



REVISTA FESP

PERIÓDICOS DE DIÁLOGOS CIENTÍFICOS
Junho De 2014 Ano : VIII 15ª Edição

ISSN 1982-0895

Vol: I



**A REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA COMO ELEMENTO
TRANSFORMADOR DO PROCESSO JUDICIAL**

CATALOGAÇÃO NA FONTE

Biblioteca Universitária da FESP, João Pessoa – PB.

Revista da FESP: Periódico de Diálogos Científicos.
v. 1, n. 15, (junho 2014). João Pessoa: FESP – Faculdade de Ensino Superior da
Paraíba, 2014

ISSN 1982-0895

Semestral

1. Ciências do Direito Brasil – Periódicos.

I. Título. II. Fundação de Ensino Superior da Paraíba – FESP

BU/FESP

CDU:34(81)(05)

Os trabalhos publicados nesta edição são de inteira responsabilidade de seus autores. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a respectiva fonte.

Como citar um artigo desta revista:

SOBRENOME DO AUTOR, nome do autor. Título do artigo. Revista da FESP: periódico de diálogos científicos. [online]. 2014, vol. 1, n. 15, p. 01-251. Texto disponível em: <http://www.revistadafesp.com.br>. Último acesso: (preencha aqui com a data de último acesso ao site). ISSN: 1982-0895.

FACULDADES DE ENSINO SUPERIOR DA PARAIBA
REVISTA DA FESP: PERIÓDICO DE DIÁLOGOS CIENTÍFICOS
ISSN: 1982-0895

EXPEDIENTE

Diretor Presidente: Luiz Henrique dos Santos Barbosa

Diretor Administrativo-pedagógico: Gabriela Nóbrega

Diretor Financeiro: Marcelo Henriques da Silva

Coordenadorias

Coordenação do Curso de Direito: Gabriela Nóbrega

Coordenação de Prática Jurídica: Moisés de Sousa Coelho

Coordenação de Monitoria e Estágio: Sandra Regina Pires

Coordenação de Pesquisa e Extensão: Maria do Socorro da S. Menezes

Direção Editorial

Maria do Socorro da S. Menezes

Maria Goretti de Assis Laier

Comitê Editorial Interno

Ana Carolina Gondim – FESP

Alexandre Cavalcanti Belo – FESP

Luciana Villar de Assis - FESP

Maria Goretti de Assis Laier– FESP

Maria do Socorro da S. Menezes – FESP

Catarina Mota de Figueiredo Porto – FESP

Markus Samuel Leite Norat – FESP

Revisão

Maria do Socorro da S. Menezes – FESP

Ilustração e Diagramação

Esdras Davi Queiroz Ferrer - FESP

Comitê Editorial Externo

Daniele Veratti – Itália

Fernando Gil Villa – Universidad de Salamanca

Wagner Bezerra Brito – UFPB

SUMÁRIO

A REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA COMO ELEMENTO TRANSFORMADOR DO PROCESSO JUDICIAL LUCIANA DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI BRITO	10
O TRATAMENTO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS NO BRASIL E A EMISSÃO DE GASES DE EFEITOS ESTUFA: ASPECTOS BIOLÓGICOS, LEGAIS E SOCIAIS DÉBORA ALESSANDRA PETER LIANA BEATRIZ DUARTE LOPES MARTA FERREIRA ZIGLIA ROGER ALVES KOHLS	28
RECICLAGEM DE RESÍDUOS SÓLIDOS DA CONSTRUÇÃO CIVIL: PERSPECTIVA DA GERAÇÃO DE EMPREGO E RENDA E DA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL ROBERTA CAVALCANTE BELTRÃO MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES	43
EXIGÊNCIA DA ELABORAÇÃO E EXECUÇÃO DO PRAD NAS ATIVIDADES DE MINERAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE AMBIENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO JÉSSICA GAMBARRA FARIA MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES	67
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: A INCIDÊNCIA DO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS THIAGO DA FONSECA RODRIGUES FRANCISCA LUCIANA DE ANDRADE BORGES RODRIGUES	88
TERCEIRIZAÇÃO: A CONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO PRIMEIRO DO ARTIGO 71 DA LEI 8.666/93 E A SÚMULA 331 DO TST E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O PRESTADOR DE SERVIÇO. RAQUEL MARIA AZEVEDO MENDES LUCIANA DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI BRITO	105
ABANDONO AFETIVO: RESPONSABILIDADE CIVIL DO GENITOR AUSENTE SÉRGIO DE VASCONCELOS BRINDEIRO	131

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO E A PERDA DE UMA CHANCE: POSSIBILIDADES, NORMAS APLICÁVEIS E CONSEQÜÊNCIAS NO BRASIL E NA ARGENTINA. WALTER DE AGRA JÚNIOR	156
A PARTICIPAÇÃO POPULAR E O SURGIMENTO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA ATRAVÉS DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ MIGUEL FELIPE ALMEIDA DA CÂMARA	179
AS METAS DO CNJ: SEUS REFLEXOS NO AMBIENTE DE TRABALHO DOS SERVIDORES E JUÍZES DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL EDVÂNIA MORAES CAVALCANTE PROENÇA LUCIANA VILAR DE ASSIS	00
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO COM RELAÇÃO À MOROSIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL SARA ADRIANA DE MACEDO LUCIANA VILLAR DE ASSIS	216
QUESTÕES DE GÊNERO ATRÁS DAS GRADES: CRMJM, PRISÃO FEMININA EM JOÃO PESSOA MARIA GORETTI DE ASSIS LAIER	236
NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS	251

SUMMARY

THE TECHNOLOGICAL REVOLUTION AS TRANSFORMING ELEMENT OF THE ACTION AT LAW

LUCIANA DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI BRITO

.....10

TREATMENT OF SOLID WASTE IN BRAZIL AND GREENHOUSE GAS EMISSION EFFECTS: BIOLOGICAL ASPECTS, SOCIAL AND LEGAL

DÉBORA ALESSANDRA PETER
LIANA BEATRIZ DUARTE LOPES
MARTA FERREIRA ZIGLIA
ROGER ALVES KOHLS

.....28

RECYCLING OF SOLID WASTE OF CONSTRUCTION: PERSPECTIVE OF EMPLOYMENT AND INCOME GENERATION AND ENVIRONMENTAL PRESERVATION

ROBERTA CAVALCANTE BELTRÃO
MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES

.....43

REQUIREMENT OF PREPARATION AND IMPLEMENTATION OF PRAD IN MINING ACTIVITIES AS A MEANS OF CONTROL ON ENVIRONMENTAL LAW PARENTAL

JÉSSICA GAMBARRA FARIA
MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES

.....67

CONSTITUTIONALIZATION OF CIVIL LAW: THE IMPACT OF THOUGHT IN CONSTITUTIONAL AFFAIRS PRIVATE

THIAGO DA FONSECA RODRIGUES
FRANCISCA LUCIANA DE ANDRADE BORGES RODRIGUES

.....88

OUTSOURCING: THE CONSTITUTIONALITY OF THE FIRST PARAGRAPH OF ARTICLE 71 OF THE LAW 8.666/93 AND THE SCORESHEET 331 OF THE TST AND THEIR CONSEQUENCES FOR THE SERVICE PROVIDER

RAQUEL MARIA AZEVEDO MENDES
LUCIANA DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI BRITO

.....105

ABANDONMENT AFFECTIVE: LIABILITY OF THE ABSENT PARENT

SÉRGIO DE VASCONCELOS BRINDEIRO

.....131

THE LIABILITY OF ATTORNEY AND THE LOSS OF A CHANCE: POSSIBILITIES, STANDARDS AND CONSEQUENCES IN BRAZIL AND ARGENTINA WALTER DE AGRA JÚNIOR	156
POPULAR PARTICIPATION AND THE EMERGENCE OF PARTICIPATORY DEMOCRACY THROUGH CITIZEN CONSTITUTION MIGUEL FELIPE ALMEIDA DA CÂMARA	179
THE GOALS OF THE CNJ: THEIR REFLECTIONS ON THE DESKTOP OF THE COMMON JUSTICE STATE SERVERS EDVÂNIA MORAES CAVALCANTE PROENÇA LUCIANA VILAR DE ASSIS	196
CIVIL LIABILITY WITH RESPECT TO THE STATE ON JUDICIAL PERFORMANCE IN THE CONSTITUTIONAL PROVISION SARA ADRIANA DE MACEDO LUCIANA VILLAR DE ASSIS	216
GENDER ISSUES BEHIND THE RAILS: CRMJM, WOMEN IN PRISON JOHN PERSON MARIA GORETTI DE ASSIS LAIER	236
NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS	251

EDITORIAL

Uma das questões que afloram no trabalho de abertura desta 15ª edição da Revista Fesp de Periódico Científicos, elaborado pela professora Luciana de Albuquerque Cavalcanti Brito, intitulado “A Revolução Tecnológica como Elemento Transformador do Processo Judicial” diz respeito ao receio com que inicialmente, o Judiciário vislumbrou o uso da tecnologia da informação e sua proposta de “promover de uma reformulação das rotinas processuais e internas, com vistas à desmaterialização dos atos processuais e a racionalização dos procedimentos, bem como à otimização da prestação jurisdicional e dos serviços judiciários [...]”.

A autora destaca ainda que, aos poucos esse receio foi sendo vencido, passando a preponderar o entendimento de que o objetivo de tais mudanças resultaria em amplos benefícios, sendo o primeiro deles, atender aos princípios “da celeridade processual, da economicidade e da instrumentalidade e ao direito fundamental à efetividade, a partir do abandono de formalidades arcaicas na tramitação do processo”.

Na sua conclusão destaca que, em relação à lei propriamente dita a adoção do Processo Judicial Eletrônico previsto na Lei nº 11.419/06 contribuiu significativamente para a modernização do modelo tecnológico empregado na Justiça brasileira, favorecendo maior aproximação entre o cidadão e o Judiciário, haja vista a possibilidade de consulta aos processos de onde o interessado estiver, sendo aplicável aos processos civil, do trabalho e penal, bem como na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais.

Desse modo, resta evidenciado a importância dessa temática para superação do paradigma de que a justiça é morosa por ser produto de um Judiciário que, até então não estava sendo aparelhado para acompanhar a velocidade com que a tecnologia se desenvolveu e atualizar seus procedimentos. Ou seja, com as facilidades geradas pela tecnologia da informação não mais se justifica o arcaico papelório dos autos, a desorganização dos fichários, alguns até manuscritos, os inúmeros vaivéns dos autos, numa infundável prática burocrática de acúmulo de documentos.

Situando sua argumentação nessa perspectiva o trabalho chama a atenção para uma nova tecnologia que modifica essa realidade, ao mesmo tempo em que torna o Judiciário capaz de atender prontamente o jurisdicionado.

Portanto, a reflexão apontada na direção da melhoria da prestação jurisdicional é assunto que, junto com os demais apresentados nessa edição da Revista, reforçam o propósito do seu corpo editorial em manter um espaço de dialogo para que seus colaboradores possam abordar temáticas relevantes, atuais e que efetivamente possam contribuir para a construção de uma sociedade mais justa e mais humana.

Socorro Menezes
Editora

João Pessoa, 29 de Junho de 2014

A REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA COMO ELEMENTO TRANSFORMADOR DO PROCESSO JUDICIAL*

THE TECHNOLOGICAL REVOLUTION AS TRANSFORMING ELEMENT OF THE ACTION AT LAW

LUCIANA DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI BRITO**

RESUMO

Direito da Informática. Informática Jurídica. Disciplinas, de um certo modo, recentes nas grades curriculares dos cursos de Direito. Na verdade, são apenas reflexo da revolução tecnológica que o Direito vem sofrendo com o passar dos anos. Muito antigamente, os profissionais da área jurídica desempenhavam o seu mister utilizando-se exclusivamente da caneta e do papel. Ao passo que os anos foram passando e a tecnologia sendo inventada e reinventada, surgiu a máquina de datilografar como instrumento facilitador da atividade jurídica, e depois o computador, com a internet sendo sua maior aliada. Sendo o Direito uma ciência dinâmica, não poderia, naturalmente, ficar alheio a este *boom* tecnológico, tratando de se adequar à modernidade emergente. Surgiu assim, a informatização e virtualização do processo judicial, atualmente difundido no Brasil e em países vizinhos, a exemplo da Argentina. Porém, da maneira como o processo tecnológico trouxe benefícios, a revolução da tecnologia também tem os seus males.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da Informática. Tecnologia. Revolução. Processo Judicial.

ABSTRACT

Right of Computer science. Legal computer science. You discipline, in a certain way, recent in the curricular gratings of the courses of Right. In the truth, they are only reflected of the technological revolution that the Right comes suffering with passing of the years. Very old, the professionals of the legal area exclusively played its necessity using itself of the penxs and the paper. To the step that the years the technology being and reinventada had been passing and invented, the machine appeared to type as facilitador instrument of the legal activity, and later the computer, with the Internet being its allied greater. Being the Right a dynamic science, could not, of course, be other people's to this boom technological, treating to if adjusting to emergent modernity. It appeared thus, the computerization and virtualização of the action at law, currently spread out in Brazil and neighboring countries, the example of Argentina. However, of the way as the technological process it brought benefits, the revolution of the technology also has its males.

KEY-WORD: Right of Computer Science. Technology. Revolution. Action at Law.

* Recebido em 30 de maio de 2014, aprovado em 05 de junho de 2014.

** Graduada em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa; Pós-graduada em Direito Processual Civil; Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentina – UMSA; Advogada e professora universitária.

1 INTRODUÇÃO

Faz parte da natureza humana buscar a evolução. Um dos momentos de grande produção científica foi o período da guerra. Neste período, as grandes potências mundiais competiam entre si para ver quem possuía a melhor tecnologia.

Movidos pela competitividade por uma melhor tecnologia, na década de 60, pesquisadores ligados ao exército norte-americano pesquisavam uma forma de comunicação que não fosse afetada numa eventual guerra. A conclusão deste projeto originou, ainda que embrionariamente, o que se conhece hoje como Internet.

Passado algum tempo, a Internet ganhou utilização nos principais centros acadêmicos dos Estados Unidos. Posteriormente, passou a ser utilizada fora do âmbito acadêmico, neste período, a Internet começou a ser utilizada comercialmente.

No Brasil a Internet ganhou espaço fora dos centros acadêmicos no final da década de 80, inclusive com acesso a provedores particulares. Na década de 90, o Brasil já pertencia ao seleto grupo de grandes usuários da Internet.

A massificação do uso da Internet tornou o negócio atrativo, fazendo com que muitos empresários investissem no comércio através da grande rede. Inicialmente, esse tipo de negócio era visto com certo ceticismo, pois, muitos não confiavam na forma com que o negócio era efetuado. Com o passar do tempo o comércio eletrônico foi se tornando usual, a ponto de movimentar milhões de reais anualmente.

Trazendo a tecnologia da informática para o campo do Direito, a ferramenta não apenas da Internet, mas a informatização de uma maneira geral, foi e continua sendo de grande valia, mormente em relação à informatização dos processos judiciais.

Com efeito, para o jurisdicionado, a longa duração dos processos sempre implicou ineficácia e inutilidade do provimento judicial. Essa morosidade compromete não só a efetivação do direito buscado, no âmbito da lide, mas também abala a credibilidade do Poder Judiciário, perante a sociedade, para solução dos litígios, dado o sentimento geral de denegação da justiça e de restrição do acesso à jurisdição.

Em razão deste descrédito gerado pela demora e burocratização da Justiça, foi que se buscou meios de dirimir ou mesmo acabar com os problemas relacionados à demora do processo judicial. Trata-se de uma reformulação das rotinas processuais e internas, com vistas à desmaterialização dos atos processuais e à racionalização dos procedimentos, bem como à otimização da prestação jurisdicional e dos serviços judiciários, conferindo-se concretude aos princípios da celeridade processual, da economicidade e da instrumentalidade e ao direito fundamental à efetividade, a partir do abandono de formalidades arcaicas na tramitação do processo.

É sobre este tema que versa o presente trabalho, a revolução tecnológica do processo judicial em relação ao movimento eletrônico e suas consequências no Direito.

2 PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO.

2.1 A DESCONFIANÇA EXISTENTE NA UTILIZAÇÃO DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO: DESMISTIFICAÇÃO

Assim que a informatização dos processos chegou ao Direito, houve uma certa desconfiança por parte daqueles amantes do tradicionalismo exacerbado, aliado ao receio do novo. Sem dúvida alguma, informatizar o Direito importaria em deixar de lado o papel, a caneta, mas muito mais do que isso, seria lançar mão da celeridade e da facilitação do acesso à Justiça.

A importância da mencionada correlação já foi apontada por Almeida Filho (2008, p.17), em sua obra dedicada à informatização do Judiciário. Segundo esse autor, considerando-se a necessidade de realização de reformas processuais e procedimentais, pode-se concluir que a implantação do processo eletrônico corresponde à ideia de ampliação do acesso à jurisdição.

Não se quis criar um novo processo judicial, mas apenas informatizá-lo e desburocratizar o trâmite processual, mediante a utilização de recursos tecnológicos e de informática.

Comentando sobre a necessidade da informatização do Judiciário, o jurista Bottini (2006, p. 221), revela o caminho para a reforma da gestão judicial, ressaltando:

Sabe-se que parte significativa da demora no andamento dos processos não decorre do tempo que o mesmo passa nas mãos dos advogados para recorrer, nem nas mãos do magistrado para decidir (mais uma vez, excetuados os casos teratológicos), mas do tempo que os autos aguardam diligências, ofícios ou um andamento burocrático específico. É nesses pontos de estrangulamento que deve atuar uma reforma de gestão da Justiça, utilizando os instrumentos tecnológicos disponíveis para conferir maior rapidez à sua superação.

Assim a desconfiança durou pouco, diante das vantagens trazidas por esta nova forma de fazer o Direito, possibilitando contribuir significativamente para a preservação do meio ambiente, na medida em que se dispensa o meio físico e os materiais utilizados para a formalização de atos, sem deixar de lado a questão mais importante, a celeridade processual diante das barreiras inexistente da Internet.

2.2 A INFORMÁTICA JURÍDICA NO PROCESSO JUDICIAL E SUAS CARACTERÍSTICAS

2.2.1 O Direito da Informática

Doutrinadores tradicionais negam de imediato a existência do Direito Informático como disciplina autônoma do Direito, devido tão somente ao estatismo e a resistência ao desenvolvimento. Outros entendem que as novas situações que envolvem a informática não são mais que reflexos de condutas reguladas, razão pela qual se enquadram nas disciplinas jurídicas tradicionais, sem que requeira legislar sobre novas normas.

No entanto, pensar desta forma seria sintoma de um medo retrógrado de mudanças, a renovação, a adequação do sistema jurídico as novas realidades sociais, que não devem ser outra coisa senão o objeto do direito.

2.2.2 Reconhecimento das Disciplinas Informática Jurídica e Direito da Informática Como Ramos Autônomos

Para a maioria dos doutrinadores, o Direito Informático é constituído de conhecimentos e estudos específicos que entrelaçam a relação Direito e Informática, e que não são tão desenvolvidas como outros ramos do Direito. Porém só se pode aprimorar conhecimentos específicos do saber humano que caracterizam um ramo do Direito como autônomo, na medida em que forem realizados estudos,

conferências, debates acerca da matéria envolvendo juristas de todos os outros ramos do Direito.

No caso do Brasil, são poucas as fontes encontradas para o estudo desta matéria; talvez sua aplicação se limite fundamentalmente a aparição de livros ou normativas (doutrinas), e comentários de Direito Informático. Porém talvez, seja mais fácil para os estudiosos buscar esta normativa em outros ramos do direito, por exemplo; a utilização do Código Civil para solucionar questões de pessoas (proteção de dados, direito a intimidade, responsabilidade civil, dentre outras).

Resulta, sem embargo, que esta situação não se acopla com a realidade informática do mundo, já que existem outras figuras como os contratos eletrônicos, comércio eletrônico, firmas digitais e documentos eletrônicos, que correspondem a instituições próprias do Direito Informático por pertencerem a este ramo autônomo de direito.

2.2.3 Princípios Norteadores

Não se pode negar que, por trás da revolução tecnológica que invadiu o mundo jurídico, há todo um estudo doutrinário a fim de embasar e testificar a necessidade de se imprimir uma nova roupagem ao Direito, garantindo a sua eficácia através de um novo modelo de gestão de processos. Assim, há princípios específicos para este fim. Senão, vejamos:

a) Princípio da existência concreta - O que deve ser levado em consideração nas relações virtuais é aquilo que verdadeiramente ocorre e não aquilo que é estipulado, como por exemplo, nos contratos virtuais. Significa referido princípio que em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que surge de documentos e acordos se deve dar preferência ao que sucede nos terreno dos fatos. É a teoria da vontade X teoria da declaração.

b) Princípio da racionalidade – consiste na afirmação essencial de que o ser humano procede e deve proceder nas suas relações virtuais conforme a razão. Suas características essenciais são sua flexibilidade, já que é um critério generalizado, de natureza puramente formal, sem um conteúdo concreto e de forma nitidamente subjetiva.

Em conclusão, na interpretação da lei deve atender-se antes de tudo ao que é razoável, depois às consequências sistemáticas e, finalmente ao desenvolvimento histórico da civilização. É o princípio da razoabilidade.

c) Princípio da lealdade – Todo homem deve agir em boa-fé, deve ser verdadeiro. A boa fé objetiva e o respeito mútuo entre as partes para o fiel cumprimento das obrigações estabelecidas ou pactuadas.

A boa fé, entendida no significado objetivo do cumprimento honesto e escrupuloso das obrigações. A boa-fé subjetiva diz respeito à ignorância de uma pessoa acerca de um fato modificador, impeditivo ou violador de seu direito. É, pois a falsa crença acerca de uma situação pela qual o detentor do direito acredita em sua legitimidade, porque desconhece a verdadeira situação. Já a boa-fé objetiva, pode ser definida grosso modo, como sendo uma regra de conduta.

d) Princípio intervenção estatal – a intervenção direta do Estado para garantir efetivamente as relações virtuais, não só visando assegurar o acesso a produtos e serviços essenciais como para garantir qualidade e adequação dos produtos e serviços (segurança, durabilidade, desempenho).

Deve ser estabelecida uma "política nacional das relações virtuais". Cabe ao Estado não apenas desenvolver atividades nesse sentido, mediante a instituição de órgãos públicos de regulamentação e fiscalização das relações virtuais, como também incentivando a criação de associações civis que tenham por objeto a referida missão.

e) Princípio da Subsidiariedade – A realidade da carência de normas e institutos que ainda devem demorar muitos anos para surgir em sua plenitude nos faz admitir que este princípio atualmente é fundamental para o desenvolvimento do direito informático. Porém referidas normas, institutos e estudos da doutrina do direito em geral só poderão ser aplicados se: a) não esteja aqui regulado de outro modo ("casos omissos", "subsidiariamente"); b) não ofendam os princípios do direito informático ("incompatível"); a aplicação de institutos não previstos não deve ser motivo para maior eternização das demandas e tem que adaptá-las às peculiaridades próprias.

2.2.3 As Vantagens e Desvantagens do Uso dos Documentos Digitais

Tudo que se apresenta como novo, carrega consigo a pecha, logo de início, do fracasso quando não há precedentes sobre aquilo. E não foi diferente em relação à informatização do processo judicial. Em razão disso, surgiram não apenas as vantagens, mas também, de maneira antagônica, as desvantagens acerca desta novidade, havendo sempre aqueles que resistem à atualização do Direito.

Abaixo, elencam-se alguns destes pontos, porém, apenas as desvantagens merecem a atenção meramente acadêmica, haja vista que, a informatização do processo judicial é um caminho sem volta e, à medida que o tempo vai passando, percebe-se claramente que a inovação só trouxe benefícios.

Neste sentido, as vantagens mais marcantes da informatização do processo judicial são as seguintes:

- Maior celeridade em sua elaboração, bem como redução de custos de impressão;
- Arquivamento de forma simples e fácil recuperação de dados;
- Alta capacidade de armazenamento, sendo seu custo reduzido;
- Retorno às exigências ecológicas e de tutela do meio ambiente;
- Duplicabilidade imediata, não havendo a figura da cópia;
- Transmissão imediata;
- Dificuldade de fraude, mediante mecanismos que a impeçam;
- Capacidade de resistência ao envelhecimento e deterioração.

No entanto, conforme dito alhures, as desvantagens também são apontadas, mas não podem, jamais, encobrir as benesses que o movimento tecnológico trouxe para o mundo jurídico. Neste ínterim, a doutrina aponta como principal desvantagem a ligação que o documento digital possui com a tecnologia, computadores e tudo mais que o envolve. A necessidade de intermediação é um dos pontos fracos dessa forma de documentação, uma vez que para que se possa ter conhecimento de determinada informação que se encontra memorizada em forma de *bits*, faz-se mister a intermediação com o auxílio de um computador.

No entanto, percebe-se a fragilidade do argumento acima esposado, mormente porque a maioria da população tem amplo acesso a este meio tecnológico, e quando não se pode ter um computador, as autoridades

governamentais tem procurado encurtar este caminho com incentivos e benefícios para facilitar este contato.

2.3 O DOCUMENTO DIGITAL E A CERTIFICAÇÃO DIGITAL: O CAMINHO PARA A REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA

2.3.1 Conceito de Documento Digital e sua Evolução

De acordo com Gandini, Jacob e Salomão (2002):

O documento digital pode ser denominado como documento eletrônico ou até mesmo como documento informático, mas todos com o mesmo sentido, sendo todo documento produzido por meio do uso do computador. Podemos conceituar o documento eletrônico como sendo o que se encontra memorizado em forma digital, não perceptível para os seres humanos senão mediante intermediação de um computador.

De outro norte, sabe-se que o documento eletrônico está sendo amplamente utilizado principalmente na rede mundial conhecida por *Internet*, que possibilita a mobilidade das informações necessárias para que o comércio eletrônico se desenvolva e gere inúmeras transações, efetivando os modernos negócios jurídicos.

Um documento eletrônico não pode ser assinado no modo tradicional, pelo qual o autor se identifica. Desta forma, é impossível que ele tenha a mesma forma que um documento tradicional, mas nada impede que determinados mecanismos informáticos possam trazer aos documentos digitais as três funções fundamentais dos documentos tradicionais, que são a função identificativa, a declarativa e a probatória.

Costuma-se atribuir aos documentos eletrônicos as seguintes características: volatilidade, alterabilidade e fácil falsificação.

Os documentos digitais, mesmo com todas estas implicações, podem ter validade jurídica, desde que preencham determinados requisitos, que são os mesmos exigidos para os documentos tradicionais; contudo, aqueles continuarão diferenciando-se destes pela forma prática de seu suprimento e verificação. Os requisitos acima mencionados são a integridade, a autenticidade e a tempestividade.

Os mesmos autores acima citados pontificam acerca da validade do documento digital (2002):

Entende-se por **integridade** a estimativa que se faz se um documento foi ou não modificado após sua concepção. Será verificada a existência ou não de contrafação (rasuras, cancelamentos, escritos inseridos posteriormente etc). A **autenticidade** é a verificação de sua proveniência subjetiva, determinando-se com certeza quem é seu autor.

Quanto à **tempestividade**, é ela que garante a confiabilidade probatória do documento analisado. Será conferida pela verificação das formas de impressão, do tipo de tinta, os quais deverão estar compatíveis com a tecnologia disponível quando da feitura do documento.

Para que a manifestação de vontade seja levada a efeito por um meio eletrônico, é fundamental que estejam atendidos dois requisitos de validade, sem os quais tal procedimento será inadmissível: a) o meio utilizado não deve ser adulterável sem deixar vestígios, e b) deve ser possível a identificação do(s) emitente(s) da(s) vontade(s) registrada(s).

Num primeiro plano temos de analisar se esse documento possui integridade, evitando, assim, que haja adulterações não detectáveis. Posteriormente, deve ser um documento autêntico; isso significa que devem necessariamente estar presentes mecanismos aptos a identificar seu autor e sua proveniência, para que, dessa forma, garanta o seu não repúdio. Por último, a data atribuída aos documentos eletrônicos é de suma importância, pois é assim que saberemos se há tempestividade, possibilitando sobremaneira a almejada segurança.

No âmbito jurídico, o maior obstáculo em aceitar um documento, petição ou certidão, enviado por computador ou até mesmo por fax, é a verificação da assinatura, ou seja, é quanto à segurança na identificação do autor. Para isso, tem-se a chamada assinatura digital através de um certificado digital. Na verdade, falar sobre revolução tecnológica no Direito obriga o operador a ter conhecimento de termos técnicos que, no mais das vezes, extrapola o mundo jurídico.

Com efeito, Rezende (2005) esclarece com a propriedade que lhe é peculiar:

Um Certificado Digital é um documento eletrônico que contém as informações do seu titular, sendo emitido por uma Autoridade Registradora reconhecida. Este Certificado é utilizado para atestar a identidade do seu titular, seja este pessoa física ou jurídica. Através deste certificado e de um software específico, os documentos eletrônicos podem ser digitalmente assinados. O Certificado Digital carece do auxílio de um software para realizar a assinatura em um documento (que é arquivo um digital).

O principal mecanismo utilizado para assegurar a autenticidade é o uso Criptografia Assimétrica que é uma técnica baseada no uso de um par de chaves (códigos eletrônicos), sendo uma privada e uma pública, o RSA é um exemplo de técnica de criptografia assimétrica. A chave privada é utilizada no processo de “assinatura” do documento, logo, utilizada apenas por seu titular. A outra chave, a pública, é anexada ao documento (compondo o Certificado Digital) a qual será utilizada num processo inverso para que se possa verificar se a assinatura digital foi criada com a chave privada correspondente.

De maneira que, dúvidas não restam de que, os documentos digitais, estando acompanhados da assinatura digital correlata, bem como da certificação digital

corroborada por uma entidade pública certificadora, autentica e dá plena validade ao processo judicial eletrônico, sendo, na verdade, o grande expoente de toda esta revolução tecnológica.

2.3.2 Os Arquivos Digitais como Instrumento e Meio de Prova

Os documentos digitais, para serem considerados meios de prova, é preciso saber se são aptos a provar a existência de um determinado fato e, ainda, provar a sua autoria.

Pela lei, cessará a fé do documento se a integridade de seu conteúdo for violada, mediante alteração, ou se diante da contestação de sua assinatura, não se conseguir provar a sua veracidade (artigos 387, II, e 388, ambos do CPC).

De acordo com Davi Monteiro Diniz (1999, p. 78):

Quando da composição de uma determinada lide e de acordo com a natureza dos interesses que ali estejam sendo discutidos, poderá atribuir a um arquivo digital os efeitos probatórios de um documento particular, caso a lei não exija outros requisitos formais para seu aperfeiçoamento. Ainda, tal efeito probatório poderá ser particularmente reforçado pela aquiescência das partes, emanada nos autos ou em outro instrumento negocial, desde que não esteja presente nenhuma desigualdade leonina.

Na verdade, o documento digital tem a mesma validade jurídica do documento convencional, representado pelo papel, e hodiernamente, a comunidade jurídica já tem desmistificado o documento digital, lhe dando plena validade jurídica. Tanto isso é verdade que, em vários países, a exemplo do Brasil e Argentina, existem leis que regulamentam especificamente o Processo Judicial Eletrônico, na demonstração de que o Direito evolui de acordo com o crescimento e desenvolvimento social.

3 ASPECTOS LEGAIS DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO

3.1 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Conforme já foi descrito alhures, a compreensão do processo judicial eletrônico, digital, virtual, seja, qual for a expressão, esse tema nos leva a fazer uma

análise histórica e evolutiva, para melhor compreender de onde partimos e onde devemos chegar.

Sendo, imprescindível demonstrar reflexões e inquietudes para quebra de funcionalidades e paradigmas em um ramo tão tradicional como o do Direito Processual.

No Brasil houve a entrada em vigor da Lei nº 11.419/06 que versa sobre o processo judicial eletrônico. Todavia, antes dessa norma, várias tentativas foram empreendidas da evolução até a sua chegada.

A Lei nº 9.800/99 - permitiu às partes a utilização de sistemas de transmissão de dados para prática de Atos processuais. Apesar de permitir a transmissão por via eletrônica, exigia a protocolização de documentos originais. Além disso em seu artigo sexto, desobriga os Tribunais de oferecerem meio material para a implementação da faculdade prevista na Lei.

Já a Portaria nº 3.222/01 – dos Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul – TRF 3ª Região – que tratou sobre o Juizado Virtual.

Enquanto a Medida Provisória nº 2.200-2 de 28.08.2001 – Institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil para garantir a autenticidade, integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte, aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, e realização de transações eletrônicas seguras.

Outros Estados como Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina, instituíram a Resolução nº 13 de 2004 através do TRF 4ª Região - Juizados Especiais Federais.

Nesse mesmo sentido o Projeto de Certificação Digital de Acórdãos da Jurisprudência – TJDF – desde 2004 o Tribunal de Justiça do Distrito Federal conta com a certificação digital. Convênio firmado entre TJDF e Serpro. O mesmo documento que se visualiza na tela do computador encontra-se na base de dados do Tribunal.

Além da Assinatura Digital de Acórdãos – 16ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem seus acórdãos assinados simultaneamente no encerramento da sessão de julgamento, totalmente informatizado desde fevereiro de 2004.

A Resolução nº 287 STF - permite o uso do correio eletrônico para a prática de atos processuais no âmbito daquela corte, nos termos e condições previstos na Lei nº 9.800/99.

Quanto ao e Endereço Eletrônico do STF – permite acesso à *home page* no endereço *www.stf.jus.br*, facultada a advogados previamente cadastrados.

Entre outras medidas sugeriram no âmbito do Poder Judiciário na tentativa contínua de modernização para que os jurisdicionados e operadores do direito tenham facilitação nas tramitações processuais.

A evolução da informática e da Internet, sob o enfoque legislativo viabilizaram a concretização do processo judicial eletrônico.

O acesso amplo aos advogados tanto aos termos e atos do processo, bem como a todos os autos eletrônicos chegaram ao seu alcance. Isso faz parte do princípio constitucional da publicidade que por meio eletrônico tornar-se-á mais acessível considerando-se o elevado preço das publicações, dificuldade de consulta do diário oficial em papel e disponibilidade 24 horas do novo procedimento. O Processo Judicial eletrônico garante pleno acesso ao Judiciário, ampliou as facilidades para concretização dos interesses buscados e diminui os custos, aumentando o número de indivíduos sem condições econômicas de litigar em Juízo.

Enquanto que a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, publicada no Diário Oficial em 21.12.2004 exige o Princípio da Celeridade (artigo 5º, LXXVIII Constituição Federal de 1988). Coadunando a isso o Processo Eletrônico reduz o tempo de tramitação do processo, abrevia a concretização do comando contido na sentença e restitui as partes mais rapidamente à paz social.

De acordo com a Lei nº 11.419/06, verificamos que ela trata da informatização judicial aplicável aos processos civil, do trabalho e penal, eis que surge a questão:

Estamos tratando de processo ou procedimento?

Segundo Almeida Filho (2008, p. 204):

[...] se admitirmos estamos tratando de processo, sem dúvida seria de natureza especial, e pela especificidade aplicável em demandas próprias que envolvessem a informática e os meios eletrônicos, havendo assim, necessidade de inserção de um capítulo especial no CPC de Procedimento Eletrônico.

Ao ser analisado o artigo 1º da lei nº 11.419/06 *in verbis*, temos: “O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e

transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei” (BRASIL, 2006).

O processo digital vislumbra a possibilidade de tornar a justiça mais célere e uma nova era. No contexto mundial não pode ficar à margem das possibilidades do uso da informática, nem tampouco desdenhá-las, urge que lancemos mão de tais recursos para quebrarmos o paradigma da Justiça arcaica e ineficiente. Ainda, refere-se basicamente ao meio de transmissão dos atos ordenados da ação, o procedimento dos atos continuará a serem os mesmos? O que mudará efetivamente é a maneira de armazená-los e transmiti-los? Quais seriam os objetivos a serem alcançados através do processo digital?

Assim, os objetivos da Justiça Brasileira em instituir e autorizar a tramitação de processos eletrônico é para alcançar o seguinte: redução de custos, e duração do processo, aproximação do cidadão ao Judiciário, racionalizar os serviços judiciais, simplificando a atuação jurídica, possibilitando a gestão eficaz, reaproveitando servidores em atividades intelectuais, garantindo, entre muitas outras, com aspectos ambientais, etc.

Em relação à lei propriamente dita podemos dizer que com a adoção do Processo Judicial Eletrônico previsto na Lei nº 11.419/06 pode contribuir significativamente para a modernização do modelo tecnológico empregado na Justiça brasileira.

A Lei possui 22 artigos divididos em quatro capítulos:

Capítulo 1º - Da informatização do processo judicial

Capítulo 2º - Da comunicação eletrônica dos atos processuais

Capítulo 3º- Do processo eletrônico

Capítulo 4º - Disposições gerais e finais

O parágrafo 1º do artigo 1º da lei deixa claro o alcance de suas disposições, que se aplicam, "indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição". Vê-se, portanto, que a vontade do legislador é a de que o uso de meios eletrônicos abranja todas as instâncias judiciárias e processos de qualquer natureza.

Já o parágrafo 2º do mesmo artigo define meio eletrônico, transmissão eletrônica e os requisitos necessários para a correta identificação do signatário: i)

assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada; ii) cadastro de usuário no Poder Judiciário.

Segue a lei pontuando que os atos processuais serão admitidos mediante o uso de assinatura eletrônica, almejando preservar o sigilo, a identificação e a autenticidade das comunicações.

Aqui cabe um parênteses para esclarecer que a assinatura digital é meio de autenticação de informação digital, por vezes, tratada como análoga à assinatura em papel. Ocorre que a expressão assinatura eletrônica refere-se a qualquer mecanismo, não necessariamente criptográfico, usado para identificar o remetente de mensagem eletrônica. É, portanto, a assinatura digital prova inequívoca de que a mensagem é do próprio emissor, valendo destacar que lhe são características:

O artigo 3º, por sua vez, traz novidade que muito facilitará a vida do advogado, que não mais terá de preocupar-se com o horário de encerramento do protocolo, uma vez que os atos considerar-se-ão realizados no dia e hora do seu envio ao sistema do Poder Judiciário, explicitando o parágrafo único desse dispositivo que serão tempestivas as petições protocoladas até as 24 (vinte e quatro) horas do último dia do prazo processual.

No ponto, cabe a observação de que a Lei nº 11.419/06 promoveu uma mudança na legislação processual, já que, na prática, o prazo para a realização do ato expirará somente no minuto e segundo exatos da virada do seu último dia.

O Capítulo II da Lei nº 11.419/06 chancela a utilização dos meios digitais para a comunicação de atos processuais, conferindo celeridade ao processo. Ao facultar a criação do Diário da justiça eletrônico (artigo 4º, caput), institui facilidade ao advogado no controle dos prazos processuais. Também merece destaque as intimações por meio eletrônico, inclusive da Fazenda Pública, àqueles que se cadastrarem previamente no Tribunal onde tramitam as ações de seu interesse (artigo 5º).

A implantação dessa medida há muito vinha sendo discutida por especialistas do Direito em todo o mundo, por tornar ágil o processo, atualmente combatido pela demora na realização de intimações por oficiais de justiça, que se afogam num mar de mandados, humanamente impossíveis de serem cumpridos.

No tocante às citações, o legislador excetuou aquelas relativas aos direitos processuais criminal e infracional, podendo as demais, inclusive da Fazenda

Pública, serem feitas por meio eletrônico, desde que a íntegra dos autos seja acessível ao citando (artigo 6º).

Cabe ainda ressaltar a permissibilidade para que as comunicações por cartas precatórias, rogatórias e de ordem sejam feitas, preferentemente, por meio eletrônico, o que garante uma celeridade gigantesca.

O Capítulo III da lei nº 11.419/06 não deixa dúvidas de que a ordem atual é digitalizar os procedimentos, desde o envio de petições, seu armazenamento, até findar-se o processo. Dispõe o parágrafo 3º do artigo 10 que os órgãos do Poder Judiciário deverão manter equipamentos de digitalização e de acesso à internet à disposição dos jurisdicionados, para tornar possível a efetivação de peças processuais, bem como o acompanhamento digital do andamento do feito.

Na parte referente às disposições gerais, chama a atenção o parágrafo único do artigo 14 diante da previsão de necessária identificação, pelos sistemas a serem desenvolvidos pelo Poder Judiciário, de casos de ocorrência de prevenção, litispendência e coisa julgada.

Aqui cabe ressaltar o impacto da informatização do processo no Direito, uma vez que a coisa julgada, por exemplo, antes objeto de extensa alegação em peça de defesa, será detectada pelo sistema informático, que automaticamente impedirá o prosseguimento da ação, permitindo este ato inserção da tecnologia no próprio raciocínio do juiz e das partes, o que gera assustadora permissibilidade da intervenção do computador na decisão judicial.

O artigo 18, por seu turno, prevê a regulamentação da lei pelos próprios órgãos judiciários, no âmbito de suas competências. Acreditamos que tal medida é salutar, para que o desenvolvimento da informatização do processo não seja engessado pela burocracia que envolve o processo legislativo.

Já a importância do artigo 19 está na medida em que convalida os atos praticados por meio eletrônico antes da data da publicação da Lei nº 11.419/06, mas apenas aqueles que tenham atingido sua finalidade, sem qualquer prejuízo às partes.

Segue-se o artigo 20, que promove alterações no Código de Processo Civil visando adequar suas disposições às modificações advindas da informatização do processo, a saber:

a) O instrumento de procuração poderá ser assinado digitalmente com base em certificado emitido por Autoridade Certificadora credenciada (artigo 38, parágrafo único).

Quanto às citações e intimações, a Lei nº 11.419/06 contempla a comunicação dos atos processuais por meio eletrônico no “caput” de seu artigo 1º, como segue: “Artigo 1º - o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei”.

A comunicação dos atos envolve toda a forma de cientificar as partes do processo dos atos processuais, como a citação e a intimação. O conceito de citação é: “o ato pelo qual o juiz chama a juízo o réu ou interessado a fim de se defender” e a “intimação ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa” (artigos 213 e 234 do Código de Processo Civil).

O art. 9º da Lei estabelece o seguinte:

Artigo 9º - No processo eletrônico, todas as citações, intimações e notificações, inclusive da Fazenda Pública, serão feitas por meio eletrônico, na forma desta Lei.

§ 1º As citações, intimações, notificações e remessas que viabilizem o acesso à íntegra do processo correspondente serão consideradas vista pessoal do interessado para todos os efeitos legais.

§ 2º Quando, por motivo técnico, for inviável o uso do meio eletrônico para a realização de citação, intimação ou notificação, esses atos processuais poderão ser praticados segundo as regras ordinárias, digitalizando-se o documento físico, que deverá ser posteriormente destruído.

Muito tem se discutido sobre as citações e intimações por meio eletrônico, e ainda é cedo para termos respostas definitivas. Sabemos que enquanto for facultativo o seu uso e as resistências inerentes à mudança ainda persistirem não enfrentaremos o assunto com a importância que lhe é devida.

4 CONCLUSÃO

O direito não era legislado, vez que as populações não conheciam a escritura formal e suas regras de regulamentação mantinham-se e conservavam-se pela tradição, isto é, os costumes eram transmitidos oralmente, de geração para geração.

A revolução tecnológica já configura uma realidade em todos os setores da vida cotidiana, notadamente no âmbito da Justiça e do processo.

Não é possível prever, na perspectiva de um observador de simples formação jurídica, que faz uso do computador apenas como uma máquina de escrever de última geração, os avanços que poderão ocorrer nesse campo nos próximos anos.

O perigo da informatização da Justiça e do processo é a supervalorização da forma em detrimento das garantias do cidadão (ampla defesa, contraditório, publicidade das audiências, igualdade no tratamento das partes, oralidade, segurança na comunicação dos atos processuais etc). É necessário que se use com parcimônia tais recursos, para que essas mudanças não venham a ser tão radicais a ponto de deturpar os princípios basilares que regem o processo (devido processo legal), agindo com um verdadeiro diluente sobre os princípios do mesmo.

A tecnologia é um instrumento a ser utilizado com cautela, não resolverá todos os problemas da Justiça, porém é mais uma forma de modificar um modelo arcaico, com inúmeras deficiências, que até aqui se mostrou ineficaz.

Vale ressaltar os esforços dos tribunais para de adequarem à nova realidade, incluindo todas as dificuldades inerentes ao projeto, este que contém diversas variáveis a serem consideradas e que ao longo de sua execução tornam a tarefa mais árdua, porém não impossível.

Toda essa busca de celeridade e eficiência é para buscar os princípios da constituição federal e do direito e atender bem os jurisdicionados de forma realmente eficaz.

Verifica-se, contudo que a legislação do Mercosul deverá propiciar garantias legais e seguras quanto ao uso adequado da tecnologia e inovações que hão de surgir adiante. A resposta para os problemas do uso da tecnologia eletrônica e internet será a boa-fé que é princípio geral do direito.

O uso da tecnologia da informação deverá juntar-se aos operadores do direito para garantir aos seus jurisdicionados garantias legais e bom funcionamento para evitar fraudes. Trata-se, pois de um estudo multidisciplinar, com participação do Poder Judiciário, empresas credenciadas e cidadãos, com o fito de propiciar mudanças válidas e eficazes.

Pode-se concluir que o e-processo, no entanto, formalmente é um instrumento processual eficaz, mesmo com seus fatores negativos, mas que podem

ser superados, para a realização do exercício da jurisdição, e mais; é também mecanismo de publicidade e celeridade e é também meio de acesso efetivo à justiça, desde que esteja vastamente abrangente e implementada a inclusão digital e a educação a nível fundamental, médio e superior da população como um todo.

REFERÊNCIAS

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A reforma do Judiciário: Aspectos relevantes. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha. (Org.). *Novas direções na governança da Justiça e da Segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2012.

CORRÊA, Gustavo Testa. *Aspectos jurídicos da Internet*. São Paulo: Saraiva, 2000.

DINIZ, Davi Monteiro. *Documentos eletrônicos, assinaturas digitais: da qualificação jurídica dos arquivos digitais como documentos*. São Paulo: LTr, 1999.

FILHO, José Carlos de Araújo Almeida. *Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico – A Informatização Judicial no Brasil*. São Paulo: Método, 2008.

GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*. São Paulo: Dialética, 2000.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva et al. A validade jurídica dos documentos digitais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3165>>. Acesso em: 2 jun. 2012.

PINTO, Cristiano da Paixão Araújo. Direito e sociedades no oriente antigo, In: *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

REZENDE, Pedro Antônio Dourado de. *O que é um Certificado Digital?*. UNB (2005) Disponível em: <<http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/sd.htm>>. Acesso em: 13 maio 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. Direito e sociedades no oriente antigo, In: *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

O TRATAMENTO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS NO BRASIL E A EMISSÃO DE GASES DE EFEITOS ESTUFA: ASPECTOS BIOLÓGICOS, LEGAIS E SOCIAIS*

TREATMENT OF SOLID WASTE IN BRAZIL AND GREENHOUSE GAS EMISSION EFFECTS: BIOLOGICAL ASPECTS, SOCIAL AND LEGAL

DÉBORA ALESSANDRA PETER**
 LIANA BEATRIZ DUARTE LOPES***
 MARTA FERREIRA ZIGLIA****
 ROGER ALVES KOHLS*****

RESUMO

O aumento da geração de resíduos sólidos e seus rejeitos é diretamente proporcional ao crescimento populacional, daí a importante de analisar os efeitos dessa circunstância. Por isso, o presente estudo se propõe a analisar os aspectos biológicos da disposição de resíduos em aterros sanitários, os aspectos jurídicos a partir da Lei 12305/2010 e, por fim, os aspectos sociais da atividade do catador frente à produção do lixo, dispostos em três capítulos, utilizando-se, metodologicamente, da técnica da pesquisa bibliográfica pelo método dedutivo. Ao final, conclui-se que, a partir do ano de 2010, quando foi instituída a Política Nacional de Resíduos Sólidos, houve importante avanço em relação ao meio ambiente sadio, apesar da lei deixar de contemplar o aspecto obrigatório para evitar a emissão de gases de efeito estufa, o que se espera seja posteriormente implementado.

PALAVRAS-CHAVE: Política Nacional de Resíduos Sólidos. Gases de Efeito Estufa. Crimes. Catadores.

ABSTRACT

The increased generation of solid waste and their waste is directly proportional to population growth, hence important to analyze the effects of this condition. Therefore, this study aims to examine the biological aspects of waste disposal in landfills, the legal aspects from the Law 12305/2010, and finally, the social aspects of the scavenger activity toward production of waste disposed in three chapters, using

* Artigo apresentado na pós-graduação em Gestão Ambiental da Faculdade Anhanguera de Pelotas/RS. **Recebido em 30 de maio de 2014, aprovado em 05 de junho de 2014.**

** Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente – UFPB, MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas, Doutoranda da *Universidad Del Museo Social Argentino*, Discente do Curso de Especialização em Gestão Ambiental pela Anhanguera Educacional, Jurista em Direito Ambiental, Docente da Anhanguera Educacional. E- mail: deborapeter1@hotmail.com

*** Bacharel e Licenciada em Ciências Biológicas, Discente do Curso de Especialização em Gestão Ambiental pela Anhanguera Educacional. E-mail: lbdlopes@gmail.com

**** Historiadora e Assistente Social, Servidora da Câmara de Vereadores de Pelotas-RS, Discente do Curso de Especialização em Gestão Ambiental pela Anhanguera Educacional. E-mail: zigliamarta@gmail.com

***** Historiadora e Assistente Social, Servidora da Câmara de Vereadores de Pelotas-RS, Discente do Curso de Especialização em Gestão Ambiental pela Anhanguera Educacional. E-mail: zigliamarta@gmail.com

***** Gestor de Produção Industrial exercendo suas atividades em empresa rural no município de Morro Redondo-RS. E-mail: roger.kohls@yahoo.com.br

methodologically technical literature of the deductive method. Finally, it is concluded that, from the year 2010 when it established the National Solid Waste Policy, a significant improvement over healthy environment, despite the law fails to contemplate the compulsory aspect to prevent the emission of gases greenhouse, which is expected to be implemented later.

KEY-WORDS: National Solid Waste. Greenhouse Gases. Crimes. Scavengers.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A população humana alcançou sete bilhões de indivíduos em 2011¹. Esse ritmo acelerado de crescimento demanda um consumo cada vez maior dos recursos naturais, e por consequência, uma geração cada vez maior de resíduos. O gerenciamento adequado destes resíduos, visando minimizar o impacto ambiental provocado pela sua disposição final, é fundamental para a construção do desenvolvimento sustentável.

Segundo o Instituto *Worldwatch*, cerca de 4,5 bilhões de pessoas foram acrescentadas à população mundial apenas em 60 anos². Além disso, sabe-se que mais da metade da população vive aglomerada em grandes centros urbanos, mantendo um estilo de vida altamente consumista e gerando muito lixo, o qual, após os processos de seleção e reciclagem, geram rejeitos que necessitam ser depositados em locais apropriados.

O aumento populacional, somado ao aumento do consumo, motivou, em 2001, o terceiro relatório de avaliação do IPCC³, conhecido pela sigla TAR (*Third Assessment Report*), no qual apresentam-se evidências de que as ações antrópicas são responsáveis pelas atuais mudanças climáticas advindas do aumento do efeito estufa e suas consequências, um dos principais problemas ambientais da atualidade.

Visando garantir a destinação final segura dos rejeitos diante da preservação da saúde pública e minimizar os efeitos das ações humanas na natureza, a Lei de

¹ Relatório sobre a Situação da População Mundial 2011, produzido pela Divisão de Informações e Relações Externas do UNFPA, o Fundo de População das Nações Unidas. Disponível em <<http://www.un.org/files/PT-SWOP11-WEB.pdf>>. Acesso em 07 maio 2014.

² As Global Population Surpasses 7 Billion, Two Clear Strategies for a Sustainable Future. Disponível em <http://www.worldwatch.org/global-population-surpasses-7-billion-two-clear-strategies-sustainable-future>. Acesso em 07 de maio de 2014.

³ Painel Intergovernamental de Mudança do Clima (IPCC, da sigla em inglês de *Intergovernmental Panel on Climate Change*), o qual, por meio de cerca de dois mil cientistas, avalia a informação científica disponível sobre os efeitos das mudanças climáticas no planeta, publicando os resultados, a cada cinco anos, por meio de relatórios de avaliação.

Resíduos Sólidos, Lei 12.305, de 02 de agosto de 2010⁴, a qual instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), determina a todos os produtores de resíduos a responsabilidade pelo meio ambiente saudável e exige do poder público, em especial do Distrito Federal e dos municípios, a eliminação dos chamados lixões, por meio da criação de aterros sanitários.

Nesse contexto, o gerenciamento adequado dos resíduos sólidos nos grandes centros urbanos, através dos aterros sanitários, tem uma participação fundamental no controle da emissão dos gases de efeito estufa para a atmosfera terrestre.

Assim, diante da novidade legislativa, o presente trabalho se propõe a analisar a produção e uso do biogás em aterros sanitários, os aspectos jurídicos a serem observados pelo Distrito Federal e os municípios, e a função socioambiental da atividade de coleta de resíduos sólidos.

Para tanto, utilizar-se-á como metodologia a técnica da pesquisa bibliográfica pelo método de abordagem dedutiva, a qual permite partir de uma formulação geral para, em seguida, analisar as partes do fenômeno e tecer uma conclusão acerca do tema, tendo como referencial a assertiva de que a Política Nacional de Resíduos Sólidos é uma evolução positiva para proteção do meio ambiente sadio (PASOLD, 2007).

Ao final, conclui-se pela positividade da Política Nacional de Resíduos Sólidos, apesar da expectativa de melhorias.

2 PRODUÇÃO E USO DO BIOGÁS EM ATERROS SANITÁRIOS

A disposição final dos resíduos sólidos urbanos é atualmente um dos maiores desafios para o desenvolvimento sustentável das cidades. O crescimento populacional e o aumento do consumo provocaram um grande aumento da geração de resíduos. Os aterros sanitários, entre as opções disponíveis, constituem a maneira mais eficiente de tratamento dos resíduos sólidos, por ser um método que evita a contaminação do solo e lençóis freáticos (LANDIM, 2008).

Segundo a norma ABNT NBR 8.419/1984, o aterro sanitário é definido como:

⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em 07 maio 2014.

[...] uma técnica de disposição de resíduos sólidos urbanos no solo sem causar danos à saúde pública e à sua segurança, minimizando os impactos ambientais, método este que utiliza princípios de engenharia para confinar os resíduos sólidos à menor área possível e reduzi-los ao menor volume permissível, cobrindo-os com uma camada de terra na conclusão de cada jornada de trabalho, ou a intervalos menores, se for necessário.

Esta norma determina que o aterro sanitário deverá ser planejado desde a escolha da área, preparo, operação, monitoramento e uso futuro. Além disso, deverá conter, necessariamente: instalações de apoio; sistema de drenagem de água pluvial; sistema de coleta e tratamento de líquidos percolados (chorume) e de drenagem dos gases formados pela decomposição da matéria orgânica (biogás).

O biogás é uma mistura de gases, contendo em maior quantidade o metano (CH_4) e o dióxido de carbono (CO_2) - gases causadores de efeito estufa (GEE) - conforme demonstra a tabela abaixo.

Tabela 1. Composição do biogás gerado em aterros

COMPONENTES	QUANTIDADE	CONSIDERAÇÕES
Metano (CH_4)	60%	Gás combustível, um dos causadores do efeito estufa, com potencial de aquecimento global 21 vezes maior que o CO_2 .
Dióxido de carbono (CO_2)	-45%	Gás causador do efeito estufa.
Outros gases – hidrogênio, nitrogênio, oxigênio, amônia, ácido sulfídrico, aminas voláteis e monóxido de carbono.	-5%	Entre esses gases destaca-se o ácido sulfídrico, que provoca mau cheiro e pode levar à ocorrência de chuva ácida.

Fonte: ICLEI, 2009.

De acordo com o Instituto Carbono Brasil, os gases considerados como causadores do efeito estufa atualmente são os seguintes: dióxido de carbono (CO_2), metano (CH_4), óxido nitroso (N_2O), clorofluorcarbonetos (CFCs), hidrofluorcarbonetos (HFCs), e hexafluoreto de enxofre (SF_6). Entre eles, o dióxido de carbono é considerado o principal responsável pelo aquecimento global, sendo o gás mais emitido pelas atividades humanas (aproximadamente 77%)⁵.

⁵ Disponível em:

<http://www.institutocarbonobrasil.org.br/mudancas_climaticas/gases_do_efeito_estufa>. Acesso em 07 maio 2014.

O efeito estufa é um fenômeno natural e necessário, através do qual parte do calor emitido pela superfície da Terra é retido nas camadas mais baixas da atmosfera, conservando a temperatura adequada para a manutenção da vida no planeta. Porém, o aquecimento global é a intensificação deste efeito, devido ao aumento da concentração dos GEEs na atmosfera, provocando o aumento da temperatura média global (ICLEI, 2009).

As mudanças climáticas resultantes deste aquecimento global já podem ser verificadas ao redor do planeta, através da alteração do regime de chuvas, provocando estiagens e enchentes, e maior ocorrência e intensidade de fenômenos naturais como furacões e maremotos. Por este motivo, torna-se extremamente importante a redução da emissão de gases causadores de efeito estufa para a atmosfera.

O controle da emissão do biogás gerado pelo aterro sanitário pode ocorrer de duas maneiras, segundo ICLEI (2009):

- Reduzindo a disposição de resíduos orgânicos no aterro, através da realização de tratamento destes resíduos separadamente por meio aeróbico, que resulta em um composto orgânico que pode ser aplicado no solo, sem geração de gás;
- Capturando o biogás produzido no aterro, e promovendo sua destruição através da oxidação térmica do metano, ou seja, sua queima.

O metano é um gás combustível, e sempre há risco de explosão nos locais onde ele é gerado. A emissão descontrolada do biogás também prejudica o ambiente local pelo mau cheiro. A queima do metano produz água e dióxido de carbono (CO₂), que é um gás menos prejudicial para o efeito estufa (VANZIN, 2006).

Além disso, a queima do biogás gera energia, que pode ser aproveitada como uma fonte de energia renovável, contribuindo para o aumento da oferta local de energia e para a redução da emissão de GEEs para a atmosfera (ENSINAS, 2003). Ainda assim, a utilização desta fonte de energia no Brasil é incipiente, sendo utilizado apenas 6% do potencial disponível, de acordo com Vanzin (2006).

No Brasil, a maioria dos aterros utiliza o sistema de drenos abertos, onde é mantida uma chama acesa que provoca a queima imediata do biogás drenado (ICLEI, 2009). Este sistema é ineficiente, sendo apenas 20% do gás drenado efetivamente queimado, e o restante liberado para o ambiente.

Para que isto não aconteça, e seja realizado o maior aproveitamento possível do biogás, é necessária a utilização de um sistema de queima em flares enclausurados (ICLEI, 2009). Estas chaminés são construídas em aço carbono e isoladas internamente com fibra cerâmica. Queimadores internos são fixados em um coletor inferior, interligados com o duto do biogás. O duto principal de biogás apresenta uma bifurcação, destinada ao envio do gás para os sistemas de geração de energia ou outras finalidades de reaproveitamento, antes da queima.

De acordo com Vanzin (2006), a viabilidade econômica da utilização do biogás para geração de energia elétrica ou térmica é possibilitada através de parcerias público-privadas (PPP), e como Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) para a venda de créditos de carbono, prevista no Protocolo de Quioto, se atender aos critérios para isso.

Apesar da necessidade de projetos economicamente viáveis, a necessidade de redução das emissões dos GEEs é urgente. O incentivo ao aproveitamento do potencial energético desperdiçado, através de iniciativas públicas e privadas, é que poderá possibilitar a sustentabilidade de projetos de extração e utilização de biogás.

Até mesmo por que, no aterro sanitário tem-se que não haverá dano ao solo e subsolo, entretanto, a emissão de gases não é evitada, tampouco minimizada em comparação aos lixões que a lei visa banir do território nacional, fazendo-se imprescindível a não emissão dos gases gerados pelo aterro sanitário para atmosfera.

3 ASPECTOS JURÍDICOS A SEREM OBSERVADOS PELO DISTRITO FEDERAL E OS MUNICÍPIOS

Uma vez que a questão dos resíduos sólidos tem relação diretamente proporcional a saúde humana e à dignidade, oportunas as palavras de Sarlet & Fensterseifer (2010):

A razão maior para existência do Estado (Estado-Legislator, Estado-Administrador e Estado-Juiz) reside justamente no respeito, proteção e promoção da dignidade dos seus cidadãos, individual e coletivamente considerados, devendo, portanto, tal objetivo ser continuamente promovido e concretizado pelo Poder Público e pela própria sociedade.

Nesse prisma, a Política Nacional de Resíduos Sólidos, instituída pela Lei 12.305, de 02 de agosto de 2010, constitui um importante marco jurídico para regularização da disposição final dos rejeitos, visando, acima de tudo, proteger a saúde pública.

Sem dúvida, a lei trouxe previsões normativas de primordial importância para coletividade, dispondo sobre seus princípios, objetivos e instrumentos, bem como sobre as diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos, incluídos os perigosos, às responsabilidades dos geradores e do poder público.

Informa a lei que estão sujeitas à observância de seus preceitos as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, responsáveis, direta ou indiretamente, pela geração de resíduos sólidos e as que desenvolvam ações relacionadas à gestão integrada ou ao gerenciamento de resíduos sólidos, deixando evidente que todos os que, de alguma forma, integram o ciclo de vida dos produtos restam responsáveis por sua disposição ambientalmente adequada; estando, inclusive, instituída a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, a ser implementada de forma individualizada e encadeada, abrangendo os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, os consumidores e os titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos.

