

ISSN 1980-0878



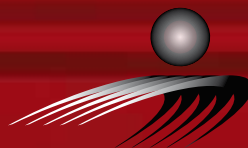
FUNDAÇÃO
PADRE ALBINO

DIREITO E SOCIEDADE

Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares



Volume 11 - Número 1 - jan./dez. 2016

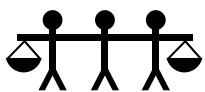


Faculdades Integradas
Padre Albino



FUNDAÇÃO
PADRE ALBINO

ISSN 1980-0878



DIREITO E SOCIEDADE
Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Volume 11 – Número 1 – jan./dez. 2016

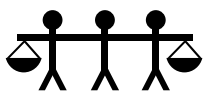


*Faculdades
Integradas
Padre Albino*



FUNDAÇÃO
PADRE ALBINO

ISSN 1980-0878



DIREITO E SOCIEDADE
Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Volume 11 – Número 1 – jan./dez. 2016



*Faculdades
Integradas
Padre Albino*

Publicação do Curso de Direito com objetivo de divulgar trabalhos acadêmicos que contribuam para a reflexão e o debate jurídico e social, por meio de temas interdisciplinares relacionados ao direito, à administração, sociologia, história, literatura, economia e áreas afins.

FUNDAÇÃO PADRE ALBINO

Conselho de Administração

Presidente: Antonio Hércules

Diretoria Administrativa

Presidente: José Carlos Rodrigues Amarante

Faculdades Integradas Padre Albino

Diretor-Geral: Nelson Jimenes

Coordenador Pedagógico: Antonio Carlos de Araujo

Coordenador do Curso de Direito: Luis Antonio Rossi

DIREITO E SOCIEDADE.

Editor chefe: Donizett Pereira

Conselho Editorial

Alfredo José dos Santos - Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP)

Ana Paula Polacchini de Oliveira - Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA)

Cristiane Miziara Mussi - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFFRJ)

Donizett Pereira - Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA)

Elisabette Maniglia - Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP)

Lucas de Abreu Barros - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas)

Marcelo Truzzi Otero - Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA)

Marcos Simão Figueiras - Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP)

Silvia Ibiraci de Souza Leite - Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA)

Revisora de texto: Luciana Bernardo Miotto

Desenho de logomarca (capa): Fábio Guilherme Marssari

Núcleo de Editoração de Revistas (NER)

Coordenador: Marino Cattalini

Membros: Marisa Centurion Stuchi (Assessora Técnica)

Virtude Maria Soler

Os textos publicados neste periódico são de inteira responsabilidade de seus autores.

Permite-se a reprodução desde que citada a fonte.

Pede-se permuta.

D598 Direito e Sociedade. Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares / Faculdades Integradas Padre Albino, Curso de Direito. - . - Vol. 11, n. 1 (jan./dez. 2016) - . - Catanduva: Faculdades Integradas Padre Albino, Curso de Direito, 2006-

Annual.

ISSN 1980-0878

1. Direito - periódico. I. Faculdades Integradas Padre Albino. Curso de Direito.

CDD 340

Endereço para correspondência: Rua do Seminário, 281. CEP 15806-310 - Catanduva-SP, Brasil.

Tel.: (17) 3522-2405. E-mail: secretaria.faecca@fipa.com.br

Impressão deste periódico: Unigraf - União Gráfica

Data da impressão: dezembro/2016.

Sumário

Apresentação
Os Editores

Artigos

Acesso à direitos e realidade - a implantação do centro de referência especializado para população em situação de rua (Centro POP) no município de Catanduva-SP - uma perspectiva sociojurídica
Alexander Rodrigues Sona, Drielly Rigotti Yamada, Ana Paula Polacchini de Oliveira 10

O papel da solução extrajudicial de conflitos na construção da cidadania
Donizett Pereira, Beatriz Trigo, Alex Ricardo Gallego, Gustavo Fernandes, Pablo Lopes Spina, Rafaela Franco Garcia, Túlio Henrique Avigni 23

A proteção dos filhos menores após o fim do vínculo afetivo existente entre os pais
Márcia Maria Menin, Amanda Batista Gonzales, Bárbara Soares Gius, Eduardo Luis Berto, Ettore Guerreiro Lotto, Márcia Regina Pires dos Santos, Vitor Fonte Dosso 33

Aproximações entre direito e arte: cultura de direitos humanos “Mineirinho” e o cuidado humanista de Clarice Lispector
Ana Paula Polacchini de Oliveira, Amanda Mafei, Brenda Credencio, João Victor Mathias, Mariana Jacob, Raissa Goulart 51

As prerrogativas do juiz no Código de Processo Civil de 2015 para a garantia do primado da razoável duração do processo
Álvaro José Haddad de Souza, Gabriela Gil Menis, Leila Renata Ramires Masteguin, Marcos Marcelo Murari, Naiara Cristina Valli 62

Algumas considerações a respeito do critério biológico para fins de formação do vínculo paterno-filial
Márcia Maria Menin, Anielly Melo, Jhessica Caroline Ferregutti, João Pedro Robert, Lizandra Barbosa, Otávio Henrique Silva, Stéfani Emanoelli Silva 81

O novo Código de Processo Civil e seu impacto no fenômeno da aplicação do Direito sob a perspectiva constitucional e principiológica
Álvaro Haddad de Souza, Leila Renata Ramires Masteguin, Jaqueline Favarão da Silva, Leticia Marson, Rayane Sthefany Colombo Gomes, Thiago da Silva Gimenez 93

Confronto do artigo 15 do Código de Processo Civil/2015 com os artigos 769 e 889 da Consolidação das Leis do Trabalho
Kleber Henrique Saconato Afonso, Leila Renata Ramires Masteguin, Elen Cristina Xavier, Júlio César Orlando, Luiza Martin Torres 109

Direito à assistência social e a inserção do adolescente no mercado de trabalho
Cíntia Scaldelai, Ana Paula Polacchini de Oliveira 129

Chamadas por trabalhos 138
Normas para publicação 138

Apresentação

Uma visão humanística dos direitos e garantias desenvolvidos a partir da nova ordem constitucional é o que se vislumbra nesse décimo primeiro volume da revista “Direito e Sociedade – revista de estudos jurídicos e interdisciplinares”, o que se faz sentir em todos os seus artigos, elaborados a partir da experiência já consolidada do Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino.

Todos os artigos nasceram dessa exitosa iniciativa, que busca uma interação com a comunidade científica e reflete a dedicação de abnegados profissionais que por esse curso têm transmitido diuturnamente os ideais democráticos e insistido na construção de um mundo mais justo e solidário, oferecendo, por esse instrumento, uma valiosa interpretação das prerrogativas humanas ajustadas ao bem estar social.

O primeiro artigo intitulado “Acesso a direitos e realidade - a implantação do centro de referência especializado para população em situação de rua (centro pop) no município de Catanduva-SP - uma perspectiva sociojurídica”, baseado na pesquisa realizada ao longo do desenvolvimento do projeto de extensão “Democracia e cidadania: implantação do SUAS e controle social – usuário participativo”, desenvolvida pelos discentes entre os anos de 2013 e 2015, com o auxílio do Núcleo de Extensão das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), tem como autores a professora Ana Paula Polacchini de Oliveira, em parceria com Alexander Rodrigues Sona e Drielly Rigotti Yamada, graduandos do Curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA). Ele analisa a situação das pessoas em situação de rua no município de Catanduva-SP, utilizando como hipótese o efetivo acesso aos direitos socioassistenciais e às garantias fundamentais elencadas pela nossa Constituição Federal por essa população, atualmente conceituada pela Política Nacional como População em Situação de Rua (Decreto 7.053/2009). Ele fundamenta suas conclusões em uma pesquisa realizada junto aos equipamentos públicos e entidades locais de assistência social, para concluir que essa população carrega um estigma prejudicial ao acesso aos direitos essenciais e que o respeito à cidadania e dignidade que lhe são inerentes, por via da garantia de moradia, atendimento de saúde, alimentação e acesso ao emprego encontra-se em processo de efetivação.

O segundo artigo foi escrito pelos professores Beatriz Trigo e Donizett Pereira, e pelos coautores Alex Ricardo Gallego, Gustavo Fernandes, Pablo Lopes Spina, Rafaela Franco Garcia e Túlio Henrique Avigni, graduandos do curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), intitulado “O papel da solução extrajudicial de conflitos na construção da cidadania”. É resultado de pesquisa interna e trata da mediação e conciliação como métodos de solução extrajudicial dos litígios, atuando como corolário da busca pela justiça. Analisa ainda os reflexos do acesso à justiça na construção da cidadania no Brasil, apontando as causas da necessidade de maior celeridade na tramitação processual, indicando as medidas estatais para efetivação de tal direito, para concluir que já está estruturada a base legal para a disseminação da cultura da paz, em substituição à cultura do litígio.

Intitulado “A proteção dos filhos menores após o fim do vínculo afetivo existente entre os pais” o terceiro artigo, elaborado pela professora Márcia Maria Menin em coautoria com Amanda Batista Gonzales, Bárbara Soares Gius, Eduardo Luis Berto, Ettore Guerreiro Lotto, Márcia Regina Pires dos Santos e Vitor Fonte Dosso, graduandos do curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), tem como base o projeto de pesquisa denominado “Direito de família contemporâneo: a aplicação dos princípios constitucionais na composição dos conflitos familiares”. Tem por escopo estudar os efeitos jurídicos da dissolução do vínculo de afeto entre pais na vida do filho menor, utilizando como objeto de análise a extensão do poder familiar e sua interação com as espécies de guarda, sob os auspícios do princípio do melhor interesse do menor, defendendo a mediação como importante técnica de solução de conflitos e ainda apresentando ao leitor a Oficina de Pais e Filhos promovida pelo Poder Judiciário de Catanduva em parceria com o curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino. Conclui que a guarda compartilhada traz benefícios importantes na implementação de uma convivência harmônica após a ruptura do relacionamento dos pais.

O artigo “Aproximações entre direito e arte: cultura de direitos humanos ‘Mineirinho’ e o cuidado humanista de Clarice Lispector”, do grupo de pesquisa nomeado “Direitos humanos e arte: intersecções para a compreensão do fenômeno jurídico e para a ampliação das possibilidades do ensino do direito e da prática jurídica”, foi desenvolvido pelos discentes ao longo do ano de 2015, com o auxílio do Núcleo de Pesquisa das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA). É de autoria da professora Ana Paula Polacchini de Oliveira e dos graduandos das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Amanda Mafei, Brenda Credencio, João Victor Mathias, Mariana Jacob e Raíssa Goulart. Adota como premissa a aproximação entre o direito e a arte, mais especificamente com a literatura, para analisar a crônica “Mineirinho”, de Clarice Lispector, sob a perspectiva dos direitos humanos, apontando na obra seu viés humanista. Considera o enfoque zetético jurídico como eficiente para a aproximação entre direito e literatura e emprega a hermenêutica compreensiva de Hans-Georg Gadamer como método de aproximação dos textos. Enfatizar os valores consagrados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, defendendo a proposta de que algumas questões sejam vistas para além do confinamento disciplinar da lei, que seja percebida a condição humana oprimida pela tradição, nesse caso, a inadmissibilidade do fuzilamento de um homem que foi violentado pela história social.

O quinto artigo, intitulado “As prerrogativas do juiz no Código de Processo Civil de 2015 para a garantia do primado da razoável duração do processo” tem como autores os advogados Álvaro José Haddad de Souza e Leila Renata Ramires Masteguim e os graduandos Gabriela Gil Menis, Naiara Cristina Valli e Marcos Marcelo Murari, todos do curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA). Trata dos poderes do magistrado elencados no novo Código de Processo Civil sob a perspectiva das normas e princípios constitucionais e processuais, além dos apontamentos doutrinários, no que se refere às medidas de apoio para garantia do cumprimento de ordem judicial, à dilação de prazos processuais, ao julgamento antecipado parcial de mérito e, por fim, à possibilidade de inversão do ônus da prova.

Intitulado “Algumas considerações a respeito do critério biológico para fins de formação do vínculo paterno-filial”, o sexto artigo, escrito pela professora Márcia Maria Menin e tendo com coautores Anielly Melo, Jhessica Caroline Ferregutti, João Pedro Robert, Lizandra Barbosa, Otávio Henrique Silva e Stéfani Emanoelli Silva, é fruto do trabalho de pesquisa denominado “A parentalidade e os novos paradigmas do direito de família brasileiro”. E

ele analisa a formação do vínculo paterno-filial por meio do critério biológico, utilizando como fio condutor a presunção legal para determinação da paternidade e seu efeito sobre o reconhecimento voluntário e judicial de parentalidade. Conclui que, com relação ao vínculo biológico e à possibilidade de sua investigação, poucas transformações surgiram se compararmos com a evolução das técnicas de reprodução artificial e as questões que delas suscitam, notadamente acerca da necessidade de parâmetros para resolução de questões de ordem ética e jurídica para conferir efetiva estabilidade às mais diversas espécies de família.

Sob o título “O novo Código de Processo Civil e seu impacto no fenômeno da aplicação do Direito sob a perspectiva constitucional e principiológica”, os advogados Álvaro Haddad de Souza e Leila Renata Ramires Masteguim, em coautoria com Jaqueline Favarão da Silva, Leticia Marson, Rayane Sthefany Colombo Gomes e Thiago da Silva Gimenez, graduandos em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), tecem considerações sobre o alcance e os limites da interpretação principiológica ordenada pelo novo Código de Processo Civil em consonância com os preceitos instituídos pela Constituição Federal, em busca de uma melhor efetivação da prestação jurisdicional. Concluem que a nova ordem processual flexibiliza o paradigma positivista, permitindo ao magistrado um campo de atuação voltado a atender o caso concreto com maior liberdade, trazendo para o sistema processual civil disposições que interferem na forma de aplicação do Direito, sempre observando, todavia, os parâmetros legais e os paradigmas constitucionais

O professor Kleber Henrique Saconato Afonso, em coautoria com a egressa e advogada Leila Renata Ramires Masteguim e os graduandos do curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Elen Cristina Xavier, Júlio César Orlando e Luiza Martin Torres escrevem o oitavo artigo, intitulado “Confronto do artigo 15 do Código de Processo Civil/2015 com os artigos 769 e 889 da Consolidação das Leis do Trabalho”. Ele promove um cotejo entre a nova legislação processual civil e a CLT, tratando sobre a autonomia e princípios norteadores do direito processual trabalhista e suas prováveis lacunas. Concluir que os dois institutos convivem em harmonia e juntos poderão contribuir para uma melhor prestação jurisdicional, sempre buscando a efetiva tutela dos direitos lesionados, sem deixar de considerar a hipossuficiência do trabalhador em face do empregador.

No nono artigo, a professora Ana Paula Polacchini de Oliveira, em coautoria com a graduanda do curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Cíntia Scaldelai, sob o título “Direito à assistência social e a inserção do adolescente no mercado de trabalho”, analisa a política municipal de assistência social sob a perspectiva das garantias constitucionais e a efetividade dos direitos que protegem o trabalho do jovem aprendiz e sua inserção no mercado de trabalho. Conclui que a aplicação da política de assistência social na inserção do adolescente no mercado de trabalho fortalece a implementação do sistema de garantia de direitos e deve ser levada a efeito a partir de uma interpretação da legislação trabalhista integrada ao direito à assistência social, para colaborar com a proteção de adolescentes e com sua formação profissional e desenvolvimento psicossocial eficientes.

O Conselho Editorial orgulha-se de oferecer esse instrumento de reflexão sobre a realidade jurídico-social atual e espera que ele seja profícuo na divulgação do pensamento humanista moderno.

Os Editores

Acesso à direitos e realidade - a implantação do centro de referência especializado para população em situação de rua (Centro POP) no município de Catanduva-SP - uma perspectiva sociojurídica¹

ALEXANDER RODRIGUES SONA

DRIELLY RIGOTTI YAMADA

Graduandos em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP.

ANA PAULA POLACCHINI DE OLIVEIRA

Mestre e Doutora em Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito pela USP-SP. Especialista em Direito Constitucional pela UEL-PR. Advogada. Professora do curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA). E-mail: anapolacchini@uol.com.br

Resumo: A presente pesquisa analisa a situação das Pessoas em Situação de Rua no município de Catanduva, estado de São Paulo ante a indagação sobre o acesso aos direitos socioassistenciais e às garantias fundamentais elencadas pela nossa Constituição Federal. Nesse sentido, procura compreender quem é essa população, atualmente conceituada pela Política Nacional para a População em Situação de Rua (Decreto 7.053/2009). Em seguida passa a definir essa população no município de Catanduva-SP, a partir de uma pesquisa realizada junto aos equipamentos públicos e entidades locais de assistência social, como o Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), a Casa do Migrante, atualmente Casa de Passagem, e o Centro de Referência Especializado para População em Situação de Rua (Centro POP). Simultaneamente a investigação analisa e compreende a política municipal ante o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e o direito à cidadania (CF, art. 1º, II). Apesar do sistema de proteção que tem sido construído e da rede que se configura, essa população, que é bastante oscilante, carrega um estigma que prejudica o acesso à direitos. O respeito à cidadania e dignidade da população que se encontra em situação de rua, por via da garantia de moradia, atendimento de saúde, alimentação e acesso ao emprego, encontra-se em processo de efetivação.

Palavras-chave: População em situação de rua. Direitos socioassistenciais. Centro POP. Cidadania. Direitos humanos.

Abstract: This research analyzes the situation of people in the streets in the city of Catanduva, State of São Paulo before the inquiry about the access to rights socioassistenciais and fundamental guarantees listed by our Federal Constitution. In this sense, it seeks to understand who is this population, currently defined by the National Policy for the Homeless Population (Decree 7.053/2009). Then passes to define this population in the municipality of Catanduva-SP, from a survey conducted by the public equipment and local social assistance, as the Reference Center Specializing in Social Assistance (CREAS), the House of migrants, currently a passage, and the Reference Center specialized for Homeless Population (POP). Both the research analyzes and understands the municipal policy compared to the principle of the dignity of the human person (CF, art. 1(III) and the right to citizenship (CF, art. 1(II). In spite of the protection system that has been built and the network that is configured, this population, which is quite swashplate, carries a stigma that hinders the access to rights. The respect for citizenship and dignity of the people in the streets, through the guarantee of housing, health care, food and access to employment is in the process of realization.

Keywords: Homeless population. Human socioassistenciais. POP. Citizenship.

¹ Este artigo é baseado na pesquisa realizada ao longo do desenvolvimento do projeto de extensão “Democracia e cidadania: implantação do SUAS e controle social – usuário participativo”, desenvolvida pelos discentes entre os anos de 2013 e 2015, com o auxílio do Núcleo de Extensão das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP, (EXTDIR2015554).

Introdução

Norberto Bobbio já anunciou, na obra “*A Era dos Direitos*”, que o grave problema em relação aos direitos humanos não mais reside em sua fundamentação, mas sim na garantia de sua proteção². Essa afirmação dita há anos, infelizmente, ainda lança o desafio dos dias de hoje. Esse desafio é jurídico e, se analisado profundamente, assume uma feição política.

As pessoas em situação de rua se situam entre o não reconhecimento, a invisibilidade e a exploração. E é a partir desse problema que se inicia o estudo sobre a situação da população em situação de rua e a oferta de serviços que viabilizem direitos humanos. Mencionado estudo foi promovido tanto a partir da análise da legislação e doutrina aplicáveis, como também segundo dados nacionais e pesquisa de campo realizada entre os anos de 2013 e 2014 no Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), na Casa do Migrante e de Passagem e no Centro de Referência Especializado para População em Situação de Rua (Centro POP).

As pessoas em situação de rua, segundo o parágrafo único do artigo 1º do Decreto 7.053/2009, que institui a Política Nacional para Inclusão Social da População em Situação de Rua, constituem um

grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.³

O conceito estabelecido pelo mencionado decreto destaca que se trata de uma população diversificada e que é afetada diretamente por questões familiares, de acesso à moradia e renda. Os vínculos são geralmente conturbados, senão interrompidos. A moradia tradicional é inexistente e a renda é oscilante.

A Política Nacional para Inclusão Social da População em Situação de Rua⁴ estabelece diretrizes e rumos para a reintegração destas pessoas às suas redes familiares e comunitárias, possibilitando o acesso pleno aos direitos garantidos aos cidadãos brasileiros, o acesso a oportunidades de desenvolvimento social, considerando as relações e significados próprios produzidos pela vivência do espaço público da rua.

O artigo 6º da Constituição Federal⁵ estabelece os direitos sociais. Dentre o rol do mencionado artigo estão o direito à segurança, à moradia e a assistência aos desamparados. O direito à renda, considerado uma das seguranças, é evidenciado pela lei orgânica da assistência social⁶.

² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 17. tiragem. Rio de Janeiro: Campus Editora, 1992. p. 25.

³ BRASIL. Presidência da República. Decreto 7.053, de 23 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7053.htm>. Acesso em: 10 jun. 2016. Disposto ainda em: BRASIL. Conselho Nacional de Assistência Social. *Resolução CNAS nº 109 de 11 de novembro de 2009*. Dispõe sobre a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/suas/resolucao-cn-as-no-109-2009-tipificacao-nacional-de-servicos-socioassistenciais>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

⁴ A coordenação da Política Nacional de Assistência Social é pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, órgão cuja denominação passou a ser Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário (MDSA), a partir da Medida Provisória 726/2016.

⁵ BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. 05 out. 1988. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.

⁶ BRASIL. Lei n. 8.742, de 9 de janeiro de 1993. Aprova a Lei Orgânica da Assistência Social e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.

Segundo o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷, os direitos sociais são direitos subjetivos, garantem o direito de exigir e são “meios” de satisfazer os interesses do ser humano. Assim considerando, a problemática jurídico-política se faz presente: a de proteger e garantir direitos a uma população frágil, dificilmente identificada, exatamente pelo fato de ser carecedora desses direitos à moradia, aos demais direitos sociais e à assistência. Nesse contexto nacional, insere-se o município de Catanduva e a discussão sobre o respeito da dignidade e da cidadania da população em situação de rua do município diante do processo de implantação de políticas socioassistenciais.

A metódica utilizada por esse estudo é a analítica e dedutiva para a compreensão da legislação e doutrina e das políticas públicas aplicáveis. Para o trabalho de campo, a metódica foi fenomenológica e a pesquisa foi qualitativa e inicialmente observacional. Posteriormente, o trabalho foi participativo.

A legislação analisada, além da Constituição Federal, inclui:

- a) Lei n. 8.742, de 9 de janeiro de 1993. Aprova a Lei Orgânica da Assistência Social e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 1993, especialmente com as alterações promovidas pelas Leis n° 11.258 de Dezembro de 2005⁸, incorporou à LOAS a criação de programas de proteção social às pessoas em situação de rua; e Lei n 12.435 de 6 de Julho de 2011⁹;
- b) Resolução CNAS n° 109 de 11 de novembro de 2009¹⁰. Dispõe sobre a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais, e em especial o de Proteção Social Especial que trata, dentre outros, *organização e oferta de serviços, programas e projetos de média complexidade para pessoas em situação de rua*;
- c) Decreto 7.053, de 23 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências.

População em situação de rua em Catanduva

Em Catanduva, segundo informações obtidas junto ao CREAS, na época (ano de 2013) não existia nenhuma pesquisa institucional que identificasse a quantidade de pessoas em situação de rua na cidade. A única informação de que se tinha certeza era a de que a maior parte dessa população era composta por homens.

Nos dias 12 (doze) e 13 (treze) de junho de 2013, das 21h à 1 hora da manhã, foi realizado o chamado “Acolhimento Social”, realizado pela Prefeitura de Catanduva, por intermédio da Secretaria de Assistência Social em parceria com a Guarda Civil Municipal e a Polícia Militar. Naquele ato, segundo dados obtidos junto ao CREAS, foram identificadas 45 pessoas em situação de rua, sendo que 10 delas foram encaminhadas para a Casa do Migrante do município. Dessas 45 pessoas, 8 eram mulheres e 37 eram homens. Sendo que 23 pessoas não

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 67.

⁸ BRASIL. Lei n. 11.258, de 30 de dezembro de 2006. Altera a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social para acrescentar o serviço de atendimento a pessoas que vivem em situação de rua. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11258.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.

⁹ BRASIL. Lei n. 12.435 de 6 de julho de 2011. Altera a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112435.htm>. Acesso em: 10 jun. 2016.

¹⁰ BRASIL, op. cit. Acesso em: 20 jul. 2014.

possuíam nenhum tipo de documento de identificação e 22 acreditavam que possuíam, mas não os encontravam.

A Casa do Migrante¹¹ tem como segmento de atendimento o migrante, itinerante e moradores de rua. Os recursos humanos da Casa são compostos por uma diretora (auxiliar de Assistência Social), cinco auxiliares de serviços gerais e três vigias. Em 2011, a Casa do Migrante de Catanduva atendeu 10.860 pessoas em situação de rua, oferecendo dois tipos de cursos de formação.

Além de acolher as pessoas em situação de rua, a entidade também funciona como casa de passagem. Em uma visita realizada no dia 08/07/2013, foi possível constatar o modo de funcionamento da casa. A Casa do Migrante oferece aos seus usuários objetos de higiene pessoal, roupas íntimas, peças de vestuário, além de vale-refeição. A parte física da Casa do Migrante conta com uma recepção, uma sala para auxiliar da assistência social, uma sala para o psicólogo da assistência, um quarto para os usuários guardarem seus objetos, dois quartos masculinos, dois quartos femininos, banheiros, um refeitório, uma cozinha e lavanderia (tanto para os usuários, quanto para os funcionários).

Em 2013, a casa necessitava de alguns reparos físicos e de uma assistente social. No ano de 2015 foi realizada uma reforma estrutural interna e externa na casa, alterando sua denominação de “Casa do Migrante” para “Casa de Passagem”, devido à sua inclusão nos serviços de acolhimento institucional da Resolução CNAS nº109/2009¹².

O quadro de recursos humanos da instituição também mudou, e a casa compõe-se atualmente com um assistente social, um auxiliar administrativo, três auxiliares gerais, uma pessoa fornecida pelo programa Frente Cidadã e dois vigias noturnos estatutários.

Importante salientar que a Resolução nº 109 foi aprovada pelo Conselho Nacional de Assistência Social, tendo como objetivo aprovar a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais, organizando-os por níveis de complexidade do SUAS em: Proteção Social Básica e Proteção Social Especial de Média e Alta Complexidade.

Essa mudança, de abrigo para acolhimento institucional, tem como fundamento legal a Resolução nº109 que tipifica os Serviços Socioassistenciais no Brasil. O serviço de acolhimento institucional está inserido no âmbito da proteção social especial de alta complexidade. A alta complexidade no que tange ao Serviço de Acolhimento Institucional está dividida em: abrigo institucional, Casa-Lar, Casa de Passagem e Residência Inclusiva¹³. A descrição do serviço da Casa de Passagem da referida Resolução dispõe que este serviço de acolhimento é previsto para pessoas em situação de rua e desabrigo por abandono, migração e ausência de residência ou pessoas em trânsito e sem condições de auto-sustento.

O serviço está distribuído no espaço urbano de forma democrática, respeitando o direito de permanência e usufruto da cidade com segurança, igualdade de condições e acesso aos serviços públicos. O impacto social deste serviço de acolhida contribui na redução das violações dos direitos socioassistenciais, seus agravamentos ou reincidência, na redução da situação de rua e de abandono, na construção da autonomia e inclui indivíduos e famílias

¹¹ A casa do Migrante está atualmente localizada na Rua Ribeirão Preto nº 21.

¹² BRASIL, op. cit. Acesso em: 20 jul. 2014. p. 22.

¹³ Id.

em serviços da rede socioassistencial. A Casa de Passagem funciona 24h e é mantida com recursos federal e municipal.

A Política Nacional de Assistência Social expressa exatamente a materialidade do conteúdo da Assistência Social como um pilar do Sistema de Proteção Social Brasileiro no âmbito da Seguridade Social¹⁴. Portanto, quando o usuário chega a Casa de Passagem, se for constatado que este não possui documento de identificação, o indivíduo é encaminhado para o Centro POP, implantado no município no dia 01/04/2014¹⁵.

A Casa do Migrante funciona também aos feriados e finais de semana. Essa é mantida com auxílio de verba federal e municipal. Quando o usuário chega a Casa, se consta que este não possui documento de identificação, o indivíduo é encaminhado para o Centro POP¹⁶. Nesse equipamento é realizado o cadastro do indivíduo, verificando sua situação. No primeiro atendimento realiza-se uma entrevista individual com o psicólogo e com a assistente social. Se necessário, a pessoa que foi atendida é encaminhada ao Poupa Tempo da cidade.

Um dos graves problemas envolvendo as pessoas em situação de rua em Catanduva era a existência de um barracão¹⁷ que vem sendo considerado uma “Cracolândia”. A maioria das pessoas em situação de rua chega que à Casa do Migrante toma banho, alimenta-se e dorme. Ocorre que, no dia seguinte, retornam ao barracão. Outros, nem sequer desejam sair do barracão.

A implantação e concretização do Centro POP no município de Catanduva

O Centro de Referência Especializado para a População em Situação de Rua é a unidade pública e estatal, *locus* de referência e atendimento especializado à população adulta em situação de rua, no âmbito da Proteção Social Especial de Média Complexidade do SUAS. O Centro de Referência Especializado para População em Situação de Rua oferta o Serviço Especializado para Pessoas em Situação de Rua, de acordo com a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais.

A unidade representa espaço de referência para convívio grupal, social e o desenvolvimento de relações de solidariedade, afetividade e respeito. Nessa atenção ofertada pelo Serviço Especializado para Pessoas em Situação de Rua são realizadas vivências para o alcance da autonomia, estimulando, além disso, a organização, a mobilização e a participação social (que é realizada através de uma parceria com as Faculdades Integradas Padre Albino, com alunos do curso de Direito, integrando os projetos de pesquisa e extensão de âmbito social).

A unidade oferta também o Serviço Especializado em Abordagem Social¹⁸, que consiste em atendimento pessoal e ida aos locais quando verificadas ou denunciadas situações de rua, violências e vulnerabilidade. Conforme avaliação e planejamento do órgão gestor local, foram assegurados espaço físico e infraestrutura, o que permitiu a plena execução das ações que atualmente são desenvolvidas na unidade. Para promover uma acolhida adequada e escuta qualificada dos usuários, o ambiente físico é acolhedor e assegura espaços para atendimento individual e em grupo em condições de sigilo e privacidade.

¹⁴ BRASIL, op. cit. Acesso em: 20 jul. 2014. p. 12.

¹⁵ Id., p. 31. O Centro Pop de Catanduva foi implantado Rua Paraíba, 355, no centro de Catanduva.

¹⁶ O Centro POP de Catanduva está atualmente localizado na Rua Argentina nº 78, Vila Industrial, em Catanduva-SP.

¹⁷ O barracão está localizado na Rua 15 de Novembro.

¹⁸ BRASIL, op. cit. Acesso em: 20 jul. 2014, p. 22.

O Centro foi implantado em edificação com espaços essenciais para o desenvolvimento das atividades. O Centro foi implantado primeiramente no centro da cidade, como já descrito, onde encontravam-se os maiores fluxos de pessoas em situação de rua. Porém, para aprimorar seus serviços e estruturas, mudou-se em 2015 em uma edificação mais ampla com espaços essenciais para o desenvolvimento das atividades. No ano de 2014 o número de pessoas que tiveram cadastro no Centro POP foi de 174. Já em 2016 o número cadastrado até o mês de junho foi de 241.

O ambiente é acolhedor, de postura ética, de respeito à dignidade, diversidade e não-discriminação e compartilhado por toda a equipe (dois assistentes sociais e dois psicólogos, dentre eles o Coordenador); o espaço físico contém condições que asseguram o atendimento com privacidade e sigilo, adequada iluminação, ventilação, conservação, salubridade, limpeza, segurança dos profissionais e público atendido, acessibilidade a pessoas com deficiência, idosos, gestantes, dentre outras. O espaço é reservado e de acesso restrito à equipe para a guarda de prontuários. Em relação aos serviços ofertados, atividades desenvolvidas e horários de funcionamento da unidade, as informações são disponibilizadas em local visível. A infraestrutura física assegura salas de atendimento e banheiros (além de banheiros adaptados), recepção e acolhida inicial, sala para atividades referentes à coordenação, reunião de equipe e atividades administrativas, sala de atendimento individualizado, espaço para atividades coletivas com os usuários, socialização e convívio, copa/cozinha, refeitório, lavanderia, guarda de pertences com armários individualizados. O espaço físico é compatível com os serviços ofertados em seu interior, com as atividades desenvolvidas, recursos humanos e também com o número de usuários atendidos. O espaço também representa para os usuários um espaço público de bem-estar, cooperação, construção de vínculos, concretização de direitos e o exercício da cidadania, fortalecendo o protagonismo por parte da população em situação de rua. Todos os profissionais envolvidos no cotidiano dos serviços ofertados pelo Centro possuem uma postura ética e atitude acolhedora, proporcionando aos usuários um ambiente de respeito e bem-estar.

A unidade funciona necessariamente nos dias úteis (cinco dias por semana), durante 8 horas diárias, assegurando a presença da equipe profissional necessária para o bom funcionamento do serviço. Todavia, a orientação jurídica encontra-se ausente, devido à falta de um profissional de nível superior com formação em Direito. Neste sentido, é possível destacar a possibilidade de realização de projetos com instituições de ensino superior para orientações sociojurídicas.

A gestão do Centro POP é de responsabilidade do gestor da política de Assistência Social. A qualificação da gestão exige flexibilidade, reflexões periódicas sobre os trabalhos desenvolvidos e resultados atingidos, com possibilidades de contemplar sugestões/considerações/participação dos usuários atendidos. É feito o uso de estratégias que possibilitam a adoção de gestão participativa, de modo a favorecer a participação dos usuários no planejamento, execução, monitoramento e avaliação das ofertas garantidas pelo Centro de Referência. A oferta do Serviço Especializado para Pessoas em Situação de Rua contém princípios, como: ética e respeito à dignidade, diversidade e não-discriminação, acesso a direitos socioassistenciais, organização, mobilização e participação social e trabalho em rede.

Os principais objetivos desse serviço são: possibilitar condições de acolhida na rede socioassistencial, contribuir para a construção de novos projetos de vida, respeitando as escolhas dos usuários e as especificidades do atendimento, contribuir para restaurar e preservar a integridade e a autonomia da população em situação de rua e promover ações para a reinserção familiar e/ou comunitária.

O acesso dos usuários a esse serviço pode ser feito por meio de demanda espontânea, já que a unidade é de fácil localização. São afiançadas pelo Serviço Especializado: segurança de acolhida (ser acolhido nos serviços em condições de dignidade, ter reparados ou minimizados os danos por vivências de violências e abusos, ter a identidade, integridade e história preservadas e ter acesso à alimentação em padrões nutricionais adequados), segurança de convívio ou vivência familiar, comunitária e social (para ter acesso a serviços socioassistenciais e a demais políticas públicas setoriais conforme as necessidades), segurança de desenvolvimento e autonomia individual, familiar e social (para ter vivências pautadas pelo respeito a si próprio e aos outros, fundamentadas em princípios éticos de justiça e cidadania, construir projetos pessoais e sociais e desenvolver a autoestima, ter acesso à documentação civil, alcançar autonomia e condições de bem-estar, ser ouvido para expressar necessidades, interesses e possibilidades, ter acesso aos serviços do sistema de proteção social e indicação de acesso a benefícios, exemplos: Benefício de Prestação Continuada - (BPC); e programas de transferência de renda, ser informado sobre direitos e como acessá-los, ter acesso a políticas públicas setoriais e fortalecer o convívio social e comunicativo).

Por se tratar de complexa situação que acarreta um número significativo de demandas a serem supridas, para um efetivo atendimento à população que se encontra nas ruas, a atuação do Serviço Especializado se baseia no paradigma da incompletude institucional, ou seja, para que as demandas advindas da população de usuários sejam supridas concretamente, faz-se necessária a atuação das diversas políticas e setores da sociedade de forma sinérgica, convergente e complementar.

Nessa direção, a Tipificação Nacional destaca a importância da articulação deste serviço com algumas parcerias importantes: a política de saúde (em razão das demandas desta natureza comumente observadas nesta população, como o uso/abuso de substâncias psicoativas e saúde mental, além daquelas decorrentes do contexto de insegurança e insalubridade a que estão expostas cotidianamente. Por isso que a cartilha informativa do MDS sobre o Centro POP recomenda que a articulação do Serviço Especializado esteja com as equipes de saúde que atuam nas ruas. Pessoas em situação de rua são ainda incluídas em programas/serviços de prevenção e promoção da saúde nas unidades de atenção básica situadas na localidade onde costumam estar/transitar), política de habitação (considerando que se trata de um público que, pela sua peculiaridade, em geral, não possui moradia convencional), política de trabalho (necessidades de promover ações de geração de renda que auxiliem essas pessoas a vislumbrar novas possibilidades e projetos de vida).

Como estão expostas a diversas situações de risco e violadoras de direitos, as pessoas em situação de rua podem acessar os órgãos de defesa de direitos, tais como: Ministério Público e Defensoria Pública. A articulação para o acesso à documentação pessoal representa, igualmente, importante ação intersetorial para o atendimento às demandas das pessoas em

situação de rua que, geralmente, não possuem documentação de identificação. Finalmente, destaca-se que a articulação proporciona o planejamento e o desenvolvimento conjunto de estratégias de intervenção, tornando fundamental que, no âmbito desse serviço, são feitos um mapeamento da rede de serviços local e a definição de fluxos de articulação construídos em conjunto com a rede.

Para potencializar o acesso das pessoas em situação de rua aos programas, serviços e benefícios socioassistenciais, bem como a produção de informações que contribuam para o aprimoramento da atenção a esse segmento nas diversas políticas públicas, é realizada a inclusão no Cadastro Único para Programas Sociais (CADUNICO). Sobre esta inclusão é possível realizar uma consulta ao guia de cadastramento no *site* do MDS.

Para melhor definição das ações a serem concretizadas junto à sua população de usuários, este serviço está sintonizado com as necessidades específicas das pessoas em situação de rua da localidade em que atua. Dessa forma, a equipe do serviço considera, dentre outras coisas, a história da localidade, suas relações e redes sociais, suas dificuldades e, principalmente, as potencialidades e as capacidades. Ao partir de um profundo respeito a essa realidade, a equipe busca a construção de vínculos de confiança, de modo a somar esforços para o melhor atendimento a essa população. Assim, o serviço se orienta por uma perspectiva crítica dessa realidade, o que resulta em oportunidades concretas para atender as demandas das pessoas em situação de rua e reduzindo situações violadoras de direitos que estejam vivenciando.

O desenvolvimento do trabalho social essencial ao Serviço Especializado para Pessoas em Situação de Rua pressupõe a escuta qualificada dos usuários. Nesse sentido, compreende a percepção de cada indivíduo em seu contexto social, histórico e cultural. A elaboração do plano individual e/ou familiar de atendimento junto com os usuários é essencial para guiar a equipe no desenvolvimento do trabalho no âmbito do serviço. Seu desenvolvimento implica na realização de atendimentos continuados, individuais e em grupo, considerando a identidade e a subjetividade de cada sujeito, além de ações que proporcionam o fortalecimento e o resgate da autoestima e autonomia das pessoas atendidas.

A atenção no serviço se orienta pela aquisição e desenvolvimento de potencialidades, pela ressignificação de vivências e construção de projetos de vida e perspectivas para o processo de saída das ruas. Estimula o desenvolvimento da participação social, além do empoderamento e conhecimento dos usuários sobre os seus direitos, visando à mobilização de recursos para o enfrentamento de situações adversas e a luta por interesses comuns. Nessa perspectiva, este serviço tem importante papel na instrumentalização dos usuários para o conhecimento e defesa de seus direitos, elemento essencial de contribuição para o protagonismo social e, conseqüentemente, o fortalecimento da participação social e exercício da cidadania.

Com sua integração a outras políticas públicas, redes sociais e movimentos sociais, o Serviço Especializado para Pessoas em Situação de Rua configura um importante canal para o desenvolvimento de ações que visem ao fortalecimento da cidadania e à garantia de direitos das pessoas em situação de rua.

O co-financiamento do Serviço Especializado para Pessoas em Situação de Rua constitui

¹⁹ BRASIL. Resolução 33 de 12 de dezembro de 2012. Norma Operacional Básica do SUAS. Disponível em: <<http://edesp.sp.gov.br/edesp2014/wp-content/uploads/2014/06/NOB-SUAS-2012.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

corresponsabilidade dos entes federados¹⁹. O co-financiamento federal para apoio à oferta deste Serviço nos Centros de Referência Especializados para Pessoas em Situação de Rua (Centros POP) é operacionalizado por meio do piso fixo de média complexidade, via transferência regular e automática de recursos do Fundo Nacional de Assistência Social para os Fundos Municipais e do Distrito Federal²⁰.

