pelo empregador no ambiente de trabalho para saber de todos os atos, palavras e movimentos do empregado, são abusivas e não vão ao encontro com o poder diretivo tampouco com a subordinação, por violar a intimidade deste, aspecto da dignidade humana (BARROS, 1997).

Compete ao empregador designar ao trabalhador o respeito à liberdade de trabalho e pensamento, sua intimidade e vida privada, sua honra e boa fama (ALKIMIM, 2006). Consequentemente, a prerrogativa do poder de direção conferido ao empregador não justifica o controle abusivo, vexatório e humilhante ao empregado. Bittar, ao tratar do direito de personalidade, constata que:

[...] identifica-se a pessoa, como entidade dotada de personalidade própria, exatamente pelos elementos que a compõe da esfera da moralidade. Deste modo, do conjunto de caracteres constitutivos da personalidade, impõe-se esses valores como individualizadores da pessoa, como ente pensante e comunicante, ou seja, como ser social, que realiza as funções para as quais veio ao mundo. (BITTAR, 1992 *apud* SANCHES, 1997, p. 12).

Sendo um ser social, a pessoa se satisfaz quando realiza algo que atenda aos seus anseios e, ao mesmo tempo, ao bem comum da sociedade. Tão logo o trabalho representa uma das funções sociais relacionadas à personalidade, pois, “[...] por meio do trabalho o ser humano volta-se ao seu próprio aperfeiçoamento pessoal (ético e cultural), bem como perante a sociedade (dever de cooperação em prol do bem comum).” (SANCHES, 1997, p. 11).

Entre os direitos fundamentais da personalidade encontra-se o direito à imagem, que abrange os aspectos íntimos do indivíduo diante de si mesmo, autônomo de suas relações com terceiros (FELKER, 2010). Nessa toada, Pontes de Miranda considera “[...] ato ilícito absoluto a ofensa ao direito à própria imagem,

esclarecendo que é um dos direitos a personalidade, pois é direito que toca à pessoa por ter interesse que não se use, a líbita, a sua imagem.” (MIRANDA, 1971 *apud* FELKER, 2010).

Assim, como a dignidade humana e o direito à intimidade não se separam do indivíduo no exercício de seu trabalho, da mesma forma este mantém o direito à imagem. Por conseguinte, a imagem do empregado não pode ser aproveitada para fins danosos ou não permitidos.

Dessa forma, o uso inadequado do monitoramento audiovisual deixa de ser uma prerrogativa do poder diretivo, pois atinge a esfera íntima dos trabalhadores, violando o direito à sua imagem e à intimidade e, inevitavelmente, à dignidade, ensejando o dano moral.

2 OS DANOS MORAIS EM FACE DO MONITORAMENTO AUDIOVISUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO⁹

O monitoramento audiovisual constitui um dos mais modernos instrumentos tecnológicos à disposição do empregador para exercer o seu poder de controle do empreendimento. Neste sentido, expõe Barros:

A legislação brasileira não proíbe que o poder de direção conferido ao empregador se verifique através de aparelhos audiovisuais de controle de prestação de serviços, o que, aliás, é uma decorrência do avanço da tecnologia e poderá consistir em um instrumento probatório valioso na avaliação da conduta do empregado. (BARROS, 1997, p. 80).

As câmeras de vigilância no ambiente de trabalho podem representar uma valiosa técnica para melhorar os níveis de produção e de segurança da empresa em geral. Deste modo, “[...] a vigilância eletrônica poderá ter um fulcro promissor, desde que utilizada de forma humana, combatendo-se os abusos na sua utilização e permitindo-se o acesso do obreiro às informações que lhe digam respeito.” (BARROS, 1997, p. 81).

⁹ O Estado tem o dever de proteger o meio ambiente sob o óculos geral, e o empregador a obrigação de proteger o meio ambiente do trabalho, pela combinação do artigo 200, inciso VIII, com o artigo 255, ambos da Constituição Federal de 1988.

A legislação, ao reconhecer o poder de controle e de fiscalização como prerrogativas do poder diretivo do empregador, diminuiu o campo da privacidade do empregado. Dessa forma, em princípio, são permitidos os mecanismos tecnológicos que auxiliam no controle do empreendimento, como os procedimentos visuais utilizados para melhorar o funcionamento dos meios de produção, assim como para melhorar o desempenho do sistema operacional ou de segurança da empresa e do próprio empregado. Contudo, tais mecanismos devem ser utilizados com a ciência do empregado e nunca de maneira clandestina, visando à espionagem, sob pena de ferir a imagem deste (BARROS, 1997).

A utilização das câmeras de vigilância constitui um mecanismo de controle à disposição do poder de controle do empregador e, este, advém do direito à propriedade. Não obstante, tal poder não é absoluto e não deve se sobrepor ao direito à intimidade e imagem do empregado, pois estão diretamente relacionados ao valor universal da dignidade humana. Assim,

[...] havendo conflito entre o direito de propriedade (do empregador) e os direitos à intimidade e privacidade (do empregado), devem prevalecer estes últimos, pois ligados ao preceito magno de dignidade da pessoa humana, conforme a ponderação dos valores em confronto, exigida pela aplicação do princípio da proporcionalidade. Além disso, a solução aqui defendida está em sintonia com o ideal de máxima observância e mínima restrição dos direitos em conflito (SILVA, 2008).

Embora se trate de um conflito de direitos fundamentais, os direitos à intimidade e privacidade do empregado devem preponderar ao direito de propriedade, já que este último deverá atingir sua função social. Por outro lado, o artigo 170, da Constituição Federal de 1988, deixa claro que a valorização do trabalho humano culmina no amparo à intimidade e à privacidade do trabalhador, não se olvidando que a propriedade deve exercer sua função social, conforme determina o inciso III do referido artigo.

Portanto, o empregador deverá ter senso de responsabilidade para não ferir a intimidade e imagem do empregado no exercício de seu poder de controle através da utilização de mecanismos visuais. Lado outro, os instrumentos audiovisuais não devem ser utilizados ilegalmente, visando gravar, reproduzir ou divulgar aspectos de caráter íntimo ou pessoal do trabalhador. Assim, são intoleráveis as atividades que

utilizam indevidamente os avanços mecânicos e técnicos de vigilância (BARROS, 1997).

Já as conhecidas “câmeras psicológicas”, isto é, câmeras falsas ou desligadas, utilizadas apenas para intimidar os empregados, devem ser repelidas em qualquer caso, pois representam um artifício ardiloso e pusilânime por parte do empregador (SILVA, 2008).

O uso indiscriminado de câmeras verdadeiras e a utilização de câmeras falsas não se justificam no poder de mando do empregador, constituindo-se em abuso de direito¹⁰ e claro desvio de finalidade, capazes de violar a intimidade e imagem do trabalhador.

Conseqüentemente, frente às novas tecnologias de fiscalização, o uso desenfreado da vídeo vigilância deve ser punido, visto que não pode configurar um comodismo para o empregador. Portanto, é necessária a criação de normas regulamentadoras para estabelecer critérios objetivos para a instalação de câmeras, seja pela organização da atividade, seja pela natureza da atividade desenvolvida, seja pelo tamanho do estabelecimento. Caso contrário, a disseminação dessa técnica, nos moldes atuais, poderá violar valores indissociáveis dos seres humanos como a honra, a intimidade e a privacidade. (SILVA, 2008, p. 8).

Na hipótese de violação do direito à imagem do empregado, responderá o empregador pelo dano causado (CASSAR, 2009). Portanto, quando houver violação ao direito à imagem, o uso do monitoramento audiovisual deixa de ser uma prerrogativa, pois atinge a esfera íntima dos trabalhadores e, conseqüentemente, a dignidade dos mesmos, ocasionando o dano moral.

Cassar afirma que “[...] não causa dano moral o monitoramento por aparelho eletrônico do trabalho do empregado, salvo quando houver abuso ou desvirtuação da finalidade da fiscalização.” (CASSAR, 2009, p. 735). Portanto, o problema encontra-se na utilização indiscriminada das câmeras no ambiente de trabalho.

Não há dúvida de que monitoramento audiovisual representa um avanço tecnológico à disposição do empregador para este exercer seu poder de controle. Contudo, a necessária utilização das novas ferramentas de trabalho para aumentar a qualidade e produção e/ou para a segurança patrimonial e pessoal da empresa em

¹⁰ O artigo 187, do Código Civil de 2002, informa: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (BRASIL, 2002).

geral, não poderá servir de justificativa para condutas abusivas por parte do empregador. Desse modo, discorre Stadler:

Com as mudanças tecnológicas, a reestruturação produtiva e o advento do ideário neoliberal, o ambiente de trabalho mostrou-se mais propício para as práticas abusivas do poder legal de comando do empregador, muitas vezes de maneira mascarada sob a forma de modernização da empresa. (STADLER, 2008, p. 67).

Conforme já explanado, a intimidade e a imagem são direitos da personalidade. Tratam-se de valores extrapatrimoniais, quando violados geram o direito à indenização por dano moral. Nesse sentido, discorre Silva:

A constituição foi explícita em assegurar, ao lesado, direito a indenização por dano material e moral decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, em suma, do direito à privacidade. (SILVA, 2009, p. 210).

Logo, é evidente que nos casos em que o monitoramento audiovisual viola a intimidade e imagem do empregado, trazendo, com isso, consequências negativas à sua dignidade como humano, restará configurado o dano moral.

Além da cautela na prática no monitoramento audiovisual, é necessária a preservação das imagens dos empregados, as quais não podem ser divulgadas quando não autorizadas e quando desnecessárias à informação objetiva e de interesse público. Caso o empregador não observe tais requisitos necessários à divulgação, surgirá ao empregado o direito à indenização por danos morais, além do respectivo direito à resposta (MORAES, 2010).

Cabe referir que o abuso do monitoramento audiovisual no ambiente laboral enseja não somente o dano individual como também o dano coletivo, quando atinge vários trabalhadores da empresa. No caso de dano moral coletivo, a ação civil pública é o instrumento de defesa adequado para perquirir a indenização por danos morais, que pode ser interposta pelo Ministério Público e pelo próprio sindicato dos trabalhadores lesionados.

No Brasil, ainda não há legislação específica acerca do monitoramento audiovisual no ambiente laboral. No entanto, a jurisprudência específica situações em que o monitoramento audiovisual viola os direitos à intimidade e à privacidade do empregado, ensejando a indenização pelo dano cometido.

2.1 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DO MONITORAMENTO AUDIOVISUAL NO AMBIENTE LABORAL

Para o exame jurisprudencial, foram estudados diversos julgados dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho sobre a instalação e o monitoração do ambiente de trabalho através de câmeras e a relação desta vigilância com o dano moral.

O primeiro julgado analisado advém do processo nº 0072900-94.2009.5.04.0303, em que os Magistrados, integrantes da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, entenderam que, no caso analisado, o monitoramento audiovisual visava tão somente proteger o patrimônio da empresa reclamada e não controlar a produtividade dos empregados, não cabendo, dessa forma, indenização por danos morais, conforme ementa colacionada a seguir:

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Vencido o Relator, prevalece no Colegiado o entendimento de que inexistente prova nos autos quanto à utilização das câmeras de segurança com o objetivo de controlar a produção ou a produtividade dos empregados da reclamada, estando evidenciado o uso de tais equipamentos apenas com o intuito de impedir assaltos, atos de vandalismo e eventuais danos ao patrimônio da empresa. Apelo provido. (RIO GRANDE DO SUL, 2010).

Por outro lado, os Magistrados integrantes da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, na análise de outro caso, consideraram inegável que a vigilância eletrônica adotada pela empresa reclamada não respeitava o mínimo de intimidade e de privacidade de seus empregados, pois a filmagem abrangia o vaso sanitário utilizado pelos empregados. Esse fato ensejou a condenação da empresa ao pagamento de indenização por danos morais:

[...] RECURSOS ORDINÁRIOS DOS LITIGANTES. DANO MORAL. Há prova de que o raio de alcance da câmera de vigilância instalada na guarita dos vigias abrangia o vaso sanitário por estes utilizado, situação que viola os direitos à intimidade e à privacidade do empregado. Resta configurado o dano moral. O valor arbitrado na origem, R\$ 3.000,00 é adequado ao caso concreto. (RIO GRANDE DO SUL, 2009a).

O Tribunal Superior do Trabalho, no mesmo contexto, considera que se as câmeras não monitoram locais de privacidade dos empregados ou um empregado

em especial, é lícita a utilização das mesmas, não ensejando a indenização por dano moral:

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL - AUSÊNCIA. CÂMERAS DE VIGILÂNCIA NO AMBIENTE DE TRABALHO. A utilização de câmeras de filmagem no ambiente de trabalho, desde que não foquem locais onde haja risco de violação de privacidade dos empregados (refeitórios ou banheiros) ou um ou outro empregado em especial, não viola a intimidade, não constitui ilícito e, em consequência, não induz dano moral. Recurso de revista não conhecido. (BRASÍLIA, 2011).

No caso em tela, a conclusão dos ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho foi de que a empresa exerceu o poder empregatício nos limites conferidos pela ordem jurídica vigente, não havendo razão para a condenação desta ao pagamento de indenização por danos morais.

Com isso, vislumbra-se que a maioria dos julgados analisados pelos Tribunais Regionais do Trabalho, bem como do Tribunal Superior do Trabalho, considera que somente resta configurado o dano moral quando comprovado excesso na utilização do monitoramento audiovisual, considerando excesso apenas o monitoramento que abrange os sanitários, vestiários e cantinas.

Contudo, há julgados do Tribunal Regional da 3ª e 12ª Região que apontam a ciência do trabalhador da existência da monitoração, antes da própria instalação e a informação da finalidade das câmeras, como requisitos necessários para o monitoramento audiovisual não ser considerado uma ofensa ao princípio da privacidade.

O julgado a seguir é do Tribunal Regional da 3ª Região, em que os desembargadores consideraram que houve prévia ciência dos empregados sobre a instalação das câmeras. Portanto, não cabendo a indenização por danos morais.

DANO MORAL – VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE DO FUNCIONÁRIO. A instalação de câmera no local de trabalho, com prévia ciência dos empregados, cientes inclusive onde estão, por medida de segurança patrimonial de todos, não ofende o direito à inviolabilidade da intimidade assegurado no inciso X do Art. 5º da Constituição da República. (MINAS GERAIS, 2003).

Já o próximo julgado é do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região que possui o mesmo entendimento da necessidade da ciência dos trabalhadores sobre a

instalação das câmeras de fiscalização. No caso, não houve a comunicação prévia aos empregados, restando configurado o dano moral.

DANO MORAL. VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE. A instalação de câmera filmadora no local de trabalho, sem comunicação prévia aos empregados, ainda que se trate de medida de segurança, ofende o direito à inviolabilidade da intimidade assegurado no inciso X do Art. 5º, da Constituição da República, fazendo incidir a norma insculpida no inciso V do aludido dispositivo constitucional (SANTA CATARINA, 2002).

Embora ainda represente posição minoritária, o julgamento do Recurso Ordinário nº 37200837104003-RS, foi o que mais se aproximou ao propósito do presente estudo, tendo em vista que analisou com muita serenidade os direitos de personalidade do trabalhador, com enfoque à intimidade e à imagem e ao princípio da dignidade humana, sem deixar de mencionar e analisar o poder de controle do empregador e o princípio constitucional do direito à propriedade, conforme ementa colacionada a seguir:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÂMERAS DE VIGILÂNCIA. CONFLITO ENTRE SEGURANÇA PATRIMONIAL E DIREITOS DA PERSONALIDADE. PREVALÊNCIA DA TUTELA DA IMAGEM E PRIVACIDADE DOS TRABALHADORES. No caso concreto, deve ser avaliada qual a finalidade das câmeras e se estas se destinam, conforme afirma a Reclamada, exclusivamente para a proteção patrimonial e segurança, não havendo motivo para, ainda que indiretamente, os seus funcionários sejam de qualquer forma monitorados no exercício de suas tarefas. Com efeito, tal comportamento não seria compatível com os princípios basilares do direito do trabalho, sequer com a sua história, ferindo direitos constitucionais elementares dos trabalhadores. Todavia, tem-se como aceitável a monitoração dos locais com acesso de pessoas estranhas ao ambiente de trabalho em que, justificadamente, haja fundado e relevante receio da possibilidade de ocorrência de roubos ou prejuízos ao patrimônio empresarial. Recurso parcialmente provido [...] (RIO GRANDE DO SUL, 2009b).

Para fundamentar sua decisão, o relator Luiz Alberto de Vargas considerou que a controvérsia encontra solução no devido equilíbrio entre princípios conflitantes, de um lado representados pelos direitos da personalidade, em especial privacidade e imagem, e, de outro, o direito à propriedade, sua defesa e as consequências advindas do seu exercício.

O desembargador enfatizou que deve ser analisado em cada caso concreto se as câmeras são utilizadas com a real finalidade de proteção patrimonial e

segurança, ou se são utilizadas para que os seus empregados sejam de qualquer forma monitorados no exercício de suas tarefas. Nessa última hipótese, o relator destacou que “[...] tal comportamento não seria compatível com os princípios basilares do direito do trabalho, sequer com a sua história, ferindo direitos elementares dos trabalhadores já mencionados acima.” (RIO GRANDE DO SUL, 2009b).

Assim, ressaltou que quando necessário à segurança da empresa e quando possível, devem usar-se meios menos gravosos para os empregados, levando-se em conta a proporcionalidade. Dessa forma, “[...] não há como permitir que, de qualquer forma e sob qualquer pretexto ou intensidade, seja o trabalhador invadido em sua privacidade e utilizada a sua imagem à revelia da sua vontade e autorização.” (RIO GRANDE DO SUL, 2009b).

Ainda, o relator referiu que não deve somente questionar a intenção do empregador mas, com a mesma seriedade, o fim que se pode destinar o monitoramento audiovisual.

De suma importância a colocação do relator de que o juiz deve atentar pela justiça e pelo bom senso, ajustando suas decisões na lei e na utilização racional dos meios que lhe são postos à disposição, haja vista que “[...] determinar de maneira arbitrária o desligamento e retirada de todas as câmeras não atingiria o fim social de pacificação das relações trazidas ao Judiciário, desatendendo por completo o objetivo a que se propõe.” (RIO GRANDE DO SUL, 2009b). Assim, entendeu razoável, e em conformidade com o princípio da proporcionalidade, fosse determinado o desligamento das câmeras apenas durante o expediente de trabalho e que a reclamada tomasse formas alternativas para a segurança patrimonial, sendo permitido o monitoramento fora dos horários de expediente.

Ao final, a turma negou provimento ao pedido de reparação pelos prejuízos de natureza difusa e coletiva, pois considerou que as câmeras foram instaladas recentemente. Porém, enfatizou que “[...] a continuidade das atitudes da Reclamada poderá, futuramente, constituir-se em prejuízo consubstanciado em dano moral coletivo, devendo o Judiciário, se necessário, agir em defesa da proteção do meio ambiente de trabalho equilibrado e saudável, inclusive com a devida reparação indenizatória, se assim entender cabível.” (RIO GRANDE DO SUL, 2009b).

De acordo com a maioria dos julgados analisados, configura dano moral apenas o monitoramento audiovisual que abranger locais de intimidade do trabalhador, quais sejam banheiros, cantinas e vestiários. Já o último julgado analisado vai além, porquanto ponderas sobre a utilização racional de tal instrumento tecnológico, pois ele deve atender ao efetivo fim que se prepõe, de forma que os empregados não possam ser monitorados em suas atividades sob qualquer pretexto e sem a prévia ciência destes, prezando-se por um meio ambiente equilibrado e saudável, de forma que o abuso seja reprimido, se necessário, com a condenação do violador ao pagamento de danos morais à vítima.

CONCLUSÃO

O monitoramento audiovisual constitui um dos mais modernos instrumentos tecnológicos à disposição do empregador para exercer o seu poder de controle do empreendimento. No entanto, o desvio da finalidade ou o abuso na utilização dessa técnica, poderão violar a intimidade e imagem do trabalhador e, conseqüentemente, a sua dignidade.

A dignidade humana é o princípio basilar do Estado Democrático de Direito, previsto na Constituição Federal de 1988, servindo de parâmetro de validade para todas as demais normas do ordenamento jurídico. Nesse sentido, a dignidade humana não poderá ser ignorada nem mesmo nas relações do trabalho, vez que o trabalhador não se afasta dos seus valores humanos quando emprega sua força de trabalho em prol de um empreendimento gerenciado pelo empregador.

Os direitos fundamentais de intimidade e imagem viabilizam a efetivação da dignidade da humana, pois constituem direitos referentes à personalidade e estão catalogados no Texto Maior, o qual assegura a inviolabilidade de tais direitos, garantindo a indenização pelo dano material ou moral em virtude da violação destes.

O ambiente do trabalho constitui um campo fértil ao ensejo do dano moral, especialmente em função da complexidade da relação laboral, caracterizada pela subordinação, de um lado, e do poder diretivo, de outro. Normalmente, o medo de perder o emprego e de não ter condições de prover seu sustento e de sua família, fazem com que se o empregado se sujeite às mais diversas situações, a exemplo do

monitoramento indiscriminado que controla todos os seus passos no exercício de sua atividade, a ponto de violar sua intimidade e imagem.

Apesar da crescente prática da técnica da vigilância no âmbito laboral, no Brasil ainda inexistente regulamentação acerca do tema, fato que torna a situação ainda mais preocupante. Porém, não exime o Poder Judiciário de uma decisão justa ao caso concreto, forte no artigo 4º, da Lei nº 4.657/42, nos direitos fundamentais e no princípio da dignidade humana.

É cediço que, com as constantes mudanças na sociedade, as regras não abarcariam todas as situações concretas vivenciadas pelos indivíduos. Por isso, a importância dos princípios, os quais, devido a sua flexibilidade e grau de abstração, permitem ao legislador ou juiz adaptar-se às atuais necessidades, visando alcançar uma prestação jurisdicional justa sem, no entanto, contrariar o ordenamento jurídico vigente.

Frente a uma situação de monitoramento audiovisual em determinado ambiente de trabalho, devem ser avaliados os valores em questão, de um lado o poder diretivo, e de outro, a dignidade do trabalhador efetivada pelo respeito aos direitos fundamentais de imagem e intimidade.

Diante da falta de lei específica sobre a temática, a jurisprudência se encarregou de definir em que situações o monitoramento audiovisual deixa de ser uma prerrogativa do poder diretivo violando a intimidade e imagem do empregado, ensejando, conseqüentemente, o dano moral.

Conforme analisado no decorrer do texto, a maioria dos julgados dos Tribunais Regionais do Trabalho, bem como do Tribunal Superior do Trabalho, considera que somente resta configurado o dano moral quando comprovado excesso na utilização do monitoramento audiovisual, considerando excesso apenas o monitoramento que abrange os sanitários, vestiários e cantinas.

Não obstante ainda represente posição minoritária, no julgamento do Recurso Ordinário nº 37200837104003 RS, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, o entendimento adotado pelo Tribunal conecta-se com o propósito do presente estudo, visto que analisou com muita serenidade os direitos da personalidade, considerados como fator de realização da dignidade humana, princípios em que os trabalhadores foram abarcados, garantido a concretização de um meio ambiente do trabalho saudável. Isso tudo, sem deixar de considerar o poder diretivo do empregador, o

qual também é garantido proteção constitucional ao seu direito de propriedade, além de ter amparado seu poder de mando na Consolidação das Leis do Trabalho.

Assim, o julgado prezou pela finalidade a que se propõe o monitoramento, considerado aceitáveis apenas a monitoração dos locais com acesso de pessoas estranhas ao ambiente de trabalho em que efetivamente haja fundado e relevante receio da possibilidade de ocorrência de roubos ou prejuízos ao patrimônio empresarial. Ao passo que as demais câmeras deveriam ser desligadas durante o expediente de trabalho e adotadas alternativas para a segurança patrimonial, visando a preservação da intimidade e imagem do trabalhador.

Ainda sobre o caso julgado, negou-se o pedido de indenização por danos morais, pois as câmeras teriam sido instaladas recentemente. Contudo, a decisão enfatizou que, caso a prática de monitoramento indiscriminado persistisse, o Judiciário deveria ser motivado, a fim de garantir a proteção de um ambiente de trabalho equilibrado e saudável, inclusive, com a devida reparação indenizatória.

Assim, considerando o julgado acima, a regra geral constitui na assertiva de que o monitoramento audiovisual do trabalho não configura dano moral desde que o empregador não abuse da prerrogativa do poder de mando, monitorando os empregados sob qualquer pretexto. Igualmente, a utilização do sistema de monitoramento no trabalho, quando necessário, não pode ter caráter intrusivo, de modo a expor de maneira excessiva e desnecessária a intimidade e a dignidade humana do trabalhador.

Portanto, quando o monitoramento abranger locais como o banheiro, vestiário e cantina, não restam dúvidas de que há violação aos direitos da intimidade e imagem do trabalhador atingindo nocivamente sua dignidade, conforme posicionamento firmado da jurisprudência majoritária e entendimento doutrinário, o que confirma a hipótese introdutória.

Contudo, quando as câmeras de vigilância não atingem tais locais, mas monitorarem os empregados no exercício de suas atividades, deve-se averiguar se o monitoramento atende ao fim a que se propõe, se existiu a prévia ciência dos empregados sobre a instalação e, ainda, se não existem formas menos intrusivas de controle. Caso contrário, a prática configurará em abuso de direito, passível de indenização por danos morais.

Destarte, o monitoramento audiovisual pode ser compreendido como um direito do empregador. Contudo, não é um direito absoluto, já que encontra seus limites no respeito à intimidade e imagem do empregado e, conseqüentemente, na inviolabilidade da sua dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALKIMIM, Maria Aparecida. **Assédio Moral na Relação de Emprego**. Curitiba: Juruá, 2006.

BARROS, Alice Monteiro. **Proteção e Intimidade do Empregado**. São Paulo: LTr, 1997.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406/2002. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 jan. 2011.

_____. **Constituição Federal**. Diário Oficial da união, Brasília, DF, 5 out.1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 jan. 2011.

_____. **Decreto Lei nº 5.452**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 07 set. 2011.

BRASÍLIA. Superior Tribunal do Trabalho (3ª turma). **Recurso de Revista nº 976-82.2010.5.11.0015**. Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Julgado em 09 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=976&digitoTst=82&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunalTst=11&varaTst=0015&submit=Consultar>> Acesso em: 26 out. 2011.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 3.ed. Niterói: Impetus, 2009.

