

ISSN: 1984-168x



Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

Ano 4 • Nº 7 • 2011

Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

***Revista Jurídica do
Ministério Público do Estado do Tocantins***

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (Cesaf)
Associação Tocantinense do Ministério Público (ATMP)

Clenan Renaut de Melo Pereira
Procurador Geral de Justiça

Vera Nilva Álvares Rocha Lira
Subprocuradora Geral de Justiça
Coordenadora do Cesaf

Edson Azambuja
Presidente da ATMP

Ficha Técnica:

Coordenadora
Vera Nilva Álvares Rocha Lira

Conselho Editorial
Clenan Renaut de Melo Pereira
Edson Azambuja
João Rodrigues Filho
José Kasuo Otsuka
Miguel Batista de Siqueira Filho

Revisão
Luciana Duailibe

Projeto Gráfico e diagramação
Bruno Fleuri

Fotos
Ronaldo Mitt

Vera Nilva Álvares Rocha Lira
(Coord.)

Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

Ano 4, nº 7

Palmas, Tocantins
2011

©2011, Ministério Público do Estado do Tocantins

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins

Publicação do Ministério Público do Estado do Tocantins

Ano 4 . nº 7 . 2011

Tiragem: 700

Tocantins, Ministério Público

Revista Jurídica do Ministério Público do Tocantins./ Coordenação de Vera Nilva Álvares Rocha Lira. Palmas: Cesaf, ano 4, n. 7, 2011.

164 pág.

Periodicidade semestral

ISSN: 1984-168 x

1. Direito – Periódicos 2. Impugnação juizados especiais criminais 3. Benefícios a traficantes e previsão constitucional 4 Teoria Geral do Processo Civil e o exercício da jurisdição 5. Abrangência do termo “floresta” na Lei de Crimes Ambientais 6. Estudo de casos no Direito 7. Infância abandonada: a roda dos expostos 8. Lei da Alienação Parental 9. Omissão na defesa da criança e do adolescente: multa pessoal contra o gestor.

CDU: 34 (05)

Todos os direitos reservados ao Ministério Público do Estado do Tocantins.

É permitida reprodução parcial ou total, desde que sejam citadas as fontes.

A originalidade dos artigos e as opiniões emitidas são de total responsabilidade de seus autores.

Procuradoria Geral de Justiça
Qd 202 N, Av. LO 4, Conjunto 01,
Lotes 5 e 6 - Plano Diretor Norte
CEP: 77.006-218 - Palmas - Tocantins
(63) 3216-7600
www.mp.to.gov.br - cesaf@mp.to.gov.br

Associação Tocantinense do Ministério Público
Qd 202 N, Av. LO 4, Conjunto 01,
Lotes 5 e 6 - Plano Diretor Norte - 1º andar
CEP: 77.006-218 - Palmas - Tocantins
(63) 3216-3250
www.atmp.org.br - atmp@uol.com.br

Editorial

A Revista Jurídica do Ministério Público do Tocantins constituiu-se em um desafio, que entendemos ter sido enfrentado e vencido com êxito.

Desafio enfrentado, tendo em vista ser uma experiência nova na seara da compilação de trabalhos jurídico-científicos, sendo esta a primeira publicação do gênero no Estado do Tocantins. Desafio vencido, eis que esta sétima publicação, por si só, revela a solidez desse veículo de comunicação que, graças à seriedade e comprometimento da coordenação, dos autores, do conselho editorial, dos revisores, enfim, de todos os segmentos que se debruçam para que a cada semestre nova publicação seja possível, foi laureada com a aprovação da comunidade jurídica.

A publicação deste número coincide com a finalização de mais um ano de trabalho, em que o Ministério Público Estadual pôde levar à sociedade tocaninense os créditos da prestação de contas, haja vista o labor destemido de seus integrantes, revelado em várias áreas, dentre as quais se destacou o combate à corrupção.

No ano vindouro almejamos continuar com os nossos misteres, e no particular, com a reunião de criteriosos e relevantes trabalhos científicos para as próximas edições da Revista.

Que as luzes da sabedoria iluminem a todos!

Vera Nilva Alvares Rocha Lira
Coordenadora do Cesaf

Sumário

1. Os meios de impugnação nos juizados especiais criminais.....	11
<i>Anniella Macedo Leal Moreira</i>	
2. Alguns benefícios ainda difusamente concedidos a traficantes e o mandamento constitucional de proibição de proteção insuficiente	29
<i>Diego Nardo</i>	
3. Os escopos da jurisdição: o processo civil de resultados como meta de uma nova processualística	45
<i>Fernando Brunno Nogueira de Oliveira</i>	
4. O sentido do termo “floresta” empregado pela Lei de Crimes Ambientais e sua regulamentação.....	69
<i>José Maria da Silva Júnior</i>	
5. Estudo e argumentação de casos no estudo do Direito	81
<i>Miguel Batista de Siqueira Filho e Rachel Bernardes de Lima</i>	
6. Infância abandonada: a roda dos expostos.....	99
<i>Munique Teixeira Vaz</i>	
7. Comentários à lei nº 12.318/2010 (Lei da alienação parental)	123
<i>Paulo Alexandre Rodrigues de Siqueira</i>	
8. Da imposição de multa pessoal ao gestor pela ação ou omissão do poder público na garantia do direito da criança e do adolescente.....	143
<i>Sidney Fiori Junior</i>	

Os meios de impugnação nos juizados especiais criminais

Anniella Macedo Leal Moreira¹

RESUMO

Este artigo visa analisar os recursos previstos na Lei nº 9.099/1995 - Lei dos Juizados Especiais, bem como outros instrumentos de impugnação contra as decisões proferidas pelos Juizados Especiais e Turmas Recursais Criminais, tais como o Habeas Corpus, o Mandado de Segurança, a Revisão Criminal, o Recurso Extraordinário e a Reclamação.

¹ Analista Ministerial em Ciências Jurídicas, lotada na 7ª Promotoria de Justiça da Capital. Pós-graduada em Direito Público com ênfase em assessoria governamental pela Faculdade Albert Einstein – Brasília/DF.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988, ao criar o Sistema dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, estabeleceu sua competência para julgamento dos recursos por meio de “Turmas Recursais”, nos termos do o artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Essa regra foi acompanhada pela lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995 (art. 82), ao reservar a competência para julgamento de recursos à “turma composta por três juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado”.

Assim sendo, os processos afetos aos Juizados Especiais são sujeitos a sistema recursal próprio, específico e delimitado. Por essa razão, uma vez ou outra, os operadores do direito acabam fazendo comparações com os procedimentos recursais dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e não raramente, confundem-se e entendem, equivocadamente, cabíveis uma série de recursos previstos nestes, mas não aceitos pelo Sistema Recursal dos Juizados Especiais.

Diante dessa sistemática peculiar que rege os Juizados Especiais, o presente artigo pretende analisar o Sistema Recursal dos Juizados Especiais Criminais”, destacando os recursos especificados no artigo 82 da lei nº 9.099/1995 (Embargos de Declaração e Apelação Criminal), bem como a admissão de outros recursos e ações previstas no Código de Processo Penal e demais leis, por força do artigo 92 da mesma lei, que determina a aplicação subsidiária do Código Penal e do Código de Processo Penal, desde que compatíveis com as suas disposições.

2. Competência

A Turma Recursal constitui a única e última instância de recurso dos Juizados Especiais. Ela é composta por três Juizes de Direito, com exercício no primeiro grau de jurisdição, de preferência nos Juizados Especiais, sem prejuízo de suas funções normais.

A Resolução nº 002 de 14 de dezembro de 2010 do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, que trata do Regimento Interno das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Tocantins, em seu artigo 44, dispõe que *“só serão submetidos ao Ministério Público os processos criminais e os referentes a mandado de segurança, habeas corpus, assim como as causas a que se refere o artigo 82 do Código de Processo Civil”*.

A título de curiosidade, o ato que nomeia o magistrado para integrar Turmas Recursais não caracteriza promoção para outra entrância ou mesmo remoção para compor órgão recursal de primeiro instância, bem como não há que se falar em obrigatoriedade da alternância dos critérios de antiguidade e merecimento. A definição dos critérios para composição da Turma Recursal é ato interna corporis do respectivo Tribunal. Nesse sentido: STF - MS 28254/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 24/3/2011.

Embora a lei nº 9.099/1995 preveja apenas os Embargos de Declaração e a Apelação, isso não quer dizer que ela afasta a possibilidade de interposição de outros recursos, uma vez que as Turmas Recursais também têm competência para julgar outros tipos de impugnação. É o que veremos no decorrer do presente trabalho.

2.1 Conflito de competência

Caso ocorra conflito de competência entre juiz do juizado e juízo comum, quem irá julgar será o Tribunal de Justiça local e se

o conflito se der entre juiz do juizado federal e juízo federal quem decidirá é o Tribunal Regional Federal competente.

Nesse sentido:

Súmula nº 428 do STJ: Compete ao Tribunal Regional Federal decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal da mesma seção judiciária. (Rel. Min. Luiz Fux, em 17/3/2010).

O Supremo Tribunal Federal também mantém o mesmo posicionamento:

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL E JUÍZO FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, PERTENCENTES À MESMA SEÇÃO JUDICIÁRIA. JULGAMENTO AFETO AO RESPECTIVO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. JULGAMENTO PELO STJ. INADMISSIBILIDADE. I. A questão central do presente recurso extraordinário consiste em saber a que órgão jurisdicional cabe dirimir conflitos de competência entre um Juizado Especial e um Juízo de primeiro grau, se ao respectivo Tribunal Regional Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça. II - A competência STJ para julgar conflitos dessa natureza circunscreve-se àqueles em que estão envolvidos tribunais distintos ou juízes vinculados a tribunais diversos (art. 105, I, d, da CF). III - Os juízes de primeira instância, tal como aqueles que integram os Juizados Especiais estão vinculados ao respectivo Tribunal Regional Federal, ao qual cabe dirimir os conflitos de competência que surjam entre eles. IV - Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF - Recurso Extraordinário nº 590.409/RJ, relator Ministro Ricardo Lewandowski. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 26.8.2009). Sem grifo no original

3. Apelação

3.1 Hipóteses de cabimento

A lei nº 9.099/1995 admite o recurso de Apelação Criminal em três hipóteses:

a) da sentença que acolhe a transação penal (§§4º e 5º do art. 76);

- b) da decisão que rejeita a denúncia ou queixa (art. 82);
- c) da sentença de mérito.

3.2 Prazo

Diferentemente do processamento da Apelação prevista no Código de Processo Penal, o prazo para a sua interposição é de **dez dias** contados da data em que o recorrente teve ciência da sentença, comportando contrarrazões no mesmo prazo (art. 82, § 1º, da lei nº 9.099/1995).

3.3 Forma de interposição

A petição de interposição da Apelação deve estar acompanhada das razões do recurso, entretanto, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a falta de razões é mera irregularidade.

Vejamos:

HABEAS CORPUS. RECURSO INADMITIDO PELA TURMA RECURSAL. RAZÕES DE APELAÇÃO APRESENTADAS FORA DO PRAZO LEGAL. No âmbito dos juizados especiais também não é exigível a apresentação das razões como formalidade essencial da apelação, recurso que possui ampla devolutividade. Igualmente, a tardia apresentação das razões não impede o conhecimento do recurso. Habeas corpus deferido, em parte. (STF - HC 85.344/MG, Relator: Carlos Britto. Julgamento: 7/11/2005). Sem grifo no original

Nesse julgado, a Suprema Corte determinou o conhecimento da Apelação antes denegada pela Turma Recursal, sob a alegação de intempestividade das razões apresentadas depois do recurso. Segundo o Relator, a informalidade dos juizados e o risco à liberdade de ir e vir justificam a admissibilidade do recurso por simples petição, em face do silêncio da lei dos juizados especiais quanto às consequências da não apresentação de razões.

4. Embargos de declaração

4.1 Hipóteses de cabimento

Cabem Embargos de Declaração quando a sentença ou acórdão contiver dúvida, omissão (quando o órgão julgador não se manifesta sobre determinado ponto controvertido), contradição (quando o julgado apresenta proposições inconciliáveis, tornando incerto o provimento jurisdicional) e obscuridade (quando a redação não é suficientemente clara), conforme disposição contida no artigo 83 da lei nº 9.099/1995.

Diferentemente do Código de Processo Penal, a Lei dos Juizados, prevê que os embargos de declaração são cabíveis quando houver “dúvida” e o Código de Processo Penal prevê a hipótese em que houver “ambiguidade”.

4.2 Prazo

Os Embargos de Declaração serão opostos no prazo de **cinco dias**, contados da ciência da decisão, nos termos do artigo 83, § 1º, ao passo que no Código de Processo Penal o prazo de embargos é de dois dias.

Outra diferença diz respeito à consequência do prazo de outro recurso. No Código de Processo Penal, os embargos de declaração interrompem o prazo para o outro recurso. Nos Juizados, quando opostos Embargos de Declaração **contra sentença, suspendem** o prazo para outro recurso. Caso interpostos **contra acórdão da Turma Recursal, haverá interrupção** do prazo para o outro recurso.

4.3 Forma de interposição

Os Embargos Declaratórios podem ser feitos de forma oral ou escrita e serão apresentados ao juiz prolator da sentença, que os decidirá, ou ao relator do acórdão embargado, que os submeterá à Turma Recursal, para julgamento, independente de publicação da pauta.

5. Outros instrumentos de impugnação

São aqueles que, embora não previstos na lei nº 9.099/1995, são plenamente aceitáveis no Sistema Recursal dos Juizados Especiais Criminais. São eles: *Habeas Corpus*, *Mandado de Segurança*, *Revisão Criminal*, *Recurso Extraordinário* e *Reclamação*.

5.1. Habeas corpus

Conforme expressa previsão legal contida no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal de 1988 e artigos 647 e 648 do Código de Processo Penal, o *Habeas Corpus* não é um recurso, mas sim uma ação constitucional.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 99.878/PB, firmou entendimento de que **“competente ao Tribunal de Justiça Estadual o julgamento dos pedidos de *habeas corpus* quando a autoridade coatora for Turma Recursal dos Juizados Especiais”**. (STJ - HC 99.878/PB, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento: 5/8/2010. Publicação: 23/8/2010).

O Supremo Tribunal Federal também mudou seu posicionamento e manifestou-se pela sua incompetência para conhecer originariamente de *habeas corpus* no qual se imputa coação a Juiz de primeiro grau e a Promotor de Justiça que oficia perante Juizado Especial Criminal, o que motivou o cancelamento da Súmula nº 690 do STF que dizia que a competência originária para o julgamento de *habeas corpus* contra decisão de Turma Recursal de juizados especiais criminais era do STF.

Vejam os:

EMENTA: Habeas corpus: conforme o entendimento firmado a partir do julgamento do HC 86.834 (Pl, 23.6.06, Marco Aurélio, Inf., 437), que implicou o cancelamento da Súmula 690, compete ao Tribunal de Justiça julgar habeas corpus contra ato de Turma Recursal dos Juizados Especiais do Estado. (STF - HC 90.905 AgR, Relator Min. Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. Julgamento:

10/4/2007. Publicação: 11/5/2007). Sem grifo no original

Assim, o *Habeas Corpus* contra acórdão da Turma Recursal deve ser impetrado perante o tribunal local, isto é, se for Juizado Especial Criminal Estadual perante o Tribunal de Justiça e se for Juizado Especial Criminal Federal perante Tribunal Regional Federal. Já se a impetração do *Habeas Corpus* se der contra ato de juiz singular do Juizado Especial Criminal, a competência para julgá-lo será da própria Turma Recursal.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. COMPETÊNCIA. TURMA RECURSAL. A competência para julgamento de habeas corpus impetrado com vistas ao trancamento de ação penal que tramita perante Juizado Especial Criminal é da respectiva Turma Recursal. - Remessa dos autos à Turma Recursal. (TRF4 - HC 39637/RS . Relator(a): Maria De Fátima Freitas Labarrère. Julgamento: 22/11/2005 Órgão Julgador: Sétima Turma. Publicação: 7/12/2005, p. 1128. Sem grifo no original

(...) imputado o ato de constrangimento a turma recursal de juizado especial criminal, incumbe ao Tribunal de Justiça examinar o “habeas”. Essa óptica é reforçada pelo fato de a competência originária e recursal do Supremo estar fixada na própria Carta, e aí não se tem preceito a versá-las que, interpretado e aplicado, conduza à conclusão sobre competir a esta Corte apreciar os “habeas” ajuizados contra atos de turmas recursais criminais, tratando-se de processo pertinente a delito de menor potencial ofensivo. Considerando o disposto no artigo 102, inciso I, da Lei Fundamental, compete ao Supremo julgar ‘habeas corpus’ sendo pacientes o Presidente e o Vice-presidente da República, os membros do Congresso Nacional, os próprios ministros da Corte, o Procurador-Geral da República, os ministros de Estado, os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos tribunais superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente. (STF - HC nº 86.834/SP, relator Ministro Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 22/8/2006). Sem grifo no original

5.2 Mandado de segurança

O Mandado de Segurança é um meio constitucionalmente posto à disposição para a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade, conforme os requisitos insculpidos na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 12.016/2009. Por ser a Turma Recursal o órgão revisor das decisões monocráticas provenientes dos Juizados Especiais, nos termos do artigo 41, §1º da lei nº 9.099/1995, compete a ela, da mesma forma, conhecer e julgar Mandado de Segurança contra ato do Juízo singular do Juizado, do Juiz integrante da Turma Recursal, bem como da decisão proferida pelo próprio Colegiado do Juizado Especial. Nesse sentido:

Súmula nº 376 do STJ: Compete à turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial. (Julgamento: 18/3/2009. Publicação: 30/3/2009).

Com base nisso, compete à Turma Recursal dos Juizados Especiais Criminais julgar mandado de segurança contra ato de juizado especial Criminal, bem como tem competência para julgar os Mandados de Seguranças contra seus próprios atos.

Tal posicionamento, amplamente compartilhado pelos tribunais, encontra-se, inclusive, sumulado pelas Turmas Recursais do Estado do Tocantins, *in verbis*:

Enunciado nº 8: Compete à Segunda Turma Recursal apreciar e decidir mandado de segurança contra ato de juiz membro da Primeira Turma, e vice e versa, quando cabível.

5.3 Revisão criminal

A lei nº 9.099/1995 não excluiu a ação de Revisão Criminal das decisões proferidas pelos Juizados Especiais Criminais e respectivas Turmas Recursais, tal qual se fez relativamente à ação rescisória

para os juizados cíveis (art. 59). Aliás, não se trata de recurso, mas, sim, de ação, que constitui direito subjetivo do condenado e visa à reparação do erro judiciário, devendo subsistir também para as condenações impostas pelos juizados especiais criminais.

A respeito, leciona Nucci (2008, p. 1005):

Aliás, a mesma Constituição, no art. 84, caput, disciplina que “as Turmas Recursais são formadas por Juizes de Direito titulares da mais elevada entrância de Primeiro Grau, na Capital ou no Interior, observada a sua sede, nos termos da Resolução do Tribunal de Justiça” (...). No art. 1º prevê-se que “as Turmas de Recurso constituem-se em órgão de segunda instância, cuja competência é vinculada aos Juizados Especiais e de Pequenas Causas” (grifamos). É bem claro, portanto, que o julgado prolatado no Juizado Especial Criminal ou mesmo pela Turma Recursal, deve ser submetido à revisão criminal no âmbito da Turma Recursal. Sem grifo no original.

O Superior Tribunal de Justiça também já decidiu no mesmo sentido:

Segundo o artigo 98 da Constituição Federal, as Turmas Recursais possuem competência exclusiva para apreciar os recursos das decisões prolatadas pelos Juizados Especiais Federais. Portanto, não cabe recurso aos Tribunais Regionais Federais, pois a eles não foi reservada a possibilidade de revisão dos julgados dos Juizados Especiais. III - A teor do artigo 41 e respectivo § 1º da Lei 9.099/95 (aplicável aos Juizados Especiais Federais, por força do artigo 1º da Lei 10.259/01), os recursos cabíveis das decisões dos juizados especiais devem ser julgados por Turmas Recursais, IV - No R MS. 18.433/MA, julgado por esta Eg. Turma recentemente, restou assentado o entendimento de que os Juizados Especiais foram instituídos no pressuposto de que as respectivas causas seriam resolvidas no âmbito de sua jurisdição. Caso assim não fosse, não haveria sentido sua criação e, menos ainda, a instituição das respectivas Turmas Recursais, pois a estas foi dada a competência de revisar os julgados dos Juizados Especiais. (STJ - Recurso Especial nº 72.2237/PR, relator Ministro Gilson Dipp. Órgão Julgador: Quinta Turma. Julgamento: 3/5/2005. Publicação: DJ 23/5/2005 p. 345). Sem grifo no original.

Não é demais reprimir que a Revisão Criminal cabe tanto das sentenças proferidas pelos Juizados, quanto dos acórdãos das Turmas Recursais, e segue o disposto no Código de Processo Penal (arts. 621 a 631). Ou seja, nenhum dispositivo legal exclui essa possibilidade, o que, lembre-se, encontra abrigo constitucional, pois todo o condenado tem o direito de rever o julgado que o prejudicou por erro judiciário.

Portanto, a Revisão Criminal é cabível no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, já que o artigo 92 da Lei nº 9.099/1995 prevê a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal no caso em que não houver incompatibilidade com a referida lei e o entendimento é no sentido de que seja cabível a referida ação. Atente-se que essa revisão criminal será julgada pela Turma Recursal uma vez que a ela cabe o julgamento da Apelação.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

STJ.INFORMATIVO363–TERCEIRASEÇÃO-COMPETÊNCIA. REVISÃO CRIMINAL. JUIZADOS ESPECIAIS. Compete à Turma Recursal Criminal processar e julgar a revisão criminal em que o réu condenado por praticar o crime previsto no art. 147 do CP (crime de menor potencial ofensivo) pelo Juizado Especial criminal pugna pela reforma de decisão. Isso se deve ao fato de que as decisões proferidas pelos Juizados Especiais não ficam submetidas à revisão dos Tribunais de Justiça, pois a vinculação entre eles é apenas administrativa, e não jurisdicional. Assim, a Seção, ao prosseguir o julgamento, por maioria, determinou que compete à Turma Recursal julgar a revisão criminal, observado o caput do art. 625 do CPP. Caso a composição daquele colegiado impossibilite a observância do mencionado artigo, deve-se, em tese, convocar magistrados suplentes para fazer parte do julgamento. Precedentes citados: STJ - REsp 470.673-RS, DJ 4/8/2003, e CC 39.876-PR, DJ 19/12/2003. CC 47.718-RS, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG). Julgamento: 13/8/2008. (sem grifo no original)

5.4 Recurso extraordinário

O Superior Tribunal de Justiça, por meio da edição da súmula nº 203, firmou o entendimento de ser incabível o Recurso Especial contra decisão dos colégios recursais dos Juizados Especiais. Senão vejamos:

Súmula nº 203 do STJ: Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos juizados especiais.

Contudo, a jurisprudência e doutrina são unânimes em aceitar o cabimento do Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, quando a decisão da Turma Recursal do Juizado Especial violar norma expressa da Constituição Federal. É o que diz a súmula nº 640 do STF, *in verbis*:

Súmula nº 640 do STF: É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizados especiais cível ou criminal.

O Recurso Extraordinário encontra previsão constitucional no artigo 102, inciso III da CF, *ipsis litteris*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Sem grifo no original

É de se destacar que é necessária a apresentação do pressuposto recursal da repercussão geral (ou seja, que a discussão das questões

constitucionais ultrapassem os interesses subjetivos na causa), pois tal pressuposto é também exigido para os Recursos Extraordinários de natureza penal. Nesse sentido: STF - AI 664.567/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 18.6.2007 – Informativo do STF nº 472).

5.5 Reclamação

Considerando a necessidade de manter a coerência na interpretação da legislação infraconstitucional, ante a ausência de uma Turma de Uniformização de Jurisprudência no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais, o Superior Tribunal de Justiça editou a Resolução nº 12/09, publicada em 14.12.2009, cujo artigo 1º, assim dispõe:

as reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos especiais processados na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil serão oferecidas no prazo de quinze dias, contados da ciência, pela parte, da decisão impugnada, independentemente de preparo.

Assim, a Reclamação somente tem cabimento quando demonstrada de forma cabal a existência de divergência entre acórdão das Turmas Recursais dos Juizados Especiais e a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Confirmam-se, nesse sentido, os precedentes abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. TURMA RECURSAL. ACÓRDÃO. DIVERGÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. INOCORRÊNCIA. DESPROVIMENTO. I. “A divergência exigida, nos termos do art. 1º da Resolução n.º 12, deve ser verificada em face de jurisprudência consolidada do STJ, hábil a proporcionar ao jurisdicionado confiança de que a legislação federal será interpretada e aplicada em um mesmo sentido. (STJ - AgRg na Rcl nº 5.014/DF, relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. Órgão Julgador: Segunda Seção. Julgamento: 2/3/2011). Sem grifo no original

RECLAMAÇÃO. DIVERGÊNCIA DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM JULGADOS DE OUTRAS TURMAS RECURSAIS ESTADUAIS. DESCABIMENTO. 1.- A divergência que autoriza o conhecimento de reclamação, nos termos do artigo 1º da Resolução n. 12/2009, deve ser verificada em face de jurisprudência consolidada no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, e não de outros colégios recursais estaduais. (STJ - AgRg na Rcl nº 5.867/SP, relator Ministro Sidnei Beneti. Órgão Julgador: Segunda Seção. Julgamento: 22/6/2011). Sem grifo no original

Desse modo, a divergência que autoriza o conhecimento de Reclamação, nos termos do dispositivo retromencionado, deve ser verificada em face de jurisprudência consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que o seu objetivo é proporcionar ao jurisdicionado a segurança de que a legislação federal será interpretada e aplicada em um mesmo sentido, abrangendo apenas temas de direito material, excluídas as questões processuais. A demonstração de referida divergência se dá mediante a comparação entre julgados que, proferidos sobre idêntica base fática, chegam a conclusão jurídica diversa. Isso porque a a Reclamação ostenta caráter uniformizador.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NA RECLAMAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DIVERGÊNCIA ENTRE ACÓRDÃO PROLATADO POR TURMA RECURSAL E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DISSENSO NÃO DEMONSTRADO. A via excepcional da reclamação, ainda que ajuizada sob o pretexto de uniformizar a jurisprudência nacional na interpretação da legislação federal pelos Juizados Especiais Estaduais, é reservada somente para a análise de hipóteses extremas, em que se verifique frontal ofensa a julgado deste Tribunal, cuja solução decorra da aplicação da lei federal e não da melhor ou pior interpretação que se possa fazer dos fatos da causa. - Agravo não provido. (STJ - AgRg na Rcl 4.107/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi. Segunda Seção. Julgamento: 13/12/2010, Publicação: 16/12/2010). Sem grifo no original

6. Conclusão

Da análise do Sistema Recursal dos Juizados Especiais Criminais previsto na lei nº 9.099/1995, com amparo no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988, verificou-se a possibilidade de julgamento por Turmas Recursais, de diferentes meios de impugnações contra decisões proferidas pelos Juizados Especiais. Atende-se, com isso, à garantia do duplo grau de jurisdição, sem comprometimento dos princípios de simplicidade, celeridade e economia processual, que devem informar a atividade jurisdicional relacionada às pequenas infrações penais.

Como visto, as Turmas Recursais correspondem à última instância ordinária dos Juizados Especiais e que, por conseguinte, os Tribunais de Justiça não exercem jurisdição sobre as mesmas.

Ademais, o artigo 46 da lei nº 9.099/1995, ao tratar dos recursos nas Turmas Recursais dispôs que o julgamento em segunda instância constará apenas da ata, com a indicação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva.

Assim, pela exposição acima, verifica-se que a lei dos juizados especiais visa o trâmite processual de um recurso na Turma Recursal com praticidade e eficiência, pois o que se quer, realmente, é o julgamento célere da causa.

De todo o exposto, deflui-se que o “Sistema Jurisdicional do Juizado Especial Criminal” é pautado pela limitação recursal, com recursos especialíssimos e restritos, a fim de se evitar a protelação dos litígios, exatamente por ter sido concebido, pelo Constituinte de 1988, para a conciliação, julgamento e execução de infrações penais de menor potencial ofensivo.

Referências

BRASIL. **Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9099.htm>>. Acesso em: 27 de setembro de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resolução nº 12, de 14 de dezembro de 2009**. Dispõe sobre o processamento, no Superior Tribunal de Justiça, das reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência desta Corte. Disponível em <<http://www.bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 27 de setembro de 2011.

FEDERAL, Supremo Tribunal. **Mandado de Segurança nº 28.254/DF**, relator Ministro Ricardo Lewandowski. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 24/3/2011.

_____. Supremo Tribunal. **Recurso Extraordinário nº 590.409/RJ**, relator Ministro Ricardo Lewandowski.. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 26/8/2009.