Emoções, impactos, vivências e questionamentos subjetivos sobre as pessoas em situação de rua

O início da investigação se viu orientada por razões de ordem pessoal. Como acadêmicos de Direito, questionamos os motivos da invisibilidade das pessoas em situação de rua. E, ainda, diante dessa invisibilidade, como se daria o exercício do Direito junto a essas pessoas, bem como pelo modo como estas poderiam exercer seus direitos na sociedade.

A escolha se viu orientada por uma identificação com as questões humanas e sociais. O desenvolvimento da pesquisa permitiu conhecer a realidade das pessoas em situação de rua em Catanduva, superando a transmissão de conteúdos.

Tivemos a oportunidade de ouvir e acompanhar muitas histórias, que acabaram por orientar nosso olhar no cotidiano das pessoas dentro da Casa do Migrante e do Centro POP.

Essa abordagem inicial fez perceber que a realidade difere do contexto dos livros jurídicos. Alguns dos sujeitos se veem deslocados do mundo, sem família e referencial. Nesse caso surgia a indagação se essa condição constituía um estado de anomia. Uns trabalham, outros roubam, mas como qualquer ser humano essas pessoas em situação de rua possuem uma identidade. Talvez a identidade da “sociedade” seja situacional, seja ela moldada pelo individualismo egocêntrico humano, em que o mais importante e significativo não é ajudar aos semelhantes, mas concorrer para enriquecer – assim como impõe o sistema capitalista.

Isso faz com que muitas pessoas que vivem nas ruas se distanciem da sociedade buscando um refúgio na liberdade, essa de forma a se isolar de todos, e que por não serem semelhantes em quase nenhum aspecto de quem não vive nas ruas, se tornam cada vez mais invisíveis e insignificantes perante o sistema capitalista. Dentro desse contexto, cabe a questão sobre o modo como se constrói a identidade das pessoas em situação de rua.

Para grande parte da sociedade, essas pessoas são consideradas como “bandidos e malandros”, como personagens no estudo do crime. Cabe lembrar que ambas as definições são distintas da caracterização da população em situação de rua, e não podem ser relacionadas de forma generalizada sob tal tema. Gessé Marques Jr. afirma que

[...] entre os envolvidos no mundo do crime “bandidos” corresponde a uma identidade social construída em torno de características pessoais e internas: a disposição para matar. O malandro pode ser definido como atuando no equilíbrio entre ordem e desordem, com malícia, habilidade, inteligência e principalmente não-violência. Já em Zaluar, o malandro está dentro do circuito marginal, frequenta o crime, mas sua posição se caracteriza pelo uso da inteligência e da habilidade.²¹

²⁰ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Secretaria Nacional de Assistência Social. *Orientações técnicas*. Centro de Referência Especializado para População em Situação de Rua (Centro POP) e Serviço Especializado para Pessoas em Situação de Rua. SUAS e População em Situação de Rua. Brasília, DF, 2011. v. 3.

²¹ LEMOS FILHO, Arnaldo (Org.). *Sociologia geral e do direito*. Campinas, SP: Alinea, 2004. p. 208.

Para efeito de análise, observa-se na distinção supramencionada, que a população em situação de rua, que é caracterizada pela cartilha do volume I do MDS como sendo pessoa em situação de rua aquela que utiliza logradouros públicos e de áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como das unidades de serviços de acolhimento para pernoite temporário ou moradia provisória – nada tem em comparação com as respectivas definições de bandido e malandro, já que essas são de outras classificações e âmbitos distintos, tanto em análise acadêmica quanto profissional, pois na caracterização do MDS, observa-se que a temática das pessoas em situação de rua é estudada pelo SUAS e não por análises carcerárias.

Portanto, são pessoas em situação de rua, segundo o Decreto nº7.053/2009, Política Nacional para a População em Situação de Rua, como “o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares fragilizados ou rompidos e a inexistência de moradia convencional regular”.

Antes de iniciar a presente pesquisa e até mesmo antes de visitar a Casa do Migrante e o Centro POP, a perspectiva do grupo sobre as pessoas em situação de rua era outra. Questões que se têm desde a infância, sobre o porquê algumas pessoas, dentre elas, crianças, não possuíam onde morar e o porquê elas pediam dinheiro. Nesses momentos percebíamos nossa distinta realidade.

Acreditávamos que de forma generalizada o problema estava exclusivamente ligado à própria pessoa, ou seja, se ela estava na rua era por sua própria escolha. Tampouco refletíamos sobre questões como o motivo que leva determinada pessoa a viver nas ruas, ou as razões pelas quais se rompe um vínculo familiar e social, se a falta de estrutura e apoio familiar e educacional, se as entidades socioassistenciais estão colaborando e trabalhando para que a inclusão possa ser feita de forma correta e se a própria sociedade está cumprindo seu papel de forma que a discriminação seja combatida.

Depois de estudar conceitos e ir pessoalmente a uma entidade especializada no atendimento das pessoas em situação de rua, antigas perspectivas e opiniões se modificaram. É como descreve o título da cartilha do Movimento Nacional da População em situação de rua: “CONHECER PARA LUTAR”.

Percebemos estarmos diante de seres humanos como nós, que sentem as mesmas necessidades como ter fome, tristeza, frio, saudade de estar com a família; que choram, riem e possuem esperança de alcançar alguma meta ou realizar algum sonho adormecido pelas amarguras e dificuldades até então impostas pela realidade vivida nas ruas. Sonho de ganhar um abraço, de receber atenção e de serem tratados como todos merecem, assim como estabelece nossa Constituição Federal de 1988 em seus objetivos fundamentais e princípios, ao dar prevalência aos Direitos Humanos.

Aqui fazemos uma ressalva, lembrando da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que transcreve e positiva ser direito de todos a igualdade e a promoção da amizade de forma tolerante sem qualquer discriminação. Outro fundamento importantíssimo é a dignidade da pessoa humana, já que tratá-la é tratar de Direitos Humanos.

Refletimos que se através do reconhecimento e da proteção dos Direitos Humanos o direito recuperou seu sentido humanista se restabelecendo (vinculando) com a justiça, indaga-se por que grande parte da sociedade em pleno século XXI não faz jus que seja necessário

o trabalho em coletividade para a inclusão das pessoas em situação de rua no mercado de trabalho e no contexto social. Piovesan afirma que “há que se propagar a ideia de que os direitos sociais, econômicos e culturais são autênticos e verdadeiros direitos fundamentais e por isso, devem ser reivindicados como direitos não como caridade ou generosidade”²².

Na primeira visita ao Centro POP surgiu a indagação se não fariamos parte do contingente de pessoas que apenas falam, escrevem e não fazem nada na prática para melhorar aqueles problemas que elas mesmas apontam. Questionamos se seríamos parte da anomia social ou daqueles que pregam os Direitos Humanos, mas na calada fria da noite, permanecemos confortáveis em casa, lendo os melhores livros, enquanto há um número incontável de pessoas, na mesma fria noite, andando pelas ruas procurando um local para deitar sem que ninguém ouse chutá-las por “apenas” ser uma pessoa “qualquer” dormindo na rua e sem família. Nesse mesmo dia, avistamos um senhor, carregando em suas costas seus pertences enquanto caminhava vagorosamente, provavelmente sem saber para onde ir, porém, ao percebermos o caminho que ele fazia, tivemos a esperança de que, ao menos, ele tivesse passado a noite na Casa do Migrante.

Indagamo-nos continuamente qual será a forma mais eficaz de tirar as palavras do papel, da lei e da Carta Magna e colocar os direitos ali explicitados na prática, para conseguir proteger aqueles que são invisíveis aos olhos da sociedade e do Estado.

Ousamos comparar as pessoas em situação de rua com casas abandonadas. Estas, com suas janelas empoeiradas e vidros estilhaçados são como os olhos desses, olhos enevoados pela obscuridade e descaso do Estado e pelos vícios; olhos que mostram esperança, felicidade e ternura em pedaços. Uma casa que se encontra abandonada, um dia foi repleta de felicidade, foi construída através de uma história, assim, da mesma forma, as pessoas em situação de rua possuem, cada uma, uma história para contar, sejam elas histórias do seu presente triste ou do seu passado, que se torna cada vez mais passado, ou de seu futuro incerto.

As casas abandonadas possuem um aspecto que clama para que conheçam a sua história e que as pessoas as vejam; neste caso, todas as pessoas as vem. Mas, as pessoas em situação de rua cada vez mais tornam-se invisíveis à sociedade fria e individualista, que quer contar somente a sua história, mas se esquece que o importante também é ouvir, e que ouvindo, aprendemos, e neste ato somos capazes de ganhar duas coisas eternamente importantes, um brilho no olhar sendo reconstruído ou um sorriso de renascimento da esperança.

Conclusões

O assunto abordado ainda é algo não muito discutido pela sociedade em geral, tampouco no Direito. Sabe-se que, além de haver um certo pré-conceito sobre o estereótipo das pessoas em situação de rua, a imagem é associada a de um usuário de drogas ou alcoolista, mas nem sempre é assim. Para que seja promovida a devida atenção às pessoas em situação de rua, é importante a concretização dos Centros de Referência Especializados para a População em Situação de Rua (Centro POP) em todos os municípios, o que já foi providenciado no município de Catanduva, no primeiro semestre de 2014. Apesar da implantação dos serviços

²² PIOVESAN, Flávia. *A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev4.htm>>. Acesso em: 15 set. 2015.

socioassistenciais, essa população encontra dificuldade de efetivação de outros direitos fundamentais, seja pelo estigma, seja pela carga que recai nas responsabilidades da assistência social. Com efeito,

todos os serviços voltados para a população em situação de rua advindos do poder público estão na área de política da Assistência Social, o que sobrecarrega essa área e torna as ações frágeis e vulneráveis, pois não respondem às demandas dessa população na sua totalidade.²³

Verifica-se, ainda a necessidade de implantação de Centros de Defesa dos Direitos Humanos para a População em Situação de Rua, tendo como objetivos promover inclusão social, bem como a defesa dos Direitos Humanos, por via de suporte e atendimento para denúncias de maus tratos e assistência jurídica. Além disso, deve-se aprimorar os meios de amparo à busca de emprego e o incentivo para a prática de ações artísticas e educativas, bem como oferecer meios para ampliar o atendimento psicossocial e médico aos usuários. Remanesce a necessidade de debate que entoa a questão sobre a realidade das ruas, se a pessoa que vai para as ruas é totalmente responsável por este processo de perdas ou se esta situação está vinculada à forma como a sociedade está dividida, entre ricos e pobres.

Referências

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 17. tiragem. Rio de Janeiro: Campus Editora, 1992.

BRASIL. Conselho Nacional de Assistência Social. *Resolução CNAS n° 109 de 11 de novembro de 2009*. Dispõe sobre a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/suas/resolucao-cnas-no-109-2009-tipificacao-nacional-de-servicos-socioassistenciais>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

_____. *Constituição Federal (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. 05 out. 1988. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.

_____. Lei n. 11.258, de 30 de dezembro de 2006. Altera a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social para acrescentar o serviço de atendimento a pessoas que vivem em situação de rua. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11258.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.

_____. Lei n. 12.435 de 6 de julho de 2011. Altera a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112435.htm>. Acesso em: 10 jun. 2016.

_____. Lei n. 8.742, de 9 de janeiro de 1993. Aprova a Lei Orgânica da Assistência Social e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Secretaria Nacional de Assistência Social. *Orientações técnicas: Centro de Referência Especializado para População em Situação de Rua (Centro POP) e Serviço Especializado para Pessoas em Situação de Rua. SUAS e População em Situação de Rua*. Brasília, DF, 2011. v. 3.

²³ RODRIGUES, Samuel. A voz da rua. In: PELLEGRINI, Ada et al. *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014. p. 21-24.

BRASIL. Presidência da República. Decreto 7.053, de 23 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7053.htm>. Acesso em: 10 jun. 2016.

_____. Resolução 33 de 12 de dezembro de 2012. Norma Operacional Básica do SUAS. <<http://edesp.sp.gov.br/edesp2014/wp-content/uploads/2014/06/NOB-SUAS-2012.pdf>> Acesso em: 20 mar 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEMOS FILHO, Arnaldo (Org.). *Sociologia geral e do direito*. Campinas, SP: Alínea, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev4.htm>>. Acesso em: 15 set. 2015.

RODRIGUES, Samuel. A voz da rua. In: PELLEGRINI, Ada et al. *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014. p. 21-24.

Obras consultadas

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Orientações sobre o centro de referência especializado para população de rua e serviço especializado para pessoas em situação de rua*. Disponível em: <http://www.cogemas.pr.gov.br/arquivos/File/Documento/Centro_Pop_Rua_1_Vers%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Secretaria Nacional de Assistência Social. *Inclusão das Pessoas em Situação de Rua no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal*. SUAS e População em Situação de Rua. Brasília, DF, 2011. v. 1.

_____. *Perguntas e Respostas: Centro de Referência Especializado para População em Situação de Rua – CENTRO POP*. SUAS e População em Situação de Rua. Brasília, DF, 2011. v. 2.

_____. *Plano Brasil Sem Miséria*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Decreto/D7492.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

CUNHA, Júnia Valéria Quiroga da; RODRIGUES, Monica (Org.). *Rua: aprendendo a contar*. Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua. Brasília, DF: MDS/SAGI/SNAS, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

IBGE. *Censo Demográfico 2010*. Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br/apps/mapa/>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

O papel da solução extrajudicial de conflitos na construção da cidadania

DONIZETT PEREIRA

Mestre em Direito pela UNESP, professor do curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP.

BEATRIZ TRIGO

Mestre em Direito pela ITE, professora do curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP.

ALEX RICARDO GALLEGO

GUSTAVO FERNANDES

PABLO LOPES SPINA

RAFAELA FRANCO GARCIA

TÚLIO HENRIQUE AVIGNI

Graduandos em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP.

Resumo: O artigo trata da solução extrajudicial dos litígios como corolário do amplo acesso à Justiça e seus reflexos na construção da cidadania no Brasil, apontando as causas da necessidade de maior celeridade na tramitação processual, indicando as medidas estatais para efetivação de tal direito, para concluir que a base legal para a disseminação da cultura da paz, em substituição à cultura do litígio já estão lançadas.

Palavras-chave: Cidadania. Mediação. Conciliação. Acesso à Justiça. Solução extrajudicial de litígios.

Abstract: The article deals with the settlement of disputes as a result of broad access to justice and their reflections in the construction of citizenship in Brazil, pointing out the causes of the need for greater speed in the course of the procedure, indicating the state measures for realization of this right, to conclude that the legal basis for the dissemination of culture of peace, replacing the culture of dispute are already released.

Keywords: Citizenship. Mediation. Conciliation. Access to Justice. Settlement of disputes.

Introdução

O exercício pleno da cidadania pressupõe o fortalecimento das instituições democráticas, para que atuem em um nível que lhes permita oferecer, de forma eficiente, as garantias e prerrogativas conquistadas ao longo do processo civilizatório.

A efetiva titularidade da cidadania depende, nessa assertiva, do domínio privado dos direitos civis, dos direitos políticos e dos direitos sociais. Carvalho¹ ensina que,

uma cidadania plena, que combine liberdade, participação e igualdade para todos, é um ideal desenvolvido no Ocidente e talvez inatingível. Mas ele tem servido de parâmetro para o julgamento da qualidade da cidadania em cada país e em cada momento histórico. Tornou-se costume desdobrar a cidadania em direitos civis, políticos e sociais. O cidadão pleno seria aquele que fosse titular dos três direitos.

¹ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. p. 15.

E há uma sequência lógica para que se efetivem tais direitos, segundo Carvalho²: primeiro viriam os direitos civis, depois os direitos políticos e, implementados esses, surgem os direitos sociais. A efetivação de tais direitos demanda uma longa trajetória de embates entre as várias categorias de interesses individuais, representadas em seus mais variados graus e espécies. Dentre eles, o interesse econômico, que deveria ser o menos condicionante, pelo seu significado na construção da identidade pessoal, tornou-se um valor inexorável, na esteira do consumismo a que foi submetida a atual sociedade da informação e do espetáculo.

Nessa perspectiva, há praticamente consenso doutrinário em admitir a interdependência entre o gozo efetivo da cidadania e a garantia de direitos. E garantir direitos tornou-se tarefa precípua do Estado, que detém a legitimidade para a proposição e implementação das leis garantidoras da efetiva participação de todos na distribuição dos benefícios hauridos da intervenção humana no universo.

Desta forma, é imperioso que a implementação das leis, criadas para induzir o exercício seguro dos direitos, se valha de um sistema de reconhecimento judicial eficiente, que seja ao mesmo tempo garantidor de direitos e indutor de práticas individuais voltadas para a pacificação de conflitos, para a valorização do diálogo e busca da harmonia social.

Ao Poder Judiciário, detentor da jurisdição, traduzida em sua significação mais sintética, como “aptidão para dizer o direito a ser aplicado a uma determinada demanda intersubjetiva” cabe sinalizar sobre o fiel cumprimento das determinações legais, ajudando, assim, a fixar as diretrizes para induzir o exercício das prerrogativas derivadas da boa convivência social.

Para tanto, deve conceber instrumentos que propiciem o reconhecimento da justiça em todas as suas emanações, na perspectiva de produzir maior segurança jurídica, que garantirá melhor eficácia de suas decisões no âmbito individual.

Mas, infelizmente, não é o que tivemos oportunidade de vivenciar no Brasil. Historicamente, nosso Poder Judiciário nunca foi célere e, após o advento da Constituição de 1988, os números de ações judiciais “explodiram”, pois, a partir daí, os mais necessitados passaram a ter mais direitos reconhecidos constitucionalmente e, conseqüentemente, mais acesso à Justiça.

Se compararmos os dados de ações propostas em 2014, no Estado de São Paulo, proporcionalmente ao número de habitantes, entenderemos que somos quatro vezes maiores e temos trinta vezes mais ações que Portugal, por exemplo. Afora isto, cabe dizer que, dos três poderes, é o Judiciário quem detém maior credibilidade. Contudo, faz-se necessário agir rapidamente para que não se torne tão desacreditado quanto nosso Executivo e Legislativo.

Mesmo com a nítida lentidão do Poder Judiciário, a população brasileira não abre mão de submeter seus conflitos a essa esfera, cada vez mais e cada vez por menos se submete conflito ao Poder Judiciário.

O contexto social da crise no Poder Judiciário

Analisando a evolução histórica político-social do Brasil como Estado Democrático de Direito, tomando-se como ponto inicial o período pós-ditatorial, encerrado em 1985, em face

² op. cit., p. 16.

de uma melhor contextualização, percebemos o declínio crescente dos poderes Legislativo e Executivo em relação ao Poder Judiciário.

Essa disparidade entre os três poderes se torna mais nítida a partir da promulgação da Constituição de 1988, um avanço na época em prol da Democracia e do Estado de Direito, momento em que os três poderes caminhavam na mesma direção e possuíam, cada um, poderes equivalentes dentro do Estado.

A partir de então, percebeu-se uma nítida separação na unicidade do Estado, pois cada poder adotou sua própria ideologia em relação à concepção de instituição, ao qual, em virtude de seus interesses, fosse mais favorável.

Ao Poder Judiciário a “Constituição Cidadã” outorgou o papel de resguardo dos direitos constitucionais assegurados aos cidadãos comuns, e que, muitas vezes, não são observados pelos outros dois poderes. A busca dos direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna, por meio do Poder Judiciário, tornou-se a única opção possível à sociedade para a transformação de sua realidade.

A partir deste cenário de deslocamento da legitimidade dos poderes Legislativo e Executivo perante o Poder Judiciário podemos entender o aumento da demanda deste último, em que a sociedade espera dele a resolução de todas as contendas dessa intrínseca tripartição do poder.

Os meios alternativos na busca pela justiça

Como resposta à exclusão da maioria dos cidadãos ao universo de incidência do direito, emerge a solução extrajudicial de conflitos como alternativa para a desburocratização da justiça, com a diminuição de seus custos, procedimentos e principalmente de sua morosidade. Segundo Boaventura de Sousa Santos³:

O tema do acesso à justiça é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica. No âmbito da justiça civil, muito mais propriamente do que no da justiça penal, pode falar-se de procura, real ou potencial, da justiça.

O ilustríssimo autor destaca a importância da resolução rápida e eficaz dos conflitos no âmbito civil muito mais que no penal, a fim de que a justiça não seja atingida pela descrença atribuída aos outros poderes.

Dentre os instrumentos reconhecidos como alternativos à custosa demanda judicial estão a mediação, a conciliação e a arbitragem. A arbitragem atualmente está relegada a contratos internacionais e tem aplicação principalmente na área mercantil, já que demanda um aparelhamento instrumental e conceitual mais especificado da sociedade. Somente com a difusão e aceitação ampla da mediação e conciliação, de utilização mais simplificada e cuja implementação ainda engatinha, é que a arbitragem poderá almejar novos usuários.

Os outros dois instrumentos, mediação e arbitragem, vêm sendo implementados nos últimos anos, por atuação principalmente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Dentre

³ SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 21, p. 11-44, 1986. p. 18.

as especificidades da cada uma das abordagens, é possível estabelecer que o método da mediação ocorre quando o conflito de interesses é submetido à intervenção de terceira pessoa, que tem como principal função, facilitar o diálogo entre os interessados para que possam autonomamente construir a melhor solução.

Agindo como um instrumento em que o diálogo se torna a principal ferramenta utilizada para se desvincular do positivismo jurídico instituído, a mediação se preocupa com a criação de uma relação de diálogo entre as partes, em que, cada qual possa ver o conflito na perspectiva de seu opositor.

Esse enfrentamento direto faz-se necessário para que as decisões tomadas sejam entendidas como um consenso entre as partes, excluindo-se o papel do vencedor e do perdedor. Visto como uma vitória de ambas as partes, ao terem conseguido dialogar e chegar a um acordo.

A conciliação pressupõe a intervenção de um terceiro que propõe a melhor solução para ser apreciada pelas partes. Na mediação, portanto, o nível de autonomia das partes é mais acentuado.

Com a resolução direta de suas demandas judiciais, a conciliação surge como um ato de cidadania ao incluir o cidadão comum na resolução direta de seus conflitos, sem a interferência do Estado influenciado pelo seu positivismo jurídico.

Para Boaventura de Sousa Santos⁴, um conhecimento prudente é necessário para uma vida decente, transformando o aprendizado da resolução de conflitos sem a participação do Judiciário, uma ferramenta eficaz para a evolução de nossa sociedade.

Um novo sentido de justiça pode tornar o Judiciário mais flexível, quando as disputas não são mais resolvidas pela lei posta, e sim, pelas partes através do consenso. O Direito ao invés de transformar a sociedade é transformado por ela, moldando-se e adquirindo uma nova forma na atualidade que acompanha a evolução dos tempos. Mesmo assim, não perde sua essência ao continuar a deliberar sobre os conflitos não solucionados pela sociedade através desse novo artifício.⁵

Em tempos em que o Estado Social praticamente subjuga o Liberal, se torna eminente a necessidade de uma simbiose sócio liberal, para a abertura da liberdade de consenso entre os cidadãos, sem a interferência estatal quanto aos seus procedimentos, servindo apenas para corroborar suas decisões.

A mediação, a conciliação e a arbitragem podem ser importantes ferramentas no combate da vagarosidade do sistema e importantes para se reestabelecer rapidamente a cidadania.

O longo caminho para a aceitação social da solução extrajudicial de conflitos

Em todas as fases da história da evolução da humanidade, foi buscado um meio para solucionar conflitos, sejam violentos como as guerras, seja pelo diálogo em que os anseios de agressividade são deixados de lado, ou então pela escolha de um terceiro para decidir um embate. De certa forma, essa busca incessante se dá pelo incômodo de se encontrar envolvido a um litígio e os inúmeros inconvenientes daí derivados.

⁴ Ibid.

⁵ SANTOS, op. cit., p. 19.

Com o passar do tempo, as adaptações da sociedade nos levaram ao modelo mais utilizado de solução de conflitos que conhecemos hoje: o jurisdicional. Por muito tempo foi nele que a sociedade depositava as suas esperanças quando surgia um conflito, um impasse do qual não se via solução aparente, e se não fosse pela grande carga de trabalho que ele recebe atualmente, a sociedade ainda depositaria exclusivamente nele as suas esperanças.

Como já dito, a sociedade se adapta àquilo que lhe for mais vantajoso no momento, e pelas análises feitas ao mundo atual, pode-se enxergar que pouco a pouco a mediação, a arbitragem e a conciliação tomam um espaço importante na dita busca pela solução de conflitos. Pode-se dizer inclusive, que a solução extrajudicial de conflitos é um mecanismo que enseja a resolução dos conflitos pelos litigantes por si sós, o que leva à chamada autonomia, esta que, por sua essência, gera o desenvolvimento da cidadania entre os litigantes. É nesse viés que o presente trabalho busca expor a importância da solução extrajudicial de conflitos para garantir a preservação da cidadania.

É necessário identificar os fatores que contribuem para a demora na prestação jurisdicional, se faz igualmente necessário entender o porquê, por tão pouco, se busca exclusivamente o Poder Judiciário para a solução de conflitos.

Parece-nos que a primeira tentativa de resposta está na compreensão da configuração estrutural da maioria dos conflitos, em que o aspecto emocional dos envolvidos prepondera sobre a racionalidade. A busca pela racionalidade, que garantirá uma melhor eficácia na solução da demanda, é essencial no momento da crise que se instaurou. E essa racionalidade deve ser buscada fora do ambiente do conflito, o que torna tão relevante a figura de uma terceira pessoa, seja incentivando o diálogo, no caso da mediação, seja propondo uma solução alternativa, no caso da conciliação.

Mas a efetiva implantação de tais instrumentos deve enfrentar ainda vários questionamentos, apontados aqui como convite à reflexão, quais sejam: quais os danos sociais causados pela inacessibilidade à justiça? E, tão importante quanto, quais os danos que a sociedade causa à justiça submetendo a ela litígios que são muito mais de cunho psicológico do que legal? É necessário entender essa equação e buscar soluções definitivas a esse padecimento do sistema judiciário.

Defendemos aqui que já há ferramentas e instrumentos para uma significativa melhora no Poder Judiciário. Não se pode continuar a insistir em resolver os problemas com papel e caneta, criando mais leis, mais normas, mais burocracia. É necessário estudar com afinco as causas e consequências e equalizar as tensões sociais com as ferramentas que já existem. Muito já se caminhou nessa direção e talvez a melhor resposta veio com a compreensão do complexo fenômeno de decisão judicial, cujas pesquisas apontaram para o enfrentamento do problema do acesso à justiça.

Após várias tentativas de modificar o enfoque formalístico do Direito, em que o centro da atuação do aplicador do direito é a norma posta, criou corpo a perquirição acerca do efetivo acesso à justiça, implicando no estudo de todas as condicionantes para a solução dos conflitos. Assim, para Capelletti⁶:

⁶ CAPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 41, ano 11, p. 406-408, out./dez.2014. p. 406.

O movimento de acesso à Justiça, como enfoque teórico, embora certamente enraizado na crítica realista do formalismo e da dogmática jurídica, tende a uma visão mais fiel à feição complexa da sociedade humana. A componente normativa do direito não é negada, mas encarada como um elemento, e com grande frequência não o principal, do direito. O elemento primário é o povo, com todos os seus traços culturais, econômicos e psicológicos.

O resultado do enfoque do acesso à justiça é uma concepção contextual do direito. Em vez de uma concepção unidimensional, pela qual o direito e a ciência jurídica se limitam à declaração das normas, afirma-se uma concepção tridimensional: uma primeira dimensão reflete o problema, necessidade ou exigência social que induz à criação de um instituto jurídico; a segunda dimensão reflete a resposta ou solução jurídica, por sinal uma resposta que, além das normas, inclui as instituições e processos destinados a tratar daquela necessidade, problema ou exigência social; enfim, uma terceira dimensão encara os resultados ou o impacto, dessa resposta jurídica sobre a necessidade, problema ou exigência social.

Essa nova orientação doutrinária propiciou uma integração maior entre os diversos componentes subjetivos da decisão jurisdicional, aportando a questão do reconhecimento social da justiça em águas menos turvas.

Temos por concreto a percepção de que caminhamos para um universo jurídico mais seguro com a profissionalização da gestão dos tribunais. De acordo com Bacellar⁷, “O monopólio jurisdicional, ou a exclusiva função, atividade e poder do Estado de aplicar a lei ao caso concreto, representa uma conquista histórica de garantia da imparcialidade, independência para o alcance da segurança jurídica e manutenção do estado de direito”. Ainda nesta luz do autor citado, podemos destacar outras palavras de sua autoria como a necessidade de algo a mais para desafogar o sistema judiciário e focar na resolução dos conflitos:

Destaca-se aqui a necessidade de se trabalhar com meios complementares e consensuais para a solução desse grande número de controvérsias. Essas alternativas que melhor se ajustam à ideia de complementos à atividade jurisdicional podem ser exercitadas mediante métodos consensuais praticados dentro ou fora do processo⁸.

Com isso, podemos verificar que com a ampliação dos direitos e garantias fundamentais o acesso à justiça passou a ser exigido não só em relação ao aspecto formal do direito à igualdade, mas em seu aspecto material e efetivo, de modo que todos, independentemente de classe, pudessem usufruir desses direitos fundamentais com total segurança jurídica.

No âmbito do Poder Judiciário, o CNJ foi quem assumiu a dianteira na busca da efetividade da solução extrajudicial de conflitos e vem, há pelo menos dez anos, implementando ações com o intuito de tirar a exclusividade do Poder Judiciário na composição das demandas intersubjetivas.

Desde 2006 vem estimulando a composição privada por meio do *Movimento pela Conciliação* que tem por principal propósito alterar a cultura da litigiosidade e que culminou com a Semana Nacional da Conciliação, expediente anual que promoveu a extinção de inúmeras demandas judiciais inócuas. Para se comprovar o sucesso dessa política, nas oito primeiras edições da Semana de Conciliação foram efetuados 1.097.711 acordos, envolvendo R\$6,3 bilhões em recursos.

⁷ BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 59.

⁸ Loc. cit.

Segundo Amorin⁹, com tal postura “passou-se então à disseminação da paz, do diálogo, da harmonia, da pacificação, vale dizer, efetiva-se uma real mudança de cultura, migra-se da cultura do litígio para a cultura da paz”.

Métodos alternativos: da mudança de paradigma à positivação

O Processo, no Brasil, é necessariamente caracterizado como formal. Também por conta disso, os processos demandam muito tempo para serem solucionados e, ademais, nem sempre são financeiramente viáveis, já que os custos provenientes do Estado, dos honorários e das perícias (entre outros) não são pequenos. É notável o quanto o Estado tem falhado na missão de pacificação social e, assim, se faz necessário o uso de métodos alternativos para as soluções de litígios do país.

Acima de tudo, é imprescindível garantir os direitos dos cidadãos, do modo mais rápido e menos custoso possível. Para tanto, deve haver a ruptura com o formalismo processual, gratuidade e de legalização, com o intuito de facilitar o acesso da população a esses meios e aumentar a liberdade das soluções não-jurídicas.

Segundo Miguel Reale, coordenador da comissão que redigiu o anteprojeto que deu origem ao atual Código Civil, um dos três principais pilares do Código é o da operabilidade, que impõe soluções operáveis e viáveis para a aplicação do Direito. Visto que o Poder Judiciário nem sempre é uma opção viável para assegurar os direitos dos cidadãos, devido aos problemas anteriormente citados, os métodos amigáveis de solução de conflitos em pauta auxiliariam a prática indispensável desse princípio jurídico.

A Lei 9.307 de 1996¹⁰ efetivou o uso da arbitragem no Brasil e teve sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Por se referir a matérias que a legislação anterior ignorava, facilitou e otimizou a relação entre o Poder Judiciário e os tribunais arbitrais. De acordo com a Lei da Arbitragem, os árbitros podem ser escolhidos pelas Câmaras ou pelas partes, desde que haja a aprovação dos órgãos competentes. A escolha, portanto, se dará de forma livre sem que haja desordem, pois deverá ser aprovada.

Concomitantemente, é estabelecido, no artigo 18, que o árbitro é juiz de fato e de direito, não ficando sujeitas a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário as sentenças arbitrais. Já que as decisões arbitrais são equiparadas às judiciais, pelo mesmo artigo e pelo artigo 31, que prevê que os efeitos das duas serão os mesmos, é correto afirmar que os eventuais conflitos entre elas devem ser resolvidos pelo Superior Tribunal de Justiça.

O compromisso arbitral fica distinto do extrajudicial pelo artigo 9 e os casos de extinção de compromisso arbitral, como no de impossibilidade de um dos árbitros comunicar seu voto, sendo este considerado insubstituível pelas partes, são apresentados pelo artigo 12.

No artigo 13 fica definido que, para que um indivíduo possa atuar como árbitro, ele precisará ser capaz e possuir a confiança das partes, que poderão estabelecer o processo de escolha para determinar o árbitro, em comum acordo. Este, por sua vez, deverá proceder com imparcialidade, independência, competência diligência e discrição. As ocasiões em que

⁹ AMORIN, José Roberto Neves. O CNJ, a mediação e a conciliação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 43, ano 11, p. 343-352, out./dez.2014. p. 344.

¹⁰ BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 set. 1996.

os árbitros escolhidos podem ser recusados são regulamentadas pelo artigo 14, que prevê, além disso, que não poderão funcionar como árbitros todos aqueles que tiverem relações, especificadas por lei, com as partes ou com o litígio.

As circunstâncias em que a sentença arbitral será nula, como no caso de nulidade de compromisso, são explicitadas pelo artigo 32 e no artigo subsequente está estabelecido que, nos casos previstos na lei, há possibilidade da parte interessada pleitear a decretação de nulidade da sentença arbitral pelo Poder Judiciário competente, em procedimento comum. Para isso, contudo, a manifestação deve ocorrer dentro do prazo de até noventa dias contados da notificação da sentença.

Mais recentemente, dois outros instrumentos foram postos à disposição da mediação e conciliação, quais sejam, o novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/15¹¹ e a Lei 13.140/15¹², a Lei da Mediação.

O novo Código de Processo Civil (CPC) não só faz referências e normatiza sobre aspectos da arbitragem, mas também regulamenta e apresenta a mediação e a conciliação como meios de solução que devem ser estimulados. No que tange à mediação, o Código prevê a existência das câmaras privadas de mediação e conciliação, locais em que poderão ser encontrados mediadores e conciliadores profissionais.

As partes, de acordo com o artigo 168 do CPC, podem escolher seus mediadores, que além de possuir capacidade mínima, por meio de curso específico realizado por entidade credenciada pelo tribunal, também deverão obter a confiança das partes para poderem atuar. Por meio do artigo 165, o CPC distingue as ocasiões que devem ser tratadas pelo conciliador das que serão auxiliadas pelo mediador, o que contribui, indubitavelmente, para a compreensão das diferenças entre um método e outro.

O artigo 173 do CPC define em que circunstâncias haverá perda do título de mediador, como por exemplo o processo em que houver ação deste caracterizada por dolo ou culpa. As câmaras de mediação deverão ser criadas, obrigatoriamente, pelo artigo 174 do CPC, para solucionar conflitos no âmbito administrativo.

Na mediação judicial, os mediadores são Auxiliares da Justiça, podendo ser aprovados por concurso público ou por curso de capacitação específico. As mediações entre particulares e envolvendo a administração pública, distintas, também são tratadas pelo novo CPC. Vale ressaltar, ainda, que arbitrar, mediar e conciliar são atividades que não podem ser consideradas profissões, uma vez que são definitivamente momentâneas e podem ser exercidas por qualquer pessoa dentro dos limites estabelecidos pela lei.

Outro aspecto positivo em relação ao tema, na legislação estudada, é a aproximação do texto com a realidade ao permitir a realização de audiências por meios eletrônicos, no artigo 334 do CPC, conferindo maior praticidade e acessibilidade e agilizando o andamento dos procedimentos. Corroborando o citado, em 7 de agosto de 2015 o Tribunal de Justiça do Mato Grosso realizou a primeira mediação virtual internacional.

¹¹ BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

¹² BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 29 jun. 2015.

Conhecida como Lei da Mediação, a Lei 13.140/2015 trata sobre o uso da mediação para solução de conflitos, incluindo as questões de administração pública. Objetiva reduzir os processos a serem julgados pelo Judiciário.

Sua origem remonta ao Projeto de Lei (PL) 517/2011 e a positivação permite que a mediação seja extrajudicial ou judicial, em centros mantidos pelos tribunais. Em seu artigo 16, há a possibilidade de recorrer ao procedimento mediador mesmo quando o processo estiver em andamento na Justiça ou em arbitragem. Nesses casos, a tramitação será suspensa por prazo determinado.

Conflitos entre órgãos de administração pública também poderão recorrer à mediação, aplicando as regras da mediação judicial, enquanto não houverem câmaras especialmente criadas pelo governo.

Para ser mediador, a Lei em questão dispõe, no artigo 9 que mediadores extrajudiciais deverão possuir capacidade e a confiança das partes. Já o artigo 11 exige do mediador judicial a graduação há no mínimo dois anos em ensino superior e capacitação por instituição formadora de mediadores.

A recente Lei da Mediação define o processo de mediação, facilitando a compreensão do instituto, além de estabelecer os princípios da imparcialidade, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade, busca de consenso, confidencialidade e boa-fé, logo no artigo 2º. Na sequência, há a possibilidade legislativa para que a mediação verse sobre todo o caso ou parte dele. O 4º artigo define a escolha do mediador pelas partes ou por designio do tribunal, além de assegurar a gratuidade do procedimento aos necessitados.

Para assegurar o acesso à mediação, o artigo 32 possibilita a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa, pela União, Estados, municípios ou Distrito Federal, com o objetivo de, entre outros, diminuir os litígios entre órgãos e entidades da administração pública, os quais poderão criar câmaras para resolver os conflitos entre particulares que versem sobre atividades por eles reguladas ou supervisionadas, de acordo com o artigo 43.

Assim como a arbitragem, a mediação também poderá se realizar por meios que permitam a solução dos casos por distância, como a internet – possibilidade registrada no artigo 46.

No final do ano de 2015 foi publicado o Novo Código de Ética da Advocacia. Nele é trabalhada a ética esperada nas atitudes dos advogados, e para provar o espaço que os meios extrajudiciais de solução de conflitos têm tomado na sociedade, também traz em sua redação, no inciso VI do Parágrafo Único do artigo 2º, como dever do advogado, estimular os meios extrajudiciais de solução de conflitos para prevenir a instauração do próprio litígio.

Art. 2º.

Parágrafo único. São deveres do advogado:

VI - estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;

A derradeira providência estatal virá com a atribuição de caráter constitucional à solução extrajudicial de conflitos e já está em análise na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado (CCJ), um projeto de emenda constitucional (PEC 108/15) proposto pelo senador Vicentinho Alves. A referida emenda visa acrescentar na Constituição Federal mais um inciso no artigo 5º, este que traz os direitos fundamentais individuais e coletivos. O inciso LXXIX viria com a seguinte redação:

Art. 5º.

LXXIX - O Estado estimulará a adoção de métodos extrajudiciais de solução de conflitos.

A solução extrajudicial de conflitos, apesar de ter ganhado legislação própria com a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 e as mudanças no Código de Processo Civil, ainda não tinha a sua importância elevada a um nível constitucional, e muito menos um caráter de direito e garantia fundamental. Com a referida emenda, se for o caso de ser aprovada, elevaria a mediação, arbitragem e a conciliação a esse status.

O principal viés dessa emenda é, sem dúvida, buscar garantir, da forma mais ampla possível, o acesso à justiça, consubstanciando-se em mais um elemento tendente a ampliar o espectro da cidadania no Brasil.

Conclusão

O amplo acesso à justiça é corolário do pleno exercício da cidadania e se reflete na boa convivência social, na relação harmônica entre os cidadãos e, principalmente, na compreensão do fenômeno jurídico como instrumento de justiça. Tais características se mesclam para coroar valores sociais inerentes à própria identidade.

Para a construção de uma cultura de paz, em substituição à cultura do litígio que hoje impera na sociedade brasileira, muito já se fez e muito há ainda para caminhar; mas se é verdade que vivemos em um Estado de Direito, também deve ser reconhecido que a base legal para a efetivação da via extrajudicial como método preferencial para solução de conflitos já está plenamente positivada, com o que se faz necessário agora uma ampla difusão de sua importância, principalmente no substrato social que mais necessita da intervenção do Estado, qual seja, as camadas mais vulneráveis da população brasileira.