Descreve, ainda, que a Política Nacional de Resíduos Sólidos reúne o conjunto de princípios, objetivos, instrumentos, diretrizes, metas e ações adotados pelo Governo Federal, isoladamente ou em regime de cooperação com Estados, Distrito Federal, Municípios ou particulares, com vistas à gestão integrada e ao gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos.

Ocorre que, em análise conjunta ao acima exposto, o presente subtítulo focar-se-á no disposto no artigo 10, o qual dispõe, dentre outros aspectos, que incumbe ao Distrito Federal e aos Municípios a gestão integrada dos resíduos sólidos em seus respectivos territórios.

Afirma Fiorillo (2013), que:

[...] Conforme noticiou o jornal O Estado de S. Paulo (21-8-2010), mais de 70% das cidades brasileiras despejam lixo em locais que não são adequados: vazadouros a céu aberto e aterros controlados. Somente 27,7% dão o destino correto aos resíduos sólidos, em aterros sanitários. A forma mais irregular de destinação, os lixões, foi a que menos cresceu nos últimos oito anos, mas ainda é a opção de cinco em cada dez prefeituras (50,8%).

Observe-se que a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, assim considerados os produtos que sobram após as ações de não geração, redução, reutilização, reciclagem, logística reversa e tratamento dos resíduos sólidos, incumbe ao Distrito Federal e aos Municípios, apesar das competências de controle e fiscalização atribuídas aos respectivos órgãos federais e estaduais.

Diante disso e para dar continuidade ao presente ensaio, convém trazer o previsto no inciso VIII do art. 3º, combinado com o § 1º do artigo 9º, conforme segue:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

[...]

VIII - disposição final ambientalmente adequada: distribuição ordenada de rejeitos em aterros, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos.

[...]

Art. 9º Na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, deve ser observada a seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos.

§ 1º Poderão ser utilizadas tecnologias visando à recuperação energética dos resíduos sólidos urbanos, desde que tenha sido comprovada sua viabilidade técnica e ambiental e com a implantação de programa de monitoramento de emissão de gases tóxicos aprovado pelo órgão ambiental.

Trazendo-se como premissas: 1- A disposição final ambientalmente adequada corresponde a distribuição ordenada de rejeitos em aterros; e 2- que poderão ser utilizadas tecnologias visando à recuperação energética dos resíduos sólidos urbanos; pode-se concluir que: 1- a disposição final dos rejeitos em aterros atende aos objetivos da lei; e 2- a recuperação energética dos resíduos sólidos urbanos não é obrigatória, pois a lei utiliza a expressão “poderão” e não “deverão”.

Segue-se, assim, analisando, em termos de consequências jurídicas para o Distrito Federal e o Município, o aterro sem a recuperação energética dos resíduos sólidos.

Conforme já afirmado no item 2, desse estudo, no aterro sanitário tem-se que não haverá dano ao solo e subsolo, entretanto, a emissão de gases não é evitada, tampouco minimizada em comparação aos lixões que a lei visa banir do território nacional.

Assim, salientando-se a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica diante de crimes ambientais, inclusive as de direito público, e consequente possibilidade de responsabilização do Governador do Distrito Federal e dos

Prefeitos, ainda que estes cumpram as disposições da Lei 12.305/2010, tem-se que os mesmos continuarão incidindo em responsabilidade civil e incorrendo em tipos penais, senão vejamos:

Quanto à responsabilidade civil decorrente de dano causado pela emissão de gases e outros possíveis prejuízos ambientais em razão da implantação de aterro para disposição final de rejeitos de resíduos sólidos, tem-se a previsão do artigo 186 do Código Civil Brasileiro: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Quanto à responsabilização penal dos referidos Governador e Prefeitos, tem-se:

- Serviço potencialmente poluidor. Lei 9605/98⁶. Arts. 60 e 61 (detenção e reclusão).
- Poluição atmosférica. Lei 9605/98, art. 54 e 55 (Reclusão)
- Provocar emissão de gás. Lei de Contravenções Penais⁷. art 38 – multa
- Perigo à vida. Código Penal⁸, art. 252 – reclusão

Tudo isso considerando-se a possibilidade de prisão em flagrante do Governador do Distrito Federal e dos Prefeitos, segundo os artigos 301 e inciso I do artigo 302 do Código de Processo Penal Brasileiro⁹: Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Considera-se em flagrante delito quem, dentre outras circunstâncias, está cometendo a infração penal.

Conclui-se, portanto, que o Governador do Distrito Federal e os Prefeitos, além de cumprir as disposições da Lei 12.305/2010 devem implantar sistema de minimização da emissão de gases do aterro, de acordo com a tecnologia disponível, sob pena de responsabilização civil e criminal.

⁶ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 07 maio 2014.

⁷ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 05 maio 2014.

⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 06 maio 2014.

⁹ Disponível em< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 06 maio 2014.

4 FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA ATIVIDADE DE COLETA DE RESÍDUOS SÓLIDOS

Segundo o panorama dos resíduos sólidos do Brasil (PRSB)¹⁰, de 2005 o Brasil produz diariamente 173.524 toneladas de lixo, sendo que 60% da quantidade de resíduos coletados são dispostos de forma inadequada¹¹.

A definição de lixo nos é dada por Laier (2008): “a definição mais aceita nas bibliografias especializadas diz que, “lixo é o conjunto de resíduos resultantes da atividade humana”.

Ocorre que, na maioria dos lixões que a Lei 12305/2010 pretende extinguir para que haja somente aterros sanitários no Brasil, verifica-se a presença de catadores, entre eles crianças. Nesse sentido, Laier (2008) afirma que: “Nesta visão, devemos considerar o poder aquisitivo e o nível educacional da comunidade na qual o lixo se originou, pois o que é considerado lixo para uns é o único meio de sobrevivência para outros”.

Consciente desse cenário de dependência econômica dos catadores de lixo que exercem suas atividades em lixões e da atividade ambiental positiva desempenhada pelos mesmos, uma vez que retiram, tanto dos lixões quanto das ruas, resíduos que podem ser reaproveitados, o legislador, considerando esse fator social ao estabelecer os ditames da Política Nacional de Resíduos Sólidos cita por doze vezes esses trabalhadores.

Para não trazer uma cópia exaustiva da lei 12305/2010 nesse sentido, trataremos das citações nos itens que seguem:

- Dentre os objetivos da PNRS encontramos a integração dos catadores nas ações que envolvam a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos – Art. 7, XII;

- Em seus instrumentos está estabelecido o incentivo à criação e ao desenvolvimento de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis Art. 8º, IV;

- Como conteúdo mínimo dos Planos de Resíduos Sólidos (PRS) em nível federal e estadual, determina a existência de metas para a eliminação e recuperação

¹⁰ Elaborado pela ABRELPE – Associação Brasileira das Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais. Disponível em: <http://www.abrelpe.org.br/abrelpe_quemsomos.cfm>. Acesso em 03 de maio de 2014.

¹¹ Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/helenacoura/residuos-slidos-panorama>>. Acesso em 03 de maio de 2014.

de lixões, associadas à inclusão social e à emancipação econômica de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis – Art. 15, V; art. 17, V; e, em nível municipal programas e ações para a participação dos grupos interessados, em especial das cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda, se houver – Art. 19, XI;

- Quanto ao PRS do Distrito Federal e em nível municipal, coloca como condição e situação de prioridade para terem acesso a recursos da União, ou por ela controlados, destinados a empreendimentos e serviços relacionados à limpeza urbana e ao manejo de resíduos sólidos, ou para serem beneficiados por incentivos ou financiamentos de entidades federais de crédito ou fomento para tal finalidade a implantação da coleta seletiva com a participação de cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda – Art. 18, § 1º, II;

- Estabelece ainda que plano de gerenciamento de resíduos sólidos tem o seguinte conteúdo mínimo, Serão estabelecidos em regulamento, normas sobre a exigibilidade e o conteúdo do plano de gerenciamento de resíduos sólidos relativo à atuação de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis – Art. 21, § 3º, I.

- Importante previsão legislativa encontra-se na possibilidade de o poder público instituir medidas indutoras e linhas de financiamento para atender, prioritariamente, às iniciativas de implantação de infraestrutura física e aquisição de equipamentos para cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda – Art. 42, III;

- Ainda no viés econômico estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, poderão instituir normas com o objetivo de conceder incentivos fiscais, financeiros ou creditícios, respeitadas as limitações da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), a projetos relacionados à responsabilidade pelo ciclo de vida dos produtos, prioritariamente em parceria com cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda – Art. 44, II;

- Garante a PNRS que, nos casos de possibilidade de implantação da logística reversa¹² de alguns materiais, a atuação deve ocorrer em parceria com cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis,

- Por fim, consciente da possibilidade de omissão legislativa, para que não haja prejuízo aos catadores, estabelece que a inexistência do regulamento previsto no § 3o do art. 21 não obsta a atuação, nos termos desta Lei, das cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis.

Mesmo diante da especial atenção dedicada pelo legislador aos catadores, a maioria ainda vive em situação de vulnerabilidade social. Os integrantes de cooperativas, em geral, tem uma situação melhor, possuindo uma renda mais alta, mas existe uma série de problemas identificados nestas cooperativas que dificultam a permanência dos cooperados. As mais comuns são:

- dificuldade de aceitação das regras;
- baixo nível de instrução;
- problemas relacionados com álcool e drogas;
- alta rotatividade dos sócios.

Diante disso, pode-se perceber que o modelo de gestão socioambiental compartilhada, descentralizada, participativa, com inclusão social, previsto na lei, constitui-se em um novo caminho para o gerenciamento do resíduo sólido no País.

5 CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi estudado, pode-se concluir que, em relação aos aspectos biológicos, jurídicos e sociais a PNRS representa uma importante evolução em prol do meio ambiente sadio.

Apesar de não alcançar o cenário ideal diante da tecnologia já disponível para evitar a emissão de gases de efeito estufa, uma vez que não exige que nos aterros sanitários a prática da captação e redução seja implementada, ao passo que mantem a previsão legislativa como possibilidade e não obrigatoriedade.

¹² Nos termos do artigo 33 da PNR são obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes dos produtos que estabelece.

Entretanto, apesar da permissão para emitir gases de efeito estufa, a qual se extrai da característica da possibilidade descrita no parágrafo acima, a legislação nacional tipifica a conduta do gestor público que, mesmo eliminando o lixão e instituindo aterro sanitário, como crimes ambientais, crime comum ou contravenção penal. Ou seja, a inobservância do caráter protecionista biológico apresentado no item 1, no sentido de evitar a emissão de gases de efeito estufa, acarretará a responsabilidade penal.

Não podemos deixar de citar que, caso haja danos, a prática acima referida resultará ainda em responsabilidade civil reparadoras e/ou indenizatória.

Cumpre-nos salientar ainda a importante previsão legislativa no sentido de proteger os catadores de lixo, os quais, mediante a implementação da coleta seletiva e eliminação dos lixões, poderiam restar sem meios de chegar ao produto de sua atividade, qual seja, o lixo. Daí por que conclui-se pelo caráter positivo da previsão legislativa.

Por fim, analisando os três aspectos tratados, biológico, jurídico e social, conclui-se pelo avanço promovido em direção ao meio ambiente sadio pela PNRS, apesar de ainda esperar-se melhores exigências legislativas nesse sentido.

REFERÊNCIAS

ABRELPE. *Panorama dos resíduos sólidos no Brasil 2011*. Associação Brasileira de Limpeza Pública e Resíduos Especiais. Disponível em: <http://www.abrelpe.org.br/abrelpe_quemsomos.cfm>. Acesso em: 03 maio 2014.

AS GLOBAL POPULATION Surpasses 7 Billion, Two Clear Strategies for a Sustainable Future. Disponível em <http://www.worldwatch.org/global-population-surpasses-7-billion-two-clear-strategies-sustainable-future>>. Acesso em: 07 maio 2014.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR ISO 14001: Resíduos sólidos: classificações*. Rio de Janeiro, ABNT, 2004.

_____. *NBR-8419: apresentação de aterros sanitários de resíduos urbanos: procedimento*. Rio de Janeiro, 1985.

BRASIL. *Decreto nº 7.404, de 23 de dezembro de 2010 (b)*. Regulamenta a Lei no 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê

Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7404.htm>.

Acesso em: 8 maio 2014.

_____. *Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010 (a)*. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em 07 maio 2014.

_____. Ministério do Meio Ambiente, Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução 307, de 05 de julho de 2002. Estabelece diretrizes, critérios e procedimentos para a gestão dos resíduos da construção civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, nº 136, 17 de julho de 2002. Seção 1, p. 95-96.

_____. Ministério do Meio Ambiente, Conselho Nacional do Meio Ambiente CONAMA. *Resolução 348, de 16 de agosto de 2004*.

Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=307>>.

Acesso em 05 maio 2014.

_____. Ministério do Meio Ambiente. *Planos de Gestão de Resíduos Sólidos: Manual de Orientação*. Brasília: MMA, 2012.

_____. *Resolução CONAMA Nº 307/2002*, de 05 de julho de 2002. Estabelece diretrizes, critérios e procedimentos para a gestão dos resíduos da construção civil.

Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=307>>.

Acesso em 05 maio 2014.

_____. Lei nº 12.305: Política Nacional de resíduos sólidos, aspectos legais. In: *Portal Resíduos Sólidos*. Disponível em:

<<http://www.portalresiduossolidos.com/lei-12-3052010-politica-nacional-de-residuos-solidos/>>. Acesso em 07 maio 2014.

_____. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 07 maio 2014.

_____. *Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941*. Lei das contravenções penais. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 05 maio 2014.

_____. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 06 maio 2014.

ENSINAS, A. V. *Estudo da geração de biogás no aterro sanitário Delta de Campinas – SP*. Campinas, 2003. 77 p. Dissertação (Mestrado em Engenharia Mecânica) Universidade Estadual de Campinas.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 14. ed. iBooks, 2013.

MUDANÇAS CLIMÁTICAS: Gases do efeito estufa. Disponível em: <http://www.institutocarbonobrasil.org.br/mudancas_climaticas/gases_do_efeito_estufa>. Acesso em 02 maio 2014

ICLEI - Brasil - Governos Locais pela Sustentabilidade. *Manual para aproveitamento do biogás: volume um, aterros sanitários*. ICLEI - Governos Locais pela Sustentabilidade, Secretariado para América Latina e Caribe, Escritório de Projetos no Brasil, São Paulo, 2009.

INSTITUTO CARBONO BRASIL. *Mudanças Climáticas*. 2014. Disponível em <http://www.institutocarbonobrasil.org.br/mudancas_climaticas/gases_do_efeito_estufa>. Acesso em 18 abr. 2014.

LAIER, Goretti. *As duas faces do lixo: processos de exclusão social dos catadores*. João Pessoa : Editora Universitária UFPB; FESP, 2008.

LANDIM, A. L. P. F; AZEVEDO, L. P. *O aproveitamento energético do biogás em aterros sanitários: Unindo o inútil ao sustentável*. BNDES Setorial, Rio de Janeiro, n. 27, p. 59-100, mar. 2008.

PANORAMA DOS RESÍDUOS SÓLIDOS. Disponível em: < <http://pt.slideshare.net/helenacoura/residuos-slidos-panorama>>. Acesso em 03 de maio de 2014.

PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica*. 10. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007.

RELATÓRIO SOBRE A SITUAÇÃO da População Mundial 2011, produzido pela Divisão de Informações e Relações Externas do UNFPA, o Fundo de População das Nações Unidas. Disponível em <<http://www.un.org/files/PT-SWOP11-WEB.pdf>>. Acesso em 07 maio 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Nota sobre os deveres de proteção do estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria sócio(ambiental). In: *Direito e mudanças climáticas [recurso eletrônico]: reforma do código florestal: limites jurídicos*. / organizado por Paula Lavratti e Vanêsa Buzelato Prestes. – São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde, 2010.

VANZIN, Emerson; PANDOLFO, Adalberto; LUBLO, Rafael. *et al. Uso do biogás em aterro sanitário como fonte de energia alternativa: aplicação de procedimento para análise da viabilidade econômica no aterro sanitário metropolitano Santa Tecla*. Rio Grande do Sul, 2006. 12 p. Programa de Pós Graduação em Engenharia. Universidade Federal de Passo Fundo.

RECICLAGEM DE RESÍDUOS SÓLIDOS DA CONSTRUÇÃO CIVIL: PERSPECTIVA DA GERAÇÃO DE EMPREGO E RENDA E DA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL*

RECYCLING OF SOLID WASTE OF CONSTRUCTION: PERSPECTIVE OF EMPLOYMENT AND INCOME GENERATION AND ENVIRONMENTAL PRESERVATION

ROBERTA CAVALCANTE BELTRÃO**
MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES***

RESUMO

Os resíduos sólidos gerados na construção civil e na demolição, chamados RCD, representam um grave problema ambiental em muitos locais do Brasil. Se, por um lado sua falta de gerenciamento e deposição irregular contribui como fator gerador de problemas de natureza, estética, ambiental e também de saúde pública, representando ainda uma sobrecarga sobre os sistemas de limpeza urbanas municipais pelo grande volume que é coletado constantemente. Por outro lado, eles podem vir a ser fonte de renda, se destinados corretamente para a indústria de reciclagem, reduzindo sobremaneira o impacto causado ao meio ambiente, pois na maioria dos locais a indústria da construção civil, embora seja um dos pilares do crescimento econômico, ainda não trabalha sob o paradigma da sustentabilidade ambiental. Assim, tendo por base essa premissa, esse estudo objetiva levantar informações sobre o trabalho ambiental da indústria de reciclagem de resíduos da construção civil no Brasil. Sua concepção metodológica está embasada nos procedimentos indicados para ser aplicado na pesquisa bibliográfica e documental, tomando como marco legal a Lei nº 12.305 de 2 de agosto de 2010 que instituiu a Política Nacional dos Resíduos Sólidos, cujo regramento está contribuindo para o surgimento de um novo modelo de gerenciamento voltado para a sustentabilidade da cadeia produtiva da construção civil mediante cumprimento da lei, dando origem a um novo nicho de mercado o da destinação e reciclagem de resíduos sólidos da construção civil e da demolição, resultando em um trabalho ambiental que contribui para gerando emprego e renda, atenuando ainda questão social importante ao empregar mão de obra pouco qualificada.

PALAVRAS-CHAVE: Resíduos Sólidos. Construção Civil. Reciclagem.

* Trabalho de Conclusão do Curso de bacharelado em Direito apresentado na Fesp Faculdades em João Pessoa. **Recebido em 05 de junho de 2014, aprovado em 20 de junho de 2014.**

** Graduada em Comércio Exterior e Pós Graduada em Gestão Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela FADINOR. Concluinte do Curso de Bacharelado em Direito Pela Fesp Faculdades, semestre 2014.1. E-mail: rbeltrao2@gmail.com

*** Mestre em economia, Especialista em Direito Ambiental, Chefiou a Divisão de Fiscalização da SEMAM/PMJP. Atualmente exerce a função de Fiscal Ambiental da SEMAM/PMJP, Professora das disciplinas Metodologia Científica, Economia Política, Filosofia Geral e TCC do Curso de Direito da Fesp Faculdades. Coordenadora de Pesquisa e Extensão na Fesp Faculdades, Coordenadora de TCC na Fesp Faculdades. Editora da Revista Fesp de Periódicos Científicos, edição online. Coautora do Livro Sinopse de Direito Ambiental, publicado pela EDIJUR em 2012 na sua 1ª ed., em 2014 publicou sua 2ª edição. Autora de diversos artigos publicados em revistas científicas. E-mail: socorromenezes@gmail.com.

ABSTRACT

The solid waste generated in construction and demolition, called RCD, represent a serious environmental problem in many parts of Brazil. If on the one hand their lack of management and irregular deposition contributes as a factor generating problems of nature, aesthetic, environmental and public health also, still representing an overload on the systems of municipal urban cleaning the large volume that is collected continuously. On the other hand, they can become a source of income, if properly designed for the recycling industry, greatly reducing the impact to the environment, because in most places the construction industry, although it is one of the pillars of economic growth not yet working under the paradigm of environmental sustainability. Thus, based on this premise, this study aims to gather information about the environmental work of Waste recycling construction industry in Brazil. Its methodological design is grounded in the procedures indicated for application in literature and documents, taking as legal framework Law nº. 12.305 of August 2, 2010 which established the National Policy of Solid Waste, whose regrament is contributing to the emergence of a new management model focused on the sustainability of the supply chain of construction by law enforcement, giving rise to a new niche market the disposal and recycling of solid waste from construction and demolition waste, resulting in a work environment that contributes to generating employment and income , further attenuating important social issue by employing unskilled labor.

KEY-WORDS: Solid Waste. Construction. Recycling.

1 INTRODUÇÃO

Embora seja considerada uma dos pilares do crescimento econômico, no Brasil, pelo volume de recursos que emprega a indústria da construção civil, na operação de suas atividades produtivas, altera a paisagem, gera resíduos de natureza diversa causando significativo impacto ambiental. Tal afirmação decorre de evidências empíricas de que esses resíduos são descartados de modo aleatório em áreas urbanas, áreas rurais, áreas de preservação permanente, a exemplo do que ocorre áreas de rios, córregos, mangues, além de outras áreas que sofrem aterramento como esses resíduos, sendo posteriormente ocupadas de modo irregular com habitações precárias, portanto, desprovidas de critérios ambientais.

Ao se propor em desenvolver uma abordagem voltada para o trabalho ambiental da indústria de reciclagem de resíduos da construção civil no Brasil, esse estudo busca resposta para o seguinte questionamento problema: qual a destinação que a indústria da construção civil está dando aos seus resíduos; estão estes sendo destinados à reciclagem?

Considerando essa perspectiva delineou-se como objetivo central dessa pesquisa o levantamento de informações sobre o trabalho ambiental da indústria de reciclagem de resíduos da construção civil no Brasil. Tal objetivo encontra ressonância no conceito de sustentabilidade ambiental, bem como na premissa de que as indústrias que operam nesse segmento estão elaborando e aplicando plano de gerenciamento de seus materiais residuais, em atendimento ao que preceitua a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Sua concepção metodológica está embasada nos procedimentos indicados para ser aplicado na pesquisa bibliográfica e documental, tomando como marco legal a Lei nº 12.305 de 2 de agosto de 2010 que instituiu a Política Nacional dos Resíduos Sólidos, cujo regramento está contribuindo para o surgimento de um novo modelo de gerenciamento voltado para a sustentabilidade da cadeia produtiva da construção civil mediante cumprimento da lei, dando origem a um novo nicho de mercado: o da destinação e reciclagem de resíduos sólidos da construção civil e da demolição.

O resultado consiste em um trabalho ambiental que contribui para gerar emprego e renda, atenuando ainda questão social importante ao empregar mão de obra pouco qualificada, adentrando na seara da sustentabilidade, tornando-se assim o indutor de um novo paradigma na relação entre o homem e o meio ambiente, tendo como foco a preservação do bem jurídico vida, minimizando os riscos para as presentes e futuras gerações.

Assim, diante dessa realidade esse estudo faz uma contextualização em torno dos resíduos sólidos no Brasil descrevendo brevemente a situação em João Pessoa, estado da Paraíba; destaca os elementos básicos da Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS; Descreve como se dá a classificação desses resíduos; Destaca aspectos relativos às Resoluções do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA; adentra na questão da reciclagem desses resíduos, destacando a geração de emprego e renda bem como os benefícios ambientais daí decorrentes.

2 CONTEXTUALIZANDO A PROBLEMÁTICA DOS RESÍDUOS SÓLIDOS E SUAS REPERCUSSÕES SOBRE O MEIO AMBIENTE NO BRASIL

O problema ambiental gerado pelos resíduos sólidos da construção civil no Brasil pode ser dimensionado e compreendido a partir de dados estatísticos que

revelam sua importância. Informações obtidas através da Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública – ABRELPE, demonstram que o Brasil apresenta – a partir dos resíduos coletados – uma estimativa de geração de 31 milhões de toneladas de resíduos sólidos da construção civil por ano, de origem pública e de origem privada; números que variam de 230 a 760 kg por habitante, considerando amostra de 400 municípios. “A comparação entre os dados de Resíduos sólidos da construção civil em 2011 e 2010 resulta na constatação de um aumento de mais de 7% na coleta dos mesmos” (ABRELPE, 2011, p.88).

De acordo com o Diagnóstico dos Resíduos Sólidos da Construção Civil, realizado pelo IPEA (2012), a caracterização dos materiais presentes nos resíduos da construção civil em obras no Brasil, existe uma predominância de argamassa (63%), concreto e bloco (29%), outros (7%) e orgânicos com (1%). Vale salientar que, tais resíduos são gerados a partir de trabalhos rodoviários, de escavações, de sobras de demolições, de obras diversas e de sobras de limpeza, tendo como componentes, tijolo, concreto – em maior parte –, areia, solo, poeira, lama, rocha, asfalto, metais, madeira, papel e material orgânico, dentre outros.

Segundo destacam Guedes e Fernandes (2012), historicamente a coleta desses resíduos sempre esteve a cargo do Estado que, via de regra, os encontram descartados sem levar em conta qualquer critério ambiental, sendo depositados em áreas públicas, canteiros, ruas, praças e margens de rios, de modo que o seu recolhimento sempre foi um serviço desafiador.

Deve ser enfatizado que, nos termos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, são considerados resíduos de construção civil os resíduos gerados nas construções, reformas, reparos e demolições de obras de construção civil, incluídos os resultantes da preparação e escavação de terrenos para obras civis, os quais são de responsabilidade do gerador dos mesmos, ou seja, das indústrias que operam no segmento da construção civil.

Aspecto importante a considerar nesse contexto é o seguinte: No Brasil 90% dos resíduos gerados pelas obras são passíveis de reciclagem, sendo assim a reciclagem se mostra como uma alternativa para minimizar os impactos causados pelo consumo de matérias-primas extraídas do meio ambiente. (CUNHA; MICELI, 2013).

Acrescentamos que a legislação específica que disciplina a gestão dos resíduos sólidos da construção civil é basicamente apoiada na Resolução do CONAMA nº 307/02 e a de nº 348/2004, que estabelece diretrizes, critérios e procedimentos para a Gestão dos Resíduos da Construção Civil e cria a cadeia de responsabilidades: gerador - transportador - municípios.

Guedes e Fernandes (2012) destacam que, iniciativas públicas com usinas de reciclagem de resíduos sólidos da construção civil começam a ser instaladas no Brasil desde 2001. Sendo uma responsabilidade dos municípios, a reciclagem dos desses materiais traz inúmeros benefícios como o aumento da vida útil dos aterros sanitários, redução da extração de matérias-primas não renováveis como a brita e a areia, geração de novos postos de trabalho, a produção material de construção a baixo custo, entre outros.

Registre-se que, em João Pessoa existe uma usina de reciclagem e beneficiamento desses materiais – USIBEN instalada no bairro de Mangabeira, gerenciada pela Autarquia Municipal de Limpeza Urbana – EMLUR, mostrando que o município de João Pessoa, dentro de sua política voltada para o meio ambiente e sustentabilidade está buscando cumprir o que determina Política Nacional de Resíduos Sólidos, embora não esteja conseguindo sanar o problema da deposição incorreta de resíduos sólidos da construção civil em espaços inadequados¹³.

Empiricamente pode-se observar que isso está ocorrendo em áreas especialmente protegidas, a exemplo daquelas remanescentes do Mata Atlântica como o Parque Estadual do Aratu, o parque Municipal Lauro Pires Xavier, em vários pontos da mata de Jacarapé e do Horto Florestal Cidade Verde em Mangabeira VIII, dentre outras, onde são feitas apreensões de veículos realizando tal prática¹⁴.

Cumprir registrar que a fiscalização nessas áreas é feita por agentes da Secretaria de Meio Ambiente da Prefeitura Municipal de João Pessoa - SEMAM e por guarnições da Polícia Militar Ambiental, visando coibir tais práticas que representam afronta ao meio ambiente e a política de controle ambiental instituída pelo Município que, inclusive possui legislação própria sobre essa matéria: Lei nº 11.176, de 10 de outubro de 2007 que instituiu o sistema de gestão sustentável de

¹³ Informação obtida em palestra proferida pelo Superintendente da EMLUR no evento I Encontro de Políticas Públicas para a Gestão de Políticas Públicas realizada em parceria entre EMLUR/SEMAM/PMJP, em João Pessoa – Estação Cabo Branco, nos dias 19 e 20 de março de 2014.

¹⁴ Informação obtida junto a Divisão de Fiscalização da SEMAM em abril de 2014.

resíduos da construção civil e demolição e o plano integrado de gerenciamento de resíduos da construção civil e demolição de acordo com o previsto na Resolução Conama nº 307, de 05 de julho de 2002 e dá outras providências (JOÃO PESSOA, 2007).

3 A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS - PNRS

Conforme destacam Figueiredo Filho e Menezes (2014) a Política Nacional de Resíduos Sólidos foi instituída pela Lei 12.305/2010, representando um marco regulatório importante nesse setor, estabelecendo princípios, objetivos, instrumentos e diretrizes para a gestão e gerenciamento dos resíduos sólidos, as responsabilidades dos geradores, do poder público, e dos consumidores, bem como os instrumentos econômicos aplicáveis, e traz no seu art. 3º, inciso XVI expresso o conceito do que se deve entender por resíduos sólidos, a partir dos elementos que seguem:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

[...];

XVI - resíduos sólidos: material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos **estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos** cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso **soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível** (BRASIL, 2010a, grifo nosso).

No tocante aos objetivos dessa política deve-se observar o regramento contido no seu art. 7º, *in verbis*:

Art. 7º São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

I - proteção da saúde pública e da qualidade ambiental;

II - não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos, bem como disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos;

III - estímulo à adoção de padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços;

IV - adoção, desenvolvimento e aprimoramento de tecnologias limpas como forma de **minimizar impactos ambientais;**

V - redução do volume e da periculosidade dos resíduos perigosos;

VI - incentivo à indústria da reciclagem, tendo em vista fomentar o uso de matérias-primas e insumos derivados de materiais recicláveis e reciclados;

VII - gestão integrada de resíduos sólidos;

VIII - articulação entre as diferentes esferas do poder público, e destas com o setor empresarial, com vistas à cooperação técnica e financeira para a gestão integrada de resíduos sólidos;

IX - capacitação técnica continuada na área de resíduos sólidos;

X - regularidade, continuidade, funcionalidade e universalização da prestação dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, com adoção de mecanismos gerenciais e econômicos que assegurem a recuperação dos custos dos serviços prestados, como forma de garantir sua sustentabilidade operacional e financeira, observada a Lei nº 11.445, de 2007;

XI - prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para:

a) produtos reciclados e recicláveis;

b) bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com **padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis;**

XII - integração dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis nas ações que envolvam a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos;

XIII - estímulo à implementação da avaliação do ciclo de vida do produto;

XIV - incentivo ao desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para a melhoria dos processos produtivos e ao reaproveitamento dos resíduos sólidos, incluídos a recuperação e o aproveitamento energético;

XV - estímulo à rotulagem ambiental e ao consumo sustentável (BRASIL, 2010a, grifos nosso).

Verifica-se, portanto, consoante o citado regramento a preocupação com a deposição adequada dos resíduos sólidos, visando minimizar os impactos ambientais daí decorrentes, o incentivo à indústria de reciclagem e a gestão integrada desses resíduos como aspectos centrais a enfatizar.

Importa ainda considerar a definição de prioridades na gestão e gerenciamento dos resíduos sólidos, trazidos pela lei em comento nos moldes estabelecidos no seu art. 9º, *in verbis*:

Art. 9º **Na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos**, deve ser observada a seguinte **ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos.**

§ 1º Poderão ser utilizadas tecnologias visando à recuperação energética dos resíduos sólidos urbanos, desde que tenha sido comprovada sua viabilidade técnica e ambiental e com a implantação de programa de monitoramento de emissão de gases tóxicos aprovado pelo órgão ambiental.

§ 2º **A Política Nacional de Resíduos Sólidos e as Políticas de Resíduos Sólidos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios** serão compatíveis com o disposto no **caput** e no § 1º deste artigo e com as demais diretrizes estabelecidas nesta Lei (BRASIL, 2010a, grifos nosso).

Vê-se, portanto, a importância dada à atuação dos municípios como um dos aspectos relevantes contemplados pela Política Nacional de Resíduos Sólidos, no que pertine a implementação de todo o planejamento e alcance de metas. Atente-se

para a formalização do Plano Nacional de Resíduos Sólidos que, conforme previsto no art. 15 da lei 12.305/2010, deve atender aos seguintes requisitos:

Art. 15. A União elaborará, sob a **coordenação do Ministério do Meio Ambiente**, o Plano Nacional de Resíduos Sólidos, com vigência por prazo indeterminado e horizonte de 20 (vinte) anos, a ser atualizado a cada 4 (quatro) anos, tendo como conteúdo mínimo:

I - **diagnóstico** da situação atual dos resíduos sólidos;

II - **proposição de cenários**, incluindo tendências internacionais e macroeconômicas;

III - **metas de redução, reutilização, reciclagem**, entre outras, com vistas a reduzir a quantidade de resíduos e rejeitos encaminhados para disposição final ambientalmente adequada;

IV - metas para o **aproveitamento energético** dos gases gerados nas unidades de disposição final de resíduos sólidos;

V - **metas para a eliminação e recuperação de lixões, associadas à inclusão social** e à emancipação econômica de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis;

VI - **programas, projetos e ações** para o atendimento das metas previstas;

VII - **normas e condicionantes técnicas para o acesso a recursos da União**, para a obtenção de seu aval ou para o acesso a recursos administrados, direta ou indiretamente, por entidade federal, quando destinados a ações e programas de interesse dos resíduos sólidos;

VIII - medidas para incentivar e viabilizar a **gestão regionalizada dos resíduos sólidos**;

IX - **diretrizes para o planejamento** e demais atividades de gestão de resíduos sólidos das regiões integradas de desenvolvimento instituídas por lei complementar, bem como para as áreas de especial interesse turístico;

X - **normas e diretrizes para a disposição final** de rejeitos e, quando couber, de resíduos;

XI - meios a serem utilizados para o **controle e a fiscalização**, no âmbito nacional, de sua implementação e operacionalização, assegurado o controle social.

Parágrafo único. O Plano Nacional de Resíduos Sólidos será elaborado mediante processo de mobilização e participação social, incluindo a realização de **audiências e consultas públicas** (BRASIL, 2010a, grifo nosso).

Um dos aspectos relevantes da lei 12. 305/10, além das metas de redução, reutilização e reciclagem (inc. III), as metas para recuperação dos lixões e inclusão social, contribuindo assim para que o trabalho de reciclagem possa efetivamente representar melhoria da qualidade ambiental em diversos aspectos. Deve-se ainda considerar que a definição de condicionantes para acesso a recursos públicos, deixa entrever que há incentivo para a formação de consórcios organizados entre associações intermunicipais tendo em vista a gestão mais eficiente desses resíduos.

3.1 POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS E LEGISLAÇÃO CORRELATA

Para entender a relação entre a Política Nacional de Resíduos sólidos e a legislação que a complementa, deve-se considerar a ilustração apresentada na figura 1, mostrando dentro da seara jurídica a relação dessa Política com o arcabouço jurídico que regula a matéria.



Figura 1: Interligação da Política Nacional de Resíduos Sólidos com outros regramentos jurídicos
Fonte: Portal resíduos sólidos (2014)

Fazendo uma leitura ainda que superficial dos aspectos interligados à Política Nacional de Resíduos Sólidos ilustrados na figura 1 verifica-se que a lei 12.305/2010 é regulamentada pelo Decreto nº 7.404/2010 que instituiu e delegou ao Comitê Interministerial, composto por 12 Ministérios, sob a coordenação do Ministério do Meio Ambiente, a responsabilidade de coordenar a elaboração e implementação do Plano Nacional de Resíduos Sólidos.

A Lei 11.107/2005, Lei Federal dos Consórcios Públicos regulamenta o Art. 241 da Constituição Federal e estabelece as normas gerais de contratação de consórcios públicos. Os consórcios públicos dão forma à prestação regionalizada de serviços públicos instituídos pela Lei Federal de Saneamento Básico (Lei

11.445/2007) e que é incentivada e priorizada pela Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010).

Deve ser enfatizado que, os consórcios públicos recebem, no âmbito da Política Nacional de Resíduos Sólidos, prioridade absoluta no acesso aos recursos da União ou por ela controlados. Esta prioridade também é concedida aos Estados que instituírem microrregiões para a gestão e ao Distrito Federal e municípios que optem por soluções consorciadas intermunicipais para gestão associada¹⁵.

A Lei Federal de Saneamento Básico (Lei 11.445/2007) visa contribuir para o desenvolvimento sustentável do ambiente urbano, mediante elaboração pelos municípios do seu Plano Municipal de Saneamento Básico - PMSB, o qual deverá contemplar um horizonte da ordem de vinte anos e abranger os conteúdos mínimos definidos na Lei nº 11.445/07, Decreto nº 7.217/2010 e Resolução Recomendada nº 75 do Conselho das Cidades, além de estar em consonância com os Planos Diretores, com os objetivos e as diretrizes dos planos plurianuais (PPA), com os planos de recursos hídricos, com a legislação ambiental, legislação de saúde e de educação, dentre outros correlatos.

Assim, observa-se que a lei que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos se integra com outras legislações que a complementam, nesse sentido deve-se ter em conta as colocações feitas por Silva (2012) e Copola (2011) sobre as alterações que a referida lei, provocou na aplicação da lei 9.605/98 que trata dos crimes ambientais, cuja síntese é a seguinte:

O tratamento dado ao crime de poluição por resíduos sólidos, causador de dano ambiental está previsto no art. 51 da Lei 12.305/10 ao fixar a responsabilidade objetiva aos causadores de danos ao meio ambiente, estabelecendo que estes devem:

Art. 51. Sem prejuízo da obrigação de, independentemente da existência de culpa, reparar os danos causados, a ação ou omissão das pessoas físicas ou jurídicas que importe inobservância aos preceitos desta Lei ou de seu regulamento sujeita os infratores às sanções previstas em lei, em especial

¹⁵ Foge ao escopo desse estudo aprofundar a discussão em torno dessa temática, entretanto, deve-se considerar a Lei 11.107/2005 possibilita a constituição de Consórcio Público como órgão autárquico integrante da administração pública de cada município associado, contratado entre os entes federados consorciados. A lei institui o Contrato de Consórcio celebrado entre os entes consorciados que contem todas as regras da associação; o Contrato de Rateio para transferência de recursos dos consorciados ao Consórcio, e o Contrato de Programa que regula a delegação da prestação de serviços públicos, de um ente da Federação para outro ou, entre entes e o Consórcio Público.

às fixadas na Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que “dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências”, e em seu regulamento (BRASIL, 2010a).

Assim, consoante tal preceito normativo, além de reparar o dano causado, o infrator ainda sofrerá as sanções previstas na lei 9.605/98. A referida norma expressa o princípio do poluidor-pagador, no qual, conforme destacam Figueiredo Filho e Menezes (2014, p. 57) “há incidência de responsabilidade civil objetiva impondo ao poluidor e ao pagador a obrigação de recuperar e/ ou indenizar os danos causados ou que podem ser causados ao meio ambiente”.

O artigo 52, a Lei 12.305/10 alterou o texto do artigo 68 da Lei de Crimes Ambientais, ao estabelecer que: “Art. 52. A observância do disposto no caput do art. 23 e no § 2º do art. 39 desta Lei é considerada obrigação de relevante interesse ambiental para efeitos do art. 68 da Lei nº 9.605, de 1998, sem prejuízo da aplicação de outras sanções cabíveis nas esferas penal e administrativa” (BRASIL, 2010).

Importa acrescentar que o art. 68 da lei 9.605/98 reza que comete crime relevante contra o meio ambiente, aquele que:

Artigo 68 - Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental:
Pena - detenção, de um a três anos, e multa.
Parágrafo único - Se o crime é culposos, a pena é de três meses a um ano, sem prejuízo da multa (BRASIL, 1998).

Observa-se, portanto, que os elementos normativos “dever legal ou contratual” e “obrigação de relevante interesse ambiental” são os elementos que caracterizam a conduta delituosa. As penas são cominadas: detenção e multa, devendo aquela ser reduzida se o crime for culposos.

O ar. 53 da lei 12.305/10 alterou a redação do § 1º da lei 9.605/98 ao tratar dos resíduos sólidos perigosos ao preceituar que:

Art. 53. O § 1º do art. 56 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, passa a vigorar com a seguinte redação:
‘Art. 56.
§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:
I - abandona os produtos ou substâncias referidos no **caput** ou os utiliza em desacordo com as normas ambientais ou de segurança;
II - manipula, acondiciona, armazena, coleta, transporta, reutiliza, recicla ou dá destinação final a resíduos perigosos de forma diversa da estabelecida em lei ou regulamento.....’(NR) (BRASIL, 2010a).

Assim sendo, comete crime aquele que adotar as condutas previstas nos incisos I e II da Lei em comento. A pena prevista no *caput* é de reclusão de um a quatro anos, e multa. Os produtos ou substâncias referidas no *caput* são as tóxicas, perigosas ou nocivas à saúde humana ou ao meio ambiente.

A relação da lei 12.305/10 se expressa na previsão para dispensa de licitação na contratação de cooperativas e de associações de catadores de materiais recicláveis demonstrando iniciativa de incentivo ao trabalho de reciclagem dos resíduos sólidos. Nesse sentido, deve-se chamar atenção para o que reza o art. 36, § 2º da lei 12.305/10, *in verbis*:

Art. 36. No âmbito da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, cabe ao titular dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, observado, se houver, o plano municipal de **gestão integrada de resíduos sólidos**:

I - adotar procedimentos para reaproveitar os resíduos sólidos reutilizáveis e recicláveis oriundos dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos;

II - estabelecer sistema de coleta seletiva;

III - articular com os agentes econômicos e sociais medidas para viabilizar o retorno ao ciclo produtivo dos resíduos sólidos reutilizáveis e recicláveis oriundos dos serviços de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos;

IV - realizar as atividades definidas por acordo setorial ou termo de compromisso na forma do § 7º do art. 33, mediante a devida remuneração pelo setor empresarial;

V - implantar sistema de compostagem para resíduos sólidos orgânicos e articular com os agentes econômicos e sociais formas de utilização do composto produzido;

VI - dar disposição final ambientalmente adequada aos resíduos e rejeitos oriundos dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos.

§ 1º Para o cumprimento do disposto nos incisos I a IV do **caput**, o titular dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos priorizará a organização e o funcionamento de **cooperativas** ou de outras formas de **associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis** formadas por pessoas físicas de baixa renda, bem como sua contratação.

§ 2º A contratação prevista no § 1º é dispensável de licitação, nos termos do inciso XXVII do art. 24 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993 (BRASIL, 2010a, grifo nosso).

Deve-se também considerar o teor do inciso XXVII do art. 24 da lei 8.666/93 com redação dada pela lei 11.445/2007. *In verbis*:

Art. 24. É **dispensável a licitação**:

.....
XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por **associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda**

reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública. (Redação dada pela Lei nº 11.445, de 2007) (BRASIL, 2007, grifo nosso).

Para ser coerente com os objetivos delineados para esse estudo chama-se atenção para a inclusão social possibilitada pela lei das licitações aplicada em conjunto com a lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos, ou seja, a Lei nº 12.305/10 é bastante rica em disposições acerca da reciclagem de resíduos, de coleta seletiva, e de reutilização de resíduos, prevendo, inclusive, formas de destinação final ambientalmente adequada (art. 3º, VII), e como princípio da Política Nacional de Resíduos Sólidos (art. 6º, VIII), dentre outras disposições apontadas anteriormente.

Cumprindo ainda destacar a Lei 12.187 de 29 de dezembro de 2009 que institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC, cuja relação com a lei 12.305/10 é encontrada em regramento contido no inciso II e no parágrafo único de seu art. 4º. *In verbis*:

Art. 4º A Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC visará:

.....
 II - à redução das emissões antrópicas de gases de efeito estufa em relação às suas diferentes fontes;

.....
 Parágrafo único. Os objetivos da Política Nacional sobre Mudança do Clima deverão estar em consonância com o desenvolvimento sustentável a fim de buscar o crescimento econômico, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais (BRASIL, 2009).

Como se vê, tal regramento diz respeito a um dos objetivos da PNMC, no que respeita a redução da emissão de poluentes que causam o efeito estufa oriundos de diferentes fontes, podendo ser incluídas aquelas referentes aos resíduos sólidos. E ainda na menção que é feita ao desenvolvimento sustentável que é a finalidade de toda a legislação que envolve o meio ambiente.

Ao passo que a Lei 12.305/10 definiu entre seus objetivos o uso e aprimoramento de tecnologias limpas como forma de minimizar os impactos ambientais (art. 7º, IV) e o incentivo ao desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para a melhoria dos processos produtivos e para o reaproveitamento dos resíduos sólidos, inclusive a recuperação e reaproveitamento energético (art. 7º, XIV).

3.2 LOGÍSTICA REVERSA: RESPONSABILIDADE PÓS-CONSUMO

Um dos aspectos mais relevantes da Política Nacional dos Resíduos sólidos, talvez seja o conceito de logística reversa. A base da concepção do que se entende por logística reversa é encontrada na dicção do art. 13 do Decreto 7.404/10 que regulamenta a Lei 12.305/10 da Política Nacional dos Resíduos Sólidos, trata dos sistemas de logística reversa nos seguintes termos:

Art. 13. A logística reversa é o instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado pelo conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada (BRASIL, 2010b).

Conforme destaca Copola (2011, p. 20), logística reversa é:

O fluxo físico é o deslocamento físico do resíduo reciclável ou reutilizável, partindo do ponto de consumo até o local de origem do produto (o fabricante). É o ciclo inverso ao em geral estabelecido pelo consumo. Os produtos retornam ao fabricante em geral como matéria-prima a ser reaproveitada. Um clássico exemplo de logística reversa é o retorno dos vasilhames aos fabricantes de bebidas.

Os sistemas de logística reversa, são de implementação obrigatória devendo sua fabricação seguir o estabelecido no caput do art.32 da Lei 12.305/10:

Art. 32. As embalagens devem ser **fabricadas com materiais que propiciem a reutilização ou a reciclagem.**

§ 1º Cabe aos respectivos responsáveis assegurar que as embalagens sejam:

I - restritas em volume e peso às dimensões requeridas à proteção do conteúdo e à comercialização do produto;

II - **projetadas de forma a serem reutilizadas** de maneira tecnicamente viável e compatível com as exigências aplicáveis ao produto que contêm;

III - **recicladas, se a reutilização não for possível.**

§ 2º O regulamento disporá sobre os casos em que, por razões de ordem técnica ou econômica, não seja viável a aplicação do disposto no **caput**.

§ 3º É responsável pelo atendimento do disposto neste artigo todo aquele que:

I - manufatura embalagens ou fornece materiais para a fabricação de embalagens;

II - coloca em circulação embalagens, materiais para a fabricação de embalagens ou produtos embalados, em qualquer fase da cadeia de comércio (BRASIL, 2010a, grifo nosso).

Observa-se, portanto, que a responsabilidade pelo gerenciamento da logística reversa recaí sobre os fabricantes e distribuidores. Os itens considerados prioritários estão enumerados no art. 33 da Lei 12.305/10:

Art. 33. São **obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa**, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de:

I - agrotóxicos, seus resíduos e embalagens, assim como outros produtos cuja embalagem, após o uso, constitua resíduo perigoso, observadas as regras de gerenciamento de resíduos perigosos previstas em lei ou regulamento, em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama, do SNVS e do Suasa, ou em normas técnicas;

II - pilhas e baterias;

III - pneus;

IV - óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens;

V - lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista;

VI - produtos eletroeletrônicos e seus componentes.

§ 1º Na forma do disposto em regulamento ou em acordos setoriais e termos de compromisso firmados entre o poder público e o setor empresarial, os sistemas previstos no **caput** serão estendidos a produtos comercializados em **embalagens plásticas, metálicas ou de vidro**, e aos demais produtos e embalagens, considerando, prioritariamente, o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente dos resíduos gerados.

..... (BRASIL, 2010a, grifo nosso).

Cumprindo ainda acrescentar que, existem outros instrumentos previstos no Decreto 7.404/10 para efetivação dos sistemas de logística reversa, como os termos de compromisso e o regulamento (art. 15), mas sempre deve ser considerado que tal medida se trata de obrigação de fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes.

Nesse sentido, os agrotóxicos pelas suas peculiaridades, conforme reza o art. 14 do Decreto 7.404/10, segue regramento específico: “Art. 14. O sistema de logística reversa de agrotóxicos, seus resíduos e embalagens, seguirá o disposto na Lei no 7.802, de 11 de julho de 1989, e no Decreto nº 4.074, de 4 de janeiro de 2002” (BRASIL, 2010b).

4 RECICLAGEM DE RESÍDUOS SÓLIDOS DA CONSTRUÇÃO CIVIL: PERSPECTIVA DA GERAÇÃO DE EMPREGO E RENDA E DA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL

Observa-se empiricamente que, nas obras de engenharia em geral ocorre a geração de uma quantidade de resíduos sólidos da construção civil, popularmente denominado de entulho, requerendo um manejo ambientalmente adequado, com alternativas para a sua redução, reutilização e reciclagem, visando evitar sérios problemas urbanos, sociais e econômicos.

Com a reciclagem vislumbra-se a sua reutilização com agregado para ser empregado na construção civil e na pavimentação de rodovias, transformando o que se tornou entulho em material de construção e em fonte de matéria-prima a ser utilizada em novas obras, contribuindo assim para a utilização racional desse recurso produtivo, bem como para uma maior viabilidade econômica desse setor produtivo e, ainda, para o desenvolvimento sustentável dessa atividade.

Em estudo realizado sobre inovação tecnológica e reciclagem na construção civil Esteves *et al.* (2014) relatam que o desperdício de materiais no canteiro de obras da construção civil é maior no estágio inicial da obra e envolve principalmente os seguintes materiais: areia, brita e cimento, os quais podem causar grande impacto ao meio ambiente se não forem gerenciados para que sua disposição final seja adequada, conforme previsto na Política Nacional de Resíduos Sólidos e nas Resoluções do Conama atinente a essa matéria.

Nesse sentido, Barros (apud ESTEVES *et. al.*, 2014, p.6) delimita nove passos que são considerados essenciais para uma construção sustentável. São eles:

- 1 Planejamento sustentável da obra;
- 2 Aproveitamento passivo dos recursos naturais;
- 3 Eficiência energética;
- 4 Gestão e economia de água;
- 5 Gestão dos resíduos na edificação;
- 6 Qualidade do ar e do ambiente interior;
- 7 Conforto termo acústico
- 8 Uso racional dos materiais;
- 9 Uso de produtos e tecnologias ambientalmente amigáveis.

Vale salientar que esses aspectos dependem de certificados e laudos ambientais pra que a tecnologia e os parâmetros utilizados possam ser avaliados e

que isto pode ser viabilizado pela criação de um sistema eficiente de gestão municipal, incluindo a coleta seletiva em canteiros de obra e a oficialização de áreas adequadas para a disposição e reciclagem dos resíduos, contribuindo decisivamente para que a indústria da construção civil deixe de ser considerada a atividade humana com maior impacto sobre o meio ambiente, sendo esta uma das preocupações do Conama, mediante conteúdo de suas Resoluções nº 307 e .

4.1 RESOLUÇÕES CONAMA nº 307/2002, Nº 348/2004, Nº 431/2011 E Nº 448/2012

A Resolução Conama nº. 307/2002 Estabelece diretrizes, critérios e procedimentos para a gestão dos resíduos da construção civil, no seu art. 2º, define o que se considera como esse tipo de resíduo:

Art. 2º Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:

I - Resíduos da construção civil: são os provenientes de construções, reformas, reparos e demolições de obras de construção civil, e os resultantes da preparação e da escavação de terrenos, tais como: tijolos, blocos cerâmicos, concreto em geral, solos, rochas, metais, resinas, colas, tintas, madeiras e compensados, forros, argamassa, gesso, telhas, pavimento asfáltico, vidros, plásticos, tubulações, fiação elétrica etc., comumente chamados de entulhos de obras, caliça ou metralha (BRASIL, 2002).

Essa mesma Resolução no seu art. 3º estabelece como esses resíduos devem ser classificados:

Art. 3º Os resíduos da construção civil deverão ser classificados, para efeito desta Resolução, da seguinte forma:

I - Classe A - são os resíduos reutilizáveis ou recicláveis como agregados, tais como:

a) de construção, demolição, reformas e reparos de pavimentação e de outras obras de infra estrutura, inclusive solos provenientes de terraplanagem;

b) de construção, demolição, reformas e reparos de edificações: componentes cerâmicos (tijolos, blocos, telhas, placas de revestimento etc.), argamassa e concreto;

c) de processo de fabricação e/ou demolição de peças pré-moldadas em concreto (blocos, tubos, meio-fios etc.) produzidas nos canteiros de obras papel/papelão, metais, vidros, madeiras e outros;

II - Classe B - são os resíduos recicláveis para outras destinações, tais como: plásticos, papel, papelão, metais, vidros, madeiras e **gesso**; (redação dada pela Resolução nº 431/11).

III - Classe C - são os resíduos para os quais não foram desenvolvidas tecnologias ou aplicações economicamente viáveis que permitam a sua reciclagem ou recuperação; (redação dada pela Resolução nº 431/11).

IV - Classe D: são resíduos perigosos oriundos do processo de construção, tais como tintas, solventes, óleos e outros ou aqueles contaminados ou prejudiciais à saúde oriundos de demolições, reformas e reparos de clínicas radiológicas, instalações industriais e outros, bem como telhas e demais objetos e materiais que **contenham amianto** ou outros produtos nocivos à saúde (redação dada pela Resolução nº 348/04) (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Importa acrescentar que em cada classe constam materiais que devem receber tratamento distinto. Sobre a Resolução 348, de 16 de agosto de 2004, observa-se que a mesma apenas alterou a Resolução Conama nº 307/ 2002, incluindo o amianto na classe de resíduos perigosos, conforme transcrição feita acima, para os materiais classe “D”. Por sua vez, a Resolução Conama nº 431 de 25 de maio de 2011, também altera esse mesmo artigo, estabelecendo nova classificação para o gesso, incluído entre os materiais da classe “B”.

Conforme destacam Pacheco, Estrella e Passanezi (2014, p. 5) a composição do resíduo da construção civil e da demolição varia:

Em função da região geográfica, da época do ano, do tipo de obra, dentre outros fatores. Estima-se que, em média, 65% do material descartado seja de origem mineral, 13% oriundos da madeira, 8% plásticos e 14% compostos por outros materiais. As construtoras são responsáveis pela geração de 20 a 25% desse entulho, sendo que o restante provém de reformas e de obras de auto construção.

É importante ainda acrescentar que, conforme assinalam Pacheco, Estrella e Passanezi (2014, p. 5) embora ainda não existam estatísticas de todo o país, o entulho gerado nos canteiros de obras no Brasil tem aproximadamente a seguinte composição: 64% de argamassa, 30% de produtos de vedação (tijolos), 6% de outros materiais (concreto, pedra, areia, etc..) é possível triturar 90% do entulho gerado na construção civil para a produção de componentes de argamassa e de construção civil.

A destinação dos resíduos sólidos da construção civil e da demolição bem como seus principais conceitos está determinada no art. 10 da Resolução nº 448 de 21 de janeiro de 2012, conforme segue:

Art. 10. Os resíduos da construção civil, após triagem, deverão ser destinados das seguintes formas:

I - Classe A: deverão ser reutilizados ou reciclados na forma de **agregados** ou encaminhados a **aterro de resíduos classe A** de preservação de material **para usos futuros**;

II - Classe B: deverão ser **reutilizados, reciclados ou encaminhados a áreas de armazenamento temporário**, sendo dispostos de modo a permitir a sua **utilização ou reciclagem futura**;

III - Classe C: deverão ser **armazenados, transportados e destinados em conformidade com as normas técnicas específicas**.

IV - Classe D: deverão ser **armazenados, transportados, reutilizados e destinados em conformidade com as normas técnicas específicas** (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Com relação à gestão, aponta-se o projeto de gerenciamento de resíduos sólidos em canteiro de obras, contemplando planos de redução de resíduos, reutilização e reciclagem, pois seus resultados podem proporcionar: redução de custo devido o menor número de caçambas necessárias à coleta em canteiro, melhoria da organização e limpeza da obra e contribuição da empresa com a educação ambiental de sua mão de obra, e, principalmente sua contribuição para aproximar o setor da sustentabilidade através da redução dos impactos negativos dos seus resíduos nas cidades e da geração de matéria-prima que pode ser substituída pela natural.

4.2 O MERCADO DE RESÍDUOS DA CONSTRUÇÃO CIVIL E AS PERSPECTIVAS DE EMPREGO E RENDA DECORRENTE DA RECILAGEM

A reciclagem dos resíduos sólidos proveniente da construção civil e da demolição, visa à sustentabilidade desse segmento industrial, poupando florestas, reduzindo a extração de pedras de pedreiras sob arbustos e grandes áreas verdes, poupa os recursos hídricos, evitando que o esse material seja descartado em rios, riachos, represas e mares e ainda gera emprego e renda.

Entretanto, esse ainda é um mercado pouco explorado, pois, conforme destacam Cunha e Miceli (2013, p. 7), as estatísticas são as seguintes:

No Brasil, existiam, em 2002, 11 usinas de reciclagem municipais (LEVY, 2002). Esse número cresceu e hoje em 2013 existem cerca de 200 (ABRECON, 2013), muitas associadas à Associação Brasileira de Indústrias Recicladoras de RCD – ABRECON, criada em 2011. Considerando-se um índice médio de geração per capita de RCD de 500 kg/habitante por ano (ÂNGULO, 2005), estima-se uma geração na ordem de 80 milhões de toneladas/ano de RCD para uma população urbana de 160 milhões de pessoas no Brasil, segundo censo do IBGE de 2010.

Ainda segundo enfatizam Cunha e Miceli (2013, p. 8), isso explica as escalas de produção das usinas nacionais ainda são pequenas, “tipicamente menos que 100

toneladas de RCD processado por dia. Assim, a reciclagem do RCD é ainda quase insignificante diante do montante gerado”.

Importa acrescentar que, com a publicação do Conama 307/2002 e do marco regulatório estabelecido através da Lei 12.305/10, ambas anteriormente expostas, a situação vem mudando. A referida legislação decreta que todos os municípios brasileiros são obrigados a planejar e implementarem estratégias de gerenciamento sustentável de resíduos de construção.

Apesar desse marco importante representado pela Política Nacional de Resíduos Sólidos, ainda são poucas as usinas que processam os resíduos da construção civil e da demolição. Segundo destacam Cunha e Miceli (2013), no Brasil, as usinas se concentram principalmente na região sudeste, sendo São Paulo o estado com a maior concentração e onde encontram-se as usinas de maior capacidade. Nesse mercado de agregados o custo de transporte limita o alcance das usinas, que só atendem regiões localizadas dentro de um raio que varia de 30 a 50km da usina.

Sobre o mercado consumidor, Cunha e Miceli (2013, p. 10) indicam o seguinte:

O setor público é o grande consumidor de agregados para pavimentação, com um consumo de cerca de 50 milhões de toneladas por ano. Só a pavimentação é capaz de absorver em torno de 50% da massa total do RCD. O restante, cerca de 330 milhões de toneladas de agregados, é consumido pelo setor privado, sendo majoritariamente empregado em concretos e argamassas.

Isso significa entender que, conforme esclarecem Cunha e Miceli (2013, p. 10), se todo o resíduo sólido da construção civil e da demolição “classe A for reciclado como agregados e destinado a esse mercado, apenas 20% dos agregados naturais serão substituídos por reciclados”. Ou seja, o consumo de agregados reciclados ainda é incipiente, havendo muito espaço para crescimento da oferta.

Cunha e Miceli (2013) fazem uma projeção do consumo de agregados reciclados onde mostram que existe uma tendência de crescimento importante nesse setor, sob o ângulo de sua demanda sendo bem maior do que a capacidade instalada das usinas que processam esses materiais, entretanto, sua oferta ainda é incipiente tornando oportuna a realização de investimentos para ampliar essa capacidade de produção, sobretudo tendo em vista as possibilidades de negócios a

partir da aplicação do marco regulatório representado pela Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Na pesquisa realizada sobre geração de emprego na indústria de reciclagem dos resíduos sólidos da construção civil e da demolição, não foram encontrados dados relevantes sobre a geração de postos de trabalho nem da coleta desses materiais por associações de catadores ou cooperativas. Acredita-se que isso ocorra porque a gestão desses materiais é responsabilidade dos geradores, isto é, da própria construtora ou mediante instalação de ecopontos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através desse estudo foi possível comprovar que, a deposição aleatória e sem critérios técnicos de resíduos sólidos da construção civil e da demolição resulta em impactos ambientais significativos, principalmente na formação de áreas irregulares de descarte em locais de preservação ambiental, afetando o equilíbrio ecológico, a drenagem superficial, com obstrução de córregos e erosão de solos, dentre outros.

É importante ressaltar que, nas cidades, a deposição em vias públicas e terrenos baldios incentiva o descarte de outros materiais de origem industrial e domésticas, nem sempre inertes, com a conseqüente degradação de espaços urbanos, conforme pode ser observado em vários pontos da cidade de João Pessoa, onde está ocorrendo um processo de expansão imobiliária de modo bastante intenso.