_____. Supremo Tribunal. **Habeas Corpus nº 85.344/MG**, relator Ministro Carlos Britto. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 7/11/2005.

_____. Supremo Tribunal. **Habeas Corpus nº 90.905/SP**, relator Ministro Sepúlveda Pertence. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 10/4/2007.

_____. Supremo Tribunal. **Habeas Corpus nº 86.834/SP**, relator Ministro Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 22/8/2006.

_____. Supremo Tribunal. **Agravo de Instrumento nº 664.567/RS**, relator Ministro Sepúlveda Pertence. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 18/06/2007. Informativo 472.

FEDERAL, Tribunal Regional da 4ª Região. **Habeas Corpus nº 39.637/RS**, relatora Maria de Fátima Freitas Labarrère. Julgamento: 22/11/2005. Órgão Julgador: Sétima Turma Publicação: 7/12/2005. p. 1128.

JUSTIÇA. Superior Tribunal. **Habeas Corpus nº 99.878/PB**, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento: 5/8/2010.

_____. Superior Tribunal. **Recurso Especial nº 72.2237/PR**, relator Ministro Gilson Dipp. Órgão Julgador: Quinta Turma. Julgamento: 3/5/2005. Publicação: DJ 23/5/2005 p. 345.

_____. Superior Tribunal. **Recurso Especial nº 470.673/RS**, relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG). Julgamento: 13/8/2008.

_____. Superior Tribunal. **Agravo Regimental na Reclamação nº 5.014/DF**, relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. Órgão Julgador: Segunda Seção. Julgamento: 2/3/2011.

_____. Superior Tribunal. **Agravo Regimental na Reclamação nº 5.867/SP**, relator Ministro Sidnei Beneti. Órgão Julgador: Segunda Seção. Julgamento: 22/6/2011.

_____. Superior Tribunal. **Agravo Regimental na Reclamação nº 4.107/SC**, relatora Ministra Nancy Andrichi. Órgão Julgador: Segunda Seção. Julgamento: 13/12/2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **Resolução nº 002, de 14 de dezembro de 2010**. Dispõe sobre o Regimento Interno das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado do Tocantins. Publicação: DJ nº 2339 de 12/1/2010.

Alguns benefícios ainda difusamente concedidos a traficantes e o mandamento constitucional de proibição de proteção insuficiente

Diego Nardo¹

RESUMO

Tem-se verificado, nos últimos anos, um desequilíbrio ideológico na produção doutrinária, tendendo para a supertutela do indivíduo em detrimento da tutela coletiva. Não raro, escritores penalistas e processualistas se mostram com posturas benevolentes, de forma a contrariar, às vezes expressamente, a Constituição Federal, militando indiretamente para o enfraquecimento das garantias de proteção da sociedade.

Abordar-se-á aqui uma destas discrepâncias interpretativas, qual seja, a que confere direitos vedados em nível constitucional a réus traficantes.

Discorrer-se-á sobre os mandamentos constitucionais de endurecimento e suas irradiações na legislação ordinária, respeitando-se a ideia de vedação de proteção frágil de direitos fundamentais, notadamente o da segurança pública, tanto no momento legislativo, quanto no judiciário.

¹ Promotor de Justiça atuante na área criminal em Gurupi/TO.

1. Do momento de insegurança pública e jurídica

Cada vez mais é possível experimentar situações de insegurança pública, às vezes violentas, e comumente decorrentes do fator criminógeno drogas. Sabe-se que, nas cidades com mais de cinquenta mil habitantes, provavelmente existirá um aglomerado de duas ou três ruas intransitáveis, nas quais é possível trocar qualquer coisa por outra que cause dependência física ou psíquica.

Esta realidade é verificável Brasil afora. A disseminação do *crack* tornou a perseguição criminal comparável à tentativa de aprisionar fumaça.

Não obstante, tem-se verificado decisões judiciais que militam no sentido do enfraquecimento à louvável tentativa legislativa de trazer rigores aos que praticam a mercancia de drogas, senão vejamos (grifos nossos):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. REGIME PRISIONAL. **POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO**. SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL.

1. Com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve se iniciar no regime mais gravoso.

2. **A Lei não andou em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado, inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal.** Precedentes.

3. No caso, apesar de o paciente ser primário e não ostentar antecedentes criminais, dada a quantidade e a natureza do entorpecente – foram apreendidas 40 (quarenta) pedras de crack, no primeiro fato delituoso, e 15 (quinze) pedras de crack, no segundo fato –, mostra-se razoável o estabelecimento do regime inicial semiaberto para o início da expiação.

4. Pelas mesmas balizas, não se apresenta socialmente recomendável o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

5. Ordem parcialmente concedida, tão só para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao paciente.”

(HC 207.502/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 17/08/2011).

Nota-se que o Ministro acima citado evocou o princípio da proporcionalidade para justificar regime inicial diferente do fechado. Ora, foi com base nesta mesma proporcionalidade que a Constituição Federal determinou o recrudescimento das medidas antidrogas. Tem-se que, nesta matéria, a Constituição Federal optou por deixar menos discricionariedade ao julgador por ter feito juízo prévio sobre o dano do crime in abstracto. E como tal juízo foi feito pelo constituinte originário, não cremos que possa ser afastado.

Malgrado tais vedações, o Ministro acima tratou o condenado por tráfico de drogas como outro qualquer. E, cremos, não foi isso o idealizado pela norma hierarquicamente superior: a Constituição Federal tratou de emitir mandamento que exigia mais rigor do legislador infraconstitucional.

As afrontas ao princípio da proporcionalidade, tanto proibindo excessos como tolerâncias, são facilmente verificáveis, num primeiro momento: na produção legislativa. Não raro, leis ordinárias trazem dispositivos cujo ingresso na intimidade individual vai além do admitido pela norma hierarquicamente superior. Tais normas infraconstitucionais agressivas não se sustentam após o controle difuso de constitucionalidade²:

O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da

² MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 356.

discricionariedade legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador (gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit).

Contudo, vezes outras exige-se uma ação do legislador: energia para a consecução dos programas arquitetados pela norma hierarquicamente superior³:

Por outro lado, o poder de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar, no sentido de assegurar uma proteção suficiente dos direitos fundamentais (Untermassverbot).

E este dever de legislar, e de legislar de acordo com um programa às vezes já escolhido, quando afrontado, pode gerar situações de desproteção social igualmente inconstitucionais.

Ao mesmo tempo em que existe o momento legislativo para o cumprimento de programas constitucionais positivos, existe o momento judiciário, sobre o qual se debruçará com mais ênfase neste artigo.

2. Do regime inicial fechado a condenados por tráfico

Não entendemos como seria possível afastar o preceito constitucional, com irradiações legais, que determina que os condenados por crime hediondo e assemelhado comecem a pena no regime fechado.

O regime inicial fechado para crimes hediondos⁴ e assemelhados tem origem constitucional. Com efeito, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XLIII, traz tratamento diferenciado aos que cometem tais delitos. A Lei dos Crimes Hediondos apenas desenvolveu o raciocínio constitucional e, sendo conforme a lei maior, não pode ser afastada.

³ Ibidem, p. 356.

⁴ Artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/90: "A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado."

Permitir regime inicial aberto a traficantes é ferir o princípio da individualização da pena (Constituição Federal, artigo 5º, XLVI). Com efeito, a Constituição Federal determinou que a lei regule a individualização da pena, sendo que isto foi feito na Lei dos Crimes Hediondos e de Drogas. Tudo o que se fizer ao contrário disso é inconstitucional.

Tratar os traficantes como quaisquer, utilizando leis infraconstitucionais benevolentes (e destinadas a outros delitos) é não aplicar a constituição: trata-se de verdadeira lesão ao princípio da proporcionalidade: há mais proteção ao excesso estatal do que proibição de proteção insuficiente (*übermassverbot* x *untermassverbot*).

O Supremo Tribunal Federal já deixou claro que também há inconstitucionalidade por falta de proteção estatal em algumas situações (STA Agr 175, rel Min. Gilmar Mendes):

Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) (Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts*, JuS, 1989, p. 161).

Em doutrina, o mesmo Ministro tratou de esclarecer no que consiste a proibição de proteção insuficiente:

Daí concluiu que ‘a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (*untermässig*), porque ‘ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz’, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito (*unverhältnis mässig im engeren Sinn*)⁵.

⁵ SCHLINK, Bernhard. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, p. 462/3 apud MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 367.

Houve um endurecimento constitucional e legal, mas, mesmo assim, ainda há casos práticos em que se continua a igualar crimes que não são iguais.

Para se ter uma ideia da danosidade do crime de tráfico de drogas, é o único delito que permite a extradição de naturalizado, após a naturalização (artigo 5º, LI, da Constituição Federal): é tão danoso que permite extradição de brasileiro!

É também o único crime que permite a expropriação de terras (Constituição Federal, artigo 243), na hipótese de cultivo de psicotrópicos.

Nem o estupro, nem o latrocínio, nem o homicídio qualificado permitem a extradição e confisco de terras. Apenas o tráfico.

Assim, o regime inicial aberto por vezes permitido em decisões isoladas vai contra a ideia de nocividade que a Constituição Federal tem do tráfico, bem como vai contra a letra expressa da lei (artigo 2º, §1º, da Lei dos Hediondos e artigo 44, parágrafo único, interpretado sistemicamente, da Lei de Drogas), além do princípio constitucional da proporcionalidade, conforma acima relatado.

A substituição por pena restritiva de direitos também é vedada pela lei, já que decorre do mesmo raciocínio acima. Certamente a pena restritiva de direito não tem o condão de reprimir e desencorajar condutas audaciosas como a de traficantes. Não é bom argumento dizer que o Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade parcial do artigo 44 da Lei de Drogas em um *Habeas Corpus* específico, permitindo-se, por conseguinte, a substituição da pena *erga omnes*. Ora, todos sabemos que o nosso sistema só gera decisão vinculante se proferida no bojo de ação objetiva de controle de constitucionalidade (ADI, ADECON etc.). Decisão *incidenter tantum* não gera vinculação, sob pena de termos instalada neste país um sistema jurisprudencial do *Common law*, e esta não é nossa realidade: justiça se faz a conta-gotas, de comarca em comarca. Até porque, se vivermos aos ventos do STF, nos tornaríamos verdadeira biruta indecisa, já que é comum que ministros mudem de opinião e que o STF mude sua formação constantemente.

Mas a lei é a fonte mais sólida do direito, notadamente no sistema acolhido no Brasil: o juspositivista. E se essa lei é conforme a Constituição, não há o que falar, ela deve ser aplicada.

O Superior Tribunal de Justiça, em decisões reiteradas e recentes, reconhece a plena vigência do dispositivo legal que impede certos benefícios a traficantes (grifos nossos):

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE QUANTO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS E AOS MOTIVOS DO CRIME. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. NATUREZA DA DROGA. RELEVÂNCIA PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM. REDUÇÃO MÉDIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS SUBJETIVOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

(...)

4. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução pela causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 do mesmo diploma legal.

5. Na espécie, embora não seja expressiva a quantidade da droga apreendida – 15 gramas de “crack” –, a natureza da substância entorpecente justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3, sendo razoável a diminuição intermediária (1/2).

6. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90. Precedentes.

7. Não se mostra adequada, no caso em apreço, a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, uma vez

que a Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44, inciso III, do Código Penal. Precedente.

8. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação da Paciente, reformar o acórdão impugnado e a sentença condenatória, no tocante à dosimetria da pena, reduzindo as penas para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa. (HC 154955/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/08/2011).

No mesmo sentido: STJ REsp 1165350/MG; STJ, HC 172.379/RJ.

Assim, não vemos como constitucional a fixação de regime aberto e a substituição por pena restritiva de direito em processos em que se apuram crimes de tráfico de drogas, especialmente quando não se trata de pequeno traficante, transportador etc.

3. Do artigo 42 da lei de drogas

Outra questão compatível com a abordagem constitucional da matéria é o mandamento constante no artigo 42 da Lei Antidrogas. O citado artigo traz novos critérios para a dosimetria em crime de tráfico: quantidade e natureza da droga. Com efeito, o artigo 42 da Lei Antidrogas é expresso ao determinar que preponderam sobre as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal a natureza e a quantidade da droga apreendida.

Sabe-se que a droga que gera maior número de persecuções criminais é o crack. Isso porque ela conseguiu estabelecer amplo domínio sobre as outras por ser barata e fortíssima. É o mal do século XXI, causa dos piores vícios, prisão das mentes jovens. É a droga mais barata de se comprar, mais fácil de se viciar e mais rápida para matar.⁶

⁶ Vejamos uma breve análise sobre o crack, seus efeitos e a chance de recuperação a que seus usuários estão sujeitos:

“A fumaça produzida pela queima da pedra de crack chega ao sistema nervoso central em dez segundos, devido ao fato de a área de absorção pulmonar

O crime de tráfico de drogas agride a saúde pública. Desta feita, quanto maior é a quantidade da droga, mais risco se cria à saúde pública. Sendo o crime de tráfico de risco, e se o risco é maior, a pena deve ser maior.

Ainda sobre o artigo 42 da Lei Antidrogas, trata-se de inovação legislativa penal, uma vez que a lei condiciona – como um dos critérios, mas de aplicabilidade preponderante sobre os outros – o patamar da pena-base à quantidade de droga apreendida. Tal mandamento é, em verdade, manifestação claríssima do princípio da individualização da pena: aquele que coloca em risco a saúde pública em maior escala sofre pena proporcionalmente maior.

Temos que o mandamento contido no artigo 42 da Lei Antidrogas reflete de forma especular o mandamento constitucional de agravamento à situação de praticantes de crimes hediondos e assemelhados, aliado ao mandamento de proporcionalidade na aplicação das reprimendas.

ser grande e seu efeito dura de 3 a 10 minutos, com efeito de euforia mais forte do que o da cocaína, após o que produz muita depressão, o que leva o usuário a usar novamente para compensar o mal-estar, provocando intensa dependência. Não raro, o usuário tem alucinações e paranóia (ilusões de perseguição).

Efeitos - Após o uso, a pessoa apresenta quadros de extrema violência, agressividade que se manifesta a princípio contra a própria família, desestruturando-a em todos os aspectos, e depois, por consequência, volta-se contra a sociedade em geral, com visível aumento do número de crimes relacionados ao vício em referência.

Chance de Recuperação: As chances de recuperação dessa doença, que muitos especialistas chamam de “doença adquirida”, são muito baixas, pois exige a submissão voluntária ao tratamento por parte do dependente, o que é difícil, haja vista que a “fissura”, isto é, a vontade de voltar a usar a droga, é grande demais. Além disso, a maioria das famílias de usuários não tem condições de custear tratamentos em clínicas particulares ou de conseguir vagas em clínicas terapêuticas assistenciais, que nem sempre são idôneas. É comum o dependente iniciar, mas abandonar o tratamento.”

Fonte: http://pt.wikipedia.org/wiki/Crack#Associa.C3.A7.C3.A3o_.C3.A0_pr.C3.A1tica_de_crimes_e_promiscuidade, acesso em 13/07/11.

4. Do privilégio contido no §4º do artigo 33 da lei antidrogas

Entendemos que a aplicação do privilégio para traficantes deve ser dosada *cum grano salis*. Com efeito, a aplicação do dispositivo do §4º do artigo 33 da Lei de Drogas será de flagrante inconstitucionalidade caso seja manejada em casos de traficantes que não meros transportadores de pequena expressão. Obviamente, a má aplicação do privilégio permite que um delito considerado hediondo, como o tráfico de drogas, seja tratado com um benefício destoante da gravidade que lhe é peculiar.

Esta espécie de privilégio, em todo o ordenamento, jamais foi reconhecida para delitos deste jaez, podendo-se citar como exemplo o § 2º, art. 155, do Código Penal, segundo o qual *“Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um terço a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa”*.

De igual forma, o art. 171, §2º, do Código Penal: *“Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º”*.

Ora, reconhecer esta espécie de privilégio só pelo fato de ser primário ofende frontalmente texto constitucional inserto no inciso XLIII, art. 5º, da Carta Magna que determina que: *“a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.”*. Parece claro que o legislador constitucional teve a nítida intenção de conferir tratamento mais severo a delitos desta espécie, não sendo compatível, portanto, com o espírito do legislador constituinte que o dispositivo legal citado contemple traficantes que visem lucro. Nos parece claro que o dispositivo só pode alcançar intermediários que trabalham sem participação nos lucros, v.g., recebendo por entrega, com gorjetas, com droga etc.

Frise-se ainda que delitos outros, que sequer são hediondos, de muito menor gravidade que o tráfico de drogas, não possuem privilégio semelhante, citando-se como exemplos o roubo, na sua forma simples, a extorsão, também na figura simples e o porte ilegal de arma de fogo.

Ora, a concessão deste privilégio a crimes hediondos parece ofender mortalmente também o princípio da proporcionalidade, uma vez que apenará empresários do tráfico de drogas como se fossem criminosos que apresentassem pouca periculosidade para a sociedade. Daí a necessidade de se analisar com muita cautela o cabimento do privilégio.

A título de exemplificação, vejamos a seguinte situação hipotética: um agente primário e com bons antecedentes escalou o muro de uma residência e arrombou a porta da cozinha, subtraindo para si um aparelho celular avaliado em quinhentos reais. Por esta conduta foi condenado pelo delito de furto, com duas qualificadoras, a uma pena de quatro anos de reclusão. Um outro agente, também primário e com bons antecedentes, foi condenado pelo delito de tráfico de drogas a uma pena de seis anos de reclusão. Caso seja agraciado com a famigerada causa de aumento, no índice mínimo (um terço), sua pena final será fixada igualmente à de um mero furtador, ou ainda, será apenado bem mais brandamente, caso o juiz faça incidir a causa de aumento no seu patamar máximo (dois terços), situação que ensejará a fixação definitiva da pena em meros dois anos de reclusão.

Ainda a título de exemplificação, o agente que foi surpreendido portando um revólver calibre .38, com numeração raspada, acaba por ser condenado pelo delito previsto no art. 16, inciso IV, da Lei n.º 10.826/03 (que tem pena de três a seis anos de reclusão), a uma reprimenda definitiva de quatro anos de reclusão. Pelas mesmas razões acima expostas, um traficante seria igualmente ou mais brandamente apenado que este agente, o que, de fato, é totalmente injustificável.

Tudo isso confirma que o privilégio não servirá a qualquer traficante.

Para concluir este raciocínio, insta salientar que a Lei n.º 8.072/90, que trouxe institutos aplicáveis especificamente aos crimes hediondos, previu apenas situações mais gravosas para estes, não trazendo qualquer privilégio compatível com o artigo ora em apreço, não havendo motivos plausíveis para que o delito de tráfico seja tratado de maneira menos gravosa que os demais delitos considerados hediondos.

Somente para exemplificar alguns institutos mais gravosos trazidos pelo diploma acima mencionado, podem-se citar: a progressão de regimes com o cumprimento de dois quintos da pena ou três quintos, caso seja reincidente, o livramento condicional apenas com o cumprimento de dois terços da pena, ou sua vedação em caso de reincidência e o regime inicial de cumprimento de pena em regime fechado.

Desta feita, entende-se que o citado dispositivo beira à inconstitucionalidade, não podendo ser aplicado em casos de pessoas que visem auferir lucro com a venda de drogas, mas apenas àquelas que não tiverem intento mercantilista, como já exposto acima.

5. Da prisão durante o processo

Somos contra a liberdade durante o feito para quem comete crime hediondo e assemelhado, em respeito à Constituição Federal. É claro que se deve analisar com percuciência a prova da autoria delitiva, já que entendemos que a prisão é obrigatória apenas em casos com fortes indícios da prática delitiva, sob pena de se possibilitar o enclausuramento injusto de acusados inocentes. Esta insegurança jurídica não é desejada, em absoluto.

Mas, em se verificando com segurança a autoria, temos que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XLIII, traz proibição de fiança para tais hipóteses.

Ora, sabendo-se que a fiança é a liberdade mediante caução monetária, ela é mais gravosa do que a liberdade provisória, que não exige caução.

O raciocínio no sentido de que a Constituição Federal proibiu a fiança aos hediondos, mas não vedou a liberdade provisória, não é conforme a abalizada interpretação constitucional. Como se sabe, as constituições não tendem ao tecnicismo, e nem devem ser interpretadas como dispositivos legais estanques. Com efeito, deve ser dada às constituições interpretação próxima à leiga.

Assim, se a Constituição Federal disse que era vedada a fiança, naturalmente ela quis dizer que era vedada a liberdade durante o processo. Isso porque a fiança já era um instituto em desuso quando do advento da Constituição Federal. Não faria sentido que o legislador constitucional proibisse um benefício em desuso e menos benéfico, e permitisse o benefício maior (liberdade sem caução) a um tipo de crime mais grave. Seria incoerente tratar a permissão da liberdade provisória como mera brecha na Constituição Federal.

Por esse motivo, a forma correta – sem técnica penal usada pela Constituição Federal, proibindo fiança, corresponde a um mandamento técnico processual penal – proibindo a liberdade provisória em caso de autoria comprovada.

Ainda, não há falar em antinomia, por ter a Constituição Federal permitido a liberdade provisória no inciso LXVI do artigo 5º, já que neste mesmo inciso ela ressalva, cabendo liberdade apenas “quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Assim, a Constituição Federal foi harmônica:

- a) previu a proibição da fiança para alguns crimes (significando proibição de liberdade provisória);
- b) previu a permissão de liberdade provisória para as hipóteses em que a lei admitir.

A conclusão clara é: podem responder ao processo livremente os acusados de todos os crimes, exceto aqueles arrolados no inciso XLIII, XLII e XLIV.

A jurisprudência reconhece o raciocínio acima (grifos nossos):

HC 84245 / SC

HABEAS CORPUS 2007/0128541-0

Relator(a) Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA

CONVOCADA DO TJ/MG) (1136)

Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento 27/09/2007

Data da Publicação/Fonte DJ 15.10.2007 p. 332 Ementa

“CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. PRONÚNCIA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. **CRIME HEDIONDO. VEDAÇÃO À OBTENÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA.** CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. PLEITO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DA SURPRESA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DOS FATOS E PROVAS. IMPROPRIEDADE DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

1- A atual jurisprudência desta Corte, acompanhando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, afirmou que a vedação de concessão de fiança ou de liberdade provisória, mediante interpretação do texto constitucional, é, por si só, fundamento idôneo para o indeferimento da benesse. Precedentes do STF.

2- Tratando-se de paciente preso em flagrante pela prática, em tese, de crime equiparado a hediondo, mostra-se despcienda a fundamentação da sentença de pronúncia que manteve a medida constritiva de liberdade nos termos exigidos para a prisão preventiva propriamente dita, não havendo que ser considerada a presença de circunstâncias pessoais supostamente favoráveis ao réu, ou analisada a adequação da hipótese à inteligência do art. 312 do CPP.

3- Ressalvado o posicionamento da Relatora quanto à possibilidade, em tese, de liberdade provisória em caso de crimes hediondos.

4- O habeas corpus constitui-se em meio impróprio para a análise do pleito de afastamento da surpresa do delito de homicídio, pelo qual o paciente foi pronunciado, sob o argumento de não estar configurada a qualificadora, tendo em vista ter ocorrido prévia discussão entre o acusado e a vítima.

5- A análise dos argumentos apresentados pela defesa, em virtude da necessidade de análise aprofundada das circunstâncias de fato e das provas dos autos, é inviável na via eleita.

6- Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.”

No mesmo sentido: STJ HC 61304 / SP, STF HC 89089 / SP, dentre muitos outros. Interpretar contrariamente as regras de liberdade e prisão provisória é ferir o princípio da proibição da proteção insuficiente, decorrente da proporcionalidade constitucional.

6. Conclusão

Nota-se que, mesmo a Constituição Federal dando tratamento diferenciado a crimes de tráfico de drogas (artigo 5º, XLIII), por vezes, condenados têm tratamento igual a qualquer outro: a) são soltos durante a instrução, mesmo com fortes provas de autoria; b) são condenados em regime inicial aberto; c) gozam de substituição por pena restritiva de direitos.

Entretanto, temos que a leitura constitucional mais consentânea com o princípio da proporcionalidade veda tais benesses, em sua faceta da proibição da proteção deficiente, ou *untermassverbot*.

Qualquer decisão judicial ou inovação legislativa que atente contra o piso de rigor eleito pela Constituição Federal deve ser considerada contrária aos anseios primeiros da própria sociedade.

Espera-se do Supremo Tribunal Federal postura consentânea com o mister de guardião dos mandamentos constitucionais e, quando provocado, que venha a cassar eventuais atentados ao princípio da proporcionalidade, que é, em verdade, um dos reais balizadores da própria Constituição Federal. De fato, a matéria tratada neste artigo, a proporcionalidade, anda indissociavelmente atrelado à isonomia, já que se busca tratamento – resposta – proporcional para as diversas ofensas ao estado social.

Referências

- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 5. ed. Rev., atual e ampl. São Paulo: Ltr, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Os escopos da jurisdição: o processo civil de resultados como meta de uma nova processualística

Fernando Brunno Nogueira de Oliveira¹

RESUMO

O presente estudo afeto à Teoria Geral do Processo Civil visa refletir sobre a Jurisdição como um Poder exercido pelo Estado e a necessidade de, a partir dela, obter-se justiça como forma de realização plena da atividade jurisdicional. Expõe também os escopos da Jurisdição, explicando-os e caracterizando-os, bem como incutindo uma reflexão sobre o processo civil de resultados. Demonstram-se, ainda, os vários princípios que norteiam o estudo da processualística e que sugerem mecanismos aptos a solucionar os impasses encontrados no exercício da Jurisdição.

¹ Analista Ministerial em Ciências Jurídicas do Ministério Público do Estado do Tocantins. Pós-Graduado Lato Sensu em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e em Direito Público pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) e Marcato.

Introdução

Nos últimos anos, fomos testemunhas de sucessivas reformas tanto em nosso texto constitucional quanto nas leis processuais. A revisitação a clássicos da nossa processualística fez com que um estudo voltado a uma teoria geral do processo nos fosse útil para compreender o significado e a necessidade de tantas reformas que objetivam uma utilidade social da função jurisdicional do Estado. A partir desse ponto, é necessária uma reflexão sobre os escopos da Jurisdição e do processo como um dos meios a se atingir a meta maior de um processo civil de resultados, que é a sua utilidade para os jurisdicionados.

Partindo-se desta premissa, podemos verificar o resultado prático da aplicação de alguns institutos do nosso processo que trabalham para que este seja eficaz, levando à concretização do seu fim social.

Relembremos o ano de 2004, ano em que ocorreu a Reforma do Judiciário, momento este em que tivemos, de certa forma, uma revolução em nosso sistema. A busca por mecanismos mais eficazes para o desenvolvimento do nosso Direito Processual teve seu cume na Emenda Constitucional nº 45, com a elevação a direito fundamental da celeridade processual. No ano seguinte tivemos uma reforma na legislação ordinária (Código de Processo Civil), especialmente na parte recursal e, a maior delas, na execução. A idéia do legislador foi de sempre visar o processo de resultados, o qual deve manter sua utilidade social além da função de pacificação com justiça.

Essa busca acentuada de uma melhor efetivação dos institutos processuais fez com que duas comissões surgissem entre os anos de 2008 e 2009, comissões estas formadas por notáveis juristas que se encontram nos trabalhos dos novos Códigos de Processo Penal e Processo Civil. Chegou-se a um ponto em que as reformas não atendiam aos anseios de quem milita nos fóruns e, principalmente, dos próprios jurisdicionados.

1. Jurisdição

1.1. Noções introdutórias

O conceito moderno de Jurisdição firmou-se como uma das funções estatais que objetiva a pacificação de conflitos entre titulares interessados e que desejam a resolução destes conflitos com justiça. Quando um titular de um direito encontra-se preterido em relação a um direito subjetivo seu, pode este invocar a função jurisdicional do Estado, que o substituirá para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito existente. Com isso, podemos abstrair que Jurisdição é uma *função* estatal que se realiza através de um agir (substituição das partes com o fim de pacificação de conflito – *atividade*) e que só o Estado pode realizar, decidindo imperativamente – *poder* (exceto as hipóteses de autotutela, arbitragem, etc.).

Para Chiovenda (2002, p. 8), analisando principalmente o critério funcional de definição da Jurisdição, assim a conceitua:

função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente efetiva.

Arrematando, sinteticamente, podemos ilustrar com a definição dada por Cândido Rangel Dinamarco, que realça o caráter funcional da Jurisdição, compreendida pelo ilustre autor como “função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida

mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos” (DINAMARCO, 2009, p. 315).

A maioria dos conceitos sobre Jurisdição ressalta a funcionalidade, mais até que a atividade jurisdicional, sendo esta uma consequência da função que o Estado tem como poder-dever.