Referências

AMORIN, José Roberto Neves. O CNJ, a mediação e a conciliação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 43, ano 11, p. 343-352, out./dez.2014.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 set. 1996.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

_____. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 29 jun. 2015.

CAPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 41, ano 11, p. 406-408, out./dez.2014.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 21, p. 11-44, 1986.

A proteção dos filhos menores após o fim do vínculo afetivo existente entre os pais¹

MÁRCIA MARIA MENIN

Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito Civil e de Direito do Consumidor nas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA). Advogada. Contato: meninmarcia@hotmail.com

AMANDA BATISTA GONZALES

BÁRBARA SOARES GIUS

EDUARDO LUIS BERTO

ETTORE GUERREIRO LOTTO

MÁRCIA REGINA PIRES DOS SANTOS

VITOR FONTE DOSSO

Graduandos em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP.

Resumo: O presente trabalho tem por escopo demonstrar as consequências jurídicas da dissolução do vínculo de afeto entre pais na vida do filho menor. Para tanto, realiza uma análise acerca do poder familiar, das espécies de guarda, do Princípio do Melhor Interesse do Menor, da mediação como importante técnica de solução de conflitos e ainda apresenta ao leitor a Oficina de Pais e Filhos promovida pelo Poder Judiciário de Catanduva em parceria com o curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino.

Palavras-chave: Filho menor. Guarda. Mediação.

Abstract: The present study aims to demonstrate the legal consequences of the dissolution of the parents affection bond in the underage child life. Therefore, it performs an analysis about the family power, of a sort of custody, of the of the minor best interest principle as well as of the meditation as an important technique for resolving conflicts and it still presents the reader with the Workshop for Parents and Children sponsored by the Judicial Power of Catanduva in partnership with the course of Law of Faculdades Integradas Padre Albino.

Keywords: Underage child. Custody. Mediation.

Introdução

Ao analisarmos a moderna concepção da entidade familiar encontraremos novos aspectos familiares que refletem uma evolução social e legislativa estreitamente interligada com o que preconiza os princípios solidaristas da Constituição Federal, do Código Civil, do Estatuto da Criança e do Adolescente e de leis extravagantes.

Primeiro, temos a mudança da nomenclatura “pátrio poder” para “poder familiar”, eis que naquela primeira – utilizada no século XX, no revogado Código Civil de 1916 – o poder era oriundo da figura paterna, ou seja, as decisões familiares eram tomadas tão somente pelo homem e, em contrapartida, a moderna figura do “poder familiar” passa a estabelecer igualdade entre os pais, admitindo certa autonomia entre estes no que se refere às decisões acerca de sua prole.

Segundo, a evolução no direito das famílias e consequente aceitação e proteção legislativa no que tange as suas diversas configurações, somados ao próprio pensamento e comportamento do homem do século XXI, acarretaram uma maior liberdade para a família, mas naturalmente eclodiram novos conflitos familiares.

¹ O presente trabalho tem como base o projeto de pesquisa denominado “Direito de família contemporâneo: a aplicação dos princípios constitucionais na composição dos conflitos familiares”, tendo sido desenvolvido pelos alunos com o auxílio da docente responsável pela pesquisa (PESQDIR2015225)

Assim, propõe o presente artigo demonstrar quais questões serão enfrentadas pelo magistrado por ocasião da ruptura de um relacionamento afetivo que tenha dado origem a filhos, bem como demonstrar a possibilidade da desjudicialização na composição de conflitos familiares por intermédio da mediação. Desta forma, será perceptível que apenas com um tratamento mais humanitário nas questões familiares, será possível a concretização dos valores supremos inseridos na Constituição Federal.

Breves considerações sobre o poder familiar

O poder familiar no primeiro momento nos remete à figura paterna, bem como sua representação legal no que se refere aos filhos, porém, vai muito além desta breve constatação. Tal poder familiar, que durante a égide do revogado Código Civil era conhecido como pátrio poder, obteve grandes modificações até chegar nesta forma que conhecemos.

A princípio, o pátrio poder era de certo modo limitado ao que se refere a figura paterna, tendo o homem um papel mais incisivo na relação familiar, e a mulher o dever de acatar as decisões tomadas pelo seu parceiro, principalmente na educação dos filhos, não devendo, neste caso, se opor ao que pelo patriarca era estabelecido.

O Código Civil de 1916 impunha que o pátrio poder seria exercido exclusivamente pelo marido, uma vez que era o chefe da sociedade conjugal. Apenas na falta ou impedimento do pai é que a mulher poderia assumir o poder familiar. O Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) modificou dispositivo legal da revogada legislação civil e assegurou o pátrio poder para ambos os pais, contudo, não seria exercido em igualdade de condições porquanto a mulher seria apenas a colaboradora do marido e, em caso de divergência entre os genitores, prevalecia a vontade paterna.

Após grande luta e militância feminina para que o sistema jurídico brasileiro contemplasse a equalização de direitos entre os sexos, tal igualdade efetivamente foi imposta pela Constituição Federal² e reafirmada, posteriormente, pelo Código Civil. Desta forma, o pátrio poder cede lugar ao poder familiar, instituto protecionista do menor que passa a ter nova roupagem³.

Sendo assim, é correto afirmar que atualmente o poder familiar é exercido de modo igualitário pelas figuras paterna e materna, estabelecendo os reais direitos e deveres no âmbito familiar, e tem por finalidade a proteção do interesse da criança e do adolescente até que este complete 18 anos de idade. Quando houver divergências e estas se tornarem inconciliáveis é permitido que se recorra ao Poder Judiciário, não obstante a melhor solução apresentar-se na busca pela mediação, pois, nesta hipótese, não haverá sobrepujância de um dos pais sobre o outro, mas a resolução conjunta do problema mediante acordo entre os pais, o qual será homologado judicialmente.

² É o que determina o Art. 5º, I da Constituição Federal e Art. 226, §5º do mesmo diploma legal. Vejamos: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

³ Atualmente, entende grande parte dos civilistas que a expressão que melhor designaria o instituto em comento seria Autoridade Parental. Afirma Paulo Lôbo: "Com efeito, parece-nos que o conceito de autoridade, nas relações privadas, traduz melhor o exercício da função ou do múnus, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e interesse do outro. [...] 'Parental', destaca melhor a relação de parentesco por excelência que há entre pais e filhos, o grupo familiar de onde deveria ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade, além de fazer justiça à mãe. A discussão terminológica é oportuna, pois expressa mudança radical operada no instituto. (LÓBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 269).

Dessa forma podemos entender que:

O poder familiar é a decorrência do vínculo de filiação, constituindo o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas sobre tudo, no afeto⁴.

Outrossim, o fim do relacionamento afetivo dos pais não configura modificação ou cessação do poder familiar sobre os filhos. Embora altere a forma de convivência entre eles, conforme preceitua o Art. 1.632 do Código Civil⁵.

Deste dispositivo legal depreende-se a interpretação de que ter os filhos na companhia dos pais é um direito daqueles e um dever destes. O não cumprimento de tal dever poderá ocasionar para o pai faltoso responsabilidade civil por abandono afetivo, uma vez que afeto está perfeitamente contido na companhia.

Ademais, é permitido afirmar que mesmo se a guarda do menor for conferida a terceiro, ou se a criança for inserida em lar substituto⁶, o poder familiar dos pais sobre o menor permanecerá, possuindo aqueles a obrigação de prestar alimentos até mesmo na ocorrência de suspensão do poder familiar.

A codificação civil, em seu Art. 1.694⁷ impõe rol de direitos e deveres dos pais com relação aos filhos os quais configuram o exercício do poder familiar.

Quanto à obrigatoriedade dos pais em dirigir a educação dos filhos, importa ressaltar que referida educação deverá ser tomada em sentido amplo, ou seja, diz respeito à educação escolar⁸ como direito subjetivo público, mas também se refere à educação moral, profissional, religiosa, ou seja, possui correlação com tudo aquilo que será imprescindível para a formação intelectual e emocional da prole.

Para que os pais não se excedam quanto ao exercício do poder familiar, criou-se a denominada Lei da Palmada, também denominada Lei Menino Bernardo. Esta lei tem por finalidade proibir a prática de violência por parte daquele que tem o dever de proteger, criar e educar e que se utiliza de uma situação de possível hierarquia para desferir castigos físicos contra o menor. Destarte, assegura à criança e ao adolescente o direito de ser educado e criado sem castigos físicos ou tratamento degradante. Pela lei, considera-se castigo físico o uso da força física que resulta em sofrimento ou lesão física, mesmo que disponha de

⁴ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil. Direito de família*. 5. ed. São Paulo: Forense, 2015. v. 5. p. 294.

⁵ Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

⁶ Art. 28. A colocação em família substituída far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

⁷ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do Art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

⁸ Com relação à educação escolar determina o Estatuto da Criança e Adolescente em seu Art. 55 que os pais ou responsáveis têm o dever de matricular os filhos ou pupilos na rede regular de ensino. O Art. 246 do Código Penal fixa pena de detenção de quinze dias a um mês a quem deixar, sem justa causa, de prover a instrução primária de filho em idade escolar e o Art. 247 deste mesmo diploma legal inclui no crime de abandono intelectual permitir que o filho frequente casa de jogo, conviva com pessoa viciosa ou de má vida, resida ou trabalhe em casa de prostituição, mendigue para excitar a comensação pública.

natureza disciplinar ou corretiva. Tratamento cruel ou degradante é considerada a conduta que humilha, a ameaça grave ou a postura que ridicularize a criança ou o adolescente.

Desta forma, a lei em comento, além de alterar alguns dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, também acaba com qualquer dúvida a respeito da possibilidade de castigar, ainda que moderadamente, o filho. Não obstante indigitada lei não criminalizar a agressão, o agente ofensor ficará submetido às medidas de caráter psicossocial que deverão ser aplicadas pelo Conselho Tutelar⁹.

Ademais, importa fazer referência à possibilidade de submeter os filhos a serviços próprios de sua idade e condição, conforme determina a legislação civil, uma vez que neste caso a lei poderá dar abertura para que se recaia em exploração da vulnerabilidade de filhos menores, fato que poderá ser considerado abuso¹⁰.

Por fim, temos que, além de outras causas estabelecidas pelo Código Civil, o poder familiar dos pais, via de regra, cessará quando seus filhos atingirem 18 anos de idade, sem desconsiderar os casos de perda e suspensão do poder familiar.

No que tange à perda do poder familiar por sentença judicial, o Código Civil, em seu Art. 1.638, estabelece as seguintes causas: castigo imoderado do filho, abandono do filho, prática de atos contrários a moral e aos bons costumes e a incidência reiterada nas faltas previstas no Art. 1.637 daquela codificação.

É mister que se afirme que atualmente a jurisprudência nacional se posiciona favoravelmente à destituição do poder familiar em virtude de alienação parental¹¹ e ainda à responsabilidade civil do alienador por abuso de direito.

APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E ADOÇÃO UNILATERAL PELO PADRASTO. CABIMENTO. Como regra geral, a falta de recursos e a impossibilidade dos pais em assistir materialmente os filhos não são justificativas suficientes para imposição da drástica medida de perda do poder familiar. Também a boa relação afetiva entre uma criança ou adolescente com seu padrasto autoriza a destituição do poder familiar em face do genitor não guardião. Obviamente, a relação estabelecida entre o companheiro da mãe e sua enteada - no geral - não interfere, ou não deveria interferir, na relação da filha com o pai biológico. Contudo, no presente caso, para além do apelante ter estado incapacitado de assistir materialmente a filha, verificou-se que o recorrente afastou-se da filha ao longo de mais de 10 anos da vida dela. A impossibilidade de pagar alimentos não deve provocar o término de convivência entre o pai e filha. Por outro lado, ainda que se admitisse eventual postura de alienação parental por parte da mãe, o que chama atenção aqui, é que o pai/apelante resignou-se com esse “afastamento forçado” da filha

⁹ Nesta parte a Lei 13.010/2014 (Lei da Palmada) acrescenta ao Art. 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente o Art. 18-B que preceitua: Art. 18-B. Os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, tratá-los, educá-los ou utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso:

I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;

II - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;

III - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;

IV - obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado;

V - advertência.

Parágrafo único. As medidas previstas neste artigo serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências legais.

¹⁰ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹¹ A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

¹² 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 a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. No presente trabalho, este tema será abordado oportunamente.

e não tomou providências para retomar o convívio. Fato é que - atualmente - a filha não reconhece no apelante a figura paterna, ficando demonstrado na instrução que foi a própria adolescente quem pediu para ser adotada pelo padrasto e regularizar a relação socioafetiva já consolidada no plano fático. Caso em que a destituição do poder familiar e a adoção pelo padrasto é medida que melhor atende aos interesses da adolescente. Negaram provimento (Apelação Cível Nº 70054470091, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 27/06/2013).

Assim, temos que o poder familiar constitui, na realidade, muito mais um dever dos pais do que um poder que possuem com relação aos filhos menores. É permitido ainda que se afirme que se trata de um múnus público a serviço do bem-estar do menor e do desenvolvimento saudável de sua personalidade.

O melhor interesse da criança como princípio a ser observado na fixação da guarda

O Brasil adotou em seu sistema jurídico o Princípio do Melhor Interesse da Criança por meio da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificado pelo Decreto nº 99.710/90, com o seguinte teor:

Artigo 3.1: Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

No texto traduzido consta, como visto, a expressão “interesse maior da criança” apesar de a versão original, feita em língua inglesa, utilizar o termo *the best interest*. Como pondera Tânia da Silva Pereira, está-se diante de dois conceitos diversos: a versão original vinculada a um conceito qualitativo - *the best interest* - e a versão brasileira dentro de um critério quantitativo - *o interesse maior da criança*¹².

Seguindo a melhor doutrina referir-nos-emos à expressão “melhor interesse da criança”, dada a sua abrangência qualitativa, de acordo com aquilo que traga mais benefícios para seu desenvolvimento (afeto, educação, saúde, local de moradia) e não apenas sua oitiva perante o magistrado.

Atualmente, a aplicação do princípio do *best interest* é considerado como um padrão na fixação da guarda, mas leva-se em conta, inclusive, as necessidades da criança em detrimento dos pais, de acordo com a análise do caso concreto. E também é necessário, em cada caso, fazer uma distinção entre moral e ética, até porque a aplicação de qualquer princípio deve preencher o conteúdo em cada circunstância da vida, com as concepções próprias dos contornos que envolvem aquele caso determinado (pois tem conteúdo aberto)¹³.

Quando há separação de cônjuges jamais poderá haver a separação deles em relação aos filhos. Logo, o princípio do melhor interesse da criança prevalece sobre os interesses dos pais em conflito, tendo por finalidade sua formação, sua dignidade, seu respeito e sua convivência familiar, não podendo ficar comprometidos com a separação de seus pais.

¹² PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança. In: _____. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. São Paulo: Renovar, 2000. p. 12.

¹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba-PR, 2004. p. 92.

Nas palavras de Maria Berenice Dias¹⁴:

A guarda dos filhos é, implicitamente, conjunta, apenas se individualizando quando ocorre a separação de fato ou de direito dos pais. Também quando o filho for reconhecido por *ambos os pais*, não residindo eles sob o mesmo teto e não havendo acordo sobre a guarda, o juiz decidirá atendendo ao melhor interesse do menor (CC. 1.612).

Vale ressaltar, porém, que se deve respeitar à deliberação que os genitores chegaram - após a oitiva do Ministério Público - até porque estão vivendo um momento de absoluta fragilidade emocional quando da separação. Sendo assim, recomenda-se ao juiz mostrar as vantagens da guarda compartilhada.

A guarda unilateral

A guarda unilateral ou exclusiva é atribuída pelo juiz a um dos pais ou a um terceiro, na hipótese de nenhum destes preencherem as condições necessárias para tal, quando não chegarem a um acordo e não se tornar viável, no caso concreto, a guarda compartilhada, uma vez que esta é preferencial, como ensina Paulo Lôbo¹⁵.

Quando há o divórcio convencional os ex-cônjuges até podem acordar sobre a guarda exclusiva a um dos dois, porém, esta deve resultar no melhor interesse do menor, preenchendo as melhores condições para exercê-la.

Diferente do Código Beviláqua em que a guarda era atribuída ao que comprovasse ser inocente na separação, eis que a sociedade era fortemente marcada pelo individualismo liberal do século XIX, sendo o homem o centro das atenções, onde não eram admitidos valores sociais e também não se respeitava a dignidade da pessoa humana – como atualmente - e sendo assim, a guarda dos filhos era atribuída ao cônjuge que não tivesse dado causa à separação judicial, o que ensejava, em diversos casos, injustiças e comoções.

O surgimento do Estado social que ocorre, notadamente, com o advento da Constituição Federal de 1988, foi o marco inicial para o posicionamento dos juristas e da própria sociedade, possibilitando, destarte, a evolução do Direito, principalmente no que se refere ao Direito das Famílias. Além do advento da Constituição cidadã, foram criados micro ordenamentos jurídicos, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁶, o Código de Defesa do Consumidor e finalmente o atual Código Civil de 2002, trazendo consigo vários princípios implícitos e explícitos e garantindo ao juiz a possibilidade de valoração do caso concreto, de acordo com a exigências sociais.

Nesse diapasão, o Código Reale afastou de vez a tenebrosa regra da culpa do pai ou da mãe na fixação da guarda. O Art. 10 da Lei 6.515/77¹⁷ – que atribuía a guarda dos filhos ao

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 453. grifo nosso.

¹⁵ LÔBO, op. cit., p. 192.

¹⁶ Seguindo as diretrizes constitucionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu normas protetivas à criança e ao adolescente, em seus Arts. 3º e 4º:

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

¹⁷ Art 10. Na separação judicial fundada no “caput” do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa.

cônjuge que não tivesse dado causa à separação judicial – foi revogado, ficando a guarda, como já dito, àquele que comprovar melhores condições para exercê-la, de acordo com o melhor interesse da criança.

Essas “melhores condições” foram trazidas pela Lei 11.698/08 – Lei da Guarda Compartilhada que alterou o Art. 1.583 do Código Civil. Referido dispositivo legal determina que o afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; a saúde e segurança; e a educação devem ser propiciadas aos filhos. Esses elementos devem ser ponderados pelo juiz caso a caso, pois nenhum se sobrepõe ao outro, podendo a comprovação ser feita com o auxílio de equipes multidisciplinares¹⁸.

Por saúde entende-se não apenas as doenças e suas prevenções, mas também os hábitos de higiene, de alimentação saudável, a prática de esportes em horários vagos etc. A educação é referente não apenas à formação escolar, mas também à formação moral, espiritual, artística, dentre outras. Por sua vez, a segurança diz respeito à integridade física, à liberdade de ir e vir, ao acompanhamento das relações sociais do menor, evitando a má companhia¹⁹.

Respeitados esses requisitos mínimos, muito provavelmente o guardião será, além do mais apto, o que mais demonstrará afeto nas relações com o menor. Lembrando que, como dito no início do presente tópico, nem sempre será escolhido o pai ou a mãe, podendo ser os parentes (avós, tios, padrinhos) ou terceiros que demonstrem a real relação de afeto que existe com a criança (ou adolescente).

A guarda compartilhada: evolução histórica e consequência jurídica

A nossa cultura sempre trouxe a ideia de divisão de funções nas famílias. Os homens tinham que ser fortes, competitivos, controladores das finanças da família, ou seja, seus provedores. Já as atividades domésticas e o cuidado dos filhos eram atribuições das mulheres. Entretanto, essa concepção mudou com o tempo, as mulheres ingressaram no mercado de trabalho e passaram a desempenhar atividades e papéis antes considerados do homem. E este? Por não ter alternativa, passou a cuidar dos filhos enquanto a mulher desempenha sua profissão. Com isso descobriram o prazer em estar próximos aos filhos e passaram a reivindicar um convívio maior com a prole.

Com essa mudança nas concepções familiares, o homem, nos casos de separação, passou a disputar a guarda dos filhos, não se conformando em apenas pagar os alimentos e fazer visitas periódicas. A partir deste momento os pais se uniram e passaram a buscar, por meio de associações e organizações não governamentais, mais direitos e espaço de convívio com os filhos.

A união dos pais em busca de maiores direitos familiares, a aplicação do Princípio da Igualdade entre homem e mulher, pai e mãe, e do Princípio do Superior Interesse da Criança²⁰ resultaram na instituição da guarda compartilhada em 2008. Com a instituição desta pela Lei

¹⁸ Estas equipes são de extrema importância prática, fornecendo elementos para a decisão (como os psicólogos, por exemplo), uma vez que não é recomendável ao juiz consultar diretamente a opção da criança na escolha da guarda, pois pode acarretar em sentimentos contraditórios, afirmações equivocadas, eis que seu desejo, na maioria das vezes, é de permanecer com ambos os pais.

¹⁹ LÓBO, op. cit., 2012, p. 194.

²⁰ Tal princípio encontra-se explicitado no Art. 227 da Constituição Federal, vejamos: Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

nº 11.698, passou-se a conferir aos genitores a igualdade no exercício da autoridade parental por meio de responsabilização conjunta e da igualdade de direitos e deveres, reduzindo traumas e favorecendo o desenvolvimento das crianças.

O Art. 1.583, §1º, do Código Civil, traz o conceito de guarda compartilhada, apresentando-a como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”. Portanto, com a instituição da guarda compartilhada ambos os cônjuges podem exercer a autoridade parental de forma igualitária e amigável, o que resulta em melhor relação familiar mesmo após o divórcio.

Na guarda compartilhada a ideia é manter a rotina entre pais e filhos o mais próximo possível de como ocorria antes da separação para que tanto as crianças quanto os pais não sofram e a harmonia seja mantida tendo uma boa relação. Para isso é preciso afastar a ideia de que a mãe parece se beneficiar da preferência do Judiciário, os ex-cônjuges têm que estar em perfeita igualdade em relação ao exercício da autoridade parental para a realização do compartilhamento.

A Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, além de instituir a guarda compartilhada e defini-la, também definiu a guarda unilateral e, além disso, mostrou certa preferência ao compartilhamento. Ela trouxe para os juízes o dever de alertar aos pais as vantagens da guarda compartilhada, mesmo que estes optassem pela guarda unilateral.

Entretanto, a expressão “sempre que possível” - expressa no Art. 1.584, §2º, do Código Civil – ocasionou um efeito negativo não esperado, qual seja, a tentativa de alienação parental para obter a guarda unilateral. O genitor contrário à ideia do compartilhamento passava a ter comportamento conflituoso com o outro genitor para que o juiz não aplicasse essa espécie de guarda. A partir deste fato os juízes, quando percebiam certo conflito e falta de consenso entre os genitores, passaram a negar a guarda compartilhada.

A busca dos pais pelo direito de conviverem com os filhos continuou, pois a alteração da lei para priorizar o compartilhamento resultou em pouca ou quase nenhuma eficácia. Estes passaram a denunciar a prática de desqualificação do genitor, a campanha de desmoralização do ex-cônjuge para que os filhos passem a odiar o outro genitor e se afastem dele, ou seja, a denominada alienação parental. E, a partir dessas atitudes, como restabelecer a convivência com os filhos? Os pais continuaram a se mobilizar e uma nova lei foi criada.

A Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014, “Lei da Igualdade Parental”, altera quatro artigos do Código Civil – Arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 - mas mantém o conceito de guarda compartilhada e guarda unilateral²¹. Porém, essa nova lei gerou polêmica e controvérsias acerca de dois pontos, e o Art. 1.583, §2º do diploma civil é o dispositivo que mais desperta atenção, pois é aquele que explicita o modo de compartilhamento.

Por um lado, à felicidade de quem, estando privado, poderá ter igualdade no que tange período de convivência com os filhos e que comemoraria a introdução da guarda alternada. No outro extremo, quem já tem a guarda dos filhos e acredita que com a alternância estes

²¹ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (Art. 1.584, §5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

perderão sua referência de moradia e se desespera. Contudo, isto ocorre por uma confusão, ou má interpretação, do parágrafo 2º do Art. 1.583 que, ao se referir ao tempo de convívio com os filhos, diz que este tem que ser “dividido de forma equilibrada”²². Essa expressão foi confundida com outra espécie de guarda, a alternada. Esta que desempenha a guarda exclusiva por um período pré-determinado (anos, meses, dias ou outros) não é encontrada na legislação brasileira e não pode ser confundida com a guarda compartilhada, que visa à harmonia e a responsabilidade conjunta dos pais em relação aos filhos.

Outro ponto polêmico é a ideia de que o Estado estaria intervindo demasiadamente nas decisões familiares, sem levar em consideração a vontade dos filhos de conviver ou não com um dos pais, além de prejudicar seu desenvolvimento ao ser educado com valores e orientações de lares distintos. O juiz pode impor o compartilhamento mesmo que os pais discordem, porém somente se houver viabilidade comprovada e, no caso de ambos a reivindicarem, se necessário, encaminhará os genitores a acompanhamento psicológico ou psiquiátrico conforme determina o Estatuto da Criança e do Adolescente²³. Ainda, a avaliação por equipe interdisciplinar é recomendada quando a guarda for determinada judicialmente.

Em qualquer espécie de guarda cabe aos genitores supervisionar o interesse dos filhos, como também solicitar informações e prestação de contas. Estas atribuições devem ser desempenhadas para um melhor exercício da responsabilidade parental. Mesmo determinado o compartilhamento, os superiores interesses dos incapazes continua prevalecendo.

Segundo Maria Berenice Dias, apesar dos pontos polêmicos e de dúvidas, a lei traz diversos benefícios e “seu maior mérito é consagrar o direito da criança”. Afirmar a civilista²⁴:

A guarda conjunta garante, de forma efetiva, a permanência da vinculação mais estrita de ambos os pais na formação e educação do filho, que a simples visitação não dá espaço. O compartilhamento da guarda é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos.

O exercício da autoridade parental deve continuar após o divórcio da mesma forma que era exercitado durante o casamento por ambos os genitores. Para isso não é preciso que a criança divida seu tempo entre uma residência e outra, mas que um dos genitores ceda residência habitual para que a criança tenha certa estabilidade e, para que a guarda compartilhada tenha pleno efeito, esta deve se estruturar na vontade dos genitores, mantendo assim uma relação amigável e o exercício da autoridade parental²⁵.

²² Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. §2º. Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

²³ Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável: III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; [...].

²⁴ DIAS, Maria Berenice. Novo conceito de compartilhamento: igualdade parental. *Revista IBDFAM: famílias e sucessões*, Belo Horizonte, v. 7. p. 11-22. jan./fev. 2015. p. 22.

²⁵ Embora a guarda compartilhada deva ser regra em virtude da ruptura dos laços afetivos entre os pais, o entendimento da maioria dos tribunais se refere ao não compartilhamento da guarda caso haja clima de litigiosidade entre os genitores do menor. Um exemplo de tal afirmativa é a seguinte decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: Agravo de Instrumento. Guarda. Guarda compartilhada. Descabimento. Ante o forte clima de litigiosidade entre os genitores, o que já está estampado nos diversos recursos apreciados por este Colegiado, não se recomenda o deferimento da guarda compartilhada. Quanto à incidência da nova legislação (Lei 13.058/2014), há que interpretá-la à luz dos princípios constitucionais superiores, em harmonia especialmente com o disposto no art. 227 da CF/88, que consagra o princípio do melhor interesse da criança. Negaram provimento. Unânime. (AI nº 70064561541, Oitava Câmara Cível, TJ/RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 16/07/2015). Neste mesmo sentido: menta: Guarda. Tutela antecipada. Compartilhada ou unilateral. Intensa litigiosidade. Decisão não acolheu, em tutela antecipada, pedido do pai de guarda compartilhada. O alto grau de litigiosidade entre os pais da criança não autoriza, pelos elementos trazidos no agravo, a modificação da guarda unilateral da mãe para a forma compartilhada. Recurso não provido. (AI 01405578620138260000, Nona Câmara Cível, TJ/SP, Relator: Alexandre Lazzarini. Julgado em 5/2/2014).

O pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes é eficazmente alcançado pelo compartilhamento. “Compartilhar a guarda de um filho é muito mais garantir que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos seus deveres inerentes ao poder familiar”²⁶.

A Oficina de Pais e Filhos: em busca de uma solução

Uma realidade que atinge as famílias brasileiras contemporâneas é o divórcio. Este é o segundo evento que causa mais impacto na vida das pessoas, perdendo apenas para a morte. Buscando apaziguar o dano emocional a todos os envolvidos, a juíza Vanessa Alfiero da Rocha, da 2ª Vara da Família e Sucessões de São Vicente-SP, teve a brilhante ideia e trouxe ao Poder Judiciário paulista o projeto “Oficina de Pais e Filhos”. Esta Oficina oferece atendimento a ex-cônjuges ou ex-companheiros que se encontram em situação de litígio, tendo como objetivo principal a tentativa de direcionar o conflito para a pacificação, levando-se sempre em consideração o melhor interesse do menor. O projeto também é usado em outros países e traz resultados positivos, como Canadá e Estados Unidos.

Além disso, as crianças e adolescentes encontram um local para falar sobre seus sentimentos e expectativas em relação a esse momento diferente da vida, e seus pais, em salas separadas, refletem sobre comportamentos e atitudes em relação aos filhos.

Vale ressaltar que as situações vivenciadas na Oficina de Pais e Filhos não irão refletir negativamente no processo de divórcio ou no processo de regulamentação da guarda, o que aumenta a liberdade das pessoas na troca de experiências. Também importa referir que no local onde são apresentados os vídeos e “slides” sobre a relevância do “pós-divórcio” na vida dos filhos, encontra-se uma equipe multidisciplinar composta por advogados, psicólogos e alunos do curso de Direito, todos aptos a prestarem auxílio às pessoas envolvidas mormente no que tange a demonstração do impacto dos efeitos da separação para os filhos menores.

Em agosto de 2014, por iniciativa da juíza de Direito, Renata Rosa de Oliveira, responsável pela Vara da Família e das Sucessões da comarca de Catanduva, interior de São Paulo, firmou-se parceria com as Faculdades Integradas Padre Albino da mesma cidade, momento em que decidiu-se que seriam utilizadas as instalações do curso de Direito para realização da Oficina de Pais e Filhos.

Uma vez por mês as famílias em conflito são intimadas pelo oficial de justiça ou mesmo na própria audiência para participar da Oficina, e lá iniciam-se os trabalhos – como dito acima – de conciliar, ajudar, explicar o momento a todos os envolvidos (pais, mães e filhos) e principalmente reforçar a ideia de que os filhos (crianças e adolescentes) são os principais prejudicados nessa mudança de vida.

Por vezes, essas mudanças geram problemas na vida das crianças e adolescentes, como angústia, medo, raiva de um ou ambos os genitores, depressão. Ademais, pode ocorrer dos próprios pais utilizarem os filhos como “mensageiros” ou “espiões” da vida do outro genitor, abalando ainda mais a alma e a estrutura psíquica do menor. Dentre os principais objetivos deste projeto é evitar e abolir este tipo de ato que, por vezes, acarreta na criança ou no adolescente, a denominada Síndrome da Alienação Parental.

²⁶ DIAS, op. cit., p. 22.

Logo, com todos esses esforços, é permitido que se conclua que os municípios de Catanduva e São Vicente obtiveram flagrante benefício com o advento do presente projeto. Assim, este poderá ser utilizado como referência para demais cidades do país, uma vez que comprovou-se que por meio da equipe multidisciplinar e dos alunos, é plenamente possível amenizar as consequências de um divórcio conflituoso.

A alienação parental

Regulamentada pela Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, a alienação parental trata de verdadeira agressão que a criança ou adolescente sofre em relação ao bom convívio familiar. Ela ocorre quando um dos pais ou os que possuem a guarda, autoridade ou vigilância do menor passam a utilizar a criança ou adolescente como ferramenta de agressão acompanhada de uma desmoralização contra o outro genitor.

A alienação parental ganhou notoriedade ao se perceber que ela ocasionava em suas vítimas algumas consequências psíquicas. O conjunto de tais efeitos emocionais foi, no ano de 1985, denominado *síndrome da alienação parental* pelo professor do departamento de psiquiatria infantil da Faculdade de Columbia, Richard Gardner.

Em seu estudo, Gardner classificou essa síndrome como um distúrbio que se origina da alienação parental e que, portanto, ocorre mormente na infância e aparece em crianças que estão no contexto de disputas de custódia entre os pais. Esta síndrome, constata o pesquisador, acarreta consequências futuras para o menor, tais como, ansiedade, estresse, déficit de atenção, insônia, depressão e em alguns casos podendo levar até o jovem a cometer suicídio.

Observando esse panorama presente notadamente em famílias que vivenciam conflitos em razão da ruptura do vínculo conjugal, o legislador brasileiro não poderia deixar de regulamentar o assunto em tese. Assim, no dia 26 de agosto de 2010 foi promulgada a Lei nº 12.318, que passa a tratar de forma específica da alienação parental considerando tal assunto de inquestionável importância tendo em vista que, conforme preceitua Art. 3º da indigitada 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 o menor e descumprimentos dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes da tutela ou guarda.

Destarte, havendo indícios da prática de alienação parental, deve-se proceder a instauração de procedimento autônomo ou incidental, com tramitação prioritária²⁷. O foro competente para a propositura da ação, conforme estabelece a lei, é o domicílio dos pais²⁸, uma vez que há criança ou adolescente como parte processual. O juiz deve adotar as medidas necessárias

²⁷ É o que preceitua a Lei 12.318/2010: Art. 4º. Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

²⁸ Determina o Estatuto da Criança e do Adolescente: Art. 147. A competência será determinada: I - pelo domicílio dos pais ou responsável. Ainda, de acordo com a súmula 383 do Superior Tribunal de Justiça: "A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda."

para a preservação da integridade psicológica do filho, além disso, importa ressaltar que não apenas um dos pais ou parentes podem ajuizar ação porquanto o próprio juiz pode agir de ofício e o Ministério Público terá legitimidade para a ação.

Será determinada a realização de perícia psicológica ou biopsicossocial e o laudo deverá ser apresentado em noventa dias. Se for caracterizada a prática da alienação parental, o juiz, além de declarar a sua ocorrência, pode adotar outras medidas tais como: ampliar o regime de convivência familiar, estipular multa²⁹, determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão, e até mesmo suspender a autoridade parental.

Fica claro que a intenção do legislador não é simplesmente punir o pai, a mãe ou responsável pelo menor, e sim proteger os menores de condutas ofensivas contra sua integridade física e psicológica e também seu bem-estar. É evidente que o primordial em uma sociedade é a valorização e o cuidado com as famílias, independente da forma como elas se apresentem, garantindo o melhor interesse do menor e a dignidade da pessoa humana, sendo princípios assegurados pela Constituição Federal de 1998, nossa Carta Magna.

O direito de visitas e sua execução

O direito de visitas ou convivência, como alguns doutrinadores adotam, tem por foco principal o filho menor. Este tem o direito de conviver com seus genitores sem distinção ou preferência, mantendo vínculos afetivos constantes com ambos.

A execução de visitas é uma obrigação do genitor para com o filho menor e o descumprimento desta execução poderá até mesmo dar ensejo a multa³⁰. A execução para o cumprimento da ação pode ser proposta por qualquer dos genitores, seja por dificultar os encontros do filho com pai, ou pelo simples fato deste pai não querer visitá-lo, momento em que a mãe para preservar interesse do seu filho poderá ajuizar a competente ação.

De acordo com Maria Berenice Dias³¹, “O direito de visitas gera uma obrigação de fazer infungível, obrigação personalíssima, que deve ser cumprida pessoalmente”. Ou seja, só o genitor pode manter um laço afetivo de tal importância para o filho, não podendo ser substituído por outra pessoa.

O descumprimento em relação às visitas tem grande relevância no Poder Judiciário. O juiz, ao deferir a sentença e estipular a multa, deve fazer com que esta seja de alto custo, não para onerar o genitor, mas para fazer com que este cumpra sua obrigação primária. Caso haja reincidência na falta do genitor em relação à visita, a multa deve se aplicar novamente até que este ato não se repita novamente.

Em relação à possibilidade de viagem dos pais separados a ser realizada juntamente com seus filhos, é importante ressaltar que se a viagem for internacional, é obrigatório que o outro

²⁹ Agravo de instrumento. Ação declaratória de alienação parental. Decisão determinou o cumprimento do acordo de visitas. Prevalência do interesse do menor. Imposição de multa. Possibilidade. - Certo é que o convívio da figura paterna é necessário para o desenvolvimento psicológico e social da criança, sendo assim, um contato físico maior entre pai e filho, torna a convivência entre eles mais estreita, possibilitando o genitor dar carinho e afeto a seu filho, acompanhá-lo em seu crescimento e em sua educação. Deve-se impor multa à genitora pelo descumprimento do acordo de visitas, haja vista os indícios de alienação parental, visando, inclusive, que esta colabore à reaproximação de pai e filha. (TJMG, AI1.0105.12.018128-1/001 - 4ª. C. Cível., Rel. Des. Dárcio Lopardi Mende, p. 27/01/2014).

³⁰ Conforme preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu Art. 249: Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

³¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 539.

genitor concorde expressamente com o pedido. Caso a viagem seja nacional, desde que com um dos pais, não é preciso a autorização do outro³².

Assim, caso haja necessidade, esta autorização deve ser feita por documento particular com firma reconhecida ou escritura pública. De similar modo, se o filho demonstrar interesse em mudar para outro município, deve haver consentimento de ambos os pais.

A Convenção de Haia foi um marco histórico para o Direito de Família, abordando um tema de difícil manuseio no âmbito internacional. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 25 de outubro de 1980 e ratificada no Brasil através do Decreto nº 3.413/2000, de 14 de abril de 2000, a Convenção sobre os aspectos civis do Sequestro Internacional de Crianças, inaugura um especial conjunto de normas protetivas destinadas ao menor. Ressalta-se que o termo “sequestro internacional de crianças” traz um certo espanto, mas o termo “sequestro” em questão não é o mesmo previsto no direito penal. Neste caso, quer dizer que um genitor retirou seu filho do país sem a autorização do outro, para impossibilitar este de manter contato com o filho. Os países que adotaram a Convenção têm a obrigação de devolver as crianças que ali estiverem, ilícitamente, para seu país de origem, salvo se essa criança já estiver integrada no seu novo “lar”. Porém, deve-se analisar também o interesse da criança, o que configura uma situação bastante delicada, uma vez que a alienação parental que o pai ou mãe instaurou no filho cria um laço afetivo muito forte e difícil de ser rompido. Muitas vezes esses pais chegam a simular até a morte do outro genitor para quebrar o vínculo que antes existia entre eles.

A morosidade do Brasil para ratificação da Convenção de Haia tem reflexo constante em nosso dia-a-dia, já que fora aprovada em 1980, internacionalmente, e demorou quase vinte anos para que fosse ratificada pelo Brasil. Esse tempo foi suficiente para que o país ficasse atrasado em relação aos que aderiram a tal convenção logo após sua aprovação, em 1980. Atualmente, podemos afirmar que há considerável desconhecimento pelos operadores do Direito acerca do conteúdo da convenção. Tal fato dificulta a localização de sequestros parentais e, quando localizados, a morosidade fica por conta do Poder Judiciário, fato que trouxe várias críticas ao Brasil no âmbito internacional. Mônica Sifuentes³³, juíza de enlace no Brasil para a Convenção da Haia de 1980, elenca três fatores referentes à demora no processo judicial:

- a) os conflitos de jurisdição entre a Justiça Comum, dos estados, e a Justiça Federal;
- b) desconhecimento por parte dos juizes e dos demais operadores do Direito sobre o conteúdo da convenção de 1980;
- c) ausência de previsão, na legislação interna, de um procedimento judicial específico para atender à celeridade prevista na convenção.

³² A autorização para viagem é abordada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no seguinte teor:

Art. 83. Nenhuma criança poderá viajar para fora da comarca onde reside, desacompanhada dos pais ou responsável, sem expressa autorização judicial.

§1º A autorização não será exigida quando:

a) tratar-se de comarca contígua à da residência da criança, se na mesma unidade da Federação, ou incluída na mesma região metropolitana;

b) a criança estiver acompanhada:

1) de ascendente ou colateral maior, até o terceiro grau, comprovado documentalmete o parentesco;

2) de pessoa maior, expressamente autorizada pelo pai, mãe ou responsável.

§2º A autoridade judiciária poderá, a pedido dos pais ou responsável, conceder autorização válida por dois anos.

Art. 84. Quando se tratar de viagem ao exterior, a autorização é dispensável, se a criança ou adolescente:

I - estiver acompanhado de ambos os pais ou responsável;

II - viajar na companhia de um dos pais, autorizado expressamente pelo outro através de documento com firma reconhecida.

Art. 85. Sem prévia e expressa autorização judicial, nenhuma criança ou adolescente nascido em território nacional poderá sair do País em companhia de estrangeiro residente ou domiciliado no exterior.