FELKER, Reginald DelmarHintz. **O Dano Moral e o Assédio Sexual nas Relações de Trabalho**: doutrina, jurisprudência e legislação. 3.ed. rev. São Paulo: LTr, 2010.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

IKAWA, Daniela. Direito às ações afirmativas em universidades brasileiras. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p.365-410.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). Recurso Ordinário nº 01288-2002-106-03-00. Relator: José Maria Caldeira. Julgado em 07 de maio de 2003. Disponível em:
<http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=4306511#>. Acesso em: 03 mai. 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: LTr, 2009

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Recurso ordinário nº 0072900-94.2009.5.04.0303. Relator: Alexandre Corrêa Da Cruz. Julgado em 18 de novembro de 2010. Disponível em:
<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_lista/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&nroprocesso=0072900-94.2009.5.04.0303&operation=doProcesso&action=2&intervalo=90>. Acesso em: 03 out. 2011.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Recurso Ordinário nº 0183900-80.2008.5.04.0741. Relator: Dionéia Amaral Silveira. Julgado em 26 de agosto 2009a. Disponível em:
<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_lista/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&action=e&>windowstate=normal&mode=view>. Acesso em: 03 out. 2011.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Recurso Ordinário nº 37200837104003. Relator: Luiz Alberto De Vargas. Julgado em 14 de janeiro de 2009b. Disponível em:
<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_lista/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&action=e&>windowstate=normal&mode=view>. Acesso em: 03 out. 2011.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho (12ª Região). Recurso Ordinário nº 00825-2001-008-12-00-9. Relatora: Maria de Lourdes Leiria. Julgado em 26 de novembro de 2002. Disponível em:
<<http://www.trt12.jus.br/search/search?q=cache:MIvVglWaeTcJ:trtapl3.trt12.gov.br/cs/mj/2002/13280-02.doc+++00825-2001-008-12-009+&site=acordaos&proxystylesheet=gsa-jurisprudencia&access=p&oe=ISO-8859-5>>. Acesso em: 03 mai. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SENNETT, Richard. **A corrosão do caráter**. Rio de Janeiro: Record, 2006.

SILVA, Áurea Regina Pedrozoda. In: COSTA, Ana Paula (Org.). **Ensaio Monográfico**: os direitos humanos, sob análise crítica e indisciplinar. Erechim: Edelbra, 2008.

SILVA, Carlos Júnior. **Do Monitoramento no Ambiente de Trabalho com a Instalação de Câmeras**. 2008. Disponível em:
<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=568>. Acesso em 26 out. 2011.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009.

STADLER, Denise de Fátima. **Assédio Moral**: uma teoria do abuso de direito aplicada ao poder do empregador. São Paulo: LTr, 2008.

O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI E OS FATORES DE RISCO AO COMETIMENTO DE ATO INFRACIONAL: UM ESTUDO DE CASO NO CENTRO DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO SANTO ÂNGELO/RS

Morgana Dalavechia¹
Aline Adams²

O tema principal deste trabalho é o adolescente em conflito com a lei e as medidas socioeducativas, as quais somente adentraram em nosso ordenamento jurídico com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no ano de 1990. Ainda, o presente trabalho abrange os fatores de risco em que podem estar inseridos os adolescentes que cometem atos infracionais, a partir de um estudo de caso realizado na Fundação de Atendimento Socioeducativo (FASE), em uma de suas unidades de atendimento.

O objetivo geral constitui-se em investigar os fatores que podem ser causadores da criminalidade, ou seja, os fatores de risco existentes na vida do adolescente em conflito com a lei.

Com efeito, o presente trabalho é fruto de uma pesquisa teórico-empírica efetuada no ano de 2010, último ano de graduação do curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA), na qual a pesquisadora utilizou-se de um arsenal bibliográfico, utilizando-se as doutrinas dos autores João Batista Costa Saraiva e Renata CeschinMelfi de Macedo, dentre outros, e de informações colhidas dentro de uma determinada amostragem. Salienta-se que a compilação desses dados e verificação dos resultados de maneira alguma busca a quantificação ou a generalização, mas sim objetiva demonstrar os processos de formação desses sujeitos, suas histórias de vida e de institucionalização a fim de desvelar os fatores de risco que os levaram ao cometimento do ato infracional.

Num primeiro momento, o presente artigo se dispõe a traçar, resumidamente, o caminho percorrido pelo adolescente enquanto sujeito de direito, desde os primórdios até a atualidade, com a proclamação da Constituição Federal de 1988 e o

¹ Egressa do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis.

² Mestra em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Especialista em Ciências Penais pela mesma Instituição, graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria, licenciada para atuação na educação profissional, técnica e tecnológica pela Universidade Federal de Santa Maria e advogada. Atualmente é docente efetiva na área de Direito do Instituto Federal Farroupilha, câmpus Santo Augusto e mestrandia em Educação pela UFSM.

advento do ECA. Após, há uma análise dos fatores de risco que podem levar este adolescente a cometer o ato infracional. Em seguida, efetua-se uma abordagem acerca do ato infracional em si e o procedimento para a sua apuração, e sublinham-se as medidas socioeducativas, englobando as privativas e não privativas de liberdade, apontando as instituições para o cumprimento das medidas socioeducativas privativas de liberdade. Por fim, trabalha-se com a história de vida e institucional dos sujeitos pesquisados através do estudo de caso, analisando-as em conjunto com a doutrina estudada acerca dos fatores de risco.

1 O ADOLESCENTE ENQUANTO SUJEITO DE DIREITO

A adolescência é uma etapa de desenvolvimento físico e psíquico, deflagrada pela puberdade, onde o jovem vivencia sentimentos, dúvidas e desafios, resumindo-se na fase da vida mais perturbadora e desafiadora para o indivíduo, onde este se encontra em constante processo de busca de si mesmo.

Somente convencidos desta acepção acerca da adolescência, e diferenciando-a da fase adulta, é que podemos tratar o jovem de modo compatível com a sua peculiar situação de pessoa em desenvolvimento. Esse reconhecimento, contudo, vem ocorrendo apenas nas últimas décadas.

Em consequência deste reconhecimento, se torna indispensável que, ao adolescente ao qual se atribui a prática de uma conduta descrita em lei como crime ou contravenção, deve ser aplicado um direito penal juvenil diferenciado, o que igualmente só vem sendo assim trabalhado pela sociedade contemporânea.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DO ADOLESCENTE

Analisando o direito da Criança e do Adolescente no conjunto dos Direitos Fundamentais e abordando a trajetória deste direito na Normativa Internacional, Emílio Garcia Mendez divide a história do Direito Juvenil em três etapas: de caráter penal indiferenciado, de caráter tutelar e de caráter penal juvenil (MENDEZ, 2000).

A primeira etapa contava com um sistema eminentemente retribucionista, caracterizada pelo tratamento igualitário aos menores de idade e aos adultos. Já o caráter tutelar da norma diferencia-se pelo reconhecimento da situação de

promiscuidade no cumprimento de pena conjuntamente por adolescentes e adultos. Por fim, a terceira etapa inaugura um processo de responsabilidade juvenil, que no Brasil se deu com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei nº 8.069/90.

Com efeito, por muitos anos a criança e o adolescente encontravam-se sem amparo legal, não somente em nosso ordenamento jurídico, como também no cenário internacional. No ano de 1989, após longa caminhada, concretiza-se, no cenário mundial, a Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, a qual consagra a Doutrina da Proteção Integral. Assim, segundo LIBERATI, aproveitando esta etapa de novas lições internacionais sobre o Direito da Criança, a Constituição Federal de 1988 (CF) adotou a referida Doutrina da Proteção Integral, conferindo à criança a completude de direitos (LIBERATI, 2006).

Esta ideologia adotada pela CF de 1988 foi o norte para a criação de uma legislação infraconstitucional, a qual regulamentou os dispositivos do Texto Constitucional que tratam da matéria acerca da criança e do adolescente, que é, pode-se dizer, a versão brasileira da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança: o ECA.

Embasado na Doutrina da Proteção Integral, em prejuízo da antiga Doutrina da Situação Irregular que inspirava o revogado Código de Menores, o Estatuto superou o estado de incapacidade do adolescente e adotou a concepção de pessoa em desenvolvimento.

No Código de Menores, a declaração da chamada situação irregular poderia derivar da conduta pessoal do adolescente, dos maus-tratos pela família, ou, ainda, pelo abandono da própria sociedade, ficando, estes adolescentes, “misturados” nas instituições para “menores”, pois se partia do pressuposto de que todos estariam na mesma condição: em “situação irregular” (LIBERATI, 2006).

Atualmente, com o Estatuto, esta concepção foi superada, passando as crianças e os adolescentes, segundo Saraiva, a serem conceituados de maneira afirmativa e tratados como sujeitos plenos de direitos, não mais se tratando “menores”, incapazes, meia-pessoa ou incompleta, mas sim pessoas com a peculiar condição de estar crescendo (SARAIVA, 2006).

Nesse sentido, o Estatuto estabelece o período da infância e da adolescência, considerando criança, para efeitos da lei, a pessoa até doze anos de idade

incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Segundo Piovesan, a referida legislação consagra em seu conteúdo a prevalência e a primazia do interesse superior da criança e do adolescente (PIOVESAN, 2009), trazendo, ainda, uma gama de direitos fundamentais, quais sejam: Direito à Vida e à Saúde, Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade, Direito à Convivência Familiar e Comunitária, Direito à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer e o Direito à Profissionalização e à Proteção no Trabalho.

De outra banda, com relação ao adolescente em conflito com a lei, a Doutrina da Proteção Integral adota um sistema de garantismo, construindo as colunas mestras do Estado de direito, a fim de tutelar as liberdades do indivíduo – das crianças e dos adolescentes enquanto sujeitos de direito – frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder no direito penal (BOBBIO, 2002 *apud* SARAIVA, 2009).

Não obstante, este tratamento diferenciado do adolescente em conflito com a lei só pôde se dar com a identificação da criança e do adolescente como sujeitos de suas ações e como sujeitos de direitos, tendo, conseqüentemente, a titularidade de seus direitos e obrigações, e respondendo pela conduta ilícita que tenha cometido perante um sistema próprio, resultante do advento do Estatuto.

Portanto, o advento do Estatuto passou a reformular o pensamento acerca do adolescente infrator, passando a ideia de que esse jovem encontra-se em situação de desenvolvimento biopsicossocial, e dando ao adolescente em conflito com a lei a oportunidade de modificar sua conduta, repensar os valores e acreditar em seu potencial construtivo (MACEDO, 2008).

Diante disso, é importante salientar a necessidade de se construir uma sociedade mais preocupada em ressocializar seus adolescentes em conflito com a lei, e que não possua simplesmente o *animus* de puni-lo.

1.2 O ADOLESCENTE E OS FATORES DE RISCO: A CAMINHO DO ATO INFRACIONAL

Como é cediço, a adolescência é a distância entre o mundo infantil e o adulto, é a passagem do ser “criança” ao ser “adulto”, fase pela qual toda pessoa tem de passar (SAGGESE, 2001). Diante disso, para melhor entender os adolescentes que

cometem ato infracional, necessário se faz o estudo dos fatores de risco ao cometimento do ato delitivo.

Desta feita, tem-se como um dos principais fatores de risco para o cometimento de atos infracionais a (des)estrutura familiar do adolescente, pois, como é sabido, a família constitui o mais importante dos mecanismos de socialização, tendo em vista que, segundo Macedo, é o local onde a criança adquire a cultura do seu grupo e interioriza suas normas sociais (MACEDO, 2008).

Diante da realidade atual, o adolescente, vivendo um período marcado pela transição entre o seu mundo familiar e um círculo social consideravelmente ampliado, encontra-se cada vez mais pressionado e desprovido de instrumentos para mapear o seu caminho no mundo social externo, ficando conseqüentemente exposto como indivíduo (SAGGESE, 2001).

As falhas das famílias atuais para com seus filhos, e a carência afetiva durante a infância, propiciam a deterioração da personalidade das crianças e adolescentes que estão inseridas nessa realidade, o que pode acarretar em condutas desviadas e, conseqüentemente, em práticas de atos infracionais (MACEDO, 2008).

Ademais, a existência de um comportamento antissocial cumulado com o cometimento de delitos por algum integrante da família pode contribuir para que a criança ou o adolescente aprenda essa conduta, e o aceite como correta, por meio de modelação, já que os pais e a família próxima servem de exemplo aos jovens (PACHECO, 2009).

Logo após a família, a criança tem como seu segundo lar a escola, onde aprende, além do conteúdo escolar, a socializar-se com outras pessoas e a inserir-se em um meio social. Nesse sentido, o baixo nível de escolaridade e a dificuldade de aprendizagem do jovem podem ser vistos como fatores de risco ao cometimento de atos infracionais, culminando em problemas de comportamento (GALLO; WILLIAMS, 2008), em especial pela decorrente colocação do jovem em postos de emprego pouco valorados e remunerados.

Diante disso, pode-se dizer que um adolescente que teve a experiência pedagógica privada de sua vida, sem dúvida teve também suprimida uma importante etapa de sua formação e da constituição da sua personalidade.

Ademais, além de figurarem nesse âmbito tumultuado, os jovens ainda sofrem

com a realidade em que estão inseridas diversas famílias brasileiras, vivendo em situação de vulnerabilidade e pobreza, não tendo condições financeiras para aquisições materiais, ou até mesmo não conseguindo ter uma vida digna. Assim, diante dessa situação de vulnerabilidade econômica, os adolescentes encontram nos atos infracionais (e nos delitos contra o patrimônio, especialmente) uma forma fácil e rápida para conseguirem o que não têm.

Ainda, por ser o Brasil um país com uma grande desigualdade econômica, é necessário ter a consciência de que a injustiça, a pobreza e esta desigualdade são grandes fatores responsáveis pela criminalidade existente em nosso país.

Além disso, a rede social construída em torno do adolescente, a despeito de ser um importante fator protetivo ao cometimento de atos infracionais pode acarretar situação diversa. Na adolescência os amigos adquirem grande valor na vida do sujeito e se esta companhia também for um jovem em situação de risco a possibilidade de ingresso na criminalidade é maior. Isso ocorre porque nesta fase tão peculiar da vida, o jovem tem facilidade em ser influenciado pela figura dos amigos de forma que se torna vulnerável a apelos externos.

Os problemas de comportamento pelos adolescentes, especialmente o cometimento de atos infracionais, podem, também, estar relacionados com o consumo de álcool e drogas. A dependência química e a sua consequente necessidade de uso contínuo do entorpecente podem acarretar no jovem a prática de atos infracionais. Nesse sentido, segundo D'Agostini, pode-se dizer que “[...] ele vai progredindo na gravidade do crime: começa furtando sua própria família, depois o vizinho, partindo para o assalto a mão armada [...]” (D'AGOSTINI, 2009, p. 54).

Por fim, as oportunidades de trabalho também influenciam os jovens, visto que é muito comum não conseguirem emprego, não só pela baixa escolaridade como também pela falta de experiência. Diante disso, como já referido, a frustração torna-se quase inevitável, visto que, através do trabalho o adolescente está ligado pelo menos a uma parte da realidade, e isto acarreta em reconhecimento e valorização do jovem pela sociedade (MACEDO, 2004).

Contudo, é importante salientar que os itens abordados acima são meros fatores de risco, ou seja, probabilidades, o que foge do determinismo, podendo tranquilamente um adolescente inserido em todos os fatores de risco mencionados não tornar-se infrator, enquanto outro sem nenhum destes fatores ingressar no

mundo da criminalidade.

2 AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

No que tange à penalidade em relação aos jovens, o Código Penal dispõe, em seu artigo 27, que os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Em consonância com o CP, a CF, em seu artigo 228, estabelece que a idade penal inicia-se aos dezoito anos, ficando, o adolescente infrator, sujeito às normas previstas no Estatuto.

2.1 O ADOLESCENTE ENQUANTO INFRATOR: O ATO INFRACIONAL

É de todo certo que o sujeito que pratica uma conduta ilícita responde penalmente pelo seu ato. O adulto comete crime ou contravenção penal e o adolescente pratica ato infracional, o qual o Estatuto bem conceitua como sendo a conduta descrita como crime ou contravenção penal, nos termos do art. 103.

Diante disso, pode-se dizer que o conceito de ato infracional se confunde com o de crime, pois para caracterizar ambos, a doutrina dominante adota o conceito tripartido do crime, que envolve a tipicidade, ilicitude (ou antijuricidade) e culpabilidade (JESUS, 2011).

No caso do adolescente infrator, é de se ressaltar a excludente de culpabilidade, consistente na inimputabilidade por menoridade penal, uma vez que a partir dela se tem a prática de um ato infracional. Desta forma, a imputabilidade em si, em nosso ordenamento jurídico, adota o critério biopsicológico ou misto, o qual abrange três requisitos, segundo Macedo, quais sejam, o causal, a consequência (incapacidade de entender e de querer) e o cronológico (MACEDO, 2008).

O critério adotado especificamente pelo legislador no artigo 27 é puramente biológico, levando em consideração a idade do autor do fato, não necessitando do critério psicológico.

Assim, como dito, diante dessa diferenciação do menor de 18 anos para com o adulto, tem-se a notória necessidade de um direito penal juvenil igualmente

diferenciado. Desta maneira, as providências em relação ao adolescente em conflito com a lei, que são de ordem penal, devem ser atribuídas tão somente à legislação específica, ou seja, ao ECA.

Havendo ato infracional, portanto, a apuração deste encontra-se normatizada nos artigos 171 a 190 do Estatuto, aplicando-se subsidiariamente as regras do processo penal, por força do disposto no art. 152³ do referido Estatuto.

Ao final, caso o adolescente receba uma sentença condenatória, terá a ele aplicada uma das medidas socioeducativas previstas na legislação específica, ou seja, no Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.2 AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

As medidas socioeducativas consistem na medida aplicada pelo Estado ao adolescente que comete ato infracional, com inegável conteúdo aflitivo e carga retributiva, constituindo-se um elemento pedagógico imprescindível à construção da própria essência da proposta socioeducativa (SARAIVA, 2009).

Embora tenha esse cunho aflitivo, a medida socioeducativa, como o próprio nome alude, possui a finalidade pedagógico-educativa, de modo a inibir a reincidência e reordenar os valores de vida do infrator (LIBERATI, 2006). Essa natureza retributiva decorre da sistemática adotada pelo Estatuto, fundada na Doutrina da Proteção Integral.

Para a aplicação dessas medidas, em razão da teoria da atividade utilizada pela nossa legislação penal, considera-se a idade do sujeito na data do fato, não importando, portanto, que ele venha a receber a medida após já completada a maioridade penal.

As medidas socioeducativas se dividem em dois grupos diferenciados: as não privativas de liberdade e as privativas de liberdade, estas de maior conteúdo aflitivo.

No primeiro grupo estão inseridas as medidas socioeducativas de advertência, reparação de dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida.

A advertência consiste em uma admoestação verbal proferida pelo juiz ao

³ “Art. 152. Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente.” (BRASIL, 1990).

adolescente infrator, e é regida pelo princípio da mínima intervenção (MACEDO, 2008) e tem como finalidade “[...] tornar clara ao adolescente a inadequação de sua conduta, possibilitando-lhe ver seu ato infracional reconhecido como tal por uma autoridade.” (PEREIRA, 2008, p. 57).

Sua aplicação somente é viável mediante alguns requisitos, tais como a infração ser de leve potencial ofensivo e o adolescente primário. O adolescente deve também possuir estrutura familiar adequada, conduta pouco inclinada à reincidência e não estar comprometido com substâncias entorpecentes.

A segunda medida socioeducativa deste grupo é a reparação do dano, na qual o adolescente tem a obrigação reparar o dano resultante do seu ato infracional, com base no artigo 116 do Estatuto.⁴ Salienta-se que, para Saraiva, essa reparação deve resultar do agir do próprio adolescente, por seus próprios meios, compondo com a própria vítima (SARAIVA, 2006), consoante o princípio da pessoalidade da pena previsto no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição⁵.

Diante disso, possui cunho essencialmente educativo, pois, segundo Macedo, sua finalidade é conscientizar o jovem de que todo dano causado a outrem deve ser ressarcido, responsabilizando-o, assim, por seus atos (MACEDO, 2008).

De outro norte, a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, prevista no artigo 117 do Estatuto⁶, possui caráter social e tem como finalidade a conscientização do jovem da importância do trabalho e do seu papel perante a sociedade.

Importante salientar que esta medida necessita da concordância do jovem, visto que, segundo o parágrafo 2º do artigo 112 do Estatuto “[...] em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.” (BRASIL,

⁴Art. 116. Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima. Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada.”(BRASIL, 1990).

⁵Art. 5º 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 liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.” (BRASIL, 1988).

⁶Art. 117. A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.” (BRASIL, 1990).

1990).

Já a medida de liberdade assistida é cabível quando, de um lado se entender a desnecessidade da medida socioeducativa de internação e, de outro, a necessidade de uma fiscalização e acompanhamento do jovem (SARAIVA, 2006).

Encontra-se prevista no artigo 118 do Estatuto⁷, sendo aplicável aos adolescentes reincidentes nas infrações leves; nas infrações graves, quando o estudo social concluiu pela manutenção do convívio familiar; e aos adolescentes que demonstraram recuperação parcial e condições de conviver em sociedade, cumprindo medida de semiliberdade ou internação (MACEDO, 2008).

Essa medida é cumprida em meio aberto, permanecendo o jovem com seus pais ou responsáveis, porém sob a assistência de pessoa incumbida do acompanhamento, auxílio e orientação do adolescente. Essa pessoa se dá na figura do orientador, prevista no artigo 119 do Estatuto⁸ e prazo mínimo para cumprimento é de seis meses (BRASIL, 1990).

Findo o primeiro grupo de medidas, temos ainda o segundo, que é o das medidas privativas de liberdade, quais sejam, a semiliberdade e o internamento, que são regidas pelos princípios da brevidade e excepcionalidade, consagrados no artigo 121 do Estatuto⁹ (BRASIL, 1990).

A aplicação destas medidas somente far-se-á nas hipóteses do artigo 122 do Estatuto¹⁰, quais sejam, nos casos de ato infracional praticado com violência à pessoa ou grave ameaça, reiteração de atos infracionais graves ou descumprimento reiterado e injustificado de outra medida antes lhe imposta (BRASIL, 1990).

A primeira medida socioeducativa privativa de liberdade é a semiliberdade,

⁷Art. 118. A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.” (BRASIL, 1990).

⁸Art. 119. Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros: I - promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social; II - supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula; III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho; IV - apresentar relatório do caso.”(BRASIL, 1990).

⁹Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.” (BRASIL, 1990).

¹⁰Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.”(BRASIL, 1990).

que se encontra prevista no artigo 120 do Estatuto¹¹, e significa uma parcial privação da liberdade do adolescente em conflito em a lei. O jovem deve permanecer o período da noite na instituição e, durante o dia, frequentar a escola e praticar outras atividades externas, como a profissionalização (BRASIL, 1990).

Importante salientar que devem ser garantidas ao adolescente todas as condições de desenvolvimento e todos os direitos consequentes da internação, mesmo se tratando de semiliberdade, visto que a medida tem como finalidade possibilitar ao adolescente a convivência em um ambiente semelhante a uma casa e a realização de atividades externas.

A segunda medida pertencente a este segundo grupo é a de internação. Trata-se da medida socioeducativa mais severa e complexa prevista no Estatuto, prevista em seus artigos 121 a 125.

O internamento consiste na privação de liberdade cumprida em meio fechado e estabelecimento próprio. Para Fernandes, esta medida tem por objetivo a ressocialização e punição do ato infracional praticado (FERNANDES, 2002). Igualmente à semiliberdade, a internação só pode ser aplicada mediante a verificação de algum dos casos previstos no artigo 122 do Estatuto.

Outrossim, importante salientar que a internação deve ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, conforme bem estabelece o artigo 123 do Estatuto¹². O parágrafo único deste artigo também refere que é obrigatória a existência de atividades pedagógicas durante o cumprimento da medida¹³ (BRASIL, 1990).

No Estado do Rio Grande do Sul, a instituição responsável pela execução das medidas socioeducativas de semiliberdade e internação aplicadas judicialmente a adolescentes infratores é a FASE – Fundação de Atendimento Socioeducativo.

Segundo informações constantes do site da Fundação – www.fase.rs.gov.br, a FASE foi criada a partir da Lei Estadual nº 11.800, de 28 de maio de 2002 e do

¹¹“Art. 120. O regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.” (BRASIL, 1990).

¹² “Art. 123. A internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração.” (BRASIL, 1990).

¹³ “Parágrafo único. Durante o período de internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas.” (BRASIL, 1990).

Decreto Estadual nº 41.664 – Estatuto Social, de 06 de junho de 2002, consolidando o processo de reordenamento institucional iniciado com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual também provocou o fim da antiga Fundação do Bem-Estar do Menor - Febem (FASE, s.d.).

Nesse sentido, o atendimento prestado pela FASE é norteado pelo Programa de Execução de Medidas Socioeducativas de Internação e Semiliberdade - PEMSEIS, o qual possui como base o Plano Individual de Atendimento. A garantia aos direitos individuais e coletivos é o pressuposto básico da intervenção técnica e administrativa, contemplando aspectos pedagógicos e terapêuticos no atendimento aos adolescentes.

A FASE possui suas unidades de internação e semiliberdade, distribuídas entre a cidade de Porto Alegre e o interior, sendo que na referida capital existiam em 2010, quando da realização dessa pesquisa, seis unidades de internação e duas de semiliberdade.

3 DOS FATORES DE RISCO À INTERNAÇÃO: UM ESTUDO DE CASO NO CASESA

Para melhor analisar os fatores de risco onde estão inseridos os adolescentes que cometem ato infracional, optou-se por realizar um estudo de caso na FASE, unidade CASESA – Centro de Atendimento Socioeducativo de Santo Ângelo/RS, utilizando-se da metodologia da pesquisa a seguir delineada.

3.1 DA METODOLOGIA DA PESQUISA E DO ESTUDO DE CASO

O presente trabalho utilizou-se da pesquisa qualitativa, na qual “[...] a compreensão das informações é feita de uma forma mais global e inter-relacionada com fatores variados, privilegiando contextos.” (MEZZAROBA, 2009, p. 110).

Ainda, de modo obter uma abordagem prática dos objetivos, na presente pesquisa foi efetuado um estudo de caso em uma das unidades de atendimento socioeducativo da FASE, qual seja, o CASESA. Como técnica de coleta de dados na pesquisa, considerando o estudo de caso realizado, os dados foram levantados partindo-se de uma investigação das informações já existentes.

Com efeito, visto o grande número de prontuários arquivados junto ao arquivo do CASESA, o critério para escolha dos sujeitos da pesquisa se deu mediante conversa informal com os funcionários da unidade. Estes informaram, então, quais os prontuários que tinham lembrança serem dos adolescentes que mais tempo permaneceram internados na unidade de Santo Ângelo, sendo este o critério inicial para inclusão dos sujeitos na pesquisa.

Dentre este universo não sabido acerca da quantidade de prontuários, foram escolhidos cinco prontuários, direcionados de acordo com as informações dos funcionários. Na presente pesquisa foi utilizado o método para análise de conteúdo segundo a autora Bardin, que refere três fases para a realização da análise de conteúdo, quais sejam, a pré-análise; a exploração do material; e o tratamento dos resultados a inferência e a interpretação (ADAMS, 2010).

Na pré-análise, a pesquisadora realizou uma leitura atenta das informações contidas nos cinco prontuários coletados. Na etapa da exploração do material, foram divididas as informações pelas categorias pré-estabelecidas, que são: a) (Des)estrutura familiar; b) Situação socioeconômica; c) Rede social de amigos; d) Uso acentuado de substâncias psicoativas; e e) Escolarização e colocação no mercado de trabalho. Por fim, o tratamento dos resultados foi feito de modo a comparar os dados obtidos e já separados por categorias, sendo que a interpretação foi elaborada juntamente com a doutrina estudada.

3.2 OS FATORES DE RISCO ENCONTRADOS

Após coletar e analisar os dados necessários ao estudo de caso do presente trabalho, neste título abordar-se-ão as categorias anteriormente definidas com os sujeitos encontrados nesta pesquisa.