Ateste-se que a Jurisdição é, sem dúvida alguma, um forte atributo do Estado de Direito, haja vista a divisão funcional atribuída ao ente estatal. Essa função, de atuar a lei, de forma imparcial e visando à pacificação social, é exercida por um dos três poderes constituídos, qual seja, o Poder Judiciário (WAMBIER & TALAMINI, 2008, p. 47). O Poder Judiciário, ou a Jurisdição, é aquele que de forma mais inequívoca se singulariza com referência aos demais poderes. A respeito, Konrad Hesse, citado por Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 933-4) observa que:

não é o fato de o Judiciário aplicar o Direito que o distingue, uma vez que se cuida de afazer que, de forma mais ou menos intensa, é levado a efeito pelos demais órgãos estatais, especialmente pelos da Administração. Todavia, o que caracterizaria a atividade jurisdicional é a prolação de decisão autônoma, de forma autorizada e, por isso, vinculante, em casos de direitos contestados ou lesados.

Eis que o cerne do poder de dizer o direito encontra-se na prolação de um decisum autônomo e pacificador, outorgado pela Constituição Federal e oponível a todos, havendo, pois, uma transcendência de seus efeitos.

1.2. Jurisdição e justiça (Rawls)

Claro que muitas vezes o julgador atuará dizendo um direito não justo, posto que direito e justiça não são sinônimos. A atividade jurisdicional não se limita a resolver questões unicamente com justiça para as partes, mas primeiramente com as observâncias legais. O que está “posto”, nem sempre satisfaz os litigantes e é a partir desse ponto que o julgador deve atuar visando à finalidade do processo. Surge, então, a ideia de um processo justo e que repercute na esfera

social, obtendo um fim útil e necessariamente obrigatório.

A ideia de justiça vem influenciada por elementos exteriores à ciência do Direito. Para John Rawls, citado por Bittar e Almeida (2002, p. 388-390), não há justiça sem moral, política ou economia e tal preceito deve continuar a ser observado, principalmente no que tange à justiça equitativa. Segundo o autor, duas ponderações são necessárias, quais sejam:

1º - A equidade (*fairness*) dá-se quando do momento inicial em que se definem as premissas com as quais se construirão as estruturas institucionais da sociedade.

2º - Pensar a justiça é refletir acerca do justo e do injusto das instituições, pois uma sociedade organizada é definida exatamente em função da organização de suas instituições, sabendo-se que estas podem ou não realizar os anseios de justiça do povo ao qual se dirigem.

Dois princípios são basilares para a re-fundação da sociedade com base no momento decisório, quais sejam o da **Igualdade** e o da **Diferença**. Trata-se da justiça processual pura à teoria das instituições, na qual o primeiro princípio define as liberdades, enquanto o segundo princípio regula a aplicação do primeiro, corrigindo as desigualdades. Nesse ponto, atentaremos que esses dois princípios devem ter por fim a incumbência de fazer com que todos participem da melhor forma possível das estruturas sociais, de forma que esta reste organizada. Num sistema institucional organizado, as realizações pessoais são possíveis, desde que se melhore a condição do outro e se respeitem as condições impostas pelo pacto para a preservação de todos (RAWLS apud BITTAR & ALMEIDA, 2002, p. 388-397).

1.3. Justiça nas decisões

Retornando à ideia da função jurisdicional e o julgador, para a aferição de um critério justo para a aplicação do direito, o juiz

deve ter uma atuação participativa forte. Dinamarco (2008, p. 348) repudia o *juiz-Pilatos*, que é o juiz indiferente, em cujo espírito reina a indesejável premissa do processo como instrumento técnico, sem compromissos com a justiça ou injustiça dos julgamentos.

A atividade do juiz deve sempre ser dinâmica, adaptando o caso concreto à lei, seja esta antiga ou nova. Daí as várias espécies de interpretação (sistemática, sociológica e axiológica) que resulta no uso alternativo do direito. Segundo Barbosa Moreira, citado por Dinamarco (2008, p. 350), exemplo clássico de um poder de atividade do juiz seria o poder instrutório do magistrado que não pode ser utilizado timidamente sob pena de restar em falha substancial no desenrolar do procedimento e que fere até mesmo o dever social de investidura do juiz. O julgamento sem a necessária preparação pode restar em prejuízo da efetividade da atuação jurisdicional (DINAMARCO, 2008, p. 350).

A observância aos preceitos externos à lei (não observância estrita e única) já foi consagrada em legislações esparsas tal como na Lei dos Juizados Especiais, apontando um dos caminhos à extração de justiça das atividades desenvolvidas no processo. O art. 6º da lei 9.099/95 preceitua que “o juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos **fins sociais** da lei e às exigências do bem comum” (grifos nossos). A justiça das decisões deve ser aferida por vários critérios, não estritamente jurídicos, mas externos, extraindo-se de um complexo de relações ligadas à atividade do julgador.

A jurisdição deve ser um poder-dever finalístico social, não somente um poder de atividade vazio, burocrático e inerte.

2. Os escopos da jurisdição

Os escopos da jurisdição revelam o grau de utilidade do processo. Mostram os objetivos que devem ser alcançados mediante o emprego da atividade jurisdicional.

Sobre o caráter meio e instrumental do processo, Dinamarco (2008, p. 117) expõe da seguinte maneira:

Todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina. O raciocínio teleológico há de se incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos *propósitos* norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. (...) Trata-se de instituição humana, imposta pelo Estado, e a sua legitimidade há de estar apoiada não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade. (grifos do autor)

Temos, então, que o sistema jurídico não pode restar auto-suficiente, independente de outras atividades estatais. O enfoque instrumental dado ao processo é aberto e dependente, bem como visa primordialmente à prestação de serviços à uma comunidade. A técnica jurídico-processual estaria a serviço dos objetivos políticos e sociais. (DINAMARCO, 2008, p. 179)

Ressalte-se que a autonomia da ação e o surgimento do método “processo civil de resultados” nos informa que a tutela jurisdicional é dada às pessoas e não aos direitos. Tal tutela deve ser dada à parte que tem razão, sob pena de acarretar a injustiça que tornaria a contrariar a eficácia de um processo que deveria ser perfeito.

Tal como os demais institutos jurídicos necessários ao funcionamento regular da atividade estatal, os direitos fundamentais também estão inseridos na atividade jurisdicional. A necessidade de um processo célere e de resultados é um direito fundamental esposado no rol do Art. 5º da Constituição Federal.

Ruy Alves Henrique Filho assevera que:

Quando falamos em efetividade da jurisdição como norma fundamental, apoiamos tal assertiva nas doutrinas nacionais e estrangeiras, as quais revelam o caráter imprescindível de aplicação e efetividade da jurisdição no atendimento das demais pretensões sociais não atendidas pelo Estado (...). Queremos dizer, sem receio, que a partir da ausência do Estado, a efetividade da jurisdição se apresenta como o mais importante dos direitos fundamentais prestacionais (...). (FILHO, 2008, p. 35-6)

Observa-se que o simples direito à ação é um direito fundamental. Deste direito fundamental decorrem outros que visam a um melhor exercício da atividade jurisdicional e que repercutem nas demais esferas que não a estritamente jurídica, mas a política e a social.

O aplicador do direito deve estar atento à integração entre o social, jurídico e o político, já que o objetivo maior na resolução de uma lide não é só a sua pacificação, mas a repercussão positiva que dela se pode extrair. A manutenção da ordem com justiça e com a busca do bem comum soa como objetivos do Estado. Estes são conceitos vagos, mas úteis na compreensão da finalidade do processo. Sendo o bem comum um fim buscado pelo Estado, aproxima-se este do escopo político e social, pois não se limita à simples garantia de interesses individuais, bem como a pacificação da lide com justiça, o que gera uma segurança e a confiança máxima nos instrumentos oferecidos pelo Estado.

2.1. Escopo social

Como colocado alhures, a pacificação com justiça é obrigatória para que a resolução de conflitos se faça de forma proveitosa e útil para todos os sujeitos processuais. O Estado é legitimado para resolver conflitos, já que a Jurisdição é um seu monopólio. Com este poder conferido ao Estado, espera-se que os resultados propostos por ele influenciem na vida em grupo, tangenciando as demais relações que não a dos debatedores dos direitos discutidos em juízo. Dinamarco (2008, p. 188) considera que “a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a *paz social*” (grifos do autor).

Vale a pena a transcrição do trecho de um estudo realizado por Marques Neto (in DIDIER JÚNIOR & JORDÃO, 2008, p. 280) sobre a instrumentalidade do processo e o fim perseguido pelo mesmo:

A instrumentalidade é, portanto, um princípio geral do processo na medida em que é inerente ao próprio conceito de processo e à sua função. Ela se traduz na necessária organização dos atos e das partes com vistas a atingir o fim (ou os fins) colimado pelo processo, evitando que o rito que lhe é inerente se descole da sua finalidade. Porém, para se ter a correta dimensão da instrumentalidade há que se ter em vista que o processo não é um instrumento apenas para a melhor consecução do fim que lhe serve do objeto. O processo é sim instrumento para atingir este fim, mas com consideração à pluralidade de interesses envolvidos e observância das garantias individuais a ele subjacentes. Se o processo se torna eficiente instrumento para atingir o resultado pretendido pelo poder estatal, mas para tanto despreza a pluralidade de interesses ou faz tábula rasa das garantias, a instrumentalidade se transverte em *desprocessualização* e, assim, afronta à Constituição (grifos do autor).

A função jurisdicional do Estado não busca o consenso geral, mas apenas evitar a rediscussão sobre o mesmo problema, já que a insatisfação sempre perdurará em relação à parte derrotada. Por isso a pacificação dos conflitos pelo Estado torna imune as decisões por ele prolatadas em face dos contrariados, gerando uma confiança na idoneidade do próprio sistema.

Dinamarco (2008, p. 188) ainda faz referência à segurança jurídica como um grande valor social prestado pelo Estado:

É bastante usual, ainda, a alusão à *segurança jurídica* que se obtém mediante os pronunciamentos jurisdicionais, a saber, segurança quanto à existência, inexistência ou modo-de-ser das relações jurídicas. É inegável o grande valor social desse serviço que o Estado presta através do processo e do exercício da jurisdição. Sucede, porém, que segurança, ou certeza jurídica, é em si mesma fator de pacificação (...).

Por isso temos que a certeza jurídica não é tudo, mas compõe o objetivo último de pacificação.

Outro fator de destaque relevante diz respeito à educação. Dinamarco (2008, p. 191) coloca que uma “outra missão que o exercício continuado e eficiente da jurisdição deve levar o Estado a cumprir perante a sociedade é a de conscientizar os membros

desta para direito e obrigações”. Deve-se, com isso, fazer com que a população respeite e confie no seu Poder Judiciário.

O acesso à justiça nos dias de hoje é mais amplo e o surgimento dos Juizados Especiais engrandece a confiança das pessoas no seu Poder Judiciário, principalmente quando elas vêem suas demandas rapidamente sendo julgadas e a resposta aos seus direitos dada tempestivamente e sem burocracia excessiva. Os meios modernos de pacificação trazidos por leis como o Código de Defesa do Consumidor facilitam a solução dos litígios, pois fazem com que as partes mais fracas das relações possuam subsídios para que em juízo não tenham seus direitos preteridos.

Arrebatando, Cândido Rangel Dinamarco assim esclarece:

A educação através do adequado exercício da jurisdição é assim, portanto, um escopo instrumental do processo, ou seja, um objetivo a ser conseguido com a finalidade de chamar a própria população a trazer as suas insatisfações a serem remediadas em juízo. O escopo último continua sendo a pacificação social, que, na medida em que obtidos bons níveis de confiança no seio da população, torna-se mais fácil de ser também levada a níveis satisfatórios. (DINAMARCO, 2008, p. 193)

Como escopo instrumental de efetivo exercício, a pacificação com justiça será atingida, já que este é o fim maior da atividade jurisdicional.

2.1.1. O exemplo da democratização do controle concentrado de constitucionalidade através da figura do *amicus curiae* e sua utilidade social.

O Art. 7º da Lei nº 9.868/99 veda expressamente a intervenção de terceiros em ação direta de inconstitucionalidade, porém, uma figura interveniente é admissível. Trata-se de *amicus curiae*, figura esta que se compõe de entidades ou órgãos que se manifestam em processo de controle de constitucionalidade.

Existem vários entendimentos para a natureza jurídica do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade. Lenza (2008, p. 196) nos dá alguns entendimentos sobre o instituto do *amicus curiae*:

(...) O Ministro Mauricio Corrêa, no julgamento da ADI 2.581 AgR/SP, chegou a afirmar que o *amicus curiae* atua como “colaborador informal da Corte”, não configurando, “...tecnicamente, hipótese de intervenção *ad coadjuvandum* (...). Assim, como mero colaborador informal, o *amicus curiae* não está legitimado para recorrer de decisões (...).

O Ministro Celso de Mello (...) referiu-se a uma “intervenção processual”.

Art. 131, §3º, do Regimento Interno do STF passou a admitir uma declarada hipótese de intervenção de terceiros *sui generis*.

O Art. 7º, §2º da Lei nº 9.868/99 positivou esta figura em nosso ordenamento e a admissão deste interveniente confere o caráter pluralista ao processo objetivo de controle de constitucionalidade e, conseqüentemente o torna mais democrático (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1.126). Tal instituto tem maior evidência em processos que trazem partes de extrema relevância e que possuem matéria complexa ou de maior relevo.

É de extrema relevância social a atuação do *amicus curiae* a partir do momento em que ele pluraliza a participação em um processo desta envergadura. É o momento em que entidades de classe e outros movimentos se manifestam em prol de uma solução útil, fim esse visado por qualquer que seja o processo.

A natureza objetiva do processo de controle de constitucionalidade reclama mais ainda a participação de pessoas que não as partes. Relevo maior à figura foi dado quando, resolvendo questão de ordem, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir sustentação oral dos *amicus curiae* em ações diretas de inconstitucionalidade.² Em 30 de março de 2004 positivando o entendimento, foi editada a Emenda Regimental, que assegurou aos

² ADI-QO 2.675, Rel. Carlos Velloso, e ADI-QO 2.777, Rel. Cezar Peluso.

amicus curiae, no processo de Ação Direta de Inconstitucionalidade, o direito de sustentar oralmente pelo tempo máximo de quinze minutos.

Vê-se que a democratização do processo é evidente e, ignorar essa realidade seria retroagir nos avanços conseguidos com a modernização dos mecanismos processuais.

Já na contramão da Suprema Corte, o Superior Tribunal de Justiça, no dia 17 de agosto de 2011 decidiu, em questão de ordem, que o *amicus curiae* não tem direito à sustentação oral, sendo que a orientação do colegiado deve prevalecer em todas as seções deste tribunal.

2.2. Escopo político

Temos por político o fenômeno pelo qual a sociedade se manifesta como detentora do poder sendo, pois, o fenômeno Estado (DINAMARCO, 2008, p. 198). O Estado, detentor do poder de atuar a vontade da lei, responsável pela função jurisdicional deve ter a autoridade para que seu instrumento estatal (o processo) detenha o seu fim político. Os objetivos políticos que estão consagrados no texto da lei são perseguidos pelo Estado e este tem como meio o processo. Exemplo concreto que podemos citar é o da República Socialista Soviética em que o labor educativo realizado através do processo dos povos socialistas não se dirige a conscientizar direitos e obrigações, mas também a promover o regime socialista. Gurvich citado por Dinamarco falava em salvaguardar o sistema social e estatal da URSS (DINAMARCO, 2008, p. 200).

Feitas as devidas ressalvas quanto ao nosso sistema, o escopo político é o de manutenção dos poderes estatais, consagrando-os e revestindo-os de uma autoridade ímpar.

Acrescentando à ideia supracitada, temos um outro escopo político, qual seja o das liberdades públicas, inerente às relações entre o Estado e o indivíduo. Este escopo político tenta salvaguardar

os interesses individuais no limite em que estes não conflitam com o interesse público geral. Exemplos de participação democrática e ao mesmo tempo instrumentos hábeis para a participação efetiva de um cidadão residem na ação popular, bem como nos remédios constitucionais e até mesmo na participação no controle concentrado de constitucionalidade junto à Corte Maior, na figura de *amicus curiae*.

Como a democracia não se limita apenas ao direito de voto e de ser votado e sim qualquer forma que influencie os centros de poder, consideramos todos aqueles instrumentos pré-citados como formas hábeis de participação democrática.

A consagração maior destes instrumentos reside no seu alocamento na Constituição Federal. São estruturados na chamada Jurisdição Constitucional das Liberdades que visam efetivar as garantias de liberdade ofertadas no plano constitucional (DINAMARCO, 2008, p. 203).

2.3. Escopo jurídico

O escopo jurídico liga-se à ideia de que as experiências concretas devam guardar ligação ao resultado prático oferecido pelo direito substancial. Temos que a função jurisdicional deve conseguir a obtenção do direito substancial pretendido pela parte que tem razão. Como colocam Dinamarco, Grinover e Cintra (2007, p. 147), “em outras palavras, o escopo jurídico da jurisdição é a atuação (cumprimento, realização) das normas de direito substancial (direito objetivo).”

Este escopo da jurisdição, visto de forma isolada dos demais, não pode restar auto-suficiente em si mesmo, já que a simples realização do direito material não pode ser o único fator de consagração do poder/atividade jurisdicional. Este deve estar aliado ao escopo social, pois os objetivos buscados são objetivos sociais. Trata-se de garantir que o direito material seja cumprido (escopo

jurídico), o ordenamento jurídico preservado em sua autoridade (escopo político) e a paz e ordem na sociedade favorecidas pela imposição da vontade do Estado (escopo social) (DINAMARCO; GRINOVER; CINTRA, 2007, p. 147).

Nota digna de ser lembrada é a de que quando a parte postula em juízo, ela está buscando tão-somente o seu direito, como exemplo, um pagamento de uma dívida. A parte interessada busca através do processo o seu direito e só o aciona por causa deste, motivo pelo qual o escopo social e político são os escopos da jurisdição por excelência sendo o escopo jurídico um escopo da jurisdição e da parte que postula em juízo.

A idéia proclamada pela doutrina tradicional, de que o processo não tutela direitos e sim pessoas, reforça o entendimento de que o escopo jurídico não subsiste por si só. Goldschmidt citado por Dinamarco (2008, p. 210) define processo como o “procedimento cujo fim é a constituição da coisa julgada, isto é, do efeito de que a pretensão do autor valha no futuro, ante os tribunais, como juridicamente fundada ou infundada”. Resta caracterizada a intenção do autor de ver o processo pelo seu elemento que repercutirá para fora dos interesses dos litigantes, qual seja, a coisa julgada.

A coisa julgada resulta em efeitos externos que se opõem *erga omnes* extrapolando a relação *inter partes*, o que nos denota a ideia de segurança jurídica que estabiliza as relações sociais e firma a autoridade estatal.

Mesmo observadas tais conclusões, o escopo jurídico é o mais notado pelas partes, pelo julgador e pelo legislador, haja vista este estar sob “comando” destes sujeitos. Decorrencia disto são as reformas que aprimoram o nosso sistema processual com vistas a melhorar as técnicas procedimentais que visam à realização prática do direito material, talvez mais até de que a pacificação social.

2.3.1. A instrumentalidade do processo

Considerando-se que a pacificação social é o maior escopo da jurisdição, resta claro que a estabilização de uma sociedade é um marco a ser atingido pelo Estado em uma de suas três formas de poder. A função jurisdicional compõe uma das atividades essenciais ao bom funcionamento estatal, de forma que esta função possa influenciar tanto no bem estar individual de cada indivíduo, como de grandes grupos (coletividade). O processo é, pois, um instrumento a serviço da paz social (DINAMARCO; GRINOVER; CINTRA, 2007, p. 47).

Se a ideia de bem-estar social é uma característica de nosso Estado, pois este visa reconhecer os valores humanos, destaca-se a função jurisdicional pacificadora como meio para se evitar conflitos. Com relação aos detentores do poder, estes devem se ater à elaboração de um processo que seja efetivo na realização da justiça. Não à toa é a pacificação com justiça o modelo que deve ser visado como o mais completo e que satisfaz a todos que se utilizam desta função jurisdicional do Estado (DINAMARCO; GRINOVER; CINTRA, 2007, p. 31).

Tratando sobre a instrumentalidade do processo e exaltando a finalidade de pacificação social, Dinamarco, Grinover e Cintra (2007, p. 47) assim dispõem:

Falar em *instrumentalidade do processo*, pois, não é falar somente nas suas ligações com o direito material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: *sociais, políticos e jurídico*. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno da *pacificação social* constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político.

Percebemos com isso que os escopos social e político, por afetarem a coletividade e possuírem repercussão para além de uma simples lide, são os que norteiam e engrandecem a função jurisdicional como estabilizadora de relações.

2.3.2. A instrumentalidade das formas procedimentais

O princípio da instrumentalidade das formas procedimentais não pode ser confundido com a instrumentalidade do processo.

A instrumentalidade das formas procedimentais é uma projeção do aspecto negativo da instrumentalidade do processo, segundo o qual as exigências formais do processo só merecem ser cumpridas à risca, sob pena de invalidade dos atos, na medida em que isso seja indispensável para a consecução dos objetivos desejados (DINAMARCO; GRINOVER; CINTRA, 2007, p. 48). Trata-se de um princípio ligado diretamente ao processo, não propriamente à Jurisdição.

Percebe-se que, por via reflexa, o princípio da instrumentalidade ganhou assento constitucional em decorrência da elevação a princípio fundamental do princípio da celeridade no processo administrativo e judicial (Art. 5º, LXXVIII, CRF/88) introduzido pela Emenda de Reforma nº 45/04.

Como nos declara Marques Neto (in DIDIER JÚNIOR & JORDÃO, 2008, p. 279), “sendo constitucionalmente assegurada a prestação na conclusão do processo e a celeridade de sua tramitação, ressalta reforçada a natureza instrumental do processo e a vedação de ritos” de forma que se garantam os pressupostos processuais sem prejuízos.

Atentando ao magistério de J. J. Calmon de Passos (2001), não podemos ler este princípio como uma liberalidade. Vale a transcrição de um trecho crítico do festejado autor baiano:

Um desses frutos perversos, ou peçonhentos, gerados pela “instrumentalidade” foi a quebra do equilíbrio processual que as

recentes reformas ocasionaram. Hipertrofiaram o papel do juiz, precisamente o detentor de poder na relação processual, portanto o que é, potencialmente, melhor aparelhado para oprimir e desestruturar expectativas socialmente formalizadas em termos de segurança do agir humano e previsibilidade de suas conseqüências. Privilegiaram, de outra parte, o autor, justamente aquele a quem cabe o dever ético e político de comprovar o inelutável da sujeição do outro a sua pretensão. Numa total inversão de valores, tem-se como “dado” o que jamais pode ser entendido nesses termos antes de comunicativa e intersubjetivamente produzido. Esses erros levaram a que as reformas, em lugar de resolverem a crise da Justiça, agravassem-na e o fizessem progressivamente, até atingir o intolerável, que determinará o indesejável – a implosão, quando se queria apenas e se necessitava apenas de reformulação.

E por que as reformas, em sua dimensão mais pretensiosa, agravam antes de solucionar? Porque exacerbam a litigiosidade e favorecem o arbítrio. Essas duas coisas, casadas, estimulam os inescrupulosos a postular e decidir sem ética e sem técnica, transformando aos poucos o espaço forense no terreno ideal para a prática do estelionato descriminalizado, a par de incentivarem os ignorantes a ousarem cada vez mais, os arbitrários a oprimirem cada vez mais, os vaidosos a cada vez mais se exibirem e os fracos a cada vez mais se submeterem. O que pode ter sido pensado com boas intenções, na prática, justamente pela “viscosidade” da decantada “instrumentalidade”, transforma-se em arma na mão de sicários, ou, para usar as expressões de um ilustre advogado paulista - faz do direito e do processo, nos dias presentes, a pura e simples arte, ou artimanha, de se colocar o punhal, com precedência, na jugular do adversário. E ele completava entre infeliz e irônico: “Legalidade, dogmática, teoria jurídica, ciência do direito, tudo isso é pura perda de tempo e elucubração para o nada”. Em resumo – não aliviaram os bons da intolerável sobrecarga que os esmaga e proporcionaram aos maus meios excelentes para se tornarem piores.

Tal liberdade no manejo das formas procedimentais, sem considerar o direito posto, traz um grande risco de se cair em arbitrariedades prejudiciais ao regular exercício da função jurisdicional.

Nosso ordenamento adotou o procedimento do tipo rígido, pois a disciplina dos atos procedimentais impõe-lhes exigências formais, consolidando o sistema da legalidade formal que é o sistema em que há

uma disciplina legislativa das formas do procedimento considerado, pois, um sistema moderno (DINAMARCO; GRINOVER; CINTRA, 2007, p. 344). Eventuais mitigações podem ocorrer, como no caso dos Juizados Especiais, mas a regra é a que formas pré-estabelecidas preponderem. Nada obsta que a lei autorize procedimentos mais informais com vistas à busca da celeridade e eficiência do processo, primando sempre pelo respeito ao devido processo legal e evitando arbítrios excessivos que partem unilateralmente dos juízos.

3. A mudança na lei processual civil

Tendo virado uma colcha de retalhos, não mais podemos dar a terminologia de *buzaideano* (homenagem a Alfredo Buzaid, o Ministro de Justiça quando da elaboração do Código de Processo Civil de 1973) à nossa Lei Processual Civil, visto que esta tem perdido em grande parte a sua essência.

Defendemos a tese de que a elaboração de um novo Código de Processo Civil, assim como ocorrera com o Código Civil de 2002, deva acontecer com extrema cautela, haja vista observar-se obediência aos institutos fundamentais e não somente à ânsia de propor inovações legislativas motivadas por circunstâncias isoladas, visando, com isso, sanar todos os problemas possíveis já que não se trata aqui de uma panacéia.

Todos nós temos conhecimento de que um processo legislativo de tal porte demanda anos, e que quanto antes for dado início a este procedimento, mais cedo teremos um código mais novo e adaptado à realidade vivida, mas ressalte-se aqui que os aplicadores do direito têm também sua participação na efetivação das mudanças que virão. Um Código bem elaborado como o foi o de 1973 é modelo para que haja uma adaptação ou modernização do direito-meio sem ferir garantias estatuídas na legislação anterior.

A preservação de muitos institutos é deveras necessária, em especial à proteção dos princípios processuais constitucionais que

terminam por ficar caracterizados em alguns dispositivos da legislação infraconstitucional, como a necessária resposta do réu a todos aos atos do autor, privilegiando sempre a dialética/contraditório.

A mudança no Livro II, referente à Execução em Geral, do CPC diz por si. Foi sem dúvidas a maior mudança já ocorrida nesta lei, onde se alterou substancialmente o processo de execução, dando uma maior celeridade ao que antes era tido como o “ganha, mas não leva” (referência à parte vencedora no processo de conhecimento, mas que ainda tinha que dar início a um processo de execução completamente autônomo para ver o seu direito).

Mudanças vultosas como esta, servem apenas para suprir uma necessidade premente, não desobrigando o legislador de criar uma lei com as características de seu tempo e que esta possa prolongar ainda mais a sua existência.

A sociedade, que se encontra em eterna mudança, deve ter uma norma com as características de seu tempo. A norma deve se manter estática até o seu ponto crítico, quando outras interpretações serão dadas e a sua eficácia será prolongada sem a obrigatoriedade de mudança do seu texto. Quando se tem uma reforma, as mudanças devem ser prospectivas, ou seja, com uma breve previsão da evolução social.

Como a lógica de reformas já se exauriu e, evitando-se um maior remendo no Código de Processo Civil, necessário se faz a criação de um novo código e não apenas modificações esparsas, abrindo-se um caminho para uma reestruturação dos institutos e adequação a um novo pensamento jurídico esposado pelos Tribunais Superiores com a observância dos institutos já sedimentados pela legislação mais antiga.

3.1. Linhas evolutivas na jurisprudência como impulso para a inovação na processualística brasileira.

A jurisprudência dos tribunais superiores tem influenciado a aplicação da legislação ordinária não só na interpretação das normas, como também no estímulo à reestruturação de nossa legislação. As constantes reformas e a nova onda de elaboração de novos códigos começaram com as modificações e adaptações buscadas pelos tribunais de forma a adaptar leis antigas ao momento atual.

O Superior Tribunal de Justiça, intérprete de nossa legislação infraconstitucional, tem tido um papel importante no impulso a renovações. Do seu noticiário do dia 3 de janeiro de 2010, pode-se transcrever o seguinte, a título de informação:

Jurisprudência do STJ influencia cada vez mais a elaboração de leis

(...)

Celeridade na prestação da Justiça também é o que busca o ministro Luiz Fux à frente da reforma do CPC. Seguindo o exemplo bem-sucedido da Comissão de Juristas para a elaboração do CPP, o senador José Sarney, presidente daquela Casa legislativa, instituiu nova comissão de juristas, dessa vez visando elaborar um novo Código Processual Civil. Presidida pelo ministro Luiz Fux, também do Superior Tribunal de Justiça, e composta por onze juristas.