³³ SIFUENTES, Mônica. Sequestro Interparental: a experiência brasileira na aplicação da Convenção de Haia de 1980. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 25, p.135-144, 2009. p. 138.

A morosidade da justiça está no fato de que se tem utilizado a Justiça Estadual e a Justiça Federal para a solução dos conflitos. O genitor, ao chegar no país, dirige-se ao juiz estadual e pede a guarda provisória do filho menor que por ele fora sequestrado e, via de regra, o juiz não lhe nega a guarda provisória. Por outro lado, a Justiça Federal é quem fica encarregada de julgar os casos de restituição dos filhos menores ao seu país de origem. Assim, existem duas ações paralelas: uma na Justiça Federal, para decidir sobre a restituição do menor ao seu país de origem, com base na Convenção de Haia de 1980; e outra na Justiça Comum, como o objetivo de quem ficará com a guarda. Infelizmente, por conta deste conflito de interesses, o processo que tem como fundamento o retorno do menor ao seu devido lugar, torna-se sobremaneira lento.

A mediação como forma de solução do conflito entre os pais

Uma das formas de solução de conflito entre os pais é a mediação. Esta, no novo Código de Processo Civil, tem por objetivo dar celeridade à justiça do país e ainda, obter uma solução consensual para os conflitos. A demora pode causar desânimo, desilusão e muitas vezes a abdicação de direitos, portanto, a mediação é adotada para evitar a morosidade dos processos perante o Judiciário.

Há em nossa sociedade a ideia de que mediação e conciliação são sinônimos, porém esses dois instrumentos devem ser diferenciados; eles possuem características e aplicações distintas. O novo Código de Processo Civil traz essa distinção em seu art. 165 que aduz:

§2º. O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§3º. O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Na conciliação o principal objetivo a ser atingido é o fim do litígio, a celebração de acordo, sem o aprofundamento para encontrar as causas da situação conflituosa. O conciliador pode ter posição mais ativa, porém neutra, em relação ao conflito. Ele pode sugerir uma solução para as partes litigantes, há o convencimento do que seria melhor para elas. Entretanto, quando aplicada em litígios familiares, a conciliação pode gerar acordos frágeis e acarretar a volta destes ao Judiciário.

A Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 – Lei da Mediação, em seu Art. 1º, parágrafo único, nos traz o conceito de mediação. De acordo com tal dispositivo legal:

Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Na mediação há a preocupação com o surgimento do conflito, seu nascedouro. O mediador não intervém, não pode se envolver pessoalmente ou decidir o conflito, mas tem a competência de oferecer caminhos para a solução por meio de orientações, utilizando

técnicas para tentar restaurar o diálogo entre as partes, possibilitando a estas olharem do passado para o futuro expondo suas respectivas ideias, sofrimentos e assim permitindo que cheguem sozinhas a um acordo. Isso só é possível com esse instrumento, pois em juízo, de uma maneira formal, as partes não encontram liberdade para conversarem entre si. A pessoalidade do conflito é retirada, as partes são representadas por advogados.

Na mediação é adotada a oralidade, as partes discutem pessoalmente e diretamente para chegarem a um ponto comum. Quando as partes litigantes identificarem o impasse que está impossibilitando a reaproximação e o diálogo, estarão em melhores condições para resolverem seus próprios problemas, facilitando a ação do mediador.

As partes envolvidas em conflitos carregam uma grande carga emocional, sentem-se vítimas e, geralmente, culpam o outro por aquela situação. Percebendo que o emocional está interferindo nas decisões, o mediador deve intervir para que este não conturbe mais as partes e prejudique o processo. Quando a decisão adotada for imoral ou injusta e que prejudique diretamente uma das partes ou ambas, o mediador deve alertar para a sua invalidade.

A mediação se preocupa com a relação entre os indivíduos em litígio e visa à reaproximação destes, promove a compreensão mútua permitindo-lhes modificar o conflito existente por meio de uma comunicação com foco no futuro. Com isso pode chegar a uma resolução definitiva do conflito, além de promover pacificação social.

A mediação pode ser determinada de ofício pelo juiz ou requerida pelo Ministério Público, advogados e defensores, a qualquer tempo. A audiência de conciliação é conduzida por conciliador ou mediador e dá início ao processo. Segundo o novo Código de Processo Civil, em seu Art. 334, parágrafos 4º e 5º, ela somente não se realiza se as partes manifestarem seu desinteresse por meio de petição.

Por se preocupar com a origem do litígio, a mediação é o melhor instrumento a ser usado nos conflitos de Direito de Família. Os conflitos existentes neste ramo do Direito, principalmente nos casos de divórcio, refletem seus efeitos nas diversas pessoas que estão relacionadas a eles e, na maioria dos casos, estas são crianças e adolescentes. Conflitos familiares possuem uma alta carga de sentimentos envolvidos o que pode ocasionar sérios danos e transtornos, portanto, devem ser cuidadosamente resolvidos a fim de reduzir o máximo possível de seus efeitos negativos.

Nas causas de família, a mediação, principalmente nos processos de separação judicial e de divórcio, constitui-se em alternativa ao processo litigioso, quando as partes buscam encontrar, por si mesmas, as bases de uma transação duradoura e mutuamente aceitável, tendo em conta as necessidades e interesses não só dos cônjuges, mas, sobretudo, da própria família, em especial dos filhos, com o espírito de co-responsabilidade parental³⁴.

A mediação familiar quando aplicada de forma interdisciplinar aos mecanismos psíquicos, aos níveis inconscientes que ligam a relação existente na família, permite que a guarda compartilhada seja promovida evitando conflitos entre pais e entre estes e os filhos, como também permite a percepção do melhor interesse da criança.

Sobre a Mediação Familiar, Eliedite Mattos Avila afirma que,

³⁴ RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação e o direito de família. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 2, n. 3, p.75-105, jun./set. 2005. p. 96.

A preservação de vínculos parentais de filhos de pais separados é um dos grandes objetivos do mediador familiar, ressaltando que a conjugalidade termina, mas a parentalidade continua. Apesar de ser alvo de várias críticas e de questionamentos sobre sua validade enquanto modo de intervenção, a nosso ver, ela contribui com maneiras mais democráticas e humanas de comunicação e de relacionamento social.³⁵

Estudos concluem que a melhor forma de se aplicar a Guarda Compartilhada é por meio da mediação familiar, pois esta permite equilibrar as diferenças existentes entre os ex-cônjuges ou ex-companheiros garantindo uma boa convivência familiar³⁶.

Existem duas formas de praticar a mediação familiar: a judicial, cujo mediador atua no processo já instaurado, e a extrajudicial ou preventiva. A judicial ocorre por determinação do juiz, quando a ação já está em andamento. Já a extrajudicial tem por objetivo preparar um acordo e prevenir futuros conflitos familiares. Segundo Avila, a modalidade extrajudicial possui vantagens. Explica a autora:

As pessoas ficam mais propensas a cooperar na negociação, pois o contato e a comunicação ocorrem de forma direta; dá-lhes maior senso de responsabilidade quanto às próprias decisões, pois são tomadas após uma reflexão mais amadurecida sobre sua capacidade de decidir, além da ausência do fator premência de tempo, comum na mediação judiciária.³⁷

Quando a escolha pela guarda compartilhada decorre de decisão judicial esta pode não ter o efeito esperado, pois não leva em consideração a vontade das partes envolvidas no conflito. Segundo Ivan Aparecido Ruiz,

A comunicação se mostra fator importante no método não-adversarial, sendo decisiva, pois com ela as partes poderão, ambas, sair ganhando, diferentemente do que ocorre no processo, método adversarial, em que haverá ganhador e perdedor.³⁸

A eficácia da guarda compartilhada depende da vontade de ambos os pais, por isso é importante a parceria entre guarda compartilhada e mediação familiar, deste modo será preservado o superior interesse da criança e o pleno poder familiar dos pais, mesmo após a separação.

Conclusão

Vê-se, portanto, que nas hipóteses de divórcio, dissolução de união estável e outros exemplos que caberiam a guarda compartilhada, deverá os pais, juízes ou conciliadores sempre tentarem implementá-la em virtude dos benefícios de que dela são provenientes, fato que não ocorreria na hipótese de visitação. A participação direta no desenvolvimento físico, moral, social, cultural, religioso dos filhos gera um reflexo sobremaneira fiel ao que atualmente se entende por poder familiar.

³⁵ AVILA, Eliédite Mattos. Mediação familiar: mitos, realidades e desafios. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 9, n. 35, p 97-114, jul./set. 2008.

³⁶ BARBOSA, Águida Arruda. *Guarda compartilhada e mediação familiar*: uma parceria necessária. São Paulo: Editora Magister, 2014. Disponível em: <http://editoramagister.com/doutrina_26542223_GUARDA_COMPATILHADA_E_ME.aspx>. Acesso em: 12 mar. 2016.

³⁷ AVILA, op. cit.

³⁸ *Ibid.*, p. 80.

Na hipótese de o compartilhamento da guarda não ser imediatamente aceito pelos pais, entra-se na seara da atuação dos juízes ou na possibilidade da composição do conflito familiar por meio da mediação, devendo atuar o mediador de modo a fundamentar seu trabalho no melhor interesse do menor. Desta forma, cumpre-se o desiderato do novo Código de Processo Civil que, dentre outros, traduz-se pela redução das demandas nas varas de família, e a finalidade do Direito das Famílias configurada pela pacificação e pela eudemonia familiar.

Referências

- AVILA, Eliedite Mattos. Mediação familiar: mitos, realidades e desafios. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 9, n. 35, p 97-114, jul./set. 2008.
- BARBOSA, Águida Arruda. *Guarda compartilhada e mediação familiar: uma parceria necessária*. São Paulo: Editora Magister, 2014. Disponível em: <http://editoramagister.com/doutrina_26542223_GUARDA_COMPATILHADA_E_ME.aspx>. Acesso em: 12 mar. 2016.
- DIAS, Maria Berenice. Novo conceito de compartilhamento: igualdade parental. *Revista IBDFAM: famílias e sucessões*, Belo Horizonte, v. 7. p. 11-22. jan./fev. 2015.
- _____. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. _____. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba-PR, 2004.
- PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança. In: _____. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. São Paulo: Renovar, 2000.
- RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação e o direito de família. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 2, n. 3, p.75-105, jun./set. 2005.
- SIFUENTES, Mônica. Sequestro interparental: a experiência brasileira na aplicação da Convenção de Haia de 1980. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 25, p.135-144, 2009.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Direito de família. 5. ed. São Paulo: Forense, 2015. v. 5.

Obras consultadas

- BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 2 abr. 2016
- _____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 3 abr. 2016.
- _____. *Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008*. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 2 abr. 2016.
- _____. *Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014*. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 2 abr. 2016.

_____. *Decreto nº3.413/2000, 14 abr. 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 27 abr. 2016

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016.

_____. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº. 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº. 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º. do art. 6º. da Lei nº. 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016.

CONVENÇÃO de Haia de 1980. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 25, p. 135-144, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direitos das famílias*. 8. ed. rev. ampl. atual. Salvador-BA: JusPodivm, 2012. v. 6.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do; LAGO, Andréa Menezes Rios Valladares. Mediação no direito de família. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 3, n. 11, p. 84-120, jun./set. 2002.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Direito de família*. 28. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6.

Aproximações entre direito e arte: cultura de direitos humanos “Mineirinho” e o cuidado humanista de Clarice Lispector¹

ANA PAULA POLACCHINI DE OLIVEIRA

Mestre e Doutora em Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito pela USP-SP. Especialista em Direito Constitucional pela UEL-PR. Advogada. Professora do curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA). E-mail: anapolacchini@uol.com.br

AMANDA MAFEI

BRENDA CREDENCIO

JOÃO VICTOR MATHIAS

MARIANA JACOB

RAÍSSA GOULART

Graduandos em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP.

Resumo: Este trabalho promove uma aproximação do direito com a arte, mais especificamente com a literatura. Considera a crônica Mineirinho, de Clarice Lispector, para abordar o direito sob o enfoque dos direitos humanos e do viés humanista que dele decorre e que se mostra presente também na literatura. O trabalho considera o enfoque zetético jurídico para a aproximação entre direito e literatura e emprega hermenêutica compreensiva de Hans-Georg Gadamer como método de aproximação dos textos. Ao tratar da crônica de Clarice Lispector aproxima-se dos valores consagrados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e faz a proposta de que algumas questões sejam vistas para além do confinamento disciplinar da lei, que seja percebida a condição humana oprimida pela tradição, nesse caso a inadmissibilidade do fuzilamento de um homem que foi violentado pela história social.

Palavras-chave: Direito. Literatura. Clarice Lispector. Hermenêutica compreensiva. Direitos humanos.

Abstract: This work promotes an approximation of law with the art, more specifically with the literature. Considers the chronic Mineirinho, Clarice Lispector, to address the right under the focus of human rights and the humanist bias that it stems and which it shows also present in the literature. The work considers the focus zetético legal framework for the approximation between law and literature and employs a hermeneutic understanding of Hans-Georg Gadamer as a method of approximation of the texts. In dealing with the disease of Clarice Lispector is closer to the values enshrined in the Universal Declaration of Human Rights and makes the proposal that some issues are seen beyond the confines of disciplinary law, which will be noticed the human condition being oppressed by tradition, in this case the inadmissibility of the shooting of a man who has been violated by the social history.

Keywords: Law. Literature. Clarice Lispector. Hermeneutic understanding. Human rights.

Introdução

“O bobo, por não se ocupar com ambições, tem tempo para ver, ouvir e tocar o mundo. [...] Ser bobo é uma criatividade e, como toda criação, é difícil”. Clarice Lispector²

Este artigo trata da crônica “Mineirinho”³, escrita por Clarice Lispector por ocasião da morte de um fugitivo de um manicômio judiciário no Rio de Janeiro, no ano de 1962.

¹ Este artigo é baseado na pesquisa “Direitos humanos e arte: intersecções para a compreensão do fenômeno jurídico e para a ampliação das possibilidades do ensino do direito e da prática jurídica”, desenvolvida pelos discentes ao longo do ano de 2015, com o auxílio do Núcleo de Pesquisa das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP, (PESQDIR2015224).

² LISPECTOR, Clarice. Das vantagens de ser bobo. In: MONTERO, Tereza. (Org.). *Clarice na cabeceira*: crônicas. Rio de Janeiro: Rocco, 2010. p. 53-55.

³ LISPECTOR, Clarice. Mineirinho. In: MONTERO, op. cit., p. 25-33.

Ao fazê-lo, a pesquisa utiliza o mencionado texto como material para abordar o direito e promover uma análise que contribua para superar a compreensão analítica da lei: a morte de um homem como um fenômeno que pode ser pensado sob o viés humanista dos direitos humanos.

Nesse sentido, trata-se de uma tentativa de discussão interdisciplinar. Para Fazenda, o interdisciplinar é pesquisa de múltiplas temáticas, e vai se mostrando diante de um processo gestacional de reflexão sobre o vivido, de um conhecimento pensado e percebido ante a experiência do pesquisador que se insere em sua experiência de mundo⁴. A partir de uma experiência de mundo, universos temáticos se comunicam. Dialogam direito e literatura para além das teorias disciplinares por eles confinadas. A literatura em muito auxilia a compreensão do direito e a produção de conhecimento a seu respeito.

O direito normalmente manifesta-se de forma objetiva, direta. Já a literatura confere subjetividade e ampliação de horizontes. A partir dela – e de outras linguagens artísticas – é possível reduzir o caráter dedutivo do direito e ampliá-lo para pensá-lo para além da seriedade das palavras que o comunicam. Ambos, direito e literatura, são formas de expressão e de compreensão do mundo, constituem fenômenos hermenêuticos dotados de historicidade.

Assim considerando, este trabalho promove uma aproximação do direito com a arte. Faz uso desta, mais especificamente da literatura, para ampliar o modo de compreensão sobre o direito e sobre a justiça. Trata-se de uma arte que contribui para revelar e restituir um caráter humanista ao direito, tão essencial à compreensão e efetivação dos direitos humanos.

Ponto de partida

Um evento: a captura de um fugitivo do manicômio judiciário. Os acontecimentos do evento: fuga, perseguição, tiroteio e morte. O tempo: 1º. de maio de 1962. Esse seria o horizonte histórico que marcaria um episódio qualquer da história do Brasil. Esse episódio dificilmente seria conhecido das pessoas ou despertaria o interesse da sociedade. Possivelmente seria ignorado não fosse a comoção provocada pelo fato de que o então fugitivo e seus feitos foram em muitas ocasiões abordados pela imprensa local. Os jornais, o povo e a polícia da época bem o conheciam. José Miranda Rosa, assaltante temido por muitos e admirado por tantos outros tombou no dia do trabalho, no Rio de Janeiro, naquele ano da década de 1960.

O tempo poderia ser outro. Tantos são os assaltantes e fugitivos, tantas são as mortes de criminosos que escapam do sistema penitenciário brasileiro. A data da morte de José Miranda Rosa marca a vigência de um tempo que pode ser analiticamente discutido, mas que também se faz renovar e mantém as marcas de uma tradição histórica. Esse fenômeno pode ser analisado a qualquer tempo.

O caso poder ser analisado também de diversos modos, seja pelo viés do senso comum, quanto pelas mais diversas disciplinas ou ciências do conhecimento. Na ocasião, os jornais do Rio de Janeiro retrataram o ocorrido em editoriais, matérias, crônicas. Descreveram minuciosamente a perseguição, os tiros, a arma utilizada pela polícia, as roupas do bandido, a movimentação local⁵.

⁴ FAZENDA, Ivani. *Interdisciplinaridade: história, teoria e pesquisa*. Campinas, SP: Papirus, 1994. p. 115.

⁵ ROSENBAUM, Yudith. A ética na literatura: leitura de “Mineirinho”, de Clarice Lispector. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 24, n. 69, p. 169-182, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142010000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 mar. 2016. p. 170.

No caso do direito, uma pasta se encerrava naquele ano, uma ficha seria arquivada e aquele que era um processo penal e de execução penal, passaria a ser história do direito. Com efeito, as ciências jurídicas poderiam retratá-lo para analisar, ensinar, estabelecer precedente. O direito penal poderia se debruçar sobre os crimes praticados por José Miranda Rosa, o Mineirinho. Foram muitas as acusações. O homem, criminoso, violou a lei. Sabendo dessa situação, com a morte do homem retratada pela imprensa, muitos cidadãos seriam tomados pelo alívio. A cidade estava mais segura.

Na época, Clarice Lispector que se manifestou pela crônica, afirmou:

Esta é a lei. Mas há alguma coisa que, se me faz ouvir o primeiro e o segundo tiro com um alívio de segurança, no terceiro me deixa alerta, no quarto desassossegada, o quinto e o sexto me cobrem de vergonha, o sétimo e o oitavo eu ouço com o coração batendo de horror, no nono e no décimo minha boca está trêmula, no décimo primeiro digo em espanto o nome de Deus, no décimo segundo chamo meu irmão. O décimo terceiro tiro me assassina – porque eu sou o outro. Porque eu quero ser o outro⁶.

Clarice Lispector destoava o tom jornalístico dos relatos da época. Poetizou o texto. Enquanto a escritora desenha suas palavras, as imagens se fazem presentes na mente do leitor, e as sensações transbordam e se amontoam. A cronista se expõe, busca dentro de si, como lhe é peculiar, aquilo que o evento provocava, suas indagações e os seus sentimentos mais profundos. Mas essa exposição também atinge o leitor que pode muito bem ter sentido o tiro em seu peito. O leitor pode se indagar se realmente eram necessários tantos tiros.

Seria essa a lei para o direito? Convergem o alívio da contenção do bandido com os sentimentos anunciados em palavras pela autora?

Abordagens do fenômeno jurídico

A racionalidade que ainda impera no direito tende a ser dogmática e dedutiva. Oferece soluções em um sistema fechado e técnico-jurídico. Trata-se de um direito que se legitima a partir da autoridade do Estado e que confere uma lógica própria à construção, compreensão e aplicação do direito.

Boaventura de Sousa Santos ao se fundamentar em uma pulsão vital por mudanças, reconheceu que teve início um inconformismo com teorias do conhecimento reguladoras, especialmente as positivistas. O professor apontou para o avanço epistemológico do direito com a “razão fria dos quadros teóricos e a razão quente das análises empíricas, e bem assim o modo como estas se rebelam, tanto em relação às teorias como em relação às metodologias que estas pressupunham ou legitimavam”⁷. É por esse caminho que Boaventura de Sousa Santos remete o trabalho por ele desenvolvido e que caminha para pensar em epistemologias que libertem o confinamento jurídico.

Tal como o dele muitos caminhos foram empreendidos por pensadores do direito. Uma destas possibilidades é a de uma epistemologia que recorra à arte para superar o aspecto disciplinar conferido aos objetos pelo direito. Esse tratamento jurídico a partir da arte tenta

⁶ LISPECTOR, Clarice. Mineirinho. In: MONTERO, op. cit., p. 30.

⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito - parte 1*. São Paulo: Cortez, 2014. p. 15.

reconhecer o direito em seu caráter humano. Trata-se aqui de uma abordagem zetética do direito.

Para o professor Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁸ o campo das investigações que promove conhecimento, e que constitui teorias que se voltam ou não à sua aplicabilidade, pode ser acessado por diferentes enfoques, que variam segundo seu caráter informativo ou diretivo. A partir de Viehweg, o professor denomina esses enfoques de zetético ou dogmático⁹. Este se conduz motivado para oferecer respostas, enquanto aquele se mobiliza por perguntas. As respostas da abordagem dogmática têm um viés diretivo, resolvem o problema da ação, da decidibilidade, contêm perguntas, mas estas se limitam a premissas instituídas e que deixam de ser questionadas. Já o questionar, que é preponderante na zetética, informa uma reflexão sem a necessidade de orientar a ação e prossegue no campo das evidências, questionando-as. Assim considerando, a abordagem aqui proposta pretende, de modo preponderante, promover um enfoque zetético analítico, na medida em que o eixo condutor da pesquisa é a filosofia do direito, a qual perquire fundamentos e pressupostos que dão amparo à constituição do fenômeno jurídico. O enfoque zetético indaga para saber e, ao fazê-lo, tem como principal característica a “abertura para o questionamento dos objetos em todas as direções”¹⁰ de modo informativo àquele que investiga. E a discussão analítica se vê, inicialmente, sem limites para pensar o objeto da pesquisa.

O enfoque dogmático se faz presente ao abordar conceitos doutrinários e a legislação aplicável a partir do princípio da irredutibilidade dos pontos de partida. O enfoque zetético, considerado no âmbito da filosofia do direito se ampara nos fundamentos do direito, e retoma a legislação e volta-se aos seus modos de ser e as significações sócio-políticas e históricas que ela representa, invoca ou inibe.

Não se trata aqui, portanto, de uma discussão dos aspectos conceituais ou legais que incidem sobre o comportamento de Mineirinho, mas de uma tentativa de compreensão e de aproximação do fenômeno ali retratado a partir da zetética que, nesse caso, indaga a arte na crônica clariciana para pensar sobre a morte de um homem.

Arte, hermenêutica e direito – fusão de horizontes

Coli reconhece a dificuldade na definição de arte. Mas caminha para reconhecer que indagar sobre as obras pode ser uma tarefa mais simples na medida em que as pessoas, mesmo sem definirem o que seja a arte, reconhecem muitas de suas manifestações. As pessoas são tocadas por ela e inseridas em uma certa cultura, as pessoas reconhecem a arte¹¹.

Ao apresentar ao leitor a mencionada crônica, Caetano Veloso ressalta a “crescente intimidade com o mundo sensível, que as palavras evocavam, insinuavam, deixavam dar-se”¹². Cada reencontro com o texto ia “o fluxo da vida aflorando por entre as palavras”¹³. Completa afirmando que seriam esses “perfeitos momentos da vida nas palavras”¹⁴.

⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

⁹ Os termos zetética e dogmática são utilizados tendo por referência *zethin (zetein)* e *dokein (dokein)*, respectivamente o perquirir e o doutrinar. (FERRAZ JR., op. cit., p. 43). A perquirição, inscrita na zetética parte de evidências que ela mesmo questiona em um modo de ser aberto.

¹⁰ FERRAZ JR., op. cit., p. 44.

¹¹ COLI, Jorge. *O que é arte*. 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 7-8.

¹² COLI, op. cit., p.25.

¹³ Id., p. 26.

¹⁴ Id., p. 27.

A arte integra a existência humana e dela se manifesta. É em si plenitude de sentido (origem e fim, *arkhé e thélos*)¹⁵. Por ela se dá a revelação do ser, a verdade do ser, unificando os processos e lhes conferindo um sentido de totalidade.

Por sua vez, o ser humano existente é artista projetado. Ser existente e arte são situados em um mundo que os integra e que deles se mostra. Ela retira o humano de seu espaço de acomodação, afeta, abre um mundo e permite transformação. Clarice Lispector se deposita em sua obra, mas também compartilha de um mundo com seus leitores.

Mineirinho é crônica e estas foram pensadas para os jornais, são relato de um tempo. Sua atualidade atribuiria interesse jornalístico ao texto. O caso “Mineirinho” era um evento atual à época. Mas a crônica sofre a influência da literatura e é arte para o cotidiano. As crônicas de Clarice Lispector ultrapassam o tempo, assumem um caráter literário. São senão literatura dotada de historicidade. Clarice Lispector é artista, a literatura caminha com ela. Mineirinho morreu naquela época. Poucos lembram seu nome, mas aquilo que o evento refletiu e entou nas palavras de Clarice Lispector ressoam até hoje.

Dworkin concebe o direito como algo político em um sentido amplo e compreende a prática jurídica como um exercício de interpretação¹⁶. O caráter político, para o autor, não pode incorrer no erro de se referir aos interesses pessoais ou partidários de um grupo, mas deve considerar o sentido amplo do conceito de político. É manifestação. Mineirinho é um típico caso do direito e Clarice Lispector manifesta-se sobre a justiça.

Dworkin problematiza a noção de direito reduzida a mera descrição de eventos históricos, confrontando com outras posições que se referem ao modo como o direito deveria ser ou como gostariam que o direito fosse. De um lado estariam os positivistas que defenderiam o caráter descritivo das proposições jurídicas que se referem a uma história fatural daquilo que pessoas e instituições estabeleceram para ser a verdade do direito. De outro, a distinção da valoração do direito que atribui a ele um caráter moral, referindo-se àquilo que ele deve ser ou que querem que seja.

Dworkin entende que a “distinção categórica entre descrição e valoração debilitou a teoria jurídica. Sugere então que as proposições do direito são interpretações de história jurídica, que unem tanto a descrição quanto a valoração¹⁷.”

Para Dworkin a interpretação é “uma atividade geral, como um modo de conhecimento”¹⁸ e que supera o modelo pensado sobre aquilo que é obscuro ou ambíguo em uma lei e que os sujeitos, ao utilizar técnicas de interpretação, resolveriam a obscuridade ou ambiguidade. Seria o “descobrir o que seus autores (legisladores ou constituintes) queriam dizer ao usar as palavras que usaram”. Destaca também que o intérprete, ao buscar esse sentido, estaria aplicando a sua própria perspectiva.

Dworkin apresenta a hipótese estética, que em suas próprias palavras, considera que “a interpretação de uma obra literária tenta mostrar que maneira de ler (ou de falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte”¹⁹. Essa proposta considera a

¹⁵ HEIDEGGER, Martin. *A origem da obra de arte*. Tradução Idalina Azevedo e Manuel Antonio Castro. São Paulo: Edições 79, 2010. Apresentação, XIII.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. De que maneira o direito se assemelha à literatura. In: _____. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 217-249. p. 217.

¹⁷ *Ibid.*, p. 219.

¹⁸ *Ibid.*, p. 220.

¹⁹ *Ibid.*, p. 222.

diferença entre “interpretar” uma obra de arte e “transformá-la” em outra. Na interpretação há que ocorrer também uma busca da identidade da obra. A interpretação não é imune ou neutra ao intérprete, as orientações filosóficas por ele utilizadas. O artista interpreta enquanto cria, enquanto o crítico cria ao interpretar e cria um modo de ver a obra de melhor modo que pode haver.

Para Dworkin, o direito tem como finalidade geral organizar as questões sociais e individuais, bem como resolver os conflitos e garantir a justiça. Dessa forma, a interpretação no campo do direito deve demonstrar sua melhor forma para que a sua aplicação atinja a finalidade proposta²⁰. Assim, a interpretação da prática jurídica deve demonstrar sua finalidade, valor e atender a princípios, e se mostra essencialmente política. “Política, arte e direito estão unidos, de algum modo, na filosofia”²¹.

Mas, para Dworkin direito e literatura se afastam na medida em que o direito assume um caráter político, e a literatura um aspecto artístico:

O direito, ao contrário da literatura, não é um empreendimento artístico. O Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas.²²

Apesar das contribuições de Dworkin na aproximação entre direito e arte como interpretação, esse distanciamento talvez não esteja tão claro. A arte também é política uma vez que é manifestação humana e direito também é arte. Direito e arte referem-se ao humano, dele se constituem e a ele se voltam. Coli afirma que a “arte vive e se modifica”²³, um processo que também ocorre na literatura. “A realidade da obra de arte e sua força de expressão não podem ser restritas a seu horizonte histórico originário, no qual o observador era realmente contemporâneo com o criador da obra”²⁴.

“O fato de a obra de arte dizer-nos algo e que, enquanto algo que nos diz algo, pertencer ao contexto de tudo aquilo que devemos compreender, isso não é uma metáfora, mas tem um sentido bom e demonstrável. Mas com isso, ela se torna objeto da hermenêutica”²⁵.

Direito e arte são objeto da hermenêutica e hermenêutica e interpretação se aproximam, são dependentes. A hermenêutica media passado e presente em uma fusão de horizontes. A condição do presente já implica em uma aplicação situada. Os seres integram uma época, uma linguagem, seus questionamentos e nela se fundam e se fundem. Nessa busca “a hermenêutica toma por fundamento o fato de que a linguagem nos remete tanto para além dela mesma como para além da expressividade que ela apresenta. Não se esgota no que diz, ou seja, no que nela vem à fala”²⁶. Impera a vontade de entender, que conduz o processo e este se vê carregado da possibilidade de mal-entendidos. Isso remete à compreensão.

²⁰ Ibid., p. 239.

²¹ Ibid., p. 249.

²² Ibid., p. 217.

²³ Op cit., p. 77.

²⁴ GADAMER, Hans-Georg. Estética e hermenêutica. In: GRONDIN, Jean (Org). *O pensamento de Gadamer*. Tradução Ênio Paulo Giachini. São Paulo: Paulus, 2012. p. 211-223. p. 211. (Coleção Philosophica).

²⁵ GADAMER, Hans-Georg. Estética e hermenêutica. In: GRONDIN, op. cit., p. 215. Para Grondin, podem ser delimitadas três possibilidades da hermenêutica, como a arte de interpretar textos, como a filosofia das ciências humanas com caráter metodológico para as ciências humanas e como filosofia universal (GRONDIN, Jean. *Hermenêutica*. Tradução Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2012. p. 14).

²⁶ GADAMER, Hans-Georg. Estética e hermenêutica. In: GRONDIN, op. cit., p. 210.

A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade.²⁷

As concepções prévias dos seres caracterizam o entendimento e esse antecede a interpretação. O processo que inclui entendimento e interpretação caracteriza a hermenêutica. A arte mobiliza a sonolência e permite a hermenêutica, em cuja experiência se inserem as pré-concepções dos seres. Essas são constituídas historicamente e integram uma tradição. Os seres conscientes de suas limitações se propõem à alteridade, a superá-las, em um esforço hermenêutico. Novas experiências se abrem em mediação no presente, também pela linguagem.

Rosenbaum, ao analisar “Mineirinho” afirma que na análise dos textos de Clarice Lispector se exige “um olhar abrangente” para “acompanhar sua múltipla significação”²⁸. As significações são pensadas a partir do melhor modo para se alcançar a essência daquilo que se propõe e nesse caminho a promover aberturas para os intérpretes. Esses intérpretes estão mergulhados em uma tradição e mesmo que não se recordem ou não tenham vivenciado os treze tiros de Mineirinho, são por ele atingidos.

A compreensão de uma obra de arte constitui um processo hermenêutico e é compreensão de si mesmo. Clarice Lispector, na expressão de sua obra volta-se à sua interioridade, mas também a todos nós. Essa busca, esse processo, esse manifestar-se da linguagem na arte promove abertura. O texto de Clarice tem sua própria atualidade, supera essa questão histórica e carrega uma verdade, a exhibe. Essa expressão vai além daquilo que pensou a artista²⁹. Mesmo que ela tenha pensado e dito o que pensou, como pensou, aquilo que foi dito ultrapassa o tempo histórico no ano de 1962.

Trata-se da “realidade histórica brasileira como pano de fundo da emergência da violência, resultante da tensão entre centro e periferia, desaguando na cena miúda (e cotidiana) de um bandido morto com treze balas”³⁰. Mineirinho é personagem da exclusão³¹.

Não há como negar que há no texto uma compreensão histórica e uma proveniência. O que as palavras desenhadas de Clarice Lispector também têm a dizer é atemporal na medida em que são propostas por uma pessoa, “representante de todos nós” e que já observava naquele tempo manifestações de uma tradição que marcava e ainda marca a nossa existência. Tão comuns foram e ainda são as expressões: “Lugar de bandido é na cadeia” e “Bandido bom é bandido morto”. Clarice Lispector de início reconhece os fatos em que Mineirinho se fizera incluir, mas ela também se volta à questionar que bandido era aquele e revelar a condição humana, frágil e reprimida de um homem que se fossem matar, bastaria um tiro.

“Tudo o que nele foi violência é em nós furtivo, e um evita o olhar do outro para não corrermos o risco de nos entendermos. Para que a casa não estremeça”³². A existência humana está mergulhada em uma tradição. Esta participa daquela. Vida humana, tradição moldam-se

²⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. v. 2. p. 403.

²⁸ Op. cit., p. 169.

²⁹ Gadamer compreende que a verdade da obra de arte não coincide com o que pensou o autor, seu inconsciente.

³⁰ ROSENBAUM, op. cit., p. 171.

³¹ Id., p. 179.

³² LISPECTOR, Clarice. Mineirinho. In: MONTERO, op. cit., p. 31.

entre si. O encontro com a arte se impõe à existência humana. A experiência da vida humana integral se vê fragmentada e pela arte a comunicação desse todo se viabiliza. Trata-se de uma tradição que pela arte se vê exibida.

Relatar a morte pode ser belo. Essa afecção é comunicada apenas pela arte. A identidade de Mineirinho se resumiria à seus crimes? Poderia ser limitada ao seu extermínio. Clarice Lispector destacou a faceta também presente de “um inocente – não nas consequências, mas em si inocente como a de um filho de quem o pai não tomou conta”³³.

Justiça para os oprimidos e o avesso dos direitos humanos

A Declaração Universal dos Direitos do Homem³⁴ é considerada base e fundamento expresso dos direitos das pessoas que, no pós-guerra, consagrava direitos em valores universais. Bobbio, na esteira da teoria geral dos direitos humanos, afirma que seu processo de reconhecimento e consagração passou por três fases: a fase filosófica, em que o homem começou a pensar individualmente sua condição para depois se dirigir à coletividade; seguida de uma teoria prática, no direito constituído dentro do Estado, mas não ampliado para fora dele; e a última fase que simboliza a universalidade e positivação dos direitos, resultando na codificação da Declaração³⁵.

Diante dos problemas enfrentados ao longo desse processo e da busca pela própria emancipação e por melhores condições de vida, surgiu a gradual conquista pelos direitos humanos. Os direitos humanos, portanto, são direitos históricos e produto da própria civilização e do desenvolvimento social.

A Declaração Universal consagrou a dignidade da pessoa humana como fundamento da liberdade e denunciou a barbárie do desrespeito aos direitos humanos. Apesar da participação do Brasil no processo de construção e implementação da Declaração Universal, foi apenas em 1988 que os valores nela instituídos foram efetivamente consagrados formalmente no país. A Constituição Federal tem por fundamento a dignidade da pessoa humana e veda a tortura, a pena de morte³⁶.

Em 1962 vigorava a Constituição de 1946, documento que proibia em seu artigo 141, § 31, a pena de morte. Bobbio bem afirmou que “não preciso aduzir aqui que, para protegê-los, não basta proclamá-los”³⁷.

O processo histórico que caminha com a conquista de direitos é também aquele que os limita. Os oprimidos continuam a ser base de retaliação e repulsa sociais. Dentre os oprimidos estão os criminosos, marginais, chamados de delinquentes pela Constituição de 1946 e que são assim vistos até os dias atuais.

Marx já anunciara, na crítica promovida aos direitos humanos, que a construção desses direitos tivera por referência o cidadão médio, o individualismo e a segurança do Estado³⁸. Esse individualismo se expressa a partir de uma noção de liberdade a partir da oposição e

³³ Ibid., p. 31.

³⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

³⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 17. tiragem. Rio de Janeiro: Campus Editora, 1992. p. 28-31.

³⁶ Artigo 1º, inciso III e artigo 5º, XLVII, alínea “a”. In: BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao88.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

³⁷ Op. cit., p. 37.

³⁸ MARX, Karl. *A questão judaica*. São Paulo: Centauro, 2000. p. 32.

que remete a separação entre homem e comunidade. A condição dos direitos humanos, para ele, seria dos direitos do homem egoísta³⁹, apartado da comunidade e com seus interesses pessoais. Marx afirma que “a segurança é o conceito social supremo da sociedade burguesa, o conceito de polícia, segundo o qual toda a sociedade somente existe para garantir a cada um de seus membros a conservação de sua pessoa, de seus direitos e de sua propriedade”⁴⁰. Trata-se inclusive de uma segurança que preserva o egoísmo.

Antes de se pensar nas condições humanas propriamente ditas, a proteção se volta ao patrimônio e Mineirinho era objeto, um risco ao patrimônio. Nesse caso, o importante seria proteger a sociedade dos delinquentes que não se moldavam ao padrão de cidadão médio.

A primeira dificuldade que se encontra no caminho que leva a aplicação efetiva dos direitos está na própria natureza do Estado e depende de duas condições citadas por Bobbio, o que exerce deve ter muita autoridade, ou seja, deve incutir, se não temor reverencial, pelo menos respeito; e b) aquele sobre o qual se exerce deve ser muito razoável, ou seja, deve ter uma disposição genética a considerar como válidos não só os argumentos da força, mas também os da razão⁴¹. Cabe, por certo, o questionamento sobre as bases que impediram que Mineirinho fosse, inclusive, um titular de direitos humanos. No caso de Mineirinho imperou a força articulada sob o manto da razão, uma razão que oferece segurança para o sono do cidadão médio e que vela a degradação da desigualdade e da submissão à violência e ao abuso. Clarice se questionou. Iniciou sua crônica indagando ao mundo e a si mesma porque tanto doía a “morte de um facinora”⁴². Assim dissera a imprensa local. Clarice Lispector reconhece que “os fatos são irredutíveis”⁴³. Mineirinho praticou muitos crimes tipificados no Código Penal. Mas foi irredutível também a revolta da pessoa, da artista. Revolta esta compartilhada por sua cozinheira que, enquanto foi indagada pela patroa, manifestou-se pelo rosto, em uma expressão confusa. A confusão não se fez permanente. O deslinde da conversa se deu com uma frase que seria o anúncio daquilo que Clarice Lispector já sentia e passaria a desenhar nas palavras das páginas seguintes. Disse a cozinheira que “quem não sabe que Mineirinho era criminoso? Mas tenho certeza de que ele se salvou e já entrou no céu”⁴⁴.

O leitor já imagina, mesmo sem conhecer a cozinheira, um pouco de sua face reprimida, sofrida e tomada pela contradição. Ambas compartilhavam a mesma confusão, cuja dor tensionava o reconhecimento dos crimes daquele homem, mas também seus feitos em reconhecer e se fazer reconhecer nos pobres, nos oprimidos. Aquilo que seria justiça, a morte de Mineirinho e a sua salvação divina, deveria acalmar, trazer segurança ou, como diria Clarice Lispector, velar o sono dos hipócritas ou acalmar seus admiradores ante o caminho do céu. Mas, para Clarice Lispector esse velamento é falso. Porque ignora, não é terreno e provoca raiva. É preciso matar alguém e matar com tantos tiros?

A autora se sente humilhada, mas também se liberta da humilhação porque não é essa a justiça que lhe comporta. Ela quer uma “justiça que tivesse dado chance a uma coisa pura e cheia de desamparo”⁴⁵, a justiça prévia que impediria Mineirinho de ter virado punhal.

³⁹ Id., p. 33.

⁴⁰ Ibid., p. 36.

⁴¹ BOBBIO, op. cit., p. 38.

⁴² LISPECTOR, op. cit., p. 29.