Outra conclusão importante é a de que, conforme previsto na Lei nº 12.305/10 que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos no Brasil, não exime nenhum agente, dos processos de geração à disposição final do resíduo, das responsabilidades pelos impactos ambientais durante o ciclo de vida do produto. Assim sendo, é possível afirmar que o poder público municipal deve exercer um papel decisivo para disciplinar o processamento dos resíduos, utilizando instrumentos para regular, fiscalizar e criar condições de um tratamento correto, estimulando uma logística reversa, especialmente destinada para resíduos da construção civil.

Diversas leis e resoluções estão em vigor para disciplinar a prática de um manejo sustentável dos resíduos da construção civil, dentre as quais, as Resoluções do Conama que foram abordadas nesse estudo. Nesse sentido, o município de João Pessoa ao instituir o sistema de gestão sustentável e o plano de gerenciamento integrado de resíduos sólidos da construção civil e demolição, Lei nº 11.176/2007 está cumprindo determinação desse marco legal importante na defesa do meio ambiente, conforme comentado anteriormente.

A viabilidade econômica da reciclagem desses resíduos é um achado importante desse estudo, pois corrobora a hipótese de que além de contribuir para a preservação ou manutenção da qualidade do meio ambiente, as usinas de reciclagem podem ser um importante instrumento para gerar emprego e renda ao contratar pessoas para operar o seu sistema de produção.

REFERÊNCIAS

ABRELPE. *Panorama dos resíduos sólidos no Brasil 2011*. Associação Brasileira de Limpeza Pública e Resíduos Especiais.

Disponível em: <<http://www.abrelpe.org.br/downloads/Panorama2011.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2014.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR ISO 14001: Resíduos sólidos: classificações*. Rio de Janeiro, ABNT, 2004.

BRASIL. *Decreto nº 7.404, de 23 de dezembro de 2010 (b)*. Regulamenta a Lei no 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7404.htm>.

Acesso em: 8 abr. 2014

_____. *Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010 (a)*. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: <<http://migre.me/8lepR>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

_____. Ministério do Meio Ambiente, Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução 307, de 05 de julho de 2002. Estabelece diretrizes, critérios e procedimentos para a gestão dos resíduos da construção civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, nº 136, 17 de julho de 2002. Seção 1, p. 95-96.

_____. Ministério do Meio Ambiente, Conselho Nacional do Meio Ambiente CONAMA. *Resolução 348, de 16 de agosto de 2004*.

Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=307>>. Acesso em 05 maio 2014.

_____. Ministério do Meio Ambiente. *Planos de Gestão de Resíduos Sólidos: Manual de Orientação*. Brasília: MMA, 2012.

_____. *Resolução CONAMA Nº 307/2002*, de 05 de julho de 2002. Estabelece diretrizes, critérios e procedimentos para a gestão dos resíduos da construção civil. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=307>>. Acesso em 05 maio 2014.

Lei nº 12.305: Política Nacional de resíduos sólidos, aspectos legais. In: *Portal Resíduos Sólidos*. Disponível em: <<http://www.portalresiduossolidos.com/lei-12-3052010-politica-nacional-de-residuossolidos/>>. Acesso em 30 abr. 2014.

COPOLA, Gina. *A política nacional de resíduos sólidos (Lei Federal nº 12.305, de 2 de agosto de 2010): os aterros sanitários de rejeitos e os municípios*. (maio/2011). Disponível em: <<http://www.acopesp.org.br/artigos/Dra.%20Gina%20Copola/gina%20artigo%2067.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2014.

CUNHA, Gabriel Nocilo Miquelino; MICELI, Victor Machado. *Análise de viabilidade econômica de usinas de reciclagem de resíduos sólidos da construção civil* (abril, 2013). Disponível em: <<http://monografias.poli.ufrj.br/monografias/monopoli10005513.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2014.

EMLUR. *I Encontro de Políticas Públicas para a Gestão de Políticas Públicas*. João Pessoa: Ciclo de Palestras. João Pessoa: Estação Cabo Branco, 19 e 20 de março de 2014.

ESTEVES, Emerson Guzzi Zuan et. al. *Inovação tecnológica e reciclagem de resíduos da construção civil em Londrina-PR, Brasil*. Disponível em: <<http://www.sep.org.br/artigos/download?id=1873&title=INOVA%C3%87%C3%83O+TECNOL%C3%93GICA+E+RECICLAGEM+DE+RES%C3%84DUOS+DA+CONSTRU%C3%87%C3%83O+CIVIL+EM+LONDRINA-PR%2C+BRASIL>>. Acesso em 05 maio 2014.

FIGEIREDO FILHO, Francisco Freire; MENEZES, Maria do Socorro da Silva. *Resíduos sólidos*. 2. ed. rev. atual e ampl., In: _____. *Direito ambiental*. Col. Sinopses Jurídicas. São Paulo: CL EDIJUR, 2014.

GUEDES, Gilberto Gomes; FERNANDES, Mônica. *Gestão ambiental de resíduos sólidos da construção civil no Distrito Federal* (2012). Disponível em: <www.publicacoesacademicas.uniceub.br>. Acesso em 15 abr. 2014.

JOÃO PESSOA. *Lei 11.176, de 10 de outubro de 2007*. Institui o sistema de gestão sustentável de resíduos da construção civil e demolição e o plano integrado de gerenciamento de resíduos da construção civil e demolição de acordo com o

previsto na Resolução Conama nº 307, de 05 de julho de 2002 e dá outras providências. Prefeitura Municipal de João Pessoa, 2007.

PACHECO, Sérgio Luiz Segantino; ESTRELLA, Antonio; PASSANEZI, Paula Meyer Soares. *A reutilização dos resíduos sólidos na construção civil: uma análise das tecnologias utilizadas e seus resultados práticos*. Disponível em: <http://www.pucsp.br/eitt/downloads/21_12_10/xi-ciclo-de-debates/xi-ciclo-sergio-pacheco.pdf>. Acesso em 05 maio 2014.

SEMAM. *Relatório de fiscalização ambiental em áreas verdes do município de João Pessoa*. Abril, 2014.

SILVA, Fábio Lobosco. *Reflexos da lei 12.305/10 perante a lei dos crimes ambientais*. (setembro/2012). Disponível em: <<http://www.trigueirofontes.com.br/artigo.php?idArtigo=140>>. Acesso em 2 maio 2014.

SILVA FILHO, Carlos R. V. *Gestão de resíduos sólidos no Brasil: situação e perspectivas*. São Paulo: ABRELPE, 2010.

SINDUSCON-DF. *Projeto de gerenciamento de resíduos sólidos em canteiros de obras*. [2004]. Disponível em: <<http://www.sinduscondf.org.br/arquivos/ProjetodeGerenciamentodeResiduossemCanteirosdeObras0.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2012.

EXIGÊNCIA DA ELABORAÇÃO E EXECUÇÃO DO PRAD NAS ATIVIDADES DE MINERAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE AMBIENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO*

REQUIREMENT OF PREPARATION AND IMPLEMENTATION OF PRAD IN MINING ACTIVITIES AS A MEANS OF CONTROL ON ENVIRONMENTAL LAW PARENTAL

JÉSSICA GAMBARRA FARIA**
MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES***

RESUMO

Esse estudo parte do pressuposto de que a recuperação das áreas degradadas é uma exigência legal presente em instrumentos jurídicos federais e estaduais, como a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981), a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9605/1998), regulamentada pelo Decreto Federal nº 6.514/2008, bem como no § 2º do art. 225 da Constituição da República de 1988 ao estabelecer que aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar a área degradada, sendo esse preceito normativo regulamentado pelo Decreto nº 97.632/89. Assim, esse estudo admite que o plano de recuperação de áreas degradadas (PRAD) é um instrumento técnico-jurídico essencial para atender a essa exigência, sendo elaborado para ser apresentado durante o processo de licenciamento ambiental, e executado na fase de operação da atividade licenciada, visando adequar estes empreendimentos a legislação ambiental e a legislação que disciplina e regulamenta a exploração mineral, abordando desde o licenciamento da atividade minerária, realçando-se, sobretudo, a eficácia da cobrança e acompanhamento do PRAD, baseando a argumentação na concepção da doutrina especializada no assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Exploração Mineral. Plano de Recuperação da Área Degradada. Controle Ambiental.

ABSTRACT

This study assumes that the recovery of degraded areas is present in federal and state legal requirement legal instruments such as the National Environmental Policy Act (Law nº. 6.938/1981), the Environmental Crimes Law (Law nº 9605/1998), regulated by Federal Decree nº. 6.514/2008, as well as in § 2º of art. 225 of the 1988 Constitution which States that persons who exploit mineral resources shall be required to restore the degraded area, with this regulatory provision regulated by

* **Recebido em 05 de junho de 2014, aprovado em 20 de junho de 2014.**

** Concluinte do curso de direito, semestre 2014.1. E-mail: jessica_gambarra@hotmail.com.

*** Mestre em economia, Especialista em Direito Ambiental, Chefiou a Divisão de Fiscalização da SEMAM/PMJP. Atualmente exerce a função de Fiscal Ambiental da SEMAM/PMJP, Professora das disciplinas Metodologia Científica, Economia Política, Filosofia Geral e TCC do Curso de Direito da Fesp Faculdades. Coordenadora de Pesquisa e Extensão na Fesp Faculdades, Coordenadora de TCC na Fesp Faculdades. Editora da Revista Fesp de Periódicos Científicos, edição online. Coautora do Livro Sinopse de Direito Ambiental, publicado pela EDIJUR em 2012 na sua 1ª ed., em 2014 publicou sua 2ª edição. Autora de diversos artigos publicados em revistas científicas. E-mail: socorromenezes@gmail.com.

Decree nº. 97.632/89. Thus, this study acknowledges that the plan of reclamation (PRAD) is a key technical legal instrument to meet this requirement, being prepared to be submitted during the licensing process, and executed during the operation phase of the licensed activity in order to adjust these developments with environmental legislation and the legislation that governs and regulates mineral exploration, approaching from the licensing of mining activity, is highlighting above all the effectiveness of recovery and monitoring the PRAD, basing its argument on the design of specialized doctrine in subject.

KEY-WORDS: Mineral Exploration. Plan for Recovery of Degraded Areas. Environmental Control.

1 INTRODUÇÃO

De início é importante que se esclareça o conceito de degradação ambiental, como um dos conceitos centrais desse estudo. A degradação ocorre mediante ação antrópica, ou seja, ação do homem sobre o meio ambiente, quando a vegetação é removida e, por consequência ocorre comprometimento da fauna que é destruída, expulsa ou removida desse local.

A degradação ambiental também implica em alteração da camada fértil do solo quando suprimida, coberta ou perdida, havendo dano ambiental. E ainda, quando afeta a vazão e a qualidade ambiental dos corpos d'água, independente de ser superficial ou subterrâneo.

Objetivamente falando, pode-se considerar que a degradação ambiental se faz presente diante de situações em que se verifica desequilíbrio dos processos naturais, impossibilitando sua utilização em bases sustentáveis. A atividade de exploração mineral é uma das atividades que mais degrada o meio ambiente, sendo, em muitos casos, impossível a recuperação total da área.

Vale salientar que, a exigência da apresentação obrigatória do Plano de Recuperação da área Degradada (PRAD) fundamenta-se no princípio de que as áreas ambientalmente degradadas pelas atividades de mineração devem ser devolvidas à sociedade nas condições desejáveis e apropriadas ao retorno do uso original do solo ou naquelas necessárias para a implantação de outro uso futuro, desde que escolhido por consenso entre as partes envolvidas e afetadas pela mineração, pois o meio ambiente é bem de uso comum do povo, conforme previsto no art. 225 da Carta Magna vigente.

Reconhece-se, portanto, que o preceito legal estabelece que o PRAD deve considerar a solução técnica adequada, visualizada pela empresa de mineração, para reabilitar o solo, eventualmente degradado pela atividade de mineração, para uso futuro. O PRAD, mesmo depois de aprovado pode ser revisto ou alterado, com a concordância do órgão ambiental competente para sua aprovação.

Essa alteração decorre de condicionantes previstos na licença de operação da atividade, geralmente ocorre para incorporar inovações tecnológicas ou outras ações alternativas que se mostrem mais adequadas ao processo de reabilitação, à medida que se desenvolvem as atividades de lavra e beneficiamento.

Tendo em vista o objetivo desse estudo em argumentar sobre a exigência da elaboração e execução do PRAD nas atividades de mineração, posicionando-o como instrumento de controle ambiental no ordenamento jurídico pátrio, esse estudo faz uma abordagem sobre o licenciamento ambiental, antes de adentrar na temática propriamente dita.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Sabe-se que o licenciamento ambiental é um importante instrumento de gestão da Política Nacional de Meio Ambiente, pois é através dele que a administração pública busca exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais. Na visão de Fiorillo (2013), o licenciamento ambiental tem, por princípio, a conciliação do desenvolvimento econômico com o uso dos recursos naturais, de modo a assegurar a sustentabilidade dos ecossistemas em suas variabilidades físicas, bióticas, socioculturais e econômicas.

Machado (2013) esclarece que, tal observação possibilita o entendimento do porque, atualmente o licenciamento ambiental funciona como o principal instrumento de defesa do meio ambiente, trata-se de um procedimento em sua maioria das vezes simplificado de caráter administrativo que após o crivo e análise de técnicos especializados decidirá pela concessão ou não a licença ambiental solicitada.

Ao apresentar o conceito de licenciamento ambiental sob o ótica do direito ambiental, Farias (2007, p. 26) enfatiza o seguinte aspecto:

O licenciamento ambiental é o processo administrativo complexo que tramita perante a instância administrativa responsável pela gestão ambiental, seja no âmbito federal, estadual ou municipal, e que tem como objetivo assegurar a qualidade de vida da população por meio de um controle prévio e de um continuado acompanhamento das atividades humanas capazes de gerar impactos sobre o meio ambiente.

Complementando a explicação do que seja licenciamento ambiental e mostrando a diferença que há entre este a licença ambiental, deve-se apontar os conceitos contidos na Resolução Conama de nº 237, de 19 de setembro de 1997, *in verbis*:

Art. 1.º Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições

I – Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação, e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras dos recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

II – Licença Ambiental: ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental (BRASIL, 1997).

Não há qualquer previsão constitucional expressa acerca do licenciamento ambiental, todavia, a unanimidade da doutrina ambientalista o considera como a principal garantia de concretização dos ditames do art. 225 da Constituição, porquanto garante ao poder público a ciência das atividades que serão instaladas, bem como o poder de impor condições ao exercício das mesmas, desde que aquelas (as condições) sejam compatíveis com a defesa, preservação, ou até restauração do meio ambiente (FARIAS, 2007).

Em âmbito federal, o licenciamento ambiental é previsto desde 1981, a partir da lei nº 6.938/81, ou seja, desde esse ano se tornou obrigatório para as atividades potencialmente poluidoras, contudo, foi muito pouco utilizado até o início da década de 1990, tornando-se cada dia mais evidente a necessidade do mesmo e sua importância na análise prévia do desenvolvimento de qualquer atividade produtiva.

A lei nº 6.938/81 que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente foi recepcionada pela Constituição Federal, classificando o licenciamento ambiental

como um de seus instrumentos (art. 9.º, IV). Assim, considera o licenciamento como forma de atingir os seus objetivos gerais (art. 2.º) e objetivos específicos (art. 4.º).

Saliente-se a pertinência da observação de que só podem licenciar, ou melhor, só têm competência para dar andamento ao procedimento de licença ambiental, os órgãos componentes do Sistema Nacional do Meio Ambiente-SISNAMA, ou seja, o IBAMA, os órgãos estaduais - a SUDEMA na Paraíba, e os órgãos municipais do meio ambiente – a SEMAM em João Pessoa, conforme art. 6.º, da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, e disposições constitucionais atinentes à matéria¹⁶.

2.1 O LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE EXTRAÇÃO E TRATAMENTO DE MINERAIS

Foi dito que a base jurídica para condução do processo de licenciamento ambiental é encontrado na lei 9.638/81 e pela na Resolução Conama de nº 237/97. Vale salientar que “todas as atividades elencadas na resolução em comento estão sujeitas ao licenciamento ambiental, não existindo margem para a discricionariedade administrativa em relação a esse fato”. (FARIAS, 2007, p. 51).

O anexo da Resolução Conama de nº 237/97 especifica as atividades que estão sujeitas ao licenciamento. Entretanto, para os objetivos desse estudo, cita-se apenas as atividades relativas a exploração mineral contempladas por esse regramento, *in verbis*:

Art. 2.º [...]

§ 1.º Estão sujeitos ao licenciamento ambiental os empreendimentos e as atividades relacionadas no Anexo 1, parte integrante desta Resolução.

[...]

Anexo 1- ATIVIDADES OU EMPREENDIMENTOS SUJEITOS AO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Extração e tratamento de minerais;

- pesquisa mineral com guia de utilização;
- lavra a céu aberto, inclusive de aluvião, com ou sem beneficiamento;
- lavra subterrânea com ou sem beneficiamento
- lavra garimpeira;
- perfuração de poços e produção de petróleo e gás natural (BRASIL, 1997).

¹⁶ A esse respeito sugere-se consultar a Lei Complementar nº 140/2011, arts. 7º, 8º e 9º, os quais conforme destacam Figueiredo Filho e Menezes (2014) definem a competência para o licenciamento ambiental com base no alcance do impacto gerado pela respectiva atividade.

Ao analisar a lista das atividades relativas à exploração e tratamento de minerais é possível afirmar tratar-se de atividade causadora de impactos ambientais de magnitude significativa, seja no que diz respeito à contaminação da água, do solo e do subsolo por causa da geração de resíduos, seja no que diz respeito à perda da biodiversidade e à fragmentação de habitats. Por se tratar de uma atividade essencialmente extrativa, um dos seus efeitos peculiares é a imediata descaracterização do solo e do subsolo, em razão da subtração do recurso natural anteriormente existente, o que modifica a área de forma irreversível.

Nesse sentido, afirmam Cardoso e Brender (2008, p. 1461), é preciso atentar para o aspecto que segue:

A mineração, por ser atividade de extração e beneficiamento de recursos minerais, e por isso, causadora de significativo impacto ambiental, está submetida às regras constantes e decorrentes do artigo 225, da Constituição Federal. Assim, por disposição do artigo 10, da Lei n.º 6.938/81 e artigo 2º, IX, da Resolução n.º 001/86, do CONAMA, a atividade minerária também sujeita-se ao regime do licenciamento ambiental. Este será realizado em observância a determinadas particularidades existentes na extração mineral e previstas na legislação concernente à mineração.

A primeira observação importante de que deve-se fazer com relação ao licenciamento ambiental da atividade mineradora refere-se ao órgão competente para conferir a licença. Em resposta a esse questionamento, deve ser levado em consideração que, segundo disposto no artigo 10, caput, da Lei n.º 6.938/81, a competência para licenciar é dos órgãos estaduais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, ou seja, aqui na Paraíba o órgão licenciador é a SUDEMA. Nesse caso, o IBAMA terá atuação supletiva, ou seja, somente no caso em que o órgão estadual não efetuar sua incumbência. Porém, com base no artigo 4º, II, da Resolução 237/1997, do Conama, a competência poderá ser declinada ao IBAMA, caso em que, a atividade minerária a ser desenvolvida ocasiona consequências em mais de um Estado da Federação.

A Constituição do Estado da Paraíba trata a exploração mineral do seguinte modo:

Art. 240. O Estado e os Municípios, de comum acordo com a União, zelarão pelos recursos hídricos e minerais.
§ 1º Ao agente poluidor cabe o ônus da recomposição ambiental assegurado, nos termos do compromisso condicionante do licenciamento, na forma da lei.

§ 2º O comprador do produto da extração mineral só poderá adquiri-lo se o vendedor apresentar a devida licença ambiental, na forma da lei (PARAÍBA, 1989)

Na Paraíba, as licenças para exploração minerária são emitidas pela SUDEMA com pareceres do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM. A SUDEMA é o órgão encarregado de fazer cumprir o que determina a legislação constitucional e infraconstitucional que trata da matéria ambiental.

Outra observação que deve-se fazer diz respeito ao controle e fiscalização da atividade extrativista de minérios, referindo-se ao roteiro a ser seguido no procedimento do licenciamento ambiental, uma vez que a Constituição impõe a necessidade de realização de Estudo de Impacto Ambiental (EIA) para a atividade minerária.

Também é importante que se diga que, o próprio Código de Minas também prevê a exigência de determinados estudos para que o empreendimento minerário possa funcionar na licitude, inclusive para os procedimentos anteriores à instalação da atividade, adotando, portanto, exigência semelhante ao que determina a Resolução do Conama.

Sobre o procedimento de licenciamento ambiental Cardoso e Brender (2008), indicam que, a primeira fase para o início do empreendimento minerário é o pedido de instalação de pesquisa mineral– para delimitar a jazida a ser explorada junto ao Departamento Nacional de Pesquisa Mineral – DNPM.

Sobre atuação do DNPM Figueiredo Filho e Menezes (2014, p. 169) fazem o seguinte esclarecimento:

O DNPM, autarquia vinculada ao Ministério das Minas e Energia é responsável pela exploração mineral no país, mediante três tipos de procedimentos: autorização de pesquisa (vale por dois anos, podendo ser renovada e precede a concessão da lavra), concessão da lavra (mediante Portaria do Ministério das Minas e Energia, inclui o dever de não poluir as águas), e, permissão da lavra garimpeira (deve compatibilizar os trabalhos da lavra com a proteção do meio ambiente).

Voltando a questão referente ao procedimento do licenciamento para a implantação do empreendimento minerário, observa-se que o passo seguinte é a realização do Estudo de Impacto Ambiental (EIA), exigido pelo artigo 225, da Carta Magna, e artigo 3º, caput, da Resolução 237/1997, do Conama.

O Estudo de Impacto Ambiental (EIA), acompanhado do seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), juntamente com o Plano de Aproveitamento Econômico (PAE) – exigido quando do requerimento de autorização de lavra conforme disposto no artigo 38, VI, do Código de Minas serão apresentados para a concessão da Licença Prévia (LP). Esta fase é simultânea à fase de requerimento de concessão de lavra para o DNPM, porém, sua concessão está vinculada à obtenção da Licença Prévia (LP).

Sobre os tipos de licenças ambientais Figueiredo Filho e Menezes (2014, p. 90) dizem o seguinte:

O licenciamento ambiental visa à obtenção, em sequência, de três tipos de licença: prévia (LP) que aprova a localização, a concepção do empreendimento e atesta a sua viabilidade ambiental; de instalação (LI), que aprova a instalação do projeto e autoriza construir, edificar, cortar árvores, além de todas as obras necessárias para o empreendimento; de operação (LO), autoriza a operação da atividade, após a verificação do efetivo cumprimento das medidas e condicionantes que constam das licenças anteriores.

No caso em comento, na fase posterior do procedimento licenciatório, quando do requerimento da Licença de Instalação (LI), o empreendedor deverá apresentar, além do julgamento satisfatório do Plano de Aproveitamento Econômico (PAE) pelo DNPM, o Plano de Controle Ambiental (PCA), o qual deverá conter as propostas mitigadoras e de controle dos impactos ambientais. Aqui, a Licença de Instalação (LI) torna-se um direito do requerente, após a aprovação do PCA, consoante disposição contida no artigo 5º, § 2º da Resolução 09/90, do Conama.

Conforme ressaltam Cardoso e Brender (2008), a proposição “concederá”, constante no referido dispositivo, determina uma medida impositiva. Está, portanto, caracterizada a natureza vinculante da licença, o que a aproxima das licenças administrativas. O mesmo efeito – gerar um direito ao requerente – se verifica na fase posterior, quando do requerimento da Licença de Operação (LO), que também se constitui em direito do requerente após a comprovação de implantação dos projetos do Plano de Controle Ambiental (PCA), conforme determina do artigo 7º, § 2º, da Resolução nº 09/1990 do Conama.

2.2 ESTUDOS AMBIENTAIS COMO INSTRUMENTO DO PROCESSO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL

De acordo com as definições constantes da Resolução nº. 237/97 do Conama, estudos ambientais são todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco, ou seja:

Art. 1º [...].

[...];

III - Estudos Ambientais: são todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação, e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, **plano de recuperação de área degradada** e análise preliminar de risco (BRASIL, 1997, grifo nosso).

Farias (2007) esclarece que, além desses estudos elencados na norma, existem outros que também são exigidos pelos órgãos administrativos de meio ambiente como, por exemplo, o estudo de impacto de vizinhança, o relatório ambiental prévio e o relatório ambiental simplificado.

A Resolução 237/97 do Conama, amparada na Carta Magna de 1988 e na Legislação Federal Infraconstitucional, ainda dispõe que:

Art. 3º- A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de **prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA)**, ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.

Parágrafo único. O órgão ambiental competente, verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, **definirá os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento** (BRASIL, 1997, grifo nosso).

Observa-se, portanto que a referida Resolução 237/97 do Conama dispõe que a profundidade do estudo (para a obtenção do licenciamento) será proporcional ao agravo que a atividade possa trazer ao meio ambiente. Entre os estudos ambientais

o estudo prévio de impacto ambiental é o mais completo, e o mais custoso para o empreendedor, só sendo exigível em casos excepcionais, quando presentes determinados requisitos.

Para Farias (2007, p.72) “é inquestionável que o estudo de impacto ambiental e o relatório de impacto ambiental se destacam como a mais importante espécie de avaliação de impactos ambientais”. E acrescenta, que a grande maioria da doutrina, bem como a própria legislação, a exemplo do art. 3.º da resolução 237/97, utilizam a abreviação EIA/RIMA para resumir o termo “estudo prévio de impacto ambiental” e o seu respectivo “relatório de impacto ambiental”.

Destaque-se que, conforme destaca Sirvinskas (2013) o EIA/RIMA é o principal instrumento de defesa do meio ambiente nos processos de licenciamento que envolvam atividades potencialmente causadoras de significativo impacto ambiental, e que deve ser apresentado ao órgão fiscalizador juntamente com o requerimento de concessão de Licença Prévia (LP). Os estudos de impactos ambientais são exigidos e deverão conter: diagnóstico ambiental das áreas, descrição da proposta e suas alternativas e identificação, análise e previsão dos impactos significativos, positivos e negativos. O referido estudo deverá ser realizado por técnicos habilitados e constituirá o Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, devidamente fundamentado e acessível ao público.

Como é sabido, o processo de licenciamento ambiental constitui-se em um único processo administrativo, dividido em três fases que se encadeiam e completam. Conforme destaca Silva (2013), a licença prévia é a mais importante delas em termos ambientais, pois não só aprova a localização do empreendimento, como as restrições, condicionantes e exigências constantes de seu alvará condicionam as demais fases, de instalação e operação do empreendimento. É também na fase de licença prévia, anteriormente à sua expedição, que o órgão licenciador, nos casos previstos na legislação, poderá exigir a apresentação do EIA, acompanhado do respectivo RIMA. Estando ultrapassadas as fases de LP não há que se falar em apresentação de EIA ou de RIMA.

A definição dos estudos técnicos necessários ao licenciamento cabe ao órgão licenciador, porém, nos casos de empreendimentos que tenham o potencial de causar degradação significativa, sempre deverá ser exigido o estudo de impacto ambiental, nos termos do dispositivo constitucional. Silva (2013) esclarece ainda

que, diversos tipos de estudos ambientais foram criados por diferentes instrumentos legais federais, estaduais ou municipais, com o intuito de fornecer as informações e análises técnicas para subsidiar o processo de licenciamento. Além do EIA e seu respectivo RIMA, encontram-se denominações como o plano e o relatório de controle ambiental (PCA/RCA), relatório ambiental preliminar (RAP), relatório ambiental simplificado (RAS), diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada (PRAD) e análise preliminar de risco (APR).

Frise-se que, embora a noção de avaliação de impacto ambiental seja fundamentalmente de natureza preventiva, ela pode ser referir à avaliação de impactos de ações ou eventos passados. Nesse caso, a preocupação é com os danos causados, ou seja, impactos negativos, e os procedimentos de investigação são diferentes, pois são voltados à antecipação de uma situação futura com intuito de medir o dano ambiental e, ocasionalmente, valorar economicamente as perdas.

Outro aspecto que se tornou rotineiro nos processos de licenciamento ambiental consiste na determinação por parte do agente competente de condicionantes e compensações ambientais, sem que as mesmas tenham sido estabelecidas com base nos conceitos e fundamentos para os quais essas medidas devem ser aplicadas.

Brandt e Avelar (2014), argumentando sobre esses conceitos, deixam claro o seguinte: por princípio, as condicionantes ambientais consistem nos compromissos e garantias que o empreendedor deve assumir, com base em seu projeto e nos programas e medidas mitigadoras previstos nos estudos ambientais; compromissos e garantias essas que devem ser assumidas, necessariamente, tanto por força dos limites e padrões previstos em normas e leis, quanto em função dos objetivos e metas que se busca para a mitigação dos impactos ambientais prognosticados.

Na realidade, via de regra, observa-se que são estabelecidas condicionantes ambientais que representam não mais do que outras ações de mitigação e controle de impactos, inseridas no processo de licenciamento com objetivos específicos e muitas vezes totalmente alheios ao conjunto das análises contidas no documento técnico que subsidia o processo administrativo.

Brandt e Avelar (2014) deixam claro que, em função da especificidade das condicionantes estabelecidas, e dos interesses que as trouxe ao processo, observa-se que, em muitos casos estas condicionantes passam a ser a principal base, e

talvez a única, de verificação de conformidade ambiental do empreendimento na fiscalização ou na revisão das licenças ambientais, em detrimento da verificação do cumprimento dos planos e programas propostos ou mesmo das diversas recomendações contidas nas medidas mitigadoras propostas no estudo de impacto ambiental (EIA).

Outro ponto importante a considerar diz respeito, conforme destaca Souza (2013) diz respeito à compensação ambiental, instrumento previsto na Lei nº 9.985/2000, que impõe aos empreendimentos causadores de impactos ambientais significativos e não mitigáveis ou não elimináveis pela melhor e mais inovadora tecnologia conhecida na atualidade, a obrigação de apoiar, por meio da entrega de recursos financeiros, a criação e implementação de unidades de conservação de proteção integral, como forma de contrabalançar os danos ambientais resultantes de tais atividades econômicas e industriais.

Compete ao órgão ambiental licenciador definir as unidades de conservação de proteção integral a serem beneficiadas ou até mesmo criadas com esses recursos. Excepcionalmente, quando o empreendimento afetar especificamente uma unidade de conservação de uso sustentável ou sua zona de amortecimento, os recursos advindos de compensação ambiental podem ser a ela reservados.

O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para essa implantação e manutenção da unidade de conservação também será fixado pelo órgão ambiental competente para o licenciamento, observado o grau de impacto ambiental causado pela obra ou atividade licenciada. Conforme mostra Souza (2013), inicialmente a Lei nº 9.985/2000 estabeleceu que os recursos aplicados não poderiam ser inferiores à meio por cento (0,5%) dos custos totais da obra. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 3378/2008, declarou a inconstitucionalidade com redução de texto do artigo, determinando que o valor da compensação deve ser proporcional ao impacto ambiental, após estudos onde se assegurem o contraditório e a ampla defesa.

Ainda sobre as compensações ambientais, tendo por base as colocações feitas por Brandt e Avelar (2014), pode-se afirmar que se trata conceitualmente de ações objetivamente relacionadas a compensação de impactos não mitigáveis identificados nos estudos ambientais, ou seja, ações específicas e diretamente

relacionadas a impactos também específicos e identificados de forma clara o objetiva.

O que ocorre é que a compensação por um impacto ambiental não mitigável passa a ser uma “moeda de troca”, ou mesmo uma “forma de pagamento”, pelo ato administrativo de se conceder a licença ambiental, sem que a compensação seja estabelecida com base técnica para compensar o impacto não mitigável. Nesta prática, por exemplo, troca-se um impacto não mitigável sobre a fauna pela pavimentação de ruas da cidade afetada pelo empreendimento¹⁷.

3 SOBRE A RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA

Sirvinskas (2013) mostra que um dos princípios do direito ambiental é o da responsabilização dos causadores de danos ambientais, princípio este que também pode ser chamado de princípio da recuperação da qualidade ambiental, ou da recuperação da área degradada.

Com efeito, esse princípio encontra-se expresso na Constituição da República Federativa do Brasil e na Lei n.º 6.938/81, quando esta estabelece, por meio de seu art. 2.º, que essa Política tem como objetivo a preservação, melhoria e a recuperação da qualidade ambiental, atendidos alguns princípios, dentre eles o da recuperação de áreas degradadas, previsto no inciso VIII.

No mesmo sentido são as lições de Figueiredo Filho e Menezes (2014 p. 46), que complementam tal afirmação, quando afirmam que:

Os princípios fazem parte do ordenamento jurídico, exercendo uma ação imediata, na medida em que dão condições de aplicabilidade da legislação em diversos setores da vida social, como ocorre no caso do direito ambiental cujos princípios visam à proteção e a preservação ao meio ambiente, dado que os princípios são o esteio do ordenamento jurídico. Esses princípios podem ser encontrados, por exemplo, na Política Nacional ao Meio Ambiente (Lei 6.938/81) e na Constituição Federal de 1988, entre outros dispositivos legais que tratam dessa temática.

Nesse contexto, considera-se ser oportuno enfatizar o conteúdo nos dispositivos constitucionais contidos no art. 225:

¹⁷ Essa prática é comumente adotada pelos órgãos fiscalizadores ambientais durante a negociação de pagamento de multas com valores elevados.

Art. 225. [...].

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a **recuperar o meio ambiente degradado**, de acordo com a solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. [...]. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Portanto, não cabe dúvida sobre a obrigatoriedade de recuperar a área degradada pela exploração de recursos minerais. Isso está dito também no conteúdo do Decreto nº 97.632/89 que trata especificamente das questões ambientais envolvendo a exploração de atividades de mineração:

Art. 1º Os empreendimentos que se destinam à exploração de recursos minerais deverão, **quando da apresentação do Estudo de Impacto Ambiental - EIA e do Relatório do Impacto Ambiental - RIMA, submeter à aprovação do órgão ambiental competente, plano de recuperação de área degradada.**

Parágrafo único. Para os empreendimentos já existentes, deverá ser apresentado ao órgão ambiental competente, no prazo máximo de 180 **(cento e oitenta) dias, a partir da data de publicação deste Decreto, um plano de recuperação da área degradada.**

Art. 2º Para efeito deste Decreto são considerados como degradação os **processos resultantes dos danos ao meio ambiente, pelos quais se perdem ou se reduzem algumas de suas propriedades, tais como, a qualidade ou capacidade produtiva dos recursos ambientais.**

Art. 3º **A recuperação deverá ter por objetivo o retorno do sítio degradado** a uma forma de utilização, de acordo com um plano preestabelecido para o uso do solo, visando a obtenção de uma estabilidade do meio ambiente (BRASIL, 1989, grifo nosso).

Analisando o dispositivo apresentado, verifica-se que recuperação dos danos ambientais causados pela mineração é, precipuamente, uma atividade de compensação, pois raramente é possível o retorno, ao status que ante, de um local que tenha sido submetido à atividade de mineração. Isso justifica porque a recuperação da área degradada deve ser feita concomitantemente à exploração, devendo evitar-se a poluição e, não se pode negar, o perigo de uma empresa mineradora extinguir-se ou até ficar insolvente após a exploração de uma mina, obriga a que a atividade de recuperação seja realizada ao mesmo tempo em que se faz a exploração dos recursos minerais.

Assim, ante o exposto, não cabe dúvida da responsabilidade de quem explora atividade de mineração em recuperar a área degradada. Nesse sentido, Farias (2012, p.3) argumenta:

[...] a desobediência a esse preceito está tipificada expressamente como crime e como infração administrativa ambiental, tendo em vista o que determinam, respectivamente, os parágrafos únicos do art. 55 da Lei n. 9.605/98 e do art. 63 do Decreto n. 6.514/08. A recuperação da área degradada é um corolário do mandamento constitucional consagrado no caput do art. 225, segundo o qual 'Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações'.

Sobre a lei de crimes ambientais e sua relação com a exploração mineral, Figueiredo Filho e Menezes (2014) mencionam que a referida lei trata das questões envolvendo danos ambientais no âmbito criminal, prevendo sanções penais para os crimes praticados contra o meio ambiente, podendo levar os infratores a cumprir penas restritivas de direitos e/ou privativas de liberdade pelos crimes praticados.

Os arts. 44 e 55 da lei 9.605/98 tratam das penalidades aplicáveis àqueles que realizam a exploração mineral sem o devido licenciamento ambiental, *in verbis*:

Artigo 44 - *Extraír de florestas* de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, **pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais**:

Pena - **detenção**, de seis meses a um ano, e **multa** (BRASIL, 1998, grifo nosso).

No art. 44 da lei em comento verifica-se a penalização pela falta de licenciamento ambiental. Ao passo que no art. 55, além da falta de licenciamento ambiental, há previsão de penalização para o descumprimento do PRAD, ou seja, a não recuperação da área explorada.

Artigo 55 - **Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida**:

Pena - **detenção**, de seis meses a um ano, e **multa**.

Parágrafo único - Nas mesmas penas incorre quem **deixa de recuperar a área pesquisada ou explorada**, nos termos da autorização, permissão, licença, concessão ou determinação do órgão competente (BRASIL, 1998, grifo nosso).

Desse modo, em caso de aprovação do PRAD pelo órgão ambiental licenciador, o seu não cumprimento poderá sujeitar o minerador à pena prevista no caput do artigo 55, acima transcrito. Isso implica em considerar que, por dever legal os planos de recuperação de áreas degradadas precisam realmente serem implementados, pois, conforme registra Farias (2012), provavelmente mais do que os outros ramos da ciência jurídica, o direito ambiental só se justifica se estiver em

compasso com a realidade, pois o seu objetivo é defender o meio ambiente e a qualidade de vida da coletividade dentro de um panorama de crise ambiental. E é com essa finalidade que esse estudo situa a exigência do plano de recuperação de área degradada - PRAD como ferramenta de controle jurídico e ambiental.

4 A EXIGÊNCIA DO PRAD COMO FERRAMENTA DE CONTROLE JURÍDICO E AMBIENTAL

Empiricamente é possível observar que, são frequentes os danos ambientais resultantes da exploração mineral: escavações, desmatamento, e poluição dos cursos d'água e do ar, entre outros. Conforme Farias (2012), para manter o necessário equilíbrio entre essa exploração e o meio ambiente, observa-se que existem normas jurídicas que tutelam o meio ambiente contra a degradação provocada por essa e outras atividades: são normas legais e infralegais que devem assegurar o que está previsto na norma constitucional vigente. Ressalte-se que a atividade de pesquisa e exploração de lavra de mineração são outorgadas pelo Estado ao particular, mediante licenciamento e aprovação de documentos e estudos ambientais anteriormente citados

A atividade de mineração, assim como qualquer atividade que seja potencialmente poluidora nos termos das leis que regem a matéria ambiental no direito pátrio, requer um manejo adequado, sobretudo no que respeita aos seguintes aspectos impactantes: adoção de medidas de tratamento de efluentes, com seu lançamento em qualidade compatível com a bacia receptora; execução de dispositivos hidráulicos, que assegurem a estabilidade da erosão dos pontos de lançamento e corpos receptores; disposição dos rejeitos em local adequado, sem implicar na contaminação dos solos, cursos e reservatórios de água; recomposição de quaisquer áreas desmatadas, mediante emprego diversificado de espécies nativas adequadas, pertencentes a mata original (SOUZA, 2013).

Conforme destacado anteriormente, o plano de recuperação de área degradada – PRAD desponta como norma infralegal, como instrumento jurídico e ambiental que determina que o responsável pela atividade minerária, seja de areia ou de qualquer outro minério, recupere a área explorada, a fim de que a mesma possa voltar a desempenhar um papel relevante na sociedade.

Nesse sentido, apontam as decisões juris prudenciais, a exemplo do que ocorreu em Minas Gerais, caso em que a Advocacia-Geral da União (AGU) garantiu, na Justiça, a condenação das empresas Pajeu Mineração e Maria Divina Pereira de Assis ao pagamento de R\$ 1,6 milhão ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) por exploração ilegal de granito. Os advogados comprovaram que as mineradoras, ambas com sede no município de Cachoeira do Pajeu/MG, foram responsáveis pela extração e comercialização ilegal de 12 mil m³ de minério. Nesse sentido, AGU (2014) destaca que:

A Subseção Judiciária de Teófilo Otoni concordou com os pedidos formulados pela AGU e determinou a condenação das empresas a pagarem R\$ 1.628.327,00 pela quantidade de granito extraído de forma ilegal.

A decisão determinou, ainda, a obrigação da empresa em recompor os danos ambientais causados pela exploração mineral clandestina mediante a elaboração e apresentação de Plano de Recuperação de Área Degradada, que deverá ser implantado no prazo máximo de seis meses, bem como no pagamento de indenização correspondente aos danos ambientais em R\$ 60.000,00, a ser revertida ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Essa é a primeira decisão favorável envolvendo mais de 100 ações movidas contra empresas no estado Minas Gerais que realizavam extração ilegal de minérios.

Ref.: Ação Civil Pública nº 4758-69.2011.4.01.3816 - Subseção Judiciária de Teófilo Otoni

Na Paraíba, há problemas envolvendo a extração de areia mecanizada nos municípios de Itabaiana, Pilar e São Miguel de Taipú, locais onde está havendo interferência do Ministério Público Federal em Razão da falta de implementação do PRAD, de modo que tais áreas estão se tornando degradadas e o processo de desertificação está em curso, comprometendo a qualidade ambiental local.

A recuperação de áreas degradadas por mineração pode ser considerado como um processo que compreende os procedimentos e medidas necessários à rápida estabilização do ambiente e à progressiva instalação de um uso do solo previamente definido. O objetivo primordial deve ser a estabilidade ou equilíbrio da área em relação ao meio circunvizinho, com condições ambientais e culturais, ser produtivo, gerenciável e potencialmente sustentável.

O Plano de Recuperação de Área Degradada (PRAD), definido dentro do Estudo e relatório de Impacto ambiental (EIA/RIMA), se destina a orientar e especificar as ações que devem ser realizadas para recuperar o uso original, ou para permitir novos usos de áreas cujas características originais sofreram alterações.

É por meio do PRAD que o órgão competente determina a forma de recuperação mais conveniente, de acordo com os critérios técnicos e com as particularidades da área degradada. Sem isso, nenhuma pessoa natural ou jurídica poderá explorar qualquer recurso mineral de forma legal, nos termos do que determina o Decreto nº 97.632/89, motivo que fundamentou a decisão que resultou na condenação das empresas do município de Cachoeira do Pajeú/MG, pois os requisitos licenciamento ambiental da atividade e demais estudos ambientais não foram realizados, caracterizando, dessa forma a ilegalidade da exploração minerária.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa pesquisa serviu para mostrar que a atividade de extração mineral deve ser feita sobre rigoroso controle ambiental, tendo em vista a sua capacidade degradadora sobre o meio ambiente. Isso implica em considerar todo o arcabouço normativo sobre o ordenamento jurídico e ambiental pátrio sobre a pesquisa e o aproveitamento dos recursos minerais.

Percebeu-se, no decorrer desse estudo que há uma grande quantidade de normas atinentes ao tema, normas essas que, nem sempre, guardam compatibilidade entre si. Daí surge a grande importância da análise da Constituição da República Federativa do Brasil, norma com a qual todas as outras devem compatibilizar-se.

A empresa interessada em explorar atividade mineral deve obter o respectivo licenciamento ambiental junto ao órgão competente. É na fase de licenciamento que os estudos ambientais para a exploração minerária e, dentre estes o PRAD devem ser objeto de avaliação para evitar que a atividade opere na clandestinidade e que cause e impactos ambientais significativos.

Constatou-se, fundamentado na Resolução n.º 237/97 do CONAMA e nos posicionamentos doutrinários mais abalizados, que toda atividade de mineração se sujeita ao licenciamento ambiental. Quanto à recuperação da área degradada, concluiu-se que na depender do caso, essa recuperação pode ser concomitante ou posterior ao empreendimento, como ocorre no caso de fechamento de minas. Em outras palavras, o interessado deve apresentar um estudo de impacto ambiental e

relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), além de planos de reposição ou compensação da degradação ambiental.

Também é importante que se diga que não é possível explorar atividade mineradora sem causar impacto ambiental. Entretanto, não se pode deixar de mencionar que a mineração é opção econômica viável, sobretudo diante da seca que assola várias regiões do país, comprometendo a exploração de atividades agrícolas e pecuárias. Exemplo disso é a atividade garimpeira explorada em vários municípios do estado da Paraíba.

O problema é a exploração clandestina dessa atividade, feita sem controle de impactos sobre o meio ambiente, sem fiscalização e sem a implementação de PRAD. Nesse sentido, esse estudo deixa como contribuição a constatação de que a atividade mineradora precisa ser incentivada, mas a legislação ambiental não pode ser relegada a um segundo plano e que os estudos ambientais e dentre eles o PRAD precisam ser elaborados, haja vista o fato de que tais atividades devem ser licenciadas, sob pena de poder sofrer embargo/interdição, multa e outras penalidades previstas na legislação ambiental em vigência.

REFERÊNCIAS

AGU Consegue condenação de empresas ao pagamento de R\$ 1,6 milhão por extração ilegal de granito em MG (2014).

Disponível em: <<http://agu.jusbrasil.com.br/noticias/113703627/agu-consegue-condenacao-de-empresas-ao-pagamento-de-r-1-6-milhao-por-extracao-ilegal-de-granito->>. Acesso em: 30 abr. 2014.

BRANDT, Wilfred; AVELAR, Sérgio. *Definições nos processos de licenciamento ambiental e consequências na efetividade de seus resultados*. Disponível em: <<http://www.brandt.com.br/index.php/publicacoes/detalhes/6>>. Acesso em: 04 maio 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa. Constituição atualizada até a Emenda Constitucional nº 77/2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/responsabilidadesocial/acessibilidade/constituicaoaudio.html/constituicao-federal>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

BRASIL. *Decreto nº 97.632, de 10 de abril de 1989*. Dispõe sobre a regulamentação do Artigo 2º, inciso VIII, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D97632.htm>. Acesso em: 28 abr. 2014.

_____. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras

providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

_____. *RESOLUÇÃO CONAMA Nº 001, de 23 de janeiro de 1986*, dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental. Disponível em: <<https://www.google.com.br/#q=resolu%C3%A7%C3%A3o01%2F86+conama>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

_____. *RESOLUÇÃO CONAMA nº 9, de 6 de dezembro de 1990*, dispõe sobre normas específicas para o licenciamento ambiental de extração mineral, classes I, III a IX. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=106>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

_____. *RESOLUÇÃO CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997*, regulamenta os aspectos de licenciamento ambiental estabelecidos na Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: <<https://www.google.com.br/#q=resolu%C3%A7%C3%A3o+237/97+conama>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

_____. *RESOLUÇÃO CONAMA nº 369, de 28 de março de 2006*, dispõe sobre os casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente – APP. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=489>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

_____. *Código Florestal. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012*. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em: 29 abr. 2014.

CARDOSO, Ana Lúcia Bruneta; BENDER, Karina Menguetti. *O licenciamento ambiental na mineração e sua efetiva relação com o meio ambiente levando em conta o que preceitua o art. 225, § 2º da Constituição Federal de 1988*. (nov, 2008). Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/03_58.pdf>. Acesso em: 05 maio 2014.

FARIAS, Talden. *Licenciamento Ambiental, Aspectos Teóricos e Práticos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FARIAS, Talden. Extração de areia e recuperação de área degradada. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3240, 15 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21771>>. Acesso em: 03 maio 2014.

FIGEIREDO FILHO, Francisco Freire; MENEZES, Maria do Socorro da Silva. *Direito ambiental*. 2. ed. rev. atual e ampl., Col. Sinopses Jurídicas. São Paulo: CL EDIJUR, 2014.

FIORILLO, Carlos Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco - doutrina, jurisprudência, glossário*. 8. ed. Revista dos Tribunais, 2013.

PARAÍBA. *Licenciamento Ambiental: cartilha do usuário*. João Pessoa: Superintendência de Administração do Meio Ambiente, Secretaria Extraordinária do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e Minerais e Governo do Estado da Paraíba, 2003.

PARAÍBA. *Constituição do Estado da Paraíba*. Promulgada em 5 de outubro de 1989. Atualizada e acompanhada dos textos integrais das Emendas Constitucionais n.ºs. 1 a 26, bem como dos dispositivos e expressões suspensos por medida cautelar e os declarados definitivamente inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (2009). Disponível em: <<http://portal.tce.pb.gov.br/wordpress/wpcontent/uploads/2009/11/constituicaoestadualpb.pdf>>. Acesso em: 3 maio 2014.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 10 ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUZA, Danuta Rafaela Nogueira de. O licenciamento ambiental como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente. Conceito, competência e procedimento. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3490, 20 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23503>>. Acesso em: 02 maio 2014.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: A INCIDÊNCIA DO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS*

CONSTITUTIONALIZATION OF CIVIL LAW: THE IMPACT OF THOUGHT IN CONSTITUTIONAL AFFAIRS PRIVATE

THIAGO DA FONSECA RODRIGUES**

FRANCISCA LUCIANA DE ANDRADE BORGES RODRIGUES*

RESUMO

O presente artigo tem por objeto a compreensão do fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil, responsável por provocar uma série de mudanças no âmbito dos principais institutos civilistas, os quais necessitaram sofrer um processo de adequação às novas disposições impostas com o advento da Constituição da República de 1988. O trabalho pretende fornecer um panorama de como se tornou possível a superação da tradicional dicotomia entre Direito Público e Direito Privado e como tem ocorrido a influência do pensamento constitucional nas relações privadas, com a conseqüente formação de um Direito Civil-Constitucional. As principais produções científicas relacionadas ao tema em fomento pretendem ser utilizadas, principalmente as mais recentes, devendo-se esclarecer, contudo, que o tema em apreço, há alguns anos, já vem sendo discutido no âmbito jurídico, o que só tende a revelar a importância do mesmo.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização do Direito Civil. Relações Privadas. Reflexos.

ABSTRACT

This article aims at understanding the phenomenon of constitutionalization of civil law is responsible for causing a number of changes under the main civilists institutes, which required undergo a process of adaptation to new rules imposed with the advent of the Constitution of Republic 1988. The work aims to provide an overview of how it became possible to overcome the traditional dichotomy between public law and private law as has been the influence of constitutional thought in private affairs, with the consequent formation of a constitutional Civil Law. The main scientific publications related to the topic at encouraging intended to be used, especially the most recent, and one should clarify, however, that the topic at hand, a few years ago, has already been discussed in the legal framework, which only tends to reveal importance of it.

KEY-WORDS : Constitutionalisation of Civil Law. Private Relations. Reflexes.

* Recebido em 25 de maio de 2014, aprovado em 05 de junho de 2014.

** Acadêmico do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal da Paraíba – UFPB. E-mail: thiagorodrigues329@gmail.com. João Pessoa – Paraíba – Brasil.

** Advogada. Doutoranda em Ciências Jurídicas. Pós Graduada em Processo Civil. Professora de Cursos de nível de graduação e pós-graduação. E-mail: proflicianaborges@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O advento do Estado liberal representou uma grande ruptura em relação à ordem estatal anterior - marcada pelo absolutismo monárquico-, na medida em que o Estado deveria assegurar aos indivíduos uma grande autonomia, principalmente no que se refere ao âmbito econômico, não devendo se intrometer nas relações entre os particulares.

No âmbito teórico, a nova ordem jurídica foi responsável por permitir uma profunda incomunicabilidade entre o Direito Público e o Direito Privado, especialmente no que se refere ao Direito Constitucional e ao Direito Civil, nos quais se percebe a ausência de uma forte influência das Constituições estatais sobre os Códigos Civis.

Contudo, a necessidade de atendimento às novas exigências dos indivíduos, principalmente em relação a direitos como o trabalho, a educação e a saúde, fez com que o Estado gradativamente passasse a intervir nas relações privadas, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, com o surgimento do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, a Constituição passa a ser dotada de força normativa, irradiando-se sobre todo o ordenamento jurídico, em especial sobre o Código Civil, que gradativamente vai sofrendo influência do pensamento constitucional sobre as suas principais disposições normativas, dando formação ao fenômeno denominado de *Constitucionalização do Direito Civil*.

Com o advento da Constituição da República de 1988, os institutos civis sofreram uma profunda alteração na sua própria essência, em decorrência da consagração dos princípios constitucionais enquanto verdadeiras normas jurídicas. Dessa forma, a análise do referido tema se demonstra de grande importância para compreensão do atual contexto em que se encontra o ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, o presente trabalho visa traçar um panorama sobre como se deu a formação do citado fenômeno, no qual se supera a tradicional dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, procurando delimitar o seu contexto de formação, assim como os seus principais fundamentos teóricos.

Além disso, o artigo pretende demonstrar quais são os principais reflexos desse novo pensamento sobre os principais institutos civilistas, atualmente existentes, pretendendo se valer das principais produções científicas relacionadas ao tema em apreço, desde as mais recentes até as mais remotas.

2 A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO E A FORMAÇÃO DE UM DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Inicialmente, é imperioso esclarecer que a compreensão do fenômeno da *Constitucionalização do Direito Civil*, que se insere no atual contexto de supremacia constitucional e normatividade dos princípios consagrados na Magna Carta, somente será possível a partir de uma análise histórica, e essencialmente contextualizada, das principais transformações existentes na ordem jurídica, ao longo dos últimos tempos.

Essas transformações ocorridas, principalmente, no século XX resultam de profundas mudanças em relação à compreensão da posição da Constituição e do seu efetivo papel no ordenamento jurídico, responsáveis por proporcionar a superação da tradicional dicotomia entre Direito Público e Direito Privado.

Dessa forma, como marco inicial dessas gradativas transformações, que culminaram na formação do atual estágio de organização política e estatal, deve-se considerar a criação do Estado Liberal, oriundo dos movimentos constitucionalistas do século XVIII.

O pensamento liberal foi contemporâneo do Código Napoleônico de 1804, e do desenvolvimento, por toda a Europa, das codificações, responsáveis por garantir um amplo espaço de autonomia aos indivíduos, sobretudo no âmbito econômico, sob o fundamento do individualismo jurídico e das fortes influências iluministas.

Dentre seus principais objetivos se destacavam a limitação do poder político do Estado, através da concessão de ampla liberdade aos indivíduos no que se refere à propriedade e aos contratos, com a defesa de uma igualdade formal, consubstanciada na figura da burguesia.

No Brasil, esse pensamento influenciou o Código Civil de 1916, estruturado a partir dos valores, de cunho eminentemente patrimonial, da burguesia do século XIX. Nesse contexto, “o indivíduo era considerado sujeito de direito pela sua capacidade de ser titular de relações patrimoniais, devendo-lhe ser assegurada ampla liberdade

de apropriação, garantida pelos dois principais pilares do Código Civil: o contrato e a propriedade” (TEPEDINO, 2012, p.15).

Como consequência desse cenário, o *Código Civil* ocupava uma posição de centralidade, no que se refere às relações jurídicas entre particulares. Considerado como o “estatuto único e monopolizador das relações privadas” (Idem, 2008, p. 3), ou até mesmo a *Constituição* do Direito Privado, o Código Civil objetivava alcançar a completude, representando a contraposição do que se entendia por Direito Público.

Por sua vez, as *Constituições*, até então existentes, desempenhavam apenas a função de regular as situações que envolviam o Estado e os cidadãos, mantendo-se inerte nas relações jurídicas entre os particulares.

Assim, o modelo liberal de codificação proporcionava uma profunda separação entre o Direito Público e o Direito Privado, na medida em que, conforme aponta Tartuce (2003, p. 3-4), “em princípio, o Direito Público teria como objetivo precípua a manutenção da ordem e da segurança, enquanto o Direito Privado se basearia na consagração da liberdade e igualdade aos indivíduos”.

Esse contexto de profunda incomunicabilidade entre os dois grandes ramos do Direito, entretanto, começa a sofrer modificações, em decorrência da necessidade de intervenção do Estado na economia, alterando a configuração do Código Civil, até então existente. Conforme assevera a civilista Maria Celina Bodin de Moraes:

[...] o sustentáculo fundamental do liberalismo que, pressuposta a separação entre o Estado e a sociedade civil, relegava ao Estado a tarefa de manter a coexistência pacífica entre as esferas individuais, para que atuassem livremente, conforme suas próprias regras, entrou em crise desde que o Poder Público passou a intervir quotidianamente na economia. Diante de um Estado intervencionista e regulamentador, que dita as regras do jogo, o direito civil viu modificadas as suas funções e não pode mais ser estimado segundo os moldes do direito individualista dos séculos anteriores (BODIN DE MORAES, 1991: 03/04).

Destarte, a partir do século XX, surge o Estado Social, responsável pela regulação da ordem econômica e social, assim como pela tutela de direitos, “anteriormente compreendidos como de responsabilidade privada, como o trabalho, a educação e a saúde, promovendo a defesa de uma igualdade material, com fulcro em valores de uma justiça social e distributiva” (LÔBBO, 1999, p. 102).

Nesse contexto, a Constituição Social é responsável por permitir uma gradativa:

[...] presença do Estado no ambiente privado não apenas no exercício do poder normativo, passando a disciplinar amiúde as relações econômicas e privadas, desde uma perspectiva não mais individualista, mas também pela própria atuação do Estado na economia (COELHO, 2008, p. 32).

Contudo, a superação da tradicional dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado somente se tornará evidente a partir da formação do Estado Democrático de Direito, durante o final da Segunda Guerra Mundial, responsável por trazer novas reflexões no campo do Direito Constitucional.

O pós-guerra é marcado pelos novos estudos realizados nessa disciplina do Direito Público, relacionados à validade de seus fundamentos teóricos e filosóficos, até então utilizados, a partir da formação de uma nova perspectiva de análise do texto constitucional, com o desenvolvimento de uma revolução paradigmática, responsável por dar origem a um *novo direito constitucional*.

Em consonância com o entendimento expresso por Luís Roberto Barroso, o novo direito constitucional (ou neoconstitucionalismo) passa a compreender uma série de transformações ocorridas na ordem estatal, sob os mais variados aspectos, das quais se destacam:

[...] (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2006, p. 29).

Essa nova ordem constitucional provocou uma nova forma de pensamento "... associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico" (BARROSO, 2006, p. 30), dando formação ao fenômeno da *Constitucionalização do Direito*.

Dessa forma, a Constitucionalização do Direito Civil deve ser compreendida como o resultado de toda essa evolução histórica, decorrente da Constitucionalização do Direito, e caracterizada por uma mudança substancial de atitude (LÔBBO, 1999, p. 100), na qual o Código Civil passa a ser interpretado à luz

da Constituição. A Magna Carta deixa de ser considerada uma simples Carta Política e passa a ser dotada de força normativa, influenciando todo o ordenamento jurídico.

Como consequência imediata desse fenômeno, decorre a constatação de que o Código Civil:

[...] não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal pólo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito a hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento (BODIN DE MORAES, 1991, p. 4).

Importante destacar também que a perda da centralidade do Código Civil, no âmbito do Direito Privado, também foi decorrente do processo de *descodificação do Direito Civil*, com o surgimento de inúmeros estatutos e leis esparsas, que tentavam suprir a falta de disposições no Código Civil, relacionadas à dinâmica da nova sociedade que emergia ao longo do século XX.

Conforme destacam os autores Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona (2010, p. 90), novos *microssistemas* jurídicos surgiram, dentre eles, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei do Inquilinato, regulando situações específicas e ensejando a formação de um “*polissistema*, formado por esses dispositivos e pelo Código Civil, que gradativamente foi perdendo o seu aspecto de completude e centralidade”.

Por fim, é importante destacar que, apesar das semelhanças entre os dois institutos, a *constitucionalização* não se confunde com a *publicização* do Direito. Esta última se caracteriza como o processo de contínua intervenção do Estado, principalmente no âmbito legiferante, de forma diversa da primeira, que visa subordinar o direito positivo aos ditames impostos pela Constituição, sendo indiscutível para a compreensão dos aspectos do direito civil moderno, conforme adverte Paulo Luís Netto Lôbbo (1999, p. 101).

3 A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Conforme o panorama até aqui traçado, percebe-se que a Constitucionalização do Direito Civil se insere no contexto do Novo Direito

Constitucional, formado ao longo dos últimos anos, e que apresenta como marco, do ponto de vista filosófico, o pós-positivismo.

Nesse novo cenário, supera-se o legalismo característico do positivismo jurídico do século XIX, que influenciou demasiadamente os regimes fascistas e nazistas da Itália e da Alemanha, respectivamente, responsáveis pelo cometimento de uma série de barbáries, a partir da justificativa de adequação dos atos praticados com as disposições legais até então vigentes, na época dos fatos.

Além disso, procura-se a “eliminação de um pensamento exclusivamente jusnaturalista, como aquele utilizado durante o século XVI, baseado em princípios de Justiça e que foi considerado pela escola positivista como anticientífico e metafísico” (BARROSO, 2006, p. 19).

Dessa forma, essa nova visão do Direito, que foi desenvolvida por pensadores como Robert Alexy (Alemanha), Ronald Dworkin (Estados Unidos) e Luís Roberto Barroso (Brasil), apesar de ser contrária à exclusividade legalista dos positivistas e ao aspecto estritamente metafísico dos naturalistas, se formou através da conjugação das ideias dessas duas grandes escolas do pensamento jusfilosófico.

Segundo argumenta o autor brasileiro, o pós-positivismo ultrapassou os limites da legalidade estrita, através do reconhecimento de uma necessária reflexão moral do Direito, com a consagração de princípios jurídicos enquanto sede de determinados valores (BARROSO, 2006).

A consequência imediata dessa nova sistemática é a atribuição de normatividade aos princípios. “No positivismo clássico, os princípios eram compreendidos apenas como um instrumento hermenêutico ou elemento de integração do sistema jurídico” (FERNANDES; BORGES, 2012, p. 293). Na égide do pós-positivismo, os princípios foram elevados à categoria de normas jurídicas, na companhia das regras, sendo capazes de regular as relações privadas, em decorrência da normatividade de suas disposições.