Nesse intuito, já na primeira reunião, foram aprovadas proposições criando novos institutos e extinguindo outros, como destaca Fux, considerados ineficientes ao longo do tempo. Entre as novidades, o incidente de coletivização dos litígios de massa, como forma de evitar a multiplicação de demandas. Por intermédio desse instituto, o juiz, diante de inúmeras causas idênticas, destaca uma representativa, suspendendo as demais. Isso permitirá ao magistrado proferir uma decisão com amplo espectro, como explica o presidente da Comissão.

Atualmente, não há limites para a interposição de recursos. A proposta é que o novo CPC promova uma redução do número dos recursos existentes. O agravo e os embargos infringentes

seriam eliminados, passando-se a ter, no primeiro grau, uma única impugnação da sentença final, ocasião em que a parte pode apontar todas as suas contrariedades.

O novo CPC deverá ser dividido em seis livros, visando simplificá-lo como conjunto de norma. Nele terá destaque a conciliação e será prestigiada a força da jurisprudência, permitindo a criação de filtros às demandas, autorizando o juiz a julgar seguindo a jurisprudência sumulada e os tribunais a adotarem as teses firmadas nos recursos repetitivos representativos da controvérsia.

Segundo Luiz Fux, a Comissão concluiu ser necessário dotar o processo e o Judiciário de instrumentos capazes de impedir a ocorrência do enorme volume de demandas, de forma a se alcançar a duração razoável dos processos. Essa a promessa constitucional e ideário de todas as declarações fundamentais dos direitos do homem e de todas as épocas e continentes, “mercê de propiciar maior qualificação da resposta judicial, realizando o que Hans Kelsen expressou ser o mais formoso sonho da humanidade: o sonho de justiça”.³

Temos que a moderna onda de renovação se pauta pelos ideais de eficiência e celeridade sem, contudo, comprometer a justiça nas decisões. A dotação de instrumentos hábeis e capazes de efetivar um melhor funcionamento do aparelho processual resta necessária para que a função jurisdicional seja cumprida de forma plena. O escopo social da jurisdição será atingido quando o processo for capaz de entregar o direito em tempo hábil a quem tem razão e de forma a ser percebido por todos.

³ Notícia retirada do sítio do Superior Tribunal de Justiça. http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=95438. Acesso em: 30 de agosto de 2011.

Referências

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

CALMON DE PASSOS, J. J. **A Instrumentalidade do processo e devido processo legal**. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: < http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-J-J-CALMON-PASSOS.pdf >. Acesso em: 30 de agosto de 2011.

_____. **O dever do juiz de decidir a lide nos limites em que proposta** (Parecer). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: < http://www.direitopublico.com.br/PDF_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-CALMON-DE-PASSOS.pdf >. Acesso em: 30 de agosto de 2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 2.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Tradução de Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord). **Teoria Geral do Processo: Panorama Doutrinário Mundial**. Salvador: JusPodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v.1.

_____. **Nova era do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FILHO, Ruy Alves Henrique. **Direito fundamentais e processo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEDINA, Damares. A finalidade do amicus curiae no controle concentrado de constitucionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 717, 22 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6917>>. Acesso em: 30 de agosto de 2011.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, tomo 1.

_____. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de direito processual civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.1.

O sentido do termo “floresta” empregado pela Lei de Crimes Ambientais e sua regulamentação

José Maria da Silva Júnior¹

Resumo

O presente trabalho tem por objeto identificar os dispositivos legais da Lei de Crimes Ambientais e utilizados como objeto imediato de tutela para as formações vegetais denominadas de “florestas”, apresentando o sentido que deve ser atribuído ao termo pelos operadores do Direito, de modo a conferir a mais ampla proteção possível à flora, em atendimento ao preconizado pela Constituição Federal de 1988.

¹ Procurador de Justiça do Ministério Público do Tocantins. Mestre em Ciências do Ambiente pela Universidade Federal do Tocantins.

A lei de crimes ambientais (Lei 9.605/1998) utiliza o termo “floresta” ou “florestas” em nove tipos penais, ora se referindo às formações florestais situadas em áreas de preservação permanente (artigos 38 e 39), ora “Floresta Nacional”, referindo-se à Unidade de Conservação (art. 40-A, § 1º), ora isoladamente “floresta” (art. 41) e ora empregando a expressão “florestas e demais formas de vegetação” (arts. 48 e 51), ora utilizando “floresta de domínio público” (art. 44), ora denominando de “florestas nativas ou plantadas” (arts. 50 e 50-A) .

Por sua vez, o antigo Decreto Federal 3.179/1999, que constituiu a primeira regulamentação da Lei 9.605/98, utilizava o termo “florestas” em vários dispositivos, empregando o termo ora se referindo às formações florestais situadas em áreas de preservação permanente (artigos 25 e 26), ora isoladamente “floresta” (art. 28) e ora empregando a expressão “florestas e demais formas de vegetação” (arts. 29, 33 e 35), ora utilizando “floresta de domínio público” (art. 45), ora denominando de “floresta nativas ou plantadas” (arts. 37) , ora isoladamente e no plural – “florestas”, (art. 2º § XII e 38).

O Decreto Federal nº 6.514/2008, que passou, a partir de 22 de julho de 2008 a tratar da regulamentação da Lei de Crimes Ambientais em substituição ao Decreto Federal nº 3.179/99, com algumas variações em relação à regulamentação anterior, trouxe o termo “floresta”, no singular e no plural, em várias disposições, empregando o termo ora se referindo às formações florestais situadas em áreas de preservação permanente (artigos 44 e 45), ora isoladamente - “floresta” (art. 17) e ora empregando a expressão “florestas ou demais formas de vegetação natural” (art. 43) ou “floresta e demais formas de vegetação nativa” (art. 46, 48) ou no mesmo sentido com a variação “floresta e qualquer tipo de vegetação nativa” (art. 49 e 51), ora utilizando a expressão “floresta de domínio público” (art. 45), ora denominando como “floresta nativa ou plantada” (arts. 37).

É inequívoco o interesse do legislador de proteção das florestas e as demais formas de vegetação, sejam nativas ou naturais, plantadas, sejam de preservação permanente, que podem ser públicas ou privadas, ou aquelas que a Lei 9.605/98 e seus regulamentos preferiram denominar genericamente com a condição de “domínio público”.

Em determinado dispositivo, o art. 40-A, a Lei 9.605/98 se refere especificamente à Floresta Nacional (FLONA), que é uma modalidade de Unidade de Conservação de Uso Sustentável, conceituada e caracterizada no artigo 17 e parágrafos, da Lei 9.985/2000, que trata do Sistema Nacional de Unidades de Conservação.

Não há qualquer dificuldade com a definição das florestas consideradas de preservação permanente, legalmente estabelecida pela combinação dos artigos 1º, § 2º, Inc. II e 2º, *caput*, do Código Florestal (Lei 4.771/1965), na versão vigente, que contém as alterações introduzidas pela Medida Provisória 2.166-67/2001.

Do mesmo modo, o regulamento se refere à reserva legal. Para que se compreenda a dimensão protetiva pretendida, basta recorrer ao conceito legal do artigo 1º, § 2º, Inc. III, do Código Florestal, também na versão alterada pela Medida Provisória 2.166-67/2001.

Contudo, em alguns dispositivos, como já referido anteriormente, o termo “floresta” é empregado em conjunto com a expressão “outras formas de vegetação”, por sua vez adjetivadas de “naturais” ou “nativas”, empregados no mesmo sentido, de vegetação original. Outras vezes o termo floresta ou a expressão “formas de vegetação” são acompanhados do adjetivo “plantadas”, cujo sentido não guarda qualquer dificuldade.

Mas o que vem a ser “floresta” para os fins pretendidos pelo legislador, nos termos empregados pela Lei 9.605/1998 ou em seus decretos regulamentadores, o Decreto 3.179/1999 e seu sucessor, o Decreto Federal 6.5154/2008?

Para dar resposta a esta pergunta, na dimensão albergada pela Constituição Federal, o sentido do termo “floresta”, quando empregado em qualquer dos dispositivos da legislação em referência, é aquele que empresta ao termo a mais ampla proteção possível.

A redação dos dispositivos que definem as infrações administrativas em que a proteção das florestas é preconizada não deixa dúvidas quanto à conduta proibida e o bem jurídico tutelado.

O bem ambiental genericamente protegido por todas as disposições citadas é a flora, que deve ser compreendida como “reino vegetal” ou como o conjunto de espécies vegetais de um período geológico ou de uma região, conforme se extrai da lição de Henry Wart e Steven Dashefsky².

Aliás, a proteção da flora pelo poder público, operada via da responsabilização administrativa de que trata o dispositivo em análise, é determinação do artigo 225³ da Constituição Federal, pela combinação dos seu parágrafo 1º, inciso VII⁴ com seu parágrafo 3º.⁵

Os recursos ambientais florestais (componentes da flora) imediatamente protegidos pela Lei 9.605/1998, depois pelo Decreto 3.179/1999 e, posteriormente, pelo Decreto 6.514/2008, cuja exploração deve ser objeto de estrito controle pelos órgãos

² ART, Henry W. et alii. Dicionário de ecologia e ciências ambientais, p. 237 e DASHEFSKY, H, Steve, Dicionário de ciência ambiental. p. 138.

³ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁴ § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...)

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade

⁵ § 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.

fiscalizadores, também emerge com clareza dos dispositivos correlatos, sendo pertinentes, porém, algumas considerações, para uma adequada compreensão da abrangência protetiva buscada pela referida legislação.

Assim, o sentido atribuído ao termo “**floresta**” empregado pelas disposições da Lei de Crimes Ambientais e seus regulamentos deve ser aquele que confira a mais ampla proteção possível ao objeto mediato tutelado, a flora, coadunando-se com a tutela absorvida da legislação preexistente à Constituição de 1988 ou que foi outorgada por esta sob a égide dos Princípios da Prevenção e da Precaução.

A doutrinadora Erika Mendes de Carvalho discorrendo sobre o conceito de floresta, pondera as dificuldades do estabelecimento de um conceito unívoco de floresta, uma vez que “*esta engloba um conjunto heterogêneo de formações vegetais, à exceção das áreas verdes urbanas, reguladas pelos planos diretores e leis municipais de uso do solo*”.

Explicitando o entendimento corrente, a referida autora salienta:

a floresta não é constituída apenas por árvores, mas antes encerra um complexo ecossistema do qual fazem parte arbustos, subarbustos, plantas herbáceas, gramíneas, fungos e bactérias, bem como animais que nela têm habitat, ‘formando no todo uma comunidade biológica em que cada um exerce e sofre a ação de outros e do meio físico constituído pela atmosfera e pelo solo.’⁶

Nesta mesma linha, na visão de Edes Milaré, as “*florestas são vivas, e mais, constituem também elas sistemas de suporte à vida de outras partes da biosfera. Interagem com o clima, particularmente os climas locais, ajudam a direcionar a circulação dos ventos*”.⁷ Quanto à principal função ambiental da floresta, o jurista observa que “*é o controle do ciclo hidrológico local, pois não há floresta sem*

⁶ CARVALHO, Érika Mendes de. Tutela penal do patrimônio florestal brasileiro, 1999, p. 20.

⁷ MILARÉ, Édís. Direito do ambiente, 2009, p. 146.

água nem água sem floresta. Além disso, fixam os solos, protegendo-os da erosão, e trazem incalculável aporte à sua fertilidade”.⁸

Por sua vez, Osny Duarte Pereira pondera que a floresta pode ser caracterizada como *“um complexo de agrupamentos vegetais que se distribuem no seu interior, sendo zonas das superfícies, e, na mesma zona, segundo níveis diferentes”*.⁹

Henri Fiedel, por seu turno, resume: a *“floresta é o estado de clímax da vegetação de uma determinada região, é ‘o resultado normal da evolução vegetal’”*.¹⁰

Explicitando o mesmo entendimento, Erika Mendes de Carvalho arremata: *“Certo é que a floresta representa o ponto culminante da vegetação de uma determinada região que, sujeita a modificações gradativas do ambiente, atinge seu apogeu evolutivo-adaptativo – o clímax. Significando que a flora aí presente, após uma série de percalços evolutivos (sucessão), alcançou seu desenvolvimento máximo, o que não implica definitividade)”*.¹¹

Para esclarecer o sentido empregado para o **clímax florestal**, são valorosas as palavras de Carlos Toledo Rizzini, o considerando como *“a máxima realização da vegetação num dado clima e solo, isto é, integrando todos os aspectos do habitat”*.¹²

Todas estas características, identificadas no conceito legal de “floresta”, são encontradas, por exemplo, nas diversas formações da vegetação de “cerrado” brasileiro, em qualquer das suas fitofisionomias: cerradão, cerrado em sentido restrito ou campo cerrado, por exemplo, vez que em qualquer delas, o estado de clímax será o resultado decorrente de sua evolução vegetal, de modo que cada variedade fitofisionômica resultará do conjunto de condições ambientais de clima, relevo, solo e água.

Abrangendo esse entendimento, Ruy Sérgio Rebello Pinho

⁸ MILÁRE, Édis. Op. cit., p. 146.

⁹ PEREIRA, Osny Duarte, Direito Florestal Brasileiro, p. 180.

¹⁰ FRIEDEL, Henri. Dicionário de ecologia e do meio ambiente, p. 125.

¹¹ Op. cit., p. 20.

¹² RIZZINI, Carlos Toledo. Tratado de fitogeografia do Brasil, v. II, p. 41.

considera a **floresta** como “*uma entidade biológica formada por um conjunto complexo de formas vegetais interdependentes, que dispõem em camadas e cujo elemento dominante e distintivo é árvore*”.¹³

José Roque Nunes Marques, na mesma linha, propondo uma definição jurídica de floresta, com sustentação na sua natureza jurídica, destaca:

(...) floresta é um bem ambiental, de natureza difusa, caracterizado pela dominância de árvores na composição e estrutura de uma dada formação vegetal, independente de espaçamento e tamanho, indispensável para a garantia da vida em todas as suas formas, e cuja utilização está condicionada ao cumprimento de uma função social.¹⁴

A definição construída por Nunes Marques se coaduna com a dimensão conferida ao meio ambiente pela Constituição Federal brasileira, eis que considera a “floresta” como qualquer formação vegetal em que domine a paisagem em sua estrutura e composição, não importando o tamanho ou o espaçamento do conjunto arbóreo, abrigando vida nas variadas formas que ali se adaptaram.

Os bens ambientais, sem margem para dúvidas, pelo que dispõe o caput do artigo 225 da Constituição Federal¹⁵ não se

¹³ PINHO, Ruy Rebello. Da contravenção florestal. Revista Justitia. Vol. 113, p. 35.

¹⁴ MARQUES, José Roque Nunes. Direito Ambiental: análise da exploração madeireira na Amazônia. São Paulo: LTR, 1999, p. 97.

¹⁵ CF, art. 225: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e

enquadram na classificação jurídica clássica de bens públicos ou privados. Sua titularidade é difusa, constituindo bem de uso comum do povo (*res communes omnium*), cujo uso, gozo e fruição pertencem indistintamente a toda a coletividade.

Celso Pacheco Fiorillo, enumerando os contornos da natureza jurídica das florestas, observa:

a) que as florestas são bens ambientais; b) que elas possuem natureza difusa; c) que sua titularidade é do povo; d) que quando situadas em espaços e propriedades privadas, estas devem sofrer limitações pelo só fato de que o bem ambiental a todos pertence e todos tem o direito de seu uso gozo. E arremata: “Tais regras defluem do próprio Texto Maior, no artigo 225, caput (...) Desse modo, em sendo bem de todo e essencial à sadia qualidade de vida, a sua natureza é difusa e sob este regime jurídico deve ser tutelado.”¹⁶

O Superior Tribunal de Justiça, analisando processo penal em que o objeto material destruído por incêndio criminoso ficou restrito ao ambiente arbóreo do cerrado, assim decidiu:

RECURSO ESPECIAL. ALÍNEAS A E C DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. CRIME CONTRA A FLORA. INCÊNDIO EM MATA OU FLORESTA. OBJETIVIDADE JURÍDICA. PATRIMÔNIO AMBIENTAL. FOGO DE GRANDES PROPORÇÕES. CONDUTA RESTRITA À VEGETAÇÃO DO CERRADO E SEU AMBIENTE ARBÓREO. COMPROVAÇÃO FÁTICA. EXISTÊNCIA DE CRIME. SÚMULA 7. DOSIMETRIA. PENA-BASE APLICADA NO MÍNIMO. INVIABILIDADE DE DIMINUIÇÃO POR OCORRÊNCIA DE ATENUANTES. PRESCRIÇÃO AFASTADA.

O tipo penal do crime de incêndio em mata ou floresta reside, pela própria definição legal, na hipótese da configuração de fogo descontrolado e de proporções em ambiente arbóreo protegido pela lei ambiental. Uma vez tendo a instância ordinária consagrado com a prova dos autos a violação ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora em questão, resta insubsistente a reforma pela via

preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹⁶ FIORILLO, Celso Pacheco. Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável, p. 350.

especial, em face da necessidade do confronto probatório. Súmula 7. A diminuição da pena pela existência de atenuantes não incide diante da fixação no mínimo legal. Recurso especial não conhecido. (REsp 933356 MG 2007/0053877-6, Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgamento: 17/12/2007, Sexta Turma, Publicação: DJ 18.02.2008 p. 89).

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. ATEAMENTO DE FOGO EM ÁREA PERTENCENTE AO PARQUE NACIONAL DA SERRA DO CIPÓ. ART. 41, CAPUT, DA LEI 9.605/98. **VEGETAÇÃO DO CERRADO. SENTIDO LATO.**

I - Crime ambiental suficientemente comprovado em todos os seus elementos, conforme tipificação prevista no art. 41, caput, da Lei 9.605/98. protegidas pela norma penal, uma vez que **o art. 41 da Lei 9.605/98 incrimina a conduta de causar incêndio em mata ou floresta, palavras essas que devem ser entendidas em sentido amplo.** III - Apelação provida.

(ACR 2000.38.00.018570-6/MG, Rel. Desembargador Federal Cândido Ribeiro, Terceira Turma, DJ de 18/08/2006, p.27).

Cabe ressaltar, ainda, que a vegetação do cerrado deve ser incluída entre as espécies protegidas pela normas penal referida nas decisões do STJ, já que, conforme a doutrina de Carlos Ernani Constantino¹⁷, a palavras floresta ou mata devem ser entendidas em sentido amplo. Verbis :

Temos, no entanto, que a palavra floresta é usada no sentido lato (no significado mais amplo e genérico possível), no presente tipo penal, isto é: enquadra-se, aqui qualquer modalidade de floresta, desde que ela seja considerada de preservação permanente, ainda que se encontra em estágio de formação; este é, a nosso ver, o espírito da lei: toda e qualquer agressão a um agrupamento de espécies arbóreas ou vegetais, em área considerada de preservação permanente, causa um descomunal desequilíbrio na relação oxigênio/gás carbônico, na atmosfera.

Por outro lado, se os dispositivos em comento pretendessem proteger floresta específica utilizaria, necessariamente, a denominação da determinada formação florestal cuja proteção fosse pretendida, que seria definida por suas características mais marcantes.

¹⁷ Delitos Ecológicos, a Lei Ambiental comentada artigo por artigo”, São Paulo, Editora Atlas, 2001.

Somente à guisa de exemplo, cita-se que se a proteção objetivada pelas normas em referência fosse a uma tipologia florestal identificada por especificidades relacionadas à sua localização e clima, como a que é encontrada em áreas onde predominam as estações climáticas tropical e subtropical, dominadas por intensas chuvas de verão, seguidas de estiagens acentuadas e que não possuem período seco, mas apresentam seca provocada pelo forte frio do inverno, com temperatura média inferior a 15 °C, o legislador necessariamente se referiria à “floresta tropical subcaducifólia”, também chamada de “floresta estacional semidecidual”.

Desse modo, conclui-se que o sentido empregado pelas normas penais da Lei 9.605/1998, pelo Decreto Federal 3.179/1999 durante o seu período de vigência, e pelo atual Decreto Federal 6.514/2008 é o que confere a maior amplitude protetiva às formações florestais, alcançando toda e qualquer vegetação que tenha chegado ao ápice de sua evolução e adaptação, determinada por fatores ambientais climáticos, geomorfológicos, hidrológicos, edáficos, em qualquer localização que se encontre representada, que se caracterize por um estado de realização máxima de sua tipologia, sem prejuízo de outros critérios de classificação taxonômica adotados para fins didáticos pelas ciências biológicas.

Referências

- ART, Henry W. et alii. **Dicionário de ecologia e ciências ambientais**. São Paulo: UNESP - Melhoramentos, 1998, 583 p.
- DASHEFSKY, H, Steve. **Dicionário de ciência ambiental**. São Paulo: Global, 1997.
- CARVALHO, Érika Mendes de. **Tutela penal do patrimônio florestal brasileiro**. São Paulo:RT, 1999. 211 p.
- CONSTANTINO, Carlos Ernani. **Delitos ecológicos: a Lei ambiental comentada artigo por artigo**. São Paulo: Atlas, 2001.
- FIORILLO, Celso Pacheco. **Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FRIEDEL, Henri. **Dicionário de ecologia e do meio ambiente**. Porto: Lello Editores, 1987.
- MARQUES, José Roque Nunes. **Direito Ambiental: Análise da Exploração Madeireira na Amazônia**. São Paulo: LTR, 1999.
- MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. São Paulo: RT, 2009.
- PEREIRA, Osny Duarte. **Direito Florestal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1950.
- PINHO, Ruy Rebello. Da contravenção florestal. **Revista Justitia** . Vol. 113, 1951.
- RIZZINI, Carlos Toledo. **Tratado de fitogeografia do Brasil**. São Paulo: Editora Hucitec, 1979.

Estudo e argumentação de casos no estudo do Direito

Miguel Batista de Siqueira Filho¹
Rachel Bernardes de Lima²

Resumo

Uma introdução à metódica da construção de casos no estudo do Direito.

¹ Promotor de Justiça do Estado do Tocantins, Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA.

² Professora da Faculdade Católica do Tocantins, Mestre em Educação pela UCB.

1. Introdução

O presente opúsculo didático ocupa-se da temática do estudar, construir e argumentar casos forenses, questão que, apesar de sua alta relevância para o pleno exercício das profissões de Advogados, Defensores, Ministério Público e Magistratura e seus quadros de assessoria jurídica, não tem recebido a devida atenção da análise jurídica, tampouco das disciplinas ou cursos destinados ao desenvolvimento da capacitação para tais operadores do direito. De modo mais preciso, dedica-se à introdução da metódica de estudo de caso, cujo marco tem referência direta com a universidade de Harvard, pioneira na adoção do método de estudo de caso nos cursos de direito e administração de empresa³, como instrumento didático imprescindível ao desenvolvimento das habilidades estratégicas, resolutivas e discursivas dos que atuam, direta ou indiretamente, em casos forenses. Nesse sentido, o objetivo do presente é o desenvolvimento e a aplicação do método de estudos de caso como instrumento metódico de construção e argumentação de casos jurídicos. Metódica aplicável no âmbito universitário e nos cursos de formação e aperfeiçoamento de operadores de direito em geral.

2. Uma possibilidade didática

O método de estudo de casos, iniciado em Harvard em 1870, tem se expandido para outras universidades norte-americanas e academias europeias⁴, sendo empregado na América Latina,

³ Ver: CHRISTENSEN, 1986.

⁴ Ver: ORTIZ DE ROZA, 2003, p. 12.

principalmente, em certas cátedras das universidades de Buenos Aires e Nacional de La Plata e pela escola de direito da Fundação Getúlio Vargas – Direito GV⁵ e Faculdade de Direito de Vitória⁶, dentre outras. O próprio Conselho Nacional de Justiça, no Plano Nacional de Capacitação Judicial de magistrados e servidores do Poder Judiciário, instituído pela Resolução nº 126, de 22 de fevereiro de 2011, ao descrever o enfoque que as disciplinas deverão conter no campo teórico-prático, dá destaque à metódica do estudo de caso. O termo método de estudo de casos, contudo, é usado em dois sentidos: como método de pesquisa e como método didático. No primeiro sentido, método do estudo de caso é uma abordagem de investigação científica qualitativa, que tem, necessariamente, por objeto de análise um fenômeno contemporâneo a ser estudado no contexto da vida real. No segundo, método de estudo de caso é uma abordagem didática construtivista, que pode ter como objeto de análise tanto um caso construído para fins didáticos como um extraído de uma situação real. É nesse último sentido que se utiliza a expressão método de estudo de caso.

A distinção entre o método didático de estudo de caso, originário dos países do sistema da *common law*, e o método de ensino expositivo-dogmático, tradicionalmente utilizado nos cursos acadêmicos de tradição *civil law*, denominados por Harriet C. Zitscher⁷, respectivamente, indutivo e dedutivo, consiste no fato de que, no primeiro método, os casos não são simples exemplos apresentados eventualmente na explanação abstrata de uma versão pessoal de interpretação das normas posta pelo professor, mas como ponto de partida para a formulação de problemas jurídicos que suscitam a interpretação dos textos legais e a análise de precedentes na aplicação e manejo das normas, argumentos e estratégias jurídicas, tal como ocorre nos casos concretos forenses, tendo o

⁵ Ver: SANTI, 2005, p. 10.

⁶ Ver: MIGUEL, 2010.

⁷ Ver: ZITSCHER, 2004, p. 35.

mérito de ensinar ao acadêmico a pensar como operador do direito⁸, e não apenas a assimilar conceitos, classificações, princípios e regras a ele transmitidas de forma genérica e desvinculada das questões jurídicas concretas.

Oportuno salientar o marco teórico do método de estudo de caso (método indutivo), que o torna distinto da experiência mista (método indutivo-dedutivo) da Academia Alemã. A postura da Academia Continental, direcionada para o estudo intrínseco do direito como um problema de linguagem, com ênfase na ideia de autonomia científica (teorias da hermenêutica, da argumentação e da decisão jurídica), tem dado particular relevo ao ensino dogmático do direito⁹, o que implica uma postura tímida de transposição didática, com preferência por um modelo misto dedutivo (dogmático-expositivo) e indutivo (estudo de casos). O realismo jurídico “criou um vácuo na academia jurídica e na jurisprudência, e seria preenchido por uma discussão sobre política”¹⁰ no mundo acadêmico norte-americano, proporcionando a formação de uma postura construtivista do estudar e do fazer o direito, não somente mais eficiente no desenvolvimento das competências imprescindíveis ao exercício da profissão, como aberta a um estudo extrínseco do direito como um fenômeno não apenas linguístico, mas fundamentalmente político, criando uma perspectiva crítica do problema da consequenciabilidade das decisões jurídicas, enquanto indutoras de comportamentos futuros e instrumento micro de resolução de conflitos sociais, econômicos e culturais, favorecendo a interdisciplinaridade e o debate da relação íntima entre direito, democracia, economia e cultura no âmbito de uma expectativa pragmática de construção de casos forenses.

Divergindo da opinião de Cláudia Lima Marques¹¹, crê-se, aqui, numa mudança de paradigma para o ensino jurídico brasileiro,

⁸ Ver: CORRIÓ, 2003, p. 53-6.

⁹ Ver: ROBLES, 2005, p.46-7 e 57-60;

¹⁰ Ver: GRECHENIG, K.; GELTER, 2010, p. 339;

¹¹ Apresentação da obra de: ZITSCHER, 2004, p. 14-15.

ante a crise da própria dogmática e a supremacia dos tribunais na produção do direito. A compreensão de que direito é muito mais o produto nos tribunais do que a inteligibilidade hermenêutica das academias impõe a necessidade de um novo enfoque educacional, direcionado à forma como se constroem casos nos tribunais, e a adoção de uma postura didática que propicie uma reconstrução, em sala de aula, daquele ambiente dialético e discursivo de construção de casos forenses no micro embate dos conflitos sociais desenrolados nos tribunais. Enfoque que, ao priorizar o aprender a fazer o direito em sua discursividade concreta, permite desenvolver, nos acadêmicos e nos operadores do direito em formação, com a aplicação direta do método de estudo de casos, as habilidades ou competências de:

- a) construir, na linguagem jurídica, a estratégia hermenêutica de mediação entre texto normativo e contexto social na resolução de casos forenses, no exercício de suas atividades profissionais;
- b) agir de forma crítica, proativa e engajada nos conflitos judiciais, identificando os interesses sociais em jogo e as estratégias discursivas empregadas, na forma de linguagem jurídica, na justificação dos interesses;
- c) analisar criticamente o papel e a postura desenvolvida, no debate de interesses sociais subjacentes às demandas sociais, pela várias instâncias da justiça, e
- d) relacionar, numa perspectiva multidisciplinar, a consequenciabilidade política, econômica e social das decisões judiciais com a opção política ou econômica dos tribunais, oculta sob o manto da linguagem jurídica.