Importante ressaltar que foram utilizados nomes fictícios para os adolescentes aqui pesquisados, os quais a pesquisadora livremente optou por ordem alfabética. Isso porque, seguindo preceitos de ética em pesquisa social, não é possível a divulgação de qualquer dado que possa permitir a identificação pessoal dos sujeitos pesquisados. Saliente-se, inclusive, que o projeto desta pesquisa foi aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa da FEMA, bem como submetido à apreciação à Presidência da FASE, que após análise dos requisitos éticos, autorizou a coleta dos

dados.

3.2.1 (Des) estrutura Familiar

Nos termos do anteriormente já explanado, é cediço que o primeiro lugar onde a criança recebe noções de cultura e educação é na família, portanto, esta pode ser considerada como instituição social, constituindo o mais importante dos meios de socialização (MACEDO, 2008).

Dessa forma, a responsabilidade da família é imensurável mediante os filhos que estão em seu poder familiar, tendo em vista que a criança possui uma dependência total em relação aos pais, em função da sua imaturidade natural (SALLET; MARX, 2001). E não só a doutrina, como também a pesquisa efetuada no presente trabalho, revela a realidade da amostragem de adolescentes pesquisados. Dos cinco jovens, apenas um contava com a família bem estruturada, com seus pais ainda juntos na época do cometimento do ato infracional.

Outrossim, demonstrando que a maioria dos jovens pesquisados contavam com os pais separados, esta pesquisa revelou ainda que um deles contava com os pais ainda juntos. Assim, nítido se torna o interesse da pesquisadora, que obviamente não é trabalhar com o determinismo, afirmando que todos os adolescentes cometedores de ato infracional estão necessariamente inseridos nos fatores de risco tratados nesta pesquisa. O que se pode concluir é que um adolescente pode estar inserido em todos os fatores de risco e não cometer o ato infracional, assim como pode um jovem não enquadrar-se em nenhum fator de risco e cometer ato infracional. Trata-se de um conjunto de fatores bio/psico/sociológicos de cada adolescente.

Nesse sentido, um dos jovens pesquisados morava com a avó materna, três residiam com a genitora, padrasto e irmãos – seja por separação dos pais ou ambiente familiar conturbado, e um morava com os pais e irmãos.

Assim, a pesquisa evidenciou que Adroaldo morava com a avó materna, sendo que com apenas três anos de idade já tinha sido encaminhado ao Abrigo Centro de Apoio, aos sete residiu com um tio materno, retornou ao Abrigo, e ainda residiu um tempo com a mãe. Já Bonifácio residia com a mãe, padrasto e irmãos, sendo que seus pais estavam separados há catorze anos, pois o pai abandonou a

família para ficar com a irmã da genitora do jovem. Cesário, diferentemente de todos, residia com seus pais e mais seis irmãos. Segundo um estudo social disponível em seu prontuário, a família se demonstrava afetuosa e aparentava honestidade, caráter, moral e responsabilidade civil e social. Do contrário, Danrlei morava com a mãe, o padrasto e mais quatro irmãos, pois seus pais estavam separados há oito anos. Há informações no prontuário de que o jovem não sabe onde está o pai, “o meu pai é minha mãe” (sic). E Estevan morava somente com a mãe e irmãos. “A mãe largou do pai porque ele só bebia e não trabalhava” (sic). Os genitores do jovem estavam separados havia quatro anos.

Além desta situação de desestruturação familiar compreendida na quase totalidade dos adolescentes pesquisados percebeu-se que alguns dos jovens também não receberam apoio de seus familiares através de visitação, enquanto internados.

Adroaldo apresentou-se muito abalado por não receber visitas da genitora, tendo, inclusive, oferecido o dinheiro que tinha dos projetos realizados no CASESA – R\$ 14,00 (catorze reais), para que esta viesse visitá-lo mais vezes.

Contudo, o grande problema revestido nessa situação é o cumprimento de medida e meio aberto, e até mesmo quando do desligamento da unidade, ocasião em que a presença de um vínculo familiar que acolha o jovem é realmente necessária.

Nesse sentido, prima-se em salientar a suma importância da família no processo de amadurecimento e construção do caráter da criança e do adolescente.

3.2.2 Situação Socioeconômica

A situação de vulnerabilidade e pobreza proveniente de todos os prontuários pesquisados é o reflexo da atual sociedade do país. Nos últimos 40 anos, duplicou a diferença entre os 20 países mais ricos e os 20 mais pobres (renda média 37 vezes maior) (D’AGOSTINI, 2009).

O estado de carência ou privação material vivida pelo ser humano – especialmente aquele inserido na faixa etária da adolescência – leva o indivíduo a uma condição de exclusão social econômica. Esta forma de exclusão pode gerar situação de vulnerabilidade no sujeito excluído de difícil superação. Uma alternativa

encontrada pelos jovens frente a tal situação de pobreza é o cometimento do ato infracional, como meio de sobreviver e aumentar a renda familiar (FEIJÓ, 2011).

Interessante destacar o entendimento de Trindade, o qual diz que “[...] o status econômico baixo, por si só, não causa delinquência, porém torna-a mais provável na medida em que predispõe, por uma série de dificuldades familiares e sociais diretamente associadas, à delinquência.” (TRINDADE, 2002, p. 144).

Em dois casos pesquisados, Adroaldo e Cesário, as genitoras eram donas de casa. No primeiro, o padrasto do adolescente era guarda noturno, a família estava inserida no programa bolsa família e possuía residência própria, formada de dois quartos, sala, cozinha e banheiro (fora da residência), onde residiam o padrasto, a genitora, e outros seis filhos. Noutro, o pai do jovem trabalhava em serviços gerais, e a família (constituída do pai, mãe e mais sete filhos) morava em um apartamento alugado – segundo informação do adolescente no seu prontuário o aluguel era de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) por mês.

No caso de Bonifácio, a genitora possuía um mini mercado, auferindo renda mensal em torno de R\$ 800,00. Não havia informação da profissão do padrasto, tampouco de quantos irmãos possuía à época da internação, apenas havendo referência que a família possuía casa própria e estava inserida no programa bolsa família. A genitora de Danrlei era servente de pedreiro, bem como seu companheiro, padrasto do adolescente. Residiam o jovem, sua irmã, a genitora e o padrasto, em casa própria com quatro quartos, sala, cozinha e banheiro – melhor situação de moradia percebida nos prontuários. Por fim, no prontuário de Estevan não há informação sobre a profissão da genitora, somente referindo que a casa onde residiam era própria e que estava inserida no programa bolsa família.

Veja-se que em três dos cinco prontuários analisados as famílias estavam inseridas no programa bolsa família, oportunidade que somente é oferecida para as famílias que possuem situação de extrema pobreza ou pobreza, determinada pela renda familiar.

Diante dessa realidade percebida na prática, tem-se assim como um dos fatores que levam os jovens a cometer atos infracionais é a desigualdade social existente em nosso país. Como bem explica D’Agostini, “[...] quando se trata de delinquência e criminalidade humanas, principalmente cometidas por crianças e adolescentes, a pobreza e a desigualdade são teses muito aludidas para explicar o



fenômeno.” (D’AGOSTINI, 2009, p. 45).

As situações de vulnerabilidade e de pobreza, onde os jovens se veem sem condições financeiras para aquisições materiais, ou até mesmo para terem uma vida digna, são aspectos que facilitam a entrada no mundo infrator (ASSIS; CONSTANTINO, 2005). Nesse sentido, pode-se dizer que os jovens perdem-se no meio dessa situação-limite de sobrevivência gerada pela carência econômica e acabam virando adolescentes em conflito com a lei.

3.2.3 Rede Social

Outra situação peculiar entre os adolescentes pesquisados foi que dois deles referiram terem começado a cometer atos infracionais por meio da sua rede social de amizades. Cumpre salientar que estamos falando em adolescentes, jovens que se inteiram ao meio social construído em torno de si, em especial nas amizades (VAN ZANTEN, 2010).

O adolescente Cesário referiu que começou a se envolver em atos infracionais e a usar drogas com quinze anos de idade e afirmou em seu prontuário que foi “por causa das companhia” (sic). O garoto fazia parte de um grupo de jovens de sua cidade, todos ex-internos da FASE. Estevan, por sua vez, aduziu que começou a praticar atos infracionais com doze anos. “foi por causa dos parceiros...eu usava o dinheiro para comprar droga” (sic). Ainda, há informações no prontuário de que o jovem evadiu da escola por causa das parcerias.

Diante disso, tem-se que o grupo de amigos que o jovem possui é um grande influenciador em suas decisões e, por conseguinte, pode influenciá-lo ao cometimento de condutas consideradas atos infracionais. A associação dos jovens a grupos é um dos fatores que podem ser considerados de risco para o cometimento de atos infracionais, tendo em vista que o jovem irá praticar o ato infracional não (somente) por sua vontade, mas sim por influência de seu grupo social (ASSIS; SOUZA, 1999).

Um jovem opta por determinada rede social de amigos tendo em vista as relações interpessoais que ele percebe como significativas, e nesta rede que o adolescente constrói seu universo relacional, onde se reconhece como cidadão e constrói sua autoimagem (PEREIRA; SUDBRACK, 2008).

Quando da inserção desse jovem a um grupo social, por óbvio ele não mais se encontra sozinho, somente com suas ideias ou com suas próprias vontades, ele segue as ideias do grupo. Obviamente que um grupo de jovens tem muito mais poder do que um jovem sozinho, o que enfatiza a coragem destes adolescentes em cometerem atos infracionais. Ainda, “[...] adolescentes infratores tendem a procurar amigos no próprio meio de infração, buscando estímulo e apoio em suas ações ilegais como roubos, tráfico ou uso de drogas.” (ASSIS; CONSTANTINO, 2005, p. 84).

Diante disso, ao pensar nos tipos de amigos dos jovens, traz-se o exemplo de Estevan, que relatou em seu prontuário que no bairro onde morava tinha amigos que vendiam drogas e estavam inseridos no universo do crime, e afirmou que “pra sair dessa só mudando de bairro (sic).

Portanto, pode-se dizer que a rede social de amigos do adolescente, além de influenciá-lo, ajuda-o a construir sua identidade e personalidade diante de um processo de construção individual e coletivo permanente. Assim, esta rede social pode levar o jovem a cometer ato infracional, como anteriormente referido, como também pode levá-lo a adentrar no mundo da drogadição, o que vai ser estudado no próximo subitem.

3.2.4 Uso Acentuado de Substâncias Psicoativas

A utilização de substâncias psicoativas e álcool também foram características importantes verificadas na história de vida destes adolescentes, pois a totalidade dos jovens pesquisados declarou em seus prontuários que faziam ou já fizeram uso de drogas. Nesse sentido, a dependência química e a sua conseqüente necessidade de uso contínuo do entorpecente podem acarretar no jovem a prática de atos infracionais. Ainda, importante frisar que observou-se que geralmente o impulso para o ingresso no meio das drogas vem de casa ou das relações sociais de amigos.

Em relação aos adolescentes pesquisados, Adroaldo fazia uso de maconha desde os doze anos, passando depois para cocaína e crack. Já havia sido internado para desintoxicação. O tio materno, com quem morava, era alcoólista e usava drogas. Já Bonifácio relatou em algumas passagens em seu prontuário que usou maconha uma vez na vida, sendo que seu avô era alcoólista. Cesário começou a

usar entorpecentes aos quinze anos (maconha, crack e cocaína). Nesse sentido, Danrlei começou o uso com doze anos, usando a maconha e cocaína, sendo que no período de internação estava no crack. O adolescente relatou em seu prontuário que começou a roubar para poder comprar drogas. E Estevan, com a mesma idade, começou a usar maconha, cola, e cocaína. Consumia bebida alcoólica de forma exagerada diariamente e era usuário de tabaco, sendo que seu pai e irmão eram alcoólistas e usuários de drogas.

Os jovens viciados em substâncias psicoativas geralmente entram no mundo da criminalidade para conseguirem sustentar o vício. Ou seja, uma junção de fatores como a pobreza, o desemprego e o vício o tornam cada vez mais suscetíveis ao cometimento de condutas consideradas criminosas.

Além disso, o uso de drogas tende a aumentar o estímulo para o cometimento de ato infracional pelos jovens, tendo em vista seu poder de desinibição e encorajamento.

Os fatores de risco se entrelaçam a toda hora. Veja-se que o jovem inicia o uso de álcool e drogas geralmente por influência das amizades, onde há disponibilidade e presença contínua de drogas em seu grupo, e isso facilita seu uso pelo adolescente.

A influência pode, inclusive, partir da própria família, uma vez que se há presença de drogas dentro do seu lar, o jovem acaba envolvendo-se com elas até mesmo sem perceber. Dos adolescentes pesquisados, Adroaldo convivia com a avó materna e o filho desta, usuário de álcool e drogas. O avô de Bonifácio – vítima de seu ato infracional, era alcoolista. Estevan, quando da internação, queria ir morar com uma tia em outra cidade, alegando que se voltasse pra casa não conseguiria largar das drogas, porque seus irmãos eram usuários de drogas e lhe ofereciam.

Essas influências também podem ser chamadas de codependências, ou seja, além do adolescente ser dependente das substâncias psicoativas em si, ele possui uma dependência também com as relações que as drogas lhe trazem, como a dependência das relações afetivas com a família, dependência dos provedores, que são as pessoas que dão o dinheiro para o jovem adquirir a droga e a dependência dos pares, que são a sua rede social de amigos (PEREIRA; SUDBRACK, 2008).

Diante disso, pode-se afirmar que a dependência química de um adolescente não depende tão somente de sua vontade, e sim de um conjunto de fatores que o

levaram ao consumo. Ainda, esse consumo é, indubitavelmente, um fator que pode levá-lo ao cometimento de ato infracional sob dois pontos de vista: para encorajarem-se ao cometimento pela sensação de bem estar que supostamente a droga traz, ou ainda para terem como sustentar o vício.

3.2.5 Escolarização e Colocação no Mercado de Trabalho

A escolarização, após a família, tende a ser o segundo lar da criança, onde esta aprende a socializar-se com outras pessoas e a inserir-se em um meio social. Nesse sentido, o baixo nível de escolaridade e a dificuldade de aprendizagem do jovem podem ser vistos como fatores de risco ao cometimento de atos infracionais, culminando em problemas de comportamento, em especial pela decorrente colocação do jovem em postos de emprego pouco valorados e remunerados. Assim, pode-se dizer que os

[...] adolescentes em conflito com a lei tendem a ter poucos anos de estudo, com abandono escolar secundário dada a necessidade de trabalhar, dificuldade de conciliar escola com trabalho, desentendimento com professores e colegas, desestímulo quanto à competência escolar atestado por reprovações repetidas, baixa qualidade do ensino, pouca supervisão familiar no que se refere à frequência escolar do jovem. (ASSIS; CONSTANTINO, 2005, p. 83).

Os adolescentes pesquisados tinham, em sua maioria, a escolarização baixa. Adroaldo não frequentava a escola, tinha dezessete anos e a 8ª série não concluída. Relatou em seu prontuário que parou “porque a escola ficava muito longe” (sic) e tem dificuldade de aprendizado. Durante sua internação progrediu para o 1º ano do ensino médio. Bonifácio também estava evadido do sistema escolar, contava com dezessete anos, não sabia se estava na 7ª ou 8ª série e parou de estudar em razão de que trabalhava longe de casa. Cesário, com dezesseis anos, estava frequentando a escola na 7ª série na Educação de Jovens e Adultos (EJA). Dentro do CASE evoluiu para o 1º ano do ensino médio. Danrlei tinha catorze anos e estava na 5ª série, sendo que nos últimos três anos havia reprovado. Teve progressão durante o internamento para a 6ª série. Por fim, Estevan, com catorze anos, encontrava-se na 7ª série, evadido da escola, “por causa das parceria” (sic). Evoluiu, durante o cumprimento da medida, para a 8ª série.

Mais uma vez os fatores de risco se entrelaçam. Nota-se que um dos adolescentes evadiu do sistema escolar “por causa das parceria” (sic), outros deixaram de frequentar a escola por esta ser longe de casa ou até mesmo por estarem trabalhando.

Diante desse baixo nível de escolaridade, os jovens têm como consequência pouquíssimas oportunidades de trabalho, lembrando que sofrem ainda com a falta de experiência. Esses adolescentes veem-se inseridos no mercado de trabalho informal, com escassa remuneração e falta de direitos trabalhistas.

Veja-se a situação dos jovens pesquisados. Adroaldo chegou a trabalhar como servente de pedreiro. Bonifácio estava na mesma profissão. Nos prontuários de Cesário, Danrlei e Estevan não há informação acerca da profissionalização.

Portanto, a frustração torna-se quase inevitável, visto que, através do mundo do trabalho o adolescente está ligado pelo menos a uma parte da realidade e da sociedade, e isto acarreta em reconhecimento e valorização do jovem (MACEDO, 2004).

CONCLUSÃO

Após todo estudo e pesquisa para a realização deste trabalho, a tarefa de realizar a conclusão deste é um tanto quanto arriscada, haja vista que as indagações acerca do tema praticamente não se esgotam e, portanto, o trabalho em si nunca se finaliza completamente.

Para melhor analisarmos a situação do adolescente em conflito com a lei, é importante que não somente os juristas e a justiça em si entendam o adolescente como sujeito, além de possuir obrigações e direitos pertinentes a sua peculiar situação de pessoa em desenvolvimento – o que somente passou a ser entendido em nosso ordenamento jurídico a partir da CF de 1988 e do advento do ECA, inserido em fatores de risco, mas também a sociedade como um todo. O jovem infrator deve ser indagado não somente pelo ato infracional cometido, mas também – e especialmente, pelo meio onde se encontra inserido. Pois o cometimento do ato infracional vem de um conjunto de fatores biológicos, psicológicos e principalmente sociológicos pertencentes ao adolescente.

Desta maneira, não se podendo finalizar um assunto tão amplo e discutível,

pode-se ao menos concluir que esta análise de onde o adolescente infrator está inserido faz-se necessária, visto que a formação da personalidade de cada ser se dá com um conjunto de fatores bio/psico/sociais. Diante disso, o adolescente não deve ser tratado apenas como infrator, mas sim como um sujeito de direito, *status* que a CF e o ECA lhe atribuem e que deve ser efetivamente considerado, fazendo valer seus direitos e cobrando dos jovens seus deveres.

O estudo que trata este trabalho, longe de se propor a quantificar ou generalizar, apenas confirma importantes situações vivenciadas por esses adolescentes e que também pode ser alvo de políticas públicas preventivas. Assim, um possível desdobramento futuro desta pesquisa pode ser um estudo mais amplo e quantitativo, buscando verificar a incidência dos fatores de risco estudados em uma amostragem mais significativa na totalidade das casas que recebem adolescentes em internação ou até mesmo em outros ambientes ou locais onde se possa verificar a produção de conflitos ou de violência.

A política de prevenção, conclui-se, é falha no sentido de tentar diminuir o cometimento de atos infracionais pelos adolescentes. O foco deve estar sempre nestes fatores de risco estudados no presente trabalho, dentre outros, com a finalidade de fazer com que o adolescente passe esta fase delicada da vida de uma maneira digna e feliz, sem necessitar adentrar no mundo da criminalidade como uma opção de refúgio.

REFERÊNCIAS

ADAMS, Aline. **Entre a Loucura e o Desvio: adolescentes e conflito com a lei acometidos de transtorno psicótico e de conduta no cumprimento de medida socioeducativa de internação**. 202f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2010.

ASSIS, Simone Gonçalves de; CONSTANTINO, Patrícia. Perspectivas de prevenção da infração juvenil masculina. **Ciênc. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, mar. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000100014&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 19 mar. 2011.

ASSIS, Simone Gonçalves de; SOUZA, Edinilsa Ramos de. Criando Caim e Abel – Pensando a prevenção da infração juvenil. **Ciênc. Saúde Coletiva**, Rio de

Janeiro, v. 4, n. 1, 1999. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81231999000100011&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 25 mar. 2011.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei 8.069/1990**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 25 mar. 2011.

_____. **Constituição Federal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 mar. 2011.

D'AGOSTINI, Sandra MáriCórdova. **Adolescente em Conflito com a Lei e a Realidade!**. 1. ed. 7. tir. Curitiba: Juruá, 2009.

FASE. **Histórico**. [s. d.], Disponível em:
<<http://www.fase.rs.gov.br/wp/institucional/historico/>>. Acesso em: 25 mar. 2011.

FERNANDES, Márcio Mothé. **Ação Sócio-Educativa Pública**. 2. ed. rev., atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2002.

GALLO, Alex Eduardo; WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque. A escola como fator de proteção à conduta infracional de adolescentes. **Cad. Pesqui.** São Paulo, v. 38, n. 133, abr. 2008. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742008000100003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 30 ago. 2010.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIBERATI, Wilson Donizete. **Processo Penal Juvenil**. São Paulo: Malheiros editores, 2006.

MACEDO, Mônica Medeiros Kother. **Adolescência e Psicanálise**: intersecções possíveis. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

MACEDO, Renata CeschinMelfi de. **O Adolescente Infrator e a Imputabilidade Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

MENDEZ, Emílio Garcia. **Adolescentes e Responsabilidade Penal**: um debate Latino-Americano. Porto Alegre, 2000. Disponível em:
<<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id114.htm>>. Acesso em: 18 set. 2010.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PACHECO, Janaína Thaís Barbosa; HUTZ, Claudio Simon. Variáveis familiares preditoras do comportamento anti-social em adolescentes autores de atos infracionais. **Psic.: Teor. e Pesq.**, Brasília, v. 25, n. 2, jun. 2009. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-

37722009000200009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 21 mar. 2011.

PEREIRA, Sandra Eni Fernandes Nunes; SUDBRACK, Maria Fátima Olivier. Drogadição e atos infracionais na voz do adolescente em conflito com a lei. **Psic.: Teor. e Pesq.**, Brasília, v. 24, n. 2, jun. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722008000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em: 25 mar. 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. **Princípio do Superior Interesse da Criança – O "Cavalo de Tróia" do Menorismo**. Disponível em: <http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/doutrina/condi%C7%C3o+peculiar+de+peessoa+em+desenvolvimento+artigo+revista.htm>. Acesso em: 12 abr. 2011.

SAGGESE, Edson. **Adolescência e Psicose**: transformações sociais e os desafios da clínica. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2001.

SALLET, Daniela; MARX, Christina Krueger. **Crianças Lesadas**: as emoções e os bastidores que marcaram as vidas de Jasmine, Sabrina e Iruan. Porto Alegre: AGE, 2001.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em Conflito com a Lei**: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**: adolescentes e ato infracional. 3. ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TRINDADE, Jorge. **Delinquencia Juvenil**: compêndio transdisciplinar. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VAN ZANTEN, Agnès. Cultura da rua ou cultura da escola?. **Educ. Pesqui.**, São Paulo, v. 26, n. 1, jan. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022000000100003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 30 set. 2010.

O BULLYING ESCOLAR E AS FORMAS DE ENFRENTAMENTO DO FENÔMENO EM UMA ESCOLA DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO FUNDAMENTAL DA CIDADE DE GIRUÁ-RS

Neiva Maria Lassem¹
Aline Adams²

Bullying é uma palavra de origem inglesa que traduzida para a língua portuguesa, o termo *bully* significa brigão, valentão, agressor, intimidador, que acrescida da terminação *ing*, quer dizer o ato de um agressor, ato de um valentão (SILVA, 2007).

Esse termo foi adotado por vários países para definir comportamentos agressivos e intencionais, e isso se justifica porque a sua tradução para outras línguas pode produzir reduções semânticas e acabar descaracterizando o fenômeno de sua expressão original (ROLIM, 2010).

Esses comportamentos, para caracterizarem tal fenômeno, devem ser praticados repetidamente, numa relação entre duas ou mais pessoas de um mesmo nível hierárquico, onde o agressor utilizando-se de meios cruéis humilha a sua vítima, causando-lhe dor e sofrimento (CAMARGO, 2011).

O *bullying* é um termo utilizado na literatura psicológica anglo-saxônica e nos estudos sobre o problema de violência escolar para designar comportamentos agressivos e anti-sociais (FANTE; PEDRA, 2008). Dessa feita, os *bullies* são os agressores, os valentões que se posicionam com superioridade aos demais, querem ser vistos como líderes de grupos, e para isso utilizam-se de meios muito cruéis chegando até as agressões físicas para reduzir e intimidar suas vítimas. Essas, por sua vez, são as mais caladas, aquelas que se colocam em uma posição de inferioridade, consideradas, muitas vezes, as diferentes pelos demais colegas (CALHAU, 2010).

Diante disso, o presente artigo, resultado do trabalho de conclusão de curso da primeira autora, orientado pela segunda, tem como tema o *bullying* inserido no

¹ Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Machado de Assis

² Mestra em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Especialista em Ciências Penais pela mesma Instituição, graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria, licenciada para atuação na educação profissional, técnica e tecnológica pela Universidade Federal de Santa Maria e advogada. Atualmente é docente efetiva na área de Direito do Instituto Federal Farroupilha, câmpus Santo Augusto e mestrandia em Educação pela UFSM.

ambiente escolar infanto-juvenil. A análise delimitou-se do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente - frente à necessidade ou não de uma regulamentação jurídica capaz de combater o fenômeno, tendo a Justiça Restaurativa como uma possível medida eficiente e eficaz de seu controle em ambiente escolar, a partir de um estudo realizado em uma escola em Giruá/RS.

1 O FENÔMENO *BULLYING* INSERIDO EM AMBIENTES ESCOLARES

O *bullying* é um grave problema inserido nas escolas do mundo inteiro, tanto em instituições públicas como em particulares. Apesar de não ser um problema recente, não é possível identificar exatamente qual a sua origem, se podendo afirmar, somente, que esse fenômeno sempre existiu entre crianças e adolescentes em ambientes escolares. Neste tópico, abordar-se-á o fenômeno a partir de suas características, consequências e normativas em relação ao assunto.

1.1 BULLYING: O INÍCIO DO FENÔMENO

Diante do número de adolescentes envolvidos na violência percebeu-se que era necessário estudar e entender quais as causas que os levavam a se envolverem em práticas ilícitas. Assim, esses estudos partiram da hipótese de que esses casos pudessem estar relacionados a comportamentos agressivos vividos por crianças na infância e adolescência em ambientes escolares, com características próprias e diferentes de outras formas de agressão. (Ibidem).

Foi o norueguês Dan Olweus, professor da Universidade de Bergen, o pioneiro nas pesquisas sobre a prática de *bullying* entre crianças e adolescentes em ambientes escolares na década de 70, em decorrência de suicídios que ocorreram com crianças nessa época (CALHAU, 2010). Mais tarde, por volta dos anos 80, passou a se fazer menção ao *mobbing*, que se referia à violência de um grupo contra uma pessoa considerada diferente (BOARETO, 2011) em seguida, já na década de 90, diante das tentativas de suicídio de alguns adolescentes em vários países, começou-se a levar mais a sério os estudos referentes às práticas agressivas em ambientes escolares, posteriormente, denominadas como *bullying* (OLIVEIRA, 2010).

No Brasil, as pesquisas referentes ao fenômeno *bullying* são ainda muito recentes, embora tais atitudes agressivas sempre ocorreram em ambientes escolares. Tais práticas, primeiramente, não partiam dos alunos, mas dos próprios educadores, que utilizavam-se de castigos físicos, como é o caso da conhecida palmatória e dos castigos onde alunos deveriam ajoelhar-se em milhos, o que atualmente se enquadraria como assédio moral.