⁴³ Loc. cit.

⁴⁴ Ibid., p. 25.

⁴⁵ LISPECTOR, op. cit., p. 31.

Clarice propõe uma ética da compaixão⁴⁶ e o humanismo em Clarice Lispector é evidente. Talvez ela diria que os direitos humanos são campo para o pensamento dos sonsos, grupo com o qual ela se identifica, “os sonsos essenciais, baluartes de alguma coisa”⁴⁷.

uma justiça que não se esqueça de que nós todos somos perigosos, e que na hora em que o justiceiro mata, ele não está mais nos protegendo nem querendo eliminar um criminoso, ele está cometendo o seu crime particular, um longamente guardado. Na hora de matar um criminoso – nesse instante está sendo morto um inocente⁴⁸.

Com efeito, o reconhecimento dos direitos humanos “o direito recupera seu sentido humanista e se restabelece o vínculo do direito com a justiça”⁴⁹.

Considerações finais

A tentativa de integrar o emocional ao racional, de liberar o direito da incessante intenção de explicação discursiva racional caracteriza, efetivamente, um ensaio de lucidez. Direito e arte se aproximam. A lucidez está na abertura provocada pela obra de arte para fazer ver a pré-concepção presente no cotidiano das pessoas e reproduzida continuamente. O senso comum queria Mineirinho morto, mas ele é vítima de seu tempo, foi fuzilado. Clarice Lispector, pela arte, clama por justiça. Evoca uma justiça prévia, que “vê a nós todos, lama viva, somos escuros, e por isso nem mesmo a maldade de um homem pode ser entregue à maldade de outro homem”⁵⁰.

Dentre tudo, é ela aquilo que nos vem ao encontro na natureza e na história, aquilo que nos interpela de maneira mais direta, que exala uma familiaridade enigmática, que toma todo o nosso ser – como se ali não houvesse qualquer distância e todo encontro com uma obra de arte significasse um encontro conosco mesmo⁵¹.

Clarice Lispector ao buscar em si o conforto para negar a raiva do fuzilamento desumano de Mineirinho, aglutina palavras libertadoras, que fazem ver para além do cotidiano. Essa é uma arte que restitui o sentido por via do afeto, das emoções, dos sentidos e que caminha em uma hermenêutica para os direitos humanos, a de que todas as pessoas são dignas e de que a violência histórica continua sendo um discurso presente ante os mais fracos que a fazem reproduzir.

Não devemos ser pessimistas a ponto de nos abandonarmos ao desespero, mas também não devemos ser tão otimistas que nos tornemos presunçosos.⁵²

⁴⁶ ROSENBAUM, op. cit., p. 179.

⁴⁷ LISPECTOR, op. cit., p. 32.

⁴⁸ Id., p. 33.

⁴⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Humanismo jurídico*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/dalmodallari/dallari20.html>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

⁵⁰ LISPECTOR, op. cit., p. 33.

⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. *Estética e hermenêutica*. In: GRONDIN, op. cit., p. 211.

⁵² BOBBIO, op. cit., p. 45.

Referências

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 17. tiragem. Rio de Janeiro: Campus Editora, 1992.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao88.htm> Acesso em: 10 jul. 2015.
- COLI, Jorge. *O que é arte*. 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Humanismo jurídico*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/dalmodallari/dallari20.html>>. Acesso em: 11 nov. 2015.
- DWORKIN, Ronald. De que maneira o direito se assemelha à literatura. In: _____. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 217-249.
- FAZENDA, Ivani. *Interdisciplinaridade: história, teoria e pesquisa*. Campinas, SP: Papirus, 1994.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- GADAMER, Hans-Georg. Estética e hermenêutica. In: GRONDIN, Jean (Org). *O pensamento de Gadamer*. Tradução Ênio Paulo Giachini. São Paulo: Paulus, 2012. p. 211-223. (Coleção Philosophica).
- _____. *Verdade e método*. Tradução Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. v. 2.
- GRONDIN, Jean. *Hermenêutica*. Tradução Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2012.
- HEIDEGGER, Martin. *A origem da obra de arte*. Tradução Idalina Azevedo e Manuel Antonio Castro. São Paulo: Edições 79, 2010.
- LISPECTOR, Clarice. Das vantagens de ser bobo. In: MONTERO, Tereza. (Org.). *Clarice na cabeceira: crônicas*. Rio de Janeiro: Rocco, 2010. p. 53-55.
- _____. Mineirinho. In: MONTERO, Tereza (Org.). *Clarice na cabeceira: crônicas*. Rio de Janeiro: Rocco, 2010. p. 25-33.
- MARX, Karl. *A Questão judaica*. São Paulo: Centauro, 2000.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.
- ROSENBAUM, Yudith. A ética na literatura: leitura de “Mineirinho”, de Clarice Lispector. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 24, n. 69, p. 169-182, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142010000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 mar. 2016.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito - parte 1*. São Paulo: Cortez, 2014.

Obras consultadas

- BENDER, Flora Christina; LAURITO, Ilka Brunhilde. *Crônica: história, teoria e prática*. São Paulo: Editora Scipione, 1993.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 15. ed. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. v. 15.
- _____. Hermenêutica como filosofia prática. In: GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 57-87.

As prerrogativas do juiz no Código de Processo Civil de 2015 para a garantia do primado da razoável duração do processo

ÁLVARO JOSÉ HADDAD DE SOUZA

Advogado. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

GABRIELA GIL MENIS

Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

LEILA RENATA RAMIRES MASTEGUIN

Advogada. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

MARCOS MARCELO MURARI

Graduando em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

NAIARA CRISTINA VALLI

Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar as inovações advindas do novo Código de Processo Civil acerca dos poderes do magistrado para a condução da relação jurídico-processual. Para tanto, serão analisadas as normas e princípios constitucionais e processuais sobre o tema, além dos apontamentos doutrinários, notadamente quanto às medidas de apoio para garantia do cumprimento de ordem judicial, da dilação de prazos processuais, julgamento antecipado parcial de mérito e, por fim, a possibilidade de inversão do ônus da prova.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Direito Processual civil constitucional. Prerrogativas do juiz.

Abstract: This study aims to analyze the innovations resulting from the new Civil Procedure Code regarding the magistrate's prerogatives to conduct the legal and procedural relationship. Therefore, it will be analyzed the rules and constitutional and procedural principles on the subject, beyond the doctrinal notes, especially regarding support measures for ensuring compliance with court order, the dilation of procedural deadlines, partial summary judgment of merit and, finally, the possibility of reversing the burden of proof.

Keywords: New Civil Procedure Code. Constitutional Law civil procedure. Prerogatives of the judge.

Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro vem experimentando os efeitos que a Constituição Federal de 1988 irradia através de suas disposições engajadas na busca da tutela da pessoa humana. Assim como nos outros ramos do direito, a legislação processual civil, em consonância com este fenômeno da “constitucionalização” dos ramos do direito, terá nova roupagem, através de uma nova codificação (Lei 13.105/2015).

O intuito da nova legislação, além de consagrar precedentes jurisprudenciais, fora o de criar dispositivos os quais teriam o potencial de superar o maior desafio do Poder Judiciário atualmente: a morosidade.

Pode-se notar que, desde o advento do Código Buzaid, houve mais de 60 leis ordinárias que buscaram aperfeiçoar o processo com intuito de desburocratizar os atos processuais, para se atingir a celeridade desejada. Como exemplos, a criação das disposições sobre o cumprimento de sentença; a mudança da regra dos recursos de agravo, dentre outras.

Entretanto, infelizmente, as minirreformas não surtiram os efeitos que se pretendiam. Os números de processos continuaram a aumentar, abarrotando de vez o Poder Judiciário que não possuía estrutura para atender as demandas sob os efeitos da Constituição Federal de 1988, ao abrir um leque de direitos e garantias fundamentais. Ademais, vale destacar, ainda, que a atividade jurisdicional também tem servido como sucedâneo de políticas públicas, ao determinar, em diversas oportunidades, o atendimento aos direitos fundamentais da população, como, por exemplo, na chamada “judicialização da saúde”, autorizando a concessão de medicamentos de alto custo para quem não possui condições de adquiri-lo, devida a má administração estatal.

O impacto da superlotação do Judiciário, com cerca de 100 milhões de processos percorrendo em seus órgãos, segundo o Relatório “Justiça em Número”¹, do CNJ, obrigou o Senado Federal a agir. Assim, instituiu-se a Comissão de Juristas para a elaboração do novo Código de Processo Civil no ano de 2010, e após sua tramitação no Congresso Nacional, fora aprovado e sancionado no ano de 2015.

Dentre as alterações legislativas que buscam solucionar este cenário de caos, estão a concentração e majoração dos poderes do juiz, dando-lhe amplitudes de atuação.

Neste sentido, o presente trabalho busca explorar e analisar algumas dessas mudanças, que se encontram nas seguintes temáticas e artigos do novo Código de Processo Civil: a) a tutela das obrigações específicas no NCPC e a aplicabilidade das medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária, preconizada no artigo 139, IV, bem como a procedência da demanda, através do artigo 497; b) a possibilidade da dilação de prazos processuais; c) a possibilidade da decisão parcial de mérito e a sistemática do artigo 396; e d) a dinâmica da distribuição do ônus da prova e suas implicações no processo.

O juiz no novo Código de Processo Civil e a busca pela celeridade processual

O ideal que o novo Código traz é o de se criar um processo em que o tempo de duração seja o menor possível, mas não aos “trancos-e-barrancos”. A intenção do legislador fora a de adotar o procedimento mais célere, mas de forma a garantir a efetividade da prestação jurisdicional e em respeito às garantias processuais elencadas pela Constituição Federal como direitos e garantias fundamentais. Portanto celeridade e efetividade foram as diretrizes adotadas.

Dentre as diversas alterações legislativas almejadas para solucionar o cenário de caos do sistema judiciário, de modo a se criar um procedimento célere e efetivo, o legislador optou em concentrar e majorar os poderes do magistrado, permitindo-lhes ampliar seu campo de atuação.

Ao disciplinar os deveres, poderes e responsabilidades do juiz, o CPC-2015 inicia por transcrever um rol de condutas conferidas aos magistrados, mesclando tanto os deveres quanto os poderes e responsabilidades. Essas condutas dirigidas ao magistrado estão previstas no art. 2º do NCPC, onde esboça que o processo começa por iniciativa da parte autora,

¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em número ano 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros/>>. Acesso em: 25 set. 2015.

mas a condução da relação jurídico-processual é atribuída ao juiz, dentro do estereótipo constitucional do direito processual.

Ressalta-se que estas medidas adotadas pela nova legislação processual seguem, também, uma tendência ocidental do processo. Isso porque diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros vêm criando dispositivos acerca das atuações do magistrado, de forma a quebrar o paradigma estabelecido desde o século XVIII, fazendo do juiz um sujeito da relação processual meramente adstrito tão somente às regras.

Neste mesmo sentido que o ordenamento jurídico inglês se modificou, através da chamada “*Woolf Reforms*”, pelas quais foram atribuídos maiores poderes ao juiz tais como sua prerrogativa em controlar o tempo da demanda, os “*poderes judiciais*” em caso de gestão de largura e discricionárias, para definir datas de julgamento precoce e de se recusar a movê-los.

Conforme se extrai das lições de Rogério Cruz e Tucci quanto à legislação inglesa, assim prescreve: “o novo processo civil inglês redistribuiu os poderes de gestão processual (case management), concentrando-os na pessoa do juiz, a quem incumbe dentre outras tarefas, determinar a espécie de procedimento mais adequada ao caso concreto”².

Desta forma, o NCPC, no que tange o juiz na condução da relação jurídico-processual, diferentemente da figura criada pelos ordenamentos jurídicos de viés estritamente positivista e burocrático, cria uma figura ativa, ampliando-lhes o campo de atuação.

É evidente que a reforma ocorrida não supriu uma ordem jurídica acerca do processo, embora tenha ampliado os poderes do juiz, conferindo a estes um número maior de hipóteses onde contam com uma margem de discricionariedade.

Deste modo, o objetivo do NCPC é tornar mais célere as tramitações dos processos no judiciário, pois como bem se sabe, a morosidade, a complexidade e a ineficiência são os principais problemas da justiça do Brasil.

Neste diapasão, o que o NCPC buscou foi construir um sistema processual pautado na simplificação, na organização, adequação, efetividade e celeridade, buscando deste modo mecanismos para que possam resolver os problemas no judiciário brasileiro.

Nas palavras de Trícia Navarro Xavier Cabral³:

O Projeto do novo CPC [...] procurou não só aprimorar as técnicas processuais, mas mexer na própria fisionomia do processo, para que este pudesse ser mais maleável e adaptável aos diversos tipos de conflitos sociais levados a juízo, permitindo um tratamento individualizado às demandas judiciais quando assim o caso merecesse, [...] trazendo mais fluidez ao processo.

No entanto, é válido frisar que o mencionado acréscimo dos poderes do juiz não significa que este terá privilégios processuais a seu favor, já que ao mesmo tempo, os mecanismos criados geram o direito das partes à aplicação da modificação procedimental mais adequada à sua específica situação, com vistas a solucionar mais eficazmente cada lide processual.

² CRUZ E TUCCI, Rogério. Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no Projeto do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 192, ano 36, p. 193-209, 2011. p. 202. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 202.

³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes do juiz no novo CPC. *Revista de Processo*, v. 37, n. 208, p. 275-294, jun. 2012. p. 278.

Desta forma, o NCPC não buscou criar poderosos juízes, mas sim estabelecer condições para fortalecimentos das atividades intrínsecas do direito processual entre as partes da ação, para que haja uma pacificação dos conflitos sociais.

Ademais, o aumento dos poderes do magistrado (com o novo CPC) não exprimirá elevação de riscos quanto ao autoritarismo ou à arbitrariedade por parte desse membro do Judiciário. Em verdade, como bem registrado por Trícia Cabral⁴:

Primeiro porque não há que se falar em discricionariedade dos atos do juiz, eis que sempre estarão vinculados aos preceitos normativos. Segundo porque a variação procedimental é sempre em favor do jurisdicionado e não do magistrado. Terceiro porque qualquer adaptação dos preceitos legais requer o necessário diálogo e cooperação das partes. Quarto porque quanto mais poderes são atribuídos ao juiz, mais sujeito a responsabilização pelos seus atos ele estará, [...] e sempre será possível o controle judicial – e às vezes até mesmo administrativo – das posturas abusivas do juiz. E quinto, porque a rigidez processual não é garantia de passividade do juiz, podendo, por vezes, representar um efetivo descompromisso com as finalidades do processo e com os objetos das partes.

O que se pode perceber é que essa ampliação dos poderes conferidos aos magistrados não significa dizer que estes terão poderes plenos sobre os processos, pois como bem se sabe os julgadores são os agentes políticos da ação, no entanto, a sua atuação deve ser justa, realizada na justiça do caso concreto, devendo observar os valores constitucionais.

Como bem salienta Gustavo Quintanilha Telles de Menezes⁵:

Porém não se sugere que o juiz simplesmente ignore a lei e se arrogue atividade legiferante. O julgador não pode utilizar o ativismo como justificativa para usurpar do legislador sua função típica. Importa estar atento para que o poder concedido ao juiz não redunde em arbítrio ou comprometa sua necessária e imprescindível imparcialidade, devendo-se aquilatar a conveniência de serem ou não reforçados os poderes do juiz.

Nesse aspecto, visa a presença ativa e atuante das partes no decorrer do processo, onde estas serviram como uma base de controle dos amplos poderes dos magistrados. Assim, as partes terão a função de fiscalizar o agir dos juízes, para que haja desta forma a preservação das garantias individuais.

Na visão de Gustavo Menezes⁶, “o contraditório apresenta-se como corolário do princípio político da participação democrática, impondo a ampla possibilidade de as partes influírem eficazmente na formação de decisões judiciais”.

O primado do contraditório, quando toca as partes no processo, visa assegurar maior amplitude possível para que estas participem de todas as fases processuais, a fim de que tenham oportunidade de trazer aos autos elementos que demonstram a plausibilidade de seus direito e convencimento do magistrado.

⁴ Ibid., p. 279.

⁵ MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles. A atuação do juiz na direção do processo. In: FUX, Luiz. (Coord.). *O novo código de processo civil brasileiro: Direito em expectativa* (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). São Paulo: Editora Forense, 2011. p. 196.

⁶ Loc. cit.

No que tange à desburocratização do processo, temos o seguinte pronunciamento do Deputado Paulo Teixeira: “Pretendemos entregar à população um código mais desburocratizado, que permita uma Justiça com mais celeridade e presença das partes, uma justiça mais justa”⁷.

Assim, portanto, é a expectativa do NCPC: a construção do processo pautado pelos princípios e garantias constitucionais, almejando conciliar e potencializar a celeridade e a efetividade através da criação de uma figura pró-ativa do magistrado.

As medidas do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015

Conforme se depreende da redação do artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil, o juiz conduzirá o processo de forma célere, incumbindo-lhe determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, quando se faz necessário, visando assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. Trata-se de “poderes de imperium conferidos ao juiz para concretizar suas ordens”⁸.

Vale destacar, em primeiro lugar, que, o dispositivo supracitado consagrou o princípio da “atipicidade das formas executivas”, na medida em que o magistrado pode valer-se de quaisquer medidas executivas, mesmo não expressamente contidas no texto legal, inclusive nas ações de cunho estritamente pecuniário.

Sobre as classificações das medidas encartadas no inciso IV do artigo 139, do CPC-2015, vale destacar as lições do professor Elipídio Donizetti Nunes⁹:

Medidas coercitivas: são aquelas que objetivam forçar o cumprimento de uma ordem judicial. Aquele que sofre a medida deve raciocinar no sentido de compreender que é mais vantajoso cumprir e satisfazer a obrigação ou o dever imposto do que assumir a medida coercitiva. O exemplo clássico é a imposição de multa diária.

Medidas indutivas: essa expressão figura – creio que pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro – no projeto de lei da ação civil pública. A doutrina ainda não se ocupou do tema. Para mim, trata-se de uma subdivisão das medidas coercitivas. Os legisladores – os doutrinadores principalmente – têm um pendor especial para a criação de espécies desnecessárias. Exibem exóticos termos como a maior descoberta do século. Bem, creio que essa tal indução advém da prisão. Isso para os que sustentam que o cumprimento de decisão judicial pode ser exigido sob cominação de prisão, porquanto distinta da prisão por dívida. [...]

Medidas mandamentais: são aquelas que podem produzir parte dos efeitos de uma decisão de cunho constitutivo, mas que não se confundem com a própria tutela pretendida. Trata-se de uma ordem que pode ser destinada às partes ou a um terceiro.

Já para as medidas sub-rogatórias, o autor se utiliza das lições de Sérgio Cruz Arenhart, sendo elas “mecanismos de cumprimento de ordem judicial que dispensam a colaboração do ordenado, já que a prestação imposta pode ser atribuída a terceiro, de forma a realizar exatamente o resultado idêntico àquele que seria operado pelo sujeito passivo”¹⁰.

⁷ REDE BRASIL ATUAL. *Novo Código de processo Civil vai desburocratizar a Justiça, afirma relator*. 28 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2013/11/novo-codigo-de-processo-civil-vai-desburocratizar-justica-afirma-relator-de-projeto-7859.html>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 273.

⁹ DONIZETTI, Elipídio. *Curso didático de Direito Processual Civil*. 19. ed. São Paulo: GEN/Atlas, 2016, p. 356-357.

¹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 385, p. 45-60, nov. 2009.

A origem do dispositivo em comento fora através do §5º, do artigo 84, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), que autoriza o juiz a utilizar medidas “tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”, para a obtenção do resultado prático nas ações que versarem sobre cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Trata-se de rol exemplificativo de medidas quais sejam, busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva e requisição de força policial.

Inspirado no artigo supracitado, no ano de 2002, através da Lei 10.444/2002, o legislador inseriu no artigo 461 Código de Processo Civil, o parágrafo 5º, com as mesmas medidas, acrescentando outras, como a multa.

O principal objetivo dessas medidas é assegurar a tutela do direito material, qual seja, a obrigação de fazer ou não fazer. No tocante ao cumprimento das obrigações, salienta Cândido Rangel Dinamarco que são as “de mais difícil execução por imposição imperativa do Estado-juiz, porque seu cumprimento depende muito da disposição do obrigado e é muito difícil obter, sem o concurso de sua vontade, os resultados a que o credor tem direito”¹¹.

Ao ingressar com ação cuja essência é a satisfação da obrigação de fazer, não se está buscando compensação pecuniária pelo inadimplemento, mas, sim, como dito, o “*facere*” ou “*non facere*” do demandado. Assim, o ordenamento jurídico passou a atribuir tais medidas de apoio ao magistrado, para, em última análise, atender o direito constitucional da efetiva prestação jurisdicional.

Até a vigência do Código de Processo Civil de 1973, as medidas tocam apenas as ações que versarem a tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer.

Contudo, o novo Código de Processo Civil parece ter aberto um leque dessas medidas, quando dispõe no inciso IV, do artigo 139, *in fine*, que elas poderão ser utilizadas “inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Isso porque, em primeiro momento, a interpretação é que a nova sistemática permite a utilização das medidas para toda e qualquer ação, independentemente de sua natureza. Ou seja, a primeira leitura que se faz é que, diferentemente do CPC/1973 que autoriza as medidas para a tutela específica das obrigações, o CPC/2015 expandiu-as para as ações de natureza declaratória, constitutiva e condenatória.

Diante deste novo paradigma, surgem diferentes posicionamentos doutrinários acerca do tema, notadamente nas ações pecuniárias.

Teresa Arruda Alvim Wambier alerta que, caso a interpretação da utilização das medidas do artigo 139, IV do NCPC recaísse para as ações cujo objeto seja tão somente correlacionado à sentença de natureza condenatória, corre-se o risco de ações condenatórias e ações executivas *lato sensu* receberem o mesmo tratamento:

É como se o legislador dissesse que ações condenatórias e ações executivas *lato sensu* passariam a receber o mesmo tratamento.

Há uma reflexão necessária: o legislador disciplinou separadamente as formas de cumprimento das obrigações de pagar quantia, de fazer, não fazer e entregar coisa. À primeira destinou o *procedimento do cumprimento de sentença*: para as demais modalidades de obrigações, disciplinou

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 219.

as formas de tutela específica ou substitutiva, típicas das ações executivas lato sensu, nos mesmos termos do que o CPC/73 fez com o art. 461 e com o art. 461-A.

Então se há disciplina específica para a prestação da tutela jurisdicional em cada conjunto de espécies de obrigações, é necessário que se interprete este dispositivo (inciso IV do art. 139) com grande cuidado, sob pena de, se se entender que em todos os tipos de obrigações, inclusive na de pagar quantia em dinheiro, pode o juiz lançar mão de medidas típicas das ações executivas *lato sensu*, ocorrer completa desconfiguração do sistema engendrado pelo próprio legislador para as ações de natureza condenatória.

A resistência ao cumprimento de ordens judiciais é um fenômeno cultural muito comum e, de certo modo, ligado à indisciplina que, em alguma medida, caracteriza o povo latino e, muito especialmente, o povo brasileiro. Resistimos às ordens. A regra do art. 461 do CPC/71 representou uma quebra de paradigma bastante expressiva, ao autorizar o juiz a determinar medidas que este inciso agora repete e reforça, isto é, *medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias, que devem ser aplicáveis às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa*.

A existência de um bem engendrado sistema recursal, suficiente para o exercício da irresignação diante das decisões desfavoráveis, não autoriza a que as ordens judiciais que remanesçam ativas sejam desconsideradas. Além disso, a necessidade de respeito às instituições – e a decisão judicial se insere nesse contexto – é um dos fundamentos do Estado de Direito.¹²

Justificando tal posicionamento, a autora salienta ser necessária se fazer interpretação sistemática do dispositivo em questão, observando-se o artigo 497 do NCPC, que assim prescreve: “Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”.

Analisa a autora:

O legislador parece ter querido transformar todas as ações em executivas lato sensu e/ou mandamentais, inclusive quando se trata daquelas que tenham por objeto prestação pecuniária.

É de se indagar: 1) o que poderia o juiz fazer para induzir o devedor a pagar quantia em dinheiro? 2) Fossem *todas as ações* mandamentais e executivas lato sensu, porque haveria a disciplina própria dos artigos ora comentados? Não teria sentido algum diferenciar-se este procedimento, para estas duas hipóteses.

Em conclusão, parece que o legislador de 2015 quis dar mais poderes ao juiz, neste particular, e não sabia bem como.¹³

Há ainda entendimento quanto à inconstitucionalidade do artigo 139, IV, do CPC-2015, de Guilherme Pupe de Nóbrega¹⁴, pelo potencial de mitigar direitos individuais:

À luz da exposição feita acima, e em análise primeva, sustentamos que o artigo 139, IV, do CPC de 2015, está a merecer declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, para o fim de rechaçar a apreensão de passaporte, a suspensão do direito de dirigir e a vedação à participação em concurso ou em licitação públicos como medidas passíveis de serem adotadas pelo juiz, sob pena de vulneração aos artigos 1º, IV, 5º, XV e LIV, 37, I, 173, § 3º, III, e 175, todos da Constituição.

¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 263-264. grifo do autor.

¹³ WAMBIER et al., op. cit., p. 813-814. grifo do autor.

¹⁴ NOBREGA, Guilherme Pupe. *Reflexões sobre a atipicidade das técnicas executivas e o artigo 139, IV, do CPC de 2015*. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI243746,21048-Reflexoes+sobre+a+atipicidade+das+técnicas+executivas+e+o+artigo+139>>. Acesso em: 10 out. 2016.

Entretanto, para a maioria da doutrina processualista, as medidas elencadas no artigo 139, IV, do CPC-2015 se aplicam inclusive nas ações pecuniárias. Nesse sentido, para Luis Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitideiro, as técnicas processuais consubstanciadas nas medidas do artigo 139, IV, poderão ser aplicadas para as ações cujo pleito seja meramente pecuniário, posto todas as sentenças possuírem carga executiva intrínseca:

“Todavia, viu-se que a adequada interpretação do art. 139, inc. IV, do CPC, permite superar essa dicotomia injustificável, concluindo-se que todas as sentenças contêm executividade intrínseca e permitem a efetiva e plena realização do direito, pouco importando se se trata de prestação de fazer, de não fazer, de entregar coisa ou de pagar quantia. O dispositivo mencionado deve iluminar todo o sistema de tutela dos direitos, servindo como marco essencial para as técnicas de efetivação das decisões judiciais.”¹⁵

Corroborando os ensinamentos acima, Ricardo Alexandre da Silva diferencia os Códigos de 1973 e 2015, no que tange às medidas do juiz para a satisfação da tutela do crédito pecuniário, ao passo que o NCPC atribuiu à tutela de prestações pecuniárias o sistema atípico, “de modo que a execução forçada, com o objetivo de expropriar bens, não é a técnica preferencial”¹⁶.

Para esses doutrinadores, ao estabelecer o sistema atípico das técnicas para amparar a tutela jurisdicional do direito creditório pecuniário, o magistrado poderá fazer uso das medidas do artigo 139, IV, não sendo a medida sub-rogatória de expropriação de bens o único meio possível para tal satisfação.

Como ressalta Ricardo Alexandre da Silva, o emprego destas medidas também poderá incidir em decisões interlocutórias de antecipação parcial de mérito: “ademais, seria possível o emprego de técnicas coercitivas ainda que se tratasse de decisões interlocutórias de mérito não definitivas, contra as quais pendesse recurso destituído de efeito suspensivo”¹⁷.

Vale destacar o enunciado 48, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM):

O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais.¹⁸

Nesse mesmo sentido, o Enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II.¹⁹

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p. 764.

¹⁶ SILVA, Ricardo Alexandre da. Atipicidade dos meios executivos na efetivação das decisões que reconheçam o dever de pagar quantia no Novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord.). *Coleção novo CPC – Doutrina selecionada*. Execução. Salvador, BA: JusPodivm, 2015. v. 5. p. 444.

¹⁷ *Ibid.*, p. 447.

¹⁸ Enunciados aprovados pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM. Disponível em <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 10 out. 2016.

¹⁹ Enunciados aprovados pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em 10 out. 2016.

Cumpra salientar das lições do autor supracitado, ressaltando que o sistema que o NCPC implantou na tutela jurisdicional das obrigações pecuniárias está amparado pelos preceitos constitucionais, à luz do princípio da isonomia, em contraponto ao entendimento acerca da inconstitucionalidade apontado acima:

Tem-se enfatizado a importância do art. 139, inc. IV do NCPC para atipicidade das técnicas de execução voltadas à efetivação de sentença que reconheça crédito. É preciso acrescentar que além desse dispositivo infraconstitucional, a própria Constituição corrobora a atipicidade das técnicas para a efetivação de decisões – sentenças ou interlocutórias – que reconheçam direito à prestação pecuniária.

A isonomia que decorre do direito à igualdade impede que credores de diferentes prestações sofram restrições nas técnicas legalmente dispostas para a efetivação das decisões que lhes favoreçam. Não há justificativa, à luz da isonomia constitucional, para que um credor de fazer ou de não fazer possa obter a efetivação de sentença de procedência mediante mecanismos indutivos, mas isso seja proibido ao credor de prestação pecuniária.²⁰

Superada a questão acerca da natureza da ação para aplicabilidade das medidas em comento – e, neste ponto, parece-nos incidir sobre qualquer ação – há de se apontar as diretrizes de sua aplicação, sob pena de transformá-las num cheque em branco dado pelo legislador ao magistrado.

A aplicação deverá atender aos primados das normas fundamentais do processo civil, quais sejam, a ponderação, razoabilidade e fundamentação da decisão. Não poderá o magistrado aplicá-las ao bel prazer, mas, sim, quando realmente forem necessárias, levando as peculiaridades do caso concreto, de acordo com os artigos 8º, 11 e 489, §1º, do CPC-2015, que consagram tais premissas.

Neste ponto, vale destacar as palavras de Fernanda Tartuce, em entrevista ao Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), ao ser questionada se, “poderá o magistrado determinar a suspensão do direito de dirigir; a proibição para tirar passaporte; e a penhora da restituição do Imposto de Renda”, utilizando o artigo 139, IV, do NCPC:

Sob certo prisma, adotar medidas diferenciadas contribui para a efetividade da prestação jurisdicional. Por outro lado, o patrimônio – e não a pessoa do devedor - responde por dívidas; além disso, o exercício de amplos poderes pelo juiz, sem balizas específicas, pode ensejar medidas inadequadas. Nessa linha, suspender o direito de dirigir e restringir o uso de passaporte são iniciativas problemáticas, por atingirem a pessoa do devedor, enquanto a penhora da restituição de Imposto de Renda soa viável por afetar seu patrimônio. É importante que a medida diferenciada se revele proporcional e seja aplicada após o esgotamento de outros meios previstos no ordenamento. Como a proposta do Novo Código é aumentar a eficiência processual, intentar medidas ineficazes, inexecutáveis e/ou de difícil fiscalização pode acabar ensejando o efeito contrário.²¹

²⁰ SILVA, op. cit., p. 445.

²¹ TARTUCE, Fernanda. *O polêmico inciso IV do artigo 139 do CPC e suas difusas interpretações*. Entrevista ao Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Disponível em < <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6096/O-pol%C3%AAmico+inciso+IV+do+artigo+139+do+CPC+e+suas+difusas+interpreta%C3%A7%C3%B5es>>. Acesso em 10 out. 2016.

A polêmica instaurada na comunidade jurídica se dá na restrição de direitos dos devedores, tais como a apreensão de passaporte, suspensão do direito de dirigir, cancelamento de cartões de crédito, dentre outras. Inclusive, há decisões no sentido, como, por exemplo, nos autos da ação de execução por quantia certa contra devedor solvente nº 4001386-13.2013.8.26.0011, oriunda da Segunda Vara Cível do Foro Regional XI – Pinheiros, da Comarca de São Paulo, Capital, proferida pela magistrada Andrea Ferraz Musa:

O caso tratado nos autos se insere dentre as hipóteses em que é cabível a aplicação do art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil. Isso porque o processo tramita desde 2013 sem que qualquer valor tenha sido pago ao exequente. Todas as medidas executivas cabíveis foram tomadas, sendo que o executado não paga a dívida, não indica bens à penhora, não faz proposta de acordo e sequer cumpre de forma adequada as ordens judiciais, frustrando a execução. Se o executado não tem como solver a presente dívida, também não recursos para viagens internacionais, ou para manter um veículo, ou mesmo manter um cartão de crédito. Se porém, mantiver tais atividades, poderá quitar a dívida, razão pela qual a medida coercitiva poderá se mostrar efetiva. Assim, como medida coercitiva objetivando a efetivação da presente execução, defiro o pedido formulado pelo exequente, e suspendo a Carteira Nacional de Habilitação do executado [...] determinando, ainda, a apreensão de seu passaporte, até o pagamento da presente dívida. Oficie-se ao Departamento Estadual de Trânsito e à Delegacia da Polícia Federal. Determino, ainda, o cancelamento dos cartões de crédito do executado até o pagamento da presente dívida. Oficie-se às empresas operadoras de cartão de crédito [...] para cancelar os cartões do executado.

Como se pode observar, a magistrada optou pela aplicação das medidas, levando em consideração as circunstâncias do caso concreto, tais como a ocultação de patrimônio do devedor e sua conduta durante o processo, além do tempo do processo de execução.

Entretanto, contra a decisão proferida, foi impetrado *habeas corpus* (processo nº 2183713-85.2016.8.26.0000), com pedido liminar, para suspender sua eficácia, concedida pela 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de relatoria do Desembargador Marcos Ramos, com o seguinte fundamento:

Em que pese a nova sistemática trazida pelo art. 139, IV, do CPC/2015, deve-se considerar que a base estrutural do ordenamento jurídico é a Constituição Federal, que em seu art. 5º, XV, consagra o direito de ir e vir. Ademais, o art. 8º do CPC/2015, também preceitua que ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz não atentará apenas para a eficiência do processo, mas também aos fins sociais e às exigências do bem comum, devendo ainda resguardar e promover a dignidade da pessoa humana, observando a proporcionalidade, a razoabilidade e a legalidade.

O Tribunal, portanto, em atendimento à tutela dos direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna, bem como as regras contidas nas normas fundamentais do CPC-2015, afastou as medidas determinadas pela magistrada.

Poderíamos imaginar outro cenário: ao invés de ação de execução por quantia certa, fosse ação de execução de alimentos. A utilização das medidas poderiam ser adotadas de rigor, dada a natureza da ação, bem como a possibilidade de se pleitear prisão civil do devedor.

Como se vê, o posicionamento doutrinário acerca da utilização das medidas do artigo 139, IV do NCPC ainda está dividido.

De um lado, entende-se que o legislador procurou ampliar o uso das medidas de apoio além das sentenças mandamentais e executivas para, também, nas ações condenatórias que versem sobre direito creditório pecuniário. Entretanto, de outro lado, em grande maioria, entende-se que o uso de tais medidas deva recair somente nas ações cujo objeto se concentra nas obrigações de fazer e não fazer, tendo o legislador diferenciado o tratamento das ações de cunho condenatório, mandamental e executivo *lato sensu*.

Caberá à jurisprudência e à doutrina estabelecerem o destino do uso das medidas de apoio elencadas no artigo 139, IV, do NCPC. Seja qual for o posicionamento a ser seguido, as medidas de apoio não de ser empregadas da forma mais coerente ao caso concreto, de forma que o dispositivo em questão não gere um magistrado de poderes desgovernados, desviando a função jurisdicional arrogantemente, como lembram os juristas Rosa Maria Andrade Nery e Nelson Nery Júnior: “O desvio que macularia o poder de mando é a arrogância, que pode tornar abusivo o mando, pois o poder da autoridade não é absoluto”²².

Da dilação dos prazos processuais

O direito processual civil brasileiro foi marcado por dispositivos cogentes e, por conseguinte, os sujeitos da relação jurídico-processual não poderiam se abster de cumprir seus mandamentos.

Essa característica se deve a diversos elementos tais como o modelo positivista e o conservadorismo – “*standards*” do direito brasileiro até então –, marcado pelo “juiz boca da lei” e cumpridor do procedimento em sentido estrito. Também se deve ao fato de o ordenamento jurídico ser pautado pela família *civil law*, encabeçando o arcabouço de normas a serem seguidas à risca.

Ao passo que o direito processual civil foi evoluindo, somado ao advento da Constituição Federal e a notória dificuldade do Poder Judiciário em atender o número astronômico de demandas que só aumentaram, uma das tendências para superar tais dificuldades fora a flexibilização procedimental.

Consiste este fenômeno em adotar normas procedimentais das quais os sujeitos da relação processual poderiam adequar para a melhor efetividade do processo. Assim, o caráter cogente de algumas normas fora mitigado, podendo as partes atuar de maneira diversa da preconizada pela legislação processual.

Tal tendência foi muito criticada pela doutrina, pois estar-se-ia deturpando a essência do devido processo legal, podendo os sujeitos da relação jurídico-processual serem lesados, bem como insegurança jurídica quanto ao processo. Entretanto, tal crítica fora silenciada nos últimos anos, de modo que a doutrina cada vez mais impulsionou a flexibilização do procedimento, devido ao fato de que a atividade jurisdicional estaria mais perto da efetividade.

Mais uma vez, válido ressaltar as lições de Eduardo Cambi e Aline Regina das Neves²³:

A flexibilização procedimental não atenta contra a ordem jurídica, pois: a) não há violação à garantia do devido processo legal; b) não é o procedimento que legitima a decisão judicial, mas sim a participação das partes no procedimento adotado; c) nos moldes adotados no NCPC, não se

²² NERY, Rosa Maria Andrade; NERY JR., Nelson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 583.

²³ CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. *Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil*. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord.). *Coleção Novo CPC – Doutrina selecionada*. Parte Geral. Salvador, BA: JusPodivm, 2015. v. 1. p. 517.

fere a segurança jurídica e, tampouco, causa perda da previsibilidade dos atos processuais, posto que a flexibilização procedimental condiciona-se ao exercício do contraditório pleno, à existência de finalidade específica e à motivação da decisão judicial que a determina; d) a possibilidade de adaptar o procedimento legalmente estabelecido se justifica pela ponderação de valores e a sua relevância para a efetivação da garantia constitucional de acesso à ordem jurídica justa; e) não faria sentido permitir ao Juiz a valoração da prova de acordo com a sua persuasão racional motivada e impedi-lo de interferir na condução do procedimento, assim como representaria incoerência grosseira permitir ao árbitro a adaptabilidade do procedimento e rechaçá-lo ao Magistrado.

Neste ponto, o CPC-2015 incorporou em seus dispositivos a flexibilização procedimental, de modo a tornar o processo mais “palpável” pelos sujeitos da relação processual, de modo a atingir a efetividade e, também, a celeridade da relação jurídico-processual, de modo que não se perderia tempo para cumprimento de determinados atos “comezinhos”, que só tumultuariam o andamento do processo.

Uma das formas que o CPC-2015 consubstancia a flexibilização procedimental é atribuir ao magistrado a prerrogativa de dilatar os prazos processuais, conforme redação do artigo 139, VI: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”.

A codificação anterior permitia a possibilidade do magistrado em estabelecer prazos processuais apenas nos casos em que a lei expressamente autorize. Aqui, verifica-se a incidência dos dispositivos de natureza cogente reguladores dos prazos processuais, de natureza peremptória, que, segundo Enrico Tullio Liebman, “não podem em caso algum ser abreviados ou prorrogados e a perda deles implica impossibilidade de realizar o ato”²⁴.

A ideia do CPC-2015, no que concerne aos prazos processuais, também foi a de estabelecer prazos, entretanto, dar a possibilidade do magistrado de alterá-los. A título de exemplo, o prazo para contestar no CPC-73 era de 15 dias e as partes não poderiam dispor em contrário a dilação de tal prazo, entretanto, no CPC-2015, o prazo de 15 dias para contestar poderá ser dilatado.

Neste sentido, ensina Teresa Arruda Alvim Wambier²⁵:

A ideia é obter do processo maior rendimento possível, para as partes e para todo o enorme espectro de interesses mediatos envolvidos em cada processo, sejam do próprio Judiciário, de ver solucionado mais um caso, seja da sociedade, que daquela solução poderá extrair parâmetros de conduta.

Entretanto, mais uma vez destacando as palavras de Eduardo Cambi e Aline Regina das Neves²⁶, a redação tem, ainda, certa timidez e, com o tempo, tal regra será melhor instrumentalizada pela jurisprudência, bem como a aplicabilidade pelos magistrados também revelar-se-á mais presente:

²⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tocantins: Intelectus, 2003. v. 1. p. 202.

²⁵ Op. cit., p. 265.

²⁶ Op. cit., p. 501.