O método de estudo de caso, nesse contexto, é um conjunto de procedimentos didáticos que, partindo da descrição de uma situação jurídica sob o ponto de vista de quem está envolvido numa decisão ou problema concreto, propicia aos acadêmicos ou operadores do direito acompanhar e dominar os passos de quem

toma uma decisão e desenvolver a habilidade de analisar os enfoques diferentes, escolher se deve enveredar ou não por outros caminhos no processo de deliberação ou solução do problema¹² e alcançar suas próprias conclusões a respeito do resultado. Em particular, a aplicação do método de estudo de casos nos cursos universitários e nos de formação e aperfeiçoamento de operadores do direito propicia aos acadêmicos e profissionais em formação o desenvolvimento da capacidade, imprescindível ao operador do direito, de estudar, construir e argumentar casos, sem negligenciar a autoconstrução de um pensar crítico, proativo e engajado no debate sobre os conflitos de interesses subjacentes às demandas sociais, presente na vida das várias instituições jurídicas.

3. O procedimento metodológico do estudo de caso

Os casos jurídicos apresentam certas características¹³: a) a solução de um caso deverá se inserir no tempo e no espaço normativo; b) em regra, não há apenas uma solução, mas várias possíveis; c) a solução apresentada pelo acadêmico ou profissional poderá ter várias respostas conforme a sua posição no jogo procedimental; d) conforme a posição do acadêmico ou profissional no jogo procedimental nem sempre é possível alcançar uma solução que não seja inconveniente ou extremamente onerosa aos objetivos e metas desejadas; e) a forma de solucionar, fundamentadamente, poderá depender do momento procedimental, e está sujeita a alterações substanciais da posição inicial do caso jurídico; f) a ordem cronológica do enfrentamento dos problemas subjacentes ao caso jurídico poderá alterar ou prejudicar a sua solução; g) a solução dada a uma parte inicial do caso pode interferir na solução futura de suas demais questões, e h) a solução do caso se insere num contexto relevante para sua adequação, o qual inclui problemas éticos, políticos, econômicos, sociais, religiosos etc.

¹² Ver: ERSKINE; LEENDERS; MAUFFETTE-LEENDERS, 1981, p. 10.

¹³ Ver: CORRIÓ, 2003, p. 30-34.

O procedimento metodológico do estudo de caso desenrola-se nas seguintes etapas lógicas:

1. Seleção dos materiais do caso: Os casos são, geralmente, apresentados em formulário escrito ou, às vezes, por meio audiovisual (gravação de filme ou áudio), e podem corresponder a: a) situações legais retiradas dos debates escritos das cortes; b) situações hipotéticas formuladas por professores, envolvendo conflitos ou dilemas judiciais concretos; c) situações jurídicas reais presentes em processos judiciais a serem trabalhados pelos acadêmicos ou profissionais em formação; d) situações reais extraídas dos jornais, dos livros, dentre outras fontes. A exposição escrita do caso jurídico inclui, geralmente, os seguintes elementos: a) descrição detalhada dos fatos; b) indicações que permitem identificar e formular os problemas subjacentes ao caso, por meio de referências aos *argumentos* ou pela previsão das posições procedimentais ou ponto de vistas que podem interferir no exame do caso, e c) representação do interesse inicial que deu ensejo ao procedimento da opção processual da parte ou da decisão judicial, com a explanação do seu *raciocínio* e, quando pertinente, dos seus argumentos.

2. Revisão dos fatos: Os fatos são o ponto de partida para a discussão durante o curso, devendo, portanto, a investigação iniciar-se com cautela, revendo e esclarecendo todos os elementos e variantes dos fatos. Os acadêmicos ou profissionais em formação devem fazer as seguintes perguntas: a) O que aconteceu neste caso?; b) Quem são os interessados ou partes?; c) Que fatos são importantes para o caso?; d) Quais fatos não têm relevância para o caso?; e) Falta alguma informação significativa?; f) O caso deve ser enfrentado a partir de uma posição ou ponto de vista predeterminado?; g) Por que os envolvidos no fato agiram daquela maneira? (definir estratégias, razões e/ou interesses dos envolvidos, de natureza jurídica e não

jurídica), e f) Separar as estratégias, razões e/ou interesses dos envolvidos apresentados diretamente com linguagem, isto é, configuração jurídica exposta como linguagem, e configuração política, econômica, social, religiosa e cultural.

3. Exposição e ordenação dos problemas: Todos os métodos científicos ou pré-científicos são mecanismos de resolução discursiva de problema¹⁴. Os acadêmicos ou profissionais em formação devem identificar e formular os problemas jurídicos subjacentes ao caso¹⁵ e fixar a sua ordem lógica de resolução. O problema jurídico “consiste em identificar o direito potencialmente aplicável a uma determinada situação”¹⁶, ou seja, a uma situação hipótese ou concreta. Na determinação do problema jurídico, deve-se cindir o caso, separando-o em pontos, mais ou menos autônomos, em sentido lógico-analítico. Cada problema tem de corresponder a uma potencial consequência jurídica a ser produzida conforme a solução dada à questão. Um problema é composto de indagações sobre as possíveis regras legais que podem incidir e qualificar os fatos a ele pertinentes, suas questões de política constitucional, os valores em conflito e os seus aspectos práticos e operacionais:

- **Texto legal:** Este indicativo tem a função de permitir a análise da possibilidade técnica da construção de um caso pelo **método de categorização**, ao indagar sobre a existência de regra jurídica que qualifique expressamente a questão e suas respectivas condições e circunstâncias de aplicação.
- **Política constitucional:** Este indicador abre uma discussão sobre a razoabilidade da regra jurídica, caso exista, e a possibilidade da construção ponderativa do caso por colisão direta de princípios.

¹⁴ Ver: POPPER, 1997, p. 157.

¹⁵ Ver: ZENKNER, 2010, p. 90-92.

¹⁶ Ver: VANDEVELDE, 2000, p. 3.

- **Valores em conflito:** Este indicador proporciona condições para a discussão sobre a razoabilidade de tal regra jurídica, caso exista, e permite o debate sobre a necessidade, adequação e aplicabilidade do método de ponderação na hipótese.
- **Aspectos operacionais da construção do caso:** Este indicativo permite determinar quais técnicas argumentativas modulares são possíveis de serem empregadas na construção do caso.

Identificados os problemas, deve-se agrupá-los em ordem de preferência de resolução lógico-jurídica, observando o grau de condicionamento entre eles. Um problema independe do outro quando sua resolução não prejudica ou afeta a análise do outro. Um problema depende do outro quando não pode subsistir, logicamente, se o outro for negado ou afirmado, conforme a hipótese. Nesse sentido, seu enfrentamento fica condicionado à resposta do outro, que pode lhe causar uma prejudicialidade lógico-jurídica ou, simplesmente, lógica. Exemplo: A questão se o juiz é ou não competente para julgar a causa é uma condicionante da questão se o juiz deve ou não conceder a liminar pleiteada.

4. Ordem de resolução do problema: A resolução de cada problema deve observar a ordem de preferência lógico-jurídica. A solução de um problema não exclui a necessidade da resolução de outro problema dele independente. Contudo, se um problema depende de outro, deve-se observar se a resposta do primeiro exclui a apreciação do segundo ou se, pelo contrário, implica exigência de sua análise.

5. Técnicas argumentativas modulares¹⁷: Normalmente podem-se resolver os problemas de mais de uma forma, obtendo-se soluções diferenciadas, conforme a técnica argumentativa modular. A primeira tarefa é identificar as

¹⁷ Ver: SIQUEIRA FILHO, 2011, p. 51-55.

técnicas argumentativas modulares possíveis de serem empregadas na construção estratégica do caso. As principais técnicas argumentativas modulares, sem excluir outras possibilidades, são:

5.1 Técnica argumentativa modular lógico-subsuntiva do direito: a) positiva não conflitante, que aponta um dispositivo específico como regente da situação de fato; b) negativa não conflitante, que nega a um dispositivo específico a regência da matéria, afastando sua incidência no caso; c) conflitante, quando se expõe um problema de aparente conflito de regras jurídicas na regência do caso, para lançar mão de um argumento de validade – cronológico, hierárquico e da especialidade –; d) de conciliação – diálogo das fontes e sistemático de coerência (o significado de uma regra funciona com base conceitual de outra) –; e) de complementariedade e subsidiariedade (argumento de que uma regra X é complementar ou subsidiária da regra Y), ou f) de coordenação e adaptação (apresenta-se argumento a favor da interdependência recíproca entre regras geral e especial, que condiciona, mutuamente, seu significados e eficácia aplicativa);

5.2 Técnica argumentativa modular integrativa do direito, na qual se reconhece a existência de lacuna normativa e se lança mão de um argumento de integração (analogia, princípio geral de direito, dentre outros);

5.3 Técnica argumentativa modular de eficácia interpretativa de princípios ou outros padrões constitucionais de justiça, na qual se delimita discursivamente que interpretação de um texto normativo está conforme princípio ou outro padrão constitucional de justiça;

5.4 Técnica argumentativa modular de eficácia negativa de princípios constitucionais ou outros padrões constitucionais de justiça, na qual se afasta a incidência de uma regra

infraconstitucional em virtude de seu confronto direto com princípios, outros padrões constitucionais de justiça ou postulados normativos;

5.5 Técnica argumentativa modular de eficácia positiva de princípios constitucionais ou outros padrões constitucionais de justiça, na qual se resolve o caso pela afirmação da incidência direta de princípios ou outros padrões constitucionais de justiça;

5.6 Técnica argumentativa modular de ponderação entre princípios constitucionais, entre estes e outros padrões constitucionais de justiça ou entre outros padrões constitucionais de justiça;

5.7 Técnica argumentativa modular de não adesão ao precedente vinculante, pela alegação de ausência de identidade de similitude entre o fato do caso anterior, preceituado no precedente, e o fato do caso presente – método da diferenciação (*distinguishing method*).

É possível e comum a possibilidade de aplicação de técnicas distintas conforme cada problema do caso ou, até, aplicação simultânea de técnicas na resolução de um problema.

6. Determinação e discussão dos pontos de vista: Uma vez que os acadêmicos ou profissionais em formação focalizaram os problemas e identificaram as técnicas argumentativas modulares aplicáveis na hipótese, devem identificar e discutir os pontos de vista delas decorrentes, na solução de problema. O ponto de vista é composto de hipóteses e seus argumentos. Em primeiro lugar, devem-se identificar as hipóteses referentes aos pontos de vista aplicáveis à solução de cada problema, conforme os tipos de técnicas argumentativas modulares propostas. Determinadas as hipóteses, passa-se a desenvolver e discutir os argumentos contrários e favoráveis à justificativa da prevalência de cada hipótese e estabelecer a comparação

entre as várias perspectivas (hipótese e seus argumentos) referentes ao problema e às técnicas argumentativas modulares a eles correspondentes. No âmbito delimitado do objeto da controvérsia a ser dirimida, conforme sua posição no jogo estratégico, o acadêmico, ou profissional em formação, deve selecionar a técnica argumentativa modular, por problema, de acordo com os argumentos de razão (doutrina) e de autoridade (jurisprudência) a serem confrontados na solução da controvérsia; apresentar as fontes de tais argumentos (leis, jurisprudência, doutrina), e indicar o grau de credibilidade e aceitação das opiniões expostas. Deve demonstrar, iniciando-se com a perspectiva de maior grau de aceitabilidade sobre o ponto controvertido, as qualidades e as imprecisões de cada argumento – *audiatur et altera pars*¹⁸, sua força de persuasão racional (observar o pensamento rigoroso) e emocional – (quando o argumento apresenta-se vazio de significado lógico, mas de plenitude simbólico-emotiva). Ao final, deve-se deliberar quanto à prevalência de um argumento sobre outros na resolução do problema ou identificar alternativa para sua solução, observando-se a congruência com a técnica argumentativa modular estrategicamente escolhida para a solução do caso, considerando-se o fato de ser o argumento mais convincente ou apropriado, sem a pretensão, contudo, de alcançar uma posição verdadeira ou corrente em si mesma, posto o discurso dialético-tópico não almejar a confirmação de uma tese verdadeira, mas apenas a solução apresentada, ao analista, como a mais justa ou conveniente possível do seu ponto de vista. Ao expor e discutir os pontos de vista, os acadêmicos ou profissionais em formação devem considerar algumas perguntas como:

- Qual a melhor técnica argumentativa modular para se chegar a uma dada solução do caso?

¹⁸ Ver: SILVA M. FILHO, 2006, p.775-792, p. 784.

- Quais são os argumentos a favor e contrários a cada ponto de análise da hipótese?
- Os argumentos a favor de certo ponto de vista são compatíveis entre si ou são alternativos?
- Os argumentos em desfavor de certo ponto de vista são compatíveis entre si ou são alternativos? Quais os argumentos mais persuasivos? Quais são os menos? Por quê?
- Comparando os pontos de vistas entre si, quais têm tido maior grau de aceitabilidade nas Cortes, principalmente, naquela que uma eventual demanda deveria se processar? Por quê?
- Quais podem ser as consequências da opção por certo ponto de vista? Como afetarão os interessados ou as partes? Como afetarão a sociedade?
- Há algum ponto de vista alternativo ainda não considerado que possa apresentar uma melhor solução ao caso (de acordo com a posição procedimental ou processual ocupada pelo acadêmico ou profissional em formação)? Qual? Por quê?

7. Resolução do caso: A resolução do caso é a resposta a todos os problemas a ele subjacentes, observando-se as respectivas prejudicialidades, quando houver. A resposta deve guardar a exata congruência entre o problema, a técnica argumentativa modular empregada, a hipótese defendida e seus argumentos de persuasão, e os efeitos jurídicos e extrajurídicos decorrentes da adoção da hipótese apresentada como apropriada ou desejada à resolução do caso.

4. Variáveis e recursos didáticos

O método de estudo de caso permite um conjunto de variáveis, e o professor pode programar qualquer das variações no método do estudo de caso. As variações típicas são as seguintes:

- Fornecer aos acadêmicos ou profissionais em formação um caso inteiro retirado de uma decisão jurisprudencial (isto é, fatos, problemas, pontos de vistas e argumentos, decisões e raciocínio), para que os acadêmicos ou profissionais em formação compreendam os fatos, os problemas, os argumentos e a sua ordem cronológica de resolução e possam avaliar, de forma crítica, a decisão e o raciocínio da Corte, assim como apreender a empregar a metodologia da *case-law*, desenvolvida em razão do *staredecisis* (a vinculação aos precedentes judiciais), próprio do sistema *common law*, cuja refinada sutileza discursiva permite eliminar o caráter vinculante dos precedentes incômodos¹⁹, útil nos países do sistema *civil law* para os casos em que a jurisprudência das cortes superiores, mesmo sem caráter vinculante, pacificam certos pontos de vistas doutrinários, que, na realidade, podem se tornar um obstáculo à pretensão afirmada em um caso.
- Fornecer aos acadêmicos ou profissionais em formação um documento, procedimento ou processo para que eles, a partir de uma posição específica no jogo de interesses (advogado do interessado, órgão administrativo, advogado da parte processual, magistrado, promotor de justiça etc.) descrevam os fatos, formulem os problemas, fixem a ordem de resolução e prejudicialidade, desenvolvam e discutam os pontos de vistas de cada problema e apresentem solução para o caso, de modo coerente com sua posição específica.
- Fornecer aos acadêmicos ou profissionais em formação

¹⁹ Ver: RADBRUCH, 2001, p. 54.

somente os fatos, para que formulem os problemas, fixem a ordem de resolução e prejudicialidade, desenvolvam e discutam os pontos de vistas de cada problema e apresentem sua solução.

- Fornecer aos acadêmicos ou profissionais em formação somente os fatos, para que formulem os problemas, fixem a ordem de resolução e prejudicialidade, desenvolvam e discutam os pontos de vistas de cada problema e apresentem sua solução a partir de uma perspectiva apropriada a uma posição no jogo de interesses predeterminada pelo professor.

O fornecimento de espelhos de correção pelo professor deve respeitar o tempo necessário para que os acadêmicos ou profissionais em formação, em grupo ou individualmente, possam desenvolver o exercício e solucionar o caso conforme a diretriz indicada pelo professor, pois a aprendizagem e o desenrolar das competências se fazem com o debate e a resolução pessoal dos problemas²⁰. A utilização de correção cruzada, antes ou após o fornecimento de espelhos de correção pelo professor, pode ser instrumento importante para o desenvolvimento do equilíbrio emocional do acadêmico ou profissional em formação, colocado simultaneamente na condição de avaliador-avaliado, e para a reflexão pessoal do acadêmico ou profissional em formação sobre seu próprio desempenho em sua comparação com o dos outros²¹.

²⁰ Ver: ZENKNER, M. Resolução de problemas. Ensino Jurídico: experiências inovadoras/Org. Paula Castello Miguel e Juliana Ferrari de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 92-3.

²¹ Ver: BOECHAT, C. M. A resolução de problema com correção cruzada como estratégia de ensino. Ensino Jurídico: experiências inovadoras/Org. Paula Castello Miguel e Juliana Ferrari de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 97.

5. Conclusão

Em síntese, no método de estudo de caso, o direito é estudado a partir de fatos presentes em casos concretos, reais ou formatados pelos professores, examinados e analisados em todos os seus aspectos, como as razões de decidir, as alegações das partes, as táticas advocatícias, a arte retórica etc. O acadêmico ou profissional em formação se defronta com situações de fato e aprende a desenvolver seu espírito crítico, sua faculdade de julgamento, sua capacidade argumentativa e sua aptidão estratégica, inteirando-se da técnica de aplicação normativa, da crítica jurisprudencial e dos demais segredos da profissão.

Referências

- BOECHAT, C. M. **A resolução de problema com correção cruzada como estratégia de ensino.** Ensino Jurídico: experiências inovadoras/Org. Paula Castello Miguel e Juliana Ferrari de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CHRISTENSEN, C. **Roland with Abby J. Hansen.** Teaching and the Case Method. Boston: Harvard Business School Publishing Division, 1986.
- CORRIÓ, G. R. **Cómo estudiar y cómo argumentar un caso: consejos elementales para abogados jóvenes.** Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2003.
- ERSKINE, J. A.; LEENDERS, M. R.; MAUFFETTE-LEENDERS, L. A. **Teaching with cases.** Ontario: University of Western Ontario, 1981.
- GRECHENIG, K.; GELTER, M. **A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americana vs o doutrinalismo alemão.** Direito e Economia: Textos Escolhidos: Org.: Bruno Meyerhf Salama. Tradução de Gustavo Sampaio de Abreu Ribeiro. São Paulo: Saraiva, (325-394) 2010.
- MIGUEL, P. C. **A experiência da FDV: compromisso com uma nova postura didática:** Ensino Jurídico: experiências inovadoras/Org. Paula Castello Miguel e Juliana Ferrari de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ORTIZ DE ROZA, A. M. F. **Derecho de familia: método de enseñanza, casos y otras variantes.** Buenos Aires: Astrea, 2003.
- POPPER, Karl. **El mito del marco común: en defensa de la ciencia y la racionalidad.** Traducción de Marco Aurelio Galmarini. Buenos Aires: Paidós, 1997.
- RADBRUCH, G. **El espíritu del derecho inglés.** Traducción Juan Carlos Peg Ros. Madrid: MarcilPons, 2001.
- ROBLES, G. **O direito como texto: quatro estudos de teoria**

comunicacional do direito. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri, SP: Manole, 2005.

SANTI, E. M. D. de, et al. **Tributação do setor comercial: curso de especialização.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SILVA M. FILHO, I. G. da. **Escola nacional da magistratura trabalhista – um ideal de excelência pela formação contínua.** Revista de Legislação Trabalhista, São Paulo, ano 70, n. 07, julho de 2006.

SIQUEIRA FILHO, M. B. de. **Democracia, direito e liberdade.** Goiânia: PUC Goiás, 2001.

VANDEVELDE, K. J. **Pensar como um advogado: uma introdução ao raciocínio jurídico.** Tradução de Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ZENKNER, M. **Resolução de problemas.** Ensino Jurídico: experiências inovadoras/Org. Paula Castello Miguel e Juliana Ferrari de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZITSCHER, H. C. **Metodologia do ensino jurídico com casos: teoria e prática (com exemplos do direito do consumidor e do direito civil).** Apresentação de Cláudia Lima Marques. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

Infância abandonada: a roda dos expostos

Munique Teixeira Vaz¹

RESUMO

O presente estudo, realizado sob a ótica da História do Direito, buscou apurar o tratamento conferido pela sociedade brasileira do início do Século XIX às crianças e adolescentes, especialmente no que tange à utilização da roda dos expostos, como meio para acolher os que se encontravam em situação de abandono. A eficiência e as críticas ao instituto foram apontadas, levando-se em conta a sociedade patriarcal em que os direitos das pessoas em desenvolvimento não possuíam papel marcante para o ordenamento jurídico.

¹ Promotora de Justiça do Ministério Público do Tocantins em Pium. E-mail: muniquevaz@mp.to.gov.br

1. Introdução

O grau de proteção aos direitos infanto-juvenis conferidos pela sociedade decorre da forma como ela vê essa parcela da população. O presente estudo tem o objetivo de avaliar essa questão no período histórico brasileiro do final do século XVIII e início do século XIX, quando na sociedade ainda era marcante a presença de escravos, mas antes da instituição do Império.

Primeiramente, buscou-se fornecer breve análise sobre a dinâmica familiar patriarcal, cujo enfoque era o chefe da família em detrimento dos demais membros, muitas vezes oprimidos. O conteúdo patrimonialista das normas daquela época demonstra que a principal preocupação daquela sociedade não residia no bem-estar das pessoas, mas sim na manutenção do patrimônio.

A delimitação do período da vida em que a pessoa era considerada criança foi uma preocupação, por se tratar de dado relevante tanto para aferir por quanto tempo o indivíduo era considerado merecedor de maiores cuidados, quanto para apurar a partir de quando lhe era exigido comportamento de adulto, com todas as responsabilidades e desdobramentos que lhe são inerentes.

Ao longo da pesquisa, conferiu-se que a infância abandonada consistiu problema presente no Brasil colonial, tentando-se constatar os motivos que levaram a esse comportamento de rejeição dos filhos por parte de sua família. Atentou-se para o comportamento estatal diante dessa situação e as providências oficiais tomadas para solucionar a questão.

Nesse contexto, as Santas Casas de Misericórdia assumiram para si a responsabilidade de acolher, alimentar, educar e zelar pelo

bem-estar dos pequenos rejeitados. O estudo enfoca o início da assistência estatal que sucedeu à caridade de poucos particulares, passando a ser o responsável por manter financeiramente, total ou parcialmente, tais instituições.

Importado da Europa, onde já se encontrava praticamente em desuso, o mecanismo conhecido como “roda dos expostos” tinha como finalidade precípua permitir o abandono preservando a identidade, a intimidade e a honra de quem havia concebido a criança. Buscou-se não somente analisar estudos sobre a roda brasileira, mas também compará-la com a utilizada no antigo continente, destacando-se a obra de Manoel Caetano da Cunha, que, apesar de ser seu defensor, não permaneceu alheio às críticas advindas de médicos higienistas.

O segundo capítulo destinou-se ao estudo das Casas de Misericórdia, responsáveis por gerir a roda dos expostos, enfocando-se principalmente as informações relativas à forma como tais crianças eram criadas e preparadas para o trabalho. Outro ponto que mereceu atenção foi o surgimento, em decorrência dessa prática assistencialista, de fonte de renda para as pessoas que se destinavam a zelar dos menores, o que gerou abusos variados.

A alta taxa de mortalidade existente, mesmo depois da instituição da roda e mencionada pelos vários autores consultados sobre o tema, foi objeto de estudo na tentativa de aferir suas causas a partir dos argumentos utilizados pelos higienistas, vorazes críticos do sistema.

Tentou-se obter um retrato aproximado da vida dos expostos a partir dos dados coletados sobre seu cotidiano, enfocando também a forma como a sociedade e o estado os encaravam. Alguns autores expressivos como Gilberto Freyre foram imprescindíveis para a aferição da dinâmica social e familiar do período e as cartas de viajantes transcritas por Miriam L. Moreira Leite foram relevantes para a elaboração deste trabalho.

2. Aspectos da infância brasileira no início do século XIX

Os detalhes da história da família no período colonial brasileiro não foram objeto de grandes registros. Costume que pôde ser observado em países de religião católica foi o uso do confessorário para os aconselhamentos, absorvendo os segredos das famílias e evitando que os fatos íntimos fossem relatados em documentos (FREYRE, 2006, p. 45). Se em relação aos detalhes da vida familiar existem dificuldades para apuração da realidade colonial, em relação às crianças essa situação é ainda mais acentuada, uma vez que “*até então, esposas e filhos se achavam quase no mesmo nível dos escravos*” (FREYRE, 2006, p. 509).

A infância nem sempre foi objeto de estudo, uma vez que por muito tempo não foi considerada algo relevante ao ponto de justificar registros aprofundados, fato que dificulta a análise histórica de sua importância e da dinâmica familiar, social e jurídica em seu redor. No início do séc. XIX, as crianças e as mulheres possuíam vida social praticamente incipiente, permanecendo quase toda a existência no interior de suas residências, o que também prejudicou a existência de notas oficiais detalhadas sobre esses grupos (KLUGER, 2002, p. 97).

A vida do infante era a vida da família e esta, por sua vez, consubstanciava-se na vida do seu chefe, o que pode ser explicado pela sociedade machista e patriarcal da época. Esse sistema, que tinha por finalidade precípua a satisfação das necessidades dos adultos, era marcado pela opressão, elemento também presente na educação dos jovens. Não raro, esse era o motivo de várias seqüelas emocionais, sendo possível afirmar que em muitas hipóteses, os filhos eram considerados meras “crias” dos pais, sem expressão individual, transformados em pessoas submissas ao poder do chefe da família (RIBEIRO, 2006, p. 29).

Toda a estrutura familiar baseava-se na autoridade suprema e incontestável de seu chefe e no direito de primogenitura, modelo que definia toda a dinâmica das relações parentais da época. Segundo WEHLING & WELHING (1994, p. 237):

Embora tenham existido diferenças regionais, as atitudes mentais não parecem ter variado da família patriarcal às unidades menores: pátrio poder exacerbado, isolamento das mulheres, inviolabilidade do lar, o que fez um historiador comentar que a família colonial se resumia na fórmula: “pai soturno, mulher submissa, filhos aterrados” (Capistrano de Abreu).

A criança era considerada “*coisa frívola, desprovida de cientificidade. Impunha-se apenas como necessário protegê-la, na maioria dos casos, de acordo com as normas cristãs. Mas essa proteção era apenas um dever moral, uma questão de caridade*” (TRINDADE, 1999).

Fator determinante para o seu modo de vida era, assim como nos dias atuais ainda o é, a classe social em que se encontrava inserida e, também, se era livre ou escrava. Os meninos inseridos em famílias ricas eram criados e educados por amas de leite e escravas especialmente destinadas a esse fim (LEITE, 2006, p. 31). Esse costume não decorreu de modismo europeu, como alguns autores parecem crer, mas sim do fato de que as mulheres casavam-se quase sempre muito jovens e tinham como objetivo principal, senão único, a procriação. Conforme a obra de FREYRE, “*casavam todas antes do tempo; algumas fisicamente incapazes de ser mães em toda a plenitude. Casadas, sucediam-se nelas os partos. Um filho atrás do outro. Um doloroso e contínuo esforço de multiplicação*” (2006, p. 443).

Os brancos menos abastados eram criados por seus pais quando possuíam condição de criá-los ou por parentes próximos, sendo comum a figura do “padrinho”, que assumia a responsabilidade de sustentar o afilhado. Não se pode dizer que nesse período

houvesse propriamente uma classe média, mas um grupo de pessoas que não se enquadrava nem na figura do senhor de engenho ou na alta burocracia, nem na população de mais baixa renda ou menos importante na escala social como os escravos.

Por seu turno, as crianças negras, quase em sua totalidade escravas, podiam ser sustentadas por seus donos com o objetivo de vendê-las assim que completassem idade para exercerem algum trabalho, ou serem criadas para servir de mão de obra futura na propriedade de seu senhor ou, ainda, serem abandonadas quando o proprietário assim o determinasse.

Além disso, os filhos, em geral, tinham seus futuros determinados por serem ou não provenientes de uma relação de casamento. A aquisição de alguns direitos dependia de terem nascido de um casamento ou de serem reconhecidos como filhos legítimos por seu pai. O nascimento de uma criança “ilegítima” configurava para a parcela branca da sociedade dupla desgraça: para o filho, que provavelmente teria uma vida sofrida, sem o reconhecimento da paternidade e das benesses decorrentes desse fato e para sua mãe, que passava a ser considerada adúltera ou sem castidade, essencial virtude para uma mulher do período colonial.