Posteriormente, outros estudos foram realizados, onde se pode destacar os estudos da UNESCO, que não se referia especificamente ao fenômeno *bullying*, mas que trouxe dados importantes sobre a gravidade e dimensões da violência existente nas escolas (ROLIM, 2010). E em 2002, os estudos realizados pela ABRAPIA – Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e a Adolescência, apontou algumas diferenças com relação às pesquisas internacionais, e afirmou que no Brasil o *bullying* ocorria com maior frequência dentro das salas de aula, enquanto que em outros países ficou demonstrada maior frequência nos intervalos e nos horários de entrada e saída da escola, além de uma importante revelação, onde alunos afirmaram que nunca foram repreendidos ou advertidos por conta disso.

Nesse contexto, inúmeras são as causas responsáveis pela incidência de crianças e adolescentes envolvidas com o fenômeno *bullying* em ambientes escolares, dentre eles, as características individuais da própria criança e fatores familiares e escolares (FANTE, 2008).

Os modelos educativos adotados pelos pais ou responsáveis, a falta de diálogo e orientação, a ausência de uma educação baseada em valores capazes de fundar solidamente a vida do indivíduo, a omissão e irresponsabilidade dos pais ou responsáveis são fatores que podem influenciar crianças e adolescentes desenvolverem comportamentos agressivos e violentos. Nesse contexto, esses sujeitos estão cada vez mais afastados do seio familiar, sujeitos a se envolverem em práticas ilícitas, tornando-se cada vez mais difícil lhes impor limites e disciplina.

Além disso, crianças que ficam constantemente expostas a maus-tratos e humilhações ou a uma educação autoritária, onde os pais se voltam a castigos violentos como formas de punição, podem desenvolver uma tendência inconsciente de reproduzir esse modelo de conduta, ou ainda, não demonstrar agressividade, mas apatias, bloqueio de aprendizagem e timidez.

Contudo, pode-se dizer que a violência doméstica e o excesso de rigidez na educação dos filhos fazem com que essas crianças tenham maior tendência de se envolverem em práticas de *bullying* escolar, tanto os agressores repetindo as práticas violentas vivenciadas em casa, como as vítimas por se tratarem de crianças temerosas, inseguras e depressivas.

Além dos fatores familiares, as características individuais da criança ou adolescente, também são fatores de risco que contribuem para seus envolvimento nas práticas de *bullying* escolar. Os fatores individuais estão relacionados ao gênero e ao temperamento das crianças, a distúrbios comportamentais como a hiperatividade, impulsividade, dificuldade de atenção, baixa inteligência e desempenho escolar deficiente (SILVA; PEREIRA, 2008).

Aliás, no ambiente escolar o desconhecimento dos professores dos problemas de comportamento ou o simples descaso no momento em que o aluno comunica a existência ou a vitimização de atos de violência, também são fatores que agem como facilitadores para o seu envolvimento.

1.2 AS CONSEQUÊNCIAS DO BULLYING EM AMBIENTES ESCOLARES

As consequências do envolvimento de crianças e adolescentes em ações de *bullying* escolar são desastrosas e atingem a todos os envolvidos, os autores, as vítimas, assim como também as testemunhas e todo o ambiente escolar, alcançando, inclusive, a sociedade (FANTE, 2008). Nesse sentido, é o pensamento de Calhau:

Esses comportamentos agressivos estimulam a delinquência, tanto para os agressores quanto para as vítimas, induzem outras formas de violência explícita, produzindo, em larga escala, cidadãos estressados, deprimidos, com baixa auto-estima, capacidade de auto-aceitação e resistência a frustração, reduzida a capacidade de auto-afirmação e de auto-expressão, além de propiciar o desenvolvimento de sintomatologias de estresse, de doenças psicossomáticas, de transtornos mentais e de psicopatologias graves. (CALHAU, 2010, p. 27).

As vítimas, por sua vez, são as que mais sofrem com as agressões de *bullying* nas escolas. As marcas são geralmente muito profundas, pois se tratam de crianças com características físicas ou comportamentais diferenciadas dos demais, e

devido a isso, permitem a invasão dos *bullies* em suas vidas sem qualquer motivo aparente, submetendo-se às suas agressões, humilhações sem coragem de reagir.

É um fenômeno que atinge a área mais preciosa, íntima e inviolável da criança ou adolescente a ponto de torná-la refém da ansiedade e emoções, que irão interferir negativamente no seu processo de aprendizagem fazendo com que construa inconscientemente pensamentos desorganizados que irão interferir em seu desenvolvimento, auto percepção e autoestima, comprometendo sua capacidade de auto superação.

Ainda há também chances de desenvolver transtornos psicológicos e outras patologias, podendo resultar em sérios problemas em seus relacionamentos afetivos, profissionais, sujeitas a se envolver com vícios ou até mesmo o suicídio (FANTE, 2008).

Além disso, após intenso sofrimento vivenciado, podem desenvolver sentimento de vingança, recorrendo às armas para fazer seu desejo deliberado de acabar com a própria vida e com a daquele(s) que entender ser o responsável pelo seu sofrimento (NETO, 2005). Trata-se, portanto, de situações relacionadas aos alvos-autores.

Os autores, por sua vez, são vistos como populares na escola e vêem sua agressividade como uma qualidade. Assim, são mais fortes do que seus alvos e sentem prazer e satisfação em poder dominar, controlar e causar dano ou sofrimento a alguém. Suas agressões podem ser tanto morais como físicas, praticadas diretamente às vítimas e indiretamente aos demais alunos da escola (CALHAU, 2010).

Já, no caso dos espectadores, os danos causados pelo envolvimento nas práticas de *bullying* em ambientes escolares dependem de fatores pessoais e circunstâncias. Não sofrem e nem praticam o *bullying*, mas sofrem as consequências por estarem diariamente presenciando essas cenas agressivas. Alguns concordam com as atitudes dos agressores, outros repudiam e tem ainda aqueles que fingem se divertir com a situação como forma de defesa, temendo se tornar os próximos alvos (NETO, 2005).

1.3 O FENÔMENO BULLYING E AS NORMAS JURÍDICAS VIGENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Ordenamento Jurídico não há nenhuma legislação específica que trate da problemática do *bullying*, no entanto, isso não impossibilita o Poder Judiciário de aplicar normas e regras previstas na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código Penal e no Código Civil.

O *bullying* é uma forma de agressão física e moral que, sem dúvida, afronta os princípios básicos Constitucionais, principalmente no que concerne ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (FERREIRA, 2009), elencado no art. 1^a, III da Constituição Federal de 1988, bem como, os demais princípios positivados no rol de direitos e deveres individuais e coletivos do cidadão, previsto no seu artigo 5^a e incisos (CALHAU, 2010).

Sua proteção também se encontra amparada nos artigos 6^o e 227 do Dispositivo Constitucional, destacando-se que o primeiro, elenca a proteção à Infância como um Direito Social, e o segundo, assegura as crianças e aos adolescentes o *status* de pessoa em situação especial de desenvolvimento, conferindo-lhes, para tanto, a titularidade de direitos fundamentais, que deverão ser promovidos pelo Estado através de políticas públicas (BRASIL, 1988).

Tendo em vista o seu fundamento, tal dispositivo foi reproduzido de forma praticamente integral no art. 4^a do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), sendo que, em seu parágrafo único, detalha situações em que está presente essa absoluta prioridade (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2011).

O mesmo dispositivo dispõe também do direito à liberdade e ao respeito como pessoas humanas previsto em seus artigos 15 e 16. Essa liberdade vale lembrar, compreende vários aspectos, dentre eles o direito de ir e vir, estar em logradouros públicos, respeitando sempre as restrições legais, principalmente no que se refere a transitar acompanhadas após determinados horários, bem como, a de frequentar certos lugares enquanto menores.

Desta feita, o *bullying*, apesar de não estar assim tipificado no Brasil, é via de regra, a prática de um ato infracional, assim definido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 103: “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.” (BRASIL, 1990).

No entanto, por envolver crianças e adolescentes consideradas penalmente inimputáveis, assim como define o artigo 228 da CF (BRASIL, 1988), regulamentado pelo artigo n.º 104 da Lei 8.069/90 (BRASIL, 1990), cabe ao legislador a aplicação de regras especiais que visam à proteção da criança e do adolescente. Isso inclui tanto os autores do *bullying* como suas vítimas, em especial com ações educativas que possibilitam a recuperação do adolescente considerado infrator.

Nesse sentido, vale ressaltar que a referida Lei faz uma diferenciação com relação ao tratamento entre crianças e adolescentes. Às crianças, em regra, será aplicado exclusivamente as medidas de proteção, previstas no artigo n.º 101 e incisos da Lei n.º 8.069/90, conforme decisão do Conselho Tutelar. Todavia, entendendo que a medida necessária é a inserção da criança em acolhimento institucional, esta será encaminhada para o magistrado. Já, aos adolescentes, será possível a aplicação de medidas socioeducativas, previstas nos artigos 112 a 130 da mesma lei, e/ou de medidas protetivas (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2011).

De outro norte, a prática de *bullying* nas escolas, atenta contra o respeito e a dignidade de suas vítimas, bem como, também aos demais alunos que convivem nesse ambiente. O respeito é um direito inerente a todos os seres humanos como forma de resguardar a sua intimidade, identidade e seus valores. Contudo por se tratar de crianças e adolescentes, esse direito surge potencializado no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 5º e 17, pois os danos causados pela sua não observância podem ser irreversíveis.

Essa responsabilidade também recai sobre os professores e diretores das escolas, conforme reza o artigo 56 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Os dirigentes de estabelecimento de ensino fundamental comunicarão ao Conselho Tutelar os casos de: I – Maus tratos envolvendo seus alunos [...]” (BRASIL, 1990).

Além disso, quando o fato for comunicado ao Conselho Tutelar, este deverá ser apurado e posteriormente encaminhado ao magistrado competente para que sejam tomadas as providências necessárias, principalmente quando se referir ao artigo 130 do ECA. Nesse contexto, as Instituições de Ensino também não poderão ficar inertes diante do fenômeno, segundo disposições do artigo 232: “Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade guarda ou vigilância, a vexame ou a constrangimento.” (BRASIL, 1990).

Além disso, Tramita no Senado Federal um Projeto de Lei que propõe a alteração da Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. A proposta é de que seja incluído no artigo 12 dessa Lei o inciso IX que, uma vez aprovada, passa a vigorar com a seguinte redação: promover ambiente escolar seguro, adotando estratégias de prevenção e combate a práticas de intimidação e agressão recorrentes entre os integrantes da comunidade escolar, conhecidas como *bullying* (BRASIL, 2011).

Esse projeto de Lei de n. 196/2011 traz como justificativa o aumento significativo de práticas de *bullying* nas escolas, responsável por danos causados na formação de personalidade e no desempenho escolar de crianças e adolescentes, através de ações de conscientização e prevenção em todas as escolas (BRASIL, 2011).

Nesse sentido é que se apresenta a Justiça Restaurativa, através de alguns projetos já desenvolvidos em escolas e que tem como objetivo a solução de conflitos escolares.

2 JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA.

As primeiras experiências da Justiça Restaurativa ocorreram a partir da resolução n. 2002/12, baixada pelo Conselho Econômico e Social da ONU, que convidou seus Estados-Membros a apoiarem as pesquisas para a capacitação e implementação de práticas restaurativas, envolvendo ações preventivas para atos infracionais cometidos por adolescentes (MELO, 2008).

No Brasil, essas experiências iniciaram-se nas Varas da Infância de São Caetano do Sul e Porto Alegre, sendo que, deu seus primeiros passos em 2002, concretizando-se em 2004 com o Projeto Justiça para o século 21, desenvolvido através de estudos realizados na AJURIS – Escola da Magistratura. Tais aplicações da Justiça Restaurativa é o que serão trabalhadas nestas seções.

2.1. A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A Justiça Restaurativa é um novo modelo de justiça que está fundada em princípios e valores, onde se tem como principal objetivo estabelecer a paz entre as partes envolvidas no conflito, através da mediação, sem a necessidade de intervenção direta do Estado, assim definido por Vasconcelos:

Mediação é um meio geralmente não hierarquizado, de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, com a colaboração de um terceiro, o mediador – que deve ser apto, imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito -, expõem o problema, são escutados e questionados, dialogam construtivamente e procuram identificar os interesses comuns, opções, e eventualmente, firmar um acordo. (VASCONCELOS, 2008, p.36).

Nesse sentido, a mediação pode ser vista como um modelo reconstrutivo que prioriza o diálogo e a autonomia, onde se reúnem todas as partes interessadas para exporem suas dificuldades e necessidades, na tentativa de solucionar coletivamente e pacificamente o conflito existente, reparando o dano causado. Assim, Bin e Novais definem as ações da Justiça Restaurativa:

As práticas restaurativas estão focadas numa forma reconstrutiva das relações e preparativas de um futuro convívio respeitoso. A mediação, conferências familiares ou círculos fazem parte dessa modalidade, e proporcionam a vítima, ao agressor e a outros interessados a oportunidade de se reunirem, exporem os fatos, falarem sobre os motivos e conseqüências do ato, ouvirem o outro, visando identificar as necessidades e obrigações de ambos, firmando compromisso entre as partes. (NOVAES; BOARETTO, 2010).

Esse novo modelo de justiça vai perguntar qual é o dano, se existe a possibilidade de repará-lo e o que deve ser feito para que isso ocorra, bem como, buscar saber de quem é a responsabilidade pela reparação (KONZEN, 2007). As partes não atuam como adversários, mas sim como co-responsáveis pela solução da controvérsia (VASCONCELOS, 2008).

Atualmente, no Ordenamento Jurídico encontra-se positivado o Sistema Retributivo, no qual, quando cometido uma infração penal, quem sofre a lesão além da vítima é o próprio Estado, aquele que detêm o monopólio, o ser pacificador que aplica sanções punitivas. Esse sistema visa combater a

reincidência e castigar o ofensor cabendo-lhe o dever de obedecer a lei e cumprir a pena. A vítima, assim, acaba ficando esquecida, (OLIVEIRA, 2009) sem a proteção ou assistência Estatal, além da refletir frustração com o sistema, que tutela apenas bens e interesses, com a punição do infrator e a proteção da sociedade.

De outro norte, a Justiça Restaurativa valoriza-se o diálogo (PIJOAN, 2009), pois dessa maneira a vítima pode expor seus sentimentos e a intensidade do prejuízo sofrido com tal conduta, bem como o infrator adquire a consciência dos danos que causou, fazendo renascer em si mesmo um sentimento de arrependimento e reparador.

Além disso, é um procedimento informal e comunitário, onde atuam somente os envolvidos no litígio (PRUDENTE, 2008) e o mediador, que não tem o poder de decidir, pois esta decisão será compartilhada entre as partes. Dessa feita, ele apenas as conduzirá para a solução da controvérsia e ao final na resolução do acordo por elas firmado, que deve ser consensual e razoável para todos, seguindo os preceitos legais (OLIVEIRA, 2009).

A Justiça restaurativa é um novo modelo consensual de justiça, que surgiu para complementar o Sistema Tradicional, visando à prevenção ao crime e a não reincidência do autor em novas práticas delituosas, podendo, em caso de vir a falhar, integrar normalmente o Sistema Penal Tradicional.

2.2 RESTAURANDO-SE CONFLITOS: FORMAS DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA.

A Justiça Restaurativa utiliza-se de procedimentos extrajudiciais, e desenvolve-se a partir da realização de Círculos Restaurativos que se dividem em três etapas, sendo elas denominadas como Pré-Círculo Restaurativo, Círculo restaurativo e Pós-Círculo Restaurativo.

Os Círculos são conduzidos por um ou dois (GROSSI; FABIS, 2009). coordenadores devidamente capacitados para realizar tal procedimento. Estes se apresentam como mediadores ou facilitadores responsáveis pela tranquilidade, segurança e privacidade do ambiente em que está se realizando o encontro (AMANCIO, 2011).

Esse coordenador do encontro deve ser uma terceira pessoa imparcial escolhida pelas partes, que possui a “[...] tarefa central de motivar o encontro, organizá-lo, facilitar o desenvolvimento do diálogo, estimular a contribuição da experiência pessoal de cada um e traduzir com fidelidade o sentido construído pelos participantes.” (KONZEN, 2007, p. 89). Além disso, é ele também o responsável pela construção do acordo, devendo observar rigorosamente os direitos e garantias fundamentais das partes (PINTO, 2008).

Além disso, a escolha do ambiente para realizar os círculos restaurativos também é importante para que se tenha sucesso nesse tipo de procedimento. Dessa forma,

[...] é de primordial relevância que o encontro restaurativo transcorra num ambiente informal, mas estruturado, tranquilo e seguro, devendo os mediadores ou facilitadores estar rigorosamente atentos, observando se não há qualquer indício de tensão ou ameaça que recomende a imediata suspensão do procedimento restaurativo, como em casos de agressividade ou qualquer outra intercorrência psicológica, para se evitar a revitimização do ofendido ou mesmo a vitimização do infrator, no encontro. (PINTO, 2008, p. 65).

A primeira etapa do procedimento restaurativo é a realização do Pré-Círculo e nesse momento que serão definidos todos os passos necessários para iniciar-se o círculo restaurativo. É na fase preliminar que a pessoa escolhida para coordenar o procedimento terá a oportunidade de se aprofundar nos acontecimentos que levaram as partes ao litígio, de ter acesso aos documentos, às pessoas envolvidas e a todas as informações disponíveis que lhe sejam viáveis para melhor elucidar os fatos.

Desta feita, mediador terá o primeiro contato com as partes envolvidas, autor, vítima e demais, de forma individual para que se tenha sucesso no procedimento, no sentido de poder clarear melhor os fatos, podendo também relacionar quais são as principais divergências existentes e certificar-se de que esse procedimento seja o mais adequado para solucionar a controvérsia.

O Círculo restaurativo é a segunda etapa desse procedimento. No primeiro momento, após a leitura do resumo dos fatos os participantes serão convidados a manifestar-se acerca de seus sentimentos e suas necessidades atuais em decorrência do fato. O segundo momento estará voltado para as necessidades das

partes no momento do conflito visando a auto-responsabilização dos presentes, e por fim, no terceiro momento, a elaboração do acordo entre os envolvidos com a finalidade de reparar o dano causado à vítima.

Todos os presentes terão a oportunidade para falar e expor os seus sentimentos e necessidades, sendo a vítima a primeira pessoa convidada a manifestar-se, seguindo-se com o autor e por último os demais participantes (JUSTIÇA RESTAURATIVA, 2011) lembrando ainda que os participantes não poderão fazer julgamentos e acusações.

Por fim, o acordo será elaborado e registrado em formulário próprio, onde os participantes poderão dar sugestões para a sua elaboração, que resultará em ações a serem realizadas pelo autor, com a sua concordância e possível de ser cumprido (AMANCIO, 2011). Essas ações podem ser serviços em Assistência Social, Saúde e Educação. Já as medidas de privação de liberdade ou liberdade assistida, somente serão permitidas nos processos judiciais em que se optou pelo Procedimento Restaurativo.

O Pós-Círculo é a última etapa do procedimento. Nessa fase as partes irão se reunir para verificar o acompanhamento e o cumprimento, avaliar o grau de restauratividade e os resultados obtidos do acordo firmado no Círculo Restaurativo.

Nos casos em que se averiguar o não cumprimento do acordo, em que as tarefas não foram realizadas, far-se-á uma nova análise juntamente com os responsáveis pelo encaminhamento, onde será verificado se é viável a realização de um novo Círculo Restaurativo, ou, dependendo do caso um Círculo Restaurativo Familiar, ou ainda outros encaminhamentos convencionais.

2.3 ANALISANDO A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO UMA ALTERNATIVA VIÁVEL PARA A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS ESCOLARES.

Em uma pesquisa realizada juntamente com a PUCRS (Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul), FAPERGS (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul) e a 3ª Vara do Juizado da infância e Juventude (JIJ) de Porto Alegre nos anos de 2003 e 2004, constatou-se um crescente número de jovens adolescentes envolvidos em conflitos escolares, que eram encaminhados

seguidamente pelas escolas para o JIJ ou para tratamentos terapêuticos (GROSSI; SANTOS; OLIVEIRA; FABIS, 2008).

Diante disso, notou-se que era necessário um modelo não mais voltado para a disciplina rígida e a punição, mas para o diálogo e a compreensão de crianças e adolescentes envolvidas em conflitos escolares. Assim, teve origem no Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre o Projeto Justiça para o século 21. Assim, foi através desse projeto que surgiu a ideia de se trabalhar com a justiça restaurativa nas escolas primeiramente com os professores, partindo do princípio de que os conflitos são situações que se estabelecem naturalmente entre as pessoas que convivem em sociedade.

O principal escopo desse projeto é o enfrentamento dos conflitos de modo pacífico visando à prevenção da violência com realização de círculos restaurativos, onde se possibilita o diálogo entre os envolvidos. Dessa forma,

[...] o projeto Justiça para o século 21 tem o objetivo de divulgar e aplicar as práticas da Justiça Restaurativa (JR) na resolução de conflitos em escolas, ONGs, comunidades e Sistema de Justiça da Infância e Juventude como estratégia de enfrentamento e prevenção à violência em Porto Alegre. Implementando desde o ano de 2005, na 3ª Vara da Infância e Juventude da capital gaúcha, o Projeto Justiça para o Século 21 é articulado pela Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. (JUSTIÇA RESTAURATIVA, 2011).

Sua aplicação nas escolas se deu por meio de iniciativas voltadas para a educação e para a paz, onde a justiça restaurativa passou a ser aperfeiçoada e adaptada de modo que fosse possível a aplicação dos círculos restaurativos entre alunos que frequentemente envolviam-se em conflitos escolares (GROSSI; SANTOS; OLIVEIRA; FABIS, 2008). Dessa feita, a justiça restaurativa pode ser vista como uma nova metodologia que tem um importante papel no avanço da resolução dos conflitos escolares, capaz de restabelecer a harmonia e os laços rompidos em decorrência do conflito.

Embora, as experiências da aplicação da Justiça Restaurativa nas escolas ainda sejam recentes no país, suas iniciativas partiram da aplicação desse novo modelo de Justiça em escolas de Caetano do Sul, São Paulo e em Porto Alegre com o Projeto Justiça para o século 21. Na capital gaúcha sua implementação ocorreu no ano de 2007 e pode-se dizer que as relações no ambiente escolar passaram a

transcorrer com mais harmonia, não somente para os alunos, mas também para os professores e demais funcionários.

3 MEDIDAS DE PREVENÇÃO E COMBATE AO BULLYING: ESTUDO REALIZADO EM UMA ESCOLA DE GIRUÁ – RS.

Tendo em vista o crescente número de crianças e adolescentes envolvidas em *bullying* escolar, entendeu-se necessário fazer um estudo com a finalidade de apurar o fenômeno diretamente com as pessoas envolvidas, sendo que, a partir dos dados obtidos com esse estudo, buscou-se um meio adequado para a prevenção e o combate do fenômeno em ambientes escolares. Assim, optou-se em realizar o estudo de caso em uma Escola Municipal de Ensino Fundamental na cidade de Giruá-RS, o que será demonstrado nos próximos títulos.

3.1 A METODOLOGIA DA PESQUISA, A COLETA E ANÁLISE DOS DADOS A PARTIR DO ESTUDO DE CASO REALIZADO EM UMA ESCOLA MUNICIPAL DA CIDADE DE GIRUÁ – RS.

A metodologia é uma preocupação instrumental que cuida dos procedimentos, das ferramentas e dos caminhos que serão percorridos pelo pesquisador no decorrer de sua pesquisa (DEMO, 1996). Já a pesquisa é um procedimento formal, (MARCONI; LAKATOS, 2003) racional e sistemático que tem como principal finalidade proporcionar respostas aos problemas que foram propostos.

Assim, nesse trabalho utilizou-se da pesquisa teórico-empírica que se efetiva através de uma investigação bibliográfica, complementando-se com o estudo de caso, que consiste em uma pesquisa teórico-prática com caráter qualitativo, permitindo ao pesquisador a comunicação com o campo e seus membros para a produção de seu conhecimento.

A técnica de coleta de dados utilizada na presente pesquisa se deu, primeiramente, através de documentação indireta, onde foram analisadas teses propostas por diversos autores. Posteriormente foi efetuado um estudo de caso em

uma escola municipal de ensino fundamental na cidade de Giruá-RS, onde foram entrevistados a diretora e demais professores, totalizando em nove profissionais.

O tipo de entrevista realizado pela pesquisadora foi a Padronizada ou Estruturada, ou seja, o entrevistador segue um roteiro previamente estabelecido onde as perguntas realizadas ao entrevistado são pré-determinadas, a fim de se poder direcionar a pesquisa a finalidade desejada.

Os dados coletados com as entrevistas foram registrados em um formulário com o prévio consentimento de cada entrevistado. Após a coleta desses dados, a pesquisadora utilizou-se do método de análise de conteúdo, necessário para se chegar as conclusões finais da pesquisa.

A escolha da escola para realização do trabalho se deu a partir do momento em que foi aplicado um Projeto de Extensão desenvolvido por um grupo de acadêmicos do FEMA no ano de 2011. Esse projeto, intitulado “O direito vai até você: pensando na justiça restaurativa como forma alternativa de administração de conflitos escolares”, foi coordenado pela professora Aline Adams, orientadora da presente pesquisa. Nesse projeto, um grupo de estudantes do curso de Direito visitava diferentes escolas na região de Santa Rosa e oferecia oficinas aos docentes com o objetivo de discutir a violência escolar e propor a justiça restaurativa como forma de resolução desses conflitos.

Assim, em Giruá, após a escola receber o projeto, manifestou interesse em realizar outras oficinas, não somente com os professores, mas também com os estudantes, o que motivou o desenvolvimento do presente estudo.

3.2 RELATOS DOS PROFESSORES A PARTIR DO ESTUDO DE CASO

Os dados coletados na entrevista realizada com os professores foram devidamente registrados em formulários acompanhados do termo de consentimento assinado e identificado por cada um dos professores participantes. Esses formulários elaborados para a realização da pesquisa continham questões que juntamente com o projeto foram previamente submetidos e aprovados pelo Comitê de Ética em Pesquisa da FEMA.

As entrevistas foram realizadas individualmente, sendo que, ao serem questionados sobre a incidência *bulying*, as respostas foram unânimes com relação

a existência do fenômeno. A maioria dos docentes relataram que ocorre em todos os lugares nas escolas, sem qualquer constrangimento por serem praticados em frente às autoridades, no entanto, apenas três professores relataram que a incidência é menor em sala de aula em razão do monitoramento dos professores. Nos intervalos também existe monitoramento, mas o número de alunos é maior.

De acordo com os docentes, a prevenção é realizada com orientações e aconselhamentos em salas de aula, além de algumas palestras de prevenções e conscientizações acerca da violência nas escolas com profissionais o programa PROERD - Programa Educacional de Resistência às Drogas e à Violência, e a adesão ao Projeto “Unidos pela Paz”. No entanto, com relação às melhorias, a maioria dos professores não observou qualquer mudança comportamental nos alunos, sendo que, um dos professores relatou que percebeu alguns avanços positivos e enfatizou que realiza trabalhos em sala de aula relacionando o fenômeno *bullying* com a história de desenvolvimento da nossa sociedade.

As medidas adotadas em casos de violência, são de orientação, aconselhamento e advertências. Em casos mais graves são aplicadas a suspensão e em último caso a expulsão do aluno, no entanto, de acordo com os docentes, sempre há reincidência.