Em que pese a timidez da redação do artigo 139, inc. VI, do NCPC quanto à maior possibilidade de flexibilização procedimental, é certo que tal poder deve ser bem utilizado pelos juízes e, até mesmo, venha a ser mais bem instrumentalizado pela jurisprudência, que poderá, a partir da referida regra, extrair a máxima efetividade da garantia constitucional do acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, inc. XXXV, CF) e atribuir contornos mais precisos ao direito fundamental da tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva.

Desta forma, podemos verificar que o CPC-2015 optou pela possibilidade de flexibilizar prazos antes não autorizados por lei, de forma a buscar a melhor adequação do procedimento na tutela do direito material, em prol da efetividade da prestação jurisdicional, bem como da celeridade. Isso porque, embora a extensão de prazo maior para realização de um ato processual em primeiro momento possa gerar críticas no sentido de se prejudicar a celeridade, a concessão de prazo maior em casos cuja complexidade tenha grau elevado traria às partes melhores condições de realizá-los.

Assim, a possibilidade de se afastar nulidades futuras por conta da impossibilidade de realização de um ato processual ou a realização deste de maneira não satisfatória seria maior, não fazendo do processo, em última análise, algo interminável, por ter de recomeçar as sequências de atos por mais vezes.

Do julgamento antecipado parcial do mérito

O NCPC traz em seu corpo a possibilidade do juiz decidir parcialmente o mérito da demanda, quando um ou mais dos pedidos mostrar-se incontroverso ou, ainda, estiver em condições de julgamento imediato, conforme se extrai da redação do artigo 356.

A grande importância desta medida é assegurar uma célere prestação jurisdicional a causas que estão “maduras” para julgamento. Como ensina o professor Orlando Augusto Carvaneli:

Em meio ao cenário de intempestividade que assola o Poder Judiciário, é imperioso adotar técnicas aptas à efetiva entrega da prestação jurisdicional, assegurando, na prática, um resultado real e útil para a tutela almejada. E a resolução de mérito se insere como medida salutar e em absoluta consonância com os princípios processuais ligados ao tempo e à duração do processo, visando imprimir maior celeridade à prestação jurisdicional, ao menos em relação à parcela da demanda que já se encontra madura para julgamento.²⁷

Quanto à natureza jurídica da decisão antecipatória, embora verse sobre mérito, é interlocutória. Isso porque este pronunciamento não põe fim à fase cognitiva com fundamento nos artigos 485 ou 487, bem como não extingue a execução. E assim é, conforme se depreende da lição de Pontes de Miranda: “se a decisão não põe fim ao processo, com ou sem julgamento de mérito, interlocutória é”²⁸.

Tal decisão antecipatória de mérito, portanto, enquadra-se no §2º do artigo 203, do NCPC.

²⁷ CARVANELI, Orlando Augusto. *Resolução Parcial e progressiva de mérito – fracionamento em busca da brevidade e efetividade*. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord.). Coleção novo CPC – Doutrina selecionada. Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias. Salvador, BA: JusPodivm, 2015. v. 2. p. 349.

²⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavaltanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. t. 7. p. 186.

Para a maioria da doutrina processualista, a técnica processual em questão tem origem no §6º do artigo 273 do CPC/1973. Extrai-se do teor deste artigo, a possibilidade de se obter a antecipação da tutela quando um ou mais pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

Quando do surgimento da possibilidade da utilização da técnica supracitada, através da Lei 10.444/2002, começou-se impulsionar o fenômeno da “cindibilidade ou fragmentação da sentença, permitindo a prévia análise de um pedido que não foi impugnado”²⁹.

Para José Carlos Van Cleef de Almeida Santos, o tratamento que esta técnica processual experimentou no NCPC fora significativo, pois sugere a “eliminação das expressões contidas no texto da lei do atual diploma processual que ensejam dúvidas ao intérprete acerca da existência, ou não, da figura da decisão interlocutória de mérito”³⁰.

Traçada a origem da decisão interlocutória antecipatória de mérito, serão analisadas as novidades trazidas pelo NCPC.

Pois bem.

Como já salientado, preceitua o artigo 356 do NCPC que o magistrado decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, bem como estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do artigo 355 do mesmo Código.

Por “incontroverso” entende-se não no sentido restrito, de modo que a aplicabilidade da regra não recai apenas quando a parte contrária admite parcialmente o pleito, mas, também quando parte do pedido, embora impugnada pelo réu, se torne indiscutível³¹.

Já as condições de julgamento imediato do artigo 355 do NCPC, referem-se aos casos em que não houver necessidade de dilação probatória, bem como quando o réu for revel, ocorrendo-se a revelia, ou, ainda, mesmo revel, não houver requerido produção de prova.

Por tratar-se de matéria de mérito, conforme preveem os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 356 do NCPC, a decisão poderá reconhecer a existência e obrigação líquida ou ilíquida, autorizando a parte a liquidar ou executar a obrigação reconhecida, independentemente de caução, ainda que pendente de recurso. E, nesta última hipótese, havendo trânsito em julgado desta decisão, a execução será definitiva.

Ademais, o parágrafo 4º do mesmo artigo preceitua que a liquidação e o cumprimento da decisão em questão, a requerimento da parte ou a critério do juiz, poderão ser processados em autos suplementares.

Cabe ressaltar a redação do parágrafo 5º, aliada ao inciso II do artigo 1015, ambos do NCPC, que, da decisão que versar sobre mérito da causa, de modo antecipado, é cabível o recurso de agravo de instrumento. Tal situação faz refletir certa crítica que se faz acerca desta sistemática, uma vez que a impugnação via recurso de agravo de instrumento é menos ampla que o recurso de apelação (se o mérito fosse julgado em sentença), bem como os efeitos dos recursos mencionados, onde, via de regra, a apelação leva o efeito devolutivo e suspensivo.

Por fim, cabe ressaltar um ponto de mudança que traz o NCPC. Por se tratar de decisão de mérito, transita em julgado e é rescindível! Conforme ensina Teresa Arruda Alvim Wambier:

²⁹ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Notas sobre a tutela antecipada “parcial” na nova reforma do Código de Processo Civil*. *Revista dos Tribunais*, v. 808, p. 72-81, jan. 2003. p. 73.

³⁰ SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. O projeto do novo Código de Processo Civil e a (re)afirmação da decisão interlocutória de mérito. *Revista dos Tribunais*, v. 950, p. 39-105, dez. 2014. p. 98.

³¹ NERY; NERY JR., op. cit., p. 969.

Não se pode perder de vista que, por ser decisão de mérito, baseada em cognição exauriente, transita em julgado e é rescindível (art. 966, §3º). O termo inicial para a ação rescisória, na hipótese de julgamento antecipado parcial de mérito, é o trânsito em julgado da decisão que julga parcialmente o mérito. O termo final é até dois anos após o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.³²

Essas são, portanto, as novidades acerca da possibilidade da decisão antecipatória de mérito que o NCPC traz, de forma expressa e mais abrangente que a sistemática adotada pelo CPC/1973. Atribui-se ao magistrado técnica pertinente a garantir maior celeridade na tutela jurisdicional do Estado, ao menos a parte da demanda que se encontrar em condições de julgamento antecipado.

A distribuição dinâmica do ônus da prova

Quando o direito é levado à apreciação do Poder Judiciário, para que o magistrado possa julgar da maneira mais próxima à realidade fática, o faz através dos meios probatórios trazidos pelas partes.

A função da prova, portanto, é a de trazer ao processo tudo aquilo que ocorreu no mundo dos fatos, sacramentando-se o famoso jargão de que “o que não está nos autos, não está no mundo”. A prova é o instrumento que potencializa o elo entre realidade fática e processo.

Há de se ressaltar que, dada a influência da doutrina processualista italiana, notadamente pelo ilustre processualista Enrico Tullio Liebman: “Se a justiça é o fim último da jurisdição, a prova é um instrumento essencial, porque não pode haver justiça senão fundada na verdade dos fatos a que se refere”³³.

O ônus da prova vem a ser a incumbência atribuída a determinada parte de provar determinado fato.

Dentro da relação jurídico-processual civil, a legislação processual prevê as diversas situações e atribui o ônus de provar determinado fato a uma das partes. No CPC/1973, este ônus era imposto por lei, de maneira cogente, não podendo às partes nem ao juiz mudar a incumbência do destinatário, ressaltando raras oportunidades da possibilidade de sua inversão, como, por exemplo, nas relações de consumo, conforme prescreve o artigo 6º, VIII, do CPC.

Deste modo, dada a nobre função da prova para, em última análise, satisfazer a melhor função jurisdicional – direito fundamental engravado nas entranhas da Carta Magna – o CPC-2015 buscou aprimorar a sistemática da distribuição do ônus da prova. Isso porque, em muitas situações, a parte não possui melhores condições de suportar a incumbência probante a si atribuída, o que acaba por levar a resolução do processo não condizente à efetiva tutela jurisdicional.

O novo Código de Processo Civil traz em seu artigo 373 a dinâmica da distribuição do ônus da prova, de maneira igual ao Código Buzaid, qual seja: ao autor, incumbe o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu, incumbe o ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

³² Op. cit., p. 621.

³³ Op. cit., p. 80.

Entretanto, o CPC-2015 vai além de tais disposições. A grande novidade é a redação do §1º do artigo supracitado, que assim apregoa:

Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Assim, a inversão do ônus da prova, feita na fase saneadora do processo, poderá ser realizada pelo magistrado, o qual incumbirá a parte que não era destinatária inicial, a cumprir com tal ônus, com a ressalva do §2º do mesmo artigo 373, o qual alerta que a decisão que inverte o ônus da prova “não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.

Não se trata de uma novidade no cotidiano processual, alertando Theotônio Negrão que, “embora a possibilidade de inversão do ônus da prova diante das peculiaridades da causa não estivesse expressamente contemplada no CPC rev., sua aplicação já era admitida pela jurisprudência”³⁴. Para ilustração, o jurista apresenta o seguinte aresto:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO. CRITÉRIOS. **PROVA. ÔNUS. DISTRIBUIÇÃO.** LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. COBRANÇA DE DÍVIDA JÁ PAGA. LIMITES DE INCIDÊNCIA. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 17, 18, 125, I, 282, 286, 333, I E II, 339, 355, 358, 359, 460 E 512 DO CPC; E 1.531 DO CC/16 (940 DO CC/02).

[...]

*7. Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso.*³⁵

Atente-se que a motivação da inversão do ônus da prova se dá em caráter técnico. Sobre este ponto, ensina Teresa Arruda Alvim Wambier:

O juiz deve se atentar, portanto, de um lado, para a facilidade com que uma das partes poderá fazer a prova de determinado fato, e, de outro, para a impossibilidade ou extrema dificuldade que a parte, a quem originariamente incumbiria o ônus, teria para fazer a prova desse mesmo fato. A facilidade, dificuldade ou impossibilidade está relacionada ao aspecto técnico, e não econômico pois, em relação a este, há regras da assistência judiciária gratuita. Se a dificuldade for de ambas as partes, não há que se redistribuir o ônus.³⁶

Portanto, o juiz, ao analisar a relação jurídico-processual, verificando que a parte que a lei atribui o encargo probatório não possui condições de suportá-lo, e, de outro lado, a parte contrária possui tal condição, poderá invertê-lo.

³⁴ NEGRÃO, Theotônio et. al. *Novo Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 47. São Paulo: Saraiva, 2016. nota 7. p. 446.

³⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial*. 1.286.704/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado pela Terceira Turma em 28/10/2013. grifo nosso.

³⁶ Op. cit., p. 650.

Ressalta-se que, ao distribuir o ônus da prova de maneira diversa àquela preconizada em lei, deverá fazê-lo em decisão fundamentada, abrindo-se o contraditório à parte que ficou incumbida de tal ônus. Lembrando-se que tal decisão tem de natureza interlocutória, e, para esta situação, o novo Código de Processo Civil, que optou por um sistema fechado e taxativo de recorribilidade das interlocutórias, elenca tal situação nas hipóteses de cabimento de recurso de Agravo de Instrumento, conforme prescreve o artigo 1015, XI.

Por fim, vale destacar ainda que a distribuição do ônus da prova poderá ser regulada pelas próprias partes, através de convenção, conforme prevê o parágrafo terceiro do artigo 373 do CPC-2015, excluindo tal possibilidade quando recair sobre direito indisponível da parte ou, ainda, quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. Consagra-se, neste ponto, uma das tendências do novo Código de Processo Civil, qual seja, a prevalência da autonomia das partes.

Conclusão

Como exposto neste artigo, a intenção do legislador fora a criação de dispositivos os quais consubstanciarão os anseios da comunidade: a constitucionalização do direito processual civil. Para tanto e em consonância com a doutrina estrangeira, criou-se e ampliou-se as prerrogativas do magistrado para que se possa garantir um processo pautado pela celeridade, efetividade e flexibilização procedimental.

Das modificações apontadas neste trabalho pode-se concluir que:

a)- as medidas encartadas no inciso IV do artigo 139 do NCPC para cumprimento de ordem judicial encontra posicionamentos doutrinários divergentes quanto a sua aplicabilidade, sendo que uma parte da doutrina entende ser aplicável em qualquer procedimento e outra, em sua maioria, que a aplicabilidade de tais medidas recai nas ações cujo objeto seja cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, como preconizava o CPC-73;

b)- considerando a aplicação das medidas do artigo supracitado – que entendemos que caberá inclusive nas ações de cunho estritamente pecuniário, conforme o próprio dispositivo menciona – deverá o julgador se atentar às peculiaridades do processo, se atentando aos princípios constitucionais do processo, sem ferir os direitos e garantias fundamentais;

c)- a possibilidade da dilação de prazos processuais, como uma das formas de consubstanciar a flexibilização procedimental – tendência doutrinária e jurisprudencial – é uma das prerrogativas atribuídas ao magistrado, visando a melhor realização do ato processual à parte, para garantia da efetividade da prestação jurisdicional e da celeridade processual, uma vez que a realização de um ato complexo em curto espaço de tempo traria consequências prejudiciais ao procedimento célere;

d)- o julgamento antecipado parcial de mérito, já aplicado na vigência do código anterior ganhou força no NCPC, podendo o juiz, observando-se o contido nos incisos I e II do artigo 356, quais sejam, quando os pedidos formulados ou parte deles mostrar-se incontroverso ou estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do artigo 355. Assim, alguns pedidos poderão ser julgados de forma mais rápida, não necessitando a análise dos demais que necessitam de maior tempo de apreciação, em prol da celeridade processual;

e)- a possibilidade do magistrado inverter o ônus da prova de forma a atribuir à parte diversa da que originariamente incumbia a cumpri-lo, para que a relação jurídico-processual

possa estar abarcada com os elementos mais próximos da realidade, bem como não fadar o processo a término fundamentado em provas precárias ou, até, ausência delas, por conta da impossibilidade de produção. Portanto, esta possibilidade almeja encontrar a verdade real, bem como a celeridade, uma vez que a produção de provas à parte que não tem possibilidade de arcar com tal ônus, demandaria maior tempo para atendê-lo, ou, ainda, correria o risco de eventual decisão ou sentença baseada na produção precária, ser anulada em Segundo Grau, retornando o processo para produção de provas ou, pior, anulando todos os atos posteriores a produção de provas, prosseguindo-se a partir de então.

Por se tratar de uma alteração substancial e recente na legislação processual, ainda não se pode mensurar os impactos de seus dispositivos, entretanto, o que é palpável até o momento, é que o magistrado não será um mero “observador” da relação jurídico-processual, mas, sim, o sujeito da relação processual dotado de prerrogativas que o apoiam na busca da satisfação do direito material, tornando-se efetiva a atividade jurisdicional.

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 385, p. 45-60, nov. 2009.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Notas sobre a tutela antecipada “parcial” na nova reforma do Código de Processo Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 808, p. 72-81, jan. 2003.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em número ano 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/pj-justica-emnumeros>>. Acesso em: 25 set. 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes do Juiz no novo CPC. *Revista de Processo*, v. 37, n. 208, p. 275-294, jun. 2012.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord.). *Coleção novo CPC – Doutrina selecionada*. Parte Geral. Salvador, BA: JusPodivm, 2015. v. 1.

CARVANELI, Orlando Augusto. Resolução Parcial e progressiva de mérito – fracionamento em busca da brevidade e efetividade. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord.). *Coleção novo CPC – Doutrina selecionada*. Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias. Salvador, BA: JusPodivm, 2015. v. 2. p. 349.

CRUZ E TUCCI, Rogério. Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no Projeto do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 192, ano 36, p. 193-209, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.

DONIZETTI, Elipídio. *Curso didático de Direito Processual Civil*. 19. ed. São Paulo: GEN/Atlas, 2016.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tocantins: Intelectus, 2003. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles. A atuação do juiz na direção do processo. In: FUX, Luiz. (Coord.). *O novo código de processo civil brasileiro: Direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil)*. São Paulo: Editora Forense, 2011.

NEGRÃO, Theotônio et al. *Novo Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 47. São Paulo: Saraiva, 2016. nota 7. p. 446.

NERY, Rosa Maria Andrade; NERY JR., Nelson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOBREGA, Guilherme Pupe. *Reflexões sobre a atipicidade das técnicas executivas e o artigo 139, IV, do CPC de 2015*. Disponível em < <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI243746,21048-Reflexoes+sobre+a+atipicidade+das+técnicas+executivas+e+o+artigo+139>>. Acesso em 10 out. 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavaltanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, t. 7.

REDE BRASIL ATUAL. *Novo Código de processo Civil vai desburocratizar a Justiça, afirma relator*. 28 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2013/11/novo-codigo-de-processo-civil-vai-desburocratizar-justica-afirma-relator-de-projeto-7859.html>>. Acesso em: 30 set. 2015.

SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. O projeto do novo Código de Processo Civil e a (re)afirmação da decisão interlocutória de mérito. *Revista dos Tribunais*, v. 950, p. 39-105, dez. 2014.

SILVA, Ricardo Alexandre da. Atipicidade dos meios executivos na efetivação das decisões que reconheçam o dever de pagar quantia no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord.). *Coleção novo CPC – Doutrina selecionada*. Execução. Salvador, BA: JusPodivm, 2015. v. 5.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial*. 1.286.704/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado pela Terceira Turma em 28/10/2013.

TARTUCE, Fernanda. *O polêmico inciso IV do artigo 139 do CPC e suas difusas interpretações*. Entrevista ao Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Disponível em < <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6096/O+pol%C3%AAmico+inciso+IV+do+artigo+139+do+CPC+e+suas+difusas+interpreta%C3%A7%C3%B5es>>. Acesso em 10 out. 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Algumas considerações a respeito do critério biológico para fins de formação do vínculo paterno-filial¹

MÁRCIA MARIA MENIN

Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito Civil e de Direito do Consumidor nas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA). Advogada. Contato: meninmarcia@hotmail.com

ANIELLY MELO

JHESSICA CAROLINE FERREGUTTI

JOÃO PEDRO ROBERT

LIZANDRA BARBOSA

OTÁVIO HENRIQUE SILVA

STÉFANI EMANOELLI SILVA

Graduandos em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP.

Resumo: O presente trabalho tem por desiderato tecer considerações sobre a formação do vínculo paterno-filial por meio do critério biológico. Para tanto, traz breve relato sobre a filiação no sistema jurídica brasileiro, discorre sobre o critério da presunção legal para fins de determinação da paternidade, aduz a respeito da ação negatória de paternidade e, por fim, traz análise sobre o reconhecimento voluntário e judicial de parentalidade.

Palavras-chave: Filiação. Presunção de paternidade. Reconhecimento de filhos.

Abstract: The present study aims to end comment on the formation of the bond between father and son, by means of biological criteria. Therefore, it brings brief report on the sonship of the legal system, discusses the criteria of legal presumption for purposes of determination of paternity, adds about the action of negative paternity and, finally, it brings the analysis on the recognition of the voluntary and court of parenting

Keywords: Sonship. Presumption of paternity. Recognition of children.

Introdução

Hodiernamente ao examinar o reconhecimento legal dos critérios basilares para estabelecimentos do vínculo de paternidade trazidos e assegurados no Código Civil de 2002, tem-se a percepção da evolução jurídica conquistada pelo instituto da filiação frente às leis anteriores da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e até mesmo frente ao próprio Código Civil de 1916 que amparava o núcleo familiar conservador a ponto de promover e regulamentar a desigualdade de direitos a depender da origem dos filhos.

O instituto jurídico da filiação e todo o direito de família em momento anterior à Carta Magna possuía como sustentáculo a preservação do núcleo familiar tradicional visando essencialmente à preservação do patrimônio familiar. Com isso, o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento era visto como uma ameaça ao patrimônio, mormente ao direito sucessório dos filhos havidos na constância do casamento, fato que instaurava uma brutal diferença entre os filhos.

Foi somente a partir do ano de 1949 que de fato houve uma tentativa de trazer para a esfera da filiação o reconhecimento de paternidade dos filhos havidos fora do casamento.

¹ O presente trabalho tem como base o projeto de pesquisa denominado "A parentalidade e os novos paradigmas do direito de família brasileiro" (PESQDIR2015227) tendo sido desenvolvido pelos alunos com o auxílio da docente responsável pela pesquisa.

Esta tentativa foi proposta pela Lei 883 de 21 de outubro de 1949 que dispunha sobre o reconhecimento dos então denominados *filhos ilegítimos* e que concedia a eles algumas prerrogativas, tais como, o direito a alimentos e o direito sucessório com algumas ressalvas previstas na lei.

Muito se tentou evoluir, porém foi apenas com a Constituição Federal de 1988 que houve uma proposta efetiva da igualdade entre todos os filhos, independentemente de sua origem e do fator consanguíneo, considerando, ademais, a filiação proveniente das técnicas de reprodução assistida.

Por derradeiro, importa mencionar que o direito parental brasileiro contemporâneo passou a avaliar o vínculo paterno-filial a partir da ótica do eudemonismo familiar, o que significa dizer que a deferência jurídica deverá voltar-se ao bem-estar do núcleo familiar mesmo não havendo laços consanguíneos entre eles. Apesar disso, o presente trabalho terá por objetivo demonstrar as maneiras de formação do vínculo de filiação se restringindo ao critério biológico, mas sem jamais afirmar sua preeminência sobre os demais critérios norteadores dos laços jurídicos de filiação.

Breve consideração histórica sobre a filiação no Brasil

Até a Constituição de 1988 a filiação era definida como uma relação jurídica estabelecida entre descendentes e ascendentes de primeiro grau em virtude da consanguinidade.

Convém lembrar que antes do advento da Constituição Federal de 1988 e sob a égide do Código Civil de 1916, os filhos dividiam-se em legítimos e ilegítimos. Os legítimos eram os filhos oriundos do vínculo conjugal entre pai e mãe. Por sua vez, os ilegítimos se dividiam em naturais e espúrios. Considerava-se natural, o filho de pais entre os quais não havia qualquer impedimento matrimonial no momento em que foram concebidos. E espúrios, ao contrário, eram os filhos de um homem e uma mulher que por ocasião da concepção havia impedimento matrimonial. Estes eram subdivididos em adulterinos e incestuosos.

A partir de 1943 houve várias leis na tentativa de trazer reconhecimento e, por consequência, certos direitos aos filhos chamados ilegítimos.

A Lei 883/49 permitiu o reconhecimento voluntário ou judicial em qualquer caso de dissolução da sociedade conjugal, como por exemplo, no caso de morte de um dos cônjuges. Além disso, concedia-lhes algumas prerrogativas, tais como, o direito a alimentos e o direito sucessório com algumas ressalvas previstas na lei.

Com o advento da Lei do Divórcio, Lei 6.515/77, qualquer dos cônjuges poderia reconhecer filho havido fora do casamento se tal reconhecimento se desse por testamento cerrado, nesta parte irrevogável. Esta lei caminha um pouco mais além quando determina que qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança seria reconhecido em igualdade de condições e ainda impunha que mesmo na hipótese de casamento contraído de má-fé, os filhos aproveitariam todos os seus efeitos.

Importa destacar que atualmente com a proibição da diferenciação entre filhos, é permitido que se conceda direitos alimentares ao nascituro, concedendo-lhe a mesma importância emprestada pelo resto da prole, transcendendo a estreita e confusa redação do art. 2º do Código Civil. É importante atentar que o direito à vida é conferido ao nascituro no art. 5º, *caput* da Constituição e reiterado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em

seu art. 7º, quando impõe ao Estado o dever de garantir “o nascimento e desenvolvimento harmonioso” do ser humano, resguardando os interesses do nascituro.

Destarte, em texto de clareza solar, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, parágrafo 6º, passa a estabelecer que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações relativas à filiação”. Nesse particular, a incidência da isonomia teve o condão de impedir distinções entre os filhos fundadas na natureza do vínculo que une os genitores, além de obstar diferenciações em razão de sua origem biológica ou não. A partir disso, tem-se que todos os filhos gozarão dos mesmos direitos e proteção, seja na esfera patrimonial ou pessoal, trazendo, deste modo, dignidade a todos os filhos independentemente da origem do vínculo parental.

Filiação: tentativa conceitual

O Código Civil de 2002, seguindo as linhas da Constituição Federal de 1988, excluiu de seu texto o conservadorismo que conferia proteção apenas a uma linha filiatória específica. Assim, atualmente é permitido que se afirme que a lei empresta legitimidade a todas espécies de vínculo filiatório, contudo, para fins didáticos afirma-se que há pelo menos duas espécies de filiação: a biológica ou consanguínea e ainda a socioafetiva. Aquela decorre do vínculo genético estabelecido entre o filho e seu pai consanguíneo e esta será proveniente da adoção, da posse de estado de filho ou da fecundação artificial heteróloga. Ressalta-se que o direito considera a filiação como um fenômeno socioafetivo, embora também considere a filiação biológica, sem, contudo, haver sobrepujança desta sobre a filiação proveniente de outras origens.

Considera-se, portanto, a filiação como o vínculo de parentesco de primeiro grau em linha reta entre determinada pessoa e os filhos que biologicamente dela derivam, ou entre tal pessoa e os filhos que em virtude de laços afetivos passaram a fazer parte de seu núcleo familiar.

O critério da presunção legal para fins de determinação da paternidade

O direito à filiação é indissociável com a própria personalidade humana e com os valores de dignidade decorrentes dela. Toda e qualquer pessoa possui consigo o direito de ter um registro de filiação que o julga pessoalmente como verdadeiro, nascendo disto uma referência de paternidade. Foi visando tais direitos e valores envolvidos que o Código Civil de 2002 estabeleceu critérios para a presunção de paternidade.

A presunção de paternidade na constância do casamento é tratada pelo Código Civil em seu artigo 1597², o qual prevê cinco hipóteses de presunção de paternidade da seguinte maneira:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

² A despeito do Código Civil ter excluído a presunção de paternidade na constância da união estável, em virtude do que determina o *caput* do art. 226 do Texto Constitucional é imprescindível afirmar que é absolutamente desarrazoada a distinção entre união estável e casamento para fins de presunção de paternidade. Assim, tal presunção deve ser aplicada por analogia aos vínculos informais de afeto.

- II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
- III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
- IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
- V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Segundo o entendimento da doutrina, o dispositivo legal acima exposto traz a presunção de paternidade denominada “*presunção pater is est*”. Essa expressão tem sua origem fundamentada no direito romano, que atribuía ao marido à paternidade do filho concebido durante o casamento. Esta presunção tanto no período romano, quanto no ordenamento jurídico atual, possui natureza *juris tantum*, isto é, possui natureza relativa, podendo ser ilidida por provas que atestem o contrário, inclusive por exame de DNA, que atualmente é tido como um dos meios de provas mais eficazes para a contestação desta presunção.

Ao esmiuçar as hipóteses trazidas pelo artigo 1597 do Código Civil, têm-se duas tratativas de presunção de paternidade advindas de meios reprodutivos naturais (incisos I e II, respectivamente) e duas tratativas de presunção de paternidade advindas de meios reprodutivos artificiais, atualmente muito utilizados e discutidos em uma nova vertente do direito familiar (incisos III e IV, respectivamente).

O inciso I é taxativo ao estabelecer a presunção de paternidade somente se a criança nascer seis meses após o casamento, descartando-se qualquer tipo de presunção caso a criança nasça antes deste prazo. O legislador, neste caso, considerou o tempo natural de gravidez após o casamento ter sido estabelecido, levando em conta, ademais uma vez que a mulher poderia ter casado grávida.

Dentro de uma mesma linha de raciocínio, mas agora incidindo na dissolução da sociedade conjugal e não na formação, o inciso II estabelece a presunção à prole concebida dentro do lapso temporal de trezentos dias após a dissolução do casamento por separação judicial, morte, nulidade, anulação e divórcio. Isto porque é possível que a concepção tenha ocorrido no último dia antes de findo o casamento ou a união estável. Por assim, caso a criança tenha nascido após este prazo não há que se falar em presunção, devendo a mãe invocar provas que atestem a paternidade.

Estabelece, ademais, o artigo 1.598 do atual ordenamento jurídico civil:

Art. 1.598. Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1597.

O ordenamento jurídico se preocupou, neste dispositivo legal, em apresentar uma solução quanto à presunção de paternidade frente a uma possível confusão perante a situação hipotética de uma mulher viúva contrair novas núpcias e der à luz a um filho na constância do novo casamento.

Diante disto, o artigo 1.598 do Código Civil estabelece a presunção de paternidade para o primeiro marido se não houverem decorrido os prazos de dez meses (mencionado no inciso II do artigo 1523 do Código Civil) e trezentos dias da data do falecimento deste. Perante estas condições a presunção recairia para o primeiro marido.

Diferente modo estabelece a presunção de paternidade ao segundo marido se nascido após do lapso de tempo em que se refere à primeira parte do dispositivo. Por assim, a presunção recairia para o segundo marido.

Buscando a proteção da presunção de paternidade frente às novas vertentes de filiação ocasionadas pelos meios reprodutivos artificiais, os incisos III e IV estenderam o direito à paternidade gerada pela presunção também à fecundação artificial homóloga e heteróloga³.

Trata-se de fecundação artificial homóloga aquela em que é utilizado o material genético do casal a partir do consentimento de ambos.

Nota-se que o inciso III do art. 1.597 faz referência a possibilidade de fecundação artificial *post mortem*. Não obstante não ter o legislador mencionado exigência de autorização do marido para o uso de seu sêmen ou do próprio embrião para depois de sua morte, entende-se atualmente que referido consentimento deve existir. Ademais, o legislador também deixou de mencionar a necessidade da manutenção da viuvez por parte da mulher para que haja a presunção de paternidade, contudo, a condição de viúva é indispensável já que se contrair novo casamento a presunção de paternidade será do novo marido. Para fins de dirimir tais questões o Enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil propõe a seguinte redação:

Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

Insta referir ainda a possibilidade da existência de embriões excedentários conforme prevê a norma do supratranscrito inciso IV do art. 1.597 do Código Civil. Consideram-se embriões excedentários aqueles que remanesceram de uma fertilização assistida já realizada, ou seja, aqueles que não foram implantados no útero materno podendo ser criopreservados até o prazo mínimo de três anos se outro prazo maior não fora estabelecido pelas partes⁴. Na hipótese da ocorrência de nova fecundação artificial com tais embriões durante este período haverá presunção de paternidade. Entretanto, importa observar que caso haja separação do casal durante o período em que o embrião se encontra congelado, haverá necessidade de autorização do marido evitando, destarte, a má-fé de um dos cônjuges. É neste sentido o Enunciado 107 da I Jornada de Direito Civil:

³ O Enunciado 129 da Jornada de Direito Civil propõe a seguinte redação ao art. 1.597 do Código Civil: a maternidade será presumida pela gestação. Parágrafo único. Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga. Trata o enunciado da denominada "barriga de aluguel" ou gestação em útero alheio. Ela ocorrerá quando a mãe genética, em razão de impossibilidade física, recorre a uma outra mulher que servirá de mãe gestacional ou hospedeira para que esta gere o filho daquela que doou seu material genético. Embora o Conselho Federal de Medicina tenha editado a Resolução nº1.957/10 que impõe requisitos para que a gestação em útero alheio possa ocorrer, ainda não há na realidade brasileira qualquer diploma legal que regulamente a matéria.

⁴ De acordo com o art. 5º. da Lei de Biossegurança: É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

Finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.

Desta forma, em caso de ausência de autorização, vetada estará a presunção de paternidade, mas a filiação poderá ser indicada pelo critério biológico e ainda, se a utilização do embrião ocorreu de forma ilícita, o prejudicado poderá ajuizar ação de indenização contra o agente do dano.⁵

Por sua vez, a fecundação artificial heteróloga disposta no inciso V do indigitado dispositivo legal é aquela em que há utilização de material genético de terceira pessoa que não os cônjuges ou os companheiros de união estável. Para tanto, para gerar presunção absoluta de paternidade, o ordenamento jurídico exige o consentimento do marido e, não obstante se calar a respeito, referido consentimento deve ser expresso e escrito em virtude de cautela preconizada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM)⁶.

Importa mencionar que, com base na Resolução nº 1.957/2010 do CFM a lei mantém a salvo a identidade do doador, podendo esta ser fornecida apenas aos médicos e por razões médicas⁷.

Todavia, a doutrina contemporânea posiciona-se no sentido da possibilidade da investigação, nestes casos, da origem ancestral por meio de ação de investigação de origem genética sem que isto importe em criação de vínculo de filiação⁸. Isto ocorrerá mormente para preservação de direitos da personalidade como no caso do direito à saúde, a exemplo da necessidade de transplante de medula óssea ou outros casos a estes similares e que envolvam a saúde e a vida do indivíduo, fruto de fertilização heteróloga.

Por fim, a fertilização heteróloga também poderá, indubitavelmente, ser utilizada por casais homoafetivos em virtude da não proibição por parte do Conselho Federal de Medicina⁹ e em obediência ao princípio constitucional da igualdade das entidades familiares.

A ação negatória de paternidade ou maternidade como instrumento hábil para contestação da presunção legal

O Código Civil em seu artigo 1.601 estabelece que “cabe o marido direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível”.

Assim, a atual legislação civil confere a prerrogativa da contestação da paternidade por presunção legal por meio da ação negatória de paternidade. Para tanto, haverá a legitimidade ativa do pai – e por obediência a princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres, a legitimidade da mãe – para a propositura de referida ação negatória que poderá ser

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil*: famílias. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 656.

⁶ Resolução nº 1.957/2010 do CFM: Princípios gerais, número 3: O consentimento informado será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores. Os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado **será expresso em formulário especial** e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida. grifo nosso

⁷ Doação de gametas ou embriões, número 3: Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

⁸ Neste sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, op. cit., p. 658.

⁹ Resolução nº 1.957/2010 do CFM. Pacientes das técnicas de RA, número 1: *Todas as pessoas capazes*, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente. grifo nosso

intentada a qualquer momento. Caso já tenha sido ela proposta, na hipótese de ocorrência de morte ou incapacidade de seu autor, por dicção do parágrafo único do supracitado dispositivo legal, os herdeiros daquele poderão dar seguimento ao processo.

Haverá, por outro lado, legitimidade passiva do filho. Sendo ele falecido, a ação poderá ser proposta em face de seus herdeiros e caso estes sejam desconhecidos poderão ser citados por edital eventuais interessados.

Alguns fatores são causadores da contestação de paternidade, como infidelidade, infertilidade do autor, coação, erro, entre outros. Contudo, a despeito disto, há que se ressaltar que a existência e consolidação do vínculo de afeto na relação paterno-filial, poderá conferir sobrepujança da filiação socioafetiva sobre a filiação consanguínea. Nestes casos, a negativa de paternidade pode ser sobremaneira prejudicial à criança, porquanto tal contestação, além das significativas e negativas consequências emocionais para o filho, acarretará a perda de alguns direitos civis a ele pertencentes tais como o direito à pensão alimentícia e o direito à herança.

O efetivo exercício da paternidade mostra-se integralmente desprovido de uma mera e, por vezes, fortuita transmissão de genes. Ela é muito mais a criação de afeto de forma diuturna e responsável do que uma herança biológica. Pode-se afirmar com absoluta veemência que uma pessoa apenas torna-se pai quando resolve “adotar” o seu filho, mesmo que biológico.¹⁰

Desta forma, é possível afirmar que nos dias atuais os tribunais acabam concedendo efetiva relevância a formação do vínculo de afeto¹¹, verdadeiro símbolo da paternidade e da maternidade e da dessacralização do DNA como único e fiel fundamento para estabelecimento da filiação.

O reconhecimento de filhos

Somente os filhos oriundos de pessoas não casadas ou que não vivam em união estável poderão ser sujeitos de reconhecimento por parte de seus pais, isto porque como dito alhures, quando há matrimônio e união estável haverá presunção legal de paternidade.

A legislação determina duas formas de reconhecimento filiatório, sendo eles, o reconhecimento voluntário e o reconhecimento forçado ou judicial.

O reconhecimento voluntário de filhos

O reconhecimento voluntário ocorre de forma extrajudicial. Configura-se em ato declaratório realizado pelos pais, que reconhecem a paternidade ou maternidade de forma livre, pessoal e irrevogável e se concretiza com o registro de nascimento do filho.

¹⁰ FERREGUTTI, Jhessica Caroline; MENIN, Márcia Maria; MORANDIN, João Vitor. Quem é o pai? Os critérios determinantes para o estabelecimento do vínculo paterno-filial. *Direito e Sociedade: Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares*, Catanduva, SP, v. 10, n. 1, p. 70-79, jan./dez. 2015.

¹¹ Este é o entendimento proferido pelo STJ em caso conhecido como “adoção à brasileira”: “Filiação. Anulação ou reforma de registro. Filhos havidos antes do casamento registrados pelo pai como se fossem de sua mulher. Situação de fato consolidada há mais de quarenta anos, com o assentimento tácito do cônjuge falecido, que sempre os tratou como filhos, e dos irmãos. Fundamento de fato constante do acórdão, suficiente por si só, a justificar a manutenção do julgado. Acórdão que, a par de reputar existente no caso uma adoção simulada, reporta-se à situação de fato ocorrente na família e na sociedade, consolidada há mais de quarenta anos. Status de filhos. Fundamento de fato, por si só suficiente, a justificar a manutenção do julgado. Recurso especial não conhecido.” (STJ, REsp 119346/GO, rel. Ministro Barros Monteiro, julgado em 01/04/2003, DJ 23.06.2003 p. 371, 4ª turma. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/239318/recurso-especial-resp-119346-go-1997-0010181-9>>. Acesso em: 21 out. 2016). Ademais, é conveniente evidenciar a redação do Enunciado 256 da Jornada de Direito Civil que assim prescreve: “a posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

Quanto às formas de reconhecimento voluntário, o art. 1.609 da codificação civil enumera quatro formas ou possibilidades. A primeira maneira é o reconhecimento realizado mediante o ato de registro civil de nascimento. A segunda modalidade é o reconhecimento indireto, ou seja, por escritura pública ou escrito particular que evidencie a intenção inequívoca de reconhecer o filho, a ser arquivado em cartório. Por sua vez, o terceiro modo de reconhecimento poderá se dar por meio de testamento, em quaisquer de suas formas e, por fim, há o reconhecimento voluntário realizado de modo incidental, isto é, por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não seja o objeto principal e único do ato.

Qualquer pessoa que se entenda genitor poderá reconhecer voluntariamente seu filho. Há que se observar que por ser ato jurídico em sentido estrito e não um negócio jurídico, o relativamente incapaz, pessoalmente, poderá proceder tal reconhecimento, sendo desnecessária a assistência de seus representantes legais. Todavia, caso o genitor seja absolutamente incapaz, em virtude da ausência de discernimento, o ato de reconhecimento por ele praticado será considerado nulo, sendo assim, nestes casos a declaração de paternidade deverá ser proveniente de decisão judicial.

No que tange os descendentes, poderá o próprio nascituro ou o filho já falecido ter a paternidade reconhecida¹². Esta última hipótese denominada “reconhecimento póstumo”, apenas ocorrerá se o filho falecido tiver descendentes, evitando assim o reconhecimento póstumo para fins meramente patrimoniais por parte do genitor.

Uma vez reconhecida a paternidade ou maternidade de forma voluntária caberá ao filho maior dar seu consentimento¹³, sem o qual o reconhecimento por parte do genitor não produzirá qualquer efeito. Tal assentimento poderá ser realizado por escritura pública ou particular e em caso de sua inocorrência não caberá suprimento judicial de consentimento. No que se refere ao menor de idade, a legislação pátria concede a ele, independentemente de motivação de sua parte, a prerrogativa da impugnação da paternidade no prazo decadencial de quatro anos a contar do dia em que adquiriu a maioria civil.