De acordo com KLUGER (2002, p. 97):

Obras como Espelhos de casados (João de Barros, 1540), Casamento perfeito (Diogo P. de Andrada, 1630) e Carta Guia de casados (Francisco Manuel de Melo, 1651) que se referiam a la ‘sobriedad y equilibrio en el hablar, verbir, comer, beber y em sexo’, este último entendido como un ‘mal menor’, limitado a la procreación, por causa de la inferioridad de la mujer, basada en la definición clásica de Aristóteles em la Política.

Estos moralistas también se ocuparon de las virtudes que debía poseer la mujer que se pretendia tomar como esposa. Francisco Joaquim de Sousa Nunes exigia que La mujer fuese virtuosa, honesta, honrada y discreta. I esta noción de honra aparecia ligada a la fama, es decir, la opinión pública, dando origem al adagio ‘si no fueras casta, sé cauta’, de donde se concluye que ela ‘parecer’ se anteponia al ‘ser’.

A castidade exigida das mulheres consistiu em um dos motivos de abandono de filhos quando nascidos fora do casamento. Todavia, essa não foi a única razão constatada para as exposições. Famílias com recursos financeiros escassos encontravam no abandono a única forma de manter o sustento de seus membros, uma vez que não possuíam o suficiente para garantir a manutenção de mais um integrante.

Outra causa apurada a partir de relatos de pessoas da época era o nascimento de criança mestiça, cuja paternidade o senhor se recusava a reconhecer e cujo sustento não possuía interesse em prover, não deixando outra saída à mãe escrava senão enjeitá-la (LEITE, 2006, p. 36). Dentre os escravos, não se pode olvidar que o desejo das mães libertarem seus filhos do cárcere também constituiu razão de abandonos.

Essas crianças eram denominadas “expostas” ou “enjeitadas”, em referência ao tipo de abandono mais comum relacionado aos recém-nascidos, deixados em locais onde seriam, muito provavelmente, recolhidos. Os lugares mais comuns eram igrejas e conventos e, mais tarde, as “rodas dos expostos” (TRINDADE, 1999). Por óbvio, consequência comum era a morte desses infantes em virtude de doença, haja vista a impropriedade do local em que haviam sido deixados, ou de terem sido vítimas de ataques de animais, antes mesmo que a eles pudessem ser dispensados cuidados para evitar esse destino.

Conforme TORRES (2007, p. 1):

O abandono de bebês recém-nascidos ou de crianças era uma prática comum nos séculos XVII e XVIII no Brasil colonial. Meninas e meninos eram abandonados em calçadas, praias ou terrenos baldios, falecendo por falta de alimento, pelo frio, ou passando a conviver com as lixeiras, tendo por companhia cães, porcos e ratos nas ruas fétidas das desorganizadas e nascentes cidades brasileiras.

Dado curioso noticia que nesta época a morte dos filhos não era algo encarado com tristeza pela família, uma vez que “*viria outro. O anjo ia para o céu*” (FREYRE, 2006, p. 450). Os índices de falecimento chegavam a ser motivo de felicidade para a família, que se confortava acreditando que a criança tinha ido para junto de Deus, onde teria uma vida melhor. “*O abandono, a alta mortalidade e a doação de crianças (na medida em que é possível avaliar comportamentos e sentimentos de outros tempos), não eram sempre vistos como um tráfico de exploração da infância*” (LEITE, 1991, p. 99). Ademais, a rejeição da prole não era tipificada criminalmente e, depois da exposição, não havia óbice que os pais buscassem reaver os filhos enjeitados, acaso se arrependessem do comportamento.

É necessário delimitar exatamente o conceito de infantes e de menores de acordo com o Código Canônico, cujo regramento era vigente no início no séc. XIX, visto que diverge do que entendemos atualmente por crianças e adolescentes. A incapacidade civil era dividida em duas fases: infância, período compreendido do nascimento até sete anos, e menoridade, entre sete anos completos e dezoito. Enquanto os infantes gozavam de presunção absoluta de incapacidade, os menores possuíam presunção relativa que podia ser afastada no caso concreto, uma vez que tinham o “uso da razão”.²

A constatação a que se pode chegar é de que o período principal tratado neste estudo refere-se à época breve da vida das pessoas. Os pequenos, em poucos anos, assumiam a postura e os compromissos de adultos, o trabalho para meninos e o casamento para meninas.

² Da mesma forma que na atualidade, a maioria penal também possuía regramento próprio, presente nas Ordenações Filipinas, Livro V, Título CXXXV. De acordo com o Código Canônico: Cân. 97 - §1º: A pessoa que completou dezoito anos é maior; a pessoa abaixo dessa idade é menor. § 2º. O menor, antes dos sete anos completos, chama-se criança e é considerado não senhor de si; completados, porém, os sete anos, presume-se que tenha o uso da razão.

Segundo FREYRE (2006, p. 499):

Os viajantes que aqui estiveram no século XIX são unânimes em destacar este ridículo da vida brasileira: os meninos, uns homenzinhos à força desde os nove ou dez anos. Obrigados a se comportarem como gente grande: o cabelo bem penteado, às vezes frisado à Menino Jesus; o colarinho duro; calça comprida; roupa preta; botinas pretas; o andar grave; os gestos sisudos; um ar tristonho de quem acompanha enterro. Meninos-diabos eles só eram até os dez anos. Daí em diante tornavam-se rapazes. Seu traje, o de homens feitos. Seus vícios, os de homens. Sua preocupação, sifilizarem-se o mais breve possível, adquirindo as cicatrizes gloriosas (...)

Todavia, ainda que diminuto o espaço de tempo em que a pessoa era de fato considerada inapta para reger sua vida necessitando de terceiros para sua manutenção e abrigo, o Estado foi obrigado a encontrar saída viável para solucionar os problemas gerados pela exposição dos infantes: as altas taxas de mortalidade infantil e a criminalidade juvenil dos que sobreviviam às dificuldades iniciais.

Em caso de abandono, era comum que famílias acolhessem crianças enjeitadas e as criassem como filhas ou, como era corriqueiro, que as mantivessem em suas residências com o objetivo de garantir mão de obra barata quando atingissem idade suficiente para os afazeres que lhes fossem destinados. “*Chamados de ‘agregados’, eram quase sempre serviçais da casa que os ‘adotava’*” (SILVA, 2010, p. 6).

Essa circunstância foi apontada como justificadora do fato de que o abandono era mais incomum entre as famílias que viviam no campo, onde os filhos eram recebidos com otimismo como mais um integrante para engrossar o grupo de trabalhadores, uma vez que os escravos somente eram possuídos por famílias com melhores recursos financeiros (TORRES, 2007).

Pondera MARCÍLIO (2006, p. 54):

A maioria dos bebês que iam sendo largados por todo lado acabavam por receber a compaixão de famílias que os encontravam. Estas criavam os expostos por espírito de caridade, mas também, em muitos casos, calculando utilizá-los, quando maiores, como mão-de-obra familiar suplementar, fiel, reconhecida e gratuita; desta forma, melhor do que a escrava.

Esse hábito comum na população prejudicou a análise dos dados referentes à quantidade de enjeitados, uma vez que a partir do momento em que eles se inseriam em uma família, passavam a ser recenseados como um de seus membros, sem distinção dos filhos legítimos (MARCÍLIO, 2006, p. 71). Por essa razão, as informações constantes dos registros oficiais acerca da quantidade de infantes atendidos pelo Estado não correspondem aos que foram efetivamente abandonados por suas famílias, ante a informalidade do acolhimento.

Na lição de LIBERATI (2007, p. 33):

A cultura do abrigo não é recente entre nós. Desde o período da escravatura até o início do séc. XX difundiu-se um comportamento ímpar nas famílias, relacionado ao cuidado que elas tinham com as crianças de seus vizinhos ou parentes. Tratava-se de um comportamento de solidariedade, pelo qual, na zona rural ou urbana, uma família ajudava a ‘criar’ a criança da outra. Sem dúvida, muitas dessas famílias tinham relações de parentesco ou de afinidade, tratando-se de tios, primos, compadres e, até mesmo, de vizinhos. Não havia qualquer problema jurídico que impedisse uma família de cuidar da criança de outra família, principalmente se esta se encontrasse em difícil conjuntura. A situação era informal.

Análise da primeira norma constitucional brasileira, a carta de 1824 confere uma ideia da forma como as crianças eram encaradas no seio daquela época. O foco principal da sociedade era o patrimônio e não a pessoa em si, tanto que o rol de direitos do cidadão cingia-se a meros trinta e cinco incisos descritos no art. 179. Dentre eles não havia sequer uma menção a crianças ou jovens.

Com certo esforço interpretativo, pode-se dizer que o inciso XXXII, ao prever que a instrução primária é gratuita a todos os cidadãos, é dispositivo aplicado preferencialmente à parcela infanto-juvenil, apesar de não exclusivamente a ela. *“Temos ainda que, no Império brasileiro, a questão da proteção à criança passou despercebida, sem que houvesse qualquer tentativa de dar-lhe um maior amparo”* (COELHO, 2010, p. 95).

Os altos índices de mortalidade dos enjeitados, que muitas vezes sequer haviam sido batizados, e as práticas de aborto e infanticídio consistiram motivos de preocupação não somente da sociedade, mas também da Igreja, pois, segundo o catolicismo, a morte de um enjeitado nessas condições de paganismo o condenava a permanecer no limbo, um purgatório para crianças (TORRES, 2007, p. 104). Essa situação levou-a a assumir, através das Santas Casas de Misericórdia, os cuidados dos abandonados a fim de obter um remodelamento dessas condutas.

3. A roda dos expostos

A origem das rodas dos expostos advém de asilos para meninos abandonados que funcionavam na Itália do séc. XII, tendo como uma de suas finalidades a assistência aos menores desvalidos, em decorrência do papa Inocêncio III ter se chocado com o número de bebês encontrados mortos no Tibre (MARCÍLIO, 2006, p. 56).

Na época em que foram instituídas na colônia portuguesa, havia forte movimento na Europa para sua extinção em razão do grande dispêndio de recursos financeiros que causavam ao poder público para a manutenção da estrutura necessária ao acolhimento dos menores. Ademais, os altos índices de mortalidade dos infantes que eram abrigados causavam polêmica, que era alimentada por fatores morais, uma vez que, segundo seus críticos, contribuíam para a dissolução dos costumes, incentivando relacionamentos fora da relação de casamento (CUNHA, 1873, p. 23).

Conforme assinalou Manoel Caetano da CUNHA (1873, pp. 15/16), defensor português da roda, ao expor os argumentos contrários a ela:

No principio d'este século, é que o espirito analytico e investigador, attenta a immensa mortalidade n'estes estabelecimentos de criação d'infancia desvalida, e vendo que d'algum modo concorriam para a desmoralisação da sociedade, ousou pôr em duvida as vantagens.

As primeiras instituições brasileiras de acolhimento de expostos foram criadas ainda no séc. XVIII como consequência da caridade de comerciantes ricos que, preocupados com o destino dos enjeitados e com a salvação de suas almas, buscaram solução para que fossem amparados. Neste momento, o poder público ainda não havia assumido para si a função de cuidar do bem-estar dessas pessoas. Com o passar do tempo, o Estado reconheceu esse seu dever e o caráter das rodas passou a ser filantrópico com o objetivo de garantir a criação de pessoas que engrandescessem a coletividade.

Assevera FERREIRA (2010, p. 4):

Nesse contexto, a Roda dos Expostos manteria a função de formar pessoas úteis para o Estado. Nesse ponto incluem-se os enjeitados que não poderiam se tornar vagabundos ou pessoas ociosas, pois isso perturbava a ordem pública. Estes deveriam se tornar úteis à sociedade e ao Estado. Uma vez que para constituir uma nação rica, esta deveria registrar um crescimento populacional e pessoas com ocupações que pudessem gerar dividendos para o Estado.

De acordo com o disposto nas Ordenações Filipinas, o dever de zelar pelas crianças abandonadas que não tivessem quem assumisse seu sustento e criação era atribuído, em última análise,

às Câmaras Municipais³, todavia, estas reiteradamente possuíam comportamento omissivo em razão da falta de recursos financeiros para arcar com mais esse gasto. Diante disso, em 1726, depois de várias súplicas dos súditos ao rei, foi autorizada a criação da primeira roda em território brasileiro (MARCÍLIO, 2006, pp. 56/58), sendo que no período colonial somente três foram instaladas, em Salvador, Rio de Janeiro e Recife, apesar de sua multiplicação após a independência. É importante ressaltar que a omissão das Câmaras Municipais não quer dizer que elas eram alheias à questão das crianças abandonadas, mas tão-somente que não encontravam recursos para sustentar tais infantes, o que justificou o aparecimento de rodas dos expostos em território brasileiro. A roda consistia num mecanismo em que o abandono da criança podia ser feito sem que a identidade do expositor fosse descoberta, garantindo, por outro lado, a entrega a quem lhe dispensasse os devidos cuidados. Seu objetivo principal era mais de proteger o expositor, garantindo-lhe discrição na entrega e protegendo-lhe a honra, do que de zelar pela criança.

Conforme MARCÍLIO (2006, p. 57):

O nome da roda provém do dispositivo onde se colocavam os bebês que se queriam abandonar. Sua forma cilíndrica, dividida ao meio por uma divisória, era fixada no muro ou na janela da instituição. No tabuleiro inferior e em sua abertura externa, o expositor depositava a criancinha que enjeitava. A seguir, ele girava a roda e a criança já estava do outro lado do muro. Puxava-se uma cordinha com uma

³ De acordo com o Livro I, Título LXXXVIII, Art. 11: Porém, se as crianças, que não forem de legítimo matrimonio, forem filhos de alguns homens casados, ou de solteiros, primeiro serão constringidos seus pais, que os criem, e não tendo elles per onde os criar, se criarão à custa das mães. E não tendo elles nem ellas per onde os criar, sejam requeridos seus parentes, que os mandem criar. E não os querendo fazer, ou sendo filhos de Religiosos, ou de mulheres casadas, os mandarão criar à custa dos Hospitaes, ou Albergarias, que houver na cidade, villa ou lugar, se tiver bens ordenados para criação dos enjeitados: de modo que as crianças não morram por falta de criação. E não havendo hi taes Hospitaes e Albergarias, se criarão à custa das rendas do Conselho. E não tendo o Conselho rendas, per que possam criar, os Officiaes da Camera lançarão finta pelas pessoas, que nas fintas e encarregos do Conselho hão de pagar.

sineta, para avisar a vigilante ou rodeira que um bebê acabava de ser abandonado e o expositor furtivamente retirava-se do local, sem ser identificado.

À Santa Casa de Misericórdia de Salvador foi incumbido o dever de zelar da primeira roda, acolhendo os enjeitados e educando-os, mediante a dotação de um “subsídio anual” que advinha da Coroa Portuguesa. Há relatos de que havia grande pressão da coroa para que as Câmaras Municipais também arcassem com parte das despesas dos expostos, motivo de constantes tensões e uma das razões por que, no período colonial, existiram rodas em pequena quantidade, visto que essa atribuição lhes era incômoda (MARCÍLIO, 2006, p. 61).

Após as crianças serem recebidas nas rodas, suas condições de saúde eram avaliadas e, em seguida, eram batizadas (salvo se houvesse alguma informação de que essa providência já havia sido tomada), providenciando-se um inventário dos bens que trazia e de suas condições no “livro dos expostos”. Era comum que os pais, ao abandonar seus filhos, deixassem notas ou bilhetes informando o nome e tantos outros detalhes que pudessem identificá-los no futuro, com a intenção de reavê-los.

O serviço prestado pelas Santas Casas variava entre assumir ela própria a criação do infante ou transferir esse cuidado a terceiros, que eram recompensados financeiramente pela Câmara, sendo essa última hipótese a mais comum. Constatação interessante é relacionada com o fato de que algumas Câmaras Municipais não aceitavam custear o sustento de crianças mestiças, contudo, por motivos que não foram possíveis de apurar, a roda de Salvador não fazia distinção entre os infantes abandonados, acolhendo enjeitados independentemente de sua cor.

Conforme os estudos de Laura de Melo e Souza, o que mais lhe chamou atenção sobre documentos por ela analisados foi a *“recusa da Câmara em criar três dos enjeitados, que se suspeitava serem mulatos, e a devolução de um exposto escravo ao seu senhor – todos eles, procedimentos inusitados e, provavelmente, ilegais”* (SOUZA, 1991, p. 35).

Transferidas ou não para os cuidados de terceiros, as crianças eram alimentadas por amas-de-leite, em sua generalidade mulheres pobres que encontravam nessa função uma fonte de renda para garantir seu próprio sustento ou escravas que eram alugadas por seus senhores para tal finalidade. Essa peculiaridade permitiu que cada ama fosse responsável por várias crianças, impedindo o aleitamento adequado para o desenvolvimento dos infantes.

A falta de higiene no trato com os pequenos foi determinante para a disseminação de doenças, muitas delas letais. Na roda, *“as crianças expostas eram criadas por amas de leite até os três anos de idade. Depois, se a ama concordasse, a Câmara pagava-lhe uma quantia para que a criança ficasse em sua guarda até os 7 anos, em alguns casos, até os 12”* (SILVA, 2010, p. 6).

Acrescenta TORRES (2007, p. 108):

A criação também poderia ser feita por pessoas que enviavam um requerimento à Santa Casa manifestando desejo de criar os enjeitados, devendo informar regularmente sobre as condições de saúde da criança à administração da instituição. Para isso recebiam um pagamento mensal para custear a criação da criança, até os oito anos de idade para meninas ou sete anos para meninos. Nessa idade, a criança deveria ser devolvida à Casa da Roda. Não ocorrendo a devolução, a criança ficaria sob responsabilidade da mãe criadeira até a idade de 12 anos, sem receber pagamento da Santa Casa. Após os doze anos, a responsabilidade passava ao Juiz de Órfãos.

Outro problema apontado pelos estudiosos do assunto indica que, na tentativa de proteger os rejeitados por suas famílias, a criação da roda gerou outro problema: o aumento na quantidade de abandonados por suas genitoras escravas, a mando do senhor, que não tinha o objetivo de sustentá-los, para que suas mães pudessem amamentar outros bebês com o objetivo de lucro, fato que pode ser observado a partir da quantidade de jornais do Rio de Janeiro com oferta de amas de leite (LIMA & VENÂNCIO, 1991, p. 67).

Ademais, a falta de controle por parte da Santa Casa sobre os responsáveis pelas crianças permitiu a ocorrência de abusos, maus tratos e, inclusive, homicídios. Há relatos de crianças pardas e negras enjeitadas que foram revendidas pelas enfermeiras da Santa Casa, reescravizando-as, apesar de existirem normas que consideravam livres as crianças de cor abandonadas (LIMA & VENÂNCIO, 1991, p. 68).

Altos índices de mortalidade infantil nas rodas foram constatados ao longo dos anos, argumento muito utilizado por seus críticos ao relacionarem os óbitos com as más condições de higiene que permitiam a proliferação de doenças. Por outro lado, para Manoel Caetano da Cunha, a mortalidade não pode ser exclusivamente creditada ao mau funcionamento da roda, mas também às más condições de nutrição e aos percalços sofridos enquanto ainda eram geradas as crianças, devendo ser ponderado que “*muitos dos infelizes que n’ellas vão buscar asylo estão previamente condemnados à morte immediata, porque trazem do ventre materno a causa irremediável da sua vida ephemera*” (1873, pp. 27/28).

Conforme LEITE (1991, p. 108):

Algumas condições de salubridade davam origem à alta mortalidade que aqui é apontada na Roda de Expostos. De um lado, a mobilidade da população de baixa ou nenhuma renda para locais sujeitos a epidemias ou endemias, que quando se tratava de difteria, disenteria bacilar ou varíola afetava profundamente a população dos recém-nascidos até 2 anos. Ligadas a essas condições, havia a qualidade da água de abastecimento da população, às vezes proveniente de poços rasos facilmente contamináveis e que se tornavam insalubres, durante o verão. As águas paradas na vielas, ao redor das casas, eram aqui os focos de transmissores da febre amarela, que tantas vítimas fez em toda a população antes da medidas saneadoras de Oswaldo Cruz.

O objetivo das rodas era não somente garantir o sustento e a educação, mas também ensinar aos pequenos um ofício para que nele pudessem trabalhar ao atingir a idade de sete anos, no caso

dos meninos, e preparar as meninas para o casamento, ensinando-as a cozer, fiar e tecer algodão grosseiro. Por esse motivo, quando eles eram entregues a famílias, era dada preferência àquelas que pudessem iniciá-los em alguma espécie de profissão, recebendo-o como aprendiz.

Os responsáveis deveriam suportar o encargo até que o incapaz completasse sete anos, quando deveriam informar se tinham interesse em continuar acolhendo-o, contudo, desse momento em diante, não mais recebiam subsídio para o seu sustento, mas podiam explorar seu trabalho, recebendo aí a recompensa pelos anos de cuidados. De qualquer modo, *“o pagamento a famílias que criavam os expostos também era baixo, o que poderia resultar em problemas de nutrição e saúde e mais um fator de mortalidade”* (TORRES, 2007, p. 112).

A alternativa para os meninos era ensinar-lhes a ler, escrever e contar, e encaminhá-los para a tropa da marinha ou para o exército através das *“Companhias de Aprendizes Marinheiros ou de Aprendizes do Arsenal da Guerra, verdadeiras escolas profissionalizantes dos pequenos desvalidos, dentro da dura disciplina militar”* (MARCÍLIO, 2006, p. 76). A exploração da mão-de-obra dos expostos era grande, o que também era causa freqüente de mortes, haja vista as péssimas condições de trabalho que enfrentavam.

Até os sete anos recebiam educação, mas depois dessa idade tinham que trabalhar por outros sete anos em troca de teto e alimentação e o lucro com eles auferido era destinado a ressarcir as despesas até então efetuadas com sua criação. Somente depois dos quatorze anos podiam exercer trabalho efetivamente remunerado (LIMA & VENÂNCIO, 1991, p. 67).

Conforme o entendimento de Miriam Lifchitz Moreira Leite, no que se refere à roda, *“os governantes a criavam com o objetivo de salvar a vida de recém-nascidos abandonados, para encaminhá-los depois para trabalhos produtivos e forçados”* (LEITE, 1991, p. 99). De fato, a situação do trabalho era desfavorável até para um

adulto, uma vez que “*no estaleiro, a criança vivia ao lado de presos, escravos e degradados. Sua alimentação era tão fraca, à base quase só de farinha de mandioca, que acabavam definhando e muitas morrendo*” (MARCÍLIO, 2006, p. 76).

Havia especial atenção em relação às meninas com o objetivo de garantir-lhes castidade necessária para que pudessem se casar, razão pela qual as Casas de Misericórdia, em regra, vigiavam de perto sua educação. Quando atingiam idade suficiente, a Câmara atribuía-lhes determinado dote, muitas vezes humilde, para incentivar o enlace.

De acordo com o relato de J. J. TSCHUDI (*apud* LEITE, 2006, p. 37):

Todos os anos, em data fixada, a visita é facultada ao público, oferecendo-se assim oportunidade aos homens de escolher esposa entre as asiladas. A escolhida recebe como dote a instituição um enxoval de 300 mil réis. Asseguraram-nos que a direção da casa dos expostos somente concede licença para casamento depois de minuciosos estudos do caráter e das condições do pretendente.

Apesar disso, foi constatada, ao longo dos anos, a falta de controle das Santas Casas sobre o destino de seus enjeitados, o que também deu causa às mazelas enfrentadas pelos infantes. Neste período, todo o sistema era organizado de forma a garantir os interesses dos adultos e, se analisado por essa ótica, cumpria seu papel.

Somente em meados do século XIX, teve início uma mudança gradual na forma de entender as crianças e suas necessidades. Os médicos higienistas foram responsáveis por apontar costumes familiares inapropriados, práticas médicas ineficientes baseadas em credices e profissionais sem formação médica adequada e, inclusive, por despertar interesse pela saúde psíquica dos pequenos, circunstâncias que modificaram profundamente a forma de organização familiar e a atenção com os filhos.

Anota RIBEIRO (2006, p. 30):

A criança precisava ser protegida, cuidada, amparada e educada, daí a necessidade de propagar os ideais higienistas, que a preservariam dos males e a poupariam da morte prematura. O que se observa no século XIX, principalmente a partir de sua segunda metade, é que, na medida em que a medicina se torna mais científica e a prática médica vai deixando de ser exercida por leigos ou “quaseleigos”, esta ciência médica se torna poderosa e influente na sociedade, recebendo dela e dos poderes políticos constituídos, “autorização” para descobrir, propor e impor normas de saúde e equilíbrio que beneficiassem essa mesma sociedade.

A interferência dos higienistas teve por fundamento não somente a mudança nas práticas de higiene pessoal e familiar, mas também a pedagogia moral, com o reconhecimento de que a família, sob os moldes em que se encontrava, era incapaz de proteger a vida das pessoas, crianças ou adultas, tendo sido determinante para a criação da pedagogia infantil.

Com o objetivo principal de combater os altos índices de mortalidade, os higienistas foram incisivamente contrários às “rodas”, em virtude da forma como as crianças eram tratadas, sem atentar que estas se encontravam em desenvolvimento e, por isso, inspiravam maiores cuidados. Mesmo assim, as rodas dos expostos subsistiram, no Brasil, até meados do século XX.

4. Conclusão

O mecanismo da “roda dos expostos” foi expressão de uma época em que, juridicamente, as crianças eram entendidas de forma diversa da atual, visto que seus direitos humanos não constituíam grande preocupação da sociedade e do ordenamento jurídico. Enquanto analisada com os olhos do período colonial final, a “roda” parece ter cumprido seu principal objetivo que era garantir a dignidade da pessoa expositora e, ao mesmo tempo, evitar que essas crianças morressem nas ruas comidas por animais ou em decorrência de causa que chocasse a sociedade.

Esse último dado merece destaque porque leva à conclusão de que a finalidade precípua da assistência estatal foi garantir o bem-estar dos adultos e não dos infantes, constatação que parece estar em consonância com o sistema de organização da sociedade patriarcal. Eram os adultos que se incomodavam com a grande quantidade de menores mortos pelas ruas e eram eles que temiam que os infantes que não tivessem esse triste fim pudessem se transformar em criminosos, ameaçando-lhes no futuro. A Igreja preocupava-se com a morte dos pequenos porque eram pagãos e ainda não tinham passado pela iniciação religiosa, o que enfraquecia o poder da religião.

Aproveitando-se da situação, o Estado, ao criar a “roda”, solucionou dois problemas: a insatisfação da sociedade e a falta de trabalhadores e soldados. Ele enxergou nos menores mão de obra barata e farta para garantir o desenvolvimento da nação, razão pela qual lhes ensinou ofícios direcionando suas educações para, no futuro, garantir a existência de trabalhadores e defensores nos campos de batalha.

Por outro lado, as altas taxas de natalidade não foram sensivelmente modificadas com a criação das “rodas”, pelos motivos já apontados, o que gera dúvida acerca da efetividade no que se refere à verdadeira proteção aos direitos dos infantes. Ao contrário, reforça a conclusão de que esta não foi o principal objetivo da assistência estatal.

Críticos moralistas também apontavam o mau funcionamento da “roda” por entenderem que incentivava o comportamento promíscuo da população feminina em virtude desta encontrar um meio para se desfazer de sua prole sem que isso lhe causasse consequências diante da sociedade. Esse discurso dos moralistas indica que seu enfoque também passava longe do bem-estar dos jovens.

Somente com o surgimento dos médicos higienistas apareceram críticas mais acirradas às “rodas”, às práticas de higiene (ou sua falta), ao tratamento médico dispensado a essa parcela da população, muitas vezes através de pessoas sem conhecimentos técnicos, o que implicou em profunda mudança na forma como a sociedade patriarcal encarava a infância e juventude e na própria dinâmica familiar.

A constatação de que os interesses protegidos eram os dos adultos e, somente em segundo plano, os dos jovens não tem como objetivo de criticar a sociedade e a ordem normativa da época, comparando-a com o cenário existente na atualidade. Ao contrário, a partir de breve análise histórica, tentou-se desmistificar a “roda dos expostos” inserindo-a nos costumes do Brasil colonial.

Além disso, a análise histórica é relevante para apontar, pelo menos, uma das razões pelas quais a sociedade atual ainda age em relação às crianças e adolescentes, a despeito da legislação hodierna altamente protetiva. Não raro, é possível observar que em alguns lugares, em maior ou menor proporção, ainda há certa aceitação de exploração sexual de meninas muito jovens ou o tratamento de filhos como se fossem meros “objetos” dos pais, citando apenas dois exemplos.

Portanto, tornam-se compreensíveis as dificuldades encontradas para a proteção efetiva e integral dos direitos da criança e do adolescente, se considerados os hábitos cultivados pela sociedade brasileira ao longo de séculos.