Além disso, em algumas situações, os pais são chamados na escola, alguns não comparecem, outros atribuem a culpa aos professores ou aos próprios colegas. Também houve relatos de que por vezes existe certo receio em chamar os pais, uma vez que já aconteceram casos em que eles agiram com violência como forma de repreensão. Também alguns professores relataram que não participam das conversas realizadas com os pais, uma vez tal assunto sempre foi resolvido pela direção da escola.

Ao serem questionados acerca das dificuldades enfrentadas, os professores relataram que uma das principais dificuldades é a estrutura familiar, falta de afetividade e o descaso dos pais com relação aos filhos, assim como a violência doméstica. Além disso, alguns docentes informaram que havia falta de comprometimento da própria escola e demais colegas em solucionar os problemas, bem como do Conselho Tutelar e Ministério Público, que em geral são acionados nos casos mais graves.

Por fim, os professores relataram que existem casos em que as crianças são encaminhadas para tratamento com profissionais, como psicólogos, no entanto, diante da falta de comprometimento dos pais, muitas vezes as crianças e adolescentes não comparecem nas sessões agendadas. Os alunos encaminhados para tratamentos são os autores, já com relação às vítimas não há conhecimento.

3.3 REVELANDO RESULTADOS: A INCIDÊNCIA DO FENÔMENO E FORMA DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS.

É sabido que a família é a essência para o desenvolvimento do indivíduo e que é na estrutura familiar sólida que as crianças e adolescentes irão suprir suas necessidades de amor, de valorização, de limites e de coerência. Essas interações amorosas que fazem nascerem os valores responsáveis pela sua formação, não são apenas um processo natural, mas necessidades que precisam ser vivenciadas diariamente para que então se tornem elementos do cotidiano e possam ser incorporados e transformados em instrumentos da teia social (CHALITA, 2008).

Uma vez que se abre mão desse aprendizado, se estará abrindo um espaço para a violência, que invade ou nasce no seio familiar e se expande para a sociedade como uma teia de relações destrutivas, se reproduzindo e contaminando ambientes e pessoas.

É nesse contexto que podemos visualizar o *bullying* escolar. Assim como relatado pelos professores na entrevistas, pode-se perceber que a ausência da família, a desestrutura familiar e a violência nesse processo de amadurecimento e desenvolvimento de crianças e adolescentes tem sido um dos fatores responsáveis pela incidência desses indivíduos em práticas de *bullying* na escola.

Além disso, as pesquisas apontaram que existem casos em que é desaconselhado chamar os pais à escola, pois se tratam de pais violentos que passam a agredi-los por conta disso.

Isso comprova os estudos apresentados por Rolim, quando diz que crianças e adolescentes que crescem em famílias onde há a ausência do pai no processo educativo, podem posteriormente estarem relacionados aos casos de vítimas-autores nas práticas de *bullying* escolar (ROLIM, 2010).

Contudo, talvez não seja um caso que deva causar estranheza, uma vez que, pais dominadores, autoritários e excessivamente rígidos estão sujeitos a terem filhos agressivos e se tornarem autores de *bullying*, ou ainda, crianças inseguras com dificuldades de se agruparem, sujeitas a se tornarem vítimas de *bullying* (CHALITA, 2008).

Nesse sentido, salienta-se que proporcionar às crianças e adolescentes um ambiente familiar participativo, com pais mais presentes no crescimento de seus filhos, permite que crianças e adolescentes cresçam em ambientes equilibrados, possibilitando a elas um bom convívio social fora de suas casas.

Nesse contexto, o Estatuto da Criança e do Adolescente prima pela proteção constante e integral de pessoas em desenvolvimento, quais sejam, crianças e adolescentes como sujeitos de direitos com o poder de ostentarem prerrogativas inerentes ao exercício de direitos fundamentais. Entretanto, por se tratarem de pessoas em desenvolvimento, deverão ter todas as oportunidades e faculdades para potencializarem o seu estado físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2011).

Para tais garantias, ressalta-se aqui a importância da família, dos “[...] pais que tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]” (BRASIL, 1988), pois a família é o lugar ideal para o seu crescimento sadio, conforme art. 229 CF/88. Aliado a este dispositivo, observa-se o princípio derivado da responsabilidade parental, previsto o art. 100, inciso IX, que se refere à obrigação dos pais em assumirem os seus deveres para com a criança e ao adolescente (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2011).

Assim, observou-se nas entrevistas realizadas que os pais agem com falta e omissão na educação de seus filhos, ou ainda, valem-se de uma condição de superioridade e poder, e utilizam-se da violência como forma de educação, permitindo que seus filhos reproduzam essas atitudes com os colegas.

Além disso, a instituição de ensino também tem o dever de promover essa proteção, pois “[...] a qualidade da educação também inclui a proteção, cuidado e responsabilidades com as crianças e os jovens expostos à violência.” (CHALITA, 2008, p.196). A escola tem adotado procedimentos para resolver os conflitos de *bullying* escolar, bem como, algumas punições na tentativa de acabar com as agressões entre alunos. Entretanto, conforme relatos, quando esses procedimentos

não são suficientes e quando se tratam de situações mais graves, surge a necessidade de solicitar apoio ao Conselho Tutelar ou à Promotoria de Justiça.

O ECA traz essa previsão em seu art. 56, onde estabelece que as instituições de ensino fundamental têm o dever de comunicar ao conselho tutelar os casos de maus tratos (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2011). Entretanto, professores entrevistados relataram que nos casos de intervenção do conselho tutelar, não se verificou melhora, uma vez que o aluno retorna para a escola com os mesmos problemas.

Das medidas protetivas previstas no art. 101 e incisos do ECA notou-se através dos relatos que na escola foram adotadas apenas algumas delas por meio do conselho tutelar, o que talvez possa ter ligação com a manutenção da existência dos conflitos escolares.

A educação tem sido motivo de muitas preocupações em nossa sociedade, uma vez que ela reflete valores, desejos e anseio manifestados pelas pessoas em diferentes momentos, bem como em diferentes lugares. Assim, a escola é fruto de uma sociedade que ela em outros tempos ajudou a construir, um ciclo que vai se reproduzindo viciosamente, podendo alimentar a violência e a exclusão assim como a boa convivência (CHALITA, 2008).

Uma vez que esse círculo torna-se perverso, é necessário rompê-lo através de ações onde serão avaliadas as necessidades e possibilidades da criação de um projeto capaz de alcançar a todos os alunos, sejam eles vítimas, agressores ou expectadores.

Os entrevistados relataram que a escola tem promovido alguns eventos como palestras com profissionais, o programa PROERD (Programa Educacional de Resistência às Drogas e à Violência), e a adesão ao Projeto “Unidos pela Paz” na tentativa de conscientização dos alunos com relação ao fenômeno *bullying*, assim como procedimentos como advertências, orientações em salas de aula ou fora dela, bem como conversas com os pais e suspensão quando se tratam de casos mais graves.

Os encaminhamentos a profissionais, como psicólogos também foram meios utilizados pela escola. Mas frisa-se que esses encaminhamentos são realizados para os agressores de *bullying*, e não para as vítimas.

Nesse contexto, ressalta-se que um dos propósitos da Justiça Restaurativa é justamente o amparo a vítima e a necessidade de sua inclusão no processo (KOSOVSKI, 2008). Isso se dá, pois geralmente é a vítima a que mais sofre com as agressões de bullying, sendo suas marcas são muito profundas, interferindo negativamente em seu desenvolvimento psicossocial (CALHAU, 2010).

Entretanto, por mais que existam projetos em desenvolvimento na escola e demais medidas adotadas para a prevenção e o combate, praticamente todos os relatos indicaram a reincidência logo em seguida.

O instrumento do diálogo é o método utilizado na Justiça Restaurativa. Na realização do círculo restaurativo será oportunizado a todas as partes envolvidas manifestarem seus sentimentos e seus anseios. Nesse momento, a vítima poderá expor seus sentimentos e a intensidade do dano que aquela conduta lhe causou, bem como, o infrator adquire a consciência dos danos que causou, podendo fazer (re)nascer em si mesmo um sentimento de arrependimento e reparador (ROLIM, 2008).

Seu propósito é trabalhar na tentativa de criar uma cultura de diálogo, respeito mútuo e paz. Os círculos fazem parte desta modalidade onde se reúnem os envolvidos e através do mediador resolvem a controvérsia (NOVAES; BOARETTO, 2010).

CONCLUSÃO

O *bullying* é um fenômeno que tem despertado o interesse de muitos pesquisadores. Embora o termo ainda seja recente, ele está presente em todas as Escolas, causando danos irreparáveis no desenvolvimento de jovens adolescentes, nas famílias e na sociedade. Estudar esse fenômeno é atuar nos fatores que concorrem para a origem dessa violência, que se infiltra cada vez mais no ambiente escolar, não apenas nas consequências como é o que geralmente ocorre no Poder Judiciário.

Através das análises teóricas e da pesquisa de campo realizada ficou claramente demonstrada a importância da família no desenvolvimento socioeducacional da criança e do adolescente. Uma educação voltada para a renúncia e omissão dos pais na condução de seus filhos a um desenvolvimento

sadio e a convivência social adequada, apresenta maiores riscos de esses indivíduos se envolverem em práticas de *bullying* escolar.

Já no que se refere às normas vigentes em nosso ordenamento jurídico, ou seja, a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente nos casos de envolvimento em *bullying* escolar, conclui-se que esta normativa não está sendo corretamente aplicada, assim como também não é adequada para a solução do problema.

Na pesquisa realizada, diante dos casos em que se solicitou o apoio do Conselho Tutelar ou do Ministério Público, percebeu-se que o meio adotado na tentativa de solução do litígio era a suspensão e em não resolvendo, a transferência do aluno para outra escola. Esses métodos utilizados não costumam surtir os efeitos desejados, uma vez que a suspensão ou a transferência do aluno apenas irá adiar o problema ou transferi-lo daquele ambiente para que se instale em outro lugar.

Além disso, verificou-se também que de nada adianta atacar as consequências, é preciso combater as causas responsáveis pela a incidência do fenômeno em crianças e adolescentes. Se o problema está na desestrutura familiar, punir os envolvidos somente dará ensejo para que essa situação problemática se agrave ainda mais, pois instiga o sentimento da vingança ou um refúgio diante do sofrimento vivenciado em sua casa ou do problema que lhe envolve.

O ECA elenca uma série de medidas em seus textos para a segurança de crianças e adolescentes em fase de desenvolvimento, dentre eles programas para acompanhamento e instrução das famílias, a colocação da criança ou adolescente em família substituta, assim como diversos outros meios disponíveis. Nesse contexto, de acordo com as entrevistas realizadas percebe-se uma omissão daqueles que tem obrigação de zelar pelos interesses da criança e do adolescente, em descumprimento das determinações legais do referido diploma legal. Saliente-se, evidentemente, que os dados foram coletados de forma unilateral e apenas através de entrevistas com os professores, de tal sorte que o resultado poderia ter sido diferenciado caso também fosse realizada pesquisa com o próprio Ministério Público, Conselho Tutelar e familiares dos estudantes, o que pode ser uma sugestão de possível desdobramento futuro.

No que diz respeito à Justiça Restaurativa como um novo modelo de justiça a ser adotado, pode-se afirmar que é um meio viável para a solução de conflitos

escolares. Entretanto, por mais que seu propósito seja trabalhar na tentativa de criar uma cultura de diálogo, respeito mútuo e paz, há ainda que se fazer algumas considerações.

Primeiramente tem-se que considerar que se estará trabalhando com crianças e adolescentes, ou seja, sujeitos ainda em desenvolvimento e que se encontram em formação de sua personalidade não tendo pleno discernimento para certas decisões. Assim observa-se que esse pode estar prejudicando o princípio da autonomia que rege este procedimento, considerando que por se tratar de crianças que apresentam profundas questões em virtude da desestrutura familiar, talvez poderiam não concordar em participar do procedimento assim como também os seus pais, estando sujeitos a, de certa forma, mesmo que involuntariamente, serem conduzidos ao círculo, o que feriria tal princípio. Ou ainda, também há a possibilidade desses participantes posteriormente não se comprometerem com o acordo firmado, o que colocaria em risco a revitimização da vítima causando-lhe ainda danos mais profundos.

Contudo, a Justiça Restaurativa ainda é um sistema embrionário, que está em fases de testes e o objetivo no presente trabalho não é em nenhum momento descartá-la. O que se deseja é apenas demonstrar as possibilidades que esse procedimento tem de trazer bons resultados e a partir disso possibilitar novos estudos.

Por fim, ressalta-se que nas entrevistas realizadas com os professores, percebe-se que todos estão cientes da existência de *bullying* escolar e das inúmeras consequências que esse fenômeno causa na vida do indivíduo, entretanto nota-se certa desconexão na tentativa de resolver a questão. Nas entrevistas alguns professores alegaram não ter conhecimento do comportamento dos pais diante dessas atitudes agressivas, pois a conversa se dá com a direção e não diretamente com os professores, outros não têm conhecimento se há encaminhamento ou se seu aluno está em tratamento com profissional e ainda tem aqueles que alegam a falta de comprometimento dos colegas.

Assim, a conexão entre professores e direção é fundamental para a tentativa de solução do fenômeno, pois a equipe diretiva precisa estar a par de tudo que acontece em sala de aula, assim como os professores de todos os procedimentos adotados pela direção na solução do problema principalmente no que se refere a

família e tratamentos com profissionais. A interligação dessas informações irá permitir que o professor trabalhe adequadamente com as reais dificuldades dos alunos e a direção nos procedimentos adotados diante dos conflitos instaurados.

REFERÊNCIAS

AMANCIO, Mila Loureiro de Castro. **Justiça Restaurativa: um novo modelo de Justiça**. 2011. Disponível em: <http://www.idespbrasil.org/arquivos/Artigo_68.pdf>. Acesso em: 20 set. 2011.

BOARETO, Jaqueline Bin. **Análise acerca das Normas Jurídicas e sua Efetividade contra o Fenômeno Bullying**. Disponível em: <<http://www.coc.com.br/jornal/MateriaJornalImpressao.asp?IdSiteJornal=74&IdMateria=30292>>. Acesso em: 23 abr. 2011.

BRASIL. **Constituição Federal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2011.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei 8.069/1990**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 12 ago. 2011.

_____. **Senado Federal - Projeto de Lei n.º 196/2011**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=89405&tp=1>>. Acesso em: 12 ago. 2011.

CALHAU, Lélío Braga. **Bullying: o que você precisa saber**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

CAMARGO, Carolina Giannoni. **A Violência chamada Bullying**. Revista Síntese de Direito Processual e Penal. Porto Alegre: Síntese, 2011.

CHALITA, Gabriel. **Pedagogia da Amizade – Bullying: o sofrimento das vítimas e dos agressores**. 5. ed. São Paulo: Gente, 2008.

DEMO, Pedro. **Introdução à Metodologia da Ciência**. São Paulo: Atlas S.A., 1996.

FANTE, Cleodilice Aparecida Zonato. **O Fenômeno Bullying e as suas Conseqüências Psicológicas**. Disponível em: <<http://www.psicologia.org.br/internacional/pscl84.htm>>. Acesso em: 02 out.2011.

_____; PEDRA, José Augusto. **Bullying escolar: perguntas e respostas**. Porto Alegre: Artmed, 2008.

FERREIRA, Luiz Gustavo Fabris. **Bullying**: uma questão de direitos humanos. 2009. Disponível em: <<http://www.pjpp.sp.gov.br/2004/artigos/51.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2011.

GROSSI, Patrícia Krieger; FABIS, Camila da Silva. **Os Círculos Restaurativos como Estratégia de Intervenção no Fenômeno do Bullying Escolar**: desafios e Perspectivas. 2009. Disponível em: <http://www.pucpr.br/eventos/educere/educere2009/anais/pdf/2816_1965.pdf>. Acesso em 20 set. 2011.

_____; SANTOS, Andrés Mendes dos; OLIVEIRA, Simone Barros de; FABIS, Camila da Silva. **Implementando Práticas Restaurativas nas Escolas Brasileiras como Estratégia para a Construção de uma Cultura de Paz**. Disponível em: <www.pucpr.br/eventos/educere/educere2008/anais/pdf/300_254.pdf>. Acesso em: 20 set. 2011.

Justiça Restaurativa. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/interno.php?ativo=DOC&sub_ativo=jr_o_que>. Acesso em: 21 set. 2011.

Justiça para o Século 21. Pré-Círculo Restaurativo. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/webcontrol/upl/bib_344.pdf?PHPSESSID=63770e76ec2428d9fb52804fc5f05f33>. Acesso em: 21 set. 2011.

KONZEN, Afonso Armando. **Justiça Restaurativa e Ato Infracional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KOSOVSKI, Ester. Vitimologia, Direitos Humanos e Justiça Restaurativa. **Revista IOB de Direito Penal e Processual**, Porto Alegre: Síntese, fev./mar. 2008.

MARCONI, Mariana de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

MELO, Eduardo Rezende. A Experiência da Justiça Restaurativa no Brasil: um novo paradigma avançando na infância e juventude. **Revista IOB de Direito Penal e Processual**, Porto Alegre: Síntese, ago./set. 2008, p.151.

NETO, Aramis A. Lopes. **Bullying** – comportamento agressivo entre estudantes. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S002175572005000700006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 03 out. 2011.

OLIVEIRA, Alessandra de. **Bullying na Escola**. 2010. Disponível em: <http://forum.ulbratorres.com.br/2010/mini_texto/MINI%20CURSO%205.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2011.

OLIVEIRA, Priscila de Fátima Barros. Mediação Penal: Alternativa para a Construção de uma Justiça Restaurativa. **Revista IOB de Direito Penal e Processual**, Porto Alegre: Síntese, dez./jan. 2009.

PIJOAN, Elena Larrauri. Tendências Atuais da Justiça Restaurativa. **Revista IOB de Direito Penal e Processual**, Porto Alegre: Síntese, fev./março 2009.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa – Um Novo Caminho? **Revista IOB de Direito Penal e Processual**, Porto Alegre: Síntese, dez./jan. 2008.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Justiça Restaurativa em Debate. **Revista IOB de Direito Penal e Processual**, Porto Alegre: Síntese, dez./jan. 2008.

ROLIM, Marcos. **Bullying**: o pesadelo da escola. Porto Alegre: Dom Quixote, 2010.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Marta Angélica Iossi; PEREIRA, Beatriz Oliveira. **A Violência como Fator de Vulnerabilidade na Ótica de Adolescentes Escolares**. 2008. Disponível em: <<http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/9574/1/A%20violencia%20como%20factor%20de%20vulnerabilidade.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2011.

SILVA, Tomaz Nonticurida. **Bullying**: só quem vive sabe traduzir. Santa Rosa: Revista Fema, 2007.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A GESTÃO DE PESSOAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Maria Inês Johann Kulzer¹
Márcia Adriana Dias Kraemer Kraemer²
Ricardo Hermany³

Nas últimas décadas, houve grandes mudanças no cenário mundial impactado pelo fenômeno da globalização, das inovações tecnológicas, bem como da evolução das ciências, impondo a necessidade de uma reorganização estrutural do Estado, dos processos de produção e a adoção de novas estratégias de gerenciamento para sobreviver no modo capitalista de produção. Para adequar-se a esse novo contexto econômico, o Estado é obrigado a redefinir suas funções, e por isso, o Governo tenta implantar, por meio da Reforma Administrativa, a administração gerencial, em que o Estado é equiparado a uma empresa privada, na qual o controle da gestão concentra-se nos resultados e não mais no processo.

Com esse propósito, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional 19/1998, a chamada Reforma Administrativa (BRASIL, 1998). A eficiência, com ênfase na qualidade e produtividade, são os novos parâmetros estabelecidos pela administração gerencial, uma vez que, foi atribuído ao servidor público o ônus da crise financeira do Estado. Outra justificativa da Reforma é a necessidade da

¹ Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Machado de Assis. Especialista em MBA Gestão com Pessoas. mariakulzer@yahoo.com.br

² Doutora em Estudos da Linguagem pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR. Bolsa Capes. Mestre em Letras pela Universidade Estadual de Maringá – UEM/PR. Professora de Língua Portuguesa e de Metodologia da Pesquisa Científica e Jurídica dos Cursos de Graduação e Pós-graduação das Faculdades Integradas Machado de Assis. Integrante do Grupo de Pesquisa *Políticas Públicas de Inclusão Social/CNPq*, da Universidade de Santa Cruz, Rio Grande do Sul, na linha de pesquisa Direito, Cidadania e Políticas Públicas. Coordenadora do Grupo de Pesquisa *PROPLAC - Letramento Acadêmico/Científico no Contexto das Ciências Sociais Aplicada* e da *Especialização em Práticas Pedagógicas para a Docência no Ensino Técnico, Tecnológico e Superior*. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão – NPPGE/FEMA. marciakraemer@fema.com.br

³ Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1996), Mestrado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999), doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e doutorado em doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003). Pós-Doutorado na Universidade de Lisboa (2011). Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado/Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Mantém suas pesquisas com ênfase em Direito Local e Poder Público, atuando principalmente nos seguintes temas: poder local, concretização da constituição, direitos sociais, (re)fundação do Estado e Constituição Federal. hermany@unisc.br

profissionalização do servidor, com estabelecimento de metas a atingir e remuneração mais digna, no intuito de melhorar o desempenho em suas atividades.

O tema adquire relevância, uma vez que é preponderante o papel exercido pelo Servidor Público na Administração do Estado, caracterizada pelo conjunto de agentes que prestam serviço ao público. Além disso, a maior parte das alterações propostas pela EC/19/98 atinge diretamente a classe dos servidores públicos, os quais são responsáveis, na prática, pela implantação das mudanças previstas na Reforma Administrativa (BRASIL, 1988).

Provém desse fato, a importância da motivação e da qualificação do Servidor Público como pressuposto de eficiência e de melhoria da gestão do Estado. Por conseguinte, a partir desse recorte temático, surgem vários questionamentos acerca do sistema de reconhecimento da qualificação do Servidor Público e sua influência na efetivação do instituto da eficiência.

Nessa nova perspectiva de gerenciar o Estado, o tema proposto é problematizado a partir da análise da trajetória histórica em implementar a meritocracia na Administração Pública brasileira, questionando-se em que medida podem ser utilizados na avaliação dos servidores públicos, instigando-os a buscar maior e melhor qualificação para contribuir na melhoria da gestão pública.

Desse modo, a pesquisa abarca, como objetivos específicos, a análise da motivação e a qualificação do Servidor Público como pressuposto de eficiência e da qualidade na administração do Estado, bem como, estudar o instituto da meritocracia, propondo, por fim, algumas formas de progressão funcional no serviço público, servindo como indicativos de apoio na elaboração de um projeto de lei que institua um Plano de Carreiras para os Servidores Públicos do Quadro Geral do Município de Santo Cristo.

Destarte, a pesquisa bibliográfica tem Pietro, Meirelles, Silva, Coutinho, Chiavenato e Barbosa como autores principais, abordando a temática da evolução histórica do Estado, a Reforma Administrativa e o novo perfil de servidor público almejado, bem como, a análise do sistema meritocrático e sua influência na motivação pessoal e a busca de qualificação profissional (PIETRO, 2003;

MEIRELLES, 2008; SILVA, 2009; COUTINHO, 2010; CHIAVENATO, 2004; BARBOSA, 2003).

A pesquisa caracteriza-se como teórica quanto à natureza e qualitativa no tocante ao tratamento dos dados. O método de abordagem principal é o dedutivo, com procedimento histórico, comparativo e monográfico. A geração de dados é realizada por documentação indireta, tanto pela consulta bibliográfica como documental, à legislação e à jurisprudência acerca do tema.

O artigo abrange, além da parte introdutória, o suporte teórico sobre a temática, sistematizando conceitos, a evolução dos modelos de Estado e sua estruturação, bem como, avaliar a importância dos servidores públicos no processo administrativo do Estado. Ainda, estudar o instituto da meritocracia como forma de progressão funcional, confrontando os vários questionamentos acerca do tema e sua influência na efetivação do instituto da eficiência. Por fim, as ponderações acerca do tema e as considerações finais.

1 OS MODELOS ESTATAIS E SUA INFLUÊNCIA NA GESTÃO DE PESSOAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O homem é na sua essência, um ser social e, para garantir sua segurança física e sobrevivência, passa a viver e a organizar-se em grupos. Nessa gênese da civilização, o homem, nômade, tirava sua alimentação da natureza, vivendo exclusivamente da caça, da pesca e da vegetação. Essa forma gregária faz com que o ser humano se sujeite a regras de convivência, passando assim a dividir tarefas e instrumentos de trabalho para assegurar a sobrevivência da espécie.

Contudo, foi com a descoberta da semente, da agricultura, o aprimoramento das técnicas de produção, o domínio do fogo que o homem deixou de ser nômade, fixando raízes na terra, produzindo mais alimentos do que necessário para a sobrevivência. Esse fato trouxe inúmeras alterações na vida social e deram início às primeiras linhas de exploração do homem pelo próprio homem. Houve a divisão em classes sociais, ficando alguns com o processo de produção e outros, a minoria,

ditando os modos de produção, a vontade geral, além de se dedicar à política, à arte e à religião (HUNT; SCHERMAN, 1990).

A vida em sociedade tornou-se mais complexa, havendo a necessidade de estabelecer regras para harmonizar a convivência e dirimir os conflitos advindos do pluralismo social, contradições internas já estruturadas na sociedade. Surge assim o Estado, formado pelo povo, o território e um governo soberano, dotado de poder para determinar a conduta de seus membros ao longo de cada período histórico (DALLARI, 2001).

A Idade Média foi o período marcado pelo declínio do Império Romano e a invasão desses pelos povos bárbaros, impondo novos costumes. As áreas invadidas “[...] se firmaram como unidades políticas independentes, resultando o aparecimento de vários Estados.” (DALLARI, 2001, p. 68). As guerras e as frequentes invasões impediram o crescimento do comércio local. Por conseguinte, houve a valorização da terra e a sua posse, dando origem assim o feudalismo, uma nova forma de organização social, política e econômica, de cunho patrimonial. A sociedade foi dividida em hierarquias, a mais alta, a nobreza, o clero e os camponeses, conforme o tipo de ligação de seus membros com a terra. Os senhores feudais dispunham de todo poder político, econômico, social e jurídico, impondo as regras de conduta a serem seguidas em seu feudo (DALLARI, 2001).

A transição da Idade Média para a Idade Moderna frutificou-se por um lento processo histórico, sendo marcado pela insegurança, pela crise da sociedade feudal mediante a fragmentação de poderes dos senhores feudais que, além de disputarem entre si, repartiam o poder com o monarca. É com a passagem do Estado Medieval ao Estado Moderno, em sua forma absolutista, que tem início a dominação legal-racional, em que o vassalo do suserano feudal torna-se o súdito do rei, assim como os outros poderes distribuídos pelos feudos são supridos e acrescentados ao poder soberano na monarquia absoluta (STRECK, 2003).

Nasce, dessa feita, o Estado Nacional, decorrente da crise estrutural e política do feudalismo, os avanços tecnológicos, a expansão do comércio, introduzindo, no seio da sociedade, uma série de mudanças sob todos os aspectos, tanto político, social, econômico e também cultural. O Estado Moderno tem como elementos

basilares o povo, que ocupa o território, espaço físico, e que tem um governo soberano. Um mesmo povo, ligado por crenças, tradições, laços de família, mesma linguagem e país, cujo território é delimitado, estando sob o jugo das mesmas leis. Desse modo, são as crises políticas e econômicas da sociedade medieval que definiram as características essenciais do Estado Moderno, sendo que o território e o povo constituem os elementos materiais e o governo, o poder e a autoridade formam os elementos formais (STRECK, 2003).