Importa ressaltar que em observância ao art. 1.604 do Código Civil, que se o filho a ser reconhecido já possuir paternidade registral, é indispensável a propositura de ação para fins de discussão do estado filiatório com o desiderato de se averiguar a quem pertence o mais fiel vínculo de filiação, utilizando como critério a verdade biológica, mas também a verdade socioafetiva, demonstrando, assim, clara observância e subsunção do fato ao que dispõe o implícito princípio constitucional da afetividade.

Por derradeiro, importa mencionar ainda a existência do *procedimento administrativo de averiguação oficiosa de paternidade* criado pela Lei 8.560/92 – Lei de Investigação de Paternidade.

Tal procedimento terá lugar se no registro de nascimento do indivíduo constar apenas parentalidade unilateral, ou seja, o nome do pai ou tão somente o nome da mãe. Caso isto

¹² Art. 1.609, parágrafo único do Código Civil: O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes. Ainda, art. 26, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente: O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

¹³ Art. 1.614 do Código Civil: O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação

ocorra, o oficial do registro civil, deverá, obrigatoriamente, remeter ao juiz da vara de registros públicos a certidão integral do nascimento do menor, acompanhada dos dados identificadores do suposto pai. O magistrado mandará notificar o suposto pai para que este, no prazo de trinta dias contados da juntada do comprovante do recebimento da notificação, se manifeste sobre a paternidade que lhe fora imputada. Se em virtude disto houver reconhecimento voluntário da filiação, o juiz mandará averbar o reconhecimento em cartório. Caso isto não ocorra, o magistrado remeterá os autos ao Ministério Público para que seja ajuizada ação declaratória competente ou para instaurar procedimento administrativo-investigativo para colher elementos de convicção.

O reconhecimento forçado de filhos

Em caso de ausência de reconhecimento voluntário de filiação extramatrimonial o vínculo filiatório poderá ser estabelecido em razão de sentença declaratória proferida em ação de investigação de parentalidade¹⁴. Referida ação, de caráter pessoal e imprescritível, poderá ser ajuizada pelo suposto filho. Ressalta-se que o nascituro em razão do que dispõe o art. 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁵ e em razão do disposto no art. 2º do Código Civil, também poderá pleitear o estabelecimento do vínculo paterno-filial. Também terá legitimidade ativa extraordinária o próprio Ministério Público que atuará em nome próprio e não em virtude de representação do menor, na hipótese de constar em seu assento de nascimento apenas a referência à maternidade ou à paternidade.

Em outro vértice, terá legitimidade passiva o pai ou mãe, e em caso de ação investigatória *post mortem*, a legitimidade também será conferida aos herdeiros daqueles. Entretanto, insta frisar que a falta de contestação não acarreta o julgamento antecipado da lide e nem tampouco a sua procedência, porquanto a revelia no Direito de Família não suscita a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor na petição inicial.

Quanto à instrução probatória, não obstante o exame de DNA ter extrema relevância na atualidade, ele deverá ser examinado dentro de todo um contexto de provas¹⁶, sendo vetada sua utilização como único, isolado e superior meio de atestar a parentalidade, até porque o mecanismo pericial pode se demonstrar tecnicamente falho principalmente quando o laboratório não possui os requisitos mínimos de probidade. Confirmando tal posicionamento, segue o magistério de Rolf Madaleno¹⁷:

¹⁴ A despeito de grande parte da doutrina se referir a esta ação judicial como ação de investigação de paternidade, preferimos a ela conferir a nomenclatura de *ação de investigação de parentalidade* em virtude de ser ação competente para declarar também o vínculo materno-filial e em razão da clara demonstração de respeito a orientação igualitária proposta pela Constituição Federal de 1988.

¹⁵ Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação. Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

Art. 20 A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

¹⁶ A exemplo disto há interessante julgado proferido pelo STJ que evidencia a importância do exame de DNA sem prejuízo do exame de outros meios de prova: "Direito civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade. Exame pericial (teste de DNA) em confronto com a demais provas produzidas. Conversão do julgamento em diligência. Diante do grau de precisão alcançado pelos métodos científicos de investigação de paternidade com fulcro na análise do DNA, o valorado da prova pericial com os demais meios de prova admitidos em direito deve observar os seguintes critérios: (a) se o exame de DNA contradiz as demais provas produzidas, não se deve afastar a conclusão do laudo, mas converter o julgamento em diligência, a fim de que novo teste de DNA seja produzido, em laboratório diverso, com o fito de assim minimizar a possibilidade de erro resultante seja da técnica em si, seja da falibilidade humana na coleta e manuseio do material necessário ao exame; (b) se o segundo teste de DNA corroborar a conclusão do primeiro, devem ser afastadas as demais provas produzidas, a fim de se acolher a direção indicada nos laudos periciais; e (c) se o segundo teste de DNA contradiz o primeiro laudo, deve o pedido ser apreciado em atenção às demais provas produzidas. Recurso especial provido." (STJ, REsp 397013 MG 2001/0187498-9, rel. Min. Nancy Adrighi, julgado em 11/11/2003, DJ 09.12.2003 p. 279, 3ª Turma. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/212389/recurso-especial-resp-397013-mg-2001-0187498-9>>. Acesso em: 22 out 2016).

¹⁷ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Forense: 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 588.

As provas biológicas devem ser valoradas segundo as regras de livre-apreciação do juiz; ele leva em consideração a opinião técnica dos peritos, mas essas perícias não gozam nenhuma premência sobre os demais meios probatórios convencionais o sobre a base de apreciação do conjunto de todas as provas, até mesmo porque sempre foi possível declarar com boa margem de segurança a paternidade através dos tradicionais elementos de prova, vindo a perícia biológica a reforçar este conjunto probatório criado para fazer emergir a verdade e facilitar o convencimento do juiz, sobretudo quando ainda pairam muitas dúvidas acerca dos procedimentos adotados, sobre a capacitação dos laboratórios e a fiscalização dos métodos por eles adotados para alcançarem tão elevados índices.

Destarte, a prova testemunhal e a prova documental também poderão ser utilizadas como meio para atestar o vínculo paterno filial. A prova documental será composta por documento público ou particular ou ainda por cartas, e-mails enviados pelo investigado à mãe do investigante (ou vice-versa) na época da concepção e que denote indícios de relacionamento afetivo entre ambos, bem como as fotografias também poderão ser utilizadas na fase de instrução probatória.

O exame pericial de DNA permite atingir a probabilidade de paternidade ou de maternidade em até 99,99%, e em caso de sua recusa injustificada, presume-se relativamente a paternidade, que deverá ser apreciada juntamente com o contexto probatório. Referida presunção relativa de paternidade originou-se na jurisprudência brasileira, depois foi inserida no atual Código Civil¹⁸, seguida pela edição da Súmula n. 301 do STJ¹⁹ e, por fim, a Lei 12.004/2009 que acrescentou o art. 2ºA na Lei nº. 8.560, de 29 de dezembro de 1992²⁰.

A sentença proveniente da ação investigatória de parentalidade tem natureza declaratória uma vez que apenas declara o vínculo consanguíneo que surge com a concepção e, portanto, terá efeitos *ex-tunc*, retroagindo à data do nascimento do filho. Este, por sua vez, terá direito à herança se o investigado já era falecido e, neste caso, poderá haver cumulação do pedido investigatório com petição de herança. Os alimentos também fazem parte das prerrogativas conferidas ao filho os quais, conforme disposição sumular, serão devidos desde a data da citação do investigado²¹.

Na hipótese de improcedência da ação de investigação de parentalidade em virtude de insuficiência de prova material ou testemunhal ou, se em virtude de alguma outra razão o magistrado tenha deixado de apreciar o mérito da ação, doutrina e jurisprudência, admitem a relativização da coisa julgada, permitindo assim, o retorno do filho a juízo.

Conclusão

Acerca da filiação, muito se evoluiu no direito civil brasileiro. A consideração e a proteção sobre as diversas formas de vínculo paterno-filial acarretaram aos mais diferentes tipos de configuração familiar um acalanto que até então inexistia.

¹⁸ Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

¹⁹ “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.”

²⁰ Art. 2º. A Lei nº. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 2º.-A:

Art. 2º.-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

²¹ Súmula 277 do STJ: “Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação.”

Não obstante o papel fundamental do exame de DNA somado às provas testemunhais e documentais, o vínculo consanguíneo não é o bastante para formação do vínculo afetivo entre pais e filhos. Quiçá a afetividade poderá ocorrer de forma mais instintiva e natural na hipótese de inexistência de pai socioafetivo.

Assim, a despeito das técnicas de reprodução assistida, das formas de comprovação da parentalidade, o afeto, indubitavelmente, exurgirá como fator preponderante para a verdadeira formação do vínculo paterno-filial.

Referências

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FERREGUTTI, Jhessica Caroline; MENIN, Márcia Maria; MORANDIN, João Vitor. Quem é o pai? Os critérios determinantes para o estabelecimento do vínculo paterno-filial. *Direito e Sociedade: Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares*, Catanduva, v. 10, n. 1, p. 70-79, jan./dez. 2015.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Obras consultadas

ALVES, Jones Figueiredo. *Paternidade e vínculo biológico, valores distintos*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1154/Paternidade+e+v%C3%ADnculo+biol%C3%B3gico%2C+valores+distintos>>. Acesso em: 02 out. 2016

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 2 abr. 2016.

_____. *Lei 8.560 de 29 de dezembro de 1992*. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560.htm>. Acesso em: 08 jul. 2016

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 3 abr. 2016.

_____. *Lei de Biossegurança. Lei 11.105 de 24 de março de 2005*. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 02 jul. 2016.

_____. *Enunciados aprovados na I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-jornadadircivilnum.pdf/view>>. Acesso em: 12 set. 2016

_____. *Resolução nº 1.957 de 24 de setembro de 2015*. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida e revoga a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 02 de jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*. Relator Ministro Barros Monteiro. Julgado em 01mar.2003. 4ª turma. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/239318/recurso-especial-resp-119346-go-1997-0010181-9>>. Acesso em: 21 out. 2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 397013 MG 2001/0187498-9*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 11 out. 2003. 3ª Turma. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/212389/recurso-especial-resp-397013-mg-2001-0187498-9>>. Acesso em: 22 out. 2016.

CAMELO, Guilherme Augusto. *As novas conformações familiares no Brasil da pós-modernidade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1164/As+novas+conforma%C3%A7%C3%B5es+familiares+no+Brasil+da+p%C3%B3s-modernidade>>. Acesso em: 03 out. 2016

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

FARIAS, Cristiano Chaves de. Investigação de paternidade. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (coord.). *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERNANDES, Silvia Fernandes. *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FREITAS, Natália; ALMENDRA, Silvia de. Da relativização da coisa julgada material nas ações investigatórias de paternidade. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*, Porto Alegre: Magister/IBDFAM, n. 11, ago/set. 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA JÚNIOR, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 6.

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

OTERO, Marcelo Truzzi. Contratação da barriga de aluguel gratuita ou onerosa – legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 19, p. 21, fev./mar. 2011.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Direito de família. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

O novo Código de Processo Civil e seu impacto no fenômeno da aplicação do Direito sob a perspectiva constitucional e principiológica

ÁLVARO HADDAD DE SOUZA

Advogado. Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

LEILA RENATA RAMIRES MASTEGUIN

Advogada. Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

JAQUELINE FAVARÃO DA SILVA

Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

LETICIA MARSON

Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

RAYANE STHEFANY COLOMBO GOMES

Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

THIAGO DA SILVA GIMENEZ

Graduando em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

Resumo: A presente pesquisa tem por objetivo avaliar o alcance e os limites da interpretação principiológica ordenada pelo novo Código de Processo Civil. Este novo diploma normativo estabelece que seus comandos deverão ser aplicados em conformidade com os preceitos instituídos pela Constituição Federal, buscando a efetivação dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, proporcionando uma efetiva prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Princípios. Prestação Jurisdicional. Poderes instrutórios do juiz. Limitações.

Abstract: The present research aims to evaluate the scope and limits of the principled interpretation ordered by the new Civil Procedure Code. This new legislative instrument establishes that your commands should be applied in compliance with the precepts instituted by the Federal Constitution, seeking the effectuation of fundamental rights and consequently providing the effective jurisdictional service.

Keywords: Principles. Jurisdictional service. Instructive powers of the judge. Limitations.

Introdução

O novo Código de Processo Civil inovou o ordenamento jurídico ao abarcar inúmeros princípios constitucionais e processuais que deverão ser observados pelas agentes envolvidos na lide processual. Com o advento deste novo diploma normativo, chama a atenção a majoração dos poderes do juiz, o que amplia sua margem de atuação, além da inserção de novos elementos para a decisão judicial, possibilitando o seu controle eficaz.

Ao se analisar os primeiros dispositivos legais, percebe-se que o legislador infraconstitucional passou a ter maior preocupação com a efetivação dos direitos fundamentais, deixando um pouco de lado a visão tecnicista do processo. De fato, a mera prestação jurisdicional por si só não condiz com o atual Estado Constitucional Democrático. É mister que a resposta do Estado ao clamor da sociedade seja eficaz, célere, adequada, justa, humana e, como não poderia deixar de ser, lastreada nos postulados basilares da Carta Constitucional Brasileira.

No artigo 8º, o novo Código de Processo Civil traz expressamente que o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, deverá atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. Vê-se, portanto, que a preocupação volta-se à utilização do processo não somente como um instrumento ético e moral de pacificação social, mas também atingir um estado de efetividade dos direitos humanos fundamentais encartados na Constituição Federal.

Nesta perspectiva, a ideia principal é a concretização da dignidade da pessoa humana, que é, em verdade, o epicentro do Estado Democrático de Direito e, sob esse ponto, a nova sistemática introduzida exige do juiz uma atuação jurisdicional efetivamente comprometida com a busca pela solução dos conflitos.

O que se percebe, portanto, é que o novo Código de Processo Civil, em seu primeiro capítulo (intitulado “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”), traz uma “abertura” em sua interpretação principiológica e posiciona-se como marco divisório no fenômeno de aplicação do Direito. Com essa nova sistemática não há mais como se legitimar uma tutela jurisdicional desumana, cuja finalidade baseava-se apenas ao atendimento das estatísticas judiciárias.

Em razão do reconhecimento desta dimensão processual guiada pelos princípios constitucionais e pelos princípios dispostos no artigo 8º do novo Código de Processo Civil, um dos pontos cardeais dessa pesquisa consiste em balizar e delimitar a abrangência dessa interpretação principiológica pelo órgão julgante, seu alcance e seus limites, com o desígnio de realizar a justiça e prevenir a arbitrariedade e o decisionismo judicial. Afinal, uma interpretação sem paradigmas interpretativos sólidos e firmes seria um convite à pura arbitrariedade, permitindo que o magistrado decida o caso levando em consideração suas paixões e opiniões pessoais, em evidente afronta à separação dos poderes.

Isto posto, a fim de se demonstrar o desenvolvimento pelo qual passou o Direito até chegar ao novo Código de Processo Civil, é preciso que se faça uma breve conceituação do Constitucionalismo Contemporâneo, que passa pelo Constitucionalismo Antigo, Medieval e Moderno, no qual o novo Código deita suas raízes, para que, destarte, seja feita a explanação da “abertura” principiológica proveniente deste novo diploma, ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, se dá seu “fechamento”, decorrente dos novos deveres de fundamentação do juiz, da extinção do livre convencimento e da obrigatoriedade de estabilidade, coerência e integridade na (e da) jurisprudência.

Deste modo, o estudo aprofundado sobre as novas técnicas de decisão atribuídas aos juízes, tendo como objetivo trazer maior efetividade ao processo, justifica a presente pesquisa, que será feita através do método dedutivo, com a análise da melhor doutrina.

A evolução do Constitucionalismo e o Constitucionalismo Contemporâneo como pressuposto axiológico para o novo Código de Processo Civil

O Constitucionalismo passou por vários estágios até chegar àquela construção que se conhece atualmente por Constitucionalismo Contemporâneo.

A antiguidade clássica é o berço do Constitucionalismo. Naquela época, o Estado Teocrático hebraico criou limites ao poder político mediante a imposição dos preceitos

bíblicos. Posteriormente, os gregos conceberam, em suas cidades-estado, planos de racionalização do poder político e sua consequente limitação.

Na Idade Média, não existiu um Constitucionalismo propriamente dito, especialmente por causa da fragmentação do poder que era legado aos diversos feudos. Entretanto, essa fase da história deu destaque a valores muito caros ao Constitucionalismo, a exemplo, a igualdade.

O Constitucionalismo Moderno se afirma com as revoluções burguesas, na Inglaterra, em 1688, nos Estados Unidos, em 1776 e na França, em 1789. Esse movimento se distinguiu pela materialização dos preceptivos constitucionais em documentos escritos. Seus traços fundamentais são segurança jurídica, previsibilidade, publicidade, organização, divisão, descentralização, controle e limitação do poder do Estado¹. Outro importante ponto é a declaração dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Dando continuidade à evolução, surge o Constitucionalismo Contemporâneo, que é resultado de um movimento jurídico e político do segundo pós-guerra, que tem por escopo não só dividir, controlar e limitar o poder do Estado, bem como ampliar consideravelmente o rol dos direitos e garantias individuais dos cidadãos.

Oriundo da dicotomia Direito Natural/Direito Positivo, o Constitucionalismo Contemporâneo² – que tem por uma de suas características o pós-positivismo – superou o Constitucionalismo Moderno, conferindo eficácia normativa às regras e princípios constitucionais, mormente aquelas que tratam dos direitos humanos fundamentais.

Cumpre atentar, assim, aos ensinamentos de Pedro Lenza:

Busca-se, dentro dessa nova realidade, não apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, buscar a eficácia da constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, especialmente diante da expectativa de concentração dos direitos fundamentais.³

A efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais, deveras, é um dos traços fundamentais deste Direito Constitucional Contemporâneo, efetividade que segundo Luís Roberto Barroso:

[...] expressa o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada, de uma conduta humana se verificar na conformidade de seu conteúdo. Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.⁴

O Constitucionalismo Contemporâneo, realmente, desfez a abstratidade, diluiu o formalismo e dissolveu a mera força programática do texto constitucional (“constituição folha de papel”), a partir do qual se criou um novo ambiente jurídico onde os princípios

¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002. p. 147-155.

² Para os fins deste artigo, não será utilizada a expressão Neoconstitucionalismo, na medida em que é um conceito de conteúdo incerto e que abrange variados elementos que não compactuam com o presente constitucionalismo democrático. Para uma definição do Neoconstitucionalismo, cf. AFONSO DA SILVA, José. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 72-74.

³ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 39.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 220.

possuem força normativa. Exemplos de tais constituições são a Constituição Italiana de 1947, a Constituição Portuguesa de 1976, a Constituição Alemã de 1949 e a Constituição Brasileira de 1988⁵.

Na era do pós-positivismo, a Constituição passa a ser o centro do sistema normativo, com intensa carga valorativa, de modo que todos os poderes públicos devem agir sempre em conformidade com os preceitos constitucionais. Em suma: seu espírito, caráter axiológico e seus valores devem ser sempre respeitados. Nas palavras de Eros Roberto Grau,

O direito – e, muito especificamente, a Constituição – é não apenas ideologia, mas também nível no qual se opera a cristalização de mensagens ideológicas. Por isso as soluções de que cogitamos somente poderão ser tidas como corretas quando e se adequadas e coerentes com a ideologia constitucionalmente adotada.⁶

Assim, as constituições democráticas adquirem de vez o caráter de norma jurídica dotada de imperatividade, superioridade e centralidade, o que exige dos juristas uma posição comprometida com a realização do Estado de Direito.

Análise estrutural do artigo 8º. do novo Código de Processo Civil e suas implicações

A mudança de paradigma e o advento de uma Constituição Social Democrática, em 1988, exigiam a elaboração de um novo Código de Processo Civil, que é, de fato, o primeiro grande código de processo – civil ou penal – a ser elaborado e aprovado, em terras brasileiras, sob a égide de um regime democrático – tanto os códigos de processo civil de 1973 e 1939 quanto os códigos de processo penal de 1832 e 1941 foram concebidos sob o amparo de um estado de exceção.

Antes de adentrar no mérito do artigo 8º, é preciso sublinhar que o artigo 1º funciona como premissa interpretativa do novo Código. Nessa linha, o referido dispositivo determina que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Depreende-se, pois, que a nova Codificação impõe (é uma obrigação não uma faculdade) ao juiz que interprete o direito infraconstitucional sempre sob o prisma da Constituição e conforme a Constituição. Isso implica na ratificação de nossa Lei Maior e na valorização de suas regras e princípios, a fim de que os litígios sejam resolvidos de forma humana, justa e adequada. Em outros termos, propugna-se a defesa do Estado Constitucional Democrático (*Welfare State*), das liberdades individuais, dos direitos sociais, das garantias fundamentais e dos direitos humanos.

Não fosse suficiente prescrever que as normas (regras e princípios) deverão ser interpretadas em consonância com a Constituição da República, o artigo 8º. do novo Código de Processo Civil, com a evidente resolução de corroborar um processo democrático, imparcial, neutro, célere e eficiente, reza que: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz

⁵ Recorde-se que o parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal preceitua que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Logo, se existem direitos e garantias na Constituição, e esses direitos e garantias são princípios, e esses princípios tem aplicação imediata, conclui-se logicamente que esses mesmos postulados ganharam força normativa vinculante.

⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 168-169.

atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

A par deste artigo, se vê a imposição dos elementos que o juiz deverá observar ao aplicar a ordem jurídica. São eles: (i) os fins sociais; (ii) as exigências do bem comum; (iii) a dignidade da pessoa humana; (iv) a proporcionalidade; (v) a razoabilidade; (vi) a legalidade; (vii) a publicidade; e (viii) a eficiência.

A referência aos *fins sociais e às exigências do bem comum* inspira-se no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que dispõe: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Nessa medida, o que se extrai – e o que se pode compreender – da redação do artigo 8º do novo Código é que temos um processo de interpretação da norma que vai além de uma interpretação literal (gramatical, semântica, sintática) do texto.

O bem comum diz respeito ao bem social, bem geral do corpo coletivo, de interesse público, sobrepondo-se aos interesses particulares, todavia, sem os anular. Ele visa preservar os valores presentes na sociedade em determinado contexto histórico e, quando atendidos, ocorre um equilíbrio na sociedade de forma que os interesses particulares também são protegidos. O fim social da norma consiste, por conseguinte, em produzir em cada caso concreto os valores considerados justos, oportunos e convenientes a toda sociedade.

Quanto à *dignidade da pessoa humana*, o constituinte originário a enalteceu colocando-a logo de início no inciso III do artigo 1º da Constituição, erigindo-a como uma das pilstras mestras do Estado brasileiro, conjuntamente com a cidadania, a soberania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamental alicerce de todo o ordenamento jurídico, razão pela qual não deve ser mitigado ou relativizado. Em lição magistral, Flávia Piovesan considera que:

A dignidade da pessoa humana, [...] está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.⁷

Efetivamente, os direitos humanos são direitos ligados a certas posições essenciais ao homem e designam pretensões a respeito da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana trata-se de uma qualidade intrínseca a toda a raça *homo sapiens*, que o faz merecedor (o indivíduo humano) de respeito e consideração por parte de seus pares (Estado e sociedade), de forma a preservar sua especial condição. Deveras, a dignidade da pessoa humana é o valor-fonte de todos os valores individuais e coletivos, tendo, conseqüentemente, o constituinte declarado o primado, a supremacia e a soberania dos valores antropológicos sobre quaisquer outros que com ele venham digladiar. A dignidade da pessoa humana é o ponto de partida e ponto de chegada. Nesse sentido, a nunca assaz citada Flávia Piovesan apregou que:

⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 54.

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa da interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e interno.⁸

O processo, com esse intuito (de garantir os direitos humanos fundamentais), é o instrumento responsável por assegurar que os interesses dos cidadãos sejam respeitados, devendo ser, por isso, estruturado, interpretado e aplicado de forma a fazer com que esses direitos, ancorados na Constituição Federal e fundados nas leis ordinárias, sejam fomentados, promovidos e satisfeitos, de maneira a não se tornarem letra morta.

O *princípio da proporcionalidade* é uma técnica de argumentação desenvolvida pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy para lidar com a colisão de princípios na solução de problemas concretos da vida cotidiana, v.g., no caso da colisão entre os direitos à intimidade e à informação num caso onde “A” (que é cantor) não quer que “B” (que é escritor) escreva uma biografia sobre ele, por não concordar com as asserções que ele (o indivíduo “B”) faz em sua obra. Sendo assim, questiona-se, qual direito deverá prevalecer? O direito à intimidade de “A” ou o direito à informação da sociedade e o direito ao trabalho de “B”?

Segundo o magistério de Luis Virgílio Afonso da Silva,

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito - no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais.⁹

Com base em Pieroth e Schlink, Gilmar Ferreira Mendes assim descreve o princípio da proporcionalidade:

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (Geeignetheit) e a necessidade de sua utilização (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit). Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito).

O princípio da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da necessidade (Notwendigkeit oder

⁸ Op. cit., p. 54.

⁹ SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, ano 91, p. 23-50, abr. 2002. p. 24.

Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.¹⁰

Como visto da conceituação de Gilmar Mendes, o princípio da proporcionalidade é subdividido em três sub-regras, *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*. Contudo, antes de aprofundar o estudo sobre os três elementos, faz-se mister destacar que existe uma ordem a ser seguida na aplicação das três sub-regras. Em primeiro lugar, será observada a sub-regra da adequação. Em segundo lugar, será cumprida a sub-regra da necessidade. Em terceiro lugar, será atendida a regra da proporcionalidade em sentido estrito. Novamente, lição preciosa de Virgílio Afonso da Silva:

Se simplesmente as enumeramos, independente de qualquer ordem, pode-se ter a impressão de que tanto faz, por exemplo, se a necessidade do ato estatal é, no caso concreto, questionada antes ou depois da análise da adequação ou da proporcionalidade em sentido estrito. Não é o caso. A análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito.¹¹

Pois bem. A sub-regrada adequação requer um meio apto a alcançar ou fomentar o resultado pretendido; a sub-regrada necessidade é a observância da opção menos gravosa ao direito fundamental limitado e a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito é um raciocínio de sopesamento que se dá entre a intensidade da restrição/limitação que o direito fundamental irá sofrer e a importância da realização do outro direito fundamental que com ele colide, e que, por isso, justifica a adoção da medida restritiva¹².

O princípio da proporcionalidade tem o objetivo de fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais e requer a observação das três sub-regras observadas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Ele busca estabelecer uma relação entre a medida e o caso concreto ou entre a medida e o critério utilizado, sendo desproporcional a medida estatal que não atender aos três indispensáveis critérios referidos.

De outro lado, o princípio da razoabilidade (que não se confunde com o princípio da proporcionalidade, posto que não requer o crivo das três sub-regras do princípio da proporcionalidade) é um princípio a ser observado pelos Poderes da República, para que não venham a incorrer em atuações desarrazoadas, despropositadas, descabidas e inconvenientes. Na seara administrativa, sobre o postulado da razoabilidade, importante lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricão, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.

¹⁰ MENDES, Gilmar. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf>. Acesso em: 31 maio 2016. p. 3-4.

¹¹ SILVA, 2002, op. cit., p. 35. grifo do autor.

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. (Sobretudo cap. 1 - Sistema principiológico e sua estruturação no Novo Código de Processo Civil).

Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.¹³

Sob esse aspecto, o princípio da razoabilidade afiança que quando da existência de conflito entre direitos, haja uma aplicação razoável da lei, não impondo gravames intensos ao indivíduo que terá seu direito restringido. Tem como objetivo a limitação de eventuais excessos que possam ser cometidos pela autoridade judicial ao longo do processo. Trata-se de princípio que tem como base a quantificação da interferência do judiciário na solução da lide.

Agora, é imprescindível não se esquecer que, muito embora os princípios da proporcionalidade e o da razoabilidade tenham sido comumente conceituados como sinônimos pela jurisprudência e pela doutrina, eles não se misturam.

A princípio, é forçoso consignar que ambos os postulados servem para controlar as arbitrariedades do Estado, em busca de uma interpretação democrática e razoável das leis. O princípio da razoabilidade, entretanto, é uma diretriz do bom-senso, do senso comum aplicado ao Direito, do dever de se afastar de atos absurdamente irrazoáveis. Desta forma, ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz deve agir de acordo com a racionalidade, em sintonia com o senso normal do homem mediano.

Com a edição da Lei n. 9.784/1999 (Lei de Procedimento Administrativo), os princípios em análise passaram a ter assento na legislação infraconstitucional, a qual obrigou a administração pública a respeitar: a legalidade, a finalidade, a motivação, a razoabilidade, a proporcionalidade, a moralidade, a ampla defesa, o contraditório, a segurança jurídica, o interesse público e a eficiência.

Diante de todo o exposto, o importante na esfera processual civil é utilizar dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para eleger a solução mais coerente, adequada e apropriada para o julgamento do caso concreto, a fim de que não haja excessos ao aplicar a lei, ou que a solução de uma lide não acabe por criar outro litígio, devido à inobservância de preceitos fundamentais ou a aplicação da lei de forma não razoável¹⁴.

A *legalidade* consiste na observância das normas jurídicas e no enquadramento dos atos e fatos jurídicos às normas jurídicas. Logo, a decisão que resolve um conflito não pode deixar de observar e aplicar as normas legais apropriadas, sob o risco de o julgador agir de modo discricionário. O intuito do legislador ao impor à autoridade judicial que observe a legalidade, é justamente o de se evitar que o juiz atue de maneira protagonista e solipsista, o que acarretaria evidente prejuízo às partes.

Nessa lógica, afirma Humberto Theodoro Júnior que:

Esses critérios interpretativos [proporcionalidade e razoabilidade] não autorizam, todavia, a pura e simples recusa de observância de regra legal emanada do Poder Legislativo, conteúdo e objetivo

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 108.

¹⁴ Para maior aprofundamento acerca das regras da proporcionalidade e da razoabilidade, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. rev. São Paulo. Malheiros, 2005. p. 102-127.

claros e indubitáveis. Somente em juízo adequado de inconstitucionalidade se mostra possível providência radical e extrema, como a de rebelar o Poder Judiciário contra a vontade normativa legítima manifestada pelo Parlamento.¹⁵

Quanto à *publicidade*, trata-se de um direito fundamental que tem como objetivo a eficiência da motivação das decisões judiciais a fim de que as partes possam ser protegidas contra eventuais arbitrariedades por parte do juiz.

Em regra, todos os atos processuais deverão ser públicos, o que gera uma garantia para as partes e para o próprio juiz. Portanto, o princípio da publicidade está ligado ao princípio da ampla fundamentação (ou motivação) das decisões judiciais, consagrado no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal.

Importante mencionar que a Emenda Constitucional nº. 45 de 2004 ratificou a obrigatoriedade de todos os atos provenientes dos órgãos do Poder Judiciário serem públicos, ressalvados os atos cuja publicidade possa intervir negativamente às partes e ao interesse social. É uma restrição ao princípio da publicidade, que o próprio Código de Processo Civil de 1973 já previa.

Fredie Didier Júnior¹⁶ assinala que a publicidade processual possui duas dimensões: interna, que trata da publicidade para as próprias partes do processo; e externa, que trata da publicidade em relação a terceiros, sendo que esta pode ser objeto de restrições quando “a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

Intimamente ligado ao princípio da legalidade está o princípio da eficiência, na medida em que o devido processo legal será observado e respeitado quando o processo for efetivamente eficiente. O princípio da eficiência foi consagrado pelo novo Código de Processo Civil como norma de direito processual dirigida ao órgão jurisdicional, responsável pelo andamento do processo.

Se a lei atribui poderes ao órgão jurisdicional de conduzir o processo, esses poderes terão de ser exercidos com o máximo de eficiência possível. Um processo será eficiente se seu desfecho ocorrer de maneira satisfatória. Então, é necessário que o processo tenha sido efetivo, ou seja, que tenha atingido a realização do Direito, mas que isso tenha ocorrido de maneira conveniente com os ditames legais.

O objetivo, portanto, do legislador, é fazer com que o juiz se utilize dos melhores meios para gerir o processo, de modo que seja efetivo e eficiente. Isso gera uma enorme modificação em relação ao Código de Processo Civil elaborado em 1973, pois acaba por permitir que, para alcançar a eficiência, o juiz possa utilizar-se de técnicas atípicas, promovendo até certas modificações procedimentais, como, por exemplo, ampliar prazos e inverter ônus da prova.

O controle das decisões no novo Código de Processo Civil

A partir da análise do artigo 8º, é possível observar que o novo Código de Processo Civil se preocupou em estabelecer elementos processuais mais consentâneos com a realidade

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1. p. 90.

¹⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 16. ed. Salvador, BA: Editora JusPodivm, 2014. v. 1. p. 86.

das partes, deixando um pouco de lado o cientificismo processual. Percebe-se que ao atuar na condução do processo, o magistrado deverá obedecer a diversos princípios, visando à efetividade da prestação jurisdicional, não somente enquanto procedimento, mas também como uma forma de pacificação das demandas, bem como buscando a satisfação do direito das partes envolvidas.

Nesta seara, questiona-se a possibilidade de as decisões tornarem-se arbitrárias, pois, ao conferir novos poderes de direção e gerenciamento processual ao magistrado, o novo código acaba por criar critérios interpretativos, ou seja, a aplicação dos princípios será analisada no caso concreto, o que permitirá uma interpretação mais ampla da ordem jurídica.

Deste modo, sob um paradigma pós-positivista, em que os princípios ganharam normatividade, a crítica recai sobre o fato dos princípios serem sobremaneira genéricos, abstratos e indeterminados, o que poderia resultar em uma maior liberdade hermenêutica ao juiz. Tal asserção, no entanto, não é de todo verdadeira, porquanto o novo Código de Processo Civil avança em muitas perspectivas no que concerne à teoria decisional, vez que, se por um lado permite uma interpretação em sintonia fina com a Constituição, possibilitando a aplicação de princípios, de outro lado impõe uma série de critérios para o juiz no momento da prolação da sentença.

Ressalte-se que o “acréscimo” de poderes concedidos ao juiz não significa que o novo Código de Processo Civil trouxe privilégios em seu favor, pelo contrário, as modificações processuais trazem benefícios às partes, na medida em que possibilitam que a condução do processo seja adaptada à específica situação enfrentada, com o objetivo de solucionar, de modo mais eficaz, a demanda proposta.

Essa preocupação com o aumento dos poderes do juiz não é recente, uma vez que ao longo do século XX o ordenamento jurídico pátrio sofreu diversas modificações, tanto em sua estrutura como em relação à atuação do Poder Judiciário. Referidas mudanças são decorrentes da nova estrutura estatal, já que com a implantação do Estado do Bem-Estar Social os magistrados passaram a adotar uma postura mais intervencionista, deixando de lado a antiga postura de mero espectador.

Diante desse cenário, o novo Código de Processo Civil teve como principal objetivo instituir um novo ordenamento processual para proporcionar maior satisfação aos jurisdicionados e como solução apresentou mecanismos para aprimoramento das técnicas processuais, além de propiciar ao juiz instrumentos que possibilitem decisões mais adequadas ao caso concreto, reduzindo, assim, o surgimento de obstáculos desnecessários.

A partir dessa premissa, é possível afirmar que o intuito do novo Código de Processo Civil não é o de criar poderes ilimitados aos juízes, mas sim propiciar condições adequadas para o exercício da prestação jurisdicional, principalmente no que concerne a pacificação e resolução dos conflitos sociais, com a maior eficiência possível.

Cabe ainda salientar que o aumento dos poderes do juiz não significa que suas decisões serão proferidas de forma autoritária ou arbitrária, isso porque, conforme o texto do próprio artigo 8º do novo Código de Processo Civil, o juiz não está liberto da obrigação de aplicar o ordenamento jurídico. Vale dizer: seus atos continuarão vinculados aos preceitos normativos.

Nesse diapasão, Rosemiro Pereira Leal pontifica:

[...] atualmente, com as conquistas histórico-teóricas de direitos fundamentais incorporadas ao processo, como instrumentalizador e legitimador da jurisdição, a atividade jurisdicional não é mais um comportamento pessoal do juiz, mas uma estrutura procedimentalizadora de atos jurídicos seqüenciais a que se obriga o órgão judicial pelo controle que lhe impõe a norma processual legitimando-o ao processo. Portanto, não há para o órgão judicial qualquer folga de conduta subjetiva ou flexibilização de vontade, pelo arbítrio ou discricionariedade, no exercício da função jurisdicional, porque, a existirem tais hipóteses, se quebraria a garantia de simétrica paridade do processo.¹⁷

Outrossim, faz-se imprescindível trazer as lições de Diego Martínez Cantoario acerca dos princípios da publicidade dos atos processuais e da devida fundamentação das decisões judiciais, que servirão como parâmetros para a fiscalização das decisões:

O controle do respeito destes limites pelo juiz se exerce pela publicidade dos atos processuais, que é o único instrumento eficaz de controle da exação dos juizes no cumprimento dos seus deveres e do respeito à dignidade humana e igualdade das partes. A publicidade dos atos processuais permite ao público a fiscalização de seus juizes sendo importante para a legitimidade do exercício da jurisdição.

[...]

Outro importante mecanismo de controle é a motivação das decisões judiciais. Ela confere racionalismo e legitimidade à independência de que goza o juiz, na medida em que ele explicita as razões pelas quais chega às conclusões adotadas. A motivação deve ser tal que traga ao leitor a sensação de que o juiz decidiu de determinado modo porque assim impunham os fundamentos adotados, havendo respeito à coerência da motivação. Trata-se de exigência inerente ao Estado Democrático de Direito, bem como instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de defesa.¹⁸

Adicione-se a isso que a atuação do juiz não ficará ao seu bel prazer, pois, embora o novo Código de Processo Civil tenha majorado seus poderes, as suas decisões encontrarão limites no princípio da inércia e na própria Constituição Federal.

Há também os limites “clássicos” consubstanciados nos códigos anteriores. Assim ensina Chiovenda, no que tange à limitação do julgador à demanda que lhe é dirigida: “Limites de várias naturezas confinam a atividade do juiz. O primeiro refere-se à correspondência necessária entre o requerido e o julgado: é, pois, um limite absoluto, determinável pelas regras da identificação das ações”¹⁹. Este fator limitante, portanto, condiciona o magistrado a pronunciar seus decisórios de acordo com o que a demanda traz para análise, ou seja, a própria demanda estabelece o limite.

Outros fatores limitantes na atuação do juiz é a respeitabilidade quanto às normas de natureza cogente, não podendo, portanto, dispor de segui-las. Por exemplo, o respeito ao contraditório e a ampla defesa (momento para apresentar defesas, produção de provas etc), bem como o respeito das normas que versam sobre competência.

¹⁷ LEAL, Rosemíro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 8. ed. São Paulo: Forense, 2009. p. 28.

¹⁸ CANTOARIO, Diego Martínez Fervenza. Poderes do juiz e princípio do contraditório. *Revista de Processo*, v. 36, n.º. 195, p. 279-308, maio 2011.

¹⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2. p. 342.

Outro ponto importante, e que tem sido olvidado, foi a inequívoca intenção do legislador ordinário em extinguir o livre convencimento e a livre apreciação da prova, o que demonstra o desejo que as decisões judiciais sejam lastreadas na lei e estribadas na Constituição, nunca na consciência do julgador. Afinal de contas, de que valeria a garantia do contraditório como garantia de influência e não surpresa bem como o princípio participativo/cooperativo e da ampla defesa se o magistrado pudesse agir de maneira solipsista? Como afirma Streck: “Se ficarmos a mercê da razão prática para superar o formalismo exegetista estaremos substituindo o juiz boca-da-lei pelo ‘proprietário dos sentidos da lei’”²⁰.

Paradigma importante também no controle das decisões judiciais será o parágrafo primeiro do artigo 489 – decorrente do inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal – que estatui os elementos essenciais da sentença, sendo que se o órgão prolator deixar de observar alguns daqueles critérios (isto é, se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento), a decisão será nula.

Ademais, outro fator que poderá limitar a atuação dos julgadores encontra-se num dos pontos mais marcantes do novo Código de Processo Civil: a uniformização da jurisprudência. Na medida em que o legislador atribui aos juízes um leque de possibilidades de atuação, com ajustamento procedimental para melhor conduzir o processo e tutelar o direito material discutido, criou-se a sistemática da uniformização da jurisprudência, de modo que o magistrado deverá portar-se de acordo com o posicionamento dos Tribunais Superiores.

E assim o faz porquanto o Judiciário em muitos momentos trata de forma desigual temas idênticos, mudando seu entendimento a todo instante, o que, em última análise, traz reflexo extremamente negativo, comprometendo, assim, a segurança jurídica, a previsibilidade das decisões e um tratamento isonômico aos cidadãos.