Nesse aspecto, merece destaque o princípio da dignidade da pessoa humana, considerado como fundamento da República Federativa do Brasil (art.1º, III, Constituição Federal) e como princípio-matriz do ordenamento jurídico.

Em consonância com a lição de Adriano Marteleto Godinho (201, p. 5-6), o princípio da dignidade deve ser compreendido:

[...] em suas várias dimensões, que se desdobram na limitação ao poder estatal, evitando-se uma atuação abusiva sobre o indivíduo, na proteção da autonomia privada, através da garantia das realizações pessoais do indivíduo, mediante seus próprios valores e crenças, e pela proibição de um tratamento degradante à pessoa.

No âmbito do Direito Civil, esse princípio foi responsável por provocar a *despatrimonialização* e *repersonalização* do instituto, passando a direcioná-lo, mediante a incidência de uma carga axiológica relacionada à valorização do indivíduo e a tutela dos direitos da personalidade.

Destarte, a consagração do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana permitiu uma reformulação dos conceitos até então existentes no âmbito do Direito Civil, que gradativamente foi se afastando da visão patrimonialista que o caracterizou durante o regime liberal, alterando de forma contundente as relações jurídicas no âmbito privado.

No momento em que a pessoa passa a ser mais importante do que o patrimônio, ou seja, o *ser* prepondera sobre o *ter*, se torna necessária uma mudança de paradigma no Código Civil, através da reformulação das concepções existentes em seus principais institutos.

Dessa forma, a consequência imediata da incidência da dignidade da pessoa humana nas relações entre particulares é a consagração, nos vários institutos do Direito Civil, dos novos valores tutelados pela Constituição da República, compreendidos como verdadeiros direitos fundamentais, destacando-se, dentre eles,

O direito à indenização por violação da honra, intimidade e da imagem (artigo 5º, Inciso X); a função social da propriedade e o direito de propriedade em termos gerais, que abrange também a propriedade intelectual e industrial (art. 5º incisos XXII-XXIX); o direito à herança (artigo XXX-XXXI); a tarefa do Estado no sentido de proteger o consumidor (artigo 5º, inciso XXXII); disposições sobre aquisição da propriedade por usucapião especial urbano e rural (Art. 183 e 191); proteção da família, do casamento, das uniões estáveis, assim como a vedação da discriminação entre os cônjuges e dos filhos (artigos 226 e 227), dentre tantos outros que poderiam ser colacionadas (SARLET, 2007, p. 121).

4 OS PRINCIPAIS REFLEXOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL NO CÓDIGO DE 2002

No Brasil, a promulgação da Constituição da República de 1988 pode ser considerada como o primeiro grande passo dado para a formação de um Direito Civil-Constitucional. As suas disposições terminaram por contrapor àquelas

presentes no então Código Civil de 1916, marcado pela visão liberal, individualista e patrimonialista, que se tornou incompatível com a nova ordem constitucional.

Somente a partir do Código Civil de 2002, os reflexos do pensamento constitucional começam a se tornar concretos, através da incidência dos princípios consagrados na Magna Carta nos institutos civilistas, principalmente naqueles considerados como o tripé de formação do Direito Civil: o contrato, a propriedade e a família.

4.1 OS CONTRATOS

O instituto jurídico do contrato, diante das exigências de formação de um Direito Civil-Constitucional, passou a sofrer uma significativa mudança em sua Teoria Geral, dada a necessidade de atendimento de sua função social e de os contratantes guardarem a boa-fé e a probidade, ao longo de todo o pacto obrigacional.

Conforme adverte o autor Flávio Tartuce (2003, p. 34), “[...] observa-se que a função social do contrato é matéria de ordem pública, espécie do gênero ‘*função social da propriedade lato sensu*’, também com proteção constitucional (artigo 5º, inciso XXIII)”.

Do ponto de vista temporal, consoante o apontamento de Eros Roberto Grau (2001, p. 05), desde a segunda metade do século XX, é perceptível a incidência de normas de ordem pública no direito contratual, o que tem contribuído para a formação de um “[...] momento *qualitativamente* distinto da teoria geral do contrato.” Esse aspecto se tornou evidente no parágrafo único do artigo 2035 do Código Civil, ao estabelecer que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Dessa forma, o atendimento do caráter social do contrato foi responsável por condicionar o Princípio da Liberdade de Contratar (artigo 421 do Código Civil), haja vista a limitação da autonomia privada, através da impossibilidade, nos dias atuais, de os contratantes celebrarem obrigações, que se demonstram incompatíveis com a nova ordem constitucional instaurada.

Num contexto de busca de uma igualdade não apenas formal, mas também material, a compreensão dos contratos somente se torna possível, por meio do seu aspecto social, através da análise das condições socioeconômicas dos contratantes, com a necessária tutela das partes hipossuficientes, e do impacto social dos contratos no seio da sociedade.

Esse entendimento decorre da irradiação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana sobre todo o ordenamento jurídico, responsável por permitir a formulação de disposições normativas que visam à eliminação da desigualdade presente nos polos das relações contratuais e do caráter absoluto do Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos, sintetizado pela expressão *Pacta Sunt Servanda*.

Além disso, a nova Teoria Geral dos Contratos também passou a consagrar a necessidade de os contratantes guardarem, ao longo de todo o pacto, os Princípios da Probidade e da Boa-fé, conforme consagrado pelo artigo 422 do Código Civil.

A boa-fé deve ser compreendida em seu aspecto objetivo, se desdobrando na impossibilidade de as partes agirem de forma contrária aos padrões de honestidade e lealdade. Segundo o civilista César Fiuza (2011, p. 464-465), o princípio, em tela, apresenta as funções interpretativa, integrativa e de controle, podendo ser caracterizadas da seguinte forma:

Em sua função interpretativa, o princípio manda que os contratos devam ser interpretados de acordo com seu sentido objetivo aparente, salvo quando o destinatário conheça a vontade real do declarante. [...]

Segundo a função integrativa, percebe-se que o contrato contém deveres, poderes, direitos e faculdades primários e secundários. São eles integrados pelo princípio da boa-fé.

Em sua função de controle, o princípio diz que o credor, no exercício de seu direito, não pode exceder os limites impostos pela boa-fé, sob pena de proceder ilicitamente. A função de controle tem a ver com as limitações da liberdade contratual, da autonomia da vontade em geral e com o abuso de direito.

Assim, diante da promulgação da Constituição Federal de 1988, novos valores passaram a direcionar a Teoria Geral dos Contratos, com uma completa mudança de abordagem do instituto.

Não havendo mais a possibilidade de análise do Código Civil de forma isolada e em dissonância com o ordenamento jurídico, as relações contratuais deverão cumprir o efetivo papel social que lhes é destinado, e as consequências jurídicas dessa constatação. Além disso, os contratantes não poderão mais se afastar da

necessidade de aplicação da boa-fé e da probidade, no fiel cumprimento das obrigações pactuadas.

4.2 A PROPRIEDADE

A propriedade, dentre os vários institutos do Direito Civil, pode ser considerada como um dos que mais sofreu a incidência dos novos valores constitucionais, responsáveis por permitir profundas alterações, até mesmo na conceituação até então lhe atribuída.

Com a proclamação da Constituição da República de 1988, logo no artigo 5º, o legislador constituinte assegurou que seria garantido o direito à propriedade (inciso XXII), condicionada, contudo, a sua utilização a partir do cumprimento de sua função social (inciso XXIII), considerados estes como verdadeiros princípios da ordem econômica no Brasil, de acordo a literalidade dos incisos I e II, do art. 170 da Magna Carta.

Assim, uma nova visão de propriedade passou a vigor, com o reconhecimento de sua função social, responsável por ultrapassar os interesses exclusivos e individuais dos proprietários. Nesse sentido, merece destaque o pensamento de Ricardo Aronne (2013, p. 177-178):

Percebida a função social da propriedade, a partir do núcleo substancial do ordenamento jurídico, como direito fundamental (para bem mais além de uma cláusula geral), uma mutação inicia seu curso dando um profundo golpe na visão de direito absoluto que por séculos envolveu o discurso proprietário e teceu o direito das coisas codificado.

Dessa forma, nos dias atuais, não mais se concebe como plausível o entendimento de que a propriedade representa um direito absoluto e inviolável, conforme consagrado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 17). Não significa dizer que o proprietário não terá garantido o seu direito de usar e dispor do seu próprio bem; contudo, somente se considerará como lícita a sua utilização, desde que se encontre adequada às limitações impostas pela legislação.

Em consonância com a dicção do artigo 1228, § 1º, do atual Código Civil, essas limitações decorrem de aspectos econômicos e sociais. No caso da propriedade urbana, deverá esta atender as disposições do plano diretor da cidade

(art. 182, §2º, CF/88); já em relação à propriedade rural, deverá ser realizado o aproveitamento racional e adequado dos seus recursos naturais, a preservação do meio ambiente, e a observância das normas relativas às relações de trabalho, assim como aos demais requisitos do art. 186 da Constituição Federal.

Diante desse cenário, se torna possível constatar que a propriedade se encontra relativizada, no sentido de não ser mais possível interpretá-la como um instituto exclusivo do Direito Privado, dada a crescente influência das disposições do Direito Público em seus dispositivos normativos.

Como consequência dessa nova ordem do Direito Civil, decorre a constatação de que “o princípio da função social da propriedade legitima juridicamente a intervenção do Estado na propriedade em todos de seus diversos graus: da limitação do exercício do direito de propriedade até a própria expropriação” (FRANÇA, 1999:20).

Destarte, o pensamento constitucional se encontra orientado no sentido de ser cabível a perda de determinada propriedade, pelo critério do interesse social, quando o seu titular não exercer sua efetiva função social. Não se trata simplesmente de tirar um bem do patrimônio privado para destiná-lo ao patrimônio público, mas transferi-lo para outros indivíduos capazes de exercer de forma eficiente a função atribuída pelo legislador constituinte.

Além disso, a Constituição estabelece a possibilidade de aplicação de sanções como o parcelamento compulsório do solo e a necessidade de pagamento de imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, em consonância com o pensamento do § 4º do artigo 182 da Constituição Federal de 1988.

Por fim, é importante esclarecer que o próprio conceito de propriedade sofreu profunda ampliação, com a constante presença do pensamento constitucional nas disposições civilistas. Hodiernamente, sua conceituação não pode se restringir somente aos bens imóveis, mas deve acompanhar as inovações tecnológicas em vigor e as outras formas oriundas de sua evolução. Destarte, a conceituação de propriedade extraída da Constituição:

[...] é mais ampla que o tradicional domínio sobre coisas corpóreas, principalmente imóveis, que os códigos civis ainda alimentam. Coenvolve a própria atividade econômica, abrangendo o controle empresarial, o domínio sobre ativos mobiliários, a propriedade de marcas, patentes, franquias,

biotecnologias e outras propriedades intelectuais. Os direitos autorais de *software* transformaram seus titulares em megamilionários. As riquezas são transferidas em rápidas transações de bolsas de valores, transitando de país a país, em investimentos voláteis. Todas essas dimensões de propriedade estão sujeitas ao mandamento constitucional da função social (LÓBBO, 1999, p. 107).

4.3 A FAMÍLIA

A Constituição da República 1988 foi responsável por redirecionar as concepções até então existentes no âmbito das relações familiares. A visão patrimonialista, que marcou o Código Civil de 1916, passou a sofrer a forte incidência do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana (art. 226, §7º, CF/88), permitindo a compreensão da família enquanto verdadeira base da sociedade (art. 226, *caput*, CF), com a conseqüente configuração do seu vínculo pelos laços de afetividade do que propriamente pelo aspecto biológico.

Consoante o pensamento de Gustavo Tepedino (2008, p. 420-421):

O pano de fundo dos polêmicos dispositivos em matéria de família pode ser identificado na alteração do papel atribuído às entidades familiares e, sobretudo, na transformação do conceito de unidade familiar que sempre esteve na base do sistema. A reflexão sobre o impacto dessa ruptura axiológica torna-se indispensável para que se compreenda o sentido hermenêutico a ser atribuído às sucessivas leis especiais e, especialmente, ao Código Civil de 2002 no que tange ao direito de família.

Nesse sentido, percebe-se que uma das principais transformações, instauradas pela nova ordem constitucional, foi a ampliação do conceito de entidade familiar, até então limitada ao casamento. Conforme o artigo 226, § 3º, da Magna Carta, a união estável passou a ser reconhecida pelo Estado enquanto instituição familiar, permitindo-se a concessão de uma série de direitos aos seus membros, pela conseqüente configuração da convivência pública, contínua e duradoura, com fins de constituição de família (art. 1723 do atual Código Civil)¹⁸.

Além disso, se faz necessário atentar para a consagração do princípio da igualdade entre os filhos, não sendo mais cabíveis distinções em razão destes

¹⁸ Nesse aspecto, importante destacar o recente julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) referente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277 e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, que resultou no reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 06 jan.2014.

serem ou não oriundas do casamento, ou decorrentes de processo de adoção, conforme destacado pelo art.227,§7º, do Texto de 1988. Dessa forma, “a utilização de expressões como *filho adulterino, incestuoso, espúrio ou bastardo*” (TARTUCE, 2006, p. 8) representa verdadeiro ato discriminatório e atentatório ao novo sentimento constitucional.

Por sua vez, em relação à sociedade conjugal, merece atenção a elevação do papel da mulher no âmbito conjugal, com a concessão de direitos e deveres devidos ao homem (art. 226,§ 5º, CF/88), sendo cabível, inclusive, a este último pleitear alimentos de sua esposa.

Uma das consequências imediatas dessa disposição foi a consagração do princípio da igualdade no que se refere à chefia familiar, estrutura agora no *poder familiar* e não mais no *pátrio poder*. O espaço de convivência em família passa a se tornar democrático pela configuração do regime de colaboração e não mais de dominação presente em tempos pretéritos.

Dessa forma, as conquistas até aqui relatadas, assim como todas as demais presentes ao longo do Código Civil de 2002, só demonstram o posicionamento do Código no sentido de reconhecer o pensamento constitucional da *socialidade* das instituições familiares, que “[...] surge em contraposição à ideologia individualista e patrimonialista do sistema de 1916. Por ele, busca-se preservar o sentido de coletividade, muitas vezes em detrimento de interesses individuais” (GAGLIANO; PAMPLONA, 2010, p. 95).

5 CONCLUSÃO

O fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil não se originou de forma apartada das principais transformações existentes na ordem jurídica, nos últimos tempos. O seu desenvolvimento somente se tornou possível através das novas formas de pensamento que permearam o planeta, principalmente após a Segunda Guerra Mundial.

Dessa forma, a compreensão do fenômeno somente se torna precisa através do entendimento do *novo direito constitucional* que se impõe e dos seus principais desdobramentos, dentre eles o pós-positivismo, que concedeu normatividade aos princípios constitucionais.

Esse aspecto comprova que a Constitucionalização do Direito Civil não se trata de uma simples teria utópica e em dissonância com a atual realidade fática. Assim, cabe ao operador do Direito assimilar as suas orientações de forma a adequar o pensamento jurídico com as novas exigências impostas pela sociedade.

Destarte, não é mais cabível a análise da propriedade como anteriormente, atribuindo ao seu detentor ampla liberdade de uso, assim como se torna impossibilitado o tratamento desigual aos filhos havidos fora do casamento, e a consideração de igualdade aos polos das relações jurídicas contratuais.

Diante do exposto, se desdobrando como uma nova perspectiva de análise dos principais institutos do direito civil e das relações privadas decorrentes de suas aplicações, o processo de Constitucionalização apresenta importância essencial no atual contexto do ordenamento jurídico brasileiro. As decisões judiciais evidenciam essa constatação, diante da necessidade de aplicação das diretrizes orientadoras de todo o sistema jurídico – presentes na Carta Magna - e não somente daqueles aplicáveis ao caso concreto em apreço.

REFERÊNCIAS

ARONNE, Ricardo. Os direitos reais na constitucionalização do direito civil. *Direito & Justiça*. Porto Alegre, v. 39, n. 2, jul./dez. 2013, p. 175-196.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Themis – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, Fortaleza. v. 4, n.2., jul/dez 2006, p. 13-100.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 1, jul/dez. 1991. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2014.

BRASIL. *Lei nº 10.406*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 10/jan./2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06 jan. 2014.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5/out./1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 jan. 2014.

CASTRO JR., Torquato da Silva. Constitucionalização do direito privado e mitologias da legislação: Código civil versus Constituição? In: Stamford, Artur. (Org.). *O judiciário e o discurso dos direitos humanos*. Recife: Editora Universitária UFPE, v. 1, 2011, p. 59-66.

FIUZA, César. *Direito Civil Curso Completo*. 15 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Perfil constitucional da função social da propriedade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, jan./mar. 1999, p. 9-21.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

GODINHO, Adriano Marteleto. *O fenômeno da constitucionalização: um novo olhar sobre o Direito Civil*. Disponível em: <<http://www.institutodcc.com.br/news/o-fenomeno-da-constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o%3a-um-novo-olhar-sobre-o-direito-civil/>>. Acesso em: 02 jan. 2014.

GRAU, Eros Roberto Grau. Um novo paradigma dos contratos? *Revista Crítica Jurídica*, nº 18, jun/2001. Disponível em: <http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/7/79/Eros.Grau_paradigma.contratos.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito Civil. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 36, n. 141, jan./mar. 1999, p. 99-109.

SANTOS, Fernanda Barbosa dos; COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. Nova hermenêutica e constitucionalização: a revisão paradigmática do Direito Privado e a construção do Estado Democrático de Direito. *Revista Científica da FAMINAS*, v. 1, 2008, p. 28-41.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: o caso brasileiro. In: NEUNER, Jörg; MONTEIRO, Antônio Pinto; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva do direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, v.1, p. 111-144.

SHÖNING, Raquel. A Constitucionalização do Direito Civil, a normatividade dos princípios constitucionais e a nova principiologia dos contratos. *Revista Jurídica (FURB)*, v.16, n. 31, jan/jul 2012, p.137-156.

TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. 2006, p.1-15. Disponível em:<<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>>. Acesso em: 28 jan. 2013.

_____; OPROMOLLA, Márcio Araújo. *Direito Civil e Constituição*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=3>>. Acesso em: 02 jan. 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Marchas e contramarchas da constitucionalização do Direito Civil: a interpretação do Direito Privado à luz da Constituição da República. *(Syn)Thesis*, Rio de Janeiro, v.5, n.1, 2012, p.15-21.

_____. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TERCEIRIZAÇÃO: A CONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO PRIMEIRO DO ARTIGO 71 DA LEI 8.666/93 E A SÚMULA 331 DO TST E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O PRESTADOR DE SERVIÇO*

OUTSOURCING: THE CONSTITUTIONALITY OF THE FIRST PARAGRAPH OF ARTICLE 71 OF THE LAW 8.666/93 AND THE SCORESHEET 331 OF THE TST AND THEIR CONSEQUENCES FOR THE SERVICE PROVIDER

RAQUEL MARIA AZEVEDO MENDES**
LUCIANA DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI BRITO***

RESUMO

A terceirização representa um fenômeno resultante da dinâmica das relações de trabalho, que proporcionou o surgimento desta nova forma de subordinação do empregado, estruturalmente distinta de formas anteriores. É assunto relativamente recente no Direito do Trabalho do país, assumindo clareza estrutural e amplitude de dimensão apenas nas últimas três décadas do segundo milênio. O trabalhador se insere no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam ao primeiro os laços justralhistas, que se preservam fixados numa entidade interveniente, provocando uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora; a empresa terceirizante, que contrata o obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de serviços, mas não assume a posição de empregadora do trabalhador. A terceirização trabalhista, criada para flexibilizar os instrumentos disponíveis ao empregador, com o intuito de contratar o serviço para a consecução de atividades que não se inserem no núcleo dinâmico empresarial por ele gerido; destinando-se àquelas atividades marginais e periféricas que apenas indiretamente dão andamento ao negócio. É um importante meio de desonerar o negócio com os pesados encargos trabalhistas que normalmente acompanham o contrato de trabalho. Contudo, sua utilização deve ser contada dentro dos limites da licitude, sob pena de se configurar em fraude aos preceitos de ordem pública que regem as relações de trabalho, e de ser aplicado o princípio da primazia da realidade, de forma que os órgãos competentes possam agir em defesa da classe operária, utilizando-se de instrumentos de punição e protetivos mais eficazes capazes de coibir as práticas fraudulentas. Recentemente foi julgada a ação declaratória de constitucionalidade nº 16 que declarou a constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, que reza sobre a irresponsabilidade da Administração Pública sobre verbas trabalhistas de responsabilidade da empresa terceirizada, deixando os empregados terceirizados fragilizados quanto à garantia dos seus direitos trabalhistas, corroborada com a súmula nº 331 editada pelo Tribunal Superior do Trabalho que prevê a

* **Recebido em 27 de maio de 2014, aprovado em 05 de junho de 2014.**

** Graduada em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa; advogada, professora universitária e Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ.

*** Graduada em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa; advogada, professora universitária, Pós-graduada em Direito Processual Civil; Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentina – UMSA. Advogada e Professora Universitária.

responsabilidade da Administração si, e somente si, restar configurado a culpa daquela.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização. Fraude Trabalhista. Prestador de Serviço Terceirizado. Responsabilidade da Administração.

ABSTRACT

Outsourcing represents a phenomenon resulting from the dynamics of work relations, which made possible the raising of this new way of subordination of the employee, structurally distinct from previous ones. It is a relatively recent subject in Work Law in Brazil, assuming structural plainly and dimensional amplitude only in the last three decades of the second millennium. Worker is inserted in the productive process of the service taker without extending to the first one the work binds, which keep fixed in an intermediating entity, causing a trilateral relation in face of the hiring of work force in capitalist market: the worker, service payer who does his material and intellectual activities together with the taking company; the outsourcing company, which hires the worker, firming with him the pertinent law bonds; the service taking company, which receives the service paying but does not assume the position of employer of the worker. Work outsourcing, created to make flexible the instruments available to the worker, with the aim to hiring the service to the consecution of activities that are not inserted in the entrepreneurial dynamic nucleus managed by it; meaning to those marginal and peripheral activities which give walking to the business indirectly only. It is an important way to disaggregate the business with heavy work encumbrances which commonly come together with the work contract. However, its utilization must be counted in the limits of law, in risk of constituting fraud to the precepts of public order that conduct the work relations, and of being applied the principle of excellence of reality, in a way that competent organs may act in defense of the worker class, using the most effective protective and punishment instruments, capable to repressing dishonest practices. Recently, it was judged the declaratory action of constitutionality n. 16 which declared the constitutionality of the §1st of the art. 71 of the Law n. 8.666/93, which states about the irresponsibility of the Public Administration about labor allocation under the responsibility of the outsourced company, leaving the outsourced employees weakened about the guarantee of their labor rights, corroborated with the docket n. 331 edited by the Labor Superior Court, which foresees the Administration itself, and only itself, remains set its fault.

KEY-WORDS: Outsourcing. Working Frauds. Outsourced Service Payer. Responsibility of the Public Administration.

1 INTRODUÇÃO

O sistema capitalista impôs, ao longo de sua marcha histórica, diferenciados modelos produtivos, em consonâncias com as suas necessidades. Para cada tipo de exigência do capital, estabelecia-se um modelo de produção específico, sob a conjuntura de determinado paradigma de Estado.

Nesse sentido, na vigência do Estado liberal de direito, o capital se fez forte, sem precisar da intervenção do Estado na economia para legitimar o seu poder. Contudo, durante a vigência do modelo de Estado Social de Direito, o Estado foi se fortalecendo e intervindo na economia para regular o sistema capitalista de produção.

Assim, torna-se necessária a adequação da sociedade aos novos parâmetros da contemporaneidade. Como consequência, as pessoas se reorganizam e a comunidade se reestrutura. E, como o direito é instrumento precípua de um Estado democrático de Direito para a pacificação social, também ele passa necessariamente por transformações.

Nesse contexto de constante mutabilidade e com o advento da ideologia neoliberal, observa-se uma profunda mudança nas relações de trabalho e de emprego no mundo contemporâneo, onde se insere a terceirização trabalhista.

Com o passar dos anos, pela dinâmica da vida e pela incessante busca pelo incremento da produção, acompanhada da redução de custos, criou-se o fenômeno da terceirização.

É exatamente nesse âmbito que se enfoca a terceirização, por se tratar de um projeto moderno e arrojado de Administração, onde se busca claramente a qualidade, eficiência ligada a uma redução de custos aparentes e concentrando seus esforços e energia na atividade principal da empresa, atingindo desta forma a eficácia, com a otimização da gestão.

Doutro norte, quando desvirtuada, referido fenômeno é utilizado por Empresas Públicas e Privadas com a finalidade de reduzir o custo do trabalhador, precarizando a relação de Emprego e maximizando os lucros.

Demonstra-se que a fraude trabalhista tem sido claramente utilizada em Instituições Bancárias Públicas onde utilizam as empresas terceirizadas como meras intermediárias fraudulentas na alocação de mão-de-obra barata, não reconhecendo nenhum vínculo trabalhista embora claramente presentes.

Referida fraude se perfaz, através da terceirização ilegal, apresentando-se como flagrante afronta às normas constitucionais e princípios protetivos do Direito do Trabalho.

Ademais, embora na maioria das vezes, entre as Instituições Bancárias e Empresas Prestadoras de Serviços exista regularidade formal, esta esbarra no

Princípio da Primazia da Realidade, segundo o qual se deve perseguir a verdade real em detrimento da mera formalidade, esta última, muitas vezes, constatada fraudulenta.

Desta forma, questiona-se até que ponto o fenômeno da terceirização constitui-se como instrumento fraudulento na alocação de mão-de-obra nas Instituições Bancárias no Brasil, de sorte que, aquele fenômeno quando utilizado com o fim para que foi criado, poderá vir a tornar-se, de fato, um meio de desenvolvimento e crescimento das Empresas, sem contrariar os princípios e normas protetivas do Direito Trabalho, também amparado pela Carta Magna de 1988.

O combate à terceirização ilegal se perfaz pela fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego, encaminhando suas conclusões ao Ministério Público do Trabalho, utilizando-se dos meios disponíveis para a defesa dos interesses metaindividuais dos trabalhadores prejudicados, através das Ações Cíveis Públicas.

2 CONCEITO E CONTEXTO HISTÓRICO DA TERCEIRIZAÇÃO

A expressão terceirização resulta da palavra *terceiro*, porém, Delgado (2005) ressalta que o neologismo existente entre estas palavras não deve ser considerado em seu sentido jurídico, ou seja, aquele estranho a relação jurídica, mas entendido como intermediário.

Ainda no que se refere a criação de neologismos aplicado ao fenômeno, também foi criada a palavra terceirização, referindo-se ao setor terciário da economia, não vindo, pois, a regimentar-se, prevalecendo a denominação Terceirização.

Denomina-se terceirização o liame que liga uma empresa a um terceiro, mediante contrato regulado, quer seja pelo direito civil ou comercial, quer seja pelo direito administrativo, com a finalidade precípua de realizar tarefas coadjuvantes em relação à atividade principal da tomadora.

É ainda, uma técnica, segundo a qual a empresa tomadora do serviço, descentraliza suas atividades, atribuindo a empresa terceirizante a execução de tarefas secundárias, concentrando-se, assim, nas atividades primordiais de sua empresa e, por conseguinte, garantir um serviço cada vez mais especializado.

De acordo com Barros (2008), o fenômeno da terceirização consiste em repassar a um terceiro (Empresa prestadora do serviço), atividades consideradas de suporte, fixando-se a sua atividade principal.

Segundo Barros (2008), por atividade-fim entenda-se aquela cujo objetivo a registra na classificação socioeconômica, destinado ao atendimento das necessidades socialmente sentidas.

A terceirização, consoante informa:

[...] a forma de organização estrutural que permite a uma empresa transferir a outra suas atividades-meio, proporcionando maior disponibilidade de recursos para sua atividade-fim, reduzindo a estrutura operacional, diminuindo os custos, economizando recursos e desburocratizando a administração (HOUAISS, apud CATHARINO, 2005, p. 19).

Nesse sentido, instituem-se pequenas empresas, que gravitam em torno de uma grande empresa para prestar-lhe mão-de-obra, ou seja, as empresas delegam funções não essenciais à sua finalidade para outras, com o propósito de diminuir gastos, concentrando-se na sua atividade-fim e criando novas tecnologias e melhores produtos.

A terceirização representa um papel estratégico no modo flexível de acumulação de capitais hodierno: o empresário estima o preço possível, fixa a margem de lucro desejável e corta os custos através, também, da contratação alternativa.

Destarte, verifica-se que o fenômeno da terceirização adentrou definitivamente ao processo econômico, indicando a existência de um terceiro que, com competência especialidade e qualidade, em condição de parceria, presta serviços ou produz bens para a empresa contratante.

Segundo Delgado (2005) a terceirização é o fenômeno pelo qual se desassocia a relação econômica de trabalho da relação jus trabalhista que lhe seria correspondente.

Em outras palavras, o empregado terceirizado é contratado pela empresa interveniente ou fornecedora para prestar serviços em outra empresa, sendo esta denominada de empresa tomadora. A empresa fornecedora será responsável pela celebração do Contrato de Trabalho, bem como pelos encargos trabalhistas.

Vê-se, portanto, que a terceirização estabelece uma relação trilateral diante da economia capitalista e globalizada, qual seja, a empresa que contrata o serviço

sem assumir os encargos de empregadora; que fornece o serviço, responsabilizando-se pelas contratações, bem como encargos oriundos da relação trabalhista e; o obreiro, que exerce sua atividade intelectual e material junto a primeira empresa, a tomadora.

Desta feita, conclui-se que a terceirização é uma forma de organização empresarial que visa a descentralizar as atividades acessórias da empresa tomadora, delegando-as a uma empresa prestadora de serviços, com a qual se forma o vínculo empregatício dos obreiros contratados (terceirizados), os quais, contudo, laboram dentro e em prol do empreendimento principal.

3 A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE nº 16 / DF

A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) foi proposta pelo governo do Distrito Federal com a finalidade de ver declarada a constitucionalidade do parágrafo primeiro do artigo 71 da Lei Federal nº 8.666 de 1993 que trata da irresponsabilidade de Administração Pública quanto a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais.

A ADC foi ajuizada em março de 2007 e, em maio daquele ano, o relator, ministro Cezar Peluso, negou pedido de liminar, por entender que a matéria era complexa demais para ser decidida individualmente. Posta em julgamento em setembro de 2008, o ministro Menezes Direito pediu vista dos autos, quando o relator não havia conhecido da ação, e o ministro Marco Aurélio dela havia conhecido, para que fosse julgada no mérito.

Na retomada do julgamento, o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e relator da matéria, ministro Cezar Peluso, justificou o seu voto pelo arquivamento da matéria. Segundo ele, não havia controvérsia a ser julgada, uma vez que o TST, ao editar o Enunciado 331, não declarou a inconstitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666.

Ainda segundo o ministro, o presidente do TST, solicitado a prestar informações sobre o caso, relatou que aquela Corte reconhece a responsabilidade da administração com base em fatos, isto é, no descumprimento das obrigações trabalhistas, não com base na inconstitucionalidade da norma discutida na ADC.

“Como ele não tem dúvida sobre a constitucionalidade, não há controvérsia”, concluiu o ministro presidente.

Conforme o ministro, o que o TST tem reconhecido é que a omissão culposa da administração em relação à fiscalização de seus contratados gera responsabilidade.

O ministro Marco Aurélio observou que o TST sedimentou seu entendimento com base no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que define o que é empregador, e no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal (CF), que responsabiliza as pessoas de direito público por danos causados por seus agentes a terceiros.

Ao decidir, a maioria dos ministros se pronunciou pela constitucionalidade do artigo 71 e seu parágrafo único, e houve consenso no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

Na ação, o governo do DF alegou que o dispositivo legal em questão tem sofrido ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho (TST), que vem negando vigência ao comando normativo expresso no artigo 71, parágrafo 1º da Lei Federal nº 8.666/1993. Observou, nesse sentido, que a Súmula 331 do TST prevê justamente o oposto da referida norma não podendo a ela se sobrepor.

4 DISTINÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO LEGAL E ILEGAL

O fenômeno da terceirização, assim como os demais fenômenos amparados pelo direito, só deve ser utilizado para o fim precípuo o qual foi criado, qual seja, aperfeiçoar os custos de produção através dos serviços especializados de outra empresa, de forma que a empresa principal possa concentrar-se em sua atividade essencial e, por conseguinte, melhorar a qualidade do produto ou do serviço.

Nesse sentido a terceirização só pode ser concebida dentro dos limites da lei, devendo ser combatida toda tentativa de burlar as normas trabalhistas em detrimento do lucro exacerbado.

Destarte, conforme exposto no capítulo anterior, não há ainda uma lei específica que trate do fenômeno em comento, salvo a Lei nº 6.019/74, que se refere ao Trabalho Temporário e a Lei nº 7.102/83, que trata do serviço de vigilância. Porém, não obstante a ausência de uma lei, o TST editou a súmula nº 331.

Com a edição do referido enunciado, pode-se extrair o que deve ser tido como legal, bem como o que deve ser coibido, ou seja, quais os casos em que a terceirização apresenta-se de forma ilegal.

A súmula nº 331 estabelece claramente que a terceirização não pode ser usada como forma de burlar o direito dos trabalhadores nem as disposições de ordem pública do Direito do Trabalho, dispondo que a terceirização será lícita desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta entre trabalhador e tomador de serviços, exceto na modalidade de contratação para substituição de pessoal regular e para atender a acréscimo excepcional de serviços, situações previstas na Lei nº 6.019/74 que versa acerca do Trabalho Temporário.

Frise-se que o Trabalho Temporário é a única modalidade que permite a terceirização de atividade-fim, bem como a possibilidade de existir a pessoalidade e a subordinação, em razão do seu caráter excepcional.

O Trabalho Temporário está consubstanciado no Enunciado 331, I do TST, que, em primeiro lugar, estabelece como situações ensejadoras da utilização regular do fenômeno aquelas previstas na Lei nº 6.019/74 – Trabalho Temporário, que são as necessidades transitórias de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora, ou se refere às necessidades oriundas de acréscimo extraordinário de serviços.

Desta feita, evita-se que a empresa tomadora permaneça utilizando-se de mecanismo legal da terceirização para evitar o cumprimento de suas obrigações trabalhistas.

Em suma, considera-se lícita a contratação por empresa interposta para atender às demandas transitórias e excepcionais da empresa, ou seja, trabalho temporário, podendo o trabalho, inclusive, ser pessoal e subordinado, em decorrência da especificidade da atividade.

A licitude também se perfaz nos serviços de Vigilância. Ainda na seara da licitude da terceirização têm-se os serviços de vigilância, previsto na súmula nº 331, III do TST, regidos pela lei nº 7.102./83.

O enunciado da súmula alargou as hipóteses de atividade de vigilância, definindo-a genericamente, ou seja, agora não só as Instituições Bancárias pode utilizar-se de tal serviço, mas qualquer segmento do trabalho, inclusive, pessoa física.

Nesse sentido, Maurício Godinho alerta para a distinção entre vigilante e vigia, sendo este empregado não especializado ou semiespecializado, que se vincula ao próprio empregador (o tomador do serviço).

O vigia presta seu serviço diretamente ao empregador, formando entre estes uma perfeita relação de emprego, mormente porque estão presentes todas as características de tal relação.

Ainda quanto às diferenças, o vigia submete-se às ordens do seu empregador, bem como a categoria definida por ele, enquanto que o vigilante submete-se às ordens da sua empresa, a qual define as suas próprias regras, inclusive o treinamento da força de trabalho.

Salutar reforçar o entendimento de que mesmo sendo o serviço de vigilância uma atividade terceirizável, sobre tal atividade não há que se falar entre subordinação e pessoalidade entre o tomador do serviço e o obreiro, pois se ocorre configurado estará o vínculo empregatício.

Logo, conclui-se que só há terceirização lícita quanto aos serviços de vigilância, desde que ausentes de subordinação e pessoalidade e, quanto ao vigia, caracterizado está a relação de emprego.

No que se refere aos serviços de Conservação e Limpeza, tem-se ainda como lícita a terceirização dos Serviços de Conservação e Limpeza, também albergada na súmula nº 331, III do TST.

Relevante evidenciar que esta foi uma das primeiras atividades a utilizar-se do fenômeno da terceirização no mercado de trabalho brasileiro, muito embora este rol já se encontrasse previsto na letra da lei nº 5.645/70.

Nesse diapasão dispensam-se quaisquer comentários diante do texto autoexplicativo da súmula, logo, os serviços de conservação e limpeza podem ser terceirizados, não havendo existência de vínculos entre o obreiro e a empresa tomadora, ressaltando, apenas, que tal inexistência se dará diante da ausência de pessoalidade e subordinação firmada entre aqueles.

Os serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador do serviço é outra vertente que deve ser aplicado à terceirização. A terceirização da atividade empresária, seja final ou acessória, surgiu para dinamizar as relações de trabalho e atender às necessidades do mercado, e embora seja cada vez mais comum a sua prática, apenas a súmula 331, do TST, norteia a legalidade para realização de tais serviços.

Assim a referida súmula regulamentou a utilização de serviços especializados. Destarte, há previsão legal para contratação destes serviços, desde que especializados e referentes a atividade-meio, elastecendo, pois, as possibilidades de contratação, bem como a criação de margens às contratações ilegais.

Este tipo de terceirização envolve atividades indiscriminadas, devendo apenas ser caracterizada como serviço especializado referente a uma atividade-meio da empresa tomadora do serviço, isto é, que tal atividade não corresponda ao núcleo de atividade essencial da empresa tomadora do serviço.

No tocante à empresa terceirizante, é necessário que esta seja especializada na atividade para a qual se destina prestar, de forma a não se portar como mera intermediadora da força de trabalho, devendo, inclusive, a prestadora oferecer o serviço ao qual se digne ofertar com especialização e eficiência.

Outros dois pontos importantes a serem definidos referem-se aos termos atividade-meio e atividade-fim. A importância da distinção entre essas atividades sustenta-se na necessidade de se estabelecer um parâmetro entre a licitude e ilicitude da terceirização.

A doutrina majoritária tem entendido a atividade-fim como aquela essencial ao objeto da empresa, aquela sem a qual a empresa não poderia sustentar-se, ou ainda, sequer existiria. A atividade-meio de uma empresa deve ser dirigida ao seu objetivo econômico, a atividade para qual a empresa foi criada e organizada, alocando pessoal, custos e definindo tarefas.

No que se referem as atividades-meio, estas não podem ser confundidas com o objetivo precípua da empresa, ou seja, são atividades secundárias, que não se enquadram como essenciais a atividade da empresa.

São, portanto, atividades nucleares e definitórias da dinâmica empresarial do tomador de serviços, estas, não podem ser terceirizadas, conforme a letra da súmula 331 do TST.

Nesse diapasão convém ressaltar que, muito embora a súmula 331 tenha coibido qualquer tipo de terceirização de atividade-fim, relevante se faz evidenciar o entendimento do doutrinador (MARTINS, 2009), pois para ele a terceirização consiste na parceria entre empresas, com divisão de serviços e assunção de responsabilidades próprias de cada parte.

Referido entendimento se perfaz a partir da indústria automobilística que, para ele seria um exemplo de delegação de serviços de atividade-fim, decorrentes das novas técnicas de produção e da tecnologia, mormente porque uma atividade que antes seria considerada essencial hoje se revela acessória.

Assim, embora a atividade meio não possa coincidir com o objetivo precípuo da empresa, o autor mencionado acredita ser possível a terceirização de certas atividades fim, com base no exemplo da indústria automobilística ou na compensação de cheques.

Outrossim, a terceirização do serviço de compensação de cheques, por Banco, foi considerada ilegal pela 1ª Turma do TST. A questão foi examinada em recurso do Banco do Estado do Espírito Santo S.A – Banestes contra a decisão do TRT da 17ª região de confirmar sentença que determinou ao Banestes abster-se da contratação de prestadora de serviços para realização dessa tarefa.

A compensação bancária foi considerada atividade-fim do Banco, no qual, segundo a jurisprudência firmada pelo TST, através da súmula 331, é ilegal a terceirização de mão-de-obra.

É cediço que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é permitida apenas para as atividades de conservação, limpeza e vigilância e em serviços ligados à atividade-meio do tomador de serviço, de forma que, segundo o relator do recurso, o Ministro João Oreste Dalazen, nesses três casos, a terceirização, ainda assim, só é válida desde que haja pessoalidade e subordinação do trabalhador à empresa beneficiária do trabalho.

Assim, em que pese o entendimento do renomado doutrinador, mister se faz ter muita cautela ao elastecer o enunciado da súmula nº 331 do TST sob pena de transformar o fenômeno da terceirização em um mero instrumento fraudulento das

práticas trabalhistas, utilizando o trabalhador como mero objeto de obtenção de lucro.

Nesta esteira, verifica-se que as empresas têm terceirizado atividades mais amplas e, em alguns casos, assumem os riscos, extrapolando a área em que é possível a terceirização, que é a das atividades-meio.

Destarte, inobstante a definição de serviço essencial (atividade-fim) e acessório (atividade-meio) ser muito tênue, deve-se considerar a clareza da súmula nº 331 do TST quanto à impossibilidade de terceirização de atividade-fim, sob pena de ser caracterizado o vínculo, bem como em obediência ao princípio da proteção ao trabalhador.

Assim, é de hialina clareza que a atividade-fim é aquela diretamente ligada à essência da empresa. É, ainda, aquela constante do contrato social da empresa, tendo sido o empreendimento criado especificamente para sua consecução.

Na prática, em decorrência da dinâmica empresarial, altamente versátil, por vezes, será difícil distinguir claramente as atividades-meio das atividades-fim, isso porque, com a tecnologia e as novas técnicas de produção e desenvolvimento empresarial, uma atividade que ontem era essencial, hoje poderá não mais ser.

Nesse sentido constata-se a importância da caracterização da formação de Grupo Econômico, pois uma vez comprovada, claro estará a real atividade da empresa, ou seja, sua atividade-fim. De outro norte, ao esquadrihar as hipóteses de terceirização lícita, torna-se mais fácil a configuração da ilicitude.

A súmula nº 331, do Colendo TST dispõe que o vínculo empregatício se estabelece diretamente com o tomador de serviços quando a contratação por empresa interposta for ilegal.

E outro critério adotado para se aferir essa ilegalidade refere-se à hipótese de a empresa contratada não apresentar qualquer espécie de organização, de especificidade, de condições estruturais e econômicas para arcar com as obrigações sociais e trabalhistas referentes aos seus empregados, em última análise, pela constatação de falta de idoneidade financeira.

A súmula em comento estabelece claramente que a terceirização não pode ser usada como forma de burlar o direito dos trabalhadores nem as disposições de ordem pública do Direito do Trabalho, dispondo que a terceirização será lícita desde que inexistente a personalidade e subordinação direta entre trabalhador e tomador de

serviços, exceto na modalidade de contratação para substituição de pessoal regular e para atender a acréscimo excepcional de serviços.

No campo da terceirização ilícita, se enquadram todas as atividades que não foram mencionadas acima, pois o Direito do Trabalho não se compadece com a ideia de dar validade a um pacto laboral no qual se encontrem presentes os requisitos caracterizadores da relação de emprego (trabalho prestado por pessoa física, de caráter não eventual, mediante remuneração, com subordinação jurídica, pessoalmente e com os riscos da atividade suportados pelo empregador), sem que o tomador responda juridicamente pelos encargos trabalhistas.

A consequência de uma terceirização Trabalhista ilícita é, preambularmente, a desconfiguração do vínculo empregatício do empregado com a empresa prestadora, que, no caso, será chamado de empregador aparente, para refazê-lo junto à tomadora, que será denominada empregador oculto ou dissimulado.

Destarte, excluindo as hipóteses de licitude outrora expostas, não há na ordem jurídica brasileira preceito legal a dar validade trabalhista a contratos mediante os quais uma pessoa física preste serviços não eventuais, onerosos, pessoais e subordinados a outrem, sem que esse tomador responda, juridicamente pela relação laboral estabelecida.

Relevante evidenciar que a ilicitude aqui tratada não se perfaz na seara da constituição da empresa terceirizante, ou seja, se a empresa foi constituída licitamente ou não, mas se o serviço prestado está dentro dos limites da legislação pertinente.

Assim interessa ao Julgador analisar em quais condições e sob quais critérios está sendo realizado o trabalho terceirizado, cabendo ser verificado acerca da licitude da empresa em outro momento.

5 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL – SÚMULA 331 DO TST

Grande parte da doutrina brasileira, ao discutir a terceirização, debate-se sobre o conteúdo das súmulas editadas ao longo dos anos pelo TST que, embora não tenha força de lei, tampouco vincule os juízes, tem sido utilizada como verdadeiro instrumento de discernimento para caracterização do fenômeno da terceirização.

Verifica-se que o assunto é palpitante na doutrina, havendo posições entusiastas tanto a favor da terceirização como contrárias a ela.

Todavia, mesmo com uma grande massa de estudiosos partindo da premissa negativa do processo, alguns dispositivos legais começaram a autorizar a terceirização, desde que nas hipóteses previstas. não obstante existam outras súmulas que tratam de tipos específicos de terceirização como Súmula 239 (Empresas de Processamento de Dados e Bancos), Súmula 256 (Empresas Prestadoras de Serviços) e Súmula 257 (Serviços de Vigilância). A mais utilizada e foco de últimos debates é sumula 331 do TST.

Tem-se, atualmente, como orientação a súmula nº 331, editada pelo TST e publicada em 21 de dezembro de 1993, através da Resolução Administrativa do TST 23/93, que, inclusive, sofreu recente alteração em 31 de maio de 2011 pelos ministros em razão da constitucionalidade do parágrafo 1º, do artigo 71, da Lei Federal nº 8.666/1993.

A súmula de nº 331 foi editada com a seguinte redação original:

Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000).(TST, 2003).

Com a última alteração editou-se o inciso IV para excluir a responsabilidade da Administração Pública e acrescentou os incisos V e VI tem-se:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

De acordo com Carelli (2004), a súmula em comento manteve o mesmo espírito e entendimento da súmula nº 256, desfazendo, pois, qualquer confusão entre terceirização e Intermediação de mão-de-obra, o qual será tratado mais adiante.

Porém, contrapondo-se a Carelli, Martins (2009) afirma que a contratação por empresa interposta não é ilegal, sendo apenas quando esta incidir em fraude, momento em que será considerado o vínculo.

Entretanto, neste estudo, optou-se por seguir a mesma linha de raciocínio de Carelli, diante da clareza do enunciado que apenas permite a utilização de empresa interposta nos casos de Trabalho Temporário.

Destarte entender, de forma diversa, seria considerar a possibilidade de empresas criarem, ou ainda forjarem, a criação de outra empresa apenas para contratação de mão-de-obra em detrimento do lucro exacerbado e da exploração dos trabalhadores.

Sendo assim, conceber a possibilidade de tais contratações em quaisquer casos e só puni-las quando da constatação de alguma ilegalidade, seria o mesmo que permitir a exploração obreira até que fosse declarada sua ilegalidade.

Tal posicionamento fere os princípios e as normas trabalhistas vez que foram concebidas dentro de uma seara preventiva e não reparadora. Ou seja, foi inserido o seguinte texto: Inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

A partir de 2000, através da resolução 96 do TST, restou esclarecido que também os órgãos administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista passaram a ser

responsáveis, ainda que de forma subsidiária, pelas parcelas trabalhistas e sociais dos contratados terceirizados.

A súmula estabeleceu, ainda, a necessidade da composição da lide em face da empresa tomadora, uma vez que se trata de litisconsórcio facultativo. Assim, para imputar responsabilidade subsidiária da empresa contratante, mister se faz que o reclamante promova seu chamamento à lide.

Como no Brasil, o setor público, em todas as suas esferas, tem-se utilizado bastante do fenômeno da terceirização e, para tanto, como todas as empresas tomadoras dos serviços, deve eleger uma terceirizada séria e que realmente cumpra com suas obrigações trabalhistas e sociais.

O TST ao elaborar a súmula nº 331 elegeu uma forma de fiscalização, qual seja a fiscalização direta, onde a empresa tomadora do serviço deve fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais e sociais por parte da empresa prestadora dos serviços.

Tal fiscalização se faz importante, haja vista que se a empresa tomadora não se certificar de que está contratando com uma empresa idônea técnica e financeiramente, arcará com todas as responsabilidades trabalhistas advindas de reclamatórias.

Relevante ressaltar que antes do advento da súmula nº 331, a empresa contratante responsabilizava-se tão somente pelas contribuições previdenciárias, remuneração e indenizações devidas. Atualmente, a obrigação diz respeito a toda e qualquer verba trabalhista.

Ocorre que agora a Administração Pública só responderá pelos encargos trabalhistas se e somente se restar comprovado a sua culpa, conforme esclarece o novo inciso V.

Ora, anteriormente, a Administração Pública responderia subsidiariamente pelos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa tomadora, tal qual qualquer outra empresa, ou seja, não alcançando o patrimônio da contratada, as referidas verbas estariam resguardadas pelo patrimônio público.

Agora, essa proteção não mais existe, vez que a responsabilidade subsidiária só lhe será atribuída quando da comprovação por parte do empregado da culpa da empresa pública.

Os autores trabalhistas entendem que esta responsabilidade subsidiária se verifica em decorrência da culpa *in elegendo* e *in vigilando* da empresa contratante, oriundas da aplicação analógica do dispositivo contido no art. 455 da CLT.

Com tal responsabilidade a empresa tomadora de serviços também deverá realizar uma verdadeira terceirização, ou seja, destacar uma prestação de serviço para terceirizar, capacitar seus empregados para que se tornem cada vez mais especializados e ainda, não contratar, como terceirizada, uma pessoa contratada diretamente pela empresa tomadora de serviço.

Ademais, uma empresa que se submete a realizar apenas a locação de mão-de-obra é uma empresa sem grande responsabilidade e seriedade e, portanto, muito sujeita a não possuir haveres suficientes para suportar as obrigações sociais e trabalhistas que deverá arcar quando for compelida judicialmente.

Não obstante alguns autores considerarem um equívoco a ideia de que a responsabilidade seja subsidiária nas hipóteses de terceirização lícita e propõem, em qualquer caso, seja a terceirização lícita ou ilícita, a responsabilização solidária das empresas terceira e tomadora.

Tais doutrinadores defendem a responsabilidade solidária baseada na formação de grupo econômico entre a empresa tomadora e a prestadora de serviços:

Entendem que se restar provada a existência de um grupo econômico, ocorre hipótese de responsabilização solidária prevista em dispositivo legal.

Destarte, no caso em comento existe ainda a orientação dominante expressa na súmula nº 331 do TST, que prevê a responsabilidade subsidiária entre as empresas.

Assim, predomina o entendimento de que não se pode imputar a responsabilidade solidária da empresa tomadora de serviço, ao menos quando for o caso de terceirização lícita.

Na hipótese de terceirização ilícita, contudo, não parece existir dúvida, ao menos não deveria haver. Os arts. 927 e 942 do Código Civil que trata da responsabilidade pela prática de ato ilícito, utilizados subsidiariamente ao Direito do Trabalho, por expressa permissão legal do art. 8º, parágrafo único (CLT, 2007): O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

Da leitura do primeiro artigo, infere-se claramente que há responsabilidade solidária entre todos aqueles que praticam o ato ilícito.

E ainda, se depreende do art. 186 e 187, ambos do código civil cometem ato ilícito aquele que viola direito de outrem, por ação, omissão ou negligência, causando-lhe dano ou, aquele que, ao desempenhar seu direito, excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A conclusão mais sensata que se extrai dos artigos acima colacionados é a de que, mesmo sendo a súmula omissa no tocante à questão da responsabilidade da empresa tomadora, quando a terceirização for ilícita, a empresa contratante deve ser responsabilizada solidariamente.

Até porque está previsto em lei que todos aqueles que praticam ato ilícito serão assim responsabilizados e qualquer interpretação diversa incidiria em ilegalidade.

Ademais, não se pode conceber que uma empresa contrate outra de e, por conseguinte, infringindo todas as normas e princípios trabalhistas e uma vez comprovados tamanha barbárie, sob aquela só venha incidir em responsabilidade caso a empresa prestadora não apresente condições de arcar com os encargos trabalhistas.

Destarte, pensar dessa forma seria proteger as empresas tomadoras dos serviços, senão incentivá-las a tais práticas, vez que sua responsabilidade só seria exigida diante da impossibilidade de ser cobrada da empresa prestadora.

No caso da terceirização lícita, prevalece a orientação consolidada na súmula 331 do TST que estabelece a responsabilidade subsidiária. A súmula, inclusive, dilata a responsabilidade em tela a qualquer órgão ou ente da Administração Pública que terceirizar seus serviços conforme os ditames legais.

Não obstante, para que a empresa tomadora seja responsabilizada, deve ser chamada à lide em litisconsórcio.

Em outras palavras, ao ingressar na Justiça do Trabalho para pugnar verbas trabalhistas devidas, é imprescindível ao obreiro atentar para o fato de que também a empresa tomadora deve constar no pólo passivo da lide, haja vista que a sentença só faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros, nos termos do art. 472 do CPC, aplicável à esfera trabalhista.

Conclui-se, desta forma, que para as hipóteses de terceirização ilícita deve-se imputar à tomadora a responsabilidade solidária, decorrente de Lei; já no caso de terceirização lícita, ainda predomina nos Tribunais Pátrios a responsabilidade subsidiária pugnada no inciso em comento, qual seja, o inciso IV da súmula nº 331 do TST, somente se comprovada a culpa, caso contrário, o empregado não receberá suas verbas trabalhistas e contará com a liquidez da empresa te

O novo inciso VI deixou claro que a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes unicamente ao período da prestação laboral.

Doutro norte, Mauad (2001) resume o contido na súmula nº 331 na medida em que destaca que os trabalhos que podem ser realizados de forma terceirizada, na empresa, são aqueles particularizados, com especificações próprias, que constituem a atividade-fim da empresa prestadora de serviços e atividade-meio da tomadora.

Em outras palavras, não basta que a empresa tomadora dos serviços queira terceirizar sua atividade-meio, mas a empresa prestadora do serviço tem que dispor de tal serviço de forma especializada, sob pena de incidir em fraude trabalhista.

Portanto, o enunciado nº 331, editado pelo TST, mas do que um verbete jurisprudencial caracterizou-se para a terceirização, como verdadeira legislação a balizar e ditar a validade e invalidade do Contrato de terceirização.

Tal fato se deu em razão da vagarosidade da edição legislativa em relação à dinâmica socioeconômica, transferindo para o Judiciário a tarefa de dar parâmetros ao fenômeno, solucionando os casos concretos.

Com a precedente da ADC 16/DF a referida súmula foi editada para corroborar a Lei de Licitações no que pertine a irresponsabilidade da Administração Pública quando não se comprovar a sua culpa.

A súmula nº 331 é hoje o principal instrumento de regulação da terceirização de serviços no Brasil.

6 CONSEQUÊNCIAS DA ADC 16/DF E A ALTERAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST PARA OS EMPREGADOS TERCEIRIZADOS

À luz do esposado, percebe-se que ao trabalhador, parte hipossuficiente da relação trabalhista e muitas vezes incapaz de produzir provas, foi imputado a

responsabilidade de comprovar que a Administração Pública agiu com culpa *in vigilando* ou *in elegendo* quando da contratação da empresa prestadora de serviço.

Em outras palavras, caberá ao obreiro, o qual na maioria das vezes sequer tem conhecimento sobre a empresa contratante, pois sua admissão se faz por meio da Administração Pública, agora terá que comprovar em juízo a culpa do ente público para, após esgotado as forma de execução contra empresa contratante, adentrar no patrimônio público.

Resta cristalino que tal medida satisfaz as necessidades da Administração em detrimento dos direitos trabalhistas. À bem da verdade comprovar a falha do referido órgão é uma atividade quase inócua para o empregado que acabará demandando em juízo para lhe ver garantido seus direitos trabalhistas, provavelmente alcançará uma sentença de procedência, mas nunca receberá suas verbas, pois na maioria das vezes essas empresas sequer possuem patrimônio em seu nome, deixando o empregado totalmente desamparado enquanto o ente público que gozou da força de trabalho em nada se responsabilizará.

Será necessário relativizar os direitos e ponderar em que momento os cofre da Administração Pública deverão ser preservados em detrimento dos direitos trabalhistas tão arraigados na nossa Carta magna.

Nesse sentido tem-se que a fiscalização do trabalho é um aspecto de fundamental importância no tocante à implementação e viabilidade do processo de terceirização, vez inibi e puni as tentativas de fraudes trabalhistas.

Outrossim, o Fiscal do trabalho tem o papel de fiscalizar várias atividades, dentre as quais o cumprimento de determinações legais, bem como regulamentos. O fiscal do trabalho, por sua vez, tem o papel de fiscalizar se as empregadoras agem de acordo com tais determinações em favor de seus empregados.

Nesse sentido, em não cumprindo as obrigações legais e contratuais, o fiscal tem o dever de aplicar multa através de lavratura de um auto de infração como também orientar a empresa na aplicação da legislação.

Assim, como o nascimento do fenômeno da terceirização nas empresas, nasceu também a preocupação do Ministério do Trabalho com as fraudes que poderiam advir dessa prática, vez que é facilmente mascarada em seu aspecto formal, pois na maioria das vezes não há irregularidade formal, devendo pois o fiscal ater-se ao princípio da primazia da realidade.

Resolveu o Ministério do Trabalho, para tanto, editar a Instrução Normativa nº 7, de 21 de fevereiro de 1990 que foi revogada pela Instrução Normativa nº 3, de 01-09-97, que passou a tratar da fiscalização do trabalho nas empresas de prestação de serviços a terceiros e empresas de trabalho temporário.

Apesar de a Instrução normativa ser clara no que se refere aos requisitos para a terceirização de uma empresa, principalmente com relação às atividades dos empregados da empresa terceirizada, o único órgão possível para discutir as relações trabalhistas é a Justiça do Trabalho.

Vale mencionar que aos fiscais é devido livre acesso às dependências das empresas, bem como aos livros e demais documentos que entenda necessário.

No que se refere ao trabalho terceirizado em Instituições Bancárias Públicas, torna-se mais difícil de diagnosticar as fraudes perpetradas pela empresa. Primeiro porque, na prática, a fiscalização trabalhista só alcança os Bancos quando há alguma denúncia, geralmente delatada por algum funcionário. Segundo porque os empregados terceirizados dificilmente são identificados.

Ademais, também dificulta a fiscalização vez que o terceirizado nunca exerce a função pela qual foi contratado, pois na maioria das vezes as funções sequer existem e quando ocorre é diversa da praticada por ele.

Relevante evidenciar que diante da ausência de profissionais contratados pela empresa prestadora de serviço é o administrador quem define a jornada de trabalho, bem como a controla, sendo as folhas de pontos instrumentos meramente formais, as quais são inclusive enviadas à empresa (cuja sede é em outra região) mensalmente.

Uma vez constatada a irregularidade ou ainda indícios caberá ao Fiscal oferecer denuncia junto ao Ministério Público do Trabalho, pois a este cabe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Ocorre que a realidade apresentada é discrepante quanto à teoria defendida, vez que a ausência da fiscalização faz com que as denúncias não cheguem aos ouvidos do Ministério do Trabalho e quando chegam, os documentos são tão fraudados que impedem os órgãos responsáveis de exercer o seu mister.

Todavia, segundo o presidente do STF, isso não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa. O STF não pode

impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público, observou ele, em outra intervenção.

Pois bem. Declarada a tão contestada constitucionalidade do artigo 71 da lei 8.666/93 e alterada a súmula 331 do TST para imputar a Administração Pública responsabilidade pelos encargos trabalhistas apenas quando da comprovação da culpa, os empregados contratados continuam à mercê de sua própria sorte, vez que, na sua condição de hipossuficiente e diante do cenário demonstrado será impossível para o empregado reunir documentação apta a convencer o Julgador de que a Administração Pública teria agido com “culpa”, vez que este permanecer protegido sob o manto da “regularidade formal”.

Frise-se ainda que tal medida acarretará entendimentos diferenciados pelos Magistrados sobre a mesma matéria, levando empregados em situações idênticas a posicionamentos distintos pela Justiça do Trabalho.

7 CONCLUSÃO

A terceirização é um fenômeno dos tempos atuais. Emergiu na vigência do Estado Neoliberal em face do modelo de produção adotado pelo mesmo: o toyotismo. Ela estimula o desenvolvimento de uma empresa cada vez mais enxuta e leva à descentralização das atividades não essenciais do empreendimento, como forma de reduzir os custos e alavancar a produtividade e a eficiência.

Embora tenha surgido no Brasil na década de 1950 até os dias atuais não possui legislação regulamentadora específica. Daí se infere o maior problema da terceirização no Brasil: ausência de normas jurídicas capazes de viabilizá-la.

A falta da legislação que cuide pormenorizadamente do assunto acarreta uma grande utilização da terceirização em sua forma ilícita, ou seja, diante desse vazio existente entre um fenômeno moderno e a lacuna da lei, muito se aproveitam para contratar trabalhadores ao alvedrio da lei, violando os princípios basilares do Direito do Trabalho, devidamente amparados pela Carta Magna, como o princípio da dignidade da pessoa humana e irrenunciabilidade salarial.

Com a finalidade de acompanhar a evolução da terceirização e amenizar os efeitos de uma grande lacuna da lei, novas teorias vão emergindo como a

subordinação estrutural, na tentativa de driblar as empreitadas das empresas rumo à exploração do trabalhador.