Referências

COELHO, Bernardo Leôncio Moura. **A proteção à criança nas constituições brasileiras: 1824 a 1969**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_139/r139-07.pdf>. Acesso em: <15 set. 2011>.

CUNHA, Manoel Caetano da. **Breves considerações sobre a roda dos expostos**. Porto: Tipografia Francesa Nacional, 1873.

FERREIRA, Luciana Viana. *A criação de enjeitados em Vila Rica: a permanência da caridade (1775-1850)*. Disponível em: <<http://www.ichs.ufop.br/memorial/trab2/h513.pdf>>. Acesso em: <13 set. 2011>.

FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala**. 51. ed. São Paulo: Global, 2006.

KLUGER, Viviana. Algunas particularidades del derecho de familia en hispanoamérica colonial, y su correlato en el derecho colonial brasileño. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, nº 414, jan./mar. 2002. pp. 63/102.

LEITE, Miriam Lifchitz Moreira. A infância no século XIX segundo memórias e livros de viagem. In: **História Social da Infância no Brasil**. FREITAS, Marcos Cezar de. (Org.). São Paulo: Cortez, 2006. pp. 19/52.

_____. O óbvio e o contraditório da roda. In: **História da criança no Brasil**. PRIORE, Mary Del (Org.). São Paulo: Contexto, 1991. pp. 98/111.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

LIMA, Lana Lage da Gama; VENÂNCIO, Renato Pinto. O abandono de crianças negras no Rio de Janeiro. In: **História da criança no Brasil**. PRIORE, Mary Del (Org.). São Paulo: Contexto, 1991. pp. 61/73.

MARCÍLIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil. 1726-1950. **História Social da Infância no Brasil**. FREITAS, Marcos Cezar de. (Org.). São Paulo: Cortez, 2006. pp. 53/79.

RIBEIRO, Paulo Rennes Marçal. História da saúde mental infantil: A criança brasileira da colônia à república velha. **Psicologia em Estudo**, nº 1, jan./abr. 2006. pp. 29/38.

SILVA, Rita de Cácia Oenning. **O sujeito na infância: quando a visibilidade produz exclusão**. Disponível em: <<http://www.antropologia.com.br/tribo/infancia/SUJEIT~1.pdf>>. Acesso em: <15 set. 2011>.

SOUZA, Laura de Mello e. O Senado da Câmara e as crianças expostas. In: **História da criança no Brasil**. PRIORE, Mary Del (Org.). São Paulo: Contexto, 1991. pp. 28/43.

TORRES, Luiz Henrique. **A casa da Roda dos Expostos na cidade do Rio Grande**. Disponível em: <<http://repositorio.furg.br:8080/jspui/bitstream/1/280/1/218.pdf>>. Acesso em: <16 set. 2011>.

TRINDADE. Judite Maria Barbosa. **O abandono de crianças ou a negação do óbvio**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01881999000100003>. Acesso em: <12 set. 2011>.

WEHLING, Arno; WEHLING Maria José C. de. **Formação do Brasil colonial**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.

Comentários à lei nº 12.318/2010 (Lei da alienação parental)

Paulo Alexandre Rodrigues de Siqueira¹

RESUMO

O presente artigo científico faz uma análise crítica dos efeitos causados pela Síndrome de Alienação Parental (diagnosticada e estudada pelo psiquiatra norte-americano Richard Gardner²), abordando seu conceito, sua identificação, suas consequências e sua diferenciação da Alienação Parental propriamente dita, além de trazer breves comentários acerca do seu conteúdo legal.

Palavras-Chave: Síndrome de Alienação Parental. Alienação Parental. Richard Gardner. SAP. Tipificação.

¹ Promotor de Justiça no Estado do Tocantins.

² http://en.wikipedia.org/wiki/Richard_A._Gardner

1. Introdução

O Congresso Nacional editou a Lei 12.318/2010, vulgarmente conhecida como Lei da Alienação Parental, sancionada e publicada pelo Presidente da República em 26 de agosto de 2010. Esta lei foi criada a partir de estudos clínicos acerca da Síndrome de Alienação Parental (SAP), também conhecida pela sigla em inglês PAS, termo proposto por Richard Gardner³ em 1985 para identificar a situação em que a mãe ou o pai de uma criança a treina para romper os laços afetivos com o outro genitor, criando fortes sentimentos de ansiedade e temor em relação a ele.

Os casos mais freqüentes da Síndrome da Alienação Parental estão associados a situações onde a ruptura da vida conjugal gera, em um dos genitores, uma tendência vingativa muito grande. Quando este não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, vingança, desmoralização e descrédito do ex-cônjuge. Neste processo vingativo, o filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro.

Não obstante, existe a diferença entre a Síndrome da Alienação Parental e a Alienação Parental propriamente dita. Embora intimamente ligadas, uma é o complemento da outra e seus conceitos não se confundem.

Alienação Parental é a desconstituição da figura parental de um dos genitores ante a criança. É uma campanha de desmoralização,

³ Gardner R. Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes?. American Journal of Family Therapy. March 2002;30(2):93-115

de marginalização desse genitor, manipulada com o intuito de transformá-lo num estranho e fazer com que a criança seja motivada a afastá-lo do seu convívio. Esse processo é praticado, dolosamente ou não, por um agente externo, um terceiro, e não está restrito ao guardião da criança. Há casos em que a Alienação Parental é promovida pelos Avós, por exemplo, sendo perfeitamente possível que qualquer pessoa, que possua relação parental com a criança ou não, a fomenta.

Diferentemente, a Síndrome de Alienação Parental diz respeito aos efeitos emocionais e às condutas comportamentais desencadeados na criança que é ou foi vítima desse processo. Grosso modo, são as seqüelas deixada pela Alienação Parental.

2. Definição do ato de alienação parental

Consoante o art. 2º do da Lei 12.318/10, considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie o genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

A criança e o adolescente são as principais vítimas e, por consequência, a fundamental preocupação do texto legal. Tanto é assim que a “*alienação parental*” dar-se-á quando houver a afetação da formação psicológica destes.

Nos termos do art. 3º da referida Lei, “*a prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.*”

Alienador é o genitor, ascendente, tutor e todo e qualquer representante da criança ou adolescente que pratique atos que caracterizem a alienação parental.

Por sua vez, alienado é o genitor afetado pela alienação parental e, porque não dizer, igualmente vítima destes atos.

3. Formas de alienação parental

O parágrafo único do art. 2º da Lei nº. 12.318/10 traz um rol de hipóteses que caracterizam a alienação parental. Com propriedade, o dispositivo esclarece que o rol de condutas elencadas é meramente exemplificativo. Logo, o caso concreto poderá revelar outras situações que serão consideradas como alienação parental *“assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros”*.

Eis, contudo, as hipóteses previstas em lei:

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

Trata-se da corriqueira hipótese decorrente de brigas entre os pais, que normalmente culminam na separação de corpos ou até mesmo no divórcio. Com a separação do casal, muitas das vezes aquele que fica com a guarda da criança ou do adolescente inicia campanha de desqualificação do antigo parceiro, transferindo para a criança as frustrações decorrentes do final do relacionamento. Normalmente se diz para a pessoa em desenvolvimento que o seu pai ou mãe foi o responsável pelo fracasso da família, e que não tem preocupação com ela ou com o seu futuro, sempre se colocando ênfase nos defeitos do outro, ou, até mesmo, imputando ao ex-companheiro ou cônjuge fatos inverídicos.

Infelizmente, não raro, o divórcio acarreta animosidades insuperáveis e os então cônjuges tornam-se inimigos ferrenhos. Deste

modo, agridem-se mutuamente das mais variadas formas, algumas vezes, inclusive, resultando em vias de fato. Pelo clima gerado, um procura agredir o outro naquilo que mais lhe atinja. E, claro, os filhos são sempre motivo de preocupação dos pais, pois embora o relacionamento do casal tenha soçobrado, os filhos constituem vínculo que os une.

Um exemplo prático ocorreu na Comarca de Ponte Alta do Tocantins, onde um adolescente de 12 anos de idade, orientado pela genitora, disse em audiência para o pai: *“você tem dinheiro para gastar com raparigas e cachaça, mas não paga a pensão alimentícia da minha mãe”*. É um evidente caso em que houve influência materna da criança a fim de denegrir o genitor perante o Poder Judiciário.

II - dificultar o exercício da autoridade parental:

Há diversas formas de dificultar o exercício da autoridade parental. É natural que com a separação judicial e/ou divórcio a guarda dos filhos seja deferida a um dos genitores. Neste caso o genitor que possui a guarda dificulta a todo custo que o outro genitor exerça parcela do poder familiar. A título de ilustração, os principais problemas enfrentados no dia a dia forense são:

- O genitor que detém a guarda não comunica ao outro genitor fatos importantes relacionados à vida dos filhos, como os concernentes à escola, médico, comemorações e conquistas, etc.
- O genitor detentor da guarda toma decisões importantes sobre a vida dos filhos, sem prévia consulta ao outro cônjuge, sendo exemplo a escolha ou mudança de escola, de pediatra, etc.

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor:

Essa forma de alienação constitui prática comum nas pequenas comarcas do interior, consistindo, basicamente, no comportamento

adotado por um dos genitores em programar eventos diversos, tais como esportivos, sociais, a fim de dificultar a visita do genitor(a) a criança. Na Comarca de Ponte Alta do Tocantins, presenciou-se um caso clássico em que a mãe levava a criança todos os domingos para o futebol com os amigos, dia este destinado à visita do pai, trabalhador rural, que se deslocava do campo até a cidade para visitar seu filho. É evidente que a criança ficará dividida entre a brincadeira com os colegas e a convivência com o pai, dificultando o contato entre eles.

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

A hipótese elencada no inciso IV pode ser materializada através do descumprimento dos horários de visita fixados judicialmente, tanto pelo genitor que tem a guarda, quanto por aquele que meramente tem o direito de visita quando demora em devolver o menor, configurando a alienação parental.

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

Esta espécie de alienação parental causa preocupação, pois é comum que pais ou mães enfurecidos com a separação realizem, de má-fé, denúncias infundadas ao Conselho Tutelar, ao Ministério Público e ao Juiz de Direito relatando casos maus-tratos, moléstias sexuais e abandono material e intelectual perpetuado pelo genitor(a) ou por um de seus familiares. É prudente ter a cautela de encaminhar a criança e adolescente aos profissionais dos CAPS (Centro de Atenção Psicossocial) existentes nos Municípios, antes de adotada qualquer medida extrajudicial e/ou judicial em desfavor de um dos genitores.

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com os avós;

Esse inciso completa a disposição do inciso III. Com efeito, evidentemente que o genitor que tenha o menor sob sua guarda possui o direito de mudar de cidade para começar vida nova em outra localidade, inclusive em outro país. E, claro, tem todo o direito de levar consigo o menor.

Porém, se essa mudança for feita de forma dolosa, com o deliberado interesse de privar o genitor da convivência dos filhos, estará caracterizada a alienação parental.

4. Declaração judicial da alienação parental

Os atos de alienação parental, haja vista a gravidade que encerram, não precisam de demonstração apriorística da sua inequívoca ocorrência. A Lei se contenta com indícios dela.

Assim, se houver indícios de atos de alienação parental, o órgão Judiciário, provocado pelo genitor ofendido, pelo Ministério Público ou mesmo de ofício, poderá determinar provisoriamente as medidas processuais previstas nesta Lei.

A decretação das sanções pode se dar mediante ação autônoma ou incidentalmente em processos que já discutam a relação dos filhos, como numa ação de guarda, regulamentação de visitas, fixação de alimentos e fundamentalmente nas ações de divórcio.

O Juízo poderá determinar perícia psicológica ou biopsicossocial, que nas comarcas do interior é realizada pelo CAPS (Centro de Atenção Psicossocial). A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigida, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental (art. 5º, § 2º).

O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor (art. 5º §3º).

Impende observar que, amparado no laudo supracitado e diagnosticada a alienação parental, o Poder Judiciário poderá tomar uma série de medidas punitivas, as quais serão analisadas a seguir.

5 Meios punitivos da Nova Lei de Alienação Parental

O Estado atrai para si a responsabilidade de exercer o monopólio da jurisdição, assumindo um compromisso social na efetivação da aplicação da lei. A qualidade da decisão é aferida não só pelo conhecimento técnico dos magistrados, mas também pela humanização da justiça e aproximação com a realidade social.

No artigo 6º, caput e incisos, a referida Lei enumera os meios punitivos de conduta de alienação:

Art. 6º:

Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Nesse diapasão procura-se abordar a problemática da eficiência na aplicação dos meios punitivos como combate à alienação parental. O supracitado artigo estabelece no *caput* que os meios de sanção serão utilizados de forma cumulativa ou não, o que quer dizer que é conferido ao juiz à possibilidade de aplicar um ou mais meios de punição, dependendo do caso, da conclusão do laudo pericial, que deverá ter sido solicitado, sem prejuízo das medidas provisórias liminarmente deferidas.

Baseado no direito fundamental de convivência da criança ou do adolescente, o Poder Judiciário não só deverá conhecer esse fenômeno como declará-lo e interferir na relação de abuso moral entre alienador e alienado. O ideal seria o acompanhamento do caso por uma equipe multidisciplinar, pois todos sabem que nas relações que envolvem afeto, a simples aplicação de uma sanção, muitas vezes não resolve o cerne da questão.

De fato, há uma urgência justificável na identificação e consequente aplicação de “sanções” punitivas ao alienador. O inciso II, do referido artigo, impõe o dever do magistrado ampliar a convivência, restaurando de imediato o convívio parental, antes que a situação seja agravada, implicando no estado de higidez mental da criança, o qual poderá ser irreversível. A ampliação da convivência deverá ser a primeira medida a ser tomada quando houver indícios de disputa pela presença do filho, até mesmo quando as visitas estão sendo dificultadas.

A multa processual, prevista no inciso III, consiste em um dispositivo onde o magistrado oferece uma dinâmica diferente ao processo, trazendo uma maior efetividade e segurança jurídica. As ações de obrigação de fazer (ou não fazer) são aquelas que, dependendo do provimento decisório são classificadas em “mandamentais” ou “executivas”, uma vez que a sentença provoca uma determinada obrigação autônoma, desde logo e no mesmo processo, a depender da utilização do artigo 461 do Código de Processo Civil.

Com origem no direito comparado Francês, a “*astreinte*” ou multa processual é um meio de constrangimento indireto e um modelo de coerção da qual deve se beneficiar o autor da demanda. É através deste mecanismo que o descumpridor da ordem judicial se intimidará porque terá o seu patrimônio afetado. Vale considerar que não foi determinado o parâmetro de fixação desta multa. Sugere-se que o valor seja significativamente alto a ponto de inibir o alienador, tendo como objetivo principal não o recebimento da multa e sim, o cumprimento da obrigação.

Fazendo uma interpretação extensiva, percebe-se que os incisos do artigo 6º da Lei nº. 12.318 são cumulativos e não excludentes, podendo o juiz utilizar vários destes dispositivos dependendo do caso em si. Neste contexto, com o intuito de inibir ou atenuar os efeitos da alienação parental, pode o magistrado aplicar, por exemplo, a advertência e a multa concomitantemente.

Outrossim, é necessário observar se o cumprimento da multa não irá acarretar uma revolta maior, ou até mesmo um motivo para uma maior beligerância com relação ao filho. Aqui a inadimplência é vista como uma alternativa pela qual pode-se incorrer em perdas menores do que o próprio cumprimento do contrato. A diferença está em que não se consideram os aspectos morais da questão, apenas a possibilidade de que se descumpra o prometido por conta do comportamento oportunista das partes. Depende do tipo de penalidade (e do custo que isto acarreta) a ruptura ou a inadimplência contratual, tanto por parte do promitente em desempenhar a sua promessa como do prometido em fazer sua parte.

O acompanhamento psicológico e ou biopsicossocial do caso poderá ser determinado quando o juiz necessitar de um laudo pericial. Tal perícia, de acordo com o § 3º do artigo 5º da nova Lei de alienação parental deverá ser finalizada em noventa dias, somente prorrogável este prazo, baseado em justificativa circunstanciada. Mais uma vez pode-se analisar essa medida como ineficiente, pelo

motivo de estar diante de um sistema judiciário carente de pessoal qualificado, bem como de aparelhamento físico. O volume de ações de guarda e afins que tramitam nas Varas de Família e da Infância e Juventude as superlotam. Ao que tudo indica, o legislador quis impor prazo no intuito de apressar uma decisão que carece de urgência, mas sem manifestar interesse em conhecer a realidade da situação.

Os meios mais severos de punições disponíveis pelo Judiciário seriam a alteração da guarda ou até mesmo a suspensão da autoridade parental. Importa salientar que a Síndrome de Alienação Parental (SPA), como consequência patológica do fenômeno da alienação, não se encontra ainda descrita no DSM-IV⁴ (Manual de Diagnóstico e Estatístico das Perturbações Mentais), o que poderá entravar o processo, podendo ser alegado pela outra parte não se constituir um caso patológico e tentar afastar a incidência das sanções.

A suspensão do poder familiar como meio de punição da alienação parental só deve ser aceita em casos extremos, e depois de verificadas todas as tentativas de conciliação do conflito. Essa suspensão já era possível em observância do artigo 1.637, *caput* e parágrafo único do Código Civil de 2002.

Assevera-se que esta medida punitiva de exceção pode trazer sequelas para toda a família, em especial para a criança ou o adolescente, principal vítima. Por conseguinte, deve ser medida extrema a ser evitada a todo custo pelo magistrado.

6. Decisões envolvendo Síndrome de Alienação Parental

No Brasil, considerando a recente edição da Lei, os julgados existentes sobre o assunto são raríssimos e, em sua grande maioria, provenientes do Rio Grande do Sul que é a grande escola sobre o tema, tendo seus Tribunais assumido total pioneirismo na proteção do exercício pleno da Parentalidade.

⁴http://www.psicologia.pt/instrumentos/dsm_cid/

Ressalta-se que as mazelas decorrentes da Síndrome da Alienação Parental não são exclusividade de conduta hostil das Mães, sendo, em muitas vezes, geradas em consequência do comportamento dos Pais.

Com a tipificação legal, este instituto do direito de família passou a fazer parte do ordenamento jurídico, possibilitando ao Poder Judiciário a utilização de instrumentos a combater e prevenir suas ocorrências:

Alguns julgados merecem ser reproduzidos:

REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL Evidenciada o elevadíssimo grau de beligerância existente entre os pais que não conseguem superar suas dificuldades sem envolver os filhos, bem como a existência de graves acusações perpetradas contra o genitor que se encontra afastado da prole há bastante tempo, revela-se mais adequada a realização das visitas em ambiente terapêutico. Tal forma de visitação também se recomenda por haver a possibilidade de se estar diante de quadro de síndrome da alienação parental. Apelo provido em parte. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70016276735, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 18/10/2006)

APELAÇÃO CÍVEL. MÃE FALECIDA. GUARDA DISPUTADA PELO PAI E AVÓS MATERNOS. SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL DESENCADEADA PELOS AVÓS. DEFERIMENTO DA GUARDA AO PAI. 1. Não merece reparos a sentença que, após o falecimento da mãe, deferiu a guarda da criança ao pai, que demonstra reunir todas as condições necessárias para proporcionar a filha um ambiente familiar com amor e limites, necessários ao seu saudável crescimento. 2. A tentativa de invalidar a figura paterna, geradora da síndrome de alienação parental, só milita em desfavor da criança e pode ensejar, caso persista, suspensão das visitas aos avós, a ser postulada em processo próprio. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70017390972, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/06/2007)

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ABUSO SEXUAL. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL Estando as visitas

do genitor à filha sendo realizadas junto a serviço especializado, não há justificativa para que se proceda a destituição do poder familiar. A denúncia de abuso sexual levada a efeito pela genitora, não está evidenciada, havendo a possibilidade de se estar frente à hipótese da chamada síndrome da alienação parental. Negado provimento. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravado de Instrumento Nº 70015224140, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 12/07/2006)

7. Natureza jurídica da alienação parental: crime ou infração administrativa

Traz-se à baila a lição do eminente colega do Ministério Público do Rio Grande do Sul – Procurador de Justiça Antônio César Lima da Fonseca⁵ que fez muito bem esta explicação, em brilhante artigo científico, publicado no endereço eletrônico do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Permissa vênua, transcrevem-se integralmente as suas ponderações:

Ocorre que a Lei nº 12.318/10, como consta na sua ementa, dispõe sobre a alienação parental e “altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990”. Como é sabido, o art. 236, ECA, está descrito como crime contra a criança e o adolescente.

Todavia, à vista da norma legal, nenhum dispositivo na recente Lei nº 12.318/10 modifica ou suprime o tipo penal do art. 236, do ECA. O vazio no corpo legislativo se justifica, pois o art. 10 da Lei nº 12.318/10 acrescia um parágrafo único ao art. 236, ECA, mas teve seu texto vetado por ocasião da sanção presidencial, por meio da Mensagem nº 513, de 26 de agosto de 2010.

Dessa forma, o que não se justifica é ter constado na ementa da Lei nº 12.318/10, que ela “altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990”.

Por outro lado, a Lei nº 12.318/10 possibilita ao juiz “estipular multa ao alienador” (art. 6º, III, ECA), não referindo nenhum valor à multa, não referindo a hipótese de sua incidência, nem mesmo referindo a quem reverterá o valor dessa multa ou quem irá executá-la.

No caso, parece-nos que estamos diante de uma multa judicial

⁵ http://www.mp.rs.gov.br/areas/infancia/arquivos/artigo_alinacao_parental.doc

(civil), tal como aquela prevista para as obrigações constantes ou impostas em ação civil pública, diversa daquela multa prevista para as infrações administrativas do ECA (multa administrativa).

Assim sendo, à primeira vista, dita multa deverá ser imposta ao “alienador”, nos casos provados de alienação parental e reverterá ao genitor prejudicado pela atividade do alienador, que é quem terá o direito de execução. Isso, certamente, servirá de “incentivo” ou “advertência” aos pais ou responsável legal, para que não pratiquem atos de hostilidade, um com o outro, servindo-se de crianças e adolescentes como “massa de manobra”, como dizia o Des. Stangler Pereira.

A multa civil da alienação parental, em face da omissão legal, poderá ser fixada em salário (s) mínimo (s), desde que atenda à situação econômica das partes, assim como poderá até ser dispensada, ou não aplicada pelo juiz, dependendo do caso concreto.

Em suma: a) a alienação parental não é crime, embora o legislador tenha tentado torná-la; b) a alienação parental é uma infração administrativa (art. 249, ECA), em face do descumprimento de dever inerente ao poder familiar; c) a multa aplicada pelo juiz ao alienador, prevista no inc. III, art. 6º, Lei nº 12.318/2010, é uma sanção civil de cunho judicial, que pode ser cumulada à sanção administrativa do ECA, esta aferida em outro processo; d) a multa pela alienação é de obrigação do alienador ao genitor prejudicado pela alienação parental, sendo que a multa pela infração administrativa reverterá ao Fundo Municipal de Crianças e Adolescentes.

O Procurador de Justiça deixou claro que com o veto presidencial ao parágrafo único do artigo 10 da Lei 12.318/2010, não houve alteração alguma no artigo 236 da Lei n.º 8.069/90 (ECA), uma vez que o caráter penal foi extirpado do normativo legal em decorrência da manobra da Casa Civil, restando apenas a multa de caráter civil, que caracteriza apenas uma infração administrativa nos termos já explicitados na Lei Federal n.º 8.069/90 (ECA).

8. Alteração de guarda e foro competente

Por oportuno, o artigo 7º da mencionada Lei traz a seguinte lição, in verbis:

Art. 7º. A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.

Na Lei Federal n.º 11.698/2008 (Lei da Guarda Compartilhada) que alterou o artigo 1.584 do Código Civil, há o comando de que quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. A informação de que a guarda compartilhada será aplicada sempre que possível, numa interpretação extensiva do inciso II deste artigo, permite, em tese, que o juiz determine esta modalidade, independentemente do pedido das partes. A Lei da Alienação Parental alcança a discussão promovida com o advento da Lei da Guarda Compartilhada e reafirma que esta deve ser a regra, sendo a exceção a Guarda Unilateral.

Por conseguinte o artigo 8º da Lei de Alienação Parental define o foro competente, nos seguintes termos:

Art. 8º. A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial.

Defende-se, juntamente com diversos operadores do direito, a tese de que este artigo da Lei de Alienação Parental contraria toda a estrutura processual sobre o foro competente ser o do menor, conforme o artigo 147 do ECA⁶ (Lei 8.069, de 13 de Julho de 1990) e inclusive com recente súmula do STJ neste sentido⁷.

⁶ Art. 147. A competência será determinada: I - pelo domicílio dos pais ou responsável; II - pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável.

⁷ Súmula 383 (STJ): A competência para processar e julgar ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua

guarda.

Para verificar a autenticidade, acesse o site do MPE/TO e use a chave: 28cee818 - ad01a6fb - 6897fc7c - eaf786d2

Em ações que tenham por objeto a disputa de guarda de menores, preceitua o mencionado artigo ser competente o juízo do domicílio daquele que regularmente exerce a guarda do menor. A definição legal deste Juízo como sendo o competente segue o princípio norteador do sistema protecionista do menor, qual seja, o da preservação do seu melhor interesse, com claro objetivo de facilitar sua defesa em Juízo. Bem de ver, assim, que referida lei, sendo de ordem pública, encerra definição de competência absoluta, a qual não comporta prorrogação e deve ser declarada de ofício.

No entanto, a “alteração de domicílio”, a que se refere o dispositivo da nova lei, é certamente a decorrente da prática de ato de alienação parental, quando já proposta ação, visando dificultar a pretensão do genitor alienado em juízo. O mencionado artigo deve ser interpretado de forma sistemática com o inciso VI do artigo 6º, desta lei, devendo o juiz “VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente”.

9. Conclusão

Trata-se de Lei cujas regras já estavam absorvidas pela jurisprudência e pela doutrina, razão pela qual se revela verdadeira adequação normativa. Não obstante, após esses breves comentários acerca do dispositivo legal, Passa-se a tecer alguns questionamentos no dia a dia forense de todos os operadores do direito que militam com as questões familiares: Será que o simples exame dos autos e rápidas audiências serão suficientes para detectar que um menor está sendo programado para, injustificadamente, rejeitar seu genitor? Será que uma prestação jurisdicional célere, mas na qual não se observam o melhor interesse do menor, protegendo sua formação e personalidade e os direitos do genitor alienado e os dos idosos privados da convivência com o menor é uma medida eficaz e justa?

Entendo que necessária e incessante deverá ser a busca por novas formas de enfrentamento de situações como a da Alienação Parental. A punição deverá ser o último recurso, ainda que muitas das vezes a única alternativa, pois se acredita que o alienante é um ser patológico.

Neste contexto, não é prolixo lembrar que em se tratando de relações familiares, os operadores do direito devem se preocupar acima do texto legal com uma simples expressão que consolida e estrutura todas as famílias, ou seja, o afeto.

Pensar o afeto é vivenciá-lo. Pensar o desenvolvimento afetivo dos seres em estágio formativo é ser para com eles afetuosos.

É cediço que as transformações, os questionamentos, as direções por que passam a sociedade obrigam os profissionais, instituições e grupos sociais a pesquisar, discutir, orientar-se e atualizar-se quanto aos aspectos sociais, jurídicos, psicológicos e institucionais dessas mudanças. Os ordenamentos jurídicos devem refletir a realidade social, e com isso, corresponder o melhor possível às necessidades e demandas que essa sociedade impõe.

O enorme desafio dos operadores do direito e órgãos auxiliares consiste em efetivar a inovação legislativa da alienação parental, sob pena de se tornar mais um arcabouço jurídico existente e esquecido. O nosso maior desafio será a formação de novas gerações de crianças/adolescentes saudáveis, compreensivos, tolerantes, íntegros, com vínculos afetivos e sociais fortalecidos!

Referências

- BRASIL, República Federativa do Brasil. **Constituição Federal de 1988**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006;
- BRASIL. **Projeto de Lei Nº 020/2010**, Senado Federal;
- BRASIL. Lei 8.609/90, **Estatuto da criança e adolescente**. São Paulo: Cortez, 1990. 181p;
- DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?** . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1119, 25 jul. 2006. Disponível em: . Acesso em: 25 de setembro de 2011;
- GARDNER, Richard A. “**O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?**” <http://www.mediacaoparental.org/page22.php>;
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Síndrome da Alienação Parental**; IBDFAM. 10/03/2010. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=589>;
- RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Da imposição de multa pessoal ao gestor pela ação ou omissão do poder público na garantia do direito da criança e do adolescente

Sidney Fiori Junior¹

RESUMO

Malgrado o transcurso de mais de 20 anos de vigência da Lei Federal 8.069/90, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, muitos gestores ainda não atentaram para a doutrina da proteção integral, que, dentre seus aspectos mais importantes, destaca a necessária priorização dos investimentos públicos e canalização do orçamento na defesa e promoção dos direitos infanto-juvenis.