A primeira fase do Estado Moderno é traduzido pelo absolutismo como forma de governo, sustentado pela ideia do poder divino dos reis, prevalecendo sobre o Estado. Há a centralização de poderes e sua administração acontece conforme os ditames da coroa ou da nobreza. Prevalece o conceito que a vida humana e sua posição ocupada na sociedade são oriundas da vontade celeste, justificando a existência de classes sociais com uma explicação sobrenatural, sem ter noção da individualidade (STRECK, 2003).

Contudo, esse cenário é modificado com a quebra da unidade espiritual pelas reformas religiosas, a revolução científica e o renascimento cultural, bem como a expansão comercial que introduziu as relações monetárias de mercado. Surgem as novas ideologias fundamentadas no individualismo e a busca do lucro no sistema capitalista emergente e na sociedade burguesa. Esse novo pensamento econômico, o liberalismo, justifica e o mantém, sem a intervenção estatal, censurando o absolutismo e pregando a limitação do poder, dos privilégios, o combate ao poder divino dos reis (PEREIRA, 1998). Nessa conjuntura política, econômica e sociocultural, firma-se a nova ordem capitalista, concretizando, dessa forma, o paradigma da Modernidade.

Surge, no final do século XVIII, o Estado Liberal, tendo como marco histórico os ideais da Revolução Francesa. Apresenta uma visão estatal teoricamente humanística, difundindo a ideia de um Estado fundamentado na valorização do ser humano e na separação do público com o privado. Sua filosofia econômica concentra-se na ideia do individualismo, dos direitos econômicos, da propriedade e de uma economia de mercado livre, sem o controle estatal no modo de produção

capitalista. A base do liberalismo está na auto-organização do mercado pela oferta e pela procura, em que a concorrência é o termômetro regulador (STRECK, 2003).

É nesse contexto histórico que a Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu é consagrada como modelo político de Estado. Há a preocupação com a lei escrita, o constitucionalismo positivista, que estabelece os limites do poder político para assegurar os direitos fundamentais das pessoas, ao esquematizar as atividades do Estado, limitar seu poder e dividir suas funções com base na especialização. Esse modelo estatal prioriza a defesa da propriedade privada, de forma que as funções atribuídas ao Estado são de apoio ou de regulamentação do setor privado. Há a separação dos poderes, sendo que um controla o outro, com o intuito de coibir o livre arbítrio dos governantes (STRECK, 2003).

O Estado Liberal é abalado pelo capitalismo industrial, fazendo surgir uma nova classe social, a classe proletária. O desenvolvimento industrial trouxe ao capitalismo liberal um aumento expressivo da produção econômica e a concentração da riqueza obtida com a exploração da classe operária submetida a condições de trabalho degradantes. Sem lei que regulamentasse as condições da classe operária, são obrigados a organizar-se em sindicatos e partidos, estabelecendo um projeto de classe e lutando por ele. Diante da pobreza e da desordem que compõem o panorama social da época, a Igreja lançou a doutrina social, invocando a igualdade material e a Justiça Social, com a intervenção do Estado em todos os aspectos da vida em sociedade (STRECK, 2003).

O Estado começa a ser agente dos direitos e garantias sociais coletivas, em que se propõe a defender, de maneira objetiva e igualitária, as liberdades concretas, tornando-as elementos que estabelecem a ordem institucional, assegurados em lei. A lei é o instrumento de atuação do Estado para assegurar as garantias e os direitos sociais, mas sua elaboração não acontece de forma democrática, à medida que não há a participação do povo nas decisões do Estado (PEREIRA, 2003).

O Estado Social foi incorporado por um novo modelo de Estado, o Estado Democrático de Direito, tentando unir o ideal democrático ao Estado de Direito, tendo sua fundamentação no princípio da legalidade, da cidadania, com a participação decisiva do povo - soberania popular - nas atividades do Estado, por

meio dos direitos políticos e sobre a ordem jurídica. Nesse sentido, há a ampliação do acesso à Justiça para materializar seus princípios fundamentais (SILVA, 2010). Além disso, O Estado busca meios para efetivar a igualdade, não apenas na senda normativa, mas, por meio dela, intervir diretamente na comunidade (STRECK, 2003).

Do mesmo modo que há necessidade de adequar o Estado de acordo com cada contexto histórico, assim, o Direito teve que ser reformulado para acompanhar as demandas sociais. No mesmo sentido, a estrutura, a organização, e as funções administrativas do Estado estão diretamente atreladas à concepção política e econômica do Estado ao longo de seu processo histórico de evolução. Contudo, foi com a Revolução Francesa e a Teoria da Separação dos Poderes, elaborada por Montesquieu, que houve a formação do Direito Administrativo e Constitucional. Da tripartição das funções do Estado emerge a necessidade de especialização das atividades do governo, bem como a independência dos órgãos encarregados de sua execução (MEIRELLES, 2008).

Apesar de sempre terem existido normas de Direito Público para regular as funções administrativas, foi com a formação do Estado de Direito que se estruturou o Direito administrativo e o Constitucional. Decorrem do princípio da legalidade, mola mestra do estado de Direito, em que os governantes estão sobre o jugo da lei fundamental que é a Constituição. Incorporou em sua essência o princípio da separação dos poderes, com o fito de garantir a proteção dos direitos individuais, nas relações entre particulares e destes com o Estado (PIETRO, 2003).

A palavra princípio deriva do latim *principium* e seu significado varia de acordo com o contexto que é empregado. Em seu sentido vulgar traduz ser o começo de vida ou origem de qualquer coisa. Usada no plural, refere-se a normas elementares ou requisitos primordiais servindo de base para algo. No âmbito jurídico, os princípios são conjuntos de regras e preceitos fixados para servir de norma a toda espécie de ação jurídica. É a base na qual se estrutura todo o ordenamento jurídico, sendo fonte de sua criação, aplicação e interpretação (SILVA, 2007).

A Carta Magna de 1988 trouxe elencados no artigo 37, *caput* da CF de 1988, cuja redação foi dada pela Emenda Constitucional n 19, de 04/06/1998, os princípios básicos, de ordem pública, atinentes à Administração Pública. São diretrizes gerais

que devem orientar todas as ações administrativas praticadas por aqueles que exercem o poder público.

O princípio da legalidade decorre da observância e da submissão à lei dos administradores e de todos daqueles que despenham funções ou ocupam cargo público. Sua aplicação acontece de forma rígida, por ser atributo essencial à Administração Pública. Meirelles comenta que: “[...] ao administrador público só é permitido fazer o que a lei expressamente autorizar, vedando a incidência da vontade pessoal em seus atos, enquanto no setor privado, pode-se fazer tudo que a lei não proíba.” (MEIRELLES, 2008, p. 89).

A impessoalidade na Administração Pública está diretamente atrelada à finalidade e ao interesse público, ou seja, o administrador não praticar atos com vistas ao benefício próprio ou de terceiros, vinculando o ato administrativo a sua finalidade que é o interesse público. Proíbe a promoção pessoal, tanto das autoridades, quanto dos servidores públicos, sobre os atos administrativos realizados, assim como é dever do administrador conceder tratamento igualitário aos administrados sempre voltado aos interesses coletivos (MEIRELLES, 2008).

Contudo, não basta apenas o administrador público observar estritamente as leis, mas o exercício da função pública tem de ser pautado por condutas ilibadas, sendo consignadas pela razoabilidade, honestidade e boa-fé. Assim, o princípio da moralidade abarca regras de boa administração e comportamento utilizadas para reger uma sociedade. A moralidade é pressuposto de validade de todos os atos administrativos e seu controle interno é feito pelo Tribunal de Contas e pelo Legislativo. A conduta que não observa esse princípio é considerada atos de improbidade, portanto, à apreciação pelo poder judiciário (MORAES, 2007).

Do mesmo modo, o poder público tem o dever de publicar os atos praticados, zelando, dessa forma, pela transparência da Administração Pública, em que todos os cidadãos possam acompanhar a gestão pública dos recursos e controlar o exercício do poder, bem como a conduta interna de seus agentes. A publicização dos atos administrativos é requisito de moralidade e de eficácia, adquirindo *status* de direito individual do cidadão, que passa a ter acesso a informações dos órgãos públicos, tanto as de ordem pessoal ou de interesse coletivo e geral, excetuando as

informações sigilosas que possam pôr em risco a segurança do Estado e da sociedade. No momento em os atos administrativos foram publicados, começam a produzir seus efeitos externos, fora do âmbito administrativo, perante terceiros, além de tornar-se para o povo uma importante ferramenta de controle das condutas dos governantes (MEDAUR, 2008).

Mesmo que a Carta Magna já faça menção à eficiência, a Emenda Constitucional nº 19 de 04/06/1998 ratifica o princípio da eficiência como parâmetro de atuação da Administração Pública. A função administrativa tem de ser exercida com legalidade, de modo que, o serviço público atenda satisfatoriamente as demandas da sociedade. A Administração Pública, em todas as esferas tem o dever de zelar e aprimorar os serviços públicos. Neste contexto, impõe-se a Administração Pública o dever de conduzir seus serviços de modo rápido, com maior e melhor rentabilidade possível, atendendo, por conseguinte, um maior número de beneficiados, sem se afastar da legalidade em que todo ato administrativo deve estar vinculado (PIETRO, 2003).

O princípio da eficiência, por sua vez, tem ares de novo quando observado o contexto político e econômico em que foi constitucionalizado pela EC 19/98. A instabilidade e a crise econômica abalaram o Estado que, por sua vez, não conseguiu mais prestar os serviços públicos básicos, sendo necessário e urgente rever suas funções. A reestruturação organizacional e funcional do Estado inspirou-se em empresas privadas bem sucedidas na economia capitalista. Dessa forma, a eficiência elevada a princípio e constitucionalizada a partir da EC 19/98, tem sua ideologia atrelada à ciência da administração, sendo concebido a partir da experiência do setor privado (SILVA, 2002).

O princípio da eficiência tem seu significado concebido de acordo com seus propósitos. Nesse sentido, a acepção de *eficiência* que foi transposta para a Administração Pública é de cunho econômico na explicação de Silva, “Eficiência não é um conceito econômico e não jurídico, qualifica as atividades e não as normas, no sentido de obter melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe com menor custo.” (SILVA, 2002, p. 651).

Entretanto, a expressão *eficiência*, quando utilizada pela ciência econômica, tem um sentido diferente de quando usada para a Administração Pública, com objetivos diferentes da administração de uma empresa privada. Nesta, almeja-se o lucro e estabelece-se a melhor relação encontrada de custo/benefício, primando pela rapidez e agilidade na produção, sem vínculo com o interesse público. Na Administração Pública, o que deve prevalecer é o primado do interesse público sobre o interesse privado e o princípio da estrita legalidade, em que a obediência a certos procedimentos é obrigatória (COUTINHO, 2010).

Surge a tentativa de implantar a Administração Pública gerencial para atender aos anseios da globalização econômica, como promover o desenvolvimento tecnológico e expandir a economia. O cidadão aparece como cliente usuário dos serviços públicos exigindo maior eficiência, a revisão e aprimoramento continuado dos métodos e das rotinas de trabalho com a alteração de procedimentos. Prevê ainda, a fixação de metas a serem atingidas e a simplificação de procedimentos e efetividade dos serviços públicos (COUTINHO, 2010).

O princípio da eficiência pode ser analisado sobre dois aspectos. Pode ser conceituado pelo modo de atuação do agente público, do qual se almeja o melhor desempenho possível no desempenho de suas funções, para lograr os melhores resultados. A segunda forma é em relação ao modo de organização, estruturação e disciplina na Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público (PIETRO, 2003).

A eficiência, portanto, estende-se ao procedimento e ao resultado. O procedimento é a forma de mensurar o desempenho administrativo e ao resultado, traduzido na finalidade almejada pela Administração Pública. É sobre a “[...] dimensão da otimização no uso dos meios que reside uma questão decisiva da eficiência na Administração Pública [...]”, ou seja, a qualificação de pessoal que, em termos de Administração Pública, corresponde à otimização no uso dos meios, ou pelo menos à esfera mais importante deles (COUTINHO, 2010, p. 117). Isso porque, considerando a máquina administrativa, a “[...] qualidade e competência dos agentes públicos são mais importantes na determinação de uma Administração Pública eficiente que os aspectos materiais e de infraestrutura.” (COUTINHO, 2010, p. 117).

Resta nítida a correlação do princípio da eficiência e os demais princípios da Administração Pública, elencados no Art. 37, *caput* da Constituição Federal. O princípio da eficiência deve servir de alicerce, condição para a aplicação adequada dos demais princípios da Administração Pública.

2 A IMPORTÂNCIA DA QUALIFICAÇÃO E DA MOTIVAÇÃO PROFISSIONAL À GESTÃO PÚBLICA: A MERITOCRACIA COMO FORMA DE VALORIZAÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO.

A Reforma Administrativa do Estado não é algo novo. A Administração Pública brasileira é caracterizada por vários processos reformistas com o objetivo de trazer mudanças e inovar a forma estrutural do Estado, tanto na forma de organizar e de gerir a Administração Pública quanto ao funcionalismo público. No Brasil, a primeira tentativa de modificar a estrutura do Estado remonta a década de 30, durante o Governo Vargas, mas chega ao ápice na década de 90, com a EC19/98, a Lei da Reforma Administrativa do Estado (WAHRLICH, 1983).

Na década de 30, a instabilidade política e econômica provoca golpes militares em diversos países da América Latina e, no Brasil, há o declínio da situação política vigente influenciada por fatores externos e internos. A crise do sistema capitalista, a modernização das economias nacionais com a intervenção Estatal na economia. No âmbito interno, predominava o Estado patrimonialista, a desorganização administrativa e a falta de qualificação técnica dos servidores emperram o aparelho governamental (WAHRLICH, 1983).

No Estado brasileiro, a primeira reforma administrativa tem início durante o governo de Getúlio Vargas. O funcionalismo é exposto como problema e há a necessidade de fazer reduções no quadro de funcionários. Com a economia resultante desse procedimento, o governo pode melhorar a remuneração de seus servidores, não onerando os cofres públicos, garantindo-lhes estabilidade, promoções, bem como a aplicação dos dispositivos que regulam a Administração Pública. Em contrapartida, o povo tem o direito de exigir maior empenho e rendimento das atividades exercidas pelos funcionários. A eficiência no serviço

público é obtido pela qualificação dos servidores e por meio da dignificação da função pública. Provém dessa reforma, o processo de racionalização da Administração Pública, com o surgimento das carreiras burocráticas e do concurso como requisito de ingresso no serviço público (WAHRLICH, 1983).

A segunda Reforma Administrativa ocorrida no país acontece na década de 60 e tem seu início no governo de João Goulart. Nesse período é feito um diagnóstico das mudanças imprescindíveis à Administração Pública Federal. Entretanto, essa reforma tem seu término no governo militar e seu objetivo maior é tornar a Administração Pública eficiente, assim como as empresas privadas. Para tanto, segue uma política de descentralização, extinguindo os controles formais, bem como incorpora na gestão pública os princípios de coordenação, descentralização e de planejamento, além de delegar competências e controle. Essa reforma tem como preocupação fundamental, a efetivação da eficiência na prestação do serviço público (COUTINHO, 2010).

O cenário de crise interna do Estado e o esgotamento do Estado social, a crise financeira e fiscal de Estado e do modo de intervenção do Estado na economia são as principais causas motivadoras para a reforma da máquina administrativa na década de 90. Surge a tentativa de implantar a Administração Pública gerencial para atender aos anseios da globalização econômica, como promover o desenvolvimento tecnológico e expandir a economia.

A proposta da Reforma Administrativa do Estado a EC 19/98 é ampla e abrange a organização do Estado, suas finanças e a estrutura normativa. O processo de reforma do Estado institui mudanças na área econômica, política, tributária e organizacional nos três poderes e seus efeitos incidem, de maneira imediata, sobre a população, sobre os agentes e os servidores públicos. Desse modo, “[...] a finalidade da proposta da reforma do Estado é obter o maior grau de racionalidade e eficiência, objetivando suplantar a crise econômica e firmar a democracia.” (SILVA, 2009, p. 80).

O maior objetivo da Reforma Administrativa é a transição da administração burocrática para a gerencial, de maneira gradual, aperfeiçoando algumas de suas instituições, tornando-as mais flexíveis. A proposta de reforma deve acontecer em

três dimensões. A primeira é na área institucional-legal, com a alteração normativa e com a criação ou modificação de instituições. A segunda etapa ocorre na dimensão cultural, com a passagem da administração burocrática para a gerencial, com a eliminação e a punição do clientelismo. Na terceira dimensão, e, portanto, a mais complicada, é a da gestão, que é a aplicação na prática dos ideários gerenciais, oferecendo à coletividade serviços públicos de melhor qualidade e com menor custo (PEREIRA, 1998).

Dessa feita, é instituída a avaliação institucional, estabelecida a partir de indicadores de desempenho e de contratação de pessoal – por meio de concursos e de processos de seleção pública - prevê o aperfeiçoamento das capacidades gerenciais e de técnicas do setor público, mediante programas de treinamento e de desenvolvimento de recursos humanos oferecidos por escolas de governo. Há a flexibilização do conceito de estabilidade do servidor público, passando a ser admitida a possibilidade de demissão por insuficiência de desempenho e por excesso de despesas com pessoal (COUTINHO, 2010).

A transição da Administração Pública burocrática para a administração gerencial é um processo gradativo e não há uma ruptura total com o modelo burocrático, uma vez que a gerencial não nega seus princípios. Ao contrário, o modelo incorpora alguns institutos burocráticos, como a admissão sujeita a rígidos critérios de mérito, o sistema de remuneração, o quadro de carreira, a avaliação contínua de desempenho e o treinamento sistemático. A diferença deste modelo para o anterior está na forma de controle, que passa a concentrar-se nos resultados obtidos e não mais se fundamenta nos processos, além de incentivar a competitividade (PEREIRA, 1998).

O padrão gerencial hodierno é pautado na descentralização das decisões e das funções, com formas mais flexíveis de administração, ampliando a discricionariedade e autonomia administrativa. Outra característica é a transparência, havendo a participação ativa do povo no controle dos atos administrativos por meio da prestação de contas e da avaliação de desempenho dos agentes públicos, bem como, há o controle dos resultados pelo próprio cidadão, que é o beneficiário dos serviços públicos (SILVA, 2009).

Sob esse prisma, a proposta da Reforma Administrativa e, conseqüentemente, a nova Administração Pública gerencial almejada, é mudar o perfil cultural do servidor público. Sua implantação depende diretamente do funcionário público, sendo o responsável direto pela execução dos serviços públicos e do aumento da produtividade desses serviços. Seu trabalho é focado e avaliado de forma sistemática sobre os resultados e as metas de desempenho alcançadas, além de introduzir um espírito de concorrência interna nos setores ou nas relações pessoais, também recomenda obter a excelência dos serviços prestados no serviço público inspirado no setor privado (ROSA, 2007).

Atualmente, está confirmada a premissa de que as pessoas constituem o principal ativo das organizações, seu bem mais valioso. Fruto do fenômeno da globalização e da Era da Informação, as organizações buscam colaboradores que, além de desempenhar bem suas funções, agreguem valor pelo seu comprometimento com a empresa. As organizações, atualmente, têm a percepção de que seu sucesso é produto da otimização de seu capital humano, colocando-a em posição de destaque nas empresas, um retorno do investimento feito por meio dos processos de gestão de pessoas (CHIAVENATO, 2004).

Consoante à qualificação e à motivação do servidor público, ou seja, os processos de aplicar e de recompensar pessoas no serviço público. Balieiro convencionou não ser mais possível ter uma Administração Pública eficiente sem a participação direta de servidores qualificados, motivados, valorizados, tendo conhecimento e capacidade de adaptação às novas demandas da Administração Pública. Segundo ele, o êxito da gestão é obtido por meio do conhecimento, comprometimento, experiência de cada servidor (BALIEIRO, 2004).

A busca dos objetivos almejados pelo ser humano acontece pela motivação, que é um aspecto cognitivo da natureza humana e que orienta a sua conduta pessoal. É um estímulo que leva os indivíduos a agirem de formas diferentes ou a terem um comportamento específico. A motivação de cada pessoa varia segundo as necessidades individuais, com padrões de comportamento e valores sociais distintos, bem como a aptidão para alcançar seus objetivos que é inerente a cada ser humano. Quando é motivado, há satisfação, colaboração, ele produz mais e

melhora seus serviços, ao passo que, surge a frustração e o desinteresse dos membros de uma organização quando não existe motivação, sendo um fator de influência negativo no rendimento de seus serviços (CHIAVENATO, 2009).

Portanto, para que as empresas públicas possam oferecer serviços eficientes e de qualidade, é vital que seus servidores sejam competentes, qualificados e motivados, contribuindo, dessa forma, à melhoria da gestão pública. Nesse sentido, já existem várias ações de governo em todos os níveis de administração, seja na esfera Federal, Estadual ou Municipal, com vistas à valorização do capital humano, responsáveis diretos pela execução das tarefas públicas. Está confirmada, portanto, a importância que o trabalho exerce na vida de cada trabalhador, em que a motivação tem influência direta, seja ela, positiva para melhorar o empenho do indivíduo, ou de forma negativa, comprometendo sua autoestima, gerando reflexos na sociedade em que vivem.

Historicamente, no Brasil, a meritocracia encontra os primeiros nuances na Constituição de 1824, versando que os cargos públicos civis, políticos ou militares poderão ser ocupados por todos os cidadãos, não admitindo outra diferença para sua admissão, considerando apenas os talentos ou virtudes de cada candidato. No entanto, as Constituições Brasileiras de 1937, 1946, 1967 e a atual de 1988, ratificam a meritocracia, quando estabelecem que a forma de ingresso no serviço público é através de concurso público a todos os brasileiros. Ainda, a promoção na carreira está atrelada aos requisitos da antiguidade e desempenho satisfatório, não adentrando ao mérito da capacidade individual. A Constituição de 1988 é silente quanto à quantidade de cargos em comissão que podem ser criados, com indicação política, nem mesmo instituiu uma forma de promoção funcional, deixando sua regulamentação ao encargo dos estatutos e regimentos internos de órgãos e empresas públicas (BARBOSA, 2003).

Com a adoção do sistema gerencial de gestão, o Estado definiu algumas formas de recompensas ao funcionalismo por meio da meritocracia e de sua inclusão no plano de carreira dos servidores. Esclarecendo a acepção do termo meritocracia, Duarte afirma que esta é “[...] uma fórmula usada por organizações, como estímulo

profissional, oferecendo recompensas aos seus integrantes que proporcionem melhorias importantes para elas ou sua clientela.” (DUARTE, 2005, p. 365).

No que se refere à meritocracia no serviço público, Pinto conceitua merecimento como o reconhecimento do mérito de servidor público pelas suas qualificações funcionais, profissionais e morais, observando requisitos como a assiduidade, competência, conhecimento e habilidade, comprovados por avaliações que lhe conferem o direito à promoção de cargo, classe ou categoria (PINTO, 2005).

A discussão acerca da implantação de um sistema meritocrático e em que medida pode ser utilizado na avaliação dos servidores públicos, instigando-os a buscar maior e melhor qualificação para contribuir na melhoria da gestão pública, é questão complexa e polêmica, envolvendo vários fatores, entre os quais podem-se destacar a cultura do povo, a vontade política dos governantes e, ainda, a resistência de alguns segmentos da sociedade.

Ao analisar o tema da meritocracia e da avaliação de desempenho, Barbosa aduz que há diferenças entre a ideologia meritocrática e sistemas meritocráticos, explicando que meritocracia, como critério de ordenação social, é diferente de meritocracia como ideologia. No primeiro caso, o “[...] mérito é a capacidade de cada um realizar determinada coisa ou se posicionar em uma determinada hierarquia, baseada em seus talentos ou esforço pessoal.”; no segundo, ele é valor globalizante, ou seja, “[...] é critério fundamental, considerado moralmente correto para toda e qualquer ordenação social, principalmente no que diz respeito à posição sócio-econômica das pessoas.” (BARBOSA, 1996, p.78). Ou seja, em um universo social fundado em uma ideologia meritocrática, as únicas hierarquias legítimas e desejáveis são baseadas na seleção dos melhores.

Todavia, a implantação da meritocracia no serviço público e a avaliação do desempenho encontram várias restrições, principalmente, as de ordem subjetiva. É fácil mensurar a eficiência, pelo aspecto quantitativo de produção dentro de uma organização, ou ainda, a capacidade de produção de máquinas, já que estas podem ser materialmente ou objetivamente analisadas. Contudo, a avaliação da produção humana é algo subjetivo, porque o ser é único, tem características próprias, em que o desempenho, visto como produção, varia de acordo com a cultura da sociedade ou

do grupo no qual se insere. Sob essa óptica, a concepção de desempenho de cada indivíduo deve ser avaliada conforme a conjuntura em que é produzida (SILVEIRA, 2009).

A instituição da avaliação de desempenho pela EC/19 tem a finalidade de convalidar a perda do cargo pelo servidor estável quando considerado ineficiente. A Constituição Federal prevê no artigo 41, § 1º inciso III, que a avaliação de desempenho será regulamentada por Lei Complementar (BRASIL, 1999). Contudo, é pela Lei Ordinária nº 11.784/2008 que o Governo introduz a avaliação de desempenho no âmbito federal (BRASIL, 2008).

Contudo, a “[...] lei nº 11.784/2008 não discrimina quais habilidades dever-se-ão considerar e como se avaliará cada uma delas [...]”, ela “[...] abre espaço para que se possa, mediante atos normativos infralegais, estabelecer critérios de avaliação de desempenho individual do servidor público.” (SILVEIRA, 2009, p. 1-11). Nesse caso, Silveira aduz que a lei é “[...] materialmente inconstitucional, por permitir que a Administração Pública, por meio desses critérios, crie obrigações ao servidor, ferindo assim o Princípio da Legalidade e da Reserva Legal.” (SILVEIRA, 2009, p. 1-11).

Assim, no Brasil, ante as dificuldades de instituir critérios objetivos para a avaliação e o desempenho, bem como, legitimar a meritocracia e a ascensão profissional por intermédio de lei e não apenas pelo ingresso mediante concurso, conduz Barbosa a afirmar que o desempenho não pode ser avaliado e, sim, justificado (BARBOSA, 2003). Devem ser consideradas as circunstâncias, o contexto que influencia na qualidade e na capacidade de produção. Além disso, as produções individuais não poder comparadas entre si, pois a produção de cada um é fruto de condições históricas, subjetivas e particulares (BARBOSA, 2003).

A meritocracia no serviço público brasileiro fica adstrita à forma de admissão no serviço público mediante concurso público e a promoção por antiguidade ou tempo de serviço. Destarte, Barbosa ilustra que a valorização da antiguidade como critério de conhecimento pode tornar o funcionário acomodado, porque sua recompensa independe de seu empenho, dos resultados obtidos ou de seu mérito. Contudo, desvalorizar a antiguidade como critério de recompensa pode ser visto

como fator de negação da experiência que o tempo costuma conferir à atuação profissional dos indivíduos (BARBOSA, 2003).