No silêncio da lei, a doutrina e a jurisprudência se sensibilizam de modo a promoverem a aplicação de mecanismos que viabilizem o uso da mão-de-obra terceirizada.

Tais mecanismos surgem como forma de, repita-se, viabilizar a prática de terceirização trabalhista nas empresas, principalmente nas Instituições Bancárias Públicas do Brasil.

Tal entendimento se perfaz em razão da impossibilidade de sujeitar o trabalhador, seja de empresa pública ou privada, a situações laborais vexativas ou indignas, negando-lhe o cumprimento de seus direitos em detrimento do lucro exacerbado.

Assim, o que se deve coibir no fenômeno terceirizante é a mitigação dos direitos dos trabalhadores terceirizados.

Daí porque se propõe a isonomia salarial, já garantida aos trabalhadores temporários, entre o terceirizado e o empregado permanente da empresa contratante, inseridos, pois, na mesma categoria profissional.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado às normas de saúde e segurança do trabalho que, necessariamente devem ser asseguradas, solidariamente pelas empresas envolvidas na relação terceirizante.

Em relação à responsabilização da empresa tomadora pelos créditos trabalhistas inadimplidos, afirma-se a subsidiariedade, porém, uma vez declarada a ilicitude da terceirização, empresa contratante e prestadora do serviço devem responder solidariamente pelos débitos trabalhistas, sob a égide da proteção e valorização do trabalhador, posto ser vedada a exploração da mão-de-obra humana sem a devida contraprestação.

Destarte, ainda que não se queira aplicar a regra trabalhista que impede a transferência do vínculo jurídico da empresa tomadora para a empresa prestadora, não se pode negar a vocação do direito do trabalho, extraído de suas normas e princípios uma resposta humanista à prática da terceirização, como forma de reservá-la para as situações concretas em que ela se justifica como forma de maximização da produção e não como mera técnica de redução dos custos do trabalho.

Nesse sentido tem-se que a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 que declarou constitucional o parágrafo 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 não tem, nem pode ter o condão de usurpar do empregado, seja ele terceirizado ou não, garantias constitucionais, sob pena de ofensa a princípios também constitucionais do trabalho, como a dignidade da pessoa humana.

Deve, pois, ser analisado caso a caso para verificar se a Administração Pública agiu em culpa *in elegendo* e *in vigilendo* e, sendo positivo, deve sim responder. Todavia é preciso considerar a condição de hipossuficiente dos empregados em comprovar referida culpa, sob pena de estar-se diante de um verdadeiro cerceamento de defesa corroborado pelo Judiciário.

De outro norte, a implementação desta técnica administrativa não pode, em hipótese alguma, representar a impossibilidade dos trabalhadores adquirirem e receberem integralmente os seus direitos trabalhistas pelos serviços que prestem.

Como consequência, ainda que se permita a terceirização, considerando que o trabalhador seja empregado da empresa prestadora e não da empresa tomadora, há se fixar alguns parâmetros jurídicos, diga-se limites civilizatórios para impedir que a terceirização aniquile toda a história de conquistas da classe trabalhadora.

Fica claro, portanto, que os mecanismos jurídico-retificadores intentados pela doutrina e jurisprudência têm por finalidade precípua a concessão de direitos mínimos aos trabalhadores terceirizados, de modo a viabilizar a prestação de seu labor num ambiente adequado, em outras palavras, um trabalho digno.

Doutro norte, não basta que se criem os mecanismos jurídico-retificadores da terceirização trabalhista no Brasil. É preciso averiguar se há pessoal suficiente para efetivá-los através de fiscalizações constantes ou, ainda se há capacitação dos operadores de direito para a aplicação de tais mecanismos ao caso concreto.

Consolida-se o dever do Estado Democrático de Direito, sob o qual se funda a sociedade brasileira, em implementar medidas que realizem a democracia pela inserção socioeconômica do trabalhador no sistema capitalista e que lhe possibilite a essência da cidadania e da dignidade da pessoa humana plena.

Frise-se que há trabalhadores laborando para a mesma empresa contratante há mais de dez anos, apenas migrando de empresa prestadora de serviço, tendo que abrir mão de todos os direitos inerente a um contrato de trabalho para não correr o risco de ficar desempregado.

Destarte, não há como excluir da modernidade o fenômeno da terceirização, vez que quando aplicada para o fim que foi criado, poderá, de fato, constituir uma ferramenta para o progresso. Defende-se então a aplicação correta da terceirização, bem como maior fiscalização e punições mais rígidas àqueles que a praticarem em dissonância com a norma jurídica.

Outras formas de minimizar os efeitos ocasionados pela fraude trabalhista se concretizam com o maior rigor nas punições das empresas flagradas em práticas fraudulentas relacionadas à terceirização, em especial as empresas fornecedoras de mão-de-obra; maior clareza na definição, seja legal ou jurisprudencial, do que seria aceitável em matéria de terceirização; bem como amparo aos trabalhadores que são submetidos a tal prática.

Assim em sendo a Administração Pública, grandes parceiras das empresas prestadoras de serviços na prática de fraudes trabalhistas, mister se faz a criação de multas mais severas, como por exemplo pagamento de caução pela empresa prestadora de serviço a empresa contratante, de forma a garantir aos empregados os seus pagamentos.

Criação de formas de inserção dos empregados prestadores de serviço com a finalidade de incentivá-los a denunciar as arbitrariedades praticadas pelos Órgãos Públicos.

Desse modo, não basta que o legislador venha criar lei regulamentadora da terceirização trabalhista se não observar, na prática, sua aplicação. Aliás, as normas programáticas são um dos maiores problemas do Brasil, pois o que se percebe é que se criam leis, regras e princípios que possuem perfeita concordância material, mas estas esbarram na formalidade perseguida por aqueles que tentam burlar as normas.

Assim, mister se faz que além de normas mais eficazes se faz necessário que os órgãos competentes abram-se à esta nova realidade em busca de maior proteção ao trabalhador, seja através da fiscalização do Ministério do Trabalho, seja através da denúncia do Ministério Público.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. *Direito Administrativo Descomplicado*. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Brasília: Senado, 23 de março de 2003.

CALVET, Otávio Amaral. *Magistratura do Trabalho*. 2.ed. São Paulo: Campus, 2005.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. *A Terceirização das Relações Laborais*. São Paulo: LTr, 1996.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 12 .ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. *Terceirização e Reestruturação Produtiva*. São Paulo: LTr, 2008.

SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2006.

ABANDONO AFETIVO: RESPONSABILIDADE CIVIL DO GENITOR AUSENTE***ABANDONMENT AFFECTIVE: LIABILITY OF THE ABSENT PARENT**

SÉRGIO DE VASCONCELOS BRINDEIRO**
LUCIANE GOMES***

RESUMO

A dissolução da união, por quaisquer das formas que se manifesta: separações, divórcios, dissoluções de união estável, já não constitui novidade no seio da família ou no ciclo da vida familiar. Tornou-se normal, mas não deixou de ser preocupante. Muito mais relevantes são as sequelas sentidas pelos filhos dos casais que se separam, divorciam-se ou ainda para aqueles que nunca contaram com a presença de um dos genitores. A eles sempre é imposta e lhes sobram uma patologia, que têm de cuidar e tratar de resolver. Diante do eventual abandono por um dos genitores em situações tais, ocupa-se o presente estudo da possibilidade no que tange à responsabilização civil do genitor pela injustificada falta do cumprimento do poder familiar e dos preceitos legais, presentes na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, que possuem por escopo salvaguardar o melhor interesse da criança e do adolescente, ao retirar-lhes o direito à convivência familiar, educação e a orientação, em fim referencias para a formação da sua personalidade de modo pleno e saudavel.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono Afetivo. Convivência Familiar. Responsabilidade Civil. Dano Moral.

ABSTRACT

The dissolution of marriage, for any of the forms that relate to: separation, divorce, dissolution of stable, no longer a novelty in the family or the family life cycle, it became normal, but it was still worrying, and more worrying are the consequences for the children of couples who separate, divorce. To them it is always imposed a condition and they have left, we all have to worry about and try to solve. To this end, deals with the present study the possibility of civil liability of the parent by the unjustified absence of the fulfillment of family power and legal principles, by the Federal Constitution, the Civil Code and the Statute of Children and Adolescents, removing them the right to family life, education and guidance of a reference to the formation of his personality.

KEY-WORDS: Abandonment Affective. Family Coexistence. Civil Liability. Moral Damage.

* **Recebido em 10 de junho de 2014, aprovado em 20 de junho de 2014.**

** Graduado em Direito pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP. E-mail: sergiovb@terra.com.br

*** Mestre em direito econômico pela UFPB, professora da Fesp Faculdades, atuou como orientadora desse estudo. E-mail: lucianegomes04@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O direito contemporâneo traz um delicado tema gerador de inúmeras discussões e de divergentes posicionamentos no ramo do Direito de família, pois, há muitos anos, vem sofrendo evolução: deixou de ter fundamentos baseados em laços de sangue e de caráter patrimonialista para assumir um papel voltado para a preocupação com a dignidade da pessoa, seja no aspecto afetivo, amoroso e/ou psicológico. Nessa nova perspectiva do Direito de Família, merecem destaque tanto a criança quanto o adolescente frente à sua condição especial de pessoas indefesas e em importante fase de crescimento e de desenvolvimento de sua personalidade.

A família é elemento fundamental na estrutura psicológica de uma criança, porque sem esse referencial familiar positivo, torna-se por muitas vezes extremamente difícil o desenvolvimento da sua personalidade. Deve-se sempre ter como preocupação central a máxima de que a desunião dos pais não pode e nem deve significar a separação paterno-filial, por serem dois universos diferentes: o universo da relação conjugal, que se dá no plano da horizontalidade entre marido/mulher, genitor/genitora, pai/mãe, e o universo da verticalidade, na relação materno/paterno filial. Na primeira, a relação pode se dissolver; deixar de existir. Porém, na segunda relação, a do plano vertical, de parentalidade, não se dissolverá, não se extinguirá, não existe divórcio, nem separação, já que é uma relação perpétua a qual não desaparece, não submerge.

Os casos de filhos cujos pais são separados e que eles não têm contato com o pai, já não representam novidade no seio das famílias modernas. Por isso, faz-se necessário um estudo acerca do assunto, já que o mais preocupante são as sequelas oriundas do afastamento e os prejuízos de ordem moral.

O dever de assistência aos filhos não está restrito apenas a alimentos e aos bens materiais, mas também à prestação da assistência imaterial como suporte psicopedagógico e moral, essenciais na formação do ser humano.

As normas contidas no ordenamento jurídico de cunho constitucional e infraconstitucional instituem dever-obrigação dos pais com relação aos filhos, determinando, entre outros direito à convivência familiar com vistas ao desenvolvimento adequado e satisfatório, tanto da criança como do adolescente, independentemente da situação conjugal dos pais.

Diante do quadro apresentado, ocupa-se o presente estudo da possibilidade de responsabilização civil do genitor pela injustificada falta do cumprimento dos preceitos legais, presentes na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, que salvaguardam o melhor interesse da criança e do adolescente, quando o genitor lhes retira o direito à convivência familiar, educação e à orientação, enfim de referências para a formação da sua personalidade de modo pleno e saudável.

1.1 DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR: BREVES APONTAMENTOS

Como é cediço, a constituição da família sofreu variações ao longo da história. No remoto direito romano, a expressão pátrio poder, de caráter patrimonialista e hierárquico, dava ao chefe da família direito absoluto e ilimitado. Para Grisard Filho(2005), “o *poder potestas* ou *pátrio poder* correspondia a um poder discricionário, em que o pai exercia em relação aos filhos, como por exemplo, o direito de matá-los, vendê-los e/ou expô-los”.

É mister notar que o poder não era extensivo à mãe ou qualquer outro indivíduo da família, apenas o pai o detinha sobre todas as coisas e componentes do grupo.

O artigo 233 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, assegurava também ao pai o pátrio poder. Dispunha o mencionado dispositivo legal, *in verbis*:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.
 Compete-lhe:
 I. A representação legal da família.
 II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I, e 311).
 III. Direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, nº IV).
 IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231 nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III).
 V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.
 (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

Neste ponto, como se pode observar, o diploma legal trazia uma marca predominante de hierarquia patriarcal, conferindo à mulher uma posição inferior ao homem e análoga a sua categoria no remoto direito romano. Para a mãe, o pátrio poder apenas era exercido de forma excepcional, como preconizava o artigo 380 da

lei em comento, in verbis: “Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher”.

No mesmo entendimento assevera Diniz (2009 apud DIAS, 2010, p.412):

O Código Civil de 1916 assegurava o pátrio poder exclusivamente ao marido como cabeça do casal, chefe da sociedade conjugal. Na falta ou impedimento do pai é que a chefia da sociedade conjugal passava à mulher e, com isso, assumia ela o exercício do poder familiar com relação aos filhos. Tão perversa era a discriminação que, vindo a viúva a casar novamente, perdia o pátrio poder com relação aos filhos, independentemente da idade deles. Só quando enviuvava novamente é que recuperava a pátrio poder (BRASIL, CC/1916, p. 393).

Mesmo de maneira morosa, as desigualdades e hierarquização dos membros da família foram, de forma gradativa, sendo modificadas e substituídas, dando lugar a uma forma igualitária, privilegiando a figura materna na relação de deveres e direitos do casal.

A Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, que dispõe sobre instituto de proteção à mulher casada, representou um marco na mudança do entendimento a respeito do que se compreende por pátrio poder. Verificou-se que a prerrogativa da autoridade não deveria ser exclusiva do pai, mas que a mãe exercia papel fundamental num objetivo maior: a proteção dos filhos. Assim, o artigo 380 do diploma civilista de então passou a apresentar a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.
Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência (BRASIL, 1962).

Posteriormente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, I, passa a outorgar tratamento isonômico ao homem e à mulher, e, ao mesmo tempo em que reconhece a família como a base da sociedade, promove, em seu artigo 226, §5, um importante avanço para consolidar os direitos e deveres oriundos da sociedade conjugal, ao dividir, de forma igualitária, as responsabilidades do homem e da mulher com relação aos filhos, abolindo a supremacia masculina e modificando o paradigma da família patriarcal, senão veja-se:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (BRASIL, 1988).

Deve-se ressaltar que a igualdade de todos está igualmente prevista no artigo. do diploma constitucional supracitado, de amplitude maior, portanto mais abrangente.

Com a finalidade de oferecer uma proteção especial e integral por parte do Estado, em 13 de junho de 1990, após dois anos de vigência da Constituição Federal, foi promulgada a Lei nº 8.069/90, que segue o prelecionado no artigo 226, § 5º, da Constituição Federal, preconizando o seguinte texto legal, em seu artigo 21, *in verbis*:

Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.(BRASIL, 1988)

É importante salientar que a expressão “pátrio poder” foi substituída por “poder familiar” pela , demonstrando a ruptura com a ideia patriarcal de exercício desse “poder-dever”.

Por fim, o Código Civil em vigor em seus arts. 1.630 a 1.633, destinados ao poder familiar, imputa aos pais, independente da condição de conjugalidade,ou seja, durante o casamento ou união estável, tanto assim após o divórcio e a dissolução da união estável, o exercício do poder familiar de forma isonômica.Vale trazer à colocação os dispositivos retroapontados.

Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Art. 1.632. 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.

Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor (BRASIL, 2002).

A esse respeito Vieira (2009, p. 142) fez a seguinte observação:

O poder de família é conferido a ambos os genitores, como preleciona o art. 1.631, sendo que, no caso de separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, não sofrerá qualquer alteração, a não ser ao direito de manter os filhos em sua companhia, uma vez que os mesmos passarão a residir com apenas um deles.

Desse modo, podemos perceber que as transformações no ordenamento pátrio relacionadas ao direito de família, principalmente na mutação do pátrio poder para o poder familiar, deram aos filhos uma posição de destaque na esfera familiar, reconhecendo-os como sujeitos de direito e impondo aos pais o cumprimento dos deveres decorrentes da relação paterno ou meterno-filial.

1.2 O DIREITO-DEVER DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR SOB O PRISMA DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Contemporaneamente, nos institutos que atinem ao Direito de Família, o vínculo afetivo passa a ser base de sustentação dos laços familiares que dão sentido à dignidade humana, em que não há mais necessariamente a obrigação de existência da conexão biológica, mas sim a presença do convívio entre pais e filhos, gerando uma atmosfera positiva do ponto de vista psicológico.

Apesar de não estar expressamente inserido no texto constitucional, o princípio da afetividade está de forma implícita. Nesse sentido, Lôbo (2010, p.64), discorrendo sobre o princípio da afetividade, escreve:

O princípio da afetividade está implícito na Constituição. Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos:

a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).

Ademais acrescenta que:

O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art.1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre os cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família (LOBO, 2010, p.64).

É de suma importância para a construção do caráter e personalidade dos filhos a presença das figuras paternas e maternas nas suas vidas. Toda a educação e o rumo que tomarão na vida dependerão essencialmente da forma que essa relação será conduzida, logo percebe-se a grandeza dessa responsabilidade. Somente com acompanhamento e convívio é que se tem as condições necessárias para cumprir o papel de pais.

Assim, nesse contexto, cabe enfatizar o pensamento de Canezin (2006, p. 752) para quem: “O vínculo que une um filho a qualquer dos pais é um laço que jamais poderá ser desfeito, nem mesmo a morte é capaz de quebrar o elo entre pais e filhos”.

Desse modo, com a separação dos pais, esse conceito não deve mudar na mente dos filhos, até mesmo para preservá-los dos efeitos negativos da situação, que em nada é confortável.

Nesta senda, cabe ao pai e a mãe manter-se ciente das necessidades dos seus filhos, desvinculando a idéia de que o término da relação conjugal significa a ruptura dessa relação, bem assim compreendendo que a base da família está pautada em laços de afetividade, respeito e solidariedade, mesmo após a ruptura do vínculo entre os pais.

Ratificando esta linha de entendimento, realçamos a contribuição de Poli (2007, p.21):

Para criar filhos felizes mesmo após o fim do casamento, é preciso que todos tenham consciência de que a separação se deu entre o pai e a mãe e não diz respeito às crianças. Se há acordo entre os pais com relação à educação e ao bem-estar dos filhos, as dificuldades são superadas em conjunto e as crianças são poupadas de muito sofrimento.

A expressão “convivência familiar” tem um caráter extensivo, por isso a necessidade de se compreender com exatidão o significado do termo “conviver” dentro desse contexto compulsando-se o dicionário Aurélio, da Língua Portuguesa, que traz o significado denotativo dos verbetes em questão, verifica-se que: “convivência” é o ato ou efeito de conviver, convívio, companhia; trato constante, diário; já “conviver” é “viver em comum com outrem em intimidade, em familiaridade; viver em comum”. (FERREIRA, 2005, p. 266)

Por seu turno, no que diz respeito à convivência familiar, Lobo (2010, p.68), assevera que:

É a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum.[...]. É o ninho no qual as pessoas se sentem reciprocamente e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.

O ordenamento pátrio em diversos dispositivos garante a manutenção da relação paterno e materno filial, impondo ao pai e a mãe o dever-obrigação da convivência familiar, assegurando desse modo, o pleno desenvolvimento dos filhos.

A atual Constituição Federal reservou espaço especial para a família e registra explicitamente em seu artigo 227, os deveres decorrentes dessa instituição, bem assim elenca os direitos das crianças e adolescentes, *in verbis*:

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

Importante observar que a Constituição Federal traduz como dever da família o direito à convivência familiar, estando este sob a égide do princípio da dignidade da pessoa e da proteção integral, amparando e resguardando a criança e o adolescente de toda e qualquer forma de negligência.

Infraconstitucionalmente, seguindo os passos do diploma constitucional, o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) reza o seguinte:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990).

Nota-se que a criança e o adolescente são totalmente protegidos, quando o legislador, por intermédio da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, garante uma estrutura de princípios e prerrogativas, priorizando e valorizando a efetivação dos direitos referentes à vida, à dignidade, à saúde, à educação, ao lazer, à convivência familiar e à integridade física e moral.

Seguindo o mesmo norte e protetividade, a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu Código Civil brasileiro, consagrou em seus artigos 1632 e 1634

garantias de relações perenes entre pais e filhos, independente da situação conjugal em que se encontram os genitores.

Seguem os citados dispositivos legais:

Art. 1.632. 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.

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda (BRASIL, 2002).

Como bem ressalta Lôbo (2010, p. 23):

A convivência familiar é direito-dever de contato e convívio de cada pessoa com o seu grupo familiar. É direito porque pode ser exercido contra quem o obsta, seja o estado, o grupo familiar, o grupo social ou até mesmo outro membro da família. É dever porque cada integrante do grupo familiar, ou cônjuge, ou companheiro, ou filho, ou parente está legalmente obrigado a cumpri-lo, além da família como todo, ou, ainda a sociedade e o Estado. É dever de prestação de fazer ou de obrigação de fazer, configurando responsabilidade em sentido positivo.

Aduz Lira (2010, p. 530) “Podemos concluir com finalidade que o direito de convivência é direito do filho, prioritariamente, e só pode ser mitigado ou limitado, se houver motivos que de forma razoável e/ou proporcional possam permitir tal limitação”.

Depreende-se, portanto, que o direito-dever à convivência familiar está enraizado em diversas fontes do ordenamento pátrio, como direito humano fundamental, impondo o cumprimento e a efetivação não apenas aos genitores, mas também à família, como um todo, à sociedade e ao Estado.

2 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL: SUCINTA ABORDAGEM HISTÓRICA

Em um longínquo passado, as instituições humanas não eram ainda desenvolvidas; a reparação dos danos causados a outrem era resolvida pela costumeira prática da vingança. “Denominado *período de talião*, esta época caracterizou-se pela ocorrência do castigo contra a violência perpetrada com a devolução da mesma violência” (HIRONAKA, 2005, p, 45).

Conforme, Hironaka (2005, 46-47), o Código de Hammurabi, que apesar de prever medidas semelhantes à de Talião, introduziu a forma da *lei escrita* determinando quais seriam os casos de possíveis compensações, retirando o livre arbítrio de julgar das partes.

Posteriormente, na Índia surgiu o Código de Manu, que substituiu a forma violenta de compensação dos danos pelo pagamento de uma soma em dinheiro. Ainda, Hironaka (2005, p, 53) diz que, “só no século III a. C. que o Direito Romano através da *Lex Aquilia de damno* estabeleceu ao culpado de causar dano a outrem a obrigação de reparar o dano”.

A esse respeito, Diniz (2009, p. 11) destaca que a *Lex Aquilia de damno* introduziu um sistema de responsabilidade civil: “A *Lex Aquilia de damno* estabeleceu as bases de uma responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor”.

Seguindo o curso da evolução, a Teoria da Responsabilidade Civil, já diferenciada da responsabilidade penal, conforme assevera Diniz (2008), se firmou por obra do doutrinador francês Jean Domat, responsável pelo princípio geral da responsabilidade civil, introduzido no Código Napoleônico e influenciando quase todas as legislações que se fundaram na culpa.

Nesse sentido, acrescenta Hironaka (2005, p, 61):

Para Jean DOMAT, a culpa não era somente um critério ou uma causa, alinhada entre outros critérios ou causas da responsabilidade civil, mas apresentava-se também como uma verdadeira condição de sua existência. A partir daí, o racionalismo sistêmico de JEAN DOMAT pôde anunciar o princípio por meio do qual não há responsabilidade sem culpa.

Por sua vez, com a evolução da sociedade, verificou-se que a ideia da culpa não era suficiente para reparar a vítima, levando em consideração a subjetividade do indivíduo. Destarte, a teoria do risco foi ocupando espaço; passou de mero risco para direito de indenização, independentemente de culpa do agente causador. Nos dias atuais, o direito busca a conciliação da responsabilidade subjetiva com a objetiva juntamente com a teoria do risco, com vistas a que haja reparação total do dano, tanto quanto possível.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO GENITOR AUSENTE

Os filhos são o que se tem de maior valor. A vida dos pais se transforma quando esses pequenos pedem atenção, buscando abrigo e proteção sob seus cuidados. A tarefa é difícil, porém necessária, haja vista a inquestionável dependência dessas crianças frente a sua condição de pessoa especial em fase de desenvolvimento.

Como anteriormente afirmado: a separação dos pais não representa, nem significa a separação materno ou paterno-filial. Os pais separados continuam sendo pais e devem sempre manter uma postura baseada em laços de afetividade que conceda aos filhos uma estrutura de valores importante para o desenvolvimento satisfatório da sua personalidade.

A questão da responsabilidade civil por abandono afetivo ainda é tema bastante polêmico no meio doutrinário e jurídico. Por esse motivo, cabem alguns questionamentos: os direitos consagrados no ordenamento jurídico a crianças e adolescentes, relacionados às responsabilidades dos pais, estão restritos apenas a concessão de alimentos ou a bens materiais? A omissão, consubstanciada no descumprimento da obrigação de criação, do dever de companhia e guarda dos pais com relação aos filhos, enfim, o abandono afetivo, não configura descumprimento, desrespeito, ao princípio da dignidade da Pessoa, denominado *princípio máximo*, primordial, inseparável e irrenunciável?

É inquestionável o interesse do ordenamento jurídico brasileiro em resgatar a valorização do ser humano como objeto central, colocando-o como sujeito de pleno direito. É a ideia da personalização do Direito Civil, que coloca a pessoa no centro do ordenamento jurídico brasileiro.

Antes de se adentrar na questão relacionada à responsabilização do genitor ausente, faz-se indispensável o entendimento de que a responsabilidade funda-se na máxima romana *neminem leadare*, ou seja, não ofender ou lesar ninguém. Daí o pensamento de o legislador, na construção dos artigos 186 e 927 do Código Civil brasileiro, com a imposição de pena, fixando a obrigação de reparar os prejuízos que o ato ilícito possa ter gerado, senão veja-se:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (BRASIL, 2002).

Nas palavras de Diniz (2009, p. 34):

Poder-se-á definir responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.

Como se pode observar, o artigo 186 do atual Código Civil brasileiro evidencia os elementos pressupostos e caracterizadores da responsabilidade civil, com a presença dos seguintes requisitos: a ação (ato comissivo) ou omissão do agente, a culpa ou o dolo, o dano e o nexo de causalidade.

Segundo Cardoso (2008), na teoria da responsabilidade civil a culpa e o dolo são elementos que caracterizam o ato ilícito que se constitui na infração e sujeita o agente à reparação. O dano é o prejuízo decorrente da consequência do ato comissivo ou omissivo causado pelo infrator e a principal razão da busca da responsabilidade civil do autor. Por fim, o nexo de causalidade é a conexão entre o evento danoso e a ação que o produziu.

Contextualizando, o fato de o pai abandonar afetivamente seu filho não seria considerado uma conduta ilícita? Impende frisar que ao prelecionar “violar direito”, o artigo 187 do Código Civil impôs, via de consequência, como conduta ilícita a do pai em consequência do descumprimento da norma jurídica que impõe a obrigação/dever da convivência familiar e do próprio poder familiar, constituindo, além de um dano de cunho moral, a inobservância de princípios constitucionais norteadores do Direito de Família.

Interessante consignar, nesse ponto, as lições de Venosa (2008, p. 23), acerca do ato ilícito:

Por ato ilícito, entende-se aquele que promanam direta ou indiretamente da vontade e ocasionam efeitos jurídicos, mas contrários ao ordenamento. O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia ou sucessão de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgride um dever.

Ademais, os incisos I e II, art. 1.634 do Código Civil 2002 aduzem que aos pais compete no exercício do poder de família, dirigir-lhes a criação e a educação de tê-los em sua companhia e guarda, corroborando, portanto, com o entendimento de que o dever de assistência não deve ser restrito apenas a alimentos e aos bens materiais, mas também à prestação da assistência imaterial, como suporte psicopedagógico e moral, essenciais na formação de sua personalidade.

É o que sustenta Tartuce (2011, p. 233), ao dizer que:

A violação do direito alheio fica clara pelo estudo do art. 1.634 do atual código civil, comando legal que prevê os atributos do exercício do poder de família. Desses atributos de exercício, merecem destaque a direção da criação e o dever de companhia e guarda dos pais em relação aos filhos.

Reforçando o entendimento, segundo o autor, ainda é necessário lembrar que: “A ideia fica ainda mais cristalina pela redação do art. 229 da Constituição Federal 1988, que também faz menção a deveres dos pais pelos filhos, entre os quais de criação e o de educação” (TARTUCE, 2011, p. 233).

Vale consignar que o princípio da afetividade constitui uma obrigação jurídica e deve ser resguardado para a garantia da segurança jurídica. Acredita-se que a injustificada ausência do dever de assistência, à guarda, educação e convivência familiar poderão e deverão produzir efeitos no mundo jurídico sob o prisma de danos de ordem moral.

Como salienta a defensora do afeto, Dias (2010, p. 449):

Não se podendo mais ignorar essa realidade, passou-se a falar em paternidade responsável. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é direito, é dever. Não há direito de visitá-lo, há a obrigação de conviver com ele. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida.

Complementando o raciocínio, Dias (2010, p. 450) acrescenta:

A lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral. E quem causa dano é obrigado a indenizar. A indenização deve ser em valor suficiente para cobrir as despesas necessárias para que o filho possa amenizar as sequelas psicológicas.

Há de se considerar que um ser desamparado, com profundo sentimento de rejeição, sensação de abandono, terá uma grande probabilidade de apresentar problemas na formação da sua personalidade. Dessa feita o genitor não pode se afastar da responsabilidade sobre o presente e o futuro do seu filho.

“Comprovada que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera dano afetivo susceptível de indenização”. (DIAS, 2010, p. 450)

Importante salientar que o dano moral, agasalhados nos incisos V e X do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, é efeito não patrimonial decorrente da lesão do direito, praticada em face dos direitos de personalidade, considerados essenciais à pessoa.

Destarte, entende-se que, cada vez mais, a família contemporânea deve ter características eudemonistas, cabendo aos pais prover a felicidade dos seus filhos através do cumprimento do seu dever de convivência, acompanhando, criando e educando-os; já que são obrigações decorrentes do poder de familiar, da autoridade parental, sua falta enseja desrespeito a um direito alheio, caracterizando-se o abandono afetivo, passível de sanção na seara da responsabilidade civil.

Nesse sentido, na lição de Tartuce (2011, p.234): “não restam dúvidas de que tais atribuições são verdadeiros deveres jurídicos que, violados, geram o direito subjetivo a uma indenização pecuniária, muito além da simples perda do poder familiar”. Tal posicionamento corrobora, consoante visto, todo o posicionamento exposto ao longo deste estudo.

4 O ABANDONO AFETIVO NA VISÃO DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

O tema controverso do abandono afetivo chega aos tribunais. As ações propostas por filhos em face de pais por danos decorrentes do abandono afetivo estão causando as mais diversas opiniões no meio doutrinário e jurisprudencial.

A primeira decisão de que se tem notícia acerca do tema ocorreu no Estado do Rio Grande do Sul. A sentença foi proferida na 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa, pelo juiz de direito Mario Romano Maggioni, que condenou um pai a pagar 200 (duzentos) salários mínimos, na época algo em torno de R\$ 48.000,00 (quarenta

e oito) mil reais, a sua filha de nove anos por abandono afetivo. Para melhor contextualização, convém transcrever a ementa do julgado:

EMENTA - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. REVELIA. DEVER MORAL E LEGAL DO PAI DE PRESTAR AFETO, CARINHO E AMOR AO FILHO. O NÃO CUMPRIMENTO DE UMA DAS OBRIGAÇÕES INERENTES À PATERNIDADE OBRIGA O PAGAMENTO PELO REQUERIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA PROCEDENTE. (Apelação Cível n.141/1030012032-0 – Comarca de Capão da Canoa – Apelantes(s) A. B. F. – Apelado (A) (S): V. P. S. O Representado pela mãe P. D. S. Juiz Mario Romano Maggioni. Data do Julgamento: 01/04/2004. Data da Publicação: 10/04/2004.

Ao fundamentar sua decisão, o magistrado ponderou:

A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém nascido, ou em desenvolvimento, violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhes dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos.

Outra decisão, talvez a mais discutida no meio jurídico, foi a da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, que reformou a sentença de primeiro grau, condenando o pai a pagar ao filho uma indenização por danos morais, decorrentes do abandono afetivo, fixando o valor em duzentos salários mínimos.

Segue a ementa da referida sentença:

EMENTA – INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNOFILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (Apelação Cível Nº 408.550-5, Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Relator: Unias Silva, Julgado em 01/04/2004, TJMG).

Na fundamentação, sob a égide do princípio da afetividade e da dignidade humana, o relator configura o dano sofrido pelo autor, consequência da conduta ilícita praticada pelo réu, afirmando:

Assim, ao meu entendimento, encontra-se configurado nos autos o dano sofrido pelo autor, em relação à sua dignidade, a conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, a fim de, através da afetividade, formar laço paternal com seu filho, e o nexo causal entre ambos. (Apelação Cível Nº 408.550-5, Sétima Câmara Cível do

Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Relator: Unias Silva, Julgado em 01/04/2004, TJMG).

Inconformado com a decisão o réu recorreu por meio de Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça. Submetida à apreciação, a 4ª Turma do STJ, por maioria dos votos, proferiu acórdão relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves, em que deu provimento ao Recurso Especial nº 757411 – MG e revogou a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – 4ª Turma – RESP 757411 – Minas Gerais – Rel. Min. Fernando Gonçalves – 29/11/2005).

Em seu voto, segue o relator, Ministro Fernando Gonçalves:

No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral. (STJ – 4ª Turma – RESP 757411 – Minas Gerais – Rel. Min. Fernando Gonçalves – 29/11/2005).

Prossegue fundamentando:

Ainda outro questionamento deve ser enfrentado. O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso? (...)

Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil, conforme acima esclarecido.

Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.

Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização.

Diante do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral. (STJ – 4ª Turma – RESP 757411 – Minas Gerais – Rel. Min. Fernando Gonçalves – 29/11/2005).

Em que pesem os argumentos acima expostos, importante ressaltar que a distância entre o genitor e o filho já existia muito antes do processo litigioso, prova da inexistência da afetividade e de que o genitor sempre exerceu conduta ilícita pela omissão no exercício do poder familiar.

Da decisão do Superior Tribunal de Justiça, merece destaque o entendimento do voto vencido, Ministro Barros Monteiro, que, divergindo do voto do Ministro do Relator, fundamentou:

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou o réu a pagar 44 mil reais por entender configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como por reconhecer a conduta ilícita do genitor ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e afeto com o filho, deixando assim de preservar os laços da paternidade. Esses fatos são incontroversos. Penso que daí decorre uma conduta ilícita da parte do genitor que, ao lado do dever de assistência material, tem o dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e de dar-lhe o necessário afeto.

Como se sabe, na norma do art. 159 do Código Civil de 1916, está subentendido o prejuízo de cunho moral, que agora está explícito no Código novo. Leio o art. 186: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Creio que é essa a hipótese dos autos. Haveria, sim, uma excludente de responsabilidade se o réu, no caso o progenitor, demonstrasse a ocorrência de força maior, o que me parece não ter sequer sido cogitado no acórdão recorrido. De maneira que, no caso, ocorreram a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade. O dano resta evidenciado com o sofrimento, com a dor, com o abalo psíquico sofrido pelo autor durante todo esse tempo. Considero, pois, ser devida a indenização por dano moral no caso, sem cogitar de, eventualmente, ajustar ou não o quantum devido, porque me parece que esse aspecto não é objeto do recurso.

Penso também, que a destituição do poder familiar, que é uma sanção do Direito de Família, não interfere na indenização por dano moral, ou seja, a indenização é devida além dessa outra sanção prevista não só no Estatuto da Criança e do Adolescente, como também no Código Civil anterior e no atual. Por essas razões, rogando vênias mais uma vez, não conheço do recurso especial. (STJ – 4ª Turma – RESP 757411 – Minas Gerais – Rel. Min. Fernando Gonçalves – 29/11/2005).

Verifica-se por parte do Ministro Barros Monteiro uma análise objetiva do caso em tela, pois presente está a possibilidade de reparação, responsabilizando, por omissão, o pai ou mãe pelo descumprimento do dever familiar de convívio,

indispensável para a formação da personalidade do filho de modo pleno e saudável. A ocorrência do dano já está caracterizada pela sofrimento do autor, fruto do sentimento de rejeição, o qual revela o seu resultado através de abalos de ordem psicológica.

No que diz respeito à pena de perda do poder familiar, vale ressaltar que o pai já não o exercia e que esta punição seria apenas para aqueles que efetivamente o exercem. A pena, neste caso, foi ineficaz e favoreceu o pai, pois representou mais um benefício do que uma punição para o transgressor.

Posteriormente, foi proferida outra decisão, porém com entendimento diverso, em junho de 2004, pelo juiz de direito Luis Fernando Cirillo, processo nº 01.36747-0 da 31ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, no qual condenou um pai a pagar reparação no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil) reais, a título dano moral e custeio do tratamento psicológico da autora.

No caso em tela, réu e autora frequentavam a mesma colônia judaica. O pai, durante esses encontros, fingindo que não a conhecia, ignorava totalmente a filha, dando atenção apenas aos seus outros filhos, proveniente de um posterior relacionamento.

A conduta repetida do réu, durante anos, trouxe à autora um sentimento de abandono e humilhação, causando sérios danos psicológicos, dentre os quais o de identidade pela rejeição do pai, comprovados através de perícia médica.

A título ilustrativo, seguem alguns dos principais tópicos da r. sentença, nos quais o juiz Luis Fernando Cirillo fundamentou a sua decisão:

[...]. A paternidade provoca o surgimento de deveres. Examinando-se o Código Civil vigente à época dos fatos, verifica-se que a lei atribuía aos pais o dever de direção da criação e educação dos filhos, e de tê-los não somente sob sua guarda, mas também sob sua companhia (art.384, I e II). Há, portanto, fundamento estritamente normativo para que se conclua que a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia. Além disso, o abandono era previsto como causa de perda do pátrio poder (art. 395, II), sendo cediço que não se pode restringir a figura do abandono apenas à dimensão material. Regras no mesmo sentido estão presentes também no Código Civil vigente (arts. 1.634, I e II e 1.638, II).

É certo que o Código Civil em vigor explicita ser lícito o exercício exclusivo do agora denominado poder familiar por um dos pais, se não existir casamento (art. 1.631), a ponto de prever expressamente a perda do direito dos pais de ter filhos em sua companhia na hipótese de separação judicial (art. 1.632). Mas a perda do direito à companhia não é absoluta, uma vez que o art. 1.589 da mesma lei prevê direito de visita, companhia e de

fiscalização da manutenção e educação do filho em favor do pai ou da mãe que não detém a guarda.

Vê-se, portanto, que não há fundamento jurídico para se concluir, primeiro, que não haja dever do pai de estabelecer um mínimo de relacionamento afetivo com seu filho, e em segundo lugar que o simples fato da separação entre pai e mãe seja fundamento para que se dispense quem não fica com a guarda do filho de manter esse relacionamento.

A par da ofensa à integridade física (e psíquica) decorrente de um crescimento desprovido do afeto paterno, o abandono afetivo se apresenta também como ofensa à dignidade da pessoa humana, bem jurídico que a indenização do dano moral se destina a tutelar.

É evidente que a separação dos pais não permitirá a quem não detém a guarda o estabelecimento de convivência frequente, ou mesmo intensa. Por este motivo é que efetivamente não se mostra razoável, em princípio e em linhas gerais, considerar que todo pai ou mãe que se separa e deixa o filho com o outro genitor deva pagar ao filho indenização de dano moral. Mas nem por isso poderá ir ao outro extremo e negar a ocorrência de dano moral se o pai ou a mãe, tendo condições materiais e intelectuais, se abstém completamente de estabelecer relacionamento afetivo ou de convivência, ainda que mínimo, com seu filho, como se não houvesse um vínculo de parentesco, que no âmbito jurídico se expressa também como companhia, transcendendo assim a dimensão estritamente material.

A Perita judicial concluiu que a autora apresenta conflitos, dentre os quais o de identidade, deflagrados pela rejeição do pai (situação de abandono), uma vez que o réu não demonstra afeto pela autora nem interesse pelo seu estado emocional, focando sua relação com a requerente apenas na dimensão financeira, a ponto de considerar normal ter se esquecido da filha. A autora não teve possibilidade de conviver com uma figura paterna que se relacionasse com ela de forma completa, defrontada com a situação de ser formalmente filha do réu ao mesmo tempo em que tentava vivenciar uma relação pai/filha com o segundo marido de sua mãe. Seu referencial familiar se caracterizou por comportamentos incoerentes e ambíguos, disso resultando angústia, tristeza e carência afetiva, que atrapalharam seu desenvolvimento profissional e relacionamento social.

[...]

É certo que a melhor e verdadeira solução de problemas psicológicos é a proporcionada pelo psicólogo, e não pelo juiz. Mas nem por isso o juiz pode deixar de prestar a tutela jurisdicional que lhe é requerida. Não se pode negar, no caso dos autos, a condenação do réu ao pagamento de prestação pecuniária, sob pena de se negar também a possibilidade de reparação do dano moral decorrente da perda de um ente querido, ou do abalo à honra ou a imagem, pois também vai contra a dignidade humana colocar preço na vida de um ente querido, ou na própria honra ou imagem. (31ª Vara Cível Central de São Paulo. Autos nº 01.036747-0. Juiz Luis Fernando Cirillo. São Paulo, 05 de junho de 2004. Publicado em 26 de junho de 2004).

Finalmente, recente decisão acerca da responsabilização por abandono afetivo foi publicada no Diário da Justiça no dia 10 de maio de 2012. De forma inédita na Justiça brasileira, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, apreciando o Recurso Especial nº 1.159.242 de São Paulo, modificando posicionamento anterior, decidiu que um filho pode pedir indenização por dano moral em razão de abandono afetivo e condenou o pai, fixando o valor da indenização em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

No caso analisado pelo STJ, após o reconhecimento judicial de paternidade, a autora ingressou com ação em face do pai por ter sofrido abandono material e afetivo durante toda a infância e adolescência.

Na primeira instância, o pedido foi julgado improcedente. O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), porém, reformou a sentença e reconheceu o abandono afetivo, fixando a reparação por danos morais no valor de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil) reais.

O réu recorreu da decisão, alegando divergências com outras decisões do Tribunal, afirmando não ter abandonado a filha.

Ao analisar o caso o STJ conservou a condenação, porém reduziu o *quantum* devido a título de reparação.

Segue a ementa do acórdão do julgamento do Recurso especial:

EMENTA - CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242 - SP. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. 24 de abril de 2012)

Em seu voto, a Ministra Nancy Andrighi, relatora do processo, conheceu parcialmente do Recurso Especial. Para melhor compreensão do pensamento esposado, Seguem alguns fragmentos que fundamentaram a sua decisão:

Contudo não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família.

[...]

Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio psicológico da criança.

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e o adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.

Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: “[...] além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência”.

[...]

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242 - SP. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. 24 de abril de 2012).

Importante salientar que a função da reparação nesse tipo de ação, não é reatar a relação afetiva entre pai e filho, menos ainda de caracterizar uma ambição financeira, segundo o entendimento de alguns doutrinadores e magistrados, consubstancia-se responsabilizar o genitor faltoso pelo descumprimento de uma obrigação legal, criando uma sociedade consciente de que os direitos dos filhos são invioláveis.

Verifica-se, pois, a salutar mudança de posicionamento do STJ, que, por certo, auxiliará na modificação das decisões de 1º e 2º graus, norteando-as e permitindo a minimização dos abandonos, no mínimo, pela possível reparação que penderá sobre o faltoso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito brasileiro relacionado ao direito de família se transformou, desprende-se da função protetiva do indivíduo e da propriedade para alcançar o núcleo central da pessoa: sua dignidade.

A dignidade da pessoa está proclamada no artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil, como princípio fundamental do Estado democrático de Direito, protegendo os direitos da personalidade em face de violações que gerem prejuízos de caráter moral.

A par disso, o pátrio poder se modificou substancialmente sob o aspecto dos direitos dos pais sobre os filhos, dando lugar ao poder familiar, como forma de adequação a uma realidade sócio jurídica em que ambos os pais, em igualdade, exercerão não só o poder sobre os filhos, mas principalmente deveres e obrigações em prol da prole buscando assegurar os direitos fundamentais elencados no ordenamento jurídico brasileiro, estabelecidos como meta de se atingir o melhor interesse da criança.

A própria evolução do conceito de família foi um dos marcos para consagrar, mesmo que de forma implícita, o princípio jurídico da afetividade na Constituição brasileira. A base da família, que era essencialmente pautada em interesses patrimoniais e sanguíneos, transformou-se para efetivar um grupo social baseado no vínculo afetivo de pessoas com finalidade de vida em comum.

Nesse diapasão não se pode conceber que os deveres impostos aos pais estão limitados, restritos a critérios meramente materiais. Compreende, também, a subsistência psicológica e moral, prestando a assistência necessária para o pleno desenvolvimento e formação saudável dos filhos.

O ordenamento jurídico brasileiro, além de agasalhar o princípio da afetividade na ordem constitucional, encontra a sua evidência em normas infraconstitucionais, como também nos julgados dos tribunais brasileiros.

Apesar de ser bastante questionada a responsabilidade civil no Direito de Família proveniente do abandono afetivo, entende-se que não há razões que obste a sua aplicação em questões relacionadas a esse ramo do Direito Civil.

O dever de assistência imposto aos pais com relação aos filhos, entre os quais o da convivência familiar, guarda e educação, são atributos do próprio exercício do poder familiar, consagrados no ordenamento jurídico pátrio. Os filhos, como elementos de composição do instituto familiar, usufruem de tutela a este direito, com especial atenção aos direitos de personalidade; não cabendo imaginar qualquer conduta contrária, no sentido de desrespeitar um dever jurídico instituído em lei.

É mister salientar que o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, são direitos de personalidade, invioláveis, protegidos pela Constituição Federal. A conduta danosa ou lesiva a esses direitos assegura o direito de resposta e reparação pelo dano moral decorrente de sua violação.

Conclui-se que, no abandono efetivo, existe a presença de ilicitude pelo descumprimento de um dever atrelado a um direito alheio devidamente protegido pelo ordenamento, bem como o desrespeito a um dever jurídico estabelecido constitucionalmente, que salvaguarda o princípio fundamental da dignidade da pessoa. Por isso, entende-se, perfeitamente possível a responsabilização civil pelo abandono afetivo na seara do Direito de Família porquanto há existência de norma jurídica que a alicerça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 jul. 1990.

_____. *Novo Código Civil*. Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002. Aprova o novo código civil brasileiro. Brasília, DF, 2002.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº 757411/MG. Quarta Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. 29 de novembro de 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242 - SP. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. 24 de abril de 2012.

_____. *Tribunal de Justiça de São Paulo*. Processo número 01.36747-0, da 31ª. Vara Cível Central de São Paulo, juiz Luís Fernando Cirillo, sentença publicada

em 26/06/2004. Disponível em:<www.consulex.com.br/news.asp?id=4177>. Acesso em: 10 maio 2012.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da culpa no direito de família. In: TARTUCE, Flávio;CASTILHO, Ricardo (Coord.). *Direito civil*. direito patrimonial e existencial. São Paulo: Método,2006.

CARDOSO, Hélio Apoliano. *Resumo de responsabilidade civil*. São Paulo: JH Mizuno, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 23. ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2005.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LAGASTRA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. São Paulo: Atlas, 2011.

LIRA, Wladimir Paes de. Direito da criança e do adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de efetividade no Direito brasileiro. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 7, 2010, Porto Alegre. *Anais...* Porto Alegre: IBDFAM/Magister, 2010.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. In: PEREIRA, Rodrigo (Coord.). *Família e responsabilidade*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM. 2010.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MINAS GERAIS. *Poder Judiciário*. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 408.550-5. 7ª Câmara Cível. Rel. Juiz Unias Silva. Minas Gerais, 1 de abril de 2004

POLI, Cris. *Pais separados, filhos preparados*. São Paulo: Gente, 2007.

RIO GRANDE DO SUL. *Poder Judiciário*. 2ª Vara Cível da Comarca de Capão da Canoa. Processo nº 141/1030012032-0. Juiz Mário Romano Maggioni. Capão da Canoa, 15 de setembro de 2003.

TARTUCE, Flávio. Abandono afetivo (indenização) – comentários a julgado do tribunal de justiça de São Paulo. danos morais por abandono moral. In: LAGASTRA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. São Paulo: Atlas, 2011.

TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial: estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006.

VADEMECUM Saraiva. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1904 p. Contém 1 CD-ROM

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VIEIRA, Cláudia Stein. Reflexões quanto à guarda compartilhada. In: HIRONAKA, Giselda; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José (Coord.) *Direito de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

VIEIRA, Cláudia Stein. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2ª Vara. Ação Indenizatória nº 141/1030012032-0. Capão da Canoa. Autora: D.J.A. Réu: D.V. A. Juiz Mário Romano Maggioni. 15 set. 2003. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 6, n. 25, p.149, ago/set. 2004.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO E A PERDA DE UMA CHANCE: POSSIBILIDADES, NORMAS APLICÁVEIS E CONSEQUÊNCIAS NO BRASIL E NA ARGENTINA*

THE LIABILITY OF ATTORNEY AND THE LOSS OF A CHANCE: POSSIBILITIES: STANDARDS AND CONSEQUENCES IN BRAZIL AND ARGENTINA

WALTER DE AGRA JÚNIOR**

RESUMO

A atividade advocatícia enseja, em regra, uma obrigação de meio e não de resultado, devendo a responsabilização dos advogados por atos lesivos ser apurada, de forma subjetiva, tomando como base o art. 32 da Lei 8.904 e, subsidiariamente, aplicado o Código Civil. Assim, o advogado é responsável, em regra, pelo trabalho contratado e não pelo resultado. Todavia, a responsabilidade do advogado passa a ser o resultado quando se contrata uma finalidade específica, por exemplo, a feitura de um contrato ou o oferecimento de parecer. Para a configuração do dano necessário se faz atentar para existência denexo causal entre chance perdida e o efetivo dano. Na quantificação do dano devem ser consideradas as consequências da chance perdida como elemento motivador do dano. A quantificação do dano deve ser concreta e objetiva, não podendo basear-se apenas em critérios de futurologia, pelo que se exige elementos concretos para realização da chance perdida.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Advogado. Norma Aplicável. Perda de uma Chance. Quantificação.

ABSTRACT

The advocacy activity entails, as a rule, an obligation of means and not of results, and the accountability of lawyers for actions harmful to be determined, subjectively, based on art. 32 of Law 8,904, alternatively applied the Civil Code. Thus, the lawyer is responsible, as a rule, by hired labor, not the result. However, the responsibility of the attorney shall be the result when it hires a specific purpose, for example, the making of a contract or offer an opinion. For configuration of the damage is necessary to pay attention to the existence of a causal link between lost opportunity and the effective damage. The quantification of the damage should be considered the consequences of the lost chance as motivator damage. The quantum of damage should be concrete and objective, can not be based solely on criteria of futurology, so if you require specific elements to perform the lost chance.

KEY-WORDS: Civil Liability. Lawyer. Applicable Standart. Loss of a Chance. Quantification.

* **Recebido em 10 de junho de 2014, aprovado em 20 de junho de 2014.**

** Doutorando em Direito na UBA. Mestre pela UNICAP. Professor da Universidade Federal da Paraíba – UFPB; Professor da FESP; Presidente da Comissão Nacional de Exame de Ordem da OAB Nacional; Especialista em Direito Processual Civil; Ex-Promotor de Justiça no Estado de Pernambuco; Ex-Procurador Geral do Município de João Pessoa – PB; Advogado Militante.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No Brasil a atividade dos advogados é garantida, por preceito constitucional, como indispensável para o efetivo funcionamento da justiça *ex vi* do art. 133 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Embora seja imprescindível este mister, nem de longe podemos conceber que por ser essa função indispensável, as pessoas que a exercem possam ficar livres de responsabilização civil quando, no exercício de sua profissão, praticarem atos que lesionem seus clientes ou terceiros.

Dentro deste prisma se faz pertinente investigar qual o tipo de obrigação na relação exercida entre parte e o advogado, bem como se a relação jurídica é contratual ou extracontratual.

Para proceder a esta análise, pois o tema ainda é palpitante no Brasil, tomaremos como norte idêntica situação na Argentina, verificando a solução dada por aquela legislação para solucionar esta situação.

Em sendo definido o tipo de obrigação e de responsabilidade civil para estas situações, o passo seguinte será especificar qual a norma que deve regulamentar ou balizar estes atos, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil ou as normas estatutárias.

Por fim, tem-se também como escopo a definição de parâmetros para quantificação do dano, mormente quando o prejuízo for a perda de um ato processual tomando por base a aplicação ou não da teoria da perda de uma chance.

É na busca de soluções para estes questionamentos que pretendemos desenvolver esse trabalho e, para tanto, começaremos pela natureza da relação contratual entre o advogado e a parte.

2 DO TIPO DE OBRIGAÇÃO E DA RELAÇÃO DE RESPONSABILIDADE ENTRE O ADVOGADO E O CLIENTE NO BRASIL E NA ARGENTINA

Todo direito, seja qual for a sua natureza, pessoal ou real, encerra sempre uma ideia de obrigação, como antítese natural. Neste sentido Washington de Barros

Monteiro¹⁹ pontificou clássica definição ainda bem viva no direito brasileiro ao assim vincular direito e obrigação, *in verbis*:

Direito e obrigação constituem, realmente, os dois lados da mesma medalha, o direito e o avesso do mesmo tecido. Sob esse aspecto, numa imagem feliz, houve quem afirmasse que as obrigações são como as sombras que os direitos projetam sobre a vasta superfície do mundo. Podemos deixar assentado, efetivamente, que não existe direito sem a respectiva obrigação, nem obrigação sem o respectivo direito.

A partir da conceituação trazida por Washington de Barros necessário se faz perquirir, inicialmente, se a obrigação do advogado – *quando do exercício dos atos atinentes a sua profissão* – são de resultado ou de meio. Para tanto, torna-se conveniente fazer uma diferenciação entre obrigação de meio e obrigação de resultado para melhor enquadrar os atos dos advogados. Com este escopo traz-se o escólio elucidativo de Maria Helena Diniz²⁰ que assim pontifica:

A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga tão-somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Inere-se daí que sua pretensão não consiste num resultado certo e determinado a ser conseguido pelo obrigado, mas tão-somente numa atividade prudente e diligente deste em benefício do credor. Seu conteúdo é a própria atividade do devedor, ou seja, os meios tendentes a produzir o escopo almejado, de maneira que a inexecução da obrigação se caracteriza pela omissão do devedor em tomar certas precauções, sem se cogitar do resultado final.

A obrigação de resultado é aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que se terá o inadimplemento da relação obrigacional. Tem em vista o resultado em si mesmo, de tal sorte que a obrigação só se considerará adimplida com a efetiva produção do resultado colimado. Ter-se-á execução dessa relação obrigacional quando o devedor cumprir o objeto final.

Conceituada a obrigação de meio e de resultado tem-se que, em regra, as obrigações decorrentes da atividade advocatícia são obrigações de meio, ante a impossibilidade de o advogado garantir, por exemplo, o êxito na causa, posto que o resultado positivo para o cliente não dependerá apenas e exclusivamente do esforço e do trabalho do advogado, mas sobretudo, do direito da parte e dos atos processuais praticados por cada uma das partes dentro do processo.

¹⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Direito das Obrigações. 2. ed., Vol I. São Paulo: Saraiva. 1962, p. 03.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Responsabilidade Civil. 7. ed., Vol VII. São Paulo: Saraiva. 1993, p. 191-192.

A obrigação do advogado contratado é desempenhar a sua função em um processo judicial praticando todos os atos necessários para a defesa ou proteção do direito da parte que representa, devendo agir com prudência, conhecimento de causa, cuidado e consciência para melhor desempenhar o *múnus* que lhe foi atribuído pelo constituinte. Nestes casos, indubitavelmente, a obrigação é de meio.

No tocante a conceituação de obrigação de resultado e de meios, merece destaque o que restou assentado pela Dra. Dra. María Deña Pereiro de Grigaravicius²¹ quando consignou:

En las OBLIGACIONES DE RESULTADO el deudor asume el compromiso de conseguir un objetivo o efecto determinado.

En las de MEDIOS , el deudor no asegura la consecución del resultado esperado por el acreedor, sino sólo se obliga a poner de su parte el empleo de los medios conducentes a ellos.

En la compleja actividad médica se ha entendido que el médico no libera su responsabilidad frente a un MAL RESULTADO , demostrando que se dedicó simplemente a la atención del paciente . Tiene que aportar elementos que prueben haber puesto los medios adecuados y que convezan al juez de que el fracaso se produjo a pesar de todos ellos , por un álea incontrolable.

Na Argentina, igualmente, o advogado tem que envolver todos os seus conhecimentos no sentido de obter êxito na causa nos termos do art. 902 do Código Civil Argentino tem sido considerada a atividade advocatícia como uma atividade de meio, com faz prova jurisprudência assim assentada:

[...]La obligación del abogado en la defensa de su cliente es de medios y no de resultado, pues el profesional no asegura a su patrocinado el éxito del proceso, sino emplear por su parte los recursos conducentes a ese triunfo [...] (CNCiv. Sala L, 15/6/95, Aguerro, María Inés c. Blanco Gerardo LL 1996-A-15 y DJ 1996-1-775).

Com efeito, não se pode deixar de considerar que, excepcionalmente, a atividade do advogado pode ser constituída em uma obrigação de resultado. Tais casos podem ocorrer, por exemplo, quando o advogado é contratado para analisar ou formatar um determinado contrato. Nestes casos o advogado não é responsável

²¹ PEREIRO DE GRIGARAVICIUS, María Deña. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO EN EL DERECHO ARGENTINO. Trabalho publicado em “*La responsabilité – Aspects nouveaux*” Association Henri Capitant LGDJ. Paris 2003. LA LEY – T. 1999 – E – p. 1085. Buenos Aires – Argentina e republicado em RESPONSABILIDAD CIVIL – DOCTRINAS ESENCIALES – TOMO V, p. 451 – Año 2008 – LA LEY.

pelo sucesso do negócio jurídico nele contido, embora seja responsável pela feitura do contrato dentro das normas jurídicas balizadoras do assunto telado.

No caso do exemplo acima, a responsabilidade do advogado é de resultado – *pois se comprometeu a fazer um contrato dentro dos regramentos legais disciplinadores do assunto* -, ou seja, a sua obrigação é elaborar e fornecer um contrato (de compra e venda, por exemplo) dentro dos preceitos legais. Se não o fizer dentro das previsões legais, deixando de garantir situação certa e previsível, o resultado contratado não foi atingido ensejando a responsabilização do advogado pelo resultado não atingido.

Em síntese, embora em regra a responsabilidade do advogado por seus atos no exercício da profissão seja de meio, dependendo do objeto do contrato essa obrigação pode também ser de resultado, pelo que antes da definição do tipo de responsabilidade deve ser analisado o objeto do negócio jurídico a ser disciplinado no contrato.

Dentro deste contexto, o direito do advogado representar o seu constituinte não surge divorciado de obrigações de lado a lado. Ao se estabelecer esta relação de representação processual dá-se início, também, a uma relação contratual, seja ele formal ou informal.

Quando a contratação se dá por intermédio de um contrato formal, devem restar bem claras as incumbências e obrigações de parte a parte tomando por base a função social do contrato e a boa fé objetiva, como forma de conciliar os interesses colidentes dos contratantes como bem consignou Clóvis Beviláqua²².

No mesmo norte temos a conceituação de contrato por Pablo Stolze Gagliano que assim pontifica:

Portanto, à vista do exposto, poderíamos, sem prejuízo da definição supra apresentada, e já sob uma perspectiva mais estrutural, reconceituarmos o contrato, genericamente, como sendo **um negócio jurídico bilateral, por meio do qual as partes, visando a atingir determinados interesses patrimoniais, convergem as suas vontades, criando um dever jurídico principal (de dar, fazer ou não fazer), e, bem assim, deveres jurídicos anexos, decorrentes da boa-fé objetiva e do superior princípio da função social.**

No que pertine a observância da função social do contrato firmado com um advogado, esta exigência existe não apenas por força de norma infraconstitucional,

²² BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. Campinas: RED Livros, 2000, p. 211.

mas, sobretudo, em decorrência do comando constitucional contido no art. 133 da Carta Magna brasileira que estabelece que o advogado é indispensável à administração da justiça. Logo, como indispensável para o exercício de uma função estatal pública, necessário se faz reconhecer que o desempenho desta função encontra-se indissociavelmente ligada a uma função social, posto que compete ao Estado – **e apenas a este** – prestar a tutela jurisdicional, para a qual o advogado apresenta-se como peça basilar para provocá-la.

Já quanto a necessidade de boa-fé objetiva, este requisito também se apresenta ínsito a atividade advocatícia, posto que não há que se falar em atuação advocatícia sem a prática a boa-fé contratual e processual como, posteriormente, abordaremos ao discorrer sobre os deveres dos advogados.

Assim, havendo contrato formal entre o advogado e o cliente, mister se faz concluir que a responsabilidade quanto a este fato estará regulada pela culpa contratual.

Todavia, muitos são os casos em que os advogados não firmam um contrato específico de prestação de serviços com o constituinte, mas, mesmo assim, lhe prestam serviço com a expressa e mútua anuência entre as partes, como por exemplo, quando a parte outorga um instrumento procuratório para o advogado que o utiliza para a prática de um ato judicial em favor de quem a outorgou.

Nestes casos não se tem um contrato formal e prévio a prestação do serviço, mas não se pode duvidar que restou materializada uma relação – **um negócio jurídico** – entre advogado e cliente.

Para se chegar a esta conclusão basta verificar se os quatro elementos constitutivos de um contrato estariam presentes, quais sejam: a) manifestação de vontade; b) agente; c) objeto e d) forma.