Todos os anos, a difícil missão do Ministério Público, do Conselho Tutelar, do Conselho Municipal dos Direitos da criança e do adolescente – CMDCA - e de toda a sociedade continua a mesma, tentando induzir o gestor a alocar nas leis orçamentárias (PPA/LDO/LOA) as políticas públicas destinadas às crianças e adolescentes, *ex vi* do art. 227 da Constituição Federal e art. 4º da Lei 8.069/90.

As mais variadas abordagens são feitas na tentativa de convencer os gestores quanto à necessidade de estruturação da rede de atendimento aos jovens. São feitas reuniões, palestras, encontros, moções, cartas de intenção são enviadas pelo CONANDA, pela ABMP e demais entidades ligadas ao estudo, promoção e defesa dos direitos das crianças e adolescentes, sempre visando lembrar aos políticos o compromisso constitucional da destinação privilegiada de recursos.

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Tocantins desde 2004, atuando como titular na 9ª Promotoria da Infância e Juventude da Comarca de Araguaína/TO desde 2006. Pós-graduado em processo civil pela Unisul/LFG. Associado da ABMP.

No entanto, malgrado todas estas abordagens, o que se vê na rotina de uma Promotoria de Justiça Especializada é o desrespeito e descaso dos gestores com os jovens, talvez por não serem eleitores e ainda não terem formado um juízo crítico de valor acerca do descompromisso anual com seus direitos por parte dos governantes.

Em razão dessa letargia estatal, muitas demandas cominando obrigações de fazer são ajuizadas diariamente, justamente para suplantar a omissão destes gestores e aqui se encontra o ponto sensível deste artigo, qual seja, a possibilidade de o juiz impor multa diária contra a pessoa física do gestor e não contra o Estado *lato sensu*, em caso de descumprimento de ordem judicial.

Outrossim, no mais das vezes, o descumprimento de princípios atrelados à defesa da dignidade da pessoa humana e calcados na doutrina da proteção integral pode redundar, inclusive, em responsabilidade pessoal (do gestor omissor) pela prática de ato de improbidade administrativa e/ou outro tipo de ação de responsabilidade pessoal.

1. Introdução

Pretendemos, neste estudo, avaliar quais são os fundamentos jurídicos, legais, doutrinários e jurisprudenciais que autorizam a responsabilização pessoal do gestor pela ação ou omissão que prejudique os direitos delineados no ordenamento jurídico a este público tão carente de políticas públicas, que são as crianças e adolescentes.

Regra geral, o Ministério Público, pós Constituição Federal de 1988, assumiu sua feição extrajudicial na defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e lança mão de expedientes próprios, tais como o inquérito civil e o termo de ajuste de conduta, para resolução (não-demandista) das lides, independentemente de acesso ao Poder Judiciário.

Quando se esgotam as tentativas extrajudiciais de obtenção da obrigação de fazer ou não-fazer é que as ações civis públicas, as cautelares, enfim, as ferramentas processuais são utilizadas para demandar contra o Poder Público.

Interessante observar que o devedor da obrigação estatal é o ente público e o título deste artigo diz respeito à responsabilidade do gestor pela inércia do Poder Público.

Esta responsabilidade pessoal do gestor é a interpretação mais justa e coerente que se pode fazer do ordenamento, pois não se afigura razoável que o ente público seja punido pela inércia do agente que o representa.

Ora, o impulso para a alocação das rubricas nas leis orçamentárias, a realização de uma licitação para a contratação de um serviço, enfim, a consumação de um ato administrativo depende da vontade do agente público responsável pela ordenação das despesas, pois a administração pública é gerida por pessoas, as quais representam a vontade momentânea do Poder Público. A teoria do órgão, tão bem delineada na doutrina de Hely Lopes Meirelles, revela exatamente estes aspectos orgânicos entre autoridade pública e administração, que se confundem numa vontade só.

Entretanto, segundo a doutrina mencionada, a pessoa jurídica de direito público é quem responde objetivamente (art. 37, §6º, CR/88) pela ação ou omissão de seus agentes, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Não podemos concordar com a submissão do poder público a mais uma punição, ou seja, não parece justo/coerente que o Estado seja responsabilizado judicialmente pela omissão de uma pessoa física descomprometida com a causa infanto-juvenil. Primeiro, o ente público foi punido por não ter um gestor eficiente no trato das necessidades coletivas das crianças e adolescentes, figurando como réu (a pessoa jurídica) em ação cominatória de obrigação de fazer e, depois, ainda, será novamente punido na fase de cumprimento de sentença, tendo que pagar quantia certa pela soma das multas?

Infelizmente, a grande maioria das decisões judiciais ainda impõe as astreintes contra o Poder Público. São muitas diárias altíssimas cominadas em desfavor dos recursos públicos, sem a devida previsão orçamentária. Estas despesas causadas com o pagamento das astreintes não possuem lastro no orçamento, pois nenhum gestor se prepara para o pagamento deste tipo de despesa, causando certo desajuste nas contas públicas, em desacordo com o disposto no art. 167 da CR/88.

Portanto, o mesmo orçamento que vem sendo discutido e debatido pelos Conselhos de Direitos, com assessoramento do Conselho Tutelar (art. 136, XI, ECA), na vã tentativa de incrementar

receitas para as mais variadas necessidades das crianças e adolescentes, de repente, é dilapidado por uma decisão judicial cheia de boas intenções.

Ademais, na esteira do princípio da eficiência, que norteia toda a administração pública, a coerção indireta representada pela multa diária não tem cumprido sua finalidade quando direcionada contra os cofres públicos, pois o mau gestor pouco se importa com o erário, e, portanto, não se sente pressionado se este sofrerá prejuízo para pagamento de multas diárias pelo descumprimento de ordem judicial, embora seja possível, em tese, ação de regresso e/ou ação por ato de improbidade administrativa.

Como é cediço, tantas são as necessidades das crianças e adolescentes em relação a políticas públicas eficientes, seja no contexto da socioeducação, seja na garantia de direitos, ou na oferta de políticas de saúde, educação, assistência social, lazer, esporte, e todas elas prioritárias, que devemos ter cautelas redobradas para não prejudicar a execução orçamentária.

Portanto, no presente trabalho, as atenções serão concentradas na busca da reflexão e sensibilização dos Promotores de Justiça, dos Juízes de Direito e dos Tribunais acerca da necessidade da quebra do paradigma, alçando-se voos mais direcionados quanto à interpretação da Lei, a qual sempre deve visar a redução das desigualdades e a promoção do bem estar de todos.

2. Da multa diária aplicada contra o gestor

Astreinte, segundo a enciclopédia livre da *internet* “Wikipédia”², “do latim *astringere*, de *ad* e *stringere*, significa apertar, compelir, pressionar. Originária do Direito Francês *astreinte* e da vernácula *estringente*. *Astreinte* é a multa diária imposta por condenação judicial. As *astreintes* no direito brasileiro

² Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Astreinte>. Acesso em 10/03/2011.

eram cabíveis apenas na obrigação de fazer e na obrigação de não fazer. Contudo, com o advento da lei 10.444 de 2002, que alterou a redação do art. 287 do Código de Processo Civil, passaram a ser admitidas também na obrigação de entrega de coisa. A finalidade da medida é constranger o vencido a cumprir a sentença ou decisão interlocutória de antecipação de tutela e evitar o retardamento em seu cumprimento. Quanto mais tempo o devedor demorar a saldar o débito, mais pagará. Temos de atentar, pois as astreintes não se confundem com as perdas e danos porque estas têm valor fixo e exato, proporcional à obrigação inadimplida e a astreinte não tem limite. Só cessa quando cumprida a obrigação. O Código de Processo Civil Brasileiro acatou a construção jurisprudencial francesa nos artigos 461, 644 e 645.

A fixação de multa diária é apenas uma dentre outras ferramentas colocadas à disposição das partes e do juiz para viabilizar a efetividade das decisões judiciais.

Para Guerra (2003, p. 66), “aos poucos, o princípio da tipicidade dos meios executivos foi cedendo espaço ao chamado *princípio da concentração dos poderes de execução do juiz*”. Trata-se do poder geral de efetivação do juiz, na busca de dar ao jurisdicionado a *tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente* (art. 461, §5º, do Código de Processo Civil). Existe neste dispositivo uma cláusula geral de efetivação, com um rol exemplificativo de medidas a serem tomadas pelo juiz à luz do caso concreto.

Conforme leciona Fredie Didier Jr. (2007, p. 340), “vem se falando, modernamente, na existência de um direito fundamental à tutela executiva, que consiste na exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito mercedor de tutela executiva”.

Leonardo José Carneiro da Cunha preconiza que para conferir efetividade ao comando judicial, cabe, portanto, a fixação de multa,

com esteio no § 4º do art. 461 do CPC, a ser exigida *do agente público responsável*, além de se exigir da própria pessoa jurídica de direito público. Justifica seu posicionamento aduzindo que é “*possível admitir a fixação da multa ao agente público, fazendo prevalecer o princípio da efetividade, erigido a uma garantia constitucional*”. (CUNHA, 2004, p.104).

A seu turno, Marcelo Lima Guerra sugere, para contornar a ausência de pressão psicológica exercida pela multa sobre pessoa jurídica de direito público – e, mais especificamente, sobre o servidor responsável pelo cumprimento da decisão judicial –, “*a aplicação da multa diária contra o próprio agente administrativo responsável pelo cumprimento da obrigação a ser satisfeita in executivis*”. Remata de maneira bastante precisa: “*Como já se procurou demonstrar, em outra oportunidade, as medidas coercitivas, entre elas a multa diária, devidamente compreendidas como instrumentos de concretização do direito fundamental ao processo efetivo, não podem deixar de ser utilizadas, em determinada situação em que se revelem necessárias, apenas por não ter sido prevista sua aplicação em tal hipótese, por norma infraconstitucional. Nisso se manifesta, entre outras coisas, a chamada aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, os quais se concretizam independentemente de lei, e até contra legem, devendo-se observar, todavia, que a concretização de um direito fundamental deve respeitar os limites impostos por outros direitos fundamentais. Daí que, revelando-se necessária a aplicação de multa diária, o juiz pode utilizá-la mesmo em situações não previstas em lei, mas não pode ignorar outros direitos fundamentais em jogo*” (op cit, p. 77-78).

Não é diferente o entendimento de Eduardo Talamini, segundo o qual “*cabe ainda considerar a possibilidade de a multa ser cominada diretamente contra a pessoa do agente público, e não contra o ente público que ele ‘presenta’ - a fim de a medida funcionar mais eficientemente como instrumento de pressão psicológica*”.

(TALAMINI, 2003, p.247).

Por derradeiro, com o habitual brilhantismo, Cândido Rangel Dinamarco também abona esse posicionamento. O ilustre processualista aborda a questão da efetividade da tutela jurisdicional no que tange ao mandado de segurança e faz considerações que podem ser aplicadas *mutatis mutandis* no estudo vertente, principalmente por se focar no elastério subjetivo das astreintes, como se observa: *“O poder das astreintes é grande porque incomoda o patrimônio do obrigado, onerando-o dia a dia de modo crescente. É autêntico meio de pressão psicológica ou de ‘execução imprópria’, como se diz em doutrina (v., por todos, CHIOVENDA, CARNELUTTI E LIEBMAN). Fala BARBOSA MOREIRA em sucedâneo da execução. A eficiência das multas diárias, que constituem criação pretoriana francesa do mais absoluto sucesso, levou o legislador brasileiro a consagrá-las em normas expressas, o que fez editar os arts. 644-645 do Código de Processo Civil (agora renovados para maior agilidade) e, bem recentemente, ao inseri-las entre as medidas a serem aplicadas já no processo de conhecimento. O § 4º do art. 461, que as contempla, tem a força de autorizar pressões psicológicas sem a necessidade de instaurar processo executivo, de modo que o próprio juiz emissor de um mandamento possa cuidar de dar efetividade ao mandamento que emitiu. A multa deverá ter valor significativo (percentual sobre o valor devido), sob pena de não exercer sobre os espíritos dos recalcitrantes a desejada motivação a obedecer. É prudente que se conceda aos destinatários dessa sanção um prazo razoável para cumprir, incidindo a multa a partir do dia seguinte ao do escoamento do prazo (Parecer “Execução de Liminar em Mandado de Segurança - Desobediência - Meios de Efetivação da Liminar”. Revista de Direito Administrativo, n. 200, p. 321, junho de 1995).*

O acórdão abaixo transcrito demonstra que o Tribunal da Cidadania (STJ) já vem aplicando a multa diária contra o gestor,

mesmo quando não figura no pólo passivo. Vejamos:

Superior Tribunal de Justiça RECURSO ESPECIAL No 1.111.562 - RN (2008/0278884-5) RELATOR RECORRENTE PROCURADOR RECORRIDO : MINISTRO CASTRO MEIRA: ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE: RICARDO GEORGE FURTADO DE MENDONÇA E MENEZES E OUTRO(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER. ASTREINTES. VALOR. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. FIXAÇÃO CONTRA AGENTE PÚBLICO. VIABILIDADE. ART. 11 DA LEI No 7.347/85.

1. O pedido de minoração da quantia arbitrada a título de astreintes não ultrapassa a barreira do conhecimento, uma vez que o valor confirmado pela Corte de origem - R\$ 5.000 (cinco mil reais) por dia - não se mostra manifestamente desarrazoado e exorbitante. Por conseguinte, sua modificação dependeria de profunda incursão na seara fático-probatória. Incidência da Súmula 07/STJ. 2. A cominação de astreintes prevista no art. 11 da Lei no 7.347/85 pode ser direcionada não apenas ao ente estatal, mas também pessoalmente às autoridades ou aos agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais. 3. Recurso especial conhecido em parte e não provido (nossos grifos).

Esse julgamento é emblemático acerca da possibilidade do gestor responder pela omissão do Poder Público, mesmo sem ter participado da dialética processual no pólo passivo. Aliás, se acaso os Tribunais passarem a exigir citação e intimação pessoal dos gestores para que eles possam ser acionados e responsabilizados pelo pagamento das astreintes, isso seria um desserviço para os jurisdicionados, diante da constante dificuldade dos oficiais de justiça para cumprir mandados quando se trata de alguns políticos.

Veja que partimos do pressuposto de que o gestor acaba tomando conhecimento pessoal das demandas potencialmente atentatórias ao seu próprio patrimônio, diferentemente das astreintes direcionadas contra os cofres públicos, que as Procuradorias se limitam a exercer a defesa técnica-processual. Em outras palavras, a pressão psicológica exercida por uma multa pessoal (,) acaba tendo o efeito de mantê-lo alerta e mais “sensível” ao acatamento da ordem judicial.

Agora, se mesmo ciente de sua obrigação, ele vier a descumprir a ordem, essa omissão e rebeldia da pessoa física não pode repercutir negativamente nos cofres públicos. Se fosse assim, além de o gestor descumprir a Lei e prejudicar a população que se vê desprovida de um bem público ou de uma política pública, ainda prejudica o erário, que acaba dilapidado para pagar a multa diária gestada pela conduta pessoal do mau gestor.

Ademais, não deve o próprio Poder Judiciário incentivar o aumento das demandas judiciais, ou seja, estando ciente que a multa diária direcionada contra o ente público pode redundar noutra ação de regresso ou numa ação por ato de improbidade administrativa, cabe ao juiz evitar esse tipo de decisão e impor a multa contra a pessoa física, de modo a resguardar os cofres públicos.

3. As astreintes no direito da criança e do adolescente

No âmbito da doutrina da proteção integral, calha registrar que o art. 70 da Lei 8.069/90 dispõe: “*É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente*”.

O art. 73, do mesmo codex, assim reza: “*A inobservância das normas de prevenção importará em **responsabilidade da pessoa física** ou jurídica, nos termos desta lei*”.

Com efeito, a matéria deve ser analisada à luz das *normas e*

princípios instituídos pelo ordenamento jurídico brasileiro, com respaldo na normativa internacional, no sentido da *proteção integral infanto-juvenil*, que não podem deixar de ser considerados quando da interpretação do alcance dos procedimentos judiciais.

Destaque-se, desde logo, a densidade normativa do art. 216 da Lei Federal 8.069/90:

Art. 216. “*Transitada em julgado a sentença que impuser condenação ao poder público, o juiz determinará a remessa de peças à autoridade competente, para apuração da responsabilidade civil e administrativa do agente a que se atribua a ação ou omissão*”.

O Direito da Criança e do Adolescente se move no sentido da proteção ampla e integral dos jovens, em especial daqueles privados de liberdade.

Se os artigos acima citados determinam que transitada em julgado a sentença que impuser condenação ao poder público, o juiz determinará a remessa de peças à autoridade competente, para apuração da *responsabilidade civil e administrativa do agente* a que se atribua a ação ou omissão, bem como se a Lei fala que a inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica, nos termos desta lei, resta pacífico que a ideia do legislador foi punir severamente aqueles maus gestores, que se omitem na defesa e proteção deste público já tão fragilizado.

Desnecessário dizer que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente vem em resposta ao disposto no art. 227, da Constituição Federal, que como resultado de um processo histórico de evolução do Direito, no plano nacional e internacional, não apenas coloca crianças e adolescentes na condição de *sujeitos de direitos*, mas também, textualmente, impõe à família, à sociedade e ao Estado (*lato sensu*) o *dever* de assegurar-lhes, com a mais *absoluta prioridade*, os mais elementares direitos inerentes à pessoa humana, dentre os quais se encontram os *direitos ao respeito e à dignidade*, sendo

dever de todos colocá-los à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Mais do que normas constitucionais expressas, as disposições do art. 227, da Constituição Federal e arts. 1º, 6º e 100, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.069/90, constituem verdadeiros *princípios* a serem respeitados também quando da interpretação de *todas* as normas estatutárias, inclusive as de natureza penal, aos quais se somam outros princípios fundamentais, de ordem universal e também presentes em nossa Lei Maior, como é o caso dos princípios da *cidadania plena* e, acima de tudo, da *dignidade da pessoa humana*, insculpidos já no art. 1º da citada Carta Magna.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, além de reafirmar, em seu art. 4º, que dentre os direitos fundamentais a serem assegurados a *todas* as crianças e adolescentes pela família, comunidade, sociedade em geral e Poder Público, se encontram os direitos *ao respeito* e *à dignidade*, ainda dispõe, em seu art. 17, que “*direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente*” e, de forma textual, o art. 18, do mesmo Diploma Legal, assevera ser “*dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor*”.

A estas normas soma-se outra, também decorrente do disposto no art. 227, da Constituição Federal e do princípio da dignidade da pessoa humana, segundo a qual “*nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais*” (cf. art. 5º, da Lei nº 8.069/90).

As disposições legais e constitucionais relativas à proteção à criança e ao adolescente, por sua vez, reconhecem que esta categoria de cidadãos se encontra em *condição de vulnerabilidade* frente às ameaças e violações de seus direitos fundamentais, promovidas,

em geral, pelos adultos, sendo expresso o art. 98 do Estatuto ao *determinar* a intervenção protetiva estatal, em suas mais diversas formas, quando os direitos assegurados à criança e ao adolescente estiverem sendo ameaçados ou tiverem sido já violados tanto por *ação ou omissão da sociedade ou do Estado quanto em razão de sua própria conduta*, partindo do princípio elementar de que, em razão de seu caráter *indisponível* e de *ordem pública*, os direitos infanto-juvenis, em especial aqueles decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, *transcendem o indivíduo*, sendo sua salvaguarda de interesse de toda sociedade.

Ora, parece claro que a interpretação que deve ser feita dos artigos 73 e 216 do Estatuto da Criança e do Adolescente é aquela que melhor proporcione a implementação e concretização dos direitos e garantias preconizados no ordenamento jurídico.

Se é assim, e se a interpretação deve dar respaldo ao juiz para que ele pressione o gestor a cumprir a ordem judicial, destinando políticas públicas aos jovens, nada melhor e mais eficiente do que direcionar a multa diária contra a pessoa física, esta sim, responsável pelas ações e omissões do ente estatal.

Somem-se a estes dispositivos estatutários os artigos 14, inciso V, e artigo 461, §4º e 5º, ambos do Código de Processo Civil e têm-se a plena convicção acerca da possibilidade de se impor tais multas contra a pessoa física.

Convém salientar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem se firmando no sentido de possibilitar ao Poder Judiciário o controle das omissões estatais, máxime quando se trata de desrespeito e de comprometimento do núcleo básico que qualifica o “mínimo existencial” da pessoa humana, ou seja, não há que se falar em indevida ingerência do Poder Judiciário nos atos administrativos discricionários do Poder Executivo sempre que a

omissão se qualificar como inconstitucional³.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça⁴.

³ Nesse sentido: STF: EMENTA: crianças e adolescentes vítimas de abuso e/ou exploração sexual. Dever de proteção integral à infância e à juventude. Obrigação constitucional que se impõe ao poder público. Programa sentinela–projeto acorde. Inexecução, pelo município de Florianópolis/sc, de referido programa de ação social cujo adimplemento traduz exigência de ordem constitucional. Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao município. Desrespeito à constituição provocado por inércia estatal (rtj 183/818-819). Comportamento que transgride a autoridade da lei fundamental (rtj 185/794-796). Impossibilidade de invocação, pelo poder público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (rtj 200/191- -197). Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas. Plena legitimidade jurídica do controle das omissões estatais pelo poder judiciário. A colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e re 482.611 / Sc 2 tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito. Precedentes do supremo tribunal federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na constituição da república (rtj 174/687 – rtj 175/1212-1213 – rtj 199/1219- -1220). Recurso extraordinário do ministério público estadual conhecido e provido. Recurso extraordinário 482.611 Santa Catarina relator : min. Celso de mello recte.(S) : ministério público do estado de santa catarina recdo.(A/s) : município de Florianópolis adv.(A/s) : maria lúcia rogerio locks e outro(a/s)

⁴ Processo RESP 493811 / SP ; RECURSO ESPECIAL 2002/0169619-5 Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 11/11/2003 Data da Publicação/Fonte DJ 15.03.2004 p.00236

Ementa ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido.

Acórdão - Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal

Registre-se, ainda, que na Suspensão de Liminar nº 235 do STF, cujo Relator foi o então Min. PRESIDENTE, GILMAR MENDES, julgado em 08/07/2008, publicado em DJe-143 DIVULG 01/08/2008 PUBLIC 04/08/2008), aquele sodalício resolveu manter a multa diária fixada contra o Governador do Tocantins em caso de manter adolescentes em local diverso que o centro de internação, que deve(ria) ser construído no prazo fixado na decisão judicial.

4. Conclusão

Temos visto e sentido, no exercício da missão ministerial, muitas dificuldades no tocante ao acatamento, pelos gestores, das ordens judiciais.

Ora, a CR/88 é taxativa em seu art. 2º que “*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”.

Pode-se afirmar que o constituinte originário, quando fixou esta premissa, indiretamente outorgou procuração ao legislador ordinário para que mecanismos e regras fossem implementadas, no sentido de preservar o pacto institucional entre os poderes.

Ademais, a própria Constituição Federal criou mecanismo próprio para tutelar essa harmonia entre os poderes, ao dispor em seu art. 34, inciso IV que “*A União não intervirá nos Estados nem do Distrito Federal, exceto para (...) garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da federação*”.

Outrossim, em posse dessa procuração outorgada pela Constituição, o legislador infraconstitucional criou outras possibilidades para se punir o agente recalitrante, que descumpre ordem judicial, seja na esfera cível, administrativa e penal.

de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Castro Meira votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Na esfera cível, o agente omissivo quanto ao acatamento do comando judicial, que lhe impingiu a ordem de implantar uma política pública em defesa do público infante-juvenil, além de sofrer ações de indenização (p. ex. §2º do art. 54, do ECA), deve ser instado a pagar a multa diária pelo descumprimento da obrigação de fazer.

Pode, ainda, sofrer ações pela prática de ato de improbidade administrativa, calcado no art. 11 da Lei 8.429/92, provado o dolo do agente.

No âmbito administrativo, pode se submeter a processos administrativos tendentes a lhe subtrair o cargo, tais como CPI's, sindicâncias, entre outros.

Na esfera penal, além do crime de desobediência, previsto no Código Penal, também existem tipos penais em leis especiais, como a Lei 1.079/50, que comina crimes de responsabilidade ao Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores e outras autoridades ao *“opor-se diretamente e por fatos ao livre exercício do Poder Judiciário, ou obstar, por meios violentos, ao efeito de seus atos, mandados ou sentenças”* (art. 6º, (5)). O art. 12 desta mesma Lei disciplina outros tipos penais que valem a pena conferir⁵.

Portanto, pelas breves observações que foram tecidas, percebe-se a importância de que toda decisão emanada pelo Poder Judiciário seja acatada e cumprida pelo jurisdicionado, e revestida pela cláusula geral de efetivação, com um rol exemplificativo de medidas a serem tomadas pelo juiz à luz do caso concreto, dando-lhe meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela.

⁵ Art. 12. São crimes contra o cumprimento das decisões judiciais: 1 - impedir, por qualquer meio, o efeito dos atos, mandados ou decisões do Poder Judiciário; 2 - Recusar o cumprimento das decisões do Poder Judiciário no que depender do exercício das funções do Poder Executivo; 3 - deixar de atender a requisição de intervenção federal do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior Eleitoral; 4 - Impedir ou frustrar pagamento determinado por sentença judiciária.

Veja que o legislador infraconstitucional recebeu implicitamente o mandato constitucional de criminalizar a conduta de quem descumpra ordem judicial (art. 330, CPB) e, se é assim, ciente de que o *status libertatis* deve ser encarado com muito mais cautela, com muito mais razão decorre a possibilidade de se punir o agente, na esfera cível, quando descumpra uma ordem judicial.

A interpretação sempre deve ser feita na vertical, à luz da Constituição e não o contrário. Dessa forma, se os poderes devem ser harmônicos e se é devido ao Poder Judiciário controlar as omissões estatais, nada mais correto do que impor certas ações ao ente público inerte.

Acontece que o ente público é comandado por alguém, cheio de vaidades e ambições, fruto de todo ser humano. Essa pessoa física não pode simplesmente descumprir uma ordem judicial e comprometer os cofres públicos com o pagamento de astreintes (além de colocar o ente estatal em rota de colisão com o Poder Judiciário).

Para contornar esse problema, temos visto alguns precedentes jurisdicionais, no sentido de bloquear verbas do orçamento destinadas a fins não prioritários, tais como as verbas destinadas à publicidade institucional.

Entretanto, em que pese à boa intenção e à lucidez dessa alternativa, na prática, não parece ser muito vantajosa, à medida que o Poder Judiciário não ordenará despesas com aquele saldo aprisionado, de modo que a tutela específica permanece sem solução adequada.

Ante tais dificuldades operacionais e, calcado no princípio da eficiência, de alçada constitucional, a fixação das astreintes contra a pessoa do gestor representa imensas vantagens para a obtenção da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente.

Sendo certo que o direito da criança e do adolescente compõe o microcosmo da tutela coletiva e que a Lei 8.069/90 é taxativa, em seus artigos 54, §2º, 73 e 216, quanto à possibilidade de se impor

responsabilidade pessoal contra o agente responsável pela ação ou omissão do ente estatal, é mister que os operadores do direito se atentem para esta possibilidade, evitando-se o duplo prejuízo aos jurisdicionados, que primeiro não recebem a tutela específica e, depois, ainda veêm o ente estatal sendo punido com a imposição de multas diárias.

Referências

- DIGIÁCOMO, Murillo José. **Internação provisória não é prisão**. Disponível em http://www.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_doutrina_ato_infracional_1.html. Acesso em 07 de julho de 2011.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Manual do Estatuto da Criança e do Adolescente. teoria e prática**. São Paulo: Premier Máxima, 2005.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Algumas Questões sobre as Astreintes (Multa Cominatória)**. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n. 15, p. 104, junho de 2004.
- CURY, Munir, SILVA, Antônio Fernando do Amaral, MENDEZ, Emílio García. (coords). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CURY, Garrido e Marçura. **Estatuto da criança e do adolescente Anotado**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Parecer “Execução de Liminar em Mandado de Segurança - Desobediência - Meios de Efetivação da Liminar”**. Revista de Direito Administrativo, n. 200, p. 321, junho de 1995.
- ELIAS, Roberto João. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 2ª ed. atualizada de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003, p. 66.
- ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente. Doutrina e Jurisprudência**. 8ª ed. atualizada de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2006.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente. aspectos teóricos e práticos.**

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MELO BARROS, Guilherme Freire de. **Estatuto da criança e do adolescente.** 2ª ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Editora Podium, 2009.

NÉRY, Nelson Junior. **Estatuto da criança e do adolescente comentado.** Disponível em <http://www.promenino.org.br>. Acesso em 07 de julho de 2011.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2003, p. 247.