Assim, a polêmica acerca da implantação da meritocracia como forma de progressão funcional gira em torno da preocupação dos sindicatos e dos próprios servidores públicos com a forma de avaliação do desempenho. A discricionariedade administrativa em definir por lei os critérios a serem avaliados gera desconforto por parte dos servidores. Sabe-se que grande parte dos administradores públicos conduz sua gestão voltada a critérios meramente políticos, podendo usar os sistemas meritocráticos de maneira a favorecer apadrinhados, desvirtuando, assim, a verdadeira finalidade.

Portanto, deixar para os administradores a missão de regulamentar os critérios de avaliação de desempenho é arriscado, por envolver não só os aspectos legais ou jurídicos, mas também os filosóficos e políticos. Desse modo, é indispensável haver o reconhecimento do mérito individual do servidor dentro da sua organização, de modo que haja motivação funcional para buscar uma maior e melhor qualificação, colaborando, dessa forma, à melhoria da gestão pública. É viável a instituição de sistemas meritocráticos no serviço público, desde que elaborados em conjunto com os servidores, estabelecendo, por lei, os critérios a serem adotados, de modo que a Administração Pública tenha o seu quadro funcional em consonância à missão de gerir os interesses públicos. Encontram legitimidade na sociedade os sistemas meritocráticos que têm como base a titulação do servidor, que pode ser objetivamente mensurada a qualificação que o servidor busca por vontade própria ou necessidade, melhorando o seu desempenho nos serviço público.

Assim, recomenda-se a necessidade urgente de diálogo por parte dos gestores com os servidores no processo de planejamento, bem como a adoção de políticas e de práticas de gestão de pessoas com a valorização dos servidores, implantando-se o Plano de Cargos e Salários que contemple, no mérito, os requisitos da qualificação dos servidores e que se estenda aos servidores do quadro geral, o mérito pela titularidade, ou seja, escolaridade e capacitação. Cabe aos gestores públicos, juntamente com seus servidores, elaborar um plano de carreira

para o quadro funcional em que se apresentem as formas de progressão profissional, para que o servidor melhor qualificado não busque no setor privado a valorização que não possui no setor público.

CONCLUSÃO

Resta nítido que a implantação de sistemas meritocráticos no serviço público ainda é tema polêmico. Não é algo novo, tendo seus primeiros nuances na Constituição de 1824. No entanto, a discussão acerca da implantação de um sistema meritocrático e sua forma de avaliação de desempenho no serviço público é questão complexa e envolve vários fatores, entre os quais se destaca a cultura do povo, a vontade política dos governantes e, ainda, a resistência de alguns segmentos da sociedade. Analisando a trajetória de implementação da meritocracia no serviço público, verifica-se que as várias tentativas efetuadas nesse sentido não são bem sucedidas, devido, principalmente, à cultura do povo brasileiro.

Desde o Brasil Colônia até hoje, verifica-se que há comportamentos que fomentam o fisiologismo e o nepotismo por parte dos detentores do poder. Isso porque, para se ter a maioria na seara legislativa e poder instituir as políticas a que se propõem o políticos durante a campanha, são necessários os “arranjos” e, conseqüentemente, persiste a troca de favores. Não há um critério legal previsto em lei que determine a criação de cargos comissionados, assim como não há limites estabelecidos às contratações terceirizadas, bastando que se tenha a maioria na casa legislativa para instituí-los. É notória, em vários órgãos da administração, a diferenciação existente entre os valores pagos aos cargos comissionados em relação aos funcionários efetivos, denegrindo a imagem do setor.

Torna-se indispensável o reconhecimento do mérito individual do servidor dentro de sua organização, de modo que haja motivação funcional para buscar a maior e melhor qualificação, colaborando, dessa forma, à gestão pública. É viável a instituição de sistemas meritocráticos no serviço público, desde que esse mérito seja legitimado por titulação e por tempo de serviço, com a preocupação por parte dos administradores públicos em elaborar um plano de cargos e salários a todo quadro

funcional.

REFERÊNCIAS

BALIEIRO, Almir. **Políticas de Formação e Capacitação para os Servidores Públicos do Estado de Mato Grosso**. Governo do Estado de Mato Grosso. Ano – 2004, p.11. Disponível em: <<http://www.escoladegoverno.mt.gov.br/arquivos/trabalhos/arquivo2.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2011.

BALIEIRO, Almir; FIGUEIREDO, Anna Luiza de; ARRUDA, Joacy Dias de; FERNANDES, Maria Antonieta; FERREIRA, Nídia Fátima; DERZI, Zenilda Maria M. Ribeiro. **Política de Formação e Capacitação dos Servidores Públicos do Estado de Mato Grosso**. 2005.

BARBOSA, Lívia. **Igualdade e Meritocracia: a ética do desempenho nas sociedades modernas**. 4. ed. Rio de Janeiro: FVG, 2003.

_____. Meritocracia à brasileira: o que é desempenho no Brasil? **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 120, n. 3, p. 58-102, dez. 1996.

BRASIL. Emenda Constitucional de 1998. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-norma-pl.html>>. Acesso em : 10 out. 2011.

BEDIN, Gilmar Antonio. **Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo**. 3. ed. rev. e ampl. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2002.

BRAZ, Petrônio. **O Servidor Público na Reforma Administrativa**. 2. ed. São Paulo: Cronus, 2009.

CHIAVENATO, Idalberto. **Administração de Recursos Humanos: fundamentos básicos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2009.

_____. **Gestão de Pessoas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2004.

COUTINHO, Ana Luisa Celino. **Servidor Público: reforma administrativa, estabilidade, empregado público, direito adquirido**. Curitiba: Juruá, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUARTE, Geraldo. **Dicionário de Administração**. 2. ed. Fortaleza: CRA/CE e Realce, 2005.

GIL, Antonio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

HUNT, Angela Elwell; SHERMAN, Howard J. **História do Pensamento Econômico**. Tradução de Jaime Larry Benchimol. Petrópolis (RJ): Vozes, 2004.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MEDAUR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 4. ed. Atual. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **O novo direito administrativo brasileiro: o estado, as agências reguladoras e o terceiro setor**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

_____. **Reforma Administrativa: O Estado, o Serviço Público e o Servidor**. 2. ed. rev. e ampl. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin. **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 2. ed. Rio de Janeiro : FGV, 1998.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PINTO, José Geraldo Duarte. **Dicionário de Administração**. 2. ed. Fortaleza: Realce e Craice, 2005.

ROSA, Ádima Domingues da. A reconfiguração do estado brasileiro e a nova administração pública gerencial: o perfil do burocrata contemporâneo. In: III JORNADA INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 2007, São Luís. **Anais da III Jornada Internacional de Políticas Públicas**. São Luís: UFMA, 2007. p.1-8. Disponível em:
<http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoA/08214b1156c4018b7293Adma_Domingues.pdf>. Acesso em: 11 set. 2011.

SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e. **Administração gerencial & a Reforma Administrativa no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVEIRA, Raquel Dias da. Avaliação de desempenho dos servidores públicos: análise da Lei Federal nº 11.784/2008. **A & C: revista de direito administrativo e constitucional**, Belo Horizonte, v. 9, n. 37, p.1-11, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28407>>. Acesso em: 10 nov 2011.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

WAHRLICH, Beatriz Marques de Souza. **Reforma Administrativa na Era de Vargas**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1983.

SEGURANÇA DE ESTADO E DIREITOS HUMANOS: OS ESTADOS UNIDOS E AS MEDIDAS DE EXCEÇÃO NO PÓS 11 DE SETEMBRO DE 2001.

Elenice Adriana Dattein Schmidt¹
Sinara Camera²

Na tensão entre a crise de segurança (individual), vivenciada pela sociedade que se vê cada vez mais como vítima em potencial e a crise da segurança (pública), apresentada pela incapacidade dos órgãos de Estado de administrar minimamente os riscos, tentações autoritárias brotam com a aparência de serem instrumentos eficazes ao restabelecimento da lei e da ordem. No cálculo entre custos e benefícios, o sacrifício de determinados direitos e garantias fundamentais aparentam ser um preço razoável a ser pago pela retomada da segurança. Sua assimilação resta ainda mais fácil, se estes direitos e garantias a serem suprimidos integrarem o patrimônio jurídico de alguém considerado como inimigo, de outro considerado como obstáculo ou ameaça que deve ser reputado como “ninguém” (não-ser).
Salo de Carvalho

Os direitos humanos não foram reconhecidos todos de uma vez, mas foram sendo declarados e afirmados de acordo com as transformações das sociedades. Derivam de um processo histórico, passando por construções e desconstruções. Assim como os direitos humanos, o Estado também passou por uma gradativa evolução até chegar ao seu atual estágio, podendo-se afirmar que esse processo ocorreu em conjunto com o dos direitos humanos, especialmente nas culturas ocidentais. Ambos os processos, representam uma conquista dos indivíduos consolidada por inúmeras lutas contra o poder do Estado.

Os acontecimentos deflagrados na Segunda Guerra Mundial indicaram transformações fundamentais na seara dos direitos humanos. Os nefastos efeitos do regime Nazista impulsionaram o repensar da comunidade internacional em

¹ Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Machado de Assis. niceadry@hotmail.com

² Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/BRASIL/RS); Mestre em Integração Latino-Americana, área de concentração Direito do Mestrado em Integração Latino-Americana (MILA) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/BRASIL/RS); Graduada em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo (IESA/BRASIL/RS). Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA/BRASIL/RS). sinara@fema.com.br

relação à efetiva proteção aos direitos humanos. Tal cenário motivou a criação de tratados internacionais visando à proteção destes direitos, surgindo assim a concepção contemporânea dos direitos humanos, elevando os indivíduos à condição de sujeitos de direitos para além das searas estatais.

O processo de internacionalização dos direitos humanos deflagrado nesse momento viabilizou a responsabilização dos Estados que se mostrarem violadores ou falhos na proteção desses direitos. Contudo, apesar da intensa normatização visando à proteção dos indivíduos na ordem internacional, as violações apresentam-se constantes. Nota-se que vários Estados aderem aos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, sem desenvolverem os instrumentos de efetivação e de controle suficientes à proteção dos mesmos no cotidiano de seus cidadãos.

De outro lado, estão os cenários nacionais e internacional que se apresentam aos (e nos) Estados, indicando riscos e desafios que possibilitam um distanciamento entre as atuações estatais do Direito, excetuando-se os seus preceitos fundamentais. Surgem os Estados de Exceção legitimados a atuarem com métodos excepcionais, a fim de superar questões de segurança. Por um lado, importa na ampliação dos poderes governamentais; por outro, importa na restrição de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Nesse sentido, estão as medidas adotadas pelos EUA após os eventos de 11 de setembro de 2001, que marcam um novo capítulo na história, especialmente na seara da segurança. Tais acontecimentos implicaram em uma redefinição das estratégias de defesa dos EUA, que declararam *Guerra ao Terror* e adotaram políticas de segurança que têm por base a supressão/relativização de direitos dos indivíduos considerados *inimigos* do Estado.

O cenário demonstrado suscita muitos questionamentos acerca da temática apresentada. No entanto, a pesquisa focou-se em responder em que medida as políticas de segurança adotadas pelos Estados Unidos da América no pós 11 de setembro de 2001 são (in) compatíveis com os princípios do Estado de Direito e com os direitos humanos fundamentais por ele assegurados.

A pesquisa realizada, de cunho teórico, teve com um tratamento de dados de forma qualitativa, utilizando-se de recursos bibliográficos e documentais, para a coleta de dados. Para abordar a problemática, lançou-se mão ao método hipotético-dedutivo, bem como dos métodos de procedimento comparativo e histórico, para cotejar as políticas de segurança de exceção adotadas pelos EUA com os princípios de um Estado de Direito, bem como os Tratados de Direitos Humanos, para averiguar se há (in) compatibilidade entre eles e o estudo sobre a afirmação histórica dos direitos humanos.

Para abordar a temática, o presente trabalho foi dividido em dois momentos. Primeiramente destacou-se a elaboração de políticas de segurança de exceção adotadas pelos Estados de Direito, diante do processo de afirmação dos direitos humanos. Em um segundo momento, foram enfatizadas as políticas antiterror norte-americanas adotadas no pós 11 de setembro de 2001, bem como as violações por ela viabilizadas na Prisão de Guantánamo.

1 AS POLÍTICAS DE SEGURANÇA DE EXCEÇÃO NO ESTADO DE DIREITO E AS LIMITAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS

A vasta positivação dos direitos humanos no âmbito internacional é um processo de criação normativa que se iniciou no pós-Segunda Guerra Mundial.³ O universo de proteção dos direitos humanos estendeu-se ao direito internacional, não estando mais reservado ao domínio da jurisdição interna dos Estados.⁴ Surge,

³ A concepção de direitos humanos que vinha evoluindo, entre o século XVIII e início do século XX, sofreu uma ruptura durante o regime nazista na Alemanha. Durante a Segunda Guerra Mundial, o Estado de Direito (que deveria promover a garantia dos direitos humanos) foi utilizado para justificar medidas de exceção que culminaram em atrocidades legalmente instituídas pelo Estado. O regime nazista fez dos judeus os “inimigos” do Estado, uma ameaça que justificou a extinção de sua condição de cidadãos. Este cenário motivou a criação de tratados internacionais visando à garantia dos Direitos Humanos, surgindo assim a concepção contemporânea dos direitos humanos. Os nefastos efeitos da Segunda Guerra impulsionaram o repensar da comunidade internacional com relação à efetiva proteção aos direitos humanos.

⁴ “Durante a Segunda Guerra Mundial, o Estado de Direito foi utilizado para justificar medidas de exceção, que culminaram em atrocidades legalmente instituídas pelo Estado. Em virtude das barbáries cometidas pelo nazismo, manifestou-se uma aguda crítica e repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado apenas a uma ótica meramente formal, visto que o nazismo ascendeu ao poder dentro de um quadro de legalidade e promovendo violações em nome da lei.” (PIOVESAN, 2006, p. 9-10).

então, a Declaração de Direitos Humanos de 1948 e uma série de outros tratados, que juntos formam o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, promovendo mundialmente a sua proteção nos e pelos Estados (CAMERA; WEGNER, 2011).

Acompanhando um novo modelo de direitos, surge um novo modelo de Estado: o Democrático de Direito, que após a Segunda Guerra Mundial começa a se espalhar - primeiramente na Europa e em seguida em outros continentes. Esse paradigma tem como característica fundamental a presença de constituições democráticas, que reconhecem tanto os direitos liberais, como os sociais, colocando estes no centro de todo o ordenamento nacional. Para Flávia Piovesan, “[...] é como se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos.” (PIOVESAN, 2006, p. 372).

O ponto essencial do Estado Democrático está na limitação e controle do poder estatal como objetivo de promover a afirmação e realização dos direitos humanos. É um de seus princípios manter um sistema de proteção de direitos fundamentais individuais e coletivos, pois estes asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2010).

O Estado Democrático de Direito é aquele que busca a realização do bem estar social dos indivíduos sob a base de uma lei justa e que assegure a participação mais ampla possível do povo no processo político decisório (PIOVESAN, 2006). Portanto, a forma estatal democrática implica na moderação no uso do poder pelo Estado, em respeito aos direitos humanos fundamentais, todo o poder deve ser exercido de forma moderada, sendo vedado o arbítrio. Porém, não basta apenas ao Estado positivizar tais direitos em sua constituição, ele deve atuar e exercer o seu papel para assegurar a concretização desses direitos.

A positivação em um sistema normativo por si só não garante a proteção de tais direitos, é necessário o respeito imediato a estes. Quando se positivam direitos humanos em uma constituição, está-se impondo limites ao poder estatal, que deverá observar o Direito Internacional dos Direitos Humanos para formular a sua legislação, as suas políticas internas e as suas decisões.

A afirmação dos direitos humanos no cenário internacional enfrenta inúmeros desafios. Piovesan aponta como desafios contemporâneos as contraposições: universalismo/relativismo; laicidade/fundamentalismos religiosos; direito ao desenvolvimento/assimetrias globais; direitos econômicos, sociais, culturais/globalização econômica; respeito à diversidade/intolerância; combate ao terrorismo/preservação de direitos e liberdades; direito de força/força do direito.⁵

Outro desafio à efetividade dos direitos humanos são as profundas transformações que marcam a sociedade contemporânea a partir dos anos 80 do século passado. Surgem novos riscos, novas ameaças, novos crimes, que acabam criando um ambiente de medo e insegurança. Estes novos riscos, além de representarem uma ameaça aos indivíduos, muitas vezes representam também uma ameaça ao Estado. Este, diante de tais ameaças, muitas vezes, vê como alternativa para enfrentar tais problemas a adoção de medidas excepcionais de segurança que se mostram violadoras de alguns direitos fundamentais.

A limitação dos direitos humanos em algumas situações é resultado de restrições excepcionais e temporárias em defesa do próprio Estado (Democrático) de Direito. Quando o Estado encontra-se em estado de emergência,

[...] a suspensão de parcela dos direitos humanos reconhecidos é justificada pelo fato de, em algumas hipóteses graves, ser o único meio para atender a situações de emergência pública e preservar os valores superiores da sociedade democrática. (RAMOS, 2005, p. 157).

Os Estados que adotam tais medidas protetivas de exceção diante de *situações de emergência*, utilizam como fundamento o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que autoriza a adoção de medidas restritivas de direitos diante de situações que ameacem o Estado.⁶ Contudo, faz-se necessário esclarecer

⁵ Em virtude da limitação deste trabalho não serão analisados todos os desafios apontados por Flávia Piovesan, no entanto pode-se estudar mais a esse respeito em (PIOVESAN, 2006).

⁶ Art. 4º Pacto internacional de direitos civis e políticos: Em tempo de uma emergência pública que ameace a existência da nação e cuja existência seja proclamada por um acto oficial, os Estados Partes no presente Pacto podem tomar, na estrita medida em que a situação o exigir, medidas que derroguem as obrigações previstas no presente Pacto, sob reserva de que essas medidas não sejam incompatíveis com outras obrigações que lhes impõe o direito internacional e que elas não envolvam uma discriminação fundada unicamente sobre a raça, a cor, o sexo, a língua, a religião ou a origem social. (PIOVESAN, 2009, p. 383).

que não é qualquer situação de perigo que autoriza os Estados a editarem tais medidas e também nem todos os direitos podem ser restringidos. Ramos faz menção a um

[...] núcleo de direitos interrogáveis, aos quais não se admite a aplicação das restrições típicas de situações anormais, que seria composto dos seguintes direitos fundamentais: direito à vida, direito à integridade pessoal, proibição da escravidão, direito a não ser torturado, direito à irretroatividade da lei penal, dentre outros. (RAMOS, 2005, p. 155).

A adoção dessas disposições somente pode ocorrer na medida e pelo tempo estritamente limitado às exigências da situação, mas, sem que violem outras obrigações internacionais e sem que pratiquem discriminações (por raça, cor, religião, sexo ou origem social) (RAMOS, 2005).

Entretanto, em muitas dessas situações “[...] a ordem constitucional do Estado mostra-se incapaz de contornar os conflitos e manter a ordem político social.” (ROCHA; ROCHA, 2007). Entre garantias de direitos e atuações em prol da segurança estatal, o Estado (Democrático) de Direito vê seu tripé de sustentação (tripartição dos poderes, leis de caráter social e a defesa dos direitos humanos) abalado (CANTERJI, 2008).

Quando se consolida tal situação, surge a figura do Estado de Exceção, que pode ser entendida como uma forma momentânea e de curta duração de governar, prevista muitas vezes na própria constituição do Estado, durante o qual é permitido o afastamento de direitos (fundamentais, políticos ou sociais) com a função de manter esses mesmos direitos quando a ordem for restabelecida. “A ordem constitutiva prevê mecanismos para manutenção de suas estruturas abrindo mão das mesmas, temporariamente.” (ROCHA; ROCHA, 2007). Nas palavras de Agamben,

O estado de exceção se apresenta como sendo a forma legal daquilo que não pode ter forma legal, ou seja, o estado de exceção se coloca em meio a um vazio jurídico, de forma que o estado de necessidade não é um estado do direito, mas um espaço sem direito. (AGAMBEN, 2004, p.79).

Portanto, pode-se então definir o Estado de Exceção como uma situação de emergência⁷ que põe em risco a segurança, a ordem pública e até mesmo a existência do próprio Estado, sendo que tais riscos podem ser eliminados somente com a utilização de meios excepcionais. Por um lado, importa na ampliação dos poderes governamentais, por outro, importa na restrição de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Essas medidas são oriundas da suspensão da separação de poderes e de uma gama enorme de garantias individuais.⁸ Contudo, a adoção de tais medidas importa num grande grau de justificação, além de que estas devem substanciar numa forma de preservar ao longo prazo as próprias instituições que estão a violar (ROCHA; ROCHA, 2007). Além disso, devem ser ainda observados os princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação, para evitar-se um total descontrole do governo.

Como já dito, as constituições de alguns Estados prevêm a adoção dessas medidas em seu texto. Porém, essas “[...] constituições se limitam a indicar os órgãos competentes para a tomada de providências em situações excepcionais, os quais atuarão no pronto restabelecimento da ordem vigente.” (CANOTILHO, 1991, p. 1.153). Essas previsões constitucionais podem ser vistas como eficientes, mas também como perigosas. “Eficientes em razão de sua celeridade. Perigosas por abrirem margem a abusos, principalmente, porque o sistema de freios e contrapesos é totalmente desestruturado.” (ROCHA; ROCHA, 2007). A previsão constitucional quando define de forma taxativa os critérios para a adoção do Estado de Exceção, de certa forma, permite a adequação deste aos princípios do Estado de Direito, isto é, “[...] fixa limites para considerar, mesmo a exceção, situação regulada a partir de determinados postulados.” (CARVALHO, 2006, p. 260).

⁷ Alguns doutrinadores têm usado as expressões, Estado de Emergência e Estado de Exceção como sinônimo. Convém esclarecer que são institutos diferenciados. Estado de Emergência ocorre quando há uma perturbação da ordem social tal como desastres, conflitos localizados, etc. Apesar da gravidade da situação, a ordem jurídico-constitucional não é colocada em risco, não há uma falência das instituições estatais. Por sua vez, o Estado de Exceção ocorre quando os poderes instituídos encontram-se abalados, situações como revoluções, guerras civis e falência generalizada da legitimidade das instituições frente ao corpo social. A própria existência institucional do Estado passa a se desfazer (ROCHA; ROCHA, 2007).

⁸ Agambem aponta como característica essencial do Estado de Exceção “[...] a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário.” (AGAMBEM, 2004, p. 19).

Mas como se dá a declaração do Estado de Exceção? Quais são os motivos que justificam a sua adoção? O Estado de Exceção é instaurado por motivos dos mais diversos, tais como: crises econômicas nas quais se busca o restabelecimento da ordem do país, ataques terroristas, cuja adoção de medidas de exceção tem como objetivo a segurança da nação, dentre outros. O próprio

[...] Estado de Direito classifica uma situação como capaz de desestabilizar a ordem vigente e propõe, com o manuseio de previsões legais um estado excepcional no qual há mitigação de direitos da população atrelado ao recrudescimento do poder estatal. (ROCHA; ROCHA, 2007).

O risco que a sociedade corre, com a adoção de tais medidas, é que a exceção poder vir a tornar-se regra. Destarte, nota-se a tendência de parte dos Estados da contemporaneidade em eleger eventos excepcionais de modo a garantir uma permanente situação de emergência. Cada vez mais se veem Estados utilizando medidas de exceção como paradigma de governo. É nesse sentido a colocação de Agamben:

O estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea.⁹ Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional, para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente – e, de fato, já transformou de modo muito perceptível – a estrutura e o sentimento da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo. (AGAMBEM, 2004, p.13).

Medidas de exceção têm-se apresentado como alternativas *inevitáveis* perante ameaças. Estas se revestem com um manto de legalidade, mostrando-se como *males necessários* para a superação de problemas, como a segurança interna

⁹ “A previsão e adoção do Estado de Exceção não são recentes. Já havia previsões nesse sentido na Constituição Francesa de 1958 e na Constituição de Weimar, de 1919, que trazia em seu texto a previsão da possibilidade de adoção de um Estado de Exceção. De um ato que, [...] em princípio, parecia ter como finalidade o restabelecimento da ordem vigente, seguiram-se 12 anos de totalitarismos e trágicos acontecimentos históricos. O mais marcante é que essa situação deu causa ao término do Estado de Direito formalmente vigente na Alemanha e a instauração do totalitarismo. No seu artigo 48, a constituição alemã previa: Caso a segurança e a ordem pública sejam seriamente perturbadas ou feridas no Reich alemão, o presidente do Reich deve tomar as medidas necessárias para restabelecer a segurança e a ordem pública, com ajuda se necessário das Forças armadas. Para este fim ele deve total ou parcialmente suspender os direitos fundamentais definidos nos art. 114, 115, 117, 118, 123, e 153. (AGAMBEM, 2004, p. 28).

e externa e a manutenção da ordem, com o discurso de que os fins justificam os meios. Faz-se necessária uma discussão não apenas a respeito da necessidade de adoção de medidas de exceção por um Estado para assegurar a segurança do Estado e dos seus cidadãos, mas também acerca da sua manutenção no tempo.

Antes de tudo, é importante refletir sobre os riscos que os indivíduos e o próprio Estado de Direito correm com a adoção de tais medidas, que podem vir a se tornar permanentes. A segurança é uma necessidade e um direito do cidadão, além de ser uma garantia que deve ser prestada pelo Estado. Mas não se pode esquecer que um dos princípios basilares de um Estado de Direito é assegurar a todos os indivíduos a preservação dos direitos e garantias individuais e coletivas.

Porém, nota-se, no contexto atual, que o Estado cada vez mais tem restringido direitos sob o fundamento da garantia da segurança dos indivíduos. Na promessa de realização de condições de segurança, os Estados contemporâneos se utilizam corriqueiramente da adoção de medidas de segurança de exceção. O dispositivo que era inicialmente utilizado para garantir a ordem estatal passou a ser usado sob o pretexto de reorganização da vida coletiva e econômica, abrindo novas possibilidades de supressão de direitos fundamentais. “O Estado de Direito democrático-constitucional volta a albergar o Estado de Exceção como estado de necessidade sem as restrições do direito de necessidade.” (CANOTILHO, 2009, p. 24).

Assim, pelo exposto, vê-se que, direitos e garantias fundamentais, positivados em constituições, vêm sendo afastados, abrindo espaço para adoção de medidas excepcionais. O Estado que teria a função de garantir a proteção aos direitos fundamentais migra para a violação em nome da segurança, achatando direitos e garantias dos indivíduos para firmar políticas que assegurem ao Estado poderes de fazer cessar ameaças por ele eleitas. Assim, cabe refletir acerca da composição e direcionamento de políticas de segurança de Estados, que pelo Direito, afirmam exceções.

2 AS POLÍTICAS DE EXCEÇÃO NAS MEDIDAS DE SEGURANÇA DOS ESTADOS UNIDOS: GUANTÁNAMO E A *MUTILAÇÃO* DOS DIREITOS HUMANOS.

Os eventos de 11 de setembro de 2001 desvelaram um novo cenário na questão da segurança, implicando em uma profunda mudança em relação às estratégias de segurança internacional de um modo geral e, em especial, nos Estados Unidos, que foram o alvo principal¹⁰ destes ataques.¹¹ O combate a ameaça do terrorismo, justificou a adoção de posturas autoritárias por alguns Estados que editaram legislações antiterroristas relativizaram gravemente a eficácia das garantias fundamentais. Nesse sentido estão o *Patriot Act* americano e as legislações antiterroristas da Europa. Após os ataques de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos da América (EUA), diante da elaboração de várias legislações de emergência, destacando-se, inclusive, a aplicação da doutrina do Direito Penal do Inimigo.¹²

Logo após os eventos, os EUA redefiniram a sua posição estratégica e sua política externa se concentrou, com exclusividade, na luta contra o terrorismo

¹⁰ Emprega-se a expressão alvo principal, porque a ação terrorista atinge uma parcela de pessoas mais ampla do que a atingida diretamente por eles. Os ataques ocorreram nos Estados Unidos, a intenção era atingir aquele Estado, porém essa ação gerou medo e insegurança em vários outros Estados. O sentimento que pairava era que a qualquer instante poderia ocorrer um novo ataque em qualquer Estado. Todos estavam vulneráveis.