A manifestação de vontade e os agentes apresentam-se bastante clara quando o cliente outorga um mandato para o advogado e quando este o utiliza para representar o outorgante. O objeto é a representação judicial ou extrajudicial, especificada nos poderes declinados no referido instrumento que é a forma de aperfeiçoamento do negócio jurídico.

No direito argentino, de igual forma, as partes estarão obrigadas, em regra, conforme expressam o consentimento, como bem se pode verificar no magistério de Ricardo Luis Lorenzetti²³ que assim registrou, *in verbis*:

En el Capítulo II, al tratar la causa de la obligación contractual, hemos concluído em que la regla general es que las partes quedan obligadas conforme al consentimiento, es decir, si demuestran la intención de obligarse sobre la base de términos suficientemente específicos. Hemos admitido (Cap. III) que el modelo del contrato negociado entre iguales presenta excepciones, con diferentes grados de apartamiento, y que dan lugar a otros factores de atribución contractual.

Como posto, há o expresse consentimento livre entre as partes com a outorga e a utilização do instrumento procuratório constituído pelo mandato. Esta liberdade fica ainda mais evidente quando se constata que, a qualquer tempo, pode as partes contratantes – **advogado ou cliente** – revogar o contrato.

Para tanto basta atentar para o contido no art. 692²⁴ do Código Civil que remete o tema aos arts. 44 e 45²⁵ do Código de Processo Civil, onde resta consignado a possibilidade da parte revogar o mandato outorgado ao advogado, bem como que este possa renunciar, a qualquer tempo, o mandato que lhe foi outorgado, sendo necessário, no último caso, a ciência prévia da parte contrária e a continuidade da prestação dos serviços por mais 10 dias seguidos a comunicação, caso não haja a substituição do causídico pela parte em lapso temporal menor.

Na Argentina a regra é que a oferta pode ser revogada livremente e a qualquer momento, posto que ninguém pode obrigado a se manter vinculado a outro indefinidamente, mormente quando o móvel dessa vinculação é a confiança. A limitação para tal revogação é a aceitação pela parte que, no caso dos atos praticados por advogados se consumem ato a ato, pelo que deve ser aplicado o disposto no art. 1150²⁶ do Código Civil Argentino, desde que não tenha havido a

²³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Parte General. Santa Fe:Rubinzal-Culzoni Editores.2. Edición. 2010, p. 255/256.

²⁴ “Art. 692.- O mandato judicial fica subordinado às normas que lhe dizem respeito, constantes na legislação processual, e, supletivamente, às estabelecidas neste Código.”

²⁵ Art. 44.- A parte, que revogar o mandato outorgado ao seu advogado, no mesmo ato constituirá outro que assuma o patrocínio da causa.

Art. 45.- O advogado poderá, a qualquer tempo, renunciar ao mandato, provando que cientificou o mandante a fim de que este nomeie substituto. Durante os 10 (dez) dias seguintes, o advogado continuará a representar o mandante, desde que necessário para lhe evitar prejuízo.

²⁶ *Artículo 1150.- Las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas, a no ser que el que las hubiere hecho, hubiese renunciado a la facultad de retirarlas, o se hubiese obligado al hacerlas, a permanecer en ellas hasta una época determinada.*

renúncia a faculdade de revogar, posto que nestes casos deixa-se de ter o exercício de uma liberdade, mas uma obrigação.

Portanto, em qualquer dos cenários – **seja a luz das normas do Brasil ou da Argentina** -, em regra, a relação entre advogado e constituinte é contratual podendo esta operar-se pela figura formal de instrumento contratual próprio ou através do aceite e uso do mandato.

Entrementes, não podemos perder de vista que os atos praticados pelos advogados praticados no exercício de sua profissão também podem ser considerados dentro da seara de responsabilidade extracontratual.

O Código Civil distinguiu perfeitamente estas duas hipóteses de responsabilidades. A responsabilidade contratual ficou bem delimitada ao conceituar os defeitos dos negócios jurídicos nos artigos 166 a 184 da referida norma. Por seu turno, a responsabilidade extracontratual ou aquiliana restou configurada ao conceituar o ato ilícito regulamentando-a em diversos momentos.

José de Aguiar Dias²⁷ Estabelece um perfeito paralelo entre responsabilidade contratual e extracontratual ao assim consignar:

Partindo-se do princípio geral de que a culpa se corporifica em ato ilícito e este é a violação de um dever preexistente, passa-se à verificação de que esse dever tanto pode ser de ordem legal, como um preceito moral determinado ou uma obrigação geral de não prejudicar ou, ainda, um dever contratual. As três espécies se agrupam no título 'culpa extracontratual', e embora, decerto, menos nítidas as linhas diferenciais entre elas, esses traços distintivos persistem. O jurista que se esmera no mérito não deixará de reconhecê-los. O certo é que a classificação geral é a de culpa extracontratual. A categoria paralela é a culpa contratual.

A culpa contratual, assim, se estabelece em terreno bem definido e limitado, e consiste, segundo **Savatier**, cuja lição nos parece correta, 'na inexecução previsível e inevitável, por uma parte ou seus sucessores, de obrigação nascida de contrato prejudicial à outra parte ou seus sucessores. Todavia, essa distinção não justifica a conclusão de **Savatieri**, no sentido de opor a culpa contratual, conceito uno, à culpa extracontratual, conceito vário. Já vimos, através de **amézaga**, que a unidade genérica não é perturbada pelas diferenças específicas. Mal não há que se precisem traços, com a ressalva formulada, porque é exata a asserção de **Savatier**: a responsabilidade contratual escapa às regras próprias dos contratos. Além disso: é certo que a responsabilidade contratual se funda na autonomia da vontade, ao passo que a responsabilidade extracontratual independe dela. Só os subjetivistas não o reconhecem: a responsabilidade contratual obedece às regras comuns dos contratos e, frequentemente, baseia-se em dever de resultado, o que acarreta a presunção de culpa'.

²⁷ DIAS, José de Aguiar. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 148-149.

Fazendo uma comparação conceitual e normativa com o direito argentino tem-se igual Ricardo Luis Lorenzetti²⁸ também faz uma perfeita diferenciação entre responsabilidade contratual e extracontratual, merecendo especial distinção quanto a antijuridicidade e a causalidade, tendo assim consignado:

Los principales elementos diferenciadores son los siguientes:

Antijuridicidad: En la responsabilidad aquiliana la antijuridicidad se configura por la contradicción con el deber genérico de no dañar a outro; en la contractual surge por la violación de una obligación pré-existente y de origen convencional. Ello conduce a establecer precisiones adicionales:

- *El contrato es la creación de la autonomía privada y, por lo tanto, hay un critério particular para administrar los riesgos, entre ellos el incumplimiento; en cambio, en la extracontractual solamente hay valoraciones colectivas.*
- *La responsabilidad contractual se diseñó pra garantizar la cooperación ajena buscada a través del contrato. Em cambio, em la aquiliana se pretende evitar la invasión ilícita de la esfera protegida, lo cual hace que tengan criterios diferentes.*
- *La responsabilidad contractual está enfocada em la protección del crédito respecto de las valoraciones que causa el obligado. En el ámbito aquiliano también se puede proteger el crédito, pero respecto de los ataques de terceros y no del deudor.*

Causalidad: En la responsabilidad aquiliana se responde en forma plena e integral, es decir por las consecuencias inmediatas y por las mediatas previsibles, mientras que en la responsabilidad contractual se respodne por las consecuencias 'inmediatas y necesarias' del incumplimiento (art. 520, Cód. Civ.), salvo se hubiera dolo o malicia (art. 521).

Estabelecidas estas diferenciações nestes dois ordenamentos jurídicos, tem-se que a responsabilidade extracontratual escapa às previsões contratuais seja por não ter sido firmado um contrato específico seja por terem sido transpostos os seus limites, sendo o agente causados do dano responsável pelos prejuízos imediatos ou previsíveis causados de seus atos ou omissões.

Na atividade advocatícia tem-se que o advogado terá sobre si a responsabilidade aquiliana, por exemplo, quando ele causar dano a terceiro praticando ato fora dos limites e poderes outorgados no mandato, exercendo-o com abuso de poderes. Essa situação figura-se mais clara ainda quando o advogado constituído não tem poderes especiais para transacionar ou ar quitação e, embora não tenha poderes para tanto, pratica tais atos.

²⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Parte General. Santa Fe:Rubinzal-Culzoni Editores.2. Edición. 2010, p. 605-606.

Nestes casos os direitos do mandatário em nada serão afetados – *eis que o advogado não tinha poderes para a prática de ato que a lei exige poderes específicos e especiais* -, todavia o terceiro prejudicado pelo advogado poderá cobrar os danos por ele sofridos frente aos atos desmedidos e indevidos praticados pelo advogado. Nesta situação, inegavelmente, tem-se responsabilidade extracontratual.

Por fim, embora a obrigação referente a prestação de serviços advocatícios seja uma obrigação de meio – sem comprometimento de se alcançar um resultado certo – e sendo a responsabilidade entre o cliente e o advogado uma responsabilidade contratual, necessário se faz atentar que, dependendo das situação ou do serviço contratado, tanto a obrigação do advogado pelo ser de resultado como a obrigação ser decorrente de responsabilização extracontratual.

3 DA LIBERDADE E INDEPENDÊNCIA DA ATIVIDADE ADVOCATÍCIA, DA APLICAÇÃO DO CDC, DO CÓDIGO CIVIL E DAS NORMAS ESTATUTÁRIAS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DO ADVOGADO

Estabelecidas as premissas básicas para diferir e especificar o tipo de obrigação e a formar de responsabilização dos advogados em decorrência dos atos por eles praticados no exercício de seu mister, necessário se faz estabelecer qual norma deve ser utilizada para aplicar essa responsabilização.

Antes de enfrentar a liberdade e independência do advogado, convém pontuar que a origem do advogado por intermédio do escólio de Carlos Sebastião Silva Nina²⁹ que assim consignou:

O termo advogado tem origem no latim *advocatio*, que significa assistência, consulta judiciária, reunião ou assembléia de defensores de um acusado. Por sua vez, as palavras *advocatio* e *advocatus* relacionam-se com o verbo *advocare*, “que pode significar chamar a si, convocar, convidar, chamar como conselheiro num processo, chamar em auxílio, tomar como defensor na época imperial de Roma, ou apelar para, recorrer a, invocar a assistência.” Na prática, contudo, a essência da advocacia e a vocação do advogado já estavam latentes na aurora da sociedade.

²⁹ NINA, Carlos Sebastião Silva. *A Ordem dos Advogados do Brasil e o Estado Brasileiro*. Brasília: OAB, Conselho Federal. 2001.p. 27.

A importância da advocacia também resta consignada no ordenamento jurídico argentino, como se constata com o magistério de Rodolfo Luis Vigo³⁰ sobre a advocacia, vejamos:

El derecho venció a la arbitrariedad y conquistó la seguridad, y a partir de esse momento sus regulados pudieron conocer SUS respectivas esferas de licitud, pero para obtener esa información recurrieron al jurisperito, al especialista o capacitado, el que además les polibilitara el reconocimiento por los jueces de SUS derechos.”

La tarea del legislador fue generando un cuerpo complejo de disposiciones a las que era necesario compatibilizarlas y sistematizarlas, informase detalladamente sobre las mismas, asesorar a los interesados y defenderlos ante los órganos encargados de aplicarlas, y así apareció definida no ya una circunstancial actividad al alcance de cualquiera, sino una verdadera profesión u oficio, esse nuevo arte-sano era el abogado, el que fue adquiriendo importancia y especialización a medida que crecía cuantitativa y cualitativamente el derecho positivo.

Assim como na Argentina, no Brasil a atividade advocatícia é também de superlativa importância, pelo que por força do mandamento constitucional contido no art. 133 da Carta Magna brasileira, além do advogado ser essencial à administração da justiça, o causídico no exercício de suas funções é inviolável por seus atos e manifestações. Esta garantia tem a finalidade específica de garantir ao advogado independência e liberdade no exercício de suas funções apresentando-se em pé de igualdade com a magistratura e o Ministério Público.

Esforço constitucional valioso sobre o tema é o ministrado pelo emérito constitucionalista Walber de Moura Agra (2002, P. 160) que, comentando o art. 133 da Constituição assim registrou:

Para o exercício profissional da advocacia sem óbices que possam enfraquecê-la, há a garantia constitucional de inviolabilidade do advogado pelos seus atos e manifestações na atuação da profissão. A intangibilidade par ao exercício das prerrogativas funcionais do advogado não deve ser vislumbrada de forma absoluta. Como seu escopo é garantir uma proteção especial para o desempenho profissional, os parâmetros legais definirão o seu alcance. Importante ressaltar que os abusos e as práticas atentatórias à dignidade da justiça devem ser severamente punidos.

Como visto as garantias dadas aos advogados nada mais constitui que uma forma de possibilitar que na defesa de seus constituintes, o advogado possa

³⁰ VIGO, Rodolfo Luis. *Ética del Abogado* – conducta procesal indebida. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 34

enfrentar todos os poderes da república, estando em pé de igualdade frente a juízes e representantes do Ministério Público.

Estas garantias estão consignadas nos arts. 6º e 7º da Lei 8.906/94 (Estatuto dos Advogados) e vão desde a inexistência de subordinação entre advogados, magistrados, promotores e procuradores, sendo garantida a sua liberdade, a inviolabilidade dos seus escritórios e seus registros e pastas, bem ainda o direito de ingressar livremente nas salas de audiências e salas de sessões de tribunais, manusear autos processuais e usar da palavra dentro outros tantos direitos.

Além das funções e atividades processuais, os advogados ainda exercem uma função pública ainda mais importante por serem os guardiões dos direitos da cidadania, zelando pelas instituições úteis a todos com a finalidade de defender um Estado democrático de direito privilegiando as necessidades mais básicas, como educação, saúde, liberdade e justiça.

Sintetizando a importância destas prerrogativas funcionais assim registrou Carlos Sebastião Silva Nina³¹, *verbo ad verbum*:

Os advogados detêm prerrogativas indispensáveis para a independência de sua atuação profissional. Não são elas privilégios para uma determinada profissão, mas garantias para aqueles cujo mister é representar, perante o Estado, os interesses, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, fundamentais para a prestação da justiça com a isenção que é esperada do aparelho estatal.

Demonstrada a necessidade de autonomia e independência do advogado para o exercício de sua função, convém enfrentar a questão atinente a qual ou quais normas podem ou devem ser aplicadas aos advogados quanto ao tema de responsabilização por atos decorrentes do exercício da profissão.

A especificação da norma de regência sobre a responsabilidade civil contratual pelos atos praticados pelos advogados não é uma tarefa fácil nem tampouco pacífica. Questiona-se é possível, inicialmente, a possibilidade de aplicação do disposto no Código Civil e o disposto no Código de Defesa do Consumidor.

No capítulo II do título responsabilidade civil, o Código Civil brasileiro especifica formas de quantificação dos danos e no art. 951 pontifica:

³¹ NINA, Carlos Sebastião Silva. *A Ordem dos Advogados do Brasil e o Estado Brasileiro*. Brasília: OAB, Conselho Federal. 2001.p.61.

Art. 951.- O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do **paciente**, agravando-lhe o mal, causando-lhe lesão, ou inabilitando-o para o trabalho.

Embora a análise primeira da norma suso transcrita possa nos indicar a sua aplicação para os atos praticados por advogados, o vocábulo “**paciente**” especificado na norma deixa bem claro que a *men legis* do legislador era restringir a aplicação apenas para profissionais da área médica, visto que apenas estes poderiam ter pacientes.

Atente-se que se o legislador quisesse estender a aplicação da referida norma para toda e qualquer pessoa não teria utilizado o termo paciente, mas cliente ou contratado. Por isso, não penso ser a melhor idéia defender a aplicação do referido dispositivo no caso de responsabilização civil de advogados, por não concordar com a interpretação extensiva de norma, mormente quando possui caráter apenador ou de criação de responsabilidade não especificada.

Ainda pretendendo especificar a responsabilidade dos profissionais liberais prestadores de serviço, o Código de Defesa do Consumidor no § 4º do art. 14 traz grande contribuição ao especificar o seguinte:

Art. 14.- O fornecedor de serviços, responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação de danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§4º.- A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Neste ponto, atente-se que a própria norma é precisa em dizer que no que se refere a responsabilização de profissionais liberais pelos serviços prestados a responsabilidade será subjetiva – embora a regra no CDC seja a responsabilidade objetiva, ou seja, mediante a demonstração de culpa em qualquer de suas modalidades. Ainda assim, precisa-se saber: É possível aplicar esta norma aos advogados? Com todas as vênias, entendo que não.

Não se pode perder de foco que a indigitada norma é de consumo e, para aplicá-la aos advogados, necessário se faz que a atividade advocatícia seja considerada consumerista. O § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor (CDC) especifica que fornecer é toda pessoa que desenvolvam atividade como a de

prestação de serviços e que o serviço é qualquer atividade fornecida ao mercado comum de consumo.

Mercado comum de consumo. Aqui está a elementar que faz com que o serviço advocatício uma relação de consumo. E o motivo é simples. Ao advogado são estabelecidas diversas vedações legais que impede a concorrência – algo inevitável no mercado comum de consumo – ou a promoção pessoal. São múltiplas as vedações legais que o retiram do mercado de consumo, como por exemplo, as especificadas nas normas abaixo transcritas:

Art. 34. Constitui infração disciplinar:

[...]

III - valer-se de agenciador de causas, mediante participação nos honorários a receber;

[...]

XII - recusar-se a prestar, sem justo motivo, assistência jurídica, quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública (Lei 8.906/94).

Art. 28. O advogado pode anunciar os seus serviços profissionais, individual ou coletivamente, com discrição e moderação, para finalidade exclusivamente informativa, vedada a divulgação em conjunto com outra atividade (Código de Ética dos Advogados).

Art. 31. O anúncio não deve conter fotografias, ilustrações, cores, figuras, desenhos, logotipos, marcas ou símbolos incompatíveis com a sobriedade da advocacia, sendo proibido o uso dos símbolos oficiais e dos que sejam utilizados pela Ordem dos Advogados do Brasil.

§1º São vedadas referências a valores dos serviços, tabelas, gratuidade ou forma de pagamento, termos ou expressões que possam iludir ou confundir o público, informações de serviços jurídicos suscetíveis de implicar, direta ou indiretamente, captação de causa ou clientes, bem como menção ao tamanho, qualidade e estrutura da sede profissional (Código de Ética dos Advogados).

Ora se ao advogado é vedada a publicidade de seus serviços com a finalidade de captar o cliente – *sendo apenas permitida a comunicação das áreas em que se atua* – e até mesmo a divulgação do preço para o serviço que está habilitado a prestar, sendo vedado também fazer ou divulgar qualquer tipo de promoção como forma de captar clientela. Tem-se também que o advogado pode ser forçado, por força de lei, a atuar quando não houver no local assistência judiciária gratuita, como poderia o causídico concorrer com o mercado de consumo, mormente quando os demais prestadores de serviços não são obrigados a trabalhar sem remuneração.

O porquê de o advogado ter que trabalhar de graça, ainda que em situações excepcionais, está vinculado a natureza de sua atividade, qual seja: a advocacia, antes de tudo, é um mister público.

Sobre a aplicação do CDC na prestação de serviço advocatício a doutrina tem, em grande parte, entendido pela não aplicação das normas contidas no Código consumerista, como tem expressado Rui Stoco³² em sua clássica obra Tratado de Responsabilidade Civil, *in verbis*:

Ora, se o princípio adotado pelo CDC é o da responsabilidade objetiva, ao estabelecer a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, afastou-os, como exceção, do seu âmbito de abrangência, reconhecendo que estes profissionais são regidos por estatuto próprio, como ocorre com os advogados, na consideração de que a lei que estabeleça disposições gerais (CDC) não revoga a lei especial, ou seja, a lei específica que regulamenta determinadas profissões liberais (LICC, art. 2º, § 2º).

Embora o posicionamento jurisprudencial brasileiro ainda não esteja bem sedimentado quanto a não aplicação do CDC aos serviços advocatícios, alguns julgados da corte infraconstitucional máxima do país merece especial referência:

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE HONORÁRIOS QUOTA LITIS. REMUNERAÇÃO AD EXITUM FIXADA EM 50% SOBRE O BENEFÍCIO ECONÔMICO. LESÃO.

1. A abertura da instância especial alegada não enseja ofensa a Circulares, Resoluções, Portarias, Súmulas ou dispositivos inseridos em Regimentos Internos, por não se enquadrarem no conceito de lei federal previsto no art. 105, III, "a", da Constituição Federal. Assim, não se pode apreciar recurso especial fundamentado na violação do Código de Ética e Disciplina da OAB.

2. O CDC não se aplica à regulação de contratos de serviços advocatícios. Precedentes.

3. Consubstancia lesão a desproporção existente entre as prestações de um contrato no momento da realização do negócio, havendo para uma das partes um aproveitamento indevido decorrente da situação de inferioridade da outra parte.

4. O instituto da lesão é passível de reconhecimento também em contratos aleatórios, na hipótese em que, ao se valorarem os riscos, estes forem inexpressivos para uma das partes, em contraposição àqueles suportados pela outra, havendo exploração da situação de inferioridade de um contratante.

5. Ocorre lesão na hipótese em que um advogado, valendo-se de situação de desespero da parte, firma contrato quota litis no qual fixa sua remuneração *ad exitum* em 50% do benefício econômico gerado pela causa.

6. Recurso especial conhecido e provido, revisando-se a cláusula contratual que fixou os honorários advocatícios para o fim de reduzi-los ao patamar de

³² STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 6. ed. 2004, p. 481.

30% da condenação obtida. (STJ. RESP 1155200/DF. Rel. Min. Massami Uyeda. 3ª Turma. DJe 02.03.2011)" **(grifei)**

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. **CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS**. FORO DE ELEIÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. EXCEÇÃO DE COMPETÊNCIA. EFEITO SUSPENSIVO. DECISÃO DEFINITIVA DO TRIBUNAL DE ORIGEM. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1 - **As relações contratuais entre clientes e advogados são regidas pelo Estatuto da OAB, aprovado pela Lei n. 8.906/94, a elas não se aplicando o Código de Defesa do Consumidor.** Precedentes. (REsp. 539077/MS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 26/04/2005, DJ 30/05/2005 p. 383; REsp 914105/GO, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 22/09/2008).

2 - O Superior Tribunal de Justiça entende que a exceção de competência suspende o curso do processo até a decisão definitiva na origem, subsistindo, somente, o efeito devolutivo ao recurso especial.

3 - Recurso Especial não conhecido. (STJ. RESP 1134889/PE. Rel. Honildo Amaral de Mello Castro. 4ª Turma. DJe 08.04.2010) **(grifei)**.

Como visto, começa a ser sedimentado o entendimento de que as normas consumeristas não se aplicam na relação entre o advogado e o seu cliente e que a norma que deve reger essa relação deve ser as normas estatutárias próprias.

A Lei Federal nº 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) estabelece no art. 32 a forma de responsabilização dos advogados pela prática de seus atos no desempenho de sua função ao assim dispor:

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

Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

Em razão do princípio da especialidade das normas, em havendo norma específica que regule a responsabilidade civil dos advogados, deve esta ser aplicada em prioridade a qualquer outra, cabendo as demais a aplicação apenas de forma subsidiária. É o que ocorre no caso da responsabilidade civil dos advogados.

Como posto o art. 32 da Lei 8.906/94 estabelece a culpa subjetiva para a apuração da responsabilidade civil dos advogados, de modo que a responsabilidade só se dá quando o causídico atuar com dolo ou com culpa. E, quando atuar em lide temerária, será juntamente com o constituinte solidariamente responsável pelos danos que vier a causar.

Neste trilhar, resta bem claro que o advogado pode e deve responder civilmente quanto pratica ato danoso, com dolo ou culpa, em desfavor de constituinte

ou de terceiros no exercício de sua profissão, tomando sempre como norte que a sua atividade, em regra, é de meios e não de resultado. Nestes casos a responsabilidade é subjetiva e deve ser apurada conforme as elementares de cada caso, devendo ser aplicadas as normativas contidas na lei 8.906/94 e, subsidiariamente, as preconizadas no Código Civil brasileiro.

4 DA FORMA DE APURAÇÃO DO DANO. PERDA DE UMA CHANCE

Após restar consignado que o advogado pode e deve responder pelos danos que vier a causar no exercício de sua profissão, necessário se faz atentar para a identificação da forma com que este dano vai ser apurado.

Diante da lacuna legal na norma específica para a apuração do *quantum* indenizatório convém atentar para o que dispõe o Código Civil brasileiro nos arts. 944 e 945 sobre a fixação da indenização:

Art. 944.- A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único.- Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Art. 945.- Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Dúvidas não restam que se o ato danoso tiver uma correlação direta, necessária e imprescindível para a ocorrência do dano, resta fácil a fixação do valor a ser reparado, qual seja: o efetivo valor do dano.

Mas, todavia, o ato culposo ou doloso do advogado para ser referente a apenas um ou alguns atos processuais que, isoladamente podem não ser necessário e suficiente para ocasionar o resultado danoso final, posto que, este pode ocorrer associado a um conjunto de fatores atrelados ao direito das partes.

Assim, se o advogado perde o prazo para ofertar uma defesa ou apresentar um recurso não que dizer que este ato, por si só, foi o responsável pelo dano arcado pela parte. Em muitas vezes, ante a ausência de direito, a parte com a melhor das defesas ou razões recursais ainda assim tem que suportar um revés ante a sua completa ausência de direito. Logo, a indenização nesses casos não pode ser fixada apenas tomando como parâmetro a extensão do dano.

Para regular tais situações o Professor Sérgio Novais Dias³³ defendeu o que denominou de perda de uma chance como forma de quantificar os danos causados por advogados no exercício de sua profissão, tendo assim consignado:

O presente trabalho se propõe, pois, a demonstrar que nos casos de perda de uma chance o advogado é responsável pelos danos sofridos pelo cliente desde que exista uma relação de causalidade adequada entre o ato ou a omissão do advogado e o dano, ou seja, que, em termos de probabilidade, num prognóstico feito a posteriori, os danos tenham decorrido, necessariamente, direta e imediatamente da falha cometida pelo advogado.

Por seu turno, alguns autores defendem ser indevida a aplicação da teoria da chance perdida para a fixação de valor indenizatório, sob o argumento de que quando se perde uma chance deixa-se de ter uma oportunidade e, se ela não existiu torna-se impossível quantificá-la. Como contraponto, Rui Stoco³⁴ assim pontifica sobre o assunto:

Ora, admitir a possibilidade de o cliente obter reparação por perda de uma chance é o mesmo que aceitar ou presumir de ver a ação julgada conduzirá, obrigatoriamente, a uma decisão a ele favorável. Será também admitir a existência de um dano não comprovado e que não se sabe se ocorreria. Ademais de se caracterizar de verdadeira futurologia empírica, mais grave ainda é admitir que alguém possa ser responsabilizado por um resultado que não ocorreu e, portanto, por um dano hipotético e, em última *ratio*, não verificado ou demonstrado e sem concreção.

Com todas as venhas ao entendimento em contrário acima exposto, mas com ele não posso concordar. A aplicação da teoria da perda de uma chance, ao meu ver, não serve para fazer um exercício de futurologia empírica ou reparação de dano hipotético. Ora, se dúvidas há sobre a ocorrência ou não de dano, melhor será não haver responsabilização, posto que é melhor a inexistência de uma reprimenda que uma reprimenda injusta e indevida.

Ratificando o entendimento que defendo mister se faz trazer o escólio de Glenda Gonçalves Gondim³⁵ que conceituando essa teoria de origem francesa assim registrou:

³³ DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado* – Perda de uma chance. São Paulo: LTr, 1999, p. 15.

³⁴ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2004, p. 490.

³⁵ GONDIM, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade Civil: Teoria da Perda de uma Chance*. Publicado no *Jus Plenum Ouro*. Número 14. Julho de 2010.

A teoria da perda de uma chance, como é comumente denominada, objetiva a indenização da vítima que teve frustrado o seu objetivo. O dano em si, não será imputado ao agente, pois poderá haver outras concausas, todavia, o agente será responsável pela chance perdida, ou seja, a certeza de ganho que foi encerrada por sua conduta.

Assim, a reparação não é do dano, mas sim da chance.

O que se defende com a teoria da chance perdida é a aferição de parâmetros concretos e objetivos entre a perda do ato processual – **ou da chance** – com o evento dano efetivamente ocorrido. Como posto anteriormente, necessário se faz a existência de uma correlação direta e inevitável entre o evento e o dano. Ora, se o dano ocorreria com ou sem a prática do ato questionado, não há que se falar em reparação.

E mais. Se a hipótese é de que em razão da ausência de um ato processual ou de sua prática errônea a parte contratante deixou de ganhar algo, entendo que também deve ser aplicada a teoria da chance perdida, tendo neste caso que ser provado que com a prática de um determinado ato o resultado positivo para a parte poderia ter ocorrido.

Neste caminho tem se pautado as jurisprudências existentes sobre o assunto – **haja vista que, no Brasil, a aplicação dessa teoria ainda está na fase embrionária.** Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. ADVOGADO INTEGRANTE DA DEFENSORIA PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA DIANTE DA NÃO OPOSIÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO EM NOME DOS APELANTES, EM EXECUÇÃO DA HIPOTECA DO IMÓVEL EM QUE RESIDIAM. IMPUTAÇÃO DE OMISSÃO ESPECÍFICA AO AGENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO (FALTA DO SERVIÇO). AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA CULPA DO ADVOGADO PÚBLICO. PROVAS INSUFICIENTES A TANTO. CONDENAÇÃO INVIÁVEL, MESMO EM FACE DA TEORIA DA "PERDA DE UMA CHANCE". SENTENÇA CORRETA PELA IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA. MANUTENÇÃO NESTA INSTÂNCIA. APELAÇÃO CÍVEL DESPROVIDA. A) **Sabe-se que a obrigação do advogado é "de meio", não "de resultado".** B) No caso, a oposição de embargos à execução em nome dos apelantes, dependia de avaliação de documentos e do recálculo da dívida. C) Como os apelantes não providenciaram o recálculo da dívida (a Defensoria Pública não presta esse serviço, restou inviabilizada a interposição dos embargos pela Defensoria Pública, sob pena de agir de forma temerária em juízo. D) **Quanto à suposta "perda de uma chance", o erro do advogado deve ser grosseiro, inescusável, e a alegada chance não pode ser mera possibilidade em abstrato, exigindo-se que o grau de probabilidade seja alto, factível.** Circunstâncias não verificadas no caso dos autos. (Apelação Cível nº 0461774-5, 5ª Câmara Cível do TJPR, Rel. José Marcos de Moura, Rel. Convocado Rogério Ribas. j. 23.11.2009, unânime, DJe 04.12.2009). **(grifei)**

AGRAVO RETIDO AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO QUANTO À SUA APRECIÇÃO EXEGESE DO ARTIGO 523, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO NÃO CONHECIDO. APELAÇÃO CÍVEL (1). **Ação de indenização por dano material e moral responsabilidade do advogado** pelo cancelamento de demanda culpa caracterizada danos materiais não configurados ausência de comprovação. Ônus que incumbia ao autor dano moral majoração inviabilidade critério da razoabilidade e proporcionalidade manutenção do quantum arbitrado apelo conhecido e não provido. APELAÇÃO CÍVEL (2). Ação de indenização por dano material e moral prejudicial de mérito. Prescrição não ocorrência ajuizamento da ação dentro do lapso temporal de três anos inteligência do artigo 206, § 3º, inciso V extirpação dos danos morais impossibilidade responsabilidade do advogado culpa caracterizada. **Danos morais devidos pela perda de uma chance sentença escoreita recurso conhecido e não provido.** (Apelação Cível nº 0626389-8 (20023), 10ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Domingos José Perfetto. j. 21.01.2010, unânime, DJe 05.02.2010). (*grifei*)

O que se tem, em verdade, é a dificuldade de se demonstrar a necessária correlação entre o ato e o dano e não a impossibilidade de fazê-lo. Se a parte não consegue demonstrar tal fato, em uma ação autônoma com esta exclusiva finalidade, como responsabilizar o advogado por não tê-la feito ou produzida em uma outra ação que tinha outro objeto? Impossível!!!

Defendo que a responsabilização deve ser concretizada, apenas e tão somente, nos casos em que haja uma vinculação direta e concreta entre o ato ou sua ausência e um dano concreto ou um ganho absolutamente iminente. Fora destes casos, não se tem o nexu causal, o dano não existe ou o suposto ganho não era real e iminente e, por consequência, não há que se falar em reparação.

Portanto, é de muita lucidez a teoria da perda de uma chance, eis que como os atos processuais não acontecem isoladamente, torna-se imprescindível analisar o processo e o dano nele causado no conjunto, como um todo, tomando como base tudo o que juridicamente poderia ter sido feito pelo advogado e não o foi, mas, também, as consequências e possibilidades de êxito ou não de cada ato.

Como se depreende, para a quantificação deste dano necessário se faz uma análise acurada e ampla da importância e magnitude de cada ato que se deixou culposamente de produzir, em relação direta com o prejuízo suportado pela parte. Em qualquer caso, além da reparação civil que caiba para o caso, ao meu sentir, o advogado suporta um outro dano bastante elevado: o dano moral e psicológico de ter falhado profissionalmente impingindo prejuízo a quem, por dever, deveria proteger.

Com efeito, em havendo dano causado pelo advogado este terá que repará-lo de forma patrimonial ou pecuniária, mas, todavia, carregará consigo atrelado a seu

nome e a sua credibilidade a pecha de negligente, imprudente ou de ausência de perícia para a prática de ato inerente a sua profissão. Esta pena ele pagará até o último dia de sua atuação profissional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como posto na apresentação deste trabalho, o seu desenvolvimento teve como norte o enfrentamento da hipótese do advogado ser ou não civilmente responsável pelos atos danosos que viesse a praticar no desempenho de sua função. E, em sendo responsável, deveríamos definir a qual de obrigação na sua prestação de serviços – **se de meio ou resultado** – e qual o tipo de responsabilidade civil lhe seria imposta, subjetiva ou objetiva para, em seguida definir qual a norma que regularia esta responsabilização e como seria a quantificação de um eventual dano.

Embora a Carta Magna brasileira garanta inviolabilidade dos atos e manifestações do advogado na prática de seus atos no exercício de sua profissão, tem-se que essa garantia e inviolabilidade não é absoluta, pelo que o advogado pode e deve responder civilmente pelos atos danos que causar com a prática de seus atos.

Em função do advogado está obrigado a empregar todos os cuidados e diligências necessárias quando da prática dos atos processuais por ele realizados – embora não seja, em regra, garantidor do êxito de seu trabalho – tem-se que a obrigação assumida pelo advogado para com o cliente é uma obrigação de meio posto que o advogado não pode garantir uma decisão favorável que por ele não será proferida. Excepcionalmente e tomando como base a natureza do objeto contratado, a obrigação assumida entre a parte e o advogado pode ser de resultado, como, por exemplo, na feitura de um contrato. Nestes casos o advogado não garante o sucesso do negócio jurídico contido no contrato, mas a perfeita formatação do instrumento contratual. Este também é o entendimento já bem sedimentado no direito argentino quanto a natureza da obrigação assumida pelos advogados frente aos seus constituintes.

Definida e especificada a obrigação dos advogados para com as partes, restou consignado que a responsabilização pela prática danosa no exercício da

profissão pelos advogados deve ser aferida de modo subjetivo, devendo verificar o *animus* de causar o dano ou que a ação comissiva ou omissiva se deu por negligência, imprudência ou imperícia do advogado.

Viajando pela divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a aplicabilidade das normas contidas no Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil brasileiro, tem-se que em face ao princípio da especialidade das normas deve ser aplicada a forma de responsabilização contida no art. 32 da Lei Federal nº 8.906/94 (Estatuto dos Advogados), pelo que os advogados devem ser responsabilizados pelos atos que praticarem com dolo ou com culpa ou, ainda, de modo solidário com o constituinte, nos casos de lide temerária.

Não se admite a aplicação das normas consumeristas, por não se conceber que a prestação de serviço advocatícia – ante as suas inúmeras limitações – possam ser inseridas no mercado comum de consumo pelo que deve ser afastada a aplicação desta norma nestes casos, como começou a sedimentar o Superior Tribunal de Justiça.

Por seu turno, o Código Civil brasileiro deve ser aplicado, subsidiariamente, para definir os parâmetros indenizatórios nos termos dos arts. 944 e 945. Também pode e deve ser levada em consideração a teoria da perda de uma chance como forma e fator de quantificação da reparação por ação ou omissão, dolosa ou culposa, praticada por advogado e que venha impor danos aos seus constituintes.

A aplicação da teoria da perda de uma chance não pode nem deve ser tida como um exercício de futurologia abstrato. Muito pelo contrário. A aplicação dessa teoria deve levar em consideração a correlação direta, concreta, objetiva e indissociável entre o ato processual que se deixou de praticar com o dano causado ou com o lucro que a parte deixou de auferir.

Não havendo essa correlação, associação ou vinculação direta, não há que se falar em responsabilização civil do advogado, pois a perda desse ato processual que deixou de ser praticado ou o foi erroneamente, deve ser a causa ou a razão principal para o insucesso questionado. Não o sendo, não há que se falar em reparação de dano ou responsabilidade civil do advogado, seja pela ausência de nexos causal ou do dano efetivo, real ou iminente.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. Campinas: RED Livros, 2000.
- DIAS, José de Aguiar. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado - Perda de uma chance*. São Paulo: LTr, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Responsabilidade Civil. 7. ed. Vol VII. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GONDIM, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade Civil: teoria da perda de uma chance*. Publicado no *Jus Plenum Ouro*. Número 14. Julho de 2010.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Parte General. 2. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2010.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Direito das Obrigações. 2. ed. Vol I. São Paulo: Saraiva, 1962.
- NINA, Carlos Sebastião Silva. *A Ordem dos Advogados do Brasil e o Estado Brasileiro*. Brasília: OAB, Conselho Federal. 2001.
- PEREIRO DE GRIGARAVICIUS, María Deña. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO EN EL DERECHO ARGENTINO. Trabalho publicado em “*La responsabilité – Aspects nouveaux*” Association Henri Capitant LGDJ. Paris 2003. LA LEY – T. 1999 – E – p. 1085. Buenos Aires – Argentina e republicado em RESPONSABILIDAD CIVIL – DOCTRINAS ESENCIALES – TOMO V, p. 451 – Año 2008 – LA LEY.
- VIGO, Rodolfo Luis. *Ética del Abogado – Conducta procesal indebida*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1990.
- STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

A PARTICIPAÇÃO POPULAR E O SURGIMENTO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA ATRAVÉS DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ*

POPULAR PARTICIPATION AND THE EMERGENCE OF PARTICIPATORY DEMOCRACY THROUGH CITIZEN CONSTITUTION

MIGUEL FELIPE ALMEIDA DA CÂMARA**

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, igualmente reconhecida como a Constituição Cidadã, além de consolidar inúmeras garantias individuais e coletivas, estabeleceu como necessária à manutenção do Estado de Direito a participação popular no processo democrático, transformando o cidadão, antes marginalizado, no protagonista da atividade política, que age por meio do diálogo racional. Malgrado a impossibilidade de realização da democracia direta na conjuntura social brasileira, o modelo de democracia participativa reúne mecanismos de intervenção imediata, advindos do regime clássico grego, com as características fundamentais da representatividade política, originada no período liberal do século XVIII, que ao longo dos séculos sofreu consideráveis alterações filosóficas. Tal simbiose entre as particularidades de ambas as formas antagônicas assegura, ao mesmo instante, a preservação das sociedades modernas e a aplicabilidade da ação política, assim como o empoderamento popular no procedimento de direcionamento político estatal.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia Participativa. Constituição Cidadã; Participação Popular.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988, also known as the Citizen Constitution, besides consolidating numerous individual and collective guarantees, established as necessary to maintain the rule of law, popular participation in the democratic process, transforming the citizen, marginalized before, the protagonist of political activity, acting through rational dialogue. Despite the impossibility of direct democracy in the Brazilian social context, the model of participatory democracy gathers mechanisms of immediate intervention, coming from the Greek classical regime, with the fundamental characteristics of political representation, originated in the liberal period of the eighteenth century, that over the centuries suffered considerable philosophical changes. This symbiosis between the particularities of both antagonistic forms ensures, at the same time, the preservation of modern societies and the applicability of political action, as well as the popular political empowerment in the state targeting procedure.

KEY-WORDS: Participative Democracy; Citizen Constitution; Popular Participation.

* **Recebido em 10 de junho de 2014, aprovado em 20 de junho de 2014.**

** Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Superior de Advocacia da OAB-PB. Integrante do Grupo de Pesquisa "Justiça e Política", vinculado ao Centro de Ciências Jurídicas da UFPB. Email: miguelfelipe1@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O advento da Carta Magna de 1988 fez surgir na ordem sociojurídica brasileira um novo paradigma de exercício do poder político: a democracia participativa. Por ter institucionalizado os espaços de intervenção popular, empoderando o cidadão no processo democrático, o texto constitucional, que marcou o início do Estado Democrático de Direito, recebeu pelos constitucionalistas a denominação de Constituição Cidadã. Ao equilibrar aspectos relativos à democracia direta com características do modelo representativo, o constituinte rompeu com o padrão anteriormente estabelecido de marginalização do povo e absolutismo dos partidos políticos e grupos de pressão.

Mostra-se, portanto, de fundamental importância essa discussão na conjuntura política atual, em que correm pelas veias do país movimentos populares que reivindicam dos parlamentares, entre as complexas e heterogêneas bandeiras estabelecidas, a real representação dos interesses do povo brasileiro, ao invés da defesa de vontades individuais. Destarte, este estudo tem como finalidade precípua demonstrar a evolução histórica relacionada ao exercício do poder soberano, passando pelas formas rudimentares até chegar à democracia participativa, momento em que serão verificadas as peculiaridades e vantagens desse sistema, o que contribui, com a disseminação da pesquisa, para a politização dos setores sociais.

No primeiro momento, o estudo, ao firmar posição favorável à representatividade política, evidencia a inviabilidade prática de estabelecer nas sociedades contemporâneas a democracia direta. A representação, apesar da imagem necessária do parlamentar, seguiu diferentes correntes filosóficas, que ora aproximavam ou afastavam a conduta do representante e os interesses do povo. Adiante, é analisada a formação de uma democracia semidireta em vários Estados, para amenizar as distorções inerentes à representação indireta pura, ao passo que é examinado o fortalecimento do modelo partidário e influência dos grupos de pressão no Brasil. Por fim, após constatada a crise de representatividade e o descrédito das instituições políticas tradicionais, buscou-se, por meio da Constituição de 1988, fortificar a presença popular no procedimento de formação do posicionamento

estatal, colocando o indivíduo no eixo central do debate democrático, surgindo a democracia participativa no Brasil.

2 A CONSOLIDAÇÃO E O DECLÍNIO DO SISTEMA REPRESENTATIVO

O debate sobre o melhor modelo democrático de exercício do poder político – participação direta ou indireta – apesar de iniciado há séculos, ainda é travado na atualidade, principalmente no ambiente acadêmico. Malgrado esmagadora parcela da doutrina já ter firmado posicionamento no sentido refutar a implantação a democracia direta no Estado-nação, em contraposição ao que ocorria no Estado-cidade do período clássico, alguns nostálgicos idealistas exaltam, como solução para a famigerada crise de representatividade, a forma de intervenção imediata estabelecida em “alguns minúsculos cantões da Suíça: Uri, Glaris, os dois Unterwald e os dois Appenzells, onde anualmente seus cidadãos se congregam em logradouros públicos para o exercício direto da soberania” (BONAVIDES, 2000, p. 354). A diferença balizar entre as duas espécies é verificada na sintética observação do supracitado autor paraibano, de modo que “Com a participação direta, o povo politicamente organizado *decide*, através do sufrágio, determinado assunto; com a participação indireta, o povo *elege* representantes” (2000, p.293)

Apesar de existirem resquícios, na Confederação Helvética, ainda que distantes, da forma democrática consolidada por Antenas, este trabalho está filiado à corrente doutrinária, e amplamente majoritária, que defende a necessidade do sistema representativo na conjuntura política ocidental, demonstrando, antes de iniciar a conceituação e as características fundamentais, os argumentos favoráveis à democracia representativa.

Um dos primeiros teóricos a defender a democracia representativa foi Montesquieu (1996). O filósofo francês constatou existirem enormes inconvenientes em atribuir a todo o povo o direcionamento político do Estado, fato agravado pela sua incapacidade técnica e inviabilidade prática, apesar de possuir a qualidade de bem escolher os seus representantes, cabendo a estes a condução da ordem estatal. Destaca-se a afirmação do sábio cientista político, que, além de sustentar a tese do sistema representativo, defende a escolha através de bases eleitorais definidas territorialmente (1996, p. 170):

Como, em um Estado livre, todo homem que supostamente tem uma alma livre deve ser governado por si mesmo, seria necessário que o povo em conjunto tivesse o poder legislativo. Mas, como isto é impossível nos grandes Estados e sujeito a muitos inconvenientes nos pequenos, é preciso que o povo faça através de seus representantes tudo o que não pode fazer por si mesmo. [...] Logo, em geral não se devem tirar os membros do corpo legislativo do corpo da nação, mas convém que, em cada lugar principal, os habitantes escolham um representante para si.

Entretanto, a reflexão da incapacidade técnica do povo, embora tenha contribuído, não foi o motivo propulsor para a consolidação do modelo de representatividade. Outras questões de ordem prática relativas às características da sociedade moderna colaboraram, em maior escala, para a formação desse sistema. As duas principais motivações referem-se ao tamanho do Estado moderno e ao perfil do homem urbano ocidental. No tocante ao primeiro ponto, percebe-se, de plano, a total inviabilidade de reunir no mesmo espaço a totalidade de cidadãos para deliberar sobre a *res publica*, tendo em vista o enorme desafio, mesmo com o auxílio da tecnologia, de integrar os cidadãos nos dias atuais. Em sucinta reflexão, Paulo Bonavides (2000, p. 352) afirma que “até mesmo a imaginação se perturba em supor o tumulto que seria congregar em praça pública toda a massa do eleitorado, todo o corpo de cidadãos, para fazer leis, para administrar”.

De maneira diversa ao que ocorria no período clássico, o cidadão da Idade Moderna, influenciado pelos emergentes ideais burgueses, preocupava-se quase que inteiramente com a produção e aquisição de bens, marginalizando a interação com a vida política. Ao passo que a atividade comercial se tornava mais dinâmica, o cidadão da Modernidade mais se concentrava na satisfação das necessidades materiais, transformando o homem político em homem econômico, o que consolidava a sociedade capitalista e liberal (SARTORI, 1994). Dessa maneira, a solução restante para a manutenção da coesão social e, conseqüentemente, do Estado era a consolidação do modelo democrático de representação política. A representação, portanto, de modo algum foi uma distorção maléfica da concepção democrática. Na verdade, tendo vista as enormes diferenças entre a sociedade dos Antigos e a dos Modernos, a representação é um corretivo à democracia, como bem afirma Maria Victoria Benevides (1991, p.56):

[...] é a representação que corrige a democracia. Não apenas como “imperativo da razão”, mas também por questões de ordem prática, essa corrente de pensamento enfatiza, em defesa de sua tese que: a) a

representação corrige os “desvios plebiscitários” da democracia; b) a representação disciplina a democracia, a qual em estado puro se torna revolucionária ou anárquica; c) a representação, através do Legislativo e dos partidos políticos, corrige a tentação da demagogia ou da oclocracia, degenerescências da democracia.

O sistema político de representação pode ser analisado, inclusive historicamente, através de uma perspectiva dicotômica e antagônica, na qual se observa a presença de uma *duplicidade* ou *identidade* entre a vontade do representante e os interesses do povo (BONAVIDES, 2000, p. 258). Em linhas gerais, a duplicidade consistia na separação total entre a ação do parlamentar e os anseios dos seus eleitores, inexistindo vinculação entre a intenção política de ambos.

A corrente doutrinária do constitucionalismo liberal, que permeou o século XVIII e XIX, principalmente na França e na Inglaterra, pregava a “desfiliação” entre os deputados e o corpo de eleitores que o elegeu, devendo aquele ser representante de toda a nação, e não apenas de um grupo de cidadãos. De outro modo, a noção de identidade fomenta a simbiose entre a vontade do representante e a do povo, o que torna o parlamentar um reproduzidor do interesse social, sendo esta a tendência no início do século XX (BONAVIDES, 2000, p. 259). Passadas as considerações gerais, neste instante, torna-se necessária a análise cuidadosa do primeiro conceito.

A teoria liberal do séc. XVIII percorreu todos os campos do conhecimento político moderno, afetando, inclusive, a relação entre os integrantes do parlamento e a massa de eleitores. Com o advento do Estado Liberal, garantidor das liberdades individuais e do respeito às leis (STRECK; MORAIS, 2003, p. 89-91), originado das revoluções burguesas, o entendimento político era no sentido de afastar definitivamente o modelo de atuação parlamentar do regime absolutista, em que os representantes tinham sua atuação determinada pela vontade arbitrária do déspota, o que lembra, à grosso modo, a relação política entre os integrantes do Poder Executivo e do Poder Legislativo no Estado brasileiro.

Sendo assim, os teóricos ingleses, a exemplo de Algernon Sidney, Blackstone e Burke (BONAVIDES, 2000, p. 261), preocuparam-se em fundamentar a autonomia política do parlamentar, afirmando que estes, guiados pelo bem comum, deveriam representar toda a nação, não apenas uma parcela do eleitorado ou grupo social. O deputado era o senhor de suas condutas.

No território francês, é notória a contribuição do Barão de Montesquieu na afirmação do sistema representativo. O filósofo de Bordeaux, referenciado por ter firmado a base da teoria da separação dos poderes, estabeleceu, na obra *O Espírito das Leis*, considerações acerca da capacidade do povo em participar da vida política do Estado, salientando que “A grande vantagem dos representantes é que eles são capazes de discutir assuntos. O povo não é nem um pouco capaz disto, o que constitui um dos grandes inconvenientes da democracia” (1996, p.171), e trata da relação entre a atuação parlamentar e a vontade dos eleitores, ao dizer que cabe apenas uma noção geral e nada mais: “Não é necessário que os representantes, que receberam daqueles que os escolheram uma instrução geral, recebam outra particular sobre o assunto, como se pratica nas dietas da Alemanha” (MONTESQUIEU, 1996, p.171).

O pensamento do teórico francês influenciou drasticamente os valores revolucionários de 1789 que tratavam de relação entre o representante e o representado, ganhando traços mais definidos na teoria apresentada por Emmanuel Sieyès (GOYARD-FABRE, 2003, p. 178). Como exemplo, tem-se a inserção do conceito de duplicidade no próprio texto constitucional da revolucionária França de 1791, de modo que o art. 7º, do Título III, Cap. I, preceitua “Os representantes designados nos departamentos não serão representantes de um departamento particular, mas da nação inteira e nenhum mandato lhes poderá ser dado” (BONAVIDES, 2000, p. 265). Tal constatação parece, de certo modo, contraditória, pois Jean-Jacques Rousseau (2006), um dos principais inspiradores da Revolução Francesa e personalidade admirada pelos líderes do movimento, possuía uma tese radicalmente contrária à democracia representativa, apresentada através da sua mais conhecida obra literária.

As críticas de Rousseau estão longe de serem sutis. O mestre genebrino, após ter definido a vínculo entre a soberania e o povo, evidencia a impossibilidade de representá-la. À medida que faz essa constatação, critica o sistema democrático liberal estabelecido na Inglaterra, demonstrando a ilusão social oriunda dessa modelo:

A soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada; consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa: ou é a mesma, ou é outra – não existe meio-termo. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser os seus representantes;

são simples comissários, e não podem concluir definitivamente. Toda lei que o povo não tenha ratificado diretamente é nula, não é uma lei. O povo inglês pensa ser livre, mas está redondamente enganado, pois só o é durante a eleição dos membros do Parlamento; assim que estes são eleitos, ele é escravo, não é nada. Nos breves momentos de sua liberdade, pelo uso que dela faz bem merece perde-la. (ROUSSEAU, 2006, p. 114)

Mesmo sendo de irrefutável dureza, a repulsa de Rousseau à representatividade política acontece apenas no âmbito do Poder Legislativo, ou seja, na atividade de fixação da *volonté générale* e produção das leis, de modo que o autor reconhece a necessidade prática do povo ser representado nas atividades de execução da política estatal, pois “Sendo a lei apenas a declaração da vontade geral, torna-se claro que, no poder legislativo, o povo não pode ser representado; mas pode e deve sê-lo no poder executivo, que nada mais é que a força aplicada á lei” (ROUSSEAU, 2006, p. 115).

Em tese menos radical e mais apegada à realidade dos Estados europeus, em *Considerações sobre o Governo da Polônia*, como afirma Paulo Bonavides (2000, p. 272), Rousseau lamenta que o exercício da atividade legislativa se dê através dos representantes, sem um mandato imperativo, apontando como consequência a corrupção de interesses dos parlamentares. Contudo, apresenta soluções para os males do sistema representativo, afirmando que a oxigenação e constante renovação do corpo legislativo, encurtando os mandatos, e a vinculação entre a vontade do povo e a do representante (imperatividade) seriam as soluções para purificar o modelo democrático. As referidas observações feitas pelo pensador suíço são de extrema importância para entender o início das transformações que degeneraram o modelo puro e liberal de representação indireta, em contraposição à teoria estabelecida por Montesquieu e Sieyès, pois a releitura da tese de soberania popular desenvolvida pelo genebrino inspirou os conceitos de sufrágio universal e mandato imperativo.

Com o passar do tempo, após a consolidação, principalmente, do sufrágio universal, percebeu-se que o sistema representativo é, na verdade, um molde aristocrático, em que apenas algumas ilhas pensantes, e muitas vezes abastadas, possuíam o poder político, assemelhando-se ao ideal de governo pensado por Platão (2001), onde o direcionamento da comunidade era feita pelos sábios, mais preparados intelectualmente.

Alguns fatores são apontados pela doutrina como motivadores do esfacelamento do modelo de representação indireta pura, sendo eles: o surgimento das ideologias socialistas, o descrédito do sistema representativo e da representação aristocrática, o enfraquecimento político da burguesia e o fortalecimento da classe obreira e operaria (BONAVIDES, 2000, p.274). Surge, a partir desse momento, a teoria da igualdade de atuação política, configurada por uma “identidade” entre a vontade do governante e a do governado, extinguindo a concepção de que alguns decidem e muitos obedecem. O povo passaria a ser o senhor do mandato parlamentar.

3 DA DEMOCRACIA SEMIDIRETA AO MODELO PARTIDÁRIO

No início do século XX, embora iniciado o declínio da teoria liberal, alguns textos constitucionais ainda expressavam a lógica da duplicidade, sustentando a concepção de soberania nacional, em contraposição à crescente e já fortalecida teoria rousseauiana de soberania popular. A título exemplificativo, pode-se citar a Constituição Portuguesa de 1911, bem como a Constituição de Weimar de 1919, que estabelecia, no art. 19: “Os deputados são representantes de todo o povo, não obedecem senão a sua consciência e não se acham presos a nenhum mandato” (BONAVIDES, 2000, p. 268). Porém, a própria Carta Magna alemã já trazia instrumentos de intervenção popular, o que caracterizava o início de uma democracia indireta e a prevalência do conceito de “identidade”.

Fundamentada inicialmente por Rousseau, a noção de que o povo, por ser o legítimo possuidor poder político do Estado, deve exercer, de algum modo, a atividade legislativa, repercutiu diretamente nas normas jurídicas e na forma de atuação dos representantes nas sociedades ocidentais. O parlamentar, que era agente político de absoluta independência, norteado, de maneira genérica, apenas pelos interesses da nação, passou a ser fiscalizado e vinculado à vontade dos cidadãos, transformando o mandato parlamentar autônomo, e a soberania parlamentar, em um mandato imperativo, auxiliado pela soberania popular.

A começar pelas referidas mudanças conceituais, buscando aproximar a vontade do povo ao sistema político tradicional, “mecanismos isolados de democracia direta” (BENEVIDES, 1991, p.57) foram incorporados ao ultrapassado

modelo de representação, configurando, assim, a democracia semidireta. Como aponta Maria Victoria Benevides (1991, p. 33), os principais institutos advindos da democracia direta adicionados, naquele momento, ao modelo de representação indireta foram o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular.

A interposição de algumas características da democracia dos Antigos significou, por um lado, enormes avanços na aproximação do cidadão com a vida pública do Estado, antes completamente alienado por conta da representação desvinculada, mas trouxe, no início da implementação desses instrumentos, consideráveis transtornos políticos e traumas sociais, principalmente na França, por terem possibilitado a proliferação de práticas autoritárias. O emprego distorcido desses institutos no século XIX acarretaram, assim como outros motivos, na valorização da política liberal de representação pura, afastando o povo do processo democrático, o que veio a ser refutada no século seguinte (BENEVIDES, 1991, p.64).

Por conta da confusão semântica, que ainda persiste nos dias atuais, o *referendum*, entendido como consulta à população, no período da Revolução Francesa e napoleônico, era conhecido por *plebiscitos* e foi usado indistintamente no intuito de consolidar golpes de Estado e a perpetuação das autoridades no poder, como estabelece Benevides (1991, p.59), após ressaltar os inúmeros momentos de distorção do recurso democrático:

Não restam dúvidas de que, em todas as ocasiões, tenha ocorrido a utilização totalitária do instrumento. Não apenas existia qualquer clima para a oposição, como a consulta significava, efetivamente, a delegação da soberania a um chefe, o apoio incondicional ao regime e às medidas políticas. [...] A “chantagem do caos” era evidente; a doutrina imperial justificadora dos “apelos ao povo” feitos por Luís Napoleão enfatizava: “o plebiscito é a economia de uma revolução”. O golpe de 2 de dezembro de 1850 consolida, nos republicanos, a aversão ao plebiscito.

A era napoleônica, onde se vivenciou com impactante frequência o uso dos *plebiscitos cesaristas*, não fora uma exceção na história democrática mundial. Novamente em território francês, o general e líder político Charles De Gaulle utilizou-se, diversas vezes, das consultas populares para materializar as reformas políticas que pretendia, criando sempre a atmosfera do “voto de confiança” ao comandante na nação. Mesmo no século XX, os plebiscitos constitucionais foram empenhados por regimes autoritários com o objetivo de alcançar a legitimação das decisões pela

aprovação popular, como nos casos de anexação da Áustria – consulta convocada por Hitler em 1938 – e dos países bálticos pela Alemanha e União Soviética, respectivamente (BENEVIDES, 1991, p. 62). De outro modo, no Brasil, o emprego dos plebiscitos de âmbito nacional é bem mais escasso. Situação marcante na história republicana brasileira está relacionada à consulta de 1963, em que o povo decidiu pelo retorno ao sistema de governo presidencialista, após a instauração da crise política originada com renúncia em 1961 de Jânio Quadros.

Anos depois, outro acontecimento mudou a organização política pátria e firmou, definitivamente, o princípio da identidade no sistema político brasileiro. Por meio da Constituição de 1967 e da emenda constitucional de 1969, a ordem constitucional brasileira quebrou com a tradição “duplicidade” na atuação parlamentar, inserindo o princípio da “identidade” e o modelo partidário (BONAVIDES, 2000, p.280-281). A alteração na forma de interação entre o povo e o representante provavelmente tenha ocorrido devido às circunstâncias políticas naquele momento, em que a Ditadura Militar, instalada a partir do movimento golpista de 1964, pretendesse sufocar a autonomia dos agentes políticos de oposição. Dessa maneira, ao controlar as diretrizes dos partidos, o regime de exceção também submetia aos seus interesses a atuação de cada parlamentar, ampliando, portanto, sua margem de sustentação política.

A identidade, entretanto, estabelecida no sistema brasileiro não correspondia àquela originada ainda no Estado de Direito liberal, após ter sido influenciada pela teoria rousseauiana. A intimidade de vontades deixou de ser entre o povo e o representante político, passando a configurar-se agora entre os partidos ou grupos organizados e os parlamentares. Esses grupos, na concepção de Paulo Bonavides (2000, p.278), “não pertencem a uma só classe. Expressam, se a sociedade for democrática, um pluralismo de classes”.

Já os partidos políticos nada mais são do que uma parcela de grupos institucionalizados (DUVERGER, 1987). Por consequência, a democracia de representação partidária, mesmo absorvendo os conceitos de imperatividade e de sufrágio universal, não fez jus às ponderações traçadas por Rousseau, visto que o cidadão continuou alienado, não mais na figura do representante, e sim na do partido ou coletivo político. A eterna busca pela “identidade” de intenções política, que visa aproximar a legítima vontade geral, definida por Rousseau, à do

representante, tornou-se uma vaga ilusão, já que surgiram vários *grupos de pressão* fortemente estruturados, que, em vez de fazerem prevalecer, através da organização político-social, a vontade de todo o bloco comunitário, convergiam suas ações visando o fortalecimento de interesses próprios.

Conclui-se, portanto, pela facilidade em perceber que o representante, naquele momento, tornou-se um sujeito político vinculado, porém, a vinculação não se deu com relação ao cidadão ou à sociedade em geral. Foram os estratos sociais organizados politicamente que assumiram o polo ativo desse vínculo, tornando os parlamentares representantes não do povo, mas dos latifundiários, da classe religiosa, de conglomerados comerciais; o que perpetua o processo de marginalização do cidadão comum, afastando-o da construção do direcionamento político estatal. Em magistral observação, Paulo Bonavides (2000, p.234-235) sintetiza a associação da atividade parlamentar com a presença dos grupos organizados:

O que resta da “intimidade”, concebida em termos metafísicos e contemplada do mesmo passo como expressão da unidade da vontade popular, é tão-somente o contínuo esforço que se vem operando para fazer a vontade dos “representantes” no sistema representativo contemporâneo de equivalência fiel à vontade dos grupos, de que esses representantes são meros agentes.

O período de hegemonia dos grupos políticos na condução dos destinos da nação coincidiu, propositadamente, com uma das concepções que o Estado de Direito se apresenta (STRECK; MORAIS, 2003), bem como os outros modelos de representação política. A democracia indireta, por exemplo, tanto a forma influenciada pelo princípio da duplicidade quanto pela identidade, proliferaram sob a tutela do Estado Liberal de Direito, assim como o primeiro momento da democracia semidireta. De maneira diversa, já inserido em outro contexto social, inspirada pelo *welfare state*, a democracia partidária ou dos grupos de pressão ganhou força sob a égide do Estado Social de Direito. Por fim, a mais recente fórmula de governo, a *democracia participativa*, surgiu com a falência do modelo partidário e mediante o advento do Estado Democrático de Direito, consolidado no Brasil a partir da promulgação da Constituição Cidadã de 1988.

4 O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E O NOVO PARADIGMA DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO BRASIL

Desde a antiguidade aos dias de hoje, a democracia sempre se transformou a partir de focos de crises político-sociais, assumindo sempre uma formatação inédita para atender as necessidades vigentes. A democracia indireta pura e a de representação pela identidade de vontades, a democracia semidireta e o modelo partidário formaram-se através do avanço da teoria política e das insatisfações populares. Do mesmo modo, o aparecimento da democracia participativa nas sociedades contemporâneas seguiu a lógica secular. O motivo primordial para essa mudança de paradigma relaciona-se com a crise de representatividade dos partidos políticos, vivenciada, principalmente, pelas nações periféricas e em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, como bem acentua Paulo Bonavides, ao correlacionar o Direito e a conjuntura política brasileira:

Demais disso, o constitucionalismo em países da periferia, como o Brasil, se acha em dissidência com a democracia indireta, com a mecânica representativa de governos corruptos, curvados a forças externas de pressão que lhe retiram não raro a independência, ao mesmo passo que lhe rebaixam a estatura de poder. Em suma, governos vinculados a assembleias nascidas de partidos desagregados; cúmplices da ingovernabilidade, da desorganização política e do estertor social do regime (BONAVIDES, 2005).

No que diz respeito à nova crise de representatividade iniciada no final do século XX, como afirma Antonio Wolkmer, “pode-se encontrar uma primeira explicação (conjuntural) no fato de que a democracia existente não é realmente representativa, mas uma delegação engendrada e manipulada por lideranças de tradição caudilhesca” (2001, p. 87). Outros fatores asseveram a degeneração da crença nos partidos e na classe política, são eles: o descumprimento das promessas eleitorais; a corrupção dos agentes políticos e a perpetuação da impunidade; inoperância das políticas públicas e o conseqüente agravamento da desigualdade social; o esfacelamento das ideologias partidárias; e a manipulação das massas pelos meios de comunicação que representam as elites econômicas. (WOLKER, 2001).

Contudo, o mais importante fator de catalização da crise a ser destacada é o *clientelismo político*, que perdurará, lamentavelmente, ainda por muitos anos em solo brasileiro. Diversos parlamentares afastam-se do mister de representantes,

utilizando do cargo como intermediários de luxo dos grupos econômicos frente ao Poder Executivo, objetivando a consecução das benesses do poder. Décadas antes do agravamento da crise, Tancredo Neves (1963, apud BENEVIDES, 1991, p. 30), em discurso, já previa a degradação no parlamento da virtude republicana:

O que é a República? República é representação. **Mas quem fala em representação, fala em partidos**, e quem fala em partidos fala em voto. E que é o voto no Brasil os dias de hoje? É duro confessá-lo e mais duro ainda proclamá-lo: caminha celeremente para o descrédito, a moralização e o vilipêndio. Degradou-o a demagogia, corrompeu-o o poder econômico.

A exacerbada e persistente rejeição aos grupos partidários, que continua a contagiar a toda a sociedade, ficaram claramente perceptível nos protestos ocorridos em meados de 2013, em que a população, especialmente a juventude brasileira, combateu radicalmente a presença de agremiações partidárias nas manifestações, já que o movimento surgiu no seio da sociedade civil organizada diante da acomodação e inoperância da classe política.

Por conta da combinação dos inúmeros fatores que evidenciaram a hipocrisia do sistema partidário, buscando minimizar essas distorções no modelo democrático, os mecanismos de participação direta, implementados no início do século XX em vários ordenamentos jurídicos, foram aperfeiçoados e consubstanciados no texto constitucional pátrio de 1988. Contudo, o progresso – qualitativo e quantitativo – dos instrumentos de intervenção imediata nos espaços públicos não foram as únicas mudanças, visto que a própria lógica democrática sofreu transformações, deslocando o cidadão, que estava à margem do debate democrático, para o centro da construção coletiva do posicionamento político estatal, tendo a participação popular como princípio fundamental, o que deu início à democracia participativa. Modelo que, segundo Giddens (2005, p. 344), “as decisões são tomadas em comunidade por aqueles que são afetados por elas”.

A nova modalidade democrática ganhou projeção após as brilhantes sustentações teóricas realizadas pelo constitucionalista Paulo Bonavides. O renomado autor paraibano propõe o resgate ao conceito de soberania popular, semelhante aos moldes conceituais de Rousseau, e o consequente empoderamento dos cidadãos, configurada na participação no processo democrático, capaz de “restaurar e repolitizar a legitimidade do sistema” (BONAVIDES, 2001, p. 22). Todavia, por ser uma nomenclatura ainda em desenvolvimento, cria-se um equívoco

semântico, em parte da doutrina, ao igualar o significado de democracia semidireta com o de democracia participativa. Dessa maneira, a melhor maneira encontrada para definir o inovador conceito democrático, procede-se da diferenciação significativa deste com aquele. O mencionado autor estabelece que, malgrado a democracia participativa resguarde algumas semelhanças com a democracia semidireta, a distinção fundamental entre ambas está na magistral importância que a vontade popular possui sobre todos os momentos políticos decisivos, evidenciando, portanto, a qualidade soberana do povo, de modo que, nas democracias participativas “a parte direta da democracia é máxima, ao passo que a parte representativa será mínima; uma primária ou de primeiro grau, a outra secundária ou de segundo grau” (BONAVIDES, 2001, p. 60).

Emerge, daí, o Estado Democrático de Direito, ou melhor, o “Estado democrático-participativo”, garantidor – além dos direitos individuais, sociais e coletivos – da participação política popular, da justiça social, da plena cidadania e legitimidade do próprio Estado. Tal legitimidade, como assevera Habermas (2003), é somente garantida através do diálogo e da ocupação participativa dos espaços políticos, sendo estes institucionalizados ou não. Essa ocupação transpõe o âmbito propositivo e deliberativo do exercício da cidadania, pois “a participação não só se revela importante mecanismo de atuação direta dos cidadãos no jogo democrático, como também a prática mais efetiva e permanente de controle da coisa pública” (WOLKER, 2001, p. 93).

O legislador constituinte de 1988, ao que parece, norteou a configuração do Estado brasileiro de acordo com a concepção de democracia participativa, já que se verifica, ao longo de texto constitucional, como também em normas infraconstitucionais, diversos dispositivos que afirmam a necessidade do povo em participar da elaboração das políticas públicas e das decisões fundamentais do Estado, assegurando, para tanto, por meio da força normativa, esses espaços. Sendo assim, nada mais justo o título de Constituição Cidadã para a Lei Fundamental vigente no Brasil. Além de ter criado outros instrumentos de participação popular e controle social, como, por exemplo, o *orçamento participativo*, a Constituição Federal de 1988 aperfeiçoou, também, os mecanismos oriundos da democracia semidireta, particularmente o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. No que se refere aos dois primeiros institutos, com o intuito de afastar a

secular obscuridade, o legislador constituinte preocupou-se em diferenciá-los através do momento de sua realização. De acordo com Gilmar Mendes, o plebiscito consiste em consulta feita aos cidadãos sobre a matéria a ser posteriormente debatida pelo Congresso Nacional, enquanto que o referendo é realizado posteriormente à decisão governamental, devendo atribuir ou retirar a eficácia do ato (MENDES; BRANCO, 2013).

No mesmo sentido, José Afonso da Silva (2008, p.142) acrescenta: “o referendo ratifica (confirma) ou rejeita o projeto aprovado; o plebiscito autoriza a formulação da medida requerida”. Assim, ambos os mecanismos apresentam-se como consultas populares, o que amplia a participação do povo no processo decisório das questões relevantes para a nação, como aconteceu no referendo sobre a proibição da comercialização de armas de fogo e munições no Brasil, ocorrido em 23 de outubro de 2005, autorizado pelo Decreto Legislativo n. 780. O povo brasileiro, ao ter que decidir sobre a alteração no art. 35 do Estatuto do Desarmamento (Lei n.10.826/2003), decidiu por rejeitá-la, tornando o dispositivo relativo ao impedimento sem eficácia. No Estado da Paraíba, de acordo com o sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral, 36,86% dos participantes votaram à favor da proibição, enquanto que 63,14% foram contra a proposta. O equivalente à 78,34% dos eleitores paraibanos aptos compareceram à consulta popular, índice relativamente baixo, já que a participação no processo era obrigatória.

O constituinte de 1988 também assegurou outro instrumento de fundamental importância na intervenção direta do povo no universo político nacional: a iniciativa popular. Por meio do art. 14, caput, o legislador solidificou alguns dos supracitados aspectos da democracia participativa, possibilitando ao povo iniciar o processo legislativo e manifestar a soberania popular. Tal procedimento aproxima a vontade geral do povo, descrita por Rousseau (2006), da atividade legislativa, o que afasta as distorções do sistema representativo e garante a manutenção do regime democrático. Dessa maneira, de acordo com o art. 61, § 2º, CF, a população pode apresentar à Câmara dos Deputados projeto de lei, desde que respeitados os requisitos legais de assinaturas e a proporcionalidade entre os Estados, possibilitando, portanto, que os cidadãos, mediante a organização política e social, possam modificar o corpo normativo infraconstitucional.

É através do aperfeiçoamento dos institutos de participação direta que o sistema de governo brasileiro aproxima-se do conceito procedimental de democracia proposto por Jürgen Habermas (2003), a *democracia deliberativa*, ao considerar a participação popular não apenas como atividade política e exercício da cidadania, mas sim como mecanismo necessário à legitimação do próprio Estado de Direito. Legitimação que passa pela contribuição do povo ao processo de produção legislativa, mediante o debate, a discussão propositiva, o agir comunicacional. No novo paradigma democrático firmado com a Constituição Federal de 1988, o cidadão – por ser agora protagonista absoluto, pelo menos em tese, do sistema político nacional – pode, com base na intenção normativa posta ao parágrafo único do art. 1º da Carta Magna, exercer diretamente o poder soberano.

5 CONCLUSÃO

Ao longo dos séculos, a forma de exercício do poder político sofreu inúmeras variações, conforme demonstrado neste trabalho. Após refutado o retorno ao modelo clássico de participação direta, tendo em vista a impossibilidade prática, a democracia representativa ganhou diferentes concepções filosóficas, concretizando-se em *modus operandi* distintos. Contudo, os movimentos sociopolíticos, em especial os de origem popular, moldaram as distorções incorporadas ao sistema representativo, alcançando, por fim, um regime de legitimidade do próprio Estado, isto é, a democracia participativa.

No que se refere à realidade política pátria, a referida espécie democrática surgiu com a Constituição Cidadã, promulgada em 1988, que teve a contribuição de diferentes setores da sociedade brasileira, garantindo, junto à consolidação de direitos individuais, sociais e coletivos, a papel de protagonista ao cidadão dentro do jogo democrático. O legislador trouxe para o centro da atividade política o homem comum, portador de direitos políticos e capacidade interventiva, apto a fiscalizar os agentes públicos e legitimar as normas e as ações estatais, além de contribuir concretamente com a construção do direcionamento político da comunidade, firmando, assim, um novo paradigma de exercício do poder soberano. Mesmo persistindo uma distância entre a realidade e a situação pretendida, a Lei Maior configura-se como marco de participação popular do povo brasileiro.

REFERÊNCIAS

- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita Benevides. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. São Paulo: Ática, 1991.
- BONAVIDES, Paulo. As bases da democracia participativa. In: *I Encontro Nacional da Associação dos Juizes para a Democracia*. Recife, 2005.
- _____. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2000.
- _____. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. 3 ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.
- GIDDES, Anthony. *Sociologia*. 4 ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.
- GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos da teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.
- _____. *Direito e democracia: entre a factividade e validade*. 2 ed. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PLATÃO. *A república*. 2 ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- ROUSSEAU. Jean-Jacques. *O contrato social*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. Volume II – As questões clássicas. São Paulo: Ática. 1994
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- STRECK, Lenio; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- WOLKMER, Antonio Carlos. Do paradigma político da representação à democracia participativa. *Seqüência*. Florianópolis, v. 22, n. 42, 2001. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15395>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

AS METAS DO CNJ: SEUS REFLEXOS NO AMBIENTE DE TRABALHO DOS SERVIDORES E JUÍZES DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL *

THE GOALS OF THE CNJ: THEIR REFLECTIONS ON THE DESKTOP OF THE COMMON JUSTICE STATE SERVERS

EDVÂNIA MORAES CAVALCANTE PROENÇA **
LUCIANA VILAR DE ASSIS ***

RESUMO

O presente trabalho trata do surgimento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), das Metas por ele estabelecidas e da sua importância para o judiciário brasileiro, com maior destaque para a Justiça Comum Estadual. Trata, também, de esclarecer ao público em geral, as dificuldades que enfrentam os servidores e magistrados da Justiça Comum Estadual, para dar cumprimento as referidas Metas impostas pela CNJ, em virtude da falta de meios suficientes e necessários para tal fim; bem como as consequências que a imposição no cumprimento destas metas, em prazos muito curtos, vem causando à saúde dos que compõe o judiciário (servidores e magistrados). Aborda, em linhas gerais, a colisão de princípios: “duração razoável do processo x a tutela de um ambiente de trabalho equilibrado e sadio para o exercício de atividades profissionais”, necessitando, no caso em estudo, de uma ponderação de princípios. A conclusão aferida aponta para a necessidade de uma reforma na estrutura do Poder Judiciário brasileiro, mormente na Justiça Comum Estadual, que carece de meios mais eficazes para o cumprimento em tempo hábil das referidas Metas.

PALAVRAS-CHAVE: Conselho Nacional de Justiça. Metas. Saúde dos Servidores e Juízes. Colisão de Princípios. Ponderação.

ABSTRACT

The present work deals with the emergence of the National Council of Justice (CNJ), the targets established for him and of their importance to the Brazilian judiciary, with greater emphasis on the Common State Justice. It is also clear to the general public, the difficulties facing the servers and Common State Justice magistrates, to comply with the aforementioned Goals imposed by the CNJ, due to the lack of sufficient and necessary means to that end; as well as the consequences that the levy in compliance with these goals, in very short deadlines, causing to the health of those who compose the judiciary (servers and magistrates). Discusses, in general terms, the collision of principles: "reasonable duration of the process x the tutelage of a balanced and healthy work environment for the exercise of professional activities",

* **Recebido em 10 de junho de 2014, aprovado em 20 de junho de 2014.**

** Graduada em Administração de Empresas, pela UFPB. Bacharel em Direito pela Fesp Faculdades. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública, pela FIP – Faculdades Integradas de Patos. Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. E-mail: <vaniaproenca@r7.com>.

*** Licenciatura em Letras, pela UFPB. Bacharel em Direito pela UEPB. Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Professora da Fesp Faculdades, nas disciplinas Direito Administrativo I e II e Direito Econômico. E-mail: lvilar@ibest.com.br.

requiring, in the case under study, a weighting of principles. The calibrated conclusion points to the need for reform in the structure of the Brazilian judiciary, especially in Common Justice, State that lacks most effective means for the fulfillment of these Goals in a timely manner.

KEY-WORDS: National Council of Justice. Ggoals. Health of Servers and Judges. Collision of Principles. Weighting.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da implantação da política de metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como critérios de avaliação para promoções por merecimento de magistrados através de produtividade, o Conselho priorizou principalmente o princípio da celeridade, assegurando assim, um direito ao jurisdicionado que é à duração razoável do processo.

Ao adotar como prioridade a busca pela celeridade processual, sem os meios mínimos necessários para atingir tal fim, o CNJ descuida de alguns dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988 – a dignidade da pessoa humana e o meio ambiente de trabalho equilibrado, sadio. Tais princípios primam pela vida, saúde e integridade física e mental daqueles que compõem o Poder Judiciário e dedicam sua vida, na maioria das vezes, a uma prestação jurisdicional à sociedade como um todo.

É de fundamental importância para sociedade, os serviços que são desempenhados pelos serventuários da justiça, cumprindo despachos, auxiliando o magistrado nas audiências, cumprindo atos ordinatórios, atendendo aos jurisdicionados, enfim, esforçando-se para a contribuição de uma boa e eficiente prestação jurisdicional.

Logo, os servidores do Poder Judiciário, em particular, os da Justiça Comum Estadual, trabalham em meio a uma estrutura muito precária, posto que, faltam-lhes equipamentos suficientes, tais como: computadores, *scanners*, copiadoras, programas mais eficientes e modernos e etc, para executarem com maior rapidez os cumprimentos de processos. Há que se ressaltar, de igual modo, a falta de servidores nos cartórios judiciais para atenderem a demanda diária de ações que chegam à justiça. Associada a tudo isso, ainda existe a preocupação constante em cumprir as metas estabelecidas pelo CNJ, geralmente com imposições de prazos muito curtos para o seu cumprimento.

Passados cinco anos do início da implementação da política de metas pelo CNJ, talvez seja este o momento oportuno para que a Justiça Comum, juntamente com seus servidores e com a sociedade, questionem e elaborem propostas a respeito da adequação entre o cumprimento das metas judiciais e das promoções por merecimento de juízes, com a integral proteção e respeito à dignidade humana de seus servidores, priorizando, não só, de um lado a celeridade processual, bem como, do outro, o direito que respeite um ambiente de trabalho saudável, bem como a integridade mental e física de seus serventuários.

O presente trabalho tem por escopo estudar, em linhas gerais, as diretrizes implementadas pelo CNJ, no que tange ao cumprimento de metas, visando a celeridade processual; bem como, esclarecimentos acerca da falta de meios para sua efetivação, no que acarreta a desumanização do serviço público. Quanto ao método de abordagem, foi empregado o dedutivo, o qual parte de um foco geral para se descobrir questões mais específicas que estejam intimamente ligadas ao contexto geral.

2 BREVE HISTÓRICO ACERCA DA EVOLUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O ser humano inicia sua caminhada nesta sociedade estabelecendo convívios sociais entre seus semelhantes desde as primeiras manifestações de vida encontradas outrora e a sua interação com o meio existente.

Nesta evolução circunstancial determinados modos comportamentais foram sendo estipulados de forma bastante natural, repetidos por estas figuras que harmonicamente conviviam.

A estas manifestações pessoais damos o nome de costumes e se regem em virtude da cultura, da crença e dos valores, proeminentes de cada comunidade. Nestas condições, pondera Brancato (1973, p. 205):

[...] algumas normas há em nossa sociedade que, embora não escritas, são obrigatórias. Tais normas são ditadas pelos usos e costumes e não podem deixar de ser cumpridas, muito embora não estejam gravadas numa lei escrita. Aliás, mais cedo ou mais tarde determinados costumes acabam por ser cristalizados em uma lei, passando, pois, a integrar a legislação do país.

A busca de uma sociedade mais imparcial é algo proeminente para qualquer líder, governante, pensador ou jurista que dedica boa parte de sua vida em função de encontrar uma saída para este tipo de problema.

Problema este que se encontra totalmente visível em qualquer sistema de manutenção de poder em que seus pilares sejam baseados em princípios defendidos por parte dos jusnaturalistas implantados aqui em nosso mundo moderno.

Em contrapartida muitas vezes acabamos cometendo direcionamentos individuais quando clamamos por algo, pois somos livres para requerer caminhos nesse sentido. Entretanto, muitas vezes, não respeitamos a “individualidade coletiva” para aqueles que fazem parte do mesmo estado como regido no Contrato Social que assinamos tacitamente ao nascermos.

Segundo Di Pietro (2007, p. 52) “então foi exatamente com o intuito de gerar mais imparcialidade dentro dos serviços fornecidos por parte do estado que a Administração Pública foi criada, sendo a mesma estendida para os todos os chamados “órgãos” dos três poderes”.

As imposições legais feitas por parte do Estado obrigam o cidadão a emitir um comportamento que forçosamente não correspondente a seus moldes familiares e um certo tipo de respeito das “individualidades” onde aqueles que requisitam este tipo de comportamento legal nem sempre corroboram reciprocamente com esta imposição.

Imposição esta que dentro do campo do direito natural é algo extremamente inaceitável e, pois, existe a necessidade da interpretação isolada, algo que encontramos conforto e do qual é condição *sine qua non* para sua sustentação que esteja na subjetividade. Já no campo do Direito Positivo este tipo de conotação não encontra respaldo e acaba se tornando algo muitas vezes taxado de utópico.

Neste tipo de emissão de parecer colocamos em discussão todo o nosso ordenamento jurídico e burocrático partindo de um pressuposto em que o funcionamento do sistema Jurídico, modelo e padrão, que os representantes de um poder paralelo ao estado exigem hoje em dia é algo quase que inatingível em virtude de inúmeros fatores que elencaremos a frente.

Para Meirelles (2005, p. 83), é a atividade do Estado “in concreto para a satisfação de seus fins de conservação, de bem-estar individual do cidadão e de

progresso social” aqueles que nela labutam de maneira a não permitir a execução dos trabalhos ora solicitados em virtude de fatores negativos.

3 SURGIMENTO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ

Assevera Gonçalves Filho (2010, p. 8), que o Poder Judiciário já sofreu inúmeras mudanças com o objetivo de amenizar o andamento processual, porém com poucos resultados práticos:

É evidente que as causas da crise do Poder Judiciário não envolvem apenas a destreza no uso do processo. Há muitos outros problemas, até mais relevantes, como a precária informatização, decorrente do descaso em investimentos na área, razão porque pode-se falar em estrutura precária, a falta de qualificação de servidores, a falta de imposição de um programa de metas e resultados, o desperdício de recursos humanos e materiais pela sua má alocação, a falta de controle, falta de informações em tempo real e falta de gerenciamento estratégico dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário frente aos órgãos judiciários de primeiro grau.

Como resposta aos anseios da sociedade que clamava por uma prestação jurisdicional de melhor qualidade, bem como pela constatação de um enorme saldo de processos a espera de um julgamento, de uma decisão de um cumprimento, surge o Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

O CNJ é uma instituição pública que foi criada pela Emenda Constitucional 45, em 31 de dezembro de 2004 e instalado em 14 de junho de 2005. Com sede em Brasília, mas com atuação em todo o território nacional, tem como função precípua, aperfeiçoar o trabalho desenvolvido no sistema judiciário brasileiro, mormente no que tange a função de controle externo do Judiciário.

A estrutura do CNJ esta prevista no art. 103-B da Constituição Federal e, quanto às suas atribuições, encontram-se elencadas no parágrafo 4º do mesmo artigo. Senão vejamos:

Art. 103-B. Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida uma recondução. (...) §4º. Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem atribuídas pelo Estatuto da Magistratura (BRASIL, 2013).

A Constituição Federal dá o alicerce, mas é no Regimento Interno do CNJ que está disciplinada a real organização deste órgão. O CNJ, conforme disciplinado acima (Art. 103-B, da CF/88) é composto de quinze juristas, de atuações diversas. Dentre estes, encontra-se o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, que será o próprio Presidente da Corte; um Ministro do Superior Tribunal de Justiça; um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; um Desembargador de Tribunal de Justiça; um Juiz Estadual; um Juiz Federal; um Juiz do Tribunal Regional Federal; um Juiz do Tribunal Regional do Trabalho; um Juiz do Trabalho; um membro do Ministério Público da União; um Promotor de Justiça Estadual; dois advogados; e dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação sem mácula. Salvo o Presidente do STF, os demais integrantes do CNJ são nomeados pelo Presidente da República, após serem aprovados por maioria absoluta no Senado Federal.

Todos esses membros ocupam posições de Conselheiros, com exceção do Ministro do STF, que ocupa o cargo de Presidente da referida Corte. O CNJ, além das funções elencadas no §4º do art. 103-B da CF/88, também dedica-se ao desenvolvimento e coordenação de programas a nível nacional nas áreas como Meio Ambiente, Direitos Humanos, Tecnologia e Gestão Institucional.

Quanto ao acesso a esse Conselho, não há a exigência de se constituir um advogado para peticionar, qualquer cidadão poderá acioná-lo, desde que preencham alguns requisitos previstos no Regimento Interno do CNJ (CONSELHO..., 2013).

Logo abaixo, a transcrição do trecho de Rui Barbosa em 1921, no seu discurso “Oração aos Moços”, quando demonstra claramente a sua preocupação com o judiciário:

Nada se leva menos contas, na judicatura, a uma boa fé de ofício que o vezo de tardança nos despachos e sentenças. Os códigos se cansam debalde em o o punir. Mas a geral habitualidade e a convivência geral o entretém, inocentam e universalizam. Destarte se incrementa e desmanda ele em proporções incalculáveis, chegando as causas a contar a idade por lustros, ou décadas, em vez de anos. Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente (BARBOSA, 1997, p. 39).

Portanto, fica bastante evidenciado que a crise do Judiciário vem de longas datas. Nesse sentido, D'Urso traz uma análise coerente e interessante acerca dos motivos que envolvem o Judiciário, vejamos:

O dado é revelador: de cada 10 processos nas prateleiras do Judiciário, apenas três são julgados no ano, significando que a taxa de congestionamento da Justiça, em todos os ramos, é de 70%. Quarenta e três milhões de processos aguardam julgamento pela Justiça de nosso país. Esses números assustadores demonstram a gravidade da crise a que está submetido o Poder Judiciário no Brasil. O que fazer para garantir aos cidadãos o acesso à justiça, requisito fundamental, na verdade o mais básico dos direitos humanos, de um sistema jurídico moderno? As soluções, bastante conhecidas e difundidas em todas as áreas de operação do Direito, apontam para a melhoria qualitativa e quantitativa das estruturas do Judiciário. Melhoria que implica, preliminarmente, aumento da dotação orçamentária àquele Poder. O Poder Executivo libera o orçamento do Judiciário em duodécimo, sendo o valor total muito restrito quando comparado aos recursos dos outros dois poderes, comprometendo, assim, os princípios constitucionais da independência e harmonia entre eles. O aumento da base orçamentária é absolutamente necessário para a expansão da cota de juizes por habitantes no país. Hoje, contamos com um corpo de 15 mil juizes, o que significa um juiz para cada 30 mil habitantes, enquanto, por exemplo, na Alemanha, a proporção é de um juiz para cada 3 mil habitantes. Para chegarmos a essa equação, deveríamos dispor de um contingente de 150 mil juizes. Cada juiz, para dar conta dos serviços, conta com 20 servidores, incluindo-se aqui os cartorários. O número médio de processos por juiz é de 3.400, mas há Estados, como Rio de Janeiro, Ceará e São Paulo, onde esse volume mais do que dobra, chegando a 8 mil processos por magistrado. Portanto, a primeira medida substantiva a ser tomada deveria ocorrer na área dos recursos humanos (D'URSO, 2008, p.1).

Percebe-se que as questões discutidas acerca da crise do judiciário, não configuram novas concepções, mas sim, teorias discutidas já há muito tempo por juristas e doutrinadores de Direito.

3.1 METAS DO CNJ

As três primeiras Metas do CNJ, foram estabelecidas no ano de 2008, para serem cumpridas no ano seguinte. A primeira, dedicou-se ao quesito “adoção de planejamento estratégico e uso de ferramentas eletrônicas”; e as duas seguintes, voltadas para a “prestação jurisdicional”, elegendo o dia 31 de dezembro de 2009, como prazo para julgamento das ações distribuídas até 31 de dezembro de 2005 e a redução de 20% (vinte por cento) nos 25 milhões (vinte e cinco milhões) de Execuções Fiscais ajuizadas.

Esta iniciativa veio para exigir do Poder Judiciário a efetivação ao cumprimento do disposto no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, a saber: “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, 2013).

Com o objetivo principal de oferecer um caráter mais impessoal que o já existente o Conselho Nacional de Justiça acaba por reconhecer uma máxima estudada por Macmillan (1949, p. 46):

Muitas vezes que nossas decisões de cunho artificial são antecipadas por algum tipo de sentimento independente de querermos que aconteça ou não. Seria a separação entre Emoções e Razão de uma forma não proposta como existem nos artigos dos códigos estudados no nosso direito.

A meta 2 do ano de 2009 teve uma grande importância no cenário nacional, posto que fez o Judiciário reconhecer a necessidade de um planejamento mais eficiente para a implementação dessas metas.

De outra banda, as metas 1 e 2 de 2010 não apresentaram novidades com relação aos resultados obtidos na meta 2 de 2009. Enfim, o CNJ é uma realidade em nosso ordenamento jurídico e se propõem a punir aqueles que não adotarem os seus 18 (dezoito) objetivos estratégicos, quais sejam:

- 1 Garantir a conformidade aos Princípios Constitucionais na atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário.
- 2 Prevenir e corrigir desvios de conduta dos membros e órgãos do Poder Judiciário.
- 3 Garantir o alinhamento estratégico em todas as unidades do Judiciário
- 4 Garantir o cumprimento das deliberações do CNJ.
- 5 Garantir a precisão no diagnóstico da realidade do Judiciário.
- 6 Promover a modernização tecnológica do Poder Judiciário.
- 7 Fomentar a interação e a troca de experiências entre Tribunais.
- 8 Fortalecer e harmonizar as relações entre os Poderes, setores e instituições.
- 9 Fortalecer e harmonizar as relações entre os Poderes, setores e instituições.
- 10 Aprimorar a comunicação com públicos externos.
- 11 Promover a cidadania e disseminar valores éticos e morais por meio de atuação institucional efetiva.
- 12 Garantir a agilidade nos trâmites judiciais e administrativos.
- 13 Buscar a excelência na gestão de custos operacionais.
- 14 Desenvolver conhecimentos, habilidades e atitudes dos conselheiros, magistrados e servidores.
- 15 Motivar e comprometer conselheiros, magistrados e servidores com a execução da Estratégia.
- 16 Garantir a infra-estrutura apropriada às atividades.
- 17 Garantir a disponibilidade de sistemas essenciais de TI.

18 Assegurar recursos orçamentários necessários para a execução dos objetivos da estratégia (GESTÃO, 2013).

Definidos objetivos acima elencados, o CNJ tratou de estipular uma série de metas a serem cumpridas por parte dos servidores e magistrados.

3.2 O SISTEMA DE METAS IMPOSTO PELO CNJ E OS FATORES EXTERNOS INFLUENCIANDO NAS DECISÕES JUDICIAIS BEM COMO NO CUMPRIMENTO DAS METAS

A principal meta do CNJ é eliminar as arestas existentes entre o normativo e o pessoal que, por muitas vezes, são casos extremamente normais de acontecer, pois é apontado como sendo algo não inerente à vontade humana artificial e sim ao emocional do homem enquanto seu estado de natureza animal.

Desta forma, a pretensão é que magistrados e funcionários caminhem de acordo com os pilares da manutenção do poder é algo perceptível dentro desta seara dissertativa, pois o bem da coletividade tem sempre que superar o individual independente da prerrogativa ao qual o mesmo se agarra, inclusive eliminando determinados tipos de decisões que venham a favorecer determinados grupos aos quais pertençam determinados juristas.

Para o ano de 2013 as metas, de forma expressa, taxativa e direta são as seguintes:

Meta 1 – Todos os segmentos de justiça

Julgar quantidade maior de processos de conhecimento do que os distribuídos em 2013.

Meta 2 – Todos os segmentos de justiça

Julgar, até 31/12/2013, pelo menos, 80% dos processos distribuídos em 2008, no STJ; 70%, em 2010 e 2011, na Justiça Militar da União; 50%, em 2008, na Justiça Federal; 50%, em 2010, nos Juizados Especiais Federais e Turmas Recursais Federais; 80%, em 2009, na Justiça do Trabalho; 90%, em 2010, na Justiça Eleitoral; 90%, em 2011, na Justiça Militar dos Estados; e 90%, em 2008, nas Turmas Recursais Estaduais, e no 2º grau da Justiça Estadual.

Meta 3 – Justiça Militar Estadual

Julgar 90% dos processos originários e recursos, ambos cíveis e criminais, e dos processos de natureza especial em até 120 dias.

Meta 4 – Justiça Militar Estadual

Implantar o processo judicial eletrônico em 25% das unidades judiciárias.

Meta 5 – Justiça Federal

Designar audiências e realizar demais atividades de conciliação adequadas à solução de conflitos em número maior do que o ano de 2012.

Meta 6 – Justiça Federal

Implementar gestão por processos de trabalho (gerenciamento de rotinas) em 100% das turmas recursais.

Meta 7 – Justiça Eleitoral

Modelar pelo menos 5 processos de trabalho das unidades judiciárias de 1º Grau da Justiça Eleitoral.

Meta 8 – Justiça Eleitoral

Implantar e divulgar a "Carta de Serviços" do 2º Grau da Justiça Eleitoral.

Meta 9 – Justiça do Trabalho

Implementar o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO) e Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA) em, pelo menos, 65% das unidades judiciárias e administrativas.

Meta 10 - Justiça do Trabalho

Realizar adequação ergonômica em 20% das unidades judiciárias de 1º e 2º Grau.

Meta 11 – Justiça do Trabalho

Capacitar, com duração mínima de 20 horas, 50% dos magistrados e 50% dos servidores na utilização do Processo Judicial Eletrônico (PJe) e em gestão estratégica.

Meta 12 – Justiça do Trabalho

Implantar o Processo Judicial Eletrônico (PJe) em pelo menos 40% das Varas do Trabalho de cada tribunal.

Meta 13 – Justiça do Trabalho

Aumentar em 15% o quantitativo de execuções encerradas em relação a 2011.

Meta 14 – Justiça do Trabalho

Executar, até setembro de 2013 pelo menos 65% do orçamento anual disponível, excluídas as despesas com pessoal.

Meta 15 – Justiça Militar da União

Desenvolvimento do sistema de gestão eletrônica de processos, documentos, arquivos e informação (fase 3) – prontificar a modelagem de processos de negócio atuais.

Meta 16 – Todos os segmentos

Fortalecer a estrutura de controle interno no Tribunal.

Meta 17 – Todos os segmentos

Desenvolver, nacionalmente, sistemas efetivos de licitação e contratos.

Meta 18 – Justiça Federal e Estadual e Superior Tribunal de Justiça

Identificar e julgar, até 31/12/2013, as ações de improbidade administrativa e ações penais relacionadas a crimes contra a administração pública, distribuídas até 31/12/2011 (METAS, 2013).

Realizações de parcerias foram feitas entre o CNJ, os Tribunais de Justiça, os Tribunais Federais, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais de Contas, com o escopo de aperfeiçoar e alimentar o Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por ato de improbidade administrativa.

Este tipo de aresta só vem a calcificar ainda mais a existência do referido sistema, mas as perguntas que temos a fazer podem ser as seguintes: Nós estamos preparados em termos de aparelhagem, material humano e egocentricamente para as metas proposta por parte do CNJ? Será que os 5 (cinco) princípios constitucionais que regem a Administração Pública não ficaram prejudicados em virtude do cumprimento das referidas metas? Afinal de contas, qual o objetivo final das mesmas?

É cediço como encontra-se atualmente o aparato da justiça brasileira, com inúmeros processos (físicos e virtuais) pendentes de cumprimento por falta de servidores, equipamentos, bem como de investimentos nestes órgãos judiciais, para uma melhor prestação jurisdicional.

Para Streck (1995, p. 64):

Não é novidade a afirmação de que o Poder Judiciário tem tido sua legitimidade arranhada pela crônica demora e custos elevados, entre outros males de difícil superação. Isso leva ao assunto da moda, ou seja, a (*a falta de*) efetividade dos processos judiciais e, enfim, o questionamento acerca da efetividade da justiça brasileira.

Isso tudo sem falar nos nossos magistrados que em sua labuta diária tem obrigação de proferir mais sentenças do que o corpo e mente conseguiriam produzir. E o resultado disso é exatamente a queda da qualidade em prol de um cumprimento de metas que objetivamente concordam com os números propostos por estatísticos, mas que pecam em deixar o caráter da subjetividade, bandeira maior do direito natural a espera de uma burocracia menos negativa.

Pombo apresenta alguns dados estatísticos quanto aos juízes do âmbito da Justiça Trabalhista, de onde podemos concluir ser esta também a realidade nos outros Tribunais:

Um terço dos juízes trabalhistas esteve de licença médica nos últimos 12 meses. Entre abril e maio, 26% tiveram algum problema de saúde. O principal problema é o excesso de trabalho, como mostra uma pesquisa realizada pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) [...]. O resultado do levantamento, feito a pedido da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), [...]. Na pesquisa, os juízes reclamam de excesso de trabalho e condições precárias para o exercício de suas atividades. De acordo com o estudo, 84% dos entrevistados levam processos para casa, 70% trabalham nos finais de semana e 64% nas férias. Os prazos estabelecidos pela legislação são curtos para determinados processos. Isso causa ansiedade e pode desencadear desconforto emocional, diz o presidente da Anamatra. Depois da lombalgia, a depressão é a doença que mais afeta os profissionais. Segundo a pesquisa, 41,5% declararam ter diagnóstico médico de depressão, sendo que 17,5% afirmaram usar medicamentos controlados. O estudo mostra ainda que 26% dos juízes estão com sobrepeso e 24% são obesos. [...] O estudo vai gerar discussões para equilibrar as condições de trabalho com os objetivos estabelecidos pelo CNJ, afirma Athayde Chaves. Não é questão de reduzir ou elevar as metas, mas repensar as condições de trabalho fundamentais para se ter eficiência, [...]. Nas Varas do Trabalho, o tempo médio para uma sentença é de 29 dias, de acordo com o Tribunal do Trabalho (TST). Nos Tribunais regionais, a média é de 119 dias. Na Corte Superior, chega há 758 dias (POMBO, 2011, p.1).

Logo, percebe-se que se trata de questões complexas e o CNJ precisa também inteirar-se da realidade em que se encontra a Justiça Brasileira, em particular a Justiça Comum Estadual. O caminho a ser percorrido é longo e que para obtenção de resultados efetivos, é necessário à harmonização entre as metas a serem cumpridas e parte humana.

Então ficamos nesse paradigma: de um lado se encontram aqueles que pretendem interpor um padrão para a manutenção do poder e do outro aqueles que labutam de acordo com este padrão, mas que alegam ser impossível sua completa execução em virtude das pouquíssimas condições para que isto aconteça.

A Constituição Federal elenca quais princípios regem ou orientam a Administração Pública, senão vejamos:

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** e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 2013, grifo nosso).

De acordo com o texto Constitucional do artigo 5º, II, no que tange ao Princípio da Legalidade: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 2013).

É a máxima expressão da positividade jurídica existente em nosso direito com resquícios advindos da Constituição Francesa que impõe um padrão de obrigatoriedade para a prática de um ato no campo racional.

A legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso (MEIRELLES, 2005, p. 67).

Ou seja, estabelece o modelo padrão em que a administração obrigatoriamente tem que se guiar, por lidar com a coletividade e não de acordo com pensamentos singulares.

No que tange ao Princípio da Moralidade uma celeuma de caráter positivo foi um divisor de águas necessário resultando em um texto interpretativo do Âmbito Hermenêutico o que acabou gerando uma análise positiva por parte do STF de que seria de extremo interesse e relevância para o estado, senão vejamos:

Poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (art 37 da CF). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral. Como ensina Jesus Gonzales Perez "el hecho de su consagracion em uma norma legal no supone que com anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido tal carácter"(El principio de buena fé em el derecho administrativo. Madri, 1983. p. 15). Os princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio. O agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César. (STF - 2ª T. Recurso Extraordinário nº 160.381 -SP, Rel. Min. Marco Aurélio, v.u.; RTJ 153/1.030) (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL..., 2013).

A moral que segundo nossa interpretação faz referência a um conjunto de fatores de ordem social permissíveis e não ofensivos, dá um contorno de enquadramento cosmológico com aquilo que é tido por algo proeminente de todo um povo e a demonstração de tais fatores como sendo de caráter obrigacional para a ocupação de cargo público fecha um pensamento em que não são toleráveis atos contrários a referida condução humana.

O Princípio da Impessoalidade define um dos maiores alicerces do mundo jurídico que é o caráter Impessoal das ações e decisões do homem racional.

Este princípio traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou peculiares [...]. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da legalidade ou isonomia (MELLO, 2002, p. 60).

Ou seja, é a extração do cunho pessoal para a feitura de atos do poder público por versar em prol de uma coletividade de forma centrípeta. Quanto ao Princípio da Publicidade, elencamos que para a regulação das ações humanas de caráter imparcial e impessoal, tudo aquilo que não tem a pretensão de se tornar público deve ser taxado como nulo de pleno direito por estar completamente maculado em seu nascedouro.

Segundo Silva (2000, p. 653) no tocante à publicidade: "O Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os

administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo”.

Por se tratar de uma coisa pública e que os pertencentes a esta sociedade tem interesse em saber exatamente como caminham os referidos órgãos responsáveis por tais funções.

E, enfim, chegamos ao Princípio da Eficiência que, como o próprio sentido morfológico já diz, tem por caracterização obrigacional para a Administração Pública a produção de resultados rápidos, precisos, corretos e similares a função regimental de maneira que venham a ser úteis aos anseios da sociedade e é neste padrão organizacional que mais se sustenta a necessidade do sistema de Metas do CNJ, pois renega a lentidão, o descaso, a negligência e a omissão.

Entende Mello (2002, p. 104) que:

Mais parece um adorno agregado ao art. 37/CF, que não pode ser concebido senão na intimidade do princípio da legalidade e, finalmente, que é uma faceta de um princípio mais amplo, já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da boa administração.

Por sua vez, Figueiredo (2001, p. 63) diz que:

É de ser perquirir o que muda com a inclusão do princípio da eficiência, pois, ao que se infere, com segurança, à Administração Pública sempre coube agir com eficiência em seus cometimentos.

Na verdade, no novo conceito instaurado de Administração Gerencial, de “cliente”, em lugar de administrado, o novo “clichê” produzidos pelos reformadores, fazia-se importante, até para justificar perante o país as mudanças constitucionais pretendidas, trazer ao texto o princípio da eficiência.

Tais mudanças, na verdade, redundaram em muito pouco de substancialmente novo, e em muito trabalho aos juristas para tentar compreender figuras emprestadas, sobretudo do Direito Americano, absolutamente diferente do Direito brasileiro.

O questionamento que se faz é em relação o binômio, resultados obtidos e recursos empregados, de maneira que se cobrar um resultado advindo de uma matéria estrutural para a conclusão do mesmo é algo tido por muitos como tão redundante quanto se querer extrair o som de um violino Stradivarius do Século XVIII, construído com uma matéria prima ainda estudada e não concluída sua convergência, com algo feito com qualquer tipo de madeira contemporânea e selagem rasteira.

Entretanto, e se invertermos a pergunta? Se questionarmos por que se conseguia construir um instrumento de tão rara beleza harmônica e sonoridade advinda de materiais ainda não pacificados quanto a sua origem com tão poucos recursos para a época? Será que Antonio Stradivari ou qualquer outro Luthier da idade média, não criaria o mesmo violino com os recursos que temos hoje mesmo não pertencendo a melhor, fisicamente amparada, mais moderna enfim, fábrica de instrumentos musicais?

Bem, acreditamos que a suposta ineficiência para a conclusão laboral é um misto de falta de estrutura funcional e física, pois, o homem é um ser adaptável a qualquer tipo de situação que não interfira em seus limites corporais.

Em existindo este tipo de problema, há de se rever os conceitos internos a respeito das referidas metas em harmonia com os princípios que regem o artigo 37 da nossa Constituição Federal, mas principalmente se fazer um questionamento a respeito do quadro funcional para a execução do trabalho proposto.

Em não existindo material humano compatível com o que fora estipulado (e isto tanto faz que seja em números, em capacidade científica ou funcional) enfim, a normatividade imposta por parte do CNJ em forma de Metas se tornará um conjunto de letras vazias em nosso ordenamento jurídico.

Diante deste liame social, no que tange aos objetivos ora propostos por parte do conselho nacional de justiça, o nascimento do mesmo se deu para que arestas jurídicas sejam aparadas ao máximo e que os fatores emocionais ou pessoais não interfiram ou interfiram o mínimo possível na produção das decisões.

Sendo assim, o controle exercido por parte do CNJ é estabelecido por pessoas, que mesmo em sendo do mais alto grau de conhecimento jurídico são passíveis de cometer falhas principalmente de caráter emocional. Desta forma, uma dúvida nos chega: E quem controla os controladores?

3.3 METAS DO CNJ X MEIOS PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO

Consideramos de suma importância esclarecer essa colisão de princípios entre: direito à duração razoável do processo x propiciar meios adequados que assegurem sua tramitação célere, de forma equilibrada, preservando a saúde de juízes e servidores do Poder Judiciário.

É muito salutar a intenção do CNJ, no que diz respeito à imposição de metas a serem cumpridas. No entanto, o primeiro passo deveria ser um planejamento, baseado na realidade de cada Estado, ou seja, a quantidade de processos em andamento, a quantidade de Juízes e Varas, a quantidade de servidores para dar impulsionamento aos feitos, os equipamentos (computadores, *scanners*, impressoras, etc.). Enfim, deveria ter toda uma logística, um planejamento condizente com a realidade e não, simplesmente, impor metas a serem cumpridas em prazos pré-estabelecidos.

Atualmente esta havendo uma sobreposição de princípios, ou seja, a prestação jurisdicional, face a pressão imposta pelo CNJ, está perdendo muito a qualidade, em virtude de se estar priorizando mais a quantidade do que a qualidade.

Neste diapasão, como se pode prestar merecidamente à sociedade uma boa prestação jurisdicional sem os meios adequados? Mister se faz uma ampliação e treinamentos adequados a servidores e juízes, bem como um bom aparelhamento.

Também não se pode descuidar da saúde desses servidores que, nos últimos anos (segundo afirmam os próprios servidores do Judiciário), aumentou em muito os casos de depressão, LER (Lesões por Esforços Repetitivos), e outras doenças ligadas ao fator estresse (cardiopatias, diabetes, síndromes do pânico, dentre outras até mais graves).

Os servidores do Poder Judiciário são a mola propulsora do cumprimento das decisões judiciais. Portanto, é de extrema necessidade que se cuide muito bem, ou ao menos, com mais dignidade desses servidores.

Afinal, a considerar toda a celeuma que envolve os conflitos judiciais, a cada dia aumenta assustadoramente as quantidades de ações propostas, muitas, até sem fundamento. Mas, como não se pode negar o acesso ao judiciário, por ser um direito constitucional, a população, dado a nossa cultura que não é a da conciliação, e sim de litígio, sempre recorre ao judiciário.

E os servidores, a quem recorrer com tantos processos para dar cumprimento? A resposta é simples, trabalhar até se chegar à exaustão; caso contrário, não terá cumprido o estabelecido pelas Metas do CNJ.

E a saúde desses servidores? Certamente, cada vez mais comprometida. Hoje, a quantidade de licenças para tratamento de saúde aumentou muito, sem falar no emocional que fica bastante comprometido, haja vista a exigência imposta aos

cumprimentos exigidos para a efetivação das Metas do CNJ. No entanto, sem os meios mínimos necessários para tal fim.

É necessária uma harmonização dos princípios constitucionais, quando se trata de uma prestação jurisdicional em tempo razoável (aos jurisdicionados) e o direito aos meios necessários para garantir essa celeridade (aos Juízes e servidores). Nesse contexto, afirma Canotilho (2008, p. 60): “[...] de forma a assegurar, nesse caso concreto, a aplicação coexistente dos princípios em conflito”. – nessa abordagem, vê-se claramente a contra mão em que se encontra a exigência quantitativa de uma tutela jurisdicional efetiva, em detrimento e comprometimento da saúde de Juízes e servidores.

Portanto, a primeira só pode ser efetivada quando a segunda (Juízes e servidores) estiverem em grau de igualdade com essas exigências, ou seja, uma quantidade suficiente de servidores e Juízes, bons equipamentos, incentivos e motivações, carga horária que não extrapole os limites do ser humano, e, inclusive, acompanhamentos médicos, para verificarem a saúde desses.

Certamente, com algumas medidas citadas acima, todos sairiam ganhando; os jurisdicionados, satisfeitos; os servidores e Juízes, podendo cumprir com mais dignidade seu mister. Ademais, essas metas do CNJ, caso não sejam revistas e melhor ponderadas, levando-se em consideração a questão da dignidade humana, está afetando um princípio constitucional.

Senão vejamos:

Art. 5º, CF: 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: (...) 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, 2013, grifo nosso).

Desta forma, violência e poder equiparam-se, tal qual a palavra que é utilizada para a caracterização do termo em alemão: Gewalt. Violência, esta cometida com o poder judiciário em simplesmente exigir e cobrar, entretanto, sem o oferecimento recíproco de tais condições para a conclusão do referido trabalho.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho não tem por escopo negar a importância das Metas impostas pelo Conselho Nacional de Justiça, notadamente no que diz respeito a dar efetividade aos princípios constitucionais, bem como à duração razoável do processo. No entanto, os meios, mínimos que sejam para sua efetivação são bastante escassos; devido, principalmente, as deficiências e má gestão dos nossos tribunais.

Há um enorme abismo entre a capacidade de produção e a demanda; esta aumenta a cada dia; aquela, não acompanha esse avanço. Apesar de algumas medidas adotadas, a exemplo da virtualização da justiça que promete uma maior celeridade na tramitação dos feitos, visto que dispensam-se os processos físicos. Ainda assim, não é suficiente, posto que faltam equipamentos eletrônicos eficientes, um bom suporte, treinamento para os servidores, enfim, faltam os meios para uma melhor recepção dessas metas.

Outro ponto importante em destaque nesse trabalho, a saúde dos servidores e magistrados que, envolvidos nesse processo de atendimento à imposição de cumprimento dessas metas, num curto espaço de tempo, estão em processo de esgotamento físico e mental (principalmente). Pois, é cediço que as dificuldades que a justiça enfrenta vêm de antigas datas, sobretudo, na falta de uma satisfatória prestação jurisdicional.

Nesse diapasão, não é justo com os que labutam com tanto afinco, que, sem uma estruturação prévia e necessária, sejam cobrados, sob pena de responsabilização, o atendimento dessas metas impostas. Mister se faz, antes das imposições, a disponibilização dos meios necessários para tal fim; bem como os esclarecimentos à sociedade acerca da atual situação da justiça e maior clareza no que tange aos meios utilizados.

Ante todo o exposto, fica a esperança de que a sociedade, Operadores do direito, Servidores, Magistrados, gestores, enfim, todos sejam engajados nessa luta por uma Justiça mais célere, mas sem desprezar a humanização a ternura de todos os envolvidos nesse contexto.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Edição popular anotada por Adrino da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BRANCATO, Ricardo Teixeira. *Instituições de direito público e de direito privado*. SP, José Bushatsky, 1973.

BRASIL (Constituição, 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao_compilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2013.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Segunda Turma. 2ª T. Recurso Extraordinário nº 160.381 -SP, Rel. Min. Marco Aurélio, v.u.; RTJ 153/1.030. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24320800/recurso-extraordinario-com-agravo-are-749507-rj-stf>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Em 20/09/2013 STF - 2ª T. Recurso Extraordinário nº 160.381 -SP, Rel. Min. Marco Aurélio, v.u.; RTJ 153/1.030. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/como-peticionar-ao-cnj>>. Acesso em: 12 out. 2013.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Crise no Poder Judiciário*. 2008. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2008/113/>. Acesso em: 13 jul. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GESTÃO Planejamento e Pesquisa do CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento-cnj/483-rodape/gestao-planejamento-e-pesquisa/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-cnj/13075-objetivos-estrategicos-cnj>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

GONÇALVES FILHO, João Gilberto. *O princípio constitucional da eficiência no processo civil*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-085839/>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

MACMILLAN, David Hume. *Investigação acerca do entendimento humano*. (1949). Disponível em: <<http://br.egroups.com/group/acropolis/>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

METAS Nacionais do Poder Judiciário 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-2013>>. Acesso em: 15 out. 2013.

POMBO, Bárbara. Supremo em Debate. *O CNJ e as metas*. 2011. Disponível em: <<http://supremoemdebate.blogspot.com.br/2011/05/cnj-e-as-etapas.html>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

RELATÓRIO BRUNDTLAND – A Versão Original. Disponível em: <<http://ambiente.wordpress.com/2011/03/22/relatorio-brundtland-a-verso-original/>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

RENAULT, Sérgio. *Discurso de Posse*. 2003. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID={65097B8F-6402-4696-A98F-70E8EA365F15}¶ms=itemID={E0AB326E-3A94-4F83-BFC0-6B331D88DA81};&UIPartUID={2218FAF9-5230-431C-A9E3-E780D3E67DFE}](http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID={65097B8F-6402-4696-A98F-70E8EA365F15}¶ms=itemID={E0AB326E-3A94-4F83-BFC0-6B331D88DA81};&UIPartUID={2218FAF9-5230-431C-A9E3-E780D3E67DFE}>)>. Acesso em: 01 out. 2013.

SILVA, José Antônio da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. A crise da efetividade do sistema processual brasileiro. *Revista Direito em Debate*. Ijuí, RS: Unijuí, ano 5, n. 5, p. 64-75, jan/jun. 1995.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO COM RELAÇÃO À MOROSIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL*

CIVIL LIABILITY WITH RESPECT TO THE STATE ON JUDICIAL PERFORMANCE IN THE CONSTITUTIONAL PROVISION

SARA ADRIANA DE MACEDO**
LUCIANA VILLAR DE ASSIS***

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade analisar a responsabilidade civil do Estado com relação à morosidade na prestação jurisdicional, tendo como fundamentado o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, bem como a Emenda Constitucional nº 45. O crescente volume de demandas nos Tribunais propaga a ideia de que a prestação jurisdicional morosa ocorre devido à falta de recursos humanos e administrativos, que suportem o crescimento demasiado dos processos. O entendimento da corrente majoritária é no sentido de que cabe indenização pelo Estado às pessoas que foram lesadas devido à demora, ao não atendimento do princípio da razoável duração do processo e, conseqüentemente, a falta de celeridade processual. O trabalho foi desenvolvido utilizando a pesquisa bibliográfica, sendo realizadas pesquisas em livros, revistas, sites eletrônicos, entre outros. Após as análises entendeu-se que a morosidade na prestação judiciária representa lesão à plenitude da cidadania e, nesse sentido, cabe ao Estado responder objetivamente pelos prejuízos que causar aos cidadãos em função da demora na tutela jurisdicional, seja esta demora decorrente do excesso de serviço, da falta de organização ou de qualquer outro motivo alegado pelo Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Morosidade. Prestação Jurisdicional. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

This article aims to analyze the liability of the State with respect to delays in adjudication, as having founded the art. 37, § 6, of the Constitution and the Constitutional Amendment . 45 . The increasing volume demands Courts propagates the idea that adjudication slow, due to lack of human and administrative resources, which support the growth processes too. The understanding of the current majority believes that it is compensation by the State to the people who were injured vido of the delay, the non-fulfillment of reasonable duration of the process and consequently the celerity. The study was conducted using a literature search, being conducted research in books, magazines, websites and other electronics. After analysis it was understood that the delay in providing legal injury is the fullness of citizenship, and in

* **Recebido em 13 de junho de 2014, aprovado em 20 de junho de 2014.**

** Licenciatura em Geografia, pela UFPB. Bacharel em Direito pela Fesp Faculdades. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pela FIP – Faculdades Integradas de Patos. Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. E-mail: sara.macedo.pb@uol.com.br.

*** Licenciatura em Letras, pela UFPB. Bacharel em Direito pela UEPB. Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Professora da Fesp Faculdades, nas disciplinas Direito Administrativo I e II e Direito Econômico.

that sense it is for the State to respond objectively for the damage caused to citizens due to the delay in judicial review, this delay is due to excessive service the lack of organization or any other reason alleged by the State .

KEY-WORDS: Slowness. Jurisdictional Provision. Liability.

1 INTRODUÇÃO

A palavra responsabilidade deriva do termo latim *spondeo*, como aduz Gonçalves (2012, p.19) e nos traz a ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, enfim, reparação do patrimônio – moral e material – de outrem por parte de quem causou um dano.

Com o passar do tempo o direito romano evoluiu para a lei de Talião, “olho por olho, dente por dente”, num momento em que já despontava certa soberania, de modo que, embora ainda que violenta e primitiva, pelo menos se admitia uma certa proporcionalidade entre o dano e a reparação. Esse processo evolutivo culmina com a lei Aquiliana, quando se transfere para o Estado o direito de punir.

Contudo, foi no direito francês que a responsabilidade civil ganhou novos contornos, quando se passou a considerar o elemento culpa como essencial ao dever de indenizar, bem como a divisão em responsabilidade civil e penal.

Enquanto a responsabilidade civil dos indivíduos e das organizações privadas funda-se na teoria subjetiva, também denominada *aquiliana*, adotada pelo Código Civil de 2002, que exige a prova do ato ilícito, da conduta culposa ou dolosa, do dano e do nexo de causalidade, a responsabilidade civil da Administração Pública funda-se na teoria objetiva, esta que dispensa a apuração do dolo ou culpa, bastando a demonstração do ilícito por ato omissivo ou comissivo, do dano e o liame entre o fato danoso e a conduta do agente público.

A Constituição da República adotou, em relação à responsabilidade do Estado, a teoria objetiva, fundada no risco administrativo, segundo a qual o Estado é responsabilizado pela falha ou falta no serviço público, serviço que deveria ser prestado com máxima eficiência. Sujeitam-se a essa responsabilização os entes e empresas da administração direta e indireta, bem como os agentes privados no exercício de atividades públicas, a exemplo dos concessionários e permissionários.

Independente de prova da culpa ou dolo, essa responsabilidade objetiva justifica-se pelo fato de o Estado exercer atividades que, em regra são perigosas

para a sociedade. Por tal motivo, o risco deve ser assumido integralmente por quem a exerce, pois, da mesma forma que os benefícios são socializados, também deve ser socializado eventuais prejuízos decorrentes da atuação dos agentes estatais no exercício de suas funções.

Nesse contexto, é assente na doutrina e jurisprudência pátrias a incidência da responsabilidade civil objetiva do Estado, independente da prova do dolo ou culpa, em relação ao Poder Executivo, a quem compete à função precípua da Administração Pública, em todos os níveis da Federação (municipal, estadual, distrital e federal). Já em relação aos Poderes Legislativo e Judiciário, estes podem ser responsabilizados quando no exercício de atividades atípicas, de administração pública, pois, no exercício das atividades típicas – legislar e prestação jurisdicional – há divergências doutrinárias e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inadmite essa possibilidade em relação a erros judiciários.

Os que defendem a impossibilidade de responsabilidade civil por erro judiciário, afora as hipóteses legais, centram-se na preservação dos poderes que os magistrados devem dispor no exercício de julgar, que ficaram seriamente ameaçados; na violação da coisa julgada, que implicaria séria afronta à segurança jurídica; sobretudo no fato de que as partes dispõem de um amplo sistema recursal, em três instâncias distintas, com todas as garantias ao contraditório e à ampla defesa, sem contar a possibilidade de rescindir a sentença, depois de transitada em julgado, por meio de revisão criminal ou ação rescisória, de modo que, neste contexto, a prevalência de erro humano revela-se quase impossível.

Numa economia de mercado e sociedade de classes os conflitos se multiplicam. Também se multiplicam as reclamações por uma solução rápida e eficaz das demandas judiciais, na mesma celeridade com que se movem as transações na iniciativa privada e as realizadas pelos indivíduos no seu cotidiano, afinal, o tempo representa valor econômico.

A pesquisa ora proposta se desenvolverá sob a tutela da teoria social crítica, com o propósito de revelar a dinâmica da responsabilidade civil do Estado em face da morosidade do Poder Judiciário, no tocante aplicabilidade da prestação jurisdicional, buscando ver suas falhas, omissões na perspectiva jurídico-social.

A direção metodológica adotada fundamenta-se no método dialético, que apreende a realidade de forma contraditória, em permanente transformação e sendo síntese de múltiplas determinações.

Nessa perspectiva, vislumbra-se com a pesquisa que ora se projeta realizar, estudar até que ponto a ineficiência e a morosidade do sistema judiciário, na sua atividade finalista, são capazes de ensejar o dever de reparação por falha do serviço, com enfoque para a responsabilidade civil objetiva do Estado, e discutir a possibilidade de passível de indenização, do Poder Judiciário, se não por erro judicial, mas pelos danos decorrentes da morosidade na prestação jurisdicional, que é patente e afronta a Constituição da República, embora prescreva, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, que a todos se distinção, na esfera judicial e administrativa, seriam assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantissem a sua celeridade.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Segundo relatos históricos, bem como a doutrina pesquisada, o homem inicia sua vivência em sociedade a partir do momento da sua existência nesse planeta, pois, o mesmo tende a se organizar socialmente resultando uma troca de informações, ideias, pensamentos, argumentações contrárias, concordância funcional e assim, a convivência acaba se tornando evolutivamente mais produtiva. Mas, é em Atenas onde essa organização acaba tomando um formalismo externamente visível.