¹¹ Após os ataques sofridos pelos Estados Unidos, inaugurou-se uma nova ordem mundial em relação à segurança. Os EUA elegeram novas prioridades, que repercutiram, tanto na sua esfera nacional como na internacional. No plano interno destaca-se a adoção de uma legislação extremamente restritiva em termos de liberdades civis, na política externa, chamam atenção as campanhas militares internacionais sem o consentimento da ONU ao Afeganistão e Iraque. Os Estados Unidos, com a adoção de tais medidas, transformaram a segurança em um ideal político fundamental.

¹² O Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar: as penas previstas são desproporcionalmente altas. Em terceiro lugar, determinadas garantias individuais e processuais são relativizadas ou suprimidas. O Direito Penal do Inimigo demoniza determinados grupos de infratores, sendo, portanto, um Direito Penal do Autor e não um Direito Penal do Fato. Trata-se da prevenção, da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos. Conforme essa teoria só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal. Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas (JAKOBS; MELIÁ, 2010).

(SORJ, 2005). A pauta principal da segurança norte-americana passou a ser o combate ao terrorismo, adotando medidas de exceção sob o discurso de que diante de situações excepcionais, como foram os ataques de 11 de setembro de 2001, a resposta deve ser também com medidas excepcionais:

Tudo se passa, na verdade, como se os ataques de 11 de setembro tivessem colocado – automática e implicitamente – os EUA em autêntico “Estado de Sítio”, legitimando as mais variadas medidas de exceção tomadas pelo Executivo, ainda que sem base legal, ou contrariando mesmo normas escritas de direito interno ou internacional – incluindo tribunais militares, criados, *ex post facto*, por decreto presidencial. (AMARAL, 2003 p. 49).

Tais ataques implicaram em profundas mudanças nas estratégias de segurança dos EUA, elevando o combate ao terrorismo à pauta principal na sua agenda de segurança. Frente a tais ataques, os EUA declaram *guerra ao terror*, adotando políticas de segurança que têm por base a supressão/relativização de direitos de todos aqueles indivíduos considerados como inimigos.

São elaboradas legislações de emergência que importam na relativização/supressão de direitos fundamentais de alguns indivíduos considerados inimigos (leia-se: terroristas). Importa compreender melhor em que se baseiam tais legislações que se apresentam como um atentado aos direitos humanos e aos valores fundamentais do Estado de Direito.

O vasto número de medidas de exceção que claramente são restritivas de direitos e garantias criadas após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 pelos Estados Unidos e outros países, nos mostra essa realidade.¹³ Na *guerra ao terror*, o Estado de Exceção começa a ganhar contornos de Estado de permanência, com base no discurso da guerra contra o terrorismo (CARVALHO, 2006).

Diante da premente ameaça de um novo atentado, os indivíduos sentindo-se vítimas em potencial dessa criminalidade, exigem/aceitam atuações e produções

¹³ Conforme Agambem, “[...] o significado imediatamente biopolítico do estado de exceção como estrutura original em que o direito inclui em si o vivente por meio de sua própria suspensão aparece claramente na ‘*Military Order*’, promulgada pelo presidente dos Estados Unidos no dia 13 de novembro de 2001, e que autoriza a ‘*ondefinitedetention*’ e o processo perante as ‘*military commissions*’ dos não cidadãos suspeitos de envolvimento em atividades terroristas.” (AGAMBEM, 2004, p. 14).



DIREITO EM CONSTRUÇÃO

legislativas do Estado para garantir a sua segurança. Proporciona-se, assim, o surgimento de medidas excepcionais para afastar tais ameaças ou manter/restabelecerem a ordem:

No cálculo entre custos e benefícios, o sacrifício de determinados direitos e garantias fundamentais aparentam ser um preço razoável a ser pago pela retomada da segurança. Sua assimilação resta ainda mais fácil se estes direitos e garantias a serem suprimidos integrarem o patrimônio jurídico de alguém considerado como inimigo, de outro considerado como obstáculo ou ameaça que deve ser reputado como ninguém (não-ser). (CARVALHO, 2006, p. 261).

O Estado norte-americano, no pós 11 de setembro, adotou medidas de segurança (legislativas e executivas) que reprimem os direitos humanos para proteger a si mesmo e a sua população. No sistema norte-americano, toda pessoa que é considerada combatente inimiga¹⁴, terá negados os direitos que são concedidos aos criminosos comuns: “A intenção é anular o estatuto jurídico do indivíduo, produzindo dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável.” (AGAMBEM, 2004, p. 14). Os suspeitos uma vez *etiquetados* como terroristas, já não mais serão tratados como cidadãos, portadores de direitos, mas sim como inimigos, que devem ser combatidos por todos os meios, inclusive aqueles tidos como ilegais.

Essa mudança de paradigma, de converter o cidadão em inimigo ou coisa pelo processo da despersonalização, negando a condição de pessoa ao cidadão, que deve ser exterminado, viola frontalmente os princípios contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (VALENTE, 2010). Dessa forma,

Em prol da diminuição ou da inocuização do perigo e da ameaça à segurança cognitiva e à paz jurídica e social, admite-se e assiste-se à barbárie e a humilhação do inimigo metamorfoseando-o em não pessoas, em coisa e em objeto passível de todos os atos animalescos e bárbaros possíveis com o fundamento de que se procura descobrir a verdade material e realizar a justiça humana. (VALENTE, 2010, p. 64).

¹⁴ O estado norte-americano atribuiu a denominação de *combatente inimigo* a todos os indivíduos considerados suspeitos de integrarem organizações terroristas. A situação jurídica destes presos é de *combatentes inimigos*, categoria não reconhecida juridicamente, não fazendo jus a quaisquer direitos ou garantias previstos na constituição dos EUA, ou às convenções de guerra.



DIREITO EM CONSTRUÇÃO

A distinção entre “cidadão” e “inimigo” no contexto de um Estado de Direito, desemboca em um Estado de Exceção, inicialmente vedado pelas construções dos ordenamentos jurídicos internos e internacionais contemporâneos. Contudo, os eventos de 11 de setembro de 2001, vêm abrir uma senda paradigmática que autoriza ações violadoras aos direitos humanos e ao seu processo de afirmação, sendo os EUA protagonistas neste cenário descortinado.

Dentre as medidas adotadas pelo governo norte-americano no pós 11 de setembro, pode-se citar o *PatriotAct* (Ato Patriótico dos Estados Unidos) de 26 de outubro de 2001 e a *MilitaryOrder*, assinada pelo presidente Bush em 13 de novembro de 2001.¹⁵ O *PatriotAct*

[...] consagra a desedificação da pessoa como sujeito de direitos e de deveres em prol da descoberta da verdade e da implementação da paz pública americana: admite a tortura, a privação ilimitada da liberdade sem decisão judicial ou culpa formada, supressão de todas e quaisquer garantias processuais penais, criação de tribunais especiais militares para questões de crime, cancelamento do *habeas corpus* e a violação de todos os direitos, liberdades e garantias com fundamento na guerra ao terrorismo. (VALENTE, 2010, p. 99).

O *PatriotAct* é a lei antiterrorismo aprovada pelo Congresso norte – americano após os atentados de 11 de setembro de 2001, sendo a reação mais visível e imediata tomada pelo governo norte-americano para combater o terrorismo. Nesta legislação estão previstas a ampliação do poder das agências federais, a instalação de tribunais militares de exceção, o encarceramento e isolamento de suspeitos (e a sua eventual deportação), o monitoramento de telefones, computadores e correio, o controle de movimentações bancárias e a invasão de privacidade. Legalizando o desrespeito a direitos civis e o endurecimento das ações dos serviços de inteligência e segurança (PECEQUILO, 2005).

¹⁵ “Merecem atenção ainda as invasões ao Afeganistão e Iraque. A coerção e a ação militar nestes países se justificaram junto à OTAN e ao Conselho de Segurança das Nações Unidas, que reconheceram os atos do 11 de setembro como um ataque armado que legitimava a autodefesa. Na resolução 1368(2001) de 12 de setembro de 2001 o Conselho de Segurança da ONU condenou os ataques terroristas de 11 de setembro e os considerou como uma ameaça à paz e segurança internacionais e apelou à todos os Estados para levar perante a justiça os autores materiais e morais dos ataques. Esta era portanto a ‘luz verde’ de que os Estados Unidos careciam para que a sua intervenção militar no Afeganistão não pudesse ser vista como decidida ou executada à margem das Nações Unidas.” (AMARAL, 2003, p. 36).

O que se verifica é que a partir dessa auto declaração de guerra, o governo norte-americano invocou uma racionalidade preventiva e violou normas internacionais relacionadas aos direitos humanos, utilizando tratamentos cruéis, desumanos e degradantes. Argumenta-se que os direitos civis plenos podem ser excepcionados aos *inimigos*, compreendidos como *não cidadãos*.

As violações aos direitos humanos provocadas pelo combate ao terrorismo são muitas, merecendo destaque as que ocorrem dentro da prisão norte-americana de Guantánamo, prisão militar estadunidense foi criada na sequência dos atentados terroristas de Nova Iorque e Washington. O objetivo seria deter e interrogar indivíduos integrantes da *Al Qaeda* ou de outras organizações terroristas, para obter informações com o intuito de evitar futuros ataques.¹⁶

A escolha da prisão de Guantánamo aponta para a não responsabilização por violações aos direitos humanos pelos EUA. A base pertence ao Estado norte-americano, porém, não é território norte-americano. O discurso estadunidense é que como as violações não ocorreram em solo norte-americano, não seria possível responsabilizá-lo. O governo estadunidense no paradigma da *guerra ao terror* “[...] autorizou a implantação de um novo sistema *ad hoc* de detenção e de ‘técnicas de interrogação avançadas’, que operaria fora de qualquer sistema jurídico existente.” (BORBA, 2009, p. 45).

As práticas de tortura¹⁷ (físicas e psicológicas) dentro daquela prisão são uma constante no dia a dia dos detidos, podendo-se citar: o assédio, a simulação de

¹⁶ “Guantánamo é uma base militar estadunidense em solo cubano, ou seja, a prisão localiza-se numa base naval dos EUA na baía de Guantánamo, em Cuba. Com o propósito de realizar a atividade de mineração e operações navais, em 1903 os EUA e Cuba assinaram um contrato de arrendamento perpétuo de uma área (englobando porção de terras e águas) na baía de Guantánamo (ilha de Cuba). Mas não demorou muito para os Estados Unidos transformarem essa área numa prisão militar. Os primeiros relatos de presos em Guantánamo são da Segunda Guerra Mundial.” (JUNIOR, s.d.).

¹⁷ “A tortura é um crime bárbaro contra a humanidade que há muito o Direito Internacional tem tentado combater. Resta lembrar que de acordo com a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou degradantes de 1984 (ratificado pelos Estados Unidos em 1994) a tortura [...] é qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Já o § 2º do Art 2º da Convenção

afogamento, espancamentos, abuso sexual, chutes, socos, privação do sono, poluição sonora e visual, punições severas por recitar o Alcorão, uso de cães treinados para causar pânico, exposição a mudanças drásticas de temperatura, etc. (KHAN, 2008). O Estado norte-americano sempre defendeu essas práticas, alegando que se tratavam de atos de interrogatório e não de tortura. Salienta-se que dentre as medidas de relativização promulgadas após os eventos de 11 de setembro, o Departamento de Justiça norte-americano relativizou a definição de tortura, ampliando assim, os meios de coerção à disposição dos seus interrogadores (PECEQUILO, 2005). Dessa forma, em Guantánamo tratados internacionais que garantem tratamento justo aos prisioneiros de guerra, como a Convenção de Viena, são recorrentemente violados, pois “[...] tortura, humilhações e desrespeito à liberdade religiosa são algumas das táticas de interrogatório que estariam sendo empregadas.” (PECEQUILO, 2005, p. 425).

Muitos detidos já foram libertados, e tal libertação parece apontar para a inocência destes indivíduos. Os indivíduos presos lá permaneceram por anos (sem determinação de período), sem acusação formal, sem o processamento devido ou direito de defesa:

Guantánamo representa a total violação ao direito internacional dos direitos humanos e do direito humanitário, construído com tanto empenho ao longo do século XX. Em nome da segurança, instaurou-se um verdadeiro estado de exceção, em que os indivíduos ‘suspeitos’ de envolvimento com a Al-Qaeda e com o Talibã foram mantidos em uma área fora do alcance de qualquer sistema jurídico ou jurisdição, privados de todas as suas garantias fundamentais. (BORBA, 2009).

Com a declaração de *guerra contra o terrorismo* os EUA denominam de *combatentes inimigos* aos presos de Guantánamo. Essa denominação cobriu com um *manto de legitimidade* as violações aos direitos fundamentais dos detidos. Se os mesmos fossem considerados *inimigos de guerra*, teriam a proteção dos direitos previstos pela Convenção de Genebra de 1949 (ratificada pelos Estados Unidos em

contra a Tortura, esclarece que nenhum Estado poderá invocar a prática de tortura em circunstâncias excepcionais como ameaça ou estado de guerra, ou qualquer circunstância de emergência interna.” (PIOVESAN, 2009, p.416-417).

1994), que tutela a vida e a integridade física e demais direitos elementares dos prisioneiros de guerra.

Contudo, ao intitular os detidos como *combatentes inimigos*, os EUA infringiram o artigo 5º da Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949, segundo o qual, sempre em que houver dúvidas sobre o estatuto jurídico aplicável a um detido, deverá ser-lhe aplicado o estatuto de prisioneiro de guerra, até o assunto ser decidido por um tribunal competente.¹⁸ Entende-se pelo exposto, que os prisioneiros de Guantánamo deveriam ser declarados prisioneiros de guerra. O discurso norte-americano é contrário à classificação destes prisioneiros como prisioneiros de guerra, porque no seu entendimento, a Convenção de Genebra, elaborada há mais de 50 anos, estaria ultrapassada pelas novas formas de luta armada surgidas, dentre as quais, o terrorismo (AMARAL, 2003).

Outra alegação do governo estadunidense é no sentido de que os prisioneiros de Guantánamo não teriam direito ao tratamento previsto pela Convenção de Genebra, por que “[...] não podem ser definidos como prisioneiros de guerra, pois não fazem parte de um exército de um Estado, mas sim são componentes de um grupo terrorista transnacional.” (PECEQUILO, 2005, p. 425). Dessa forma, os indivíduos capturados

[...] além de não gozarem do estatuto do prisioneiro de guerra e acordo com a Convenção de Genebra, tampouco gozam daquele de acusado segundo as leis norte-americanas. Nem prisioneiros, nem acusados, mas apenas *detainees*, são objeto de uma pura dominação de fato, de uma detenção indeterminada não só no sentido temporal mas também quanto à sua própria natureza, porque totalmente fora da lei e do controle do judiciário. A única comparação possível da situação jurídica destes prisioneiros é com a situação jurídica dos judeus no *lager nazista*. Juntamente com a cidadania, haviam perdido toda identidade jurídica, mas conservavam pelo menos a identidade de judeus. (AGAMBEM, 2004, p. 14).

¹⁸“Art. 5º da 3ª Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949: A presente Convenção aplicar-se-á às pessoas visadas no artigo 4.º desde o momento em que tenham caído em poder do inimigo até ao momento da sua libertação e repatriamento definitivos. Se existirem dúvidas na inclusão em qualquer das categorias do artigo 4.º de pessoas que tenham cometido atos de beligerância e que caírem nas mãos do inimigo, estas pessoas beneficiarão da proteção da presente Convenção, aguardando que o seu estatuto seja fixado por um tribunal competente.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1949).

Nas palavras de Agambem, os indivíduos presos em Guantánamo são “objetos de uma pura dominação de fato, de uma detenção indeterminada não só no sentido temporal, mas também quanto à sua própria natureza, porque totalmente fora da lei e do controle judiciário.” (AGAMBEM, 2004, p. 14). A prisão de Guantánamo não passa de um ideal hegemônico que representa uma grave ameaça ao Estado de Direito e aos direitos humanos que representam uma garantia de proteção contra o arbítrio do ente estatal.

A base militar de Guantánamo, legalmente instituída pelo governo norte-americano na luta contra o terrorismo, é um exemplo notório e real de violação dos direitos humanos, pois,

[...] a não observância dos seus próprios preceitos constitucionais e legais aplicáveis a prisioneiros estrangeiros e das regras de direito internacional dos direitos humanos e de direito humanitário, com os quais o país se comprometeu juridicamente – como o Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção contra a Tortura e as Convenções de Genebra. (BORBA, 2009).

Nesse sentido, além de Guantánamo, o governo norte-americano criou “[...] um ‘tribunal de exceção’, centralizado em Nova York (...) lugar onde os acusados dos episódios de 11 de setembro são julgados e costumeiramente condenados, sem o devido processo legal, contraditório ou ampla defesa [...]” (NUNES, s.d.). Contudo, o que se pode notar diante das alegações do governo norte-americano tentando justificar suas medidas, é que “[...] a ficção jurídica aqui nos mostra uma face desesperadora: de como malabarismos intelectuais podem tentar tornar ‘suportáveis’ certos fatos que, diante de uma razão saudável, deveriam nos parecer catastróficos.” (PINTO NETO, 2008).

Dessa forma, constata-se que há uma contradição entre as políticas públicas de segurança adotadas pelos EUA que legitimam o tratamento dado aos prisioneiros da prisão de Guantánamo e as normativas jurídicas que norteiam (ou devem nortear) o Estado na contemporaneidade.

CONCLUSÃO

A segurança é um direito dos indivíduos e o Estado deve promovê-la. Mas de outro lado, o Estado deve também garantir a todos os indivíduos a proteção de seus direitos fundamentais. No decorrer do trabalho constatou-se que o Estado de Direito, em diversos espaços do mundo, tem se deparado com a contraposição de dois de seus institutos fundamentais: a segurança e os direitos humanos. Um exemplo notável disso está nos Estados Unidos que, visando a sua segurança e a de seus cidadãos, após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, adotou medidas de segurança restritivas de direitos fundamentais dos indivíduos considerados suspeitos de terrorismo.

De fato, os eventos de 11 de setembro tornaram o terrorismo uma das maiores ameaças, senão a maior, à segurança dos Estados. O problema essencial que o terrorismo coloca aos entes estatais é encontrar um equilíbrio entre as necessidades de segurança e o respeito aos direitos humanos. A primeira não pode ser subestimada, mas os direitos não podem ser sacrificados em prol da segurança como vem ocorrendo nos EUA. Diante da guerra ao terrorismo estamos assistindo a uma das maiores (se não a maior) restrições dos princípios de proteção aos direitos humanos desde a sua positivação na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

As respostas ao terrorismo têm tido efeitos nefastos equivalentes. Logo após os ataques, os EUA declararam guerra ao terror, elegendo o terrorismo como inimigo daquele país. Esse inimigo (leia-se: terroristas), deve ser perseguido, eliminado por representar um risco à sociedade. Essa afirmativa serviu para legitimar uma gama de ações como a supressão de direitos fundamentais, ações militares e o cometimento de atrocidades, como as do campo de detenção de Guantánamo.

As discussões feitas neste trabalho desvelaram o total desrespeito às declarações internacionais de direitos humanos na prisão de Guantánamo. Os indivíduos que lá estiveram detidos (ou ainda estão) foram privados de liberdade serem suspeitos de integrarem organizações terroristas. Tais indivíduos foram presos sem o devido processo legal, ou mesmo, em alguns casos, sem acusação

formal. As condições de encarceramento são desumanas, agravadas pela prática constante da tortura, utilizada como método de interrogatório.

Constata-se que há uma contradição entre as políticas públicas de segurança adotadas pelos EUA que legitimam o tratamento dado aos prisioneiros da prisão de Guantánamo e os princípios do Direito que norteiam (ou devem nortear) o Estado na contemporaneidade. Desta forma, a guerra contra o terrorismo consoma um autêntico atentado aos valores fundamentais do Estado de Direito, apontando para um verdadeiro retrocesso em relação aos progressos conquistados na seara dos direitos humanos, principalmente na segunda metade do séc. XX.

É difícil de aceitar que essas atrocidades estejam ocorrendo em pelo século XXI, depois de décadas de avanço no direito internacional dos direitos humanos diante de toda humanidade que é formada por uma maioria de países democratas e esteja sendo encarada como normalidade. Surpreende a facilidade com que os EUA têm conseguido a adoção de sucessivas medidas de exceção, com o simples argumento de que diante de situações excepcionais é necessária uma resposta com medidas excepcionais. Está-se diante da substituição de direitos fundamentais pela segurança? A segurança se sobrepõe aos direitos humanos?

O Estado norte-americano se utiliza do discurso da luta contra o terrorismo para cometer as mais variadas violações aos direitos humanos. O próprio Estado de Direito que deveria promover a proteção a esses direitos é que está limitando a sua efetivação, designando quem merece tê-los garantidos, fazendo uma distinção dos indivíduos entre cidadãos e inimigos.

Deve-se ressaltar a importância da preservação das garantias e direitos individuais e coletivos na busca pela segurança, uma vez que a restrição destes direitos não é pressuposto para a conquista de segurança. A “guerra ao terror” tem infringido uma série de tratados internacionais de direitos humanos, mostrando-se incompatível com os princípios fundamentais de um Estado de Direito. Representa, portanto, um atentado aos seus valores fundamentais.

O problema essencial que o terrorismo coloca aos entes estatais é encontrar um equilíbrio entre as necessidades de segurança e o respeito aos direitos humanos. A luta contra o terrorismo parece apontar para um possível processo de

desconstrução do sistema normativo dos direitos humanos, diante das inúmeras ações que fragilizam o sistema de direitos construído. Presencia-se um momento de inseguranças, no qual o poder punitivo do Estado se sobrepõe ao respeito aos direitos humanos, rotulando grupos de indivíduos como inimigos. Portanto, devem ser perseguidos e eliminados porque representam uma ameaça à segurança da sociedade e ao próprio Estado.

Os responsáveis pelos ataques de 11 de setembro devem ser punidos, mas dentro da legalidade, de acordo com as regras e procedimentos do direito, respeitando os direitos fundamentais destes indivíduos. Um Estado de Direito deve tratar seus inimigos com humanidade, pois deve reconhecê-los como destinatários de direitos humanos. A ameaça que os terroristas representam, não pode servir para legitimar ações de violação promovidas por Estados. Não se pode admitir que um Estado eleja um grupo de indivíduos como inimigos, tratando-os como *não pessoas*, suprimindo-lhes direitos em prol da segurança dos demais indivíduos.

REFERÊNCIAS

AGAMBEM, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Do 11 de Setembro à Crise no Iraque**. 4. ed. Lisboa: Bertrand Editora, 2003.

BORBA, Cíntia Reschke de. **Medo, Terrorismo e Direitos Humanos**. 2009. 103f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/14281/14281.PDF>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

CAMERA, Sinara; WEGNER, Rubia Cristina. Realização Progressiva do Direito Humano à Alimentação: as iniciativas na América Latina e a assistência da União Européia. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; HERMANY, Ricardo; SODER, Rodrigo Magnos (Org.). **Direito, Cidadania e Políticas Públicas**. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2011, p.171-197.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

_____. Terrorismo e Direitos Fundamentais. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Org.). **Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa: interferências e ingerências mútuas**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 19-30.

CANTERJI, Rafael Braude. **Política Criminal e Direitos Humanos**. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CARVALHO, Salo de. A Política de Guerra às Drogas na América Latina: entre o direito penal do inimigo e o estado de exceção permanente. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. (Org.). **Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. 1, p. 611-626. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/politica_de_guerra_as_drogas_na_america_latina_entre_o_direito_penal_do_inimigo_e_o_estado_de_excecao_permanente.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015

ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro; ROCHA, Ludiana Carla Braga Façanha. Estado de Exceção: considerações sobre um paralelo entre Weimar e o PatrioticAct. In: XVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2007, Belo Horizonte. **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 6505-6522. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/afonso_de_paula_pinheiro_rocha2.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Tradução de André Callegari e Nereu José Giacomolli. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

JUNIOR, Antonio Gasparetto. **Prisão de Guantánamo**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia/prisao-de-guantanamo/>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

KHAN, MahvishRukhsana. **Diário de Guantánamo**. Tradução de Constantino K. Korovaeff. 1. ed. São Paulo: Larousse, 2008.

PINTO NETO, Moysés da Fontoura. A farmácia dos direitos humanos: algumas observações sobre a prisão de Guantánamo. **Panóptica**, Vitória, n. 13, p. 31-38, 2008. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/download/Op_3.2_2008_31-38/146>. Acesso em: 01 jun. 2015.

NUNES, Adeildo. **Tortura e Desumanidade**. Disponível em: <<http://www.adeildonunes.com.br/paginas/not-artigos.php?cont=noticias&cod=43>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de Genebra**. 1949. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-conv-III-12-08-1949.html>>. Acesso em 01 jun. 2015.

_____. **Declaração e Programa de Viena de 1993**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

PECEQUILO, Cristina Soreanu. **A política externa dos Estados Unidos: continuidade ou mudança**. 2.ed. Porto Alegre: Editora UFRGS, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Direitos Humanos e o Trabalho. In: FREITAS JR, Antônio Rodrigues de. (Org.) **Direito do Trabalho – Direitos Humanos**. Leme/SP: BH Editora, 2006.

_____. Globalização e Direitos Humanos. In: GUERRA, Sidney (Org.) **Globalização**: desafios para o direito internacional contemporâneo. Ijuí: Editora Unijui, 2006.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SORJ, Bernardo. Segurança, Segurança humana e América Latina. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v.3, p.41-59, dez. 2005. Disponível em: <http://www.bernardosorj.com.br/pdf/Seguranca_humana_port.pdf> Acesso em: 29 jun. 2015.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito Penal do Inimigo e o terrorismo**: o progresso ao retrocesso. Coimbra: Almedina, 2010.

O primeiro volume da obra DIREITO EM CONSTRUÇÃO, do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis, focaliza as variadas temáticas jurídicas da contemporaneidade, no intuito de apresentar pesquisas decorrentes da produção intelectual de discentes do Ensino Superior em seus Trabalhos de Conclusão de Curso. As dez contribuições escritas, organizadas e dinamizadas neste compêndio de maneira interdiscursiva, originam-se da preocupação de seus autores em popularizar conhecimentos e saberes relacionados ao ambiente educacional, jurídico, político e cultural, próprios da dialética inerente à sociedade. Por meio desse compartilhamento, espera-se oportunizar o debate em que se evidenciem diferentes maneiras não só de pensar como de expor o pensamento, para contribuir com uma formação multifacetada e que transcenda a paradigmas estereotipados. Ao interagir com os pensamentos veiculados, é possível, ao interlocutor, vislumbrar maneiras diversas de expressar a pesquisa científica. Espera-se, portanto, que seja uma excelente leitura!



Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-63621-06-1