Uma das grandes referências que trata do assunto organizacional do Estado é o pensador Aristóteles quando, em sua obra “Politica”, relata que, mesmo os animais irracionais, conseguem se organizar em comunidade, dando inclusive, como exemplo, uma colmeia e um formigueiro, mas que o homem é um animal político e, assim sendo, acaba utilizando de suas virtudes e da razão para seu crescimento, o que acaba gerando divergências. Sobre estas divergências o mesmo aponta para a necessidade de um “comando” externo de ações e omissões que iria amortizar tais deslindes. (HOBBS, 2001, p.129)

Marcada por uma era em que a sociedade escravocrata dominava, onde estas mesmas figuras realizavam o trabalho braçal enquanto que os membros da

sociedade, já que nem todos eram considerados “cidadãos”, pensavam as saídas adequadas para o caminhar do próprio povo.

A política, cruzamento do “pensamento racional” e da *polis*, tem finalmente um terreno tão amplo, que seus limites confundem-se com os limites do humano, é um valor tão eminente, que de certo modo engloba todos os outros valores (WOLFF, 1999, P.14).

Para Aristóteles, o contexto da política, quanto a *polis* devem ser governadas por um líder, por um comandante. No caso da primeira por um “ecônomo” ou “patrão”, já para a segunda esse governante deve ser um rei ou o político. Todavia, enfatiza – contrariando as ideias de seu mestre Platão –, existe uma diferença entre quem governa uma família e quem governa uma cidade, e essa diferença não é de grandeza e sim de espécie (ARISTÓTELES, 2001, p. 14).

Deve-se, entretanto, a Aristóteles (384-322 a. C.), na obra *Política*, além de um quadro dos regimes vinculando-os dois a dois (realeza e sua degradação em tirania, aristocracia e seu desvio para a oligarquia, república e sua deterioração para a democracia), o fato de haver reconsiderado o conjunto do problema sem ceder às exigências de uma forma única de unidade, determinada pela concepção platônica do Estado (ARISTÓTELES, 2001, p. 37).

Como observador da vida pública, do interior do Liceu fundado em 335 a. C., Aristóteles propõe análises que conservaram o prestígio por muito tempo, as quais tendem a conceber a política como uma ciência prática destinada a dar ao político (*nomotheta*), os meios de visar, caso a caso, a melhor maneira de organizar a cidade, abstendo-se, se necessário, de certas ações. A cidade, o reconhece no fim de sua pesquisa sobre a diversidade das situações, repousa sobre uma sociabilidade natural, e constitui uma invenção própria para perpetuar o bem soberano, especificidade que exclui os animais, bem como os deuses. (ARISTÓTELES, 2001, p. 38).

Quaisquer que sejam as práticas “naturais” da vida, elas são, evidentemente, sociais. Mas a cidade a garantia indispensável para a realização da verdadeira sociabilidade, a consciência de uma existência política. A naturalidade da associação política é claramente entendida numa estrita analogia como o mundo orgânico, como um corpo cujos membros não podem subsistir autonomamente fora do todo: assim, na sociedade os indivíduos e os grupos sociais não podem subsistir fora dela.

A evolução no âmbito social e político, principalmente após a segunda guerra mundial, não permitiu a consolidação de regimes ditatoriais, nascendo assim os primeiros ensaios voltados para o Estado Democrático de Direito, como forma de proteger o cidadão e garantir um Estado direcionado para as necessidades do povo.

Na visão de Moraes (2005, p. 17):

O Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais [...] adotou o denominado princípio democrático, ao afirmar que todo poder emana do povo.

O Estado Democrático de Direito voltou-se para construir uma sociedade isonômica e participativa, necessitando da intervenção estatal para atingir a igualdade material entre os cidadãos. Assim, a Constituição de 1988, indicou o modo de organizar melhor os poderes, distinguindo os cidadãos, aqueles para os quais se exerce a autoridade política, e os que a exercem, capazes de deliberar e de agir em conjunto.

Assim, o Estado de Direito tem a prerrogativa de impor a todos os cidadãos, sejam eles administrados ou administradores, o contínuo respeito à legislação, que deve ser considerada em seu espectro amplo, sendo a Constituição Federal da norma maior, que dirige a todos os cidadãos, pela sua força normativa e imponente, que abrangem direitos e deveres.

Por outro lado, o Estado Democrático aborda assuntos de grande relevância e estão também contidos na norma constitucional, tais como: a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a soberania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e também o pluralismo político, todos esses possibilitando a ampla participação da sociedade no que se refere à *res pública*.

Schier (2002, p. 13), afirma que:

A Constituição passa a ser vista então como o documento normativo do Estado e da Sociedade. Dotada de força normativa, ela impõe a realização dos valores nela positivados, vinculando a atuação, positiva ou negativa do poder público.

Nesse sentido, a atuação dentro do princípio da supremacia constitucional, exige um Estado organizado em poderes que funcionem de forma harmônica, com

suas funções bem delimitadas, devendo ser controlados interna e externamente.

O constituinte de 1988 teve o cuidado de prescrever regras capazes de garantir a efetivação de valores no âmbito administrativo, assegurando o direito de participação da sociedade. Cabendo ao Estado concentrar suas atividades em função das necessidades e da realidade do povo, e dessa forma não é possível na tutela das relações privadas, descuidar das exigências sociais e nem tampouco omitir-se dos padrões normativos.

A partir da Constituição de 1988, o Estado brasileiro passou a organizar-se como Estado Democrático de Direito, com a definição das regras básicas para o progresso da nação e para salvaguardar os direitos e garantias fundamentais. Por oportuno, faz-se relevante registrar que a efetiva proteção dos direitos do cidadão, aliadas as funções da própria administração pública que são limitadas e organizadas para satisfazer os interesses do povo, representa a legitimidade do povo com relação às funções estatais da coisa pública, o que indica o compromisso estatal voltada à satisfação dos interesses sociais.

2.1 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS: RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E CELERIDADE PROCESSUAL

Também não são raros os conflitos solucionados, cujos autores, especialmente quando litigam em face do poder público, não tem a esperança de experimentar as benesses da sentença judicial que lhe foi favorável: porque está velho demais, porque tem de enfrentar uma nova fase, a execução da sentença, ou pelo simples fato de estado não paga suas dívidas – uma manifesta injustiça.

À luz da Constituição Federal de 1988, os direitos civis dos cidadãos vão muito além do ordenamento jurídico formal. É essa a essência da democracia. Deste modo, o Estado é responsável por conservar os direitos fundamentais como saúde, educação, segurança pública, bem como uma prestação jurisdicional eficaz.

Segundo Cavalieri Filho (2012, p. 290), o Supremo Tribunal Federal tem defendido a irreparabilidade dos danos causados pelos atos do Poder Judiciário, salvo aqueles legalmente previstos. O posicionamento da Suprema Corte qualifica o fato de se tratar de um Poder soberano, que goza de imunidades que não se emolduram no regime de responsabilidade por efeitos de seus atos quando no exercício de suas funções.

Ainda que o Excelso Pretório pense diferente, a atividade jurisdicional, como toda e qualquer outra atividade humana, não está isenta de erros ou falhas. Na função de julgar os conflitos, o Estado, através do Poder Judiciário, pode causar danos aos jurisdicionados, independente da prova da culpa ou do dolo e aptos a ensejar reparação por danos morais e materiais.

Essa falha, consubstanciada na morosidade do serviço judiciário, pode provocar danos irreparáveis, a ponto de afrontar princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, o livre acesso à justiça, a celeridade e economia processual, anunciadas pela Constituição da República (1988). Por outro lado, a propalada celeridade processual, no contexto da justiça comum brasileira, tem sido relegada ao descaso, garantia que não passa do texto frio da lei, do que está positivado na Lei Maior, sem aplicabilidade prática, por conta da incompetência e ineficiência dos gestores.

O fato é que o Brasil é um dos países com maior produção legislativa, o que significa afirmar, *a priori*, a existência de um sistema jurídico cada vez mais invasivo da vida pública e privada, embora, muitas destas leis, tão distanciadas que estão do mundo real, não encontram a efetividade exigida, sobretudo pelo estado, fonte do poder normativo.

Nos casos de dolo ou culpa do juiz, o artigo 133 do Código de Processo Civil prevê a responsabilidade pessoal do juiz por perdas e danos nos casos de dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamento injustificado de providências jurisdicionais. Pessoalmente o juiz não é responsável. Responsável é o Estado. Juiz é órgão do Estado. Estado e juiz formam um todo inseparável. Se o magistrado causa dano ao particular, o Estado indeniza, exercendo depois o direito de regresso contra o causador do dano.

Contudo, afirma Cerqueira Filho (2013), “já existe jurisprudência no sentido de que é facultado ao lesado optar entre acionar a administração pública ou o agente público causador do dano”.

A ideia motriz desse artigo prede-se ao fato de trabalhar no Poder Judiciário, como serventuária em uma das varas cíveis da capital. Onde é fácil se constatar diante da estrutura atual, uma gama de deficiências a exemplo de: número reduzido de funcionários, número excessivo de processos, um só magistrado para proferir

despachos, decisões e sentenças, equipamentos e sistema de informática limitada. Enfim, uma estrutura anacrônica, difícil de ser suplantada em médio prazo.

Por isso, o desenvolvimento deste trabalho, tem como perspectiva, vislumbrar as causas que são patentes na esfera do poder judiciário, que acarretam a morosidade na tramitação do processo. Na visão de Didier Júnior (2002, p. 54):

O conteúdo desta garantia de acesso à justiça era entendido, durante muito tempo, apenas como a estipulação do direito de ação e do juiz natural. Sucede que a mera afirmação destes direitos em nada garante a sua efetiva concretização. É necessário ir-se além. Surge, assim, a noção de tutela jurisdicional qualificada. Não basta a simples garantia formal do dever do Estado de prestar a Justiça; é necessário adjetivar esta prestação estatal, que há de ser rápida efetiva e adequada.

A responsabilidade como dever de indenizar nasce, para a maioria dos doutrinadores, no direito romano, que, em sua fase mais primitiva, permitia que ofendido em seu patrimônio pudesse reagir de imediato ao ilícito, em regra de forma totalmente desproporcional ao dano perpetrado. Tratava-se da vingança privada, “forma primitiva, selvagem, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal” (GONÇALVES, 2012, p. 24).

Segundo o Código Civil brasileiro de 2002, art. 186, “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Nestes termos, então, há responsabilidade civil, com dever de reparar, para os atos ilícitos que resultarem violação à ordem jurídica – responsabilidade extracontratual – ou a um pacto firmado entre as partes contratantes – responsabilidade contratual.

Não somente as pessoas individualmente consideradas, ou as instituições privadas estão sujeitas à responsabilização por cometimentos de atos ilícitos, mas também o Estado. Nesse sentido, preceitua o parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição da República que “As pessoas jurídicas de direito público, e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (BRASIL, 1988).

A propósito, a nossa Corte Suprema harmonizou essa impossibilidade, conforme se depreende do aresto abaixo colacionado:

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ATO DO PODER JUDICIÁRIO. O princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário, salvo os casos expressamente declarados em lei. Orientação assentada na Jurisprudência do STF. Recurso conhecido e provido. (RE 219117, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 03/08/1999, publicação: DJ 29-10-1999 PP-00020 EMENT VOL-01969-03 PP-00574).

No mesmo sentido, os Recursos Especiais nºs 228035 e 42951, sob a relatoria do Ministro Carlos Velloso, da Segunda Turma, julgados em 10/02/2004 (publicação: DJ 05/03/2004) e 05/10/2004 (publicação: DJ 28/10/2004), respectivamente, que ainda refletem o pensamento jurídico prevalecente no Pretório Excelso.

Contudo, afirma Di Pietro (2008, p.718), em linhas gerais, que “o fato de ser o Estado obrigado a pagar indenização decorrente de dano ocasionado por ato judicial não implica mudança na decisão judicial...”; a decisão continua valendo para as partes e sob a intangibilidade da coisa julgada. O Estado é que tem que responder pelo prejuízo que a decisão imutável ocasionou a uma das partes em razão do erro judiciário.

Examinamos tratar das questões acerca da morosidade na prestação jurisdicional, suas causas por omissão e falha, gerando deficiência na celeridade processual, ocasionando uma grande insatisfação por parte dos jurisdicionados.

Para Gonçalves (2012, p. 24), responsabilidade civil traduz-se num dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Destarte, toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.

Atualmente, a prestação jurisdicional, perde em qualidade, por carecer de meios oferecidos pelos gestores do Poder Judiciário, proporcionar soluções na melhoria na qualidade dos serviços prestados por este órgão. Nessa ótica, deve o Estado aparelhar-se de novas técnicas e métodos que visem à melhoria na prestação jurisdicional adequada ao Judiciário.

Não cabe qualquer equívoco acerca do potencial lesivo da atividade jurisdicional, o grande problema encontrado é o posicionamento jurisprudencial e de parte da doutrina jurídica que, ao frisson dos avanços técnicos e tecnológicos, ainda asseguram a irresponsabilidade do Estado por atos judiciais, apoiando-se na cultura de intangível do poder Judiciário.

Os magistrados, por sua vez, inegavelmente, são agentes públicos, são representantes do Estado, no desempenho de suas funções, no exercício de suas atividades, podem ocasionar danos ou lesões de direito aos particulares. Sendo assim, é patente a responsabilidade objetiva do Estado.

Com o acréscimo da Emenda Constitucional 45/2004 à Carta Magna de 1988, passaram a agregar um rol de direitos e garantias fundamentais, adotando de maneira expressa o direito constitucional brasileiro, como os princípios da duração razoável do processo e o da celeridade processual, nas esferas judicial e administrativa, ressaltando a obrigatoriedade do ente estatal em proporcionar aos jurisdicionados a finalização dos processos em tempo razoável.

Nos dias de hoje, a duração razoável é imprescindível em face da aceleração dos meios de comunicação em conjunto com a globalização social, cultural e econômica. Em consequência, gerando uma maior cobrança por parte dos jurisdicionados.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: CONCEITO E HISTÓRICO

Na Constituição do Império de 1824, precisamente em seu art. 178, nº 29, proclamava o seguinte: “Os empregados públicos serão estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos” (BRASIL, 1824).

Igualmente na Constituição Republicana de 1891, em seu artigo 79, também relatava disposição idêntica, no tocante a responsabilização dos funcionários públicos pelos abusos e omissões no exercício de seus ofícios.

No entanto, estes dispositivos, nunca foram considerados como excludentes da responsabilidade do Estado e estabelecendo apenas responsabilidade pessoal dos empregados públicos. O entendimento era de que a responsabilidade fosse solidária do Ente estatal e de seus agentes.

Portanto, predominava a responsabilidade fundada na culpa civil, caracterizada na prova da culpa do funcionário. O Estado só entraria no cenário da responsabilidade pelos danos decorrentes dos atos praticados com negligência, imprudência ou imperícia por seus agentes, se provocado.

No Código de 1916, no art. 15, relata de maneira clara sobre a responsabilidade civil do Estado, que diz:

As pessoas jurídicas de Direito Público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao Direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

A doutrina consagrou entendimento de que nesse artigo criada a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do estado. Outra observação importante, e que o atual conceito de responsabilidade objetiva do Estado, foi concebido em primeiro lugar pela jurisprudência, para só depois tornar-se lei.

A Constituição de 1946, no art. 194, a responsabilidade objetiva do Estado foi recepcionada na ordem jurídica vigente. A partir daí não mais foi retirada das constituições vindouras, permanecendo mesmo nas Constituições de 1967 e 1969, outorgadas pelo regime militar. Tratando da responsabilidade civil, Diniz (2006, p. 40), diz que:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

A proclamação da Constituição de 1988 disciplinou a responsabilidade civil do Estado no § 6º do art. 37, revelando que o Estado responderá objetivamente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. Portanto, evidencia-se que a Constituição de 1988, acolheu a teoria do risco administrativo, como pedra angular da responsabilidade da administração Pública (BRASIL, 1988).

Vale ressaltar, que o Código Civil de 1916, precisamente no art. 15, o qual não foi reproduzido na íntegra, mas reformulado no Código Civil de 2002, elencado no art. 43, que especifica o tipo de pessoa jurídica de direito público interno são responsáveis civilmente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros.

Mas a inovação ainda careceu de atraso em relação à norma constitucional, pois necessitou referendar a responsabilidade quanto às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

3.1 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS

No tocante aos danos causados pela atividade judiciária, como negligência, omissão, desídia, pelo juiz e serventuários, é cabível a responsabilidade do Estado, arrimo no art. 37, § 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Destarte, que um serviço judiciário imperfeito, mal planejado, sem os instrumentos materiais e humanos apropriados, tornando a prestação jurisdicional improfícua, acarretando graves prejuízos aos jurisdicionados pela elevada morosidade na tramitação do processo, conduzindo assim, o Poder Judiciário Brasileiro ao mais alto grau de congestionamento processual da sua história.

Vale ressaltar, que a prestação do serviço judicial, é de suma importância e essencial, por isso o Estado responde pelos danos acarretados pela negligência judiciária e pelo mau funcionamento do Poder Judiciário.

Portanto, o Estado será responsabilizado se comprovados os erros judiciais, o abuso de autoridade, a ilegalidade dos atos praticados pelos agentes públicos do Poder Judiciário.

Em explanação e fazendo síntese da relação existente entre o processo o tempo, Cruz e Tucci (1997, p. 65) concluem que:

Em suma, o resultado de um processo “não apenas deve outorgar uma satisfação jurídica às partes, como também, para que essa resposta seja a mais plena possível, a decisão final deve ser pronunciada em um *lapso de tempo compatível com a natureza do objeto litigioso*, visto que – caso contrário – se tornaria utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito. Como já se afirmou, com muita razão, para que a Justiça não seja injusta não faz falta que contenha equívoco, basta que não julgue, *quando deve julgar*”.

Segundo Rodrigues (2005, p. 288), a aprovação da Emenda Constitucional 45, consolida duas normas: a garantia da razoável duração do processo e da existência de meios que garantam a celeridade processual, com isso estabelece direitos fundamentais que podem ser exigidos por qualquer cidadão, bem como direcionando ao Poder Público uma ordem para que garanta o direito à prestação jurisdicional em prazo razoável e crie os meios necessários para que isso ocorra.

3.2 A MOROSIDADE JUDICIAL E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

A seara da atividade jurisdicional do Estado é dedicada a regular as relações entre os indivíduos que integram o contexto social, tutelando assim, os direitos de cada um desses cidadãos.

Paulatinamente, comprova-se que a demanda processual caracterizou-se em um caminho constante e crescente, levando o Poder Judiciário a uma situação de crise. A crise aqui referenciada remete ao sentido de desequilíbrio entre a busca da prestação do serviço público por quem é demandante e o tempo hábil até o deslinde possível do litígio que se pretende a atuação do Estado-Juiz.

No entendimento do Magistrado Azevedo (2013, p. 30) "A carência do espaço físico, magistrados e servidores compromete a eficácia da prestação jurisdicional e aumenta a insatisfação dos jurisdicionados".

A afirmação do magistrado atribuiu à morosidade do serviço prestado pelo Poder Judiciário a ideia de ineficácia conferida as questões de infraestrutura e também de recursos humanos, embora não esclareça os motivos que justifiquem o serviço precário ao qual se sujeitam os jurisdicionados.

No entendimento de Delgado (1985, p. 151):

A demora na prestação jurisdicional cai no conceito de serviço público imperfeito. Quer que ela seja por indolência do Juiz, quer que seja por o Estado não prover adequadamente o bom funcionamento da Justiça. E, já foi visto que a doutrina assume a defesa da responsabilidade civil do Estado pela chamada responsabilidade civil do Estado pela chamada falta anônima do serviço ou, em consequência, do não bem atuar dos seus agentes, mesmo que estes não pratiquem a omissão dolosamente.

Desta forma, pode-se atribuir a morosidade do Poder Judiciário à ineficiência de atuação dos juízes, bem como ao mau serviço prestado pelos serventuários e também pela precariedade de recursos humanos e materiais. Esses aspectos não eximem o Estado de indenizar o dano causado ao cidadão jurisdicionado, que em consequência da morosidade e da prestação de um serviço imperfeito, passou por situações vexatórias e prejuízos materiais.

A lentidão do Poder Judiciário brasileiro sempre foi alvo de críticas, a burocratização, os prazos legais que devem ser cumpridos e outras formalidades inerentes ao trâmite processual, são fatos que somados ao aumento vertiginoso das demandas judiciais, permitem afirmar que a morosidade na prestação da tutela

jurisdicional gerou um problema no sistema judiciário brasileiro de dimensão imensurável.

Os danos e prejuízos os quais se submetem os jurisdicionados, mesmo que sejam indenizados ou reparados pelo Estado, ainda assim, não é possível medir com precisão o quantum no aspecto pessoal, financeiro e moral representou a demora da prestação jurisdicional, pois individualmente, cada cidadão atribuiu valores diferentes para cada caso concreto.

Cabe registrar que devido à reconhecida lentidão do Poder Judiciário, propaga-se na sociedade que os Tribunais buscam prestar a jurisdição com celeridade, mediante a adoção de tecnologias, capacitação dos recursos humanos e adoção de desjudicialização através de ferramentas como arbitragem e conciliação, que ainda não são amplamente divulgadas e sofrem rejeição da própria sociedade.

Por outro lado, a duração razoável do processo está prevista constitucionalmente, o jurisdicionado ao ser lesado e comprovando o dano sofrido, demonstrando a relação, ou seja, o nexa causal entre a conduta do ente estatal e o prejuízo que sofreu, terá direito a uma reparação pelo Estado.

A previsão constitucional está no Art. 5º, inciso LXXVII, da Constituição Federal, e garante que "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).

A morosidade do judiciário representa um conflito com o princípio da eficiência, contemplada pelo Direito Administrativo e prevista na Carta Magna, em seu 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 e, também [...]" (BRASIL, 1988).

A sociedade procura o poder público na pessoa do Estado-Juiz, pois acredita que o mesmo através do exercício da jurisdição e utilizando o princípio da eficiência, que se faz representar pelas instalações e espaço físico disponível, bem como pela disponibilidade dos recursos humanos e mediante a adoção de novas tecnologias, atenderá à demanda da população, inadmitindo-se em regra, que o decurso do prazo para julgamento da lide seja demasiadamente longo, uma vez que poderá

ocasionar graves prejuízos a uma das partes ferindo um preceito constitucional, que qualquer cidadão comum tem direito, a "razoável duração do processo".

Na visão de Araújo (1999), a morosidade processual viola o direito fundamental da pessoa humana, e por sua vez entra em conflito com o modelo democrático da magistratura. Para complementar, esse pensamento torna-se perceptível que quanto mais é adiada, remarcada, redesignado outro momento para solucionar determinado conflito, a credibilidade do Poder Judiciário torna-se cada vez mais frágil. Essa dinâmica, que provoca insatisfação e provável lesão ao jurisdicionado, necessita ser repensada, pois aplicar a exceção em determinados casos, remeterá o Estado-Juiz a utilizar uma maior demanda de prazo, incorrendo no não atendimento do princípio da eficiência e da duração razoável do processo.

O Poder Judiciário é revestido de formalismo e burocracia, que afetam diretamente a agilidade na tramitação processual, essa característica do judiciário aliada às mudanças sociais, que não foram acompanhadas no mesmo compasso, uma vez que a sociedade passou a ter mais informações, tomando consciência dos seus direitos e também ampliou-se a forma de acesso à justiça, houve a facilitação para que a população procurasse a tutela jurisdicional do Estado, todos esses fatores foram preponderantes para aumentar a morosidade da tutela jurisdicional.

O Poder Judiciário não acompanhou as mudanças sociais, não foi um poder capaz de crescer na mesma proporção que foi requerida pela sociedade, deixando a prestação do serviço a desejar, demonstrando ineficiência nas suas atividades fins. Logo, ferindo também o princípio do Direito Administrativo relativo à eficiência.

O princípio da eficiência também reconhecido como qualidade do serviço prestado foi inserido no texto constitucional a partir da Emenda Constitucional n. 19/98. Na concepção de Carvalho Filho (2008), constitui o núcleo do princípio da eficiência a prestação de um serviço de forma produtiva e econômica, com vistas a executar um serviço público com presteza, perfeição e rendimento funcional.

Sendo um dever constitucional o princípio da eficiência não pode ser desrespeitado, pois aqueles agentes que deixaram de respeitar tal princípio serão responsabilizados pela violação do já mencionado princípio. Essa situação implica exatamente na responsabilização do agente público que deu causa a demora da prestação jurisdicional, restando ao jurisdicionado comprovar o dano sofrido pela morosidade processual.

Na esfera judicial sabe-se que o trâmite processual está ligado a diversos fatores que por sua vez impedem uma maior celeridade, um dos fatores mais relevante, diz respeito ao procedimento e ritos processuais próprios daquela determinada ação.

Por outro lado, o dinamismo que tomou conta da sociedade através de mídias, novas tecnologias, deram uma nova roupagem às demandas judiciais, que passaram a ser requeridas com mais simplicidade e rapidez. No entanto, estruturalmente o Poder Judiciário não acompanhou as mudanças sofridas pela sociedade, e os aspectos rapidez e simplicidade não são suficientes para abraçar as demandas impostas, os resultados alcançados não são satisfatórios, a duração razoável do processo não é garantida, gerando descrédito e insatisfação dos jurisdicionados.

Na concepção de Di Pietro (2008, p. 54) o princípio da eficiência tem duas faces, são elas:

[...] princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. O princípio da eficiência é, assim, imprescindível ao bom funcionamento de qualquer administração, pois é destinado a produzir resultados positivos, devendo estar não apenas na organização e estrutura públicas, mas na atividade de cada agente público, ou seja, em todas as atuações do Poder Público.

Assim, a morosidade do Poder Judiciário não pode ser atribuída simplesmente a elevada carga de demandas que surgiram ao longo dos anos, mas também a atuação do agente público e na organização daquilo que se executa na esfera pública.

Em discussões recentes sobre o novo CPC, envolvendo representantes de entidades, como: Ordem dos Advogados do Brasil, Ministério da Justiça, Conselho Nacional de Justiça (CNJ), entre outros, sobre a questão da celeridade processual, onde se concluiu, de que era necessária uma mudança no Poder Judiciário, no tocante as garantias de assegurar a simplificar e desburocratização do processo, sem com isso, inibir o direito de defesa, proporcionando à sociedade um amplo acesso à justiça e em consequência, maior celeridade processual.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crescente expansão que atinge de maneira incontrolável o poder judicial no Estado contemporâneo demonstra a necessidade de renovar o debate sobre a responsabilidade do serviço judiciário por danos produzidos na esfera jurídica de terceiros.

O legislador foi muito oportuno ao instituir a Emenda Constitucional n. 45. A coletivização dos conflitos, a ampliação do informalismo e da oralidade nos processos, a juridicização de questões antes entregues à livre deliberação política, no entanto as parcerias realizadas e o entendimento de que é preciso garantir princípios constitucionais, aumenta ainda mais a questão da responsabilidade do Poder Judiciário figura atualmente no centro da discussão pública.

É importante chamar atenção para dizer que prestar uma atividade jurisdicional atrasada, não constitui justiça, uma vez que a prorrogação dos prazos processuais pré-determinados no próprio CPC, contraria princípios e também provoca lesão ao patrimônio, honra e liberdade dos cidadãos.

A demora na prestação jurisdicional, representa, ou melhor faz surgir a necessidade de criação jurisprudencial do direito para assegurar ao particular prejudicado a indenização cabível, e esta deverá ser paga pelo Estado.

A sociedade nos dias atuais não mais suporta a morosidade e as justificativas proferidas pelos órgãos do judiciário, que atribuem à demora a ineficiência dos serviços forenses e crescente volume de processos na esfera judicial. O reclame da sociedade exige uma tomada de posição do Estado para solucionar a negação da Justiça, para evitar lesão ao direito próprio e violação de princípios constitucionais.

Assim, independente do motivo que ocasionou a morosidade da prestação jurisdicional, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, não interessa se a demora foi decorrente do excesso de serviço, da falta de organização ou de qualquer outro motivo alegado pelo Estado.

Conclui-se que, não depende apenas do Poder Judiciário, mas a meu ver, também dos Poderes Executivo e Legislativo, no que tange na mudança de mentalidade dos nossos governantes, na missão de realizar o cumprimento da nossa Constituição cidadã, atenuando a judicialização das demandas levadas ao Poder Judiciário, por falha do poder público no exercício da função administrativa.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Francisco Fernandes. *Responsabilidade Objetiva do Estado pela Morosidade da Justiça*. Campinas: Copola Editora, 1999.
- ARISTÓTELES. *Política*. [S.L]: Editora Martin Fontes, 2001.
- AZEVEDO, Bruno. Conciliação é proativa na Paraíba. Poder Judiciário da Paraíba. *Revista Consenso*, ano 1. ed. 2, agosto de 2013.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Recurso Especial N.º 219117*, Relator: Min. Ilmar Galvão, , julgado em 03/08/1999, publicação: DJ 29-10-1999 PP-00020 EMENT VOL-01969-03 PP-00574). Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14696593/recurso-extraordinario-re-219117-pr>>. Acesso em: 12 out. 2013.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CERQUEIRA FILHO, Reginaldo de Castro. Responsabilidade civil do Estado por atos de seus agentes. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 63, 1 mar. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3866>>. Acesso em: 2 nov 2013.
- CONSELHO FEDERAL DA OAB. Para OAB, novo CPC deve buscar celeridade sem tolher direito de defesa. Disponível em <<http://www.oab.org.br/noticia/24474/para-oab-novo-cpc-deve-bucar-celeridade-sem-tolher-direito-de-defesa> > Acesso em: 20 out. 2013.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997.
- DELGADO, José Augusto. Responsabilidade civil do estado pela demora na prestação jurisdicional. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 40, p. 151-152, 1985.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, ano 27, n. 108, out-dez 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 18. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Código civil anotado*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HOBBS, Thomas. *Obra leviatã, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. [S.L]: Martin Fontes, 2001.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. EC n. 45: acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). *Reforma do Judiciário primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n.º 45/2004*. São Paulo: RT, 2005. p 283-292.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro. Renovar, 2002.

WOLFF, Francis. *Aristóteles e a política*. São Paulo: Discurso Editorial, 1999.

QUESTÕES DE GÊNERO ATRÁS DAS GRADES: CRMJM, PRISÃO FEMININA EM JOÃO PESSOA*

GENDER ISSUES BEHIND THE RAILS: CRMJM, WOMEN IN PRISON JOHN PERSON

MARIA GORETTI DE ASSIS LAIER**

RESUMO

Este estudo objetiva analisar a situação das encarceradas do presídio Maria Julia Maranhão, em João Pessoa, através de um recorte de gênero, em um contexto de dentro para fora. Ressaltamos a negligência do Poder Público na tutela da mulher prisioneira, sobretudo no que diz respeito à maternidade e seus corolários, tendo como referencial as abordagens da Sociologia sobre esta questão que não apreendem a falência do sistema prisional como um problema isolado, mas como algo que possui raízes, sobretudo, na exclusão social, na pobreza, na historicidade e nas diversas formas de preconceitos existentes na sociedade, de classe, raça, etnia e gênero, que servem para aferir a estrutura da sociedade brasileira, na contemporaneidade. Priorizaram-se entrevistas realizadas, através de questionários e entrevistas semiestruturadas, com oitenta e três prisioneiras. Aferimos que a condição das encarceradas extrapola os muros dos cárceres, pois há uma contingência muito grande de crianças e familiares invisíveis e excluídos dos direitos mínimos instituídos na nossa Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Mulheres Encarceradas. Questões de Gênero. Direitos Humanos.

ABSTRACT

This work has the objective to analyze the situation of inmates in the prison Maria Julia Maranhão, in João Pessoa, through an outline of gender in a context inside out. We stress the negligence of the government in protecting the female prisoner, especially with regard to motherhood and its corollaries, having as reference the approaches of sociology on this issue that do not grasp the failure of the prison system as an isolated problem, but as something that own its roots, especially in social exclusion, poverty, historicity and the various forms of prejudices in society, class, race, ethnicity and gender, used to measure the structure of Brazilian society nowadays. We prioritized interviews using questionnaires and semi-structured interviews with eighty-three prisoners. We gauge that the condition of imprisoned women extrapolates the walls of prisons as there are a very large contingency of children and family invisible and excluded from the minimum rights established in our Constitution.

KEY-WORDS: Women Incarcerated. Gender Issues. Human Rights.

* Recebido em 10 de junho de 2014, aprovado em 20 de junho de 2014.

** Doutora em Sociologia e Comunicação pela Universidade de Salamanca. Professora e pesquisadora da FESP.

1 INTRODUÇÃO

Falar da situação das mulheres encarceradas e seus filhos nos remetem ao caos reinante nas prisões do país e ao incremento do índice de mulheres delitantes, na atualidade. Propomo-nos com este trabalho desvendar a realidade destas mulheres e subsidiar o debate atual sobre o sistema presidiário brasileiro, tendo como lócus o Centro de Recuperação Feminino Maria Júlia Maranhão, na cidade de João Pessoa, dando um enfoque de dentro para fora e considerando as questões de gênero que permeiam o sistema judiciário e carcerário.

Neste contexto, a violência no Brasil tem um recorte de classe e de estratificação étnico-racial baseada na pobreza e na cor levando o próprio sistema judiciário a também ser *seletivo* na aplicabilidade da pena, e na sua execução, submetendo os/as apenados/as negros e pobres, às penas mais pesadas do que um branco que comete o mesmo delito. Ademais, a apenada negra, analfabeta e pobre, uma vez atrás das grades, também sofre, além do preconceito de cor e social, o de gênero, sendo menos beneficiada pelo sistema jurídico e esquecida pelas políticas sociais.

Este estudo se caracteriza pela utilização das abordagens quantitativa e qualitativa, dentro de uma visão não-excludente, tendo como diretriz metodológica o materialismo histórico e utilizando como categorias de análise os antagonismos das relações entre as classes sociais e das relações entre os sexos (MARX; ENGELS, 1984). Neste sentido, este trabalho enfocou o delito como todo comportamento que vulnere os direitos humanos, pois não consideramos delinquentes só aos sujeitos individuais, mas também aos sujeitos coletivos, como o Estado, as classes políticas, sociais e jurídicas e a todos que favoreçam as situações de exclusão e impunidade na sociedade brasileira.

Priorizou-se a análise quantitativa e qualitativa de entrevistas realizadas, a partir do segundo semestre de 2011 a janeiro de 2012, através de questionários e entrevistas semiestruturadas, em mais de uma oportunidade, com oitenta e três prisioneiras. Foram selecionadas algumas falas, considerando a facilidade de expressão, das entrevistadas, e aceitação em participar de uma entrevista mais detalhada.

Embora exista um aumento inegável da produção intelectual sobre as relações de gênero, o interesse de estudiosos sobre o tema em pauta ainda continua incipiente, principalmente de mães e filhos que estão atrás das grades, haja vista que a problemática é invisível aos olhos da sociedade e dos pesquisadores.

2 GÊNERO E PRISÃO

Segundo Scott (1993) as relações de gênero, tais como relações de poder, são marcadas por hierarquias, obediências e desigualdades, encontrando-se permeadas por conflitos, tensões, negociações e alianças, através da manutenção dos poderes masculinos. Neste prisma, as relações de gênero, também são reproduzidas na prisão.

Almeida (2005) assinala que na criminologia de gênero ou feminina, a pena privativa de liberdade é mais dura para as mulheres, do que para os homens, já que as mulheres, normalmente, possuem mais responsabilidades familiares e domésticas, do que os homens, e são objetos de discriminação e preconceitos culturais.

Neste sentido, o sofrimento inelutável das mulheres presas é a sua preocupação constante, com a situação econômica da família e a distância dos filhos. São apontados alguns fatores, tais como, restrição dos horários de visita, raro acesso a telefones públicos, estigmatização social da apenada e de seus filhos, que às vezes sofrem perseguições na escola e terminam por desistir de frequentá-la.

No que concerne à maternidade, falta de assistência médica durante a gestação e a ausência de acomodações destinadas à amamentação, tais como berçário e creche. Estudos sobre as prisões femininas caracterizam o perfil de essas mulheres, serem jovens, com pouca educação formal, mães solteiras, afrodescendentes e que moravam com os filhos antes de serem presas. São mulheres com o ônus da criação dos filhos.

Quando são aprisionadas, a maioria dos filhos passa a viver sob a tutela das avós maternas. Também, verificou-se que a maioria dos companheiros não as visita, formando outra parceria, ao contrário, do que ocorre quando o homem é preso. Um número significativo dessas mulheres não recebe visita alguma, encontra-se em total

desamparo e busca amparo nas drogas que entram no presídio ou em remédios controlados.

Outra característica das mulheres encarceradas, ainda segundo os estudos mencionados, é que elas buscam manter os vínculos familiares, preferindo muitas vezes estar em cadeias públicas com péssimas condições, sem acesso ao estudo, ao trabalho que ajudam na remição da pena, desde que permaneçam perto dos familiares.

Há várias explicações para o incremento da população feminina carcerária, dentre eles, o maior envolvimento das mulheres no cometimento de delitos previstos na Lei de Drogas e Entorpecentes. Desta forma, o tráfico de drogas é delito considerado hediondo, que proíbe a progressividade, no sistema de cumprimento da pena e fixa prazos maiores para a obtenção do livramento condicional. As mulheres se sobressaem, neste delito, em posição secundária à dos homens, que as usam para protegerem a si mesmos.

Cabe salientar, as responsabilidades sociais e domésticas da mulher, tal qual o convívio com os filhos que ficaram para trás, a gravidez e seu acompanhamento, bem como o contato com o recém-nascido dentro de condições humanas e dignas. Através de políticas públicas direcionadas para esta realidade, será mais provável a recuperação e reinserção social da mulher encarcerada ao convívio familiar, após os percalços do encarceramento.

Contudo, a prevista separação dos filhos em relação à sua mãe cria um efeito traumático, em longo prazo, tanto para a mãe quanto para a criança, manifestado na fala de uma delas: *“doutora, eu lhe imploro pelo amor de Deus me tire daqui antes que o meu bebê vá pra casa, pois minha mãe teve AVC e não tem ninguém pra cuidar dele. O que será de meu filho?”*.

3 GÊNERO E JUSTIÇA CRIMINAL

Segundo a nossa entrevista com o juiz da LEP, as manifestações da criminalidade feminina vêm se apresentando, cada dia mais, nos campos chamados "tradicionais", ou seja, aquele diferente de crimes cometidos na particularidade feminina, de caráter próprio da mulher, como já foi citado, que é o caso do aborto, abandono de recém-nascido e prostituição.

Quando indagado se a justiça penal é assexuada, o juiz respondeu que sim, pois a justiça tenta ser equânime no seu julgamento. Insisti na questão indagando, se a justiça não refletiria a própria sociedade que a instituiu, portanto, eivada de preconceitos e rotulações que discriminam a mulher. Ele respondeu que a justiça tem instrumentos de viabilizar a igualdade quando existem desigualdades, inclusive na questão feminina.

No entanto, os estudos não corroboram esta visão. Um dos poucos livros escritos no Brasil sobre a especificidade da mulher encarcerada declara:

Houve mudanças na conduta delitiva das mulheres. Os crimes cometidos por elas não mais se encaixam nos denominados 'delitos femininos' – infanticídio, aborto, homicídio passional – pois se deu um incremento nos índices de condenação por crime de tráfico de entorpecentes, roubos, sequestros, homicídios, entre outros [...] Portanto, a conduta delitiva que tem mulheres como sujeito ativo adquiriu uma conotação desvinculada da categoria de gênero para se alinhar no que pode se chamar de 'criminalidade de pobreza (ESPINOZA, 2004, p. 126-127).

No Brasil, devido à estrutura social que é indubitavelmente androcêntrica, suas leis ainda possuem uma visão, preponderantemente patriarcal, sobretudo, no que concerne o direito penal. Este se torna um instrumento privilegiado da política e da utilidade social, sendo o próprio, uma questão política, conseqüentemente, a aplicabilidade das penas e as condições prisionais fornecidas às mulheres, também sofrem esta influência.

A Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) determina que as penitenciárias femininas sejam dotadas de berçário, onde as condenadas possam amamentar seus filhos. Contudo, esta determinação da LEP é desrespeitada na maior parte das unidades prisionais brasileiras. De acordo com a mesma pesquisa na maioria das instituições, as crianças permanecem na cela coletiva junto à mãe (SANTA RITA, 2006).

Deste modo, nas unidades prisionais brasileiras é possível encontrar bebês dormindo em berços improvisados dentro de celas femininas e crianças menores de três anos submetidas ao regime prisional, com horários estipulados até para banho de sol. Na grande maioria das penitenciárias, há escassez de remédios, ginecologistas, pediatras, enfermeiras.

4 CRIANÇAS ATRÁS DAS GRADES

Sob a ótica do artigo 5º da Constituição Brasileira: “todos são iguais perante a lei”, contudo, observando dados do DEPEN aferimos que isto nem sempre ocorre, sobretudo quando se trata da penalidade imposta às mulheres e conseqüentemente, aos seus filhos, atrás das grades.

Estas crianças, invisíveis para a sociedade civil e política, sofrem de um atributo estigmatizante – de serem filhos de apenadas e de iniciarem as suas vidas atrás das grades!

A prisão, como instituição de caráter punitivo e corretivo perpetua violências, tais como, ameaças, impossibilidades físicas e violência psicológica, no sentido de que estas mulheres sofrerem uma despersonalização do eu. É lógico que isto também ocorre com os homens encarcerados. Contudo, com as mulheres, sobretudo devido à maternidade, torna-se uma violência dupla, muito mais pulsante e devastadora.

Os problemas enfrentados pelas mulheres decorrentes de seu encarceramento, em relação aos filhos, são iniciados no momento prisional, como veremos mais adiante. Muitas vezes, a separação pela prisão pode ser algo repentino e sem preparação para as crianças. A mãe pode não ter tempo ou condições de fazer os arranjos necessários para que os seus filhos sejam acolhidos por parentes, ou conhecidos, evitando assim que eles terminem na rua.

Esta situação singular e polêmica da separação materna pela prisão carregam um conflito básico entre o direito da criança ao convívio familiar, estabelecido em lei e as funções básicas da punição e isolamento da prisão. Contudo, os presídios femininos, não foram desenvolvidos para fortalecer o vínculo familiar, especialmente entre mães e filhos, nem, tampouco, promover um ambiente adequado para o desenvolvimento infantil.

Desta forma, muito além do sofrimento materno e infantil encontra-se a fragmentação, a improvisação e as soluções incipientes para que os contatos continuem entre mães e filhos, sob a guarda de abrigos ou familiares.

Infelizmente, as políticas públicas são surdas para as necessidades deste contingente de excluídos e desconsideram o desenvolvimento físico e psicológico dos filhos da mulher encarcerada. A forma de aproximar ou afastar a criança,

especialmente a criança pequena, de vínculos com sua mãe presa, no Brasil não consideram as importantes implicações para o desenvolvimento infantil. Tais decisões se apoiam, muitas vezes, em princípios gerais estabelecidos pelas ideias que desconsideram a especificidade do ambiente prisional e das implicações que a prisão acarreta para a mãe, conseqüentemente para a família, incluindo seus filhos.

Desta forma, por trás da delinquência e da prisão materna há um contingente de crianças esquecidas e estigmatizadas, por vários segmentos da sociedade. Ainda não sabemos quais serão os impactos da prisão materna nesses futuros adultos, pois esse campo de conhecimento apenas começou a ser desbravado, especialmente, na nossa realidade brasileira.

Diante da invisibilidade da situação das crianças encarceradas faremos uma retrospectiva do espaço que os tratados de direitos das Nações Unidas dedicam ao tema, assim como, dos documentos legais relativos aos direitos das crianças em situação de risco, já assinados pelo governo brasileiro.

Na atualidade, existe uma amplitude de tratados e leis, tanto em nível nacional como internacional, que tratam dos direitos da criança em geral e das crianças aprisionadas, em particular. Faz-se mister, confrontar o que é estabelecido em lei com a realidade das mães e crianças dentro das prisões brasileiras, em particular, no CRMJM de João Pessoa.

Em nível nacional, existem as seguintes: a Lei nº. 7.210/84 – Lei de Execução Penal; e a Lei 7.417/85 que tratam da anistia para mães apenadas com pena inferior a 5 anos; a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; a Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente e o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (BRASIL, 2003), que visa consolidar uma política de atendimento específico para as pessoas privadas de liberdade.

Já em nível internacional, podemos citar: a Declaração de Genebra de 1924, sobre a necessidade de proteção especial à criança e ao adolescente; a Convenção Internacional sobre Direitos da Criança e do Adolescente, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990; o Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas submetidas a qualquer forma de Detenção ou Prisão, votada também em Assembleia Geral da ONU, em 1988; as Regras Mínimas para Tratamento do Preso da ONU, inclusive, a Resolução 58/183 que recomenda que os governantes prestem

maior atenção às mulheres que se encontram na prisão, compreendendo questões referentes aos seus filhos.

Nesta perspectiva, a assinatura e a ratificação dos documentos internacionais por parte do Estado, criam deveres e obrigações diante de todas as nações signatárias, inclusive de elaborar relatórios periódicos sobre a situação dos direitos da criança e do adolescente em nosso país:

[...] no sistema jurídico brasileiro, as crianças e os adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais garantidos à pessoa humana, tanto aqueles reconhecidos pelo direito interno brasileiro, quanto os previstos nos tratados internacionais de que o Brasil faz parte (PIOVESAN, 2003, p. 284).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ECA (1990), regulamentou o artigo 227, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (3), resgatando o valor da criança e do adolescente, na sua especificidade, como sujeitos de direito, titulares de direitos especiais e de tratamento priorizado. Esses direitos especiais reconhecidos às crianças e aos adolescentes decorrem da peculiar condição de seres humanos, em desenvolvimento. O artigo 3º reza que as crianças têm direito a uma proteção integral que lhes assegure "todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade". Outro aspecto, que o ECA enfoca é a preocupação para com as crianças e adolescentes de uma maneira integral, ou seja, **não é dever somente dos pais, mas de toda a sociedade e, em especial do Estado** (grifo nosso).

A violação dos direitos da criança, por parte do Estado e a não efetivação das normas institucionalizadas, como é o caso das crianças nascidas e que vivem presas nas penitenciárias femininas do Brasil, se caracterizam como uma violência institucional, ou seja, violência do Estado. Neste sentido, a prisão feminina de João Pessoa, encontra-se defasada e distanciada, entre o texto das leis e a realidade do cotidiano vivido, pelas mães e crianças encarceradas.

Ainda existem outros direitos, em específico:

[...] as presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (BRASIL, Constituição 1988, artigo 5º); os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam amamentar seus filhos. (BRASIL, 1988)

Além de outro que afirma: a penitenciária de mulheres poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche com a finalidade de assistir ao menor desamparado cuja responsável esteja presa. (BRASIL, Lei de Execução Penal, artigo 89); porém, como já afirmamos anteriormente, a prisão feminina de João Pessoa viola todos estes direitos das encarceradas.

Neste sentido o ECA é explícito: É dever de todos velarem pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. (BRASIL, 1990).

Na realidade brasileira, existem três opções de guarda, para a criança entre 0 a 6 anos, filha de mulheres presas: em uma instituição; na família substituta, que pode ser a própria família ampliada da criança, ou não; e no berçário do presídio feminino.

Esta última opção é a mais polêmica e problematizada, talvez em decorrência do ambiente prisional e devido ao fato de que as relações estabelecidas em seu interior não serem as mais adequadas, para o acolhimento da relação mãe-bebê e para o saudável desenvolvimento infantil. A polêmica quanto a esse tipo de guarda dá-se, sobretudo, devido a dois aspectos: a posterior separação da mãe e filho e ao fato da criança crescer dentro do ambiente prisional. O primeiro é descrito como uma experiência extremamente dolorosa para a mãe, para a criança e para os funcionários do estabelecimento prisional que acompanham o desenvolvimento da criança e o desenrolar da separação. No segundo, não há estudos suficientes para estabelecer as consequências da vida prisional nas crianças.

Outra possibilidade de guarda para as crianças de mulheres encarceradas são as famílias substitutas, que podem ser compostas por pessoas da família extensiva da criança, como a avó, ou por desconhecidos. No entanto, a opção mais utilizada de guarda para as crianças filhas de mulheres presas está na família extensiva da criança, pois nesse tipo de guarda há uma grande possibilidade de que o vínculo mãe-filho possa ser mantido e posteriormente, resgatado.

Contudo, muitas crianças terminam em abrigos por não ter alguém da família natural que cuide delas. Neste sentido, a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), no artigo 117, avança algumas alternativas, admitindo o recolhimento do beneficiário de regime aberto, em residência particular quando se tratar de condenada, com filho menor ou deficiente físico ou mental, ou de uma gestante. Infelizmente, não

encontramos casos em que esta lei tenha sido aplicada enfocando casos semelhantes, na instituição em foco. A esse propósito, apresentamos uma proposta de prisão domiciliar e/ou relaxamento da prisão para as mães grávidas e lactantes, em substituição à pena de prisão. Todos os pedidos foram indeferidos pelo juiz.

5 O APRISIONAMENTO DE CRIANÇAS FACE O ESTADO DE DIREITO

No contexto do encarceramento de mães grávidas que têm seus bebês nas prisões brasileiras, questionamos se a privação do direito à liberdade e à integridade física e psíquica de uma criança reclusa é compatível com o conceito de Estado de Direito. Devido ao fato de a mãe desta criança, está em situação privada de liberdade, principalmente quando não foi sentenciada, não se constitui uma violação de seus direitos fundamentais, mantê-la presa?

Inicialmente, utilizaremos o conceito de Estado de Direito, a fim de fazer um paralelo com a situação das crianças, nascidas em regime de encarceramento.

O Estado de Direito "atribui ao ordenamento jurídico a função primária de tutelar os direitos civis e políticos, contrastando, com essa finalidade, a inclinação do poder ao arbítrio e à prevaricação" (BOBBIO, 1995, p.45). O Estado de Direito tem como função básica "a garantia dos direitos fundamentais do indivíduo".

Como já explicamos, os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos como naturais, inerentes à própria natureza do ser humano e não dependem do beneplácito do soberano, e, como tais, "são invioláveis por parte do detentor do poder público, inalienáveis pelos seus próprios titulares e imprescritíveis" (BOBBIO, 1995, p.74). Ainda, os direitos fundamentais são considerados indispensáveis ao ser humano e necessários para assegurar a todos, uma existência digna, livre e igual.

Desta forma, em um Estado de Direito, a autoridade pública tem o dever de reconhecer, tutelar e promover as liberdades fundamentais do indivíduo, ou seja, os direitos fundamentais passam a se constituir matérias, sobre as quais os poderes do Estado não podem dispor, uma vez que se constituem no fundamento de legitimidade do próprio Estado. Sua garantia e implementação se tornam um dever do Estado e a mesma legitimidade, dos poderes constituídos. Sendo assim, não se trata de direitos apenas proclamados, mas de direitos efetivamente protegidos, dentro de um ordenamento jurídico (BOBBIO, 1999). Portanto, no Estado de Direito

há uma inversão na relação entre Estado e cidadãos, ou seja, da prioridade dos deveres dos súditos em relação à autoridade política (e religiosa) passou-se, no decorrer da formação do Estado Moderno, à prioridade dos direitos do cidadão e ao dever da autoridade pública de reconhecê-los, tutelá-los e, enfim, também de promovê-los.

Desta forma, de acordo com as ideias supras, às crianças presas são negados os direitos fundamentais, tais como, o direito à liberdade, à dignidade, à igualdade, no sentido que o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, afirma: "todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos". Portanto, toda discriminação fundada em diferenças específicas como aquelas entre adultos e crianças, indivíduos nascidos em cárcere, ou em casa devem ser excluídas. Ainda:

[...] toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, Art. 2º).

Explicitando, o entendimento de que o direito à liberdade é um direito primário e como tal, não é sujeito a nenhuma limitação, é um direito absoluto e como direito primário é incluyente, isto é, todas as pessoas devem gozá-lo.

Por este viés, o aprisionamento de crianças fere profundamente o conceito de Estado de Direito que tem como sua essência e prioridade a defesa dos "direitos do homem e da mulher" e o dever de garantia dos direitos fundamentais. Nasce, assim, uma contradição entre os direitos das crianças e a situação do aprisionamento de filhos de mães encarceradas condenadas ou não, em regime fechado.

Desta forma, uma criança em situação de cárcere com os seus direitos básicos, tais como a liberdade, igualdade e dignidade cerceadas, está sofrendo uma grave violação dos seus direitos fundamentais e do direito à cidadania.

Vale salientar, que o fato de que o sistema penitenciário é percebido como algo "natural" e como a única alternativa à prática do delito da mãe, o aprisionamento de crianças, também é aceito, como inevitável e como única alternativa, uma vez que a mãe se encontra presa. Como a sociedade acha natural que a criança fique presa, devido à condição de presa da mãe, torna o aprisionamento de bebês algo inevitável, canalizando suas ações unicamente, para

a obtenção de berçários, creches, fraldas, etc. Daí surge a necessidade de refletir criticamente sobre os fundamentos do mesmo sistema prisional, que aceita a garantia do castigo, não importando, a sua desumanidade.

Portanto, as leis e convenções atuais têm como foco a melhoria do ambiente prisional, através da efetivação de espaços para creches e berçários, naturalizando o fato de um bebê está atrás das grades. Ninguém questiona, ninguém contesta a violação dos direitos essenciais e de cidadania das crianças das encarceradas!

Neste contexto, o Estado que deveria proteger e efetivar o Estatuto da Criança e Adolescente, instrumento jurídico que coloca a criança, como sujeito de direitos, se torna o maior violador dos direitos da criança encarcerada. Cabe a todos nós refletir sobre este grave problema social, das mães e filhos encarcerados, na prisão feminina de João Pessoa e das demais prisões do Brasil, que continuam invisíveis aos olhos da sociedade, oprimidas, acimadas e marginalizadas, por serem pobres, negras e semianalfabetas, moradores das periferias das cidades.

Neste contexto, de acordo com Rusche e Kirchheimer (1992), a explicação para este problema pode ser encontrado no fato de que o encarceramento de crianças pobres, negras e/ou estrangeiras, só é possível numa sociedade discriminadora e profundamente estratificada, pois os instrumentos punitivos são determinados pelas relações sociais essenciais, ou seja, existe uma distinção de classe na aplicabilidade da lei penal, que possui penas diferentes, para patrões e escravos, nobres e plebeus, homens e mulheres.

Também, a visão social do preso é de que ele/ela é uma pessoa destituída de qualquer tipo de direito. Embasada na visão da sociedade sobre os apenados nascem os estereótipos e estigmas de que uma vez bandido, sempre bandido e os filhos destes também carregam esta rotulação para o resto da vida

É nesta perspectiva, que analisamos as trajetórias de vida, das mulheres mães encarceradas, em companhia de seus filhos, ou na ausência deles, as formas de delito cometidas por elas e outras questões relevantes ao fato de ser mulher e estar presa no presídio feminino desta cidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da nossa pesquisa damos visibilidade ao problema específico das mães e filhos aprisionados sob a perspectiva dos Direitos Humanos. Analisou-se os resultados, de acordo com a bibliografia existente, em especial das teorias sociais, do resultado da pesquisa de campo, relativa à situação do sistema penitenciário brasileiro, da *naturalização* das penas de privação de liberdade, do conceito de gênero e dos direitos da criança, sob o prisma do Estado de Direito.

Inferimos que as mulheres encarceradas carregam um imenso sofrimento pelo aprisionamento dos seus bebês, assim como por a separação dos filhos que ficaram aos cuidados de outras pessoas. O estudo também revelou que o Estado e a sociedade dão pouca visibilidade à situação da apenada e de seus filhos, acreditando naquele velho ditado de que filho de bandido, bandido é.

Não são reconhecidas as perdas sociais que o encarceramento provoca nos familiares das apenadas porque o público não escuta o grito de angústia das prisioneiras e de suas famílias, pois o discurso da mídia e dos especialistas na criminologia popular apresenta os criminosos como seres *diferentes*, não totalmente humanos. Neste sentido, parafraseamos Foucault (1977, p. 254): "*não há natureza criminosa, mas jogos de força que, segundo a classe a que pertencem os indivíduos, os conduzirão ao poder ou à prisão*".

Temos um grande desafio em desenvolver propostas e estratégias que respondam aos problemas envolvendo as mães encarceradas e seus filhos. Precisamos sensibilizar os profissionais e administradores das prisões, o sistema jurídico, assim como a sociedade civil, a fim de minimizar ou reduzir os impactos da prisão materna, potencialmente perversos no desenvolvimento da criança e da relação mãe x filhos.

Neste estudo, as mulheres encarceradas entrevistadas são objetos de violações geradas pela discriminação de gênero, e pela negligência do Estado, no sentido de identificar e atender às suas necessidades específicas. Portanto, o Estado viola severamente a Convenção de Belém do Pará, como instrumento internacional específico de proteção da mulher e ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

No CRMJM as apenadas e seus filhos estão submetidos a graves violações de direitos humanos, iniciando com as condições inadequadas de habitabilidade e salubridade, falta de médicos e dentistas, alimentação inadequada, recorrência de maus-tratos no cotidiano do cumprimento de penas, somadas à reprodução de forma incisiva das recorrentes violações de gênero, aferidas na prática através da extensão de diversas privações na unidade prisional feminina, que se caracterizam como violação dos direitos humanos das mulheres presas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, E. *La política penal/penitenciária em relación com la mujer: un enfoque de gênero*. Revista eletrônica, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa. Brasília: Senado Federal, 1989.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012.

ESPINOZA, O. *Mujeres presas en Brasil. una aproximación*. Mexico: FCE, 2004.

FRINHANI, F. M. et al. *Mulheres encarceradas e espaço prisional*. Ano 7 n.1, p.61-69, 2003.

FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 1993.

ILGENFRITZ, I.; MUSUMECI, B. *Prisioneiras: vida e violência atrás das grades*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

MARX, K. *Le capital*. Paris: Editions Sociales, 1984.

PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RUSCHE, E.G.; KIRCHEIMER, O. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

SANTA RITA. R.P. *Mães e Crianças atrás das grades: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

SCOTT, J.W. *Parité: sexual differences and the crisis of French Universalism*. Chicago, University of Chicago Press, 1993.

_____. Preface: a gender and politics of history. *Cadernos Pagu*, n. 3. Campinas, SP, 1994.

HARADA apud JUND, Sérgio. *AFO: administração financeira e orçamentária: teoria e 750 questões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes: 1998.

PEREIRA, César Guimarães. *A CISG e sua aplicação a partes brasileira*. São Paulo: 2012. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justica-direito/artigos/conteudo.phtml?id=1296607&tit=A-CISG-e-sua-aplicacao-a-partes-brasileiras>> Acesso em: 26 maio 2013.

SACHS, Jeffrey d. *O fim da pobreza: como acabar com a miséria mundial nos próximos vinte anos*. – São Paulo: Companhia das letras, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PAESANI, Liliana Minardi (Coord). *O Direito na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2007.

VERGONTE, Antoine. *Modernidade e cristianismo: interrogações e críticas recíprocas*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS

Os trabalhos submetidos devem ser enviados por e-mail, digitados em espaço 1.5, tipo 12, letra Arial, alinhamento justificado, em programa Microsoft Office Word 97-2003 (inclusive recente), conforme normas da ABNT e em duas vias impressas. Uma das duas vias impressas deve vir sem informação que identifique a autoria. As versões impressas não serão devolvidas ao autor, que manterá seu texto em arquivo para as eventuais modificações sugeridas pelos pareceristas. Em folha à parte devem vir o título, endereço completo, filiação a instituições de ensino ou pesquisa, cargo, titulação, telefone, fax e e-mail do autor.

As "Notas" devem ser digitadas ao fim de cada página, numeradas a partir de 1. Se houver nota referente ao título, esta recebe asterisco e não numeração. As notas não devem ser utilizadas para referência bibliográfica. Citações com menos de quatro linhas devem ser destacadas com aspas. Citações com quatro linhas ou mais devem ter recuo de 4 cm, fonte 10 e espaço simples. As referências devem ser feitas no corpo trabalho segundo o exemplo:...como diz Preti (1991: 43)...; referências após citação: (Preti 1991:43); no caso de paráfrase (cf.: Preti 1991:43). Nunca usar idem, ou idem, ibidem. Para ênfase usar itálico e não sublinhar.

"Tabelas", "gráficos", "desenhos", "quadros" e "árvores" devem ser encaminhados, também separadamente, em versão impressa, pronta para ser fotografada, em laser/ink jet ou tinta nanquim. Devem ser numerados e ter título. Apenas as iniciais do título devem estar em maiúsculas.

Referências: digitar a expressão REFERÊNCIAS. Os autores devem estar em ordem alfabética, sem numeração das entradas e sem espaço entre as referências. O principal sobrenome de cada autor é seguido de vírgula e do nome e sobrenomes. O nome de outros autores, quando houver, ou dos organizadores da obra de onde for retirado o artigo, precedem o sobrenome. Os títulos de livro, coletânea ou revista devem vir em itálico. Na segunda entrada de um mesmo autor, seu nome é substituído por um traço de 5 toques. A data identificadora da obra deve vir entre pontos, após o nome do autor (outras datas relevantes no final da entrada). Mais de uma obra de um autor no mesmo ano devem ser identificadas por letras a, b, c, etc. após a data.

Tamanho do artigo: **15 a 20 páginas.**

Endereço:

Av. Flávio Ribeiro Coutinho, 805, 3º
Piso; Manaíra Shopping;
Bairro: Manaíra;
Cidade: João Pessoa – PB
CEP: 58037-000
Fone: (0xx83) 2106 6175