Neste ponto, conforme lições de Teresa Arruda Alvim Wambier²¹:

Também ocorrem no Brasil, com reprovável frequência, alterações bruscas jurisprudenciais. Estas mudanças repentinas comprometem a segurança jurídica, surpreendendo o jurisdicionado e impedindo os indivíduos e as empresas de planejar suas vidas, “de acordo com o direito”. Por isso, uma das linhas mestras do NCPC é estimular e criar condições favoráveis para que se produza, no país, jurisprudência uniforme, estável.

Pode-se observar tal influência nas palavras do Ministro Luiz Fux, um dos envolvidos na elaboração do novo Código de Processo Civil, em sua obra comparativa com o CPC-73:

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 328.

²¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1314.

A novel legislação, diferentemente do Código de 1973, realiza a fusão entre os institutos das famílias jurídicas do *civil law e do common law*. O leitor da presente obra observará em inúmeros artigos institutos oriundos do sistema romano-germânico e outros derivados do sistema anglo-saxônico. Por outro lado, foram mantidas as regras das nulidades, bem como os meios de impugnação das decisões judiciais, característicos do sistema *civil law*.²²

O papel da jurisprudência será baseado, portanto, na sistemática anglo-saxônica, na medida em que, ao se deparar com o caso concreto, é obrigação dos julgadores a análise dos posicionamentos acerca do problema discutido.

A partir deste norte, em primeiro momento, o legislador atribuiu aos Tribunais o dever de uniformização da jurisprudência e a maneira de fazê-lo, consoante o disposto no artigo 926 do novo Código de Processo Civil:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.
§ 1º. Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.
§ 2º. Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Referido dispositivo legal, estabelece como regra a uniformização da jurisprudência, bem como a maneira de dar vida a tal sistemática.

Em segundo momento – e aqui que se foca a corrente temática – é o modo pelo qual o Judiciário deverá se portar, de forma a atender a nova tendência, conforme o artigo 927 do novo CPC:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II - os enunciados de súmula vinculante;
III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.
§ 1º. Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, §1º., quando decidirem com fundamento neste artigo.
§ 2º. A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.
§ 3º. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.
§ 4º. A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.
§ 5º. Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

²² FUX, Luiz. (Coord.); NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Org.). *Novo CPC comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Saliente-se que o novo Código de Processo Civil – ao recepcionar o integracionismo de Ronald Dworkin – prescreve que os tribunais, além da obrigação de uniformizar sua jurisprudência, deverão mantê-la estável, íntegra e coerente. Nesse sentido, asseverou Lenio Luiz Streck, *in verbis*:

Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mas, mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão igual consideração por parte dos juízes. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir do círculo hermenêutico. Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas. A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é uma forma de virtude política. A integridade significa rechaçar a tentação da discricionariedade.²³

Dessa maneira, supera-se um modelo estrito de regras sem se imiscuir em um emaranhado descontrolado de decisões “principiológicas” sem fulcro normativo. O desígnio do legislador ao erigir a coerência e integridade como vetores interpretativos do sistema foi, sem dúvida alguma, concretizar a igualdade de todos perante lei, dando concreção (indireta) à dignidade da pessoa humana.

Nota-se, assim, que a jurisprudência terá papel fundamental, de modo que desde os juízes de primeiro grau até os ministros do Supremo Tribunal Federal deverão pronunciar-se sempre atrelados à jurisprudência. Se quiserem modificá-la, terão que expor as razões fáticas e os motivos jurídicos da mudança realizada.

Tal engrenagem, advinda do Direito Anglo-Saxão, será um fator de estabilidade do Direito pátrio, uma vez que os julgamentos terão previsibilidade muito maior, tendo como reflexo, a limitação do magistrado em seu decisório.

Conclusão

A aplicação do Direito passou por caminhos diversos, desde uma concepção preponderantemente adstrita à letra da lei (como se a mera interpretação gramatical fosse suficiente para lidar com as complexidades do Direito), a uma aplicabilidade abrangente, no que concerne a normatividade dos princípios norteadores do ordenamento jurídico (Constitucionalismo Contemporâneo).

O direito processual civil, instrumento utilizado para efetivar o direito material, acompanhou essa alteração como coadjuvante nas linhas teóricas que ao longo do tempo foram substanciadas, inclusive com efeitos práticos.

²³ STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. *Revista de Informação Legislativa*, v. 52, n. 206, p. 33-51, abr./jun. 2015. p. 41.

A transição de um movimento para o outro naturalmente refletiu no sistema processual na medida em que se tornou um instrumento voltado para a satisfação da tutela de direitos que seguiam uma linha de transformação. Se o direito material sofreu mutações impressionantes com os movimentos surgidos principalmente depois da Segunda Guerra Mundial, especialmente quanto à interpretação constitucional que privilegia princípios e maximiza a proteção da dignidade da pessoa humana, o processo civil, não deixou para trás essa tendência e caminhou, com a parcimônia decorrente do fato de não exercer o papel principal (que ficou reservado ao direito material), algumas adaptações, especialmente a preocupação com a tutela jurisdicional sob o prisma constitucional e na visão de que o direito à obtenção da prestação jurisdicional alcançou *status* de direito fundamental.

A principal novidade no novo Código de Processo Civil foi que o disposto no artigo 8º explicitou em tom proeminente que os juízes – principais artífices da aplicação do Direito – devam atender uma plêiade de valores em relação aos quais somente havia consignação implícita.

Neste cenário de abertura de interpretação e aplicabilidade do Direito, o artigo 8º deste novo diploma normativo crava no sistema processual os primados advindos do Constitucionalismo Contemporâneo ratificando a colocação dos princípios a níveis elevados.

As disposições, mais do que inocular regramentos aplicáveis exclusivamente ao direito processual civil, criam uma nova forma de interpretação jurídica, extravasando o raio de abrangência do artigo 8º do novo Código de Processo Civil à Teoria Geral do Direito na medida em que permitem à decisão judicial – principal palco em que as teorias jurídicas encontram ponto de contato com o mundo real – fundar-se em princípios que em conjunto com as regras formam as normas.

Retro referido artigo, conseqüentemente, flexibiliza o paradigma positivista, permitindo ao magistrado um campo de atuação voltado a atender o caso concreto com maior liberdade, trazendo para o sistema processual civil disposições que interferem na forma de aplicação do Direito, sempre observando, todavia, os parâmetros legais e os paradigmas constitucionais.

Reconhece-se, destarte, que a abertura (possível) a partir da aplicação da disposição legal em análise não pode servir como liberdade plena para os juízes julgarem conforme seus valores morais, econômicos, sociais, políticos, psicológicos etc. A autonomia do Direito deve ser preservada. O juiz deve julgar de acordo com o Direito, não de acordo com “sua consciência”. E exatamente neste ponto reside o principal desafio do sistema jurídico: criar mecanismos capazes de atalhar comportamentos voluntaristas e atitudes discricionárias, o que, obviamente, aferraria a segurança jurídica.

Para cumprir com esta necessidade, o novo Código de Processo Civil trouxe salutares mecanismos para a resolução deste problema, uma vez que expungiu o livre convencimento e a livre apreciação da prova, delimitou inúmeros critérios para a fundamentação das sentenças, além de dispor que os tribunais deverão manter sua jurisprudência estável, íntegra e coerente.

Nesse contexto, importante lembrar que o mesmo artigo 8º coloca entre seus mandamentos o atendimento ao princípio da legalidade, sugerindo que a atuação do julgador tenha parâmetros no próprio ordenamento, deixando de lado a visão servil à letra – hipótese alvo de críticas por não mais ter o aplicador a necessidade de ser apenas a boca da lei –, para interpretar esse mesmo ordenamento sob as luzes dos primados que o sistema processual agora fez questão de realçar.

Referências

- AFONSO DA SILVA, José. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
- CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. Poderes do juiz e princípio do contraditório. *Revista de Processo*, v. 36, n. 195, p. 279-308, maio 2011.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 16. ed. Salvador, BA: Editora JusPodivm, 2014. v. 1.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- LEAL, Rosemíro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8. ed. São Paulo: Forense, 2009.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MENDES, Gilmar. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf>. Acesso em: 31 maio 2016.
- FUX, Luiz. (Coord.); NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Org.). *Novo CPC comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, ano 91, p. 23-50, abr. 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. *Revista de Informação Legislativa*, v. 52, n. 206, p. 33-51, abr./jun. 2015.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. (Sobretudo cap. 1 - Sistema principiológico e sua estruturação no novo Código de Processo Civil).
- _____. *Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Legislação consultada

- BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 06 maio 2016.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 maio 2016.
- _____. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

Confronto do artigo 15 do Código de Processo Civil/2015 com os artigos 769 e 889 da Consolidação das Leis do Trabalho

KLEBER HENRIQUE SACONATO AFONSO

Advogado. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM). Professor de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho dos cursos de graduação das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA) de Catanduva-SP e da União das Faculdades dos Grandes Lagos (UNILAGO) de São José do Rio Preto-SP. Professor da Escola Superior de Advocacia (ESA).

LEILA RENATA RAMIRES MASTEGUIN

Advogada. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

ELEN CRISTINA XAVIER

Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

JÚLIO CÉSAR ORLANDO

Graduando em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

LUIZA MARTIN TORRES

Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

Resumo: O presente estudo tem por objetivo analisar as alterações no processo civil a partir da entrada em vigor da Lei n. 13.105/2015, e a aplicabilidade destas normas ao direito processual do trabalho. Para isso, serão analisadas as peculiaridades do direito processual trabalhista, como sua autonomia e seus princípios norteadores. Também será feita a análise dos artigos 769 e 889 da Consolidação das Leis do Trabalho, que versam sobre a aplicação subsidiária do direito processual comum, e o disposto no artigo 15 do novo Código de Processo Civil que determina sua aplicação no processo do trabalho de forma supletiva e subsidiária.

Palavras-chave: Omissão. Compatibilidade. Princípios.

Abstract: This study aims to analyze the changes in civil procedure from the entry into force of Law no. 13.105/2015, and applicability of these rules to the procedural labor law. For this, will be analyzed the peculiarities of the labor procedural law, as its autonomy and its guiding principles. It will also be the made to analysis of articles 769 and 889 of the Consolidation of Labor Laws, that talk about the subsidiary application of common procedural law, and the provisions of article 15 of the new Civil Procedure Code which determines their application in the labor process of supplementary and subsidiary manner.

Keywords: Omission. Compatibility. Principles.

Introdução

O processo é o instrumento por meio do qual o Estado exerce a jurisdição com a finalidade de resolução dos conflitos, ou seja, é através do processo que ocorre a efetivação do direito material, e o processo do trabalho tem por objetivo proporcionar uma prestação jurisdicional célere e efetiva ao trabalhador, tendo em vista a natureza alimentar do crédito trabalhista.

Por inexistir um Código de Processo do Trabalho, a Consolidação das Leis do Trabalho apresenta diversos dispositivos que disciplinam o processo do trabalho, no entanto, a legislação celetista nem sempre é suficiente para a efetiva realização da prestação jurisdicional, de modo que a aplicação subsidiária das normas processuais comuns se torna indispensável.

Pelo princípio da subsidiariedade, esculpido nos artigos 769 e 889 da Consolidação das Leis do Trabalho, o direito processual comum será fonte subsidiária no processo do trabalho quando houver omissão da legislação processual trabalhista e compatibilidade com o ordenamento. O artigo 769 trata da subsidiariedade na fase de conhecimento, enquanto que o artigo 889 refere-se à fase de execução, embora este dispositivo legal apenas tenha eficácia após a aplicação da Lei de Execução Fiscal.

Conforme antes dito, a aplicação subsidiária deve observar, além da existência de omissão da legislação trabalhista, a compatibilidade das normas processuais comuns com os princípios que regem o processo do trabalho.

É inegável a necessidade de aplicação do processo comum no processo do trabalho, e é exatamente neste ponto que surge a importância em analisar as mudanças experimentadas pelo processo comum a fim de compreender os “efeitos” ou “reflexos” desta nova sistemática processual civil no processo do trabalho.

O estudo aprofundado sobre a necessidade de integração entre os ramos do Direito, bem como a análise da hermenêutica jurídica, a qual deve ser sempre utilizada para buscar uma maior efetividade ao processo e, por conseguinte, alcançar a verdadeira Justiça Social, justifica a presente pesquisa, que será feita através do método dedutivo, com análise de doutrinas que se posicionam sobre o tema.

Deste modo, a presente pesquisa tem como finalidade examinar a integralidade dos dois sistemas processuais em questão, apresentando, para tanto, as peculiaridades do direito processual do trabalho, sem esquecer que a aplicação das normas do processo comum deve ter preferência sempre que estas oferecerem maior efetividade à prestação jurisdicional trabalhista e, via de consequência, proporcionar o efetivo acesso do trabalhador à justiça e a concretização de seu direito lesado.

A autonomia do processo do trabalho

Inicialmente, é importante ressaltar que uma disciplina jurídica pode ser considerada como uma ciência autônoma, ainda que não seja independente, quando ela for ampla ao ponto de merecer um estudo adequado especial, quando contiver doutrinas homogêneas que estabeleçam conceitos distintos de outras disciplinas, além de possuir métodos próprios, disciplinando procedimentos especiais para a busca das verdades que constituem objeto de suas investigações e uma principiologia peculiar¹.

Nota-se, que quando se fala em “autonomia” deve-se separar a ideia de autonomia da ideia de independência. Isto é, quando uma ciência é autônoma poderá haver necessidade de se manter dependente de outras disciplinas, como é o caso do processo do trabalho, que apesar de possuir métodos próprios, não pode ser estudado de forma desvinculada do direito material do trabalho e suas especificidades.

Partindo dessa premissa, não há dúvidas quanto a autonomia do direito do trabalho e, conseqüentemente, do processo do trabalho, uma vez que referidas disciplinas não integram os demais institutos do Direito, além de serem consideradas como um dos ramos da ciência jurídica.

¹ SÜSSEKIND, Amaldo; TEIXEIRA FILHO, J. *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. atual. São Paulo: LTr, 2005. v. 1. p. 130.

Segundo os ensinamentos de Wagner Giglio e Cláudia Giglio Veltri Corrêa, “a autonomia científica exige institutos, princípios e fins próprios” e, com o intuito de demonstrar a autonomia do direito material e processual do trabalho em uma análise da realidade de nossa jurisdição, assim concluiu o jurista:

[...] no Brasil há autonomia doutrinária e jurisdicional, carecendo de autonomia didática e legislativa; - reconhece-se também autonomia científica, com *institutos próprios* (decisões normativas e todas as suas implicações nas negociações coletivas; outorga generalizada de jus postulandi; eliminação de recursos no rito sumário; organização judiciária com 3 graus); *princípios próprios* (protetor, jurisdição normativa, despersionalização do empregador, simplificação procedimental e princípios ideais, como, extrapetição, iniciativa extraparte, coletivização das ações individuais); *fins próprios* (atuação prática do direito material, mediante compensação da inferioridade econômica, da desigualdade subjetiva do trabalhador enquanto perdura o vínculo empregatício, com superioridade jurídica; celeridade do procedimento, ante a urgência ditada pela necessidade de satisfação econômica dos direitos, em grande parte de natureza alimentar, como também em decorrência de imperativos sociais e políticos; fins do processo coletivo do trabalho).²

O direito processual do trabalho possui regramentos e princípios próprios, além de possuir fontes normativas específicas, os quais foram resultados da origem histórica dos direitos trabalhistas. Seu principal objetivo é a proteção dos trabalhadores, pois, além de regular os conflitos entre empregadores e empregados, suas normas estabelecem procedimentos de modo a compensar a inferioridade econômica do trabalhador concedendo-lhe uma posição de superioridade jurídica.

Sobre esse aspecto, é importante a lição de Christovão Piragibe Tostes Malta:

O direito processual do trabalho é autônomo, pois tem campo, fundamentos e princípios que não se confundem, ao menos em parte, com os princípios etc., pertinentes ao processo comum. O princípio segundo o qual o empregado goza de mais privilégios no processo que o empregador, como se verifica, por exemplo, pela circunstância de fazer jus ao benefício da gratuidade processual sempre que perceber até duas vezes o salário mínimo (não tendo outras fontes de renda substanciais), de estar o empregador sujeito a depósito para efeito de recurso e o empregado não [...] são peculiaridades do processo trabalhista. Outros princípios, já consagrados pelo processo civil, apresentam características próprias no processo trabalhista. Este parte, inclusive, de uma premissa estranha ao processo civil, ou seja, de que devem ser introduzidas facilidades e simplificações no processo para atender-se à condição de economicamente fraco do empregado, de sua inferioridade prática diante do empregador.³

Nesse sentido, o processo do trabalho serve como instrumento para a concretização do direito material do trabalho, e na medida em que é conduzido em conformidade com os princípios específicos desse instituto, operacionaliza a proposta social que o direito do trabalho abrange.

Apesar da autonomia do direito processual do trabalho, é importante salientar que nas situações de omissão da legislação trabalhista há necessidade de valer-se das regras do direito

² GIGLIO, Wagner; CORRÊA, Cláudia Giglio Veltri. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 79. grifo do autor

³ MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Prática do processo do trabalho*. São Paulo: LTR, 1993. p. 40.

processual comum, sem, contudo, desprezar as especificidades inerentes ao processo do trabalho, sob pena de se criar obstáculos para o acesso do trabalhador à justiça.

Por essa razão, e considerando as diversas inovações legislativas trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), torna-se necessário o estudo voltado para a aplicação prática desse instituto na ordem trabalhista, partindo da análise acutelada dos princípios norteadores do direito processual do trabalho e dando ênfase aos limites da aplicação subsidiária das normas do processo comum ao processo do trabalho.

O princípio da subsidiariedade esculpido nos artigos 769 e 889 da Consolidação das Leis do Trabalho

O artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) estabelece que nos casos em que a legislação trabalhista for omissa, as normas processuais comuns deverão ser aplicadas, de forma subsidiária e desde que compatíveis, visando dar efetividade à prestação jurisdicional. Assim dispõe referido dispositivo legal: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo que for incompatível com as normas deste Título”.

Do mesmo modo, o artigo 889 do mesmo diploma legal, dispõe sobre o procedimento a ser observado na fase de execução trabalhista, de modo que as normas que regulamentam a fase de execução no processo comum somente serão utilizadas após a aplicação da Lei de Execução Fiscal: “Aos trâmites e incidentes do processo de execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal”.

Nota-se que a Consolidação das Leis do Trabalho não dispõe, por exemplo, de normas que tratem sobre a coisa julgada, tutela provisória, dentre outros, o que são regulamentados pelo processo comum. É a existência desses procedimentos comuns aos demais ramos de direito processual que justifica a aplicação das regras do processo comum que, via de consequência, garantem a operacionalidade do sistema processual trabalhista.

Consoante à redação dos aludidos dispositivos legais, para a aplicação do processo comum no processo do trabalho, primeiro, na fase de conhecimento, há que se observar dois requisitos: i) omissão da CLT e legislação processual trabalhista esparsa; e, ii) compatibilidade do CPC com os princípios que regem o direito processual do trabalho. Segundo, na fase de execução, além do preenchimento de tais requisitos, aplicar-se-á inicialmente a Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/1980) e, apenas depois, a legislação processual comum.

Apesar de o artigo 889 da CLT não mencionar expressamente a aplicação do CPC na fase de execução, a maioria da doutrina tem entendimento neste sentido, além de ser comum verificar os magistrados aplicando as normas do processo civil nesta fase. Segundo Wagner Giglio, na fase de execução o intérprete deverá valer-se, em um primeiro momento, das regras contidas na CLT, conseqüentemente, não encontrando norma que disponha sobre o procedimento a ser utilizado, deverá socorrer-se da Lei n. 6.830/1980 e somente quando esta não oferecer solução é que o juiz estará autorizado a buscá-la no CPC⁴.

⁴ GIGLIO, Wagner. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 494.

O primeiro passo, portanto, é admitir a existência de lacunas em nosso ordenamento jurídico trabalhista e somente após a aceitação do julgador dessa incompletude é que o segundo problema poderá ser resolvido, ou seja, identificar as lacunas para, posteriormente, preenchê-las.

Deste modo, para adequada compreensão sobre a questão da “omissão” da legislação trabalhista, faz-se necessário identificar o significado de lacuna e quais as suas consequências, pois ao se falar em omissão estamos nos referindo a uma lacuna normativa.

Segundo Leone Pereira, três são as principais espécies de lacunas: i) normativa, representada pela ausência de norma reguladora do caso concreto; ii) ontológica, quando há norma reguladora, todavia, a norma existente está desatualizada, não apresentando mais compatibilidade com os fatos sociais e com o progresso técnico, acarretando o anciloseamento da norma positiva, isto é, o envelhecimento da norma; e iii) axiológicas, que também parte da premissa da existência da norma reguladora do caso concreto, entretanto, a aplicação da norma existente produzirá uma solução injusta ou insatisfatória, pois não serão observados os valores de justiça e equidade⁵.

Muito se discute em relação à interpretação do artigo 769 da CLT e a utilização ou não das lacunas acima mencionadas. E na tentativa de solucionar essa problemática, dois entendimentos se firmaram.

A primeira corrente, denominada “Teoria Tradicional ou Restritiva”, defende a aplicação subsidiária do CPC somente na hipótese de lacuna normativa. Os doutrinadores que defendem essa teoria argumentam que o devido processo legal deve ser sempre respeitado, para que o jurisdicionado não seja surpreendido com outras regras processuais, além da necessidade de preservação do princípio da segurança jurídica. São adeptos dessa corrente, a exemplo, Pedro Paulo Teixeira Manus e Manoel Antonio Teixeira Filho.

Na lição de Pedro Paulo Teixeira Manus:

O art. 769 da CLT dispõe que “nos casos omissos o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”. Referida regra tem aplicação somente na fase de conhecimento ao colocar o CPC como fonte subsidiária primeira do processo do trabalho. Já na fase de execução no processo do trabalho, a regra de aplicação da lei subsidiária é aquela prescrita no art. 889 da CLT que afirma que “aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida da Fazenda Pública Federal”. Desse modo, como sabemos, a lei estabelece a regra específica a se aplicar tanto na fase de conhecimento quanto na de execução. E há em comum na aplicação de ambas as leis o requisito da omissão pela CLT, o que desde logo exclui aplicação de norma subsidiária quando aquela disciplinar a matéria. A regra estabelecida em ambos os artigos acima transcritos configura princípio típico do processo do trabalho, que garante o respeito ao devido processo legal, na medida em que o jurisdicionado tem a segurança de que não será surpreendido pela aplicação de norma diversa sempre que houver a solução do texto consolidado. É sob esta ótica que devemos examinar, a nosso ver, as modificações que se processam no Código de Processo Civil e a possibilidade de sua aplicação ao processo do trabalho.⁶

⁵ PEREIRA, Leone. *Manual de processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 53-54.

⁶ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. A execução no processo do trabalho, devido processo legal, a efetividade do processo e as novas alterações do Código de Processo Civil. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Rio Grande do Sul, v. 73, n. 1, p. 43-50, jan./mar. 2007. p. 44.

Do mesmo modo, leciona Manoel Antônio Teixeira Filho:

Todos sabemos que o art. 769, da CLT, permite a adoção supletiva de normas do processo civil desde que: a) a CLT seja omissa quanto à matéria; b) a norma do CPC não apresente incompatibilidade com a letra ou com o espírito do processo do trabalho. Não foi por obra do acaso que o legislador trabalhista inseriu o requisito da omissão, antes da compatibilidade: foi, isto sim, em decorrência de um proposital critério lógico-axiológico. Desta forma, para que se possa cogitar da compatibilidade, ou não, de norma do processo civil com a do trabalho é absolutamente necessário, *ex vi legis*, que, antes disso, se verifique, se a CLT se revela omissa a respeito da matéria. Inexistindo omissão, nenhum intérprete estará autorizado a perquirir sobre a mencionada compatibilidade. Aquela constitui, portanto, pressuposto fundamental desta.⁷

Já pela segunda corrente, intitulada de “Teoria Evolutiva, Ampliativa ou Sistemática”, além da possibilidade de aplicação do CPC nos casos de lacunas normativas, é também admissível nas hipóteses de lacunas ontológicas e axiológicas.

Para os defensores deste entendimento, os princípios da efetividade, da celeridade e do acesso à ordem jurídica justa, bem como o caráter instrumental do processo, a busca pela melhoria da prestação jurisdicional trabalhista, a dignidade da pessoa do trabalhador e melhoria da condição social do trabalhador, fundamentam a aplicação das normas do processo civil quando se verificar a existência das lacunas ontológicas e axiológicas. São adeptos dessa corrente Mauro Schiavi e Jorge Luiz Souto Maior.

Assim é o entendimento preconizado por Mauro Schiavi:

Sob outro enfoque, o juiz, como condutor do Processo do Trabalho, encarregado de zelar pela dignidade do processo e pela efetividade da jurisdição trabalhista, conforme já nos posicionamos, deve ter em mente que o processo deve tramitar em prazo compatível com a efetividade do direito de quem postula, uma vez que a duração razoável do processo foi erigida a mandamento constitucional, e buscar novos caminhos e interpretação da lei no sentido de materializar este mandamento constitucional. [...] a moderna doutrina vem defendendo um diálogo maior entre o Processo do Trabalho e o Processo Civil, a fim de buscar, por meio de interpretação sistemática e teleológica, os benefícios obtidos na legislação processual civil e aplicá-los ao Processo do Trabalho. Não pode o juiz do Trabalho fechar os olhos para normas de Direito Processual Civil mais efetivas que a CLT, e se omitir sob o argumento de que a legislação processual do trabalho não é omissa, pois estão em jogo interesses muito maiores que a aplicação da legislação processual trabalhista e sim a importância do Direito Processual do Trabalho, como sendo um instrumento célere, efetivo, confiável, que garanta, acima de tudo, a efetividade da legislação processual trabalhista e a dignidade da pessoa humana.⁸

Em mesmo sentido, leciona Jorge Luiz Souto Maior:

Das duas condições fixadas no artigo 769, extrai-se um princípio, que deve servir de base para tal análise: a aplicação de normas do Código de Processo Civil no procedimento trabalhista só se justifica quando for necessária e eficaz para melhorar a efetividade da prestação jurisdicional trabalhista.

[...]

⁷ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Processo do trabalho – embargos à execução ou impugnação à sentença? (a propósito do art. 475-J, do CPC). *Revista LTr*, v. 70, n. 10, p. 1179-1182, out. 2006, p. 1180.

⁸ SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 76.

O direito processual trabalhista, diante do seu caráter instrumental, está voltado à aplicação de um direito material, o direito do trabalho, que é permeado de questões de ordem pública, que exigem da prestação jurisdicional muito mais que celeridade; exigem que a noção de efetividade seja levada às últimas consequências. O processo precisa ser rápido, mas, ao mesmo tempo, eficiente para conferir o que é de cada um por direito, buscando corrigir os abusos e obtenções de vantagens econômicas que se procura com o desrespeito à ordem jurídica. Pensando no aspecto instrumental do processo, vale lembrar que o direito material trabalhista é um direito social por excelência, cuja ineficácia pode gerar graves distúrbios tanto de natureza econômica quanto social.

[...]

Ainda nesta linha, de fixar pressupostos teóricos necessários para a análise da questão da subsidiariedade do processo comum ao processo do trabalho, partindo do princípio de que se deve priorizar a melhoria da prestação jurisdicional, é importante, por fim, deixar claro que sendo a inovação do processo civil efetivamente eficaz, não se poderá recusar sua aplicação no processo do trabalho com o argumento de que a CLT não é omissa. Ora, se o princípio é o da melhoria contínua da prestação jurisdicional, não se pode utilizar o argumento de que há previsão a respeito na CLT, como forma de rechaçar algum avanço que tenha havido neste sentido no processo civil, sob pena de se negar a própria intenção do legislador ao fixar os critérios da aplicação subsidiária do processo civil. Notoriamente, o que se pretendeu (daí o aspecto teleológico da questão) foi impedir que a irrefletida e irrestrita aplicação das normas do processo civil evitasse a maior efetividade da prestação jurisdicional trabalhista que se buscava com a criação de um procedimento próprio na CLT (mais célere, mais simples, mais acessível). Trata-se, portanto, de uma regra de proteção, que se justifica historicamente. Não se pode, por óbvio, usar a regra de proteção do sistema como óbice ao seu avanço. Do contrário, pode-se ter por efeito um processo civil mais efetivo que o processo do trabalho, o que é inconcebível, já que o crédito trabalhista merece tratamento privilegiado no ordenamento jurídico como um todo. Em suma, quando há alguma alteração no processo civil o seu reflexo na esfera trabalhista só pode ser benéfico, tanto no prisma do processo do trabalho quanto do direito do trabalho, dado o caráter instrumental da ciência processual.⁹

Utilizando-se desta mesma premissa, tem-se o teor do Enunciado n. 66 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho na Justiça do Trabalho:

Enunciado 66. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE NORMAS DO PROCESSO COMUM AO PROCESSO TRABALHISTA. OMISSÕES ONTOLÓGICA E AXIOLÓGICA. ADMISSIBILIDADE. Diante do atual estágio de desenvolvimento do processo comum e da necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os artigos 769 e 889 da CLT comportam interpretação conforme a Constituição Federal, permitindo a aplicação das normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. Aplicação dos princípios da instrumentalidade, efetividade e não retrocesso social.¹⁰

É evidente, portanto, que a legislação trabalhista é suscetível à aplicação do direito processual comum, o que, de pronto, se reconhece a existência de lacunas em nosso ordenamento jurídico juslaboral e, diante da multiplicidade dos conflitos sociais, passa-se a exigir dos operadores do direito uma nova interpretação dos institutos processuais, bem como a busca por novos caminhos para a resolução das demandas.

⁹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Reflexos das alterações no Código de Processo Civil no processo do trabalho. *Revista LTr*, v. 70, n. 8, p. 920-930, ago. 2006, p. 920-921.

¹⁰ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO (ANAMATRA). *Agenda político-institucional ANAMATRA 2010*. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/uploads/magazine/00002168.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2016.

Como se sabe, o processo do trabalho foi criado com a finalidade de proporcionar ao trabalhador um melhor acesso à justiça, de modo que suas regras devem voltar-se para essa finalidade. Além disso, no campo do direito do trabalho o operador do direito deve sempre se guiar pelos princípios que regem o direito processual trabalhista, sendo inadmissível, a despeito de se manter a autonomia do processo do trabalho, a criação de procedimentos que dificultem o acesso do trabalhador à justiça.

Apesar de a legislação trabalhista reconhecer expressamente a possibilidade de se buscar normas do direito processual comum nas hipóteses por ela não regulamentadas, alguns doutrinadores repudiam a aproximação do processo do trabalho ao processo civil, sob o argumento de que, essa “invasão” das normas processuais comum ocasiona a perda de identidade do direito processual trabalhista.

Com todo o respeito aos que pensam dessa maneira, cabe salientar que o processo do trabalho foi idealizado na década de 1940, período em que os conflitos sociais e as necessidades dos jurisdicionados eram diferentes dos quais vivenciamos atualmente. E ainda, a competência da Justiça do Trabalho era apenas para julgar relação entre empregado e empregador, situação diversa da que passou a ser competente após a Emenda Constitucional n. 45/2004, que alterou a redação do artigo 114, da Constituição Federal de 1988, ampliando seu poder para processar e julgar também as ações oriundas de qualquer relação de trabalho. A aproximação do processo comum não representa ofensa à principiologia do direito processual trabalhista, tampouco há que se falar em retrocesso social, pelo contrário, a integração dos dois sistemas processuais possibilita uma evolução conjunta da ciência processual.

Conceder ao juiz do trabalho a possibilidade de buscar soluções nas normas do processo comum, muitas vezes, faz com que a prestação jurisdicional se efetive de forma justa. Ademais, as regras do Código de Processo Civil só serão aplicadas no processo do trabalho se estiverem em harmonia com as normas que regem o direito processual do trabalho, e seus princípios, na busca pela efetivação do direito material do trabalhador.

Outro ponto a ser observado em relação às lacunas refere-se ao método de interpretação das leis conforme a Constituição. Através deste método, é possível a ampliação ou restrição dos efeitos da norma jurídica, o que deve ser feito sempre para buscar uma maior aproximação da norma aos princípios constitucionais.

Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite:

[...] a interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete, depois de esgotar todas as interpretações convencionais possíveis e não encontrando interpretação constitucional, mas também não contendo a norma interpretada nenhuma violência à Constituição Federal, verifique se é possível, pelo caráter axiológico da norma constitucional, levar a efeito algum alargamento ou restrição da norma que a compatibilize com a Carta Maior.¹¹

Nesta seara, a atividade hermenêutica do juiz deve sempre observar a aplicação da lei em conformidade com os preceitos constitucionais, cujo objetivo é conseguir resultados práticos que mais se aproximem da efetivação dos direitos fundamentais envolvidos no caso concreto.

¹¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 103.

Alguns doutrinadores defendem a “constitucionalização do processo” que, segundo a tese sustentada, os princípios do processo do trabalho devem manter estrita relação com os princípios constitucionais do processo, ou seja, na análise de um caso concreto, quando houver colisão entre um princípio do direito processual do trabalho, disposto em norma infraconstitucional, e um princípio constitucional, este prevalecerá¹².

E a respeito da constitucionalização do processo, o Código de Processo Civil de 2015 teve grande avanço, mormente em seus artigos 1º a 12, que instituem as normas fundamentais do processo civil. Pelas disposições iniciais do Código, fica claro que o legislador procurou demonstrar que o processo civil não deve ser considerado apenas como um instrumento de materialização dos direitos fundamentais, de modo que suas normas devem ser aplicadas e interpretadas em conformidade com a Constituição Federal.

A partir da argumentação acima exposta, surge, então, o conceito de heterointegração dos sistemas processuais. De acordo com os ensinamentos de Carlos Henrique Bezerra Leite:

A heterointegração pressupõe, portanto, existência não apenas das tradicionais lacunas normativas, mas também das lacunas ontológicas e axiológicas. Dito de outro modo, a heterointegração de dois sistemas (processo civil e trabalhista) pressupõe a interpretação evolutiva do art. 769 da CLT, para permitir a aplicação subsidiária do CPC não somente na hipótese (tradicional) de lacuna normativa ao processo laboral, mas também, quando a norma do processo trabalhista apresenta manifesto envelhecimento que, na prática, impede ou dificulta a prestação jurisdicional justa e efetiva deste processo especializado [...]. De outro lado, é imperioso romper o formalismo jurídico e estabelecer o diálogo das fontes normativas infraconstitucionais do CPC e da CLT, visando a concretização do princípio da máxima efetividade das normas (princípios e regras) constitucionais de direito processual, especialmente o novel princípio da duração razoável do processo.¹³

Deste modo, a partir desse pensamento, bem como pela existência de lacunas axiológicas e ontológicas, admite-se a flexibilização interpretativa do texto legal, de modo que o juiz, amparado pelos métodos de ampliação ou restrição das normas, ao aplicar a norma jurídica no caso concreto deve adequá-la aos princípios e normas constitucionais.

O direito processual do trabalho tem sua razão de ser na busca pela garantia da aplicação da legislação social, resguardando os direitos fundamentais dos trabalhadores, de maneira a criar mecanismos que tenham como principal objetivo reduzir as diferenças entre os empregados e empregadores.

Sendo assim, a partir do momento em que o direito processual comum se reestrutura buscando uma melhor prestação jurisdicional, inclusive observando os direitos fundamentais das partes e propondo uma análise das normas processuais em consonância com os preceitos constitucionais, não há dúvidas de que o processo do trabalho deve se valer de tais benefícios, sempre buscando uma maior eficácia à ordem jurídica trabalhista.

Não obstante, isso não significa desconsiderar a autonomia do processo do trabalho, como já exposto anteriormente, mas sim reconhecer que ele deve ser um instrumento efetivo de distribuição de justiça e pacificação dos conflitos sociais, e, para tanto, deve-se buscar a integração dos sistemas processuais.

¹² SCHIAVI, Mauro. *Os princípios do direito processual do trabalho e a possibilidade de aplicação subsidiária do CPC quando há regra expressa na CLT em sentido contrário*. Disponível em: <<https://goo.gl/5H1Rlh>>. Acesso em: 12 maio 2016.

¹³ Op. cit., p. 110.

Análise da subsidiariedade sob a ótica principiológica

Como já foi salientado, o processo deve ser considerado como um instrumento para a efetivação do direito material, e neste sentido o processo do trabalho se difere em alguns aspectos do processo civil, especialmente em relação à matéria, tendo em vista que as normas trabalhistas prezam pela proteção do trabalhador, que é parte hipossuficiente na relação de emprego, enquanto que nas relações civis as partes apresentam igualdade formal.

Em nosso ordenamento jurídico atual, implantado pelo Estado Democrático de Direito, não cabe ao Estado a simples tarefa de garantir o acesso ao Judiciário, pelo contrário, tem o dever de proporcionar uma tutela de direitos eficaz, efetiva e compatível com os anseios da sociedade, respeitando sempre as particularidades das partes envolvidas no litígio.

E é nesse sentido que se torna cada vez mais necessária a integração dos sistemas jurídicos, tendo por base a hermenêutica jurídica, especialmente em relação à interpretação das normas conforme os princípios.

Celso Antônio Bandeira de Mello nos ensina que princípio:

[...] é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.¹⁴

Dentre os diversos princípios norteadores do direito do trabalho, merece destaque o princípio da proteção. Américo Plá Rodríguez ensina que o fundamento deste princípio:

[...] está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho. Historicamente, o Direito do Trabalho surgiu como consequência (sic) de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Inclusive as mais abusivas e iníquas. O legislador não pôde mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável. O Direito do Trabalho responde fundamentalmente ao propósito de nivelar desigualdades. Como dizia Couture: “o procedimento lógico de corrigir desigualdades é o de criar outras desigualdades”.¹⁵

O direito material do trabalho tem como base o princípio da proteção, segundo o qual o operador do direito deve sempre buscar a norma mais favorável ao trabalhador. Já no direito processual do trabalho, embora não se possa adotar referido princípio, as partes também estão em situações de desigualdade e, de certo modo, o trabalhador acaba por possuir mais benefícios que seu empregador. A exemplo disso tem-se a isenção de custas processuais e depósito recursal e, neste sentido, o juiz, diante de duas regras processuais aplicáveis ao caso em análise, deve optar pela aplicação da norma mais efetiva, ainda que ela seja pertencente ao direito processual civil.

Não restam dúvidas de que os princípios possuem elevado poder normativo, além de constituírem verdadeiros pilares estruturais da ciência jurídica. Deste modo, não podem

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 573.

¹⁵ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios do direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 85.

ser considerados apenas como instrumento de integração dos institutos do direito ante a existência de lacunas no ordenamento jurídico, pelo contrário, devem ser considerados como efetivas normas jurídicas.

Celso Antônio Bandeira de Mello continua ensinando que:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.¹⁶

Diante dos princípios constitucionais que orientam o processo, bem como pela força normativa destes, a interpretação das normas do processo civil ao serem aplicadas no processo do trabalho deve sempre observar o princípio da duração razoável do processo, o acesso efetivo e real à justiça do trabalho, a ordem jurídica justa e, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana do trabalhador e a melhoria da sua condição social¹⁷. O respeito a esses princípios é tão importante que o CPC/2015 trouxe normatização expressa em seus artigos 1º a 12, pertencentes ao capítulo I que dispõe sobre as normas fundamentais do processo civil.

Assim, para o adequado cumprimento da função jurisdicional, é imprescindível que o juiz tenha razoabilidade no momento da escolha da norma a ser aplicada, devendo levar em consideração os valores sociais envolvidos na lide, de modo a atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, bem como resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana, consoante os preceitos insculpidos no artigo 8º do CPC/2015.

Não é aceitável um juiz indiferente, que interprete o processo apenas como um instrumento técnico, pelo contrário, o juiz deve sempre buscar a efetividade da prestação jurisdicional e, principalmente, a solução justa e efetiva/satisfativa, respeitando as peculiaridades das partes, e implementando meios para a redução da desigualdade experimentada pelo trabalhador face ao empregador.

Interpretação do artigo 15 do Novo Código de Processo Civil e sua aplicação “subsidiária” e “supletiva” no processo do trabalho

O surgimento do novo Código de Processo Civil provocou certo desconforto entre os operadores de direito que atuam na área trabalhista. Um dos dispositivos legais que mais causa discussões é o artigo 15 deste novo diploma legal, que assim dispõe: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

Ocorre que, como já demonstrado, a própria CLT disciplina a aplicação das normas do processo civil no direito processual trabalhista, e a partir da leitura do artigo 15 do novo CPC muito se questiona sobre a interpretação de seu texto e suas consequências no processo do trabalho.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 747-748.

¹⁷ SCHIAVI, Mauro. *O acesso à justiça e o princípio da subsidiariedade no processo do trabalho*. Disponível em: <<http://mauroschiavi.com.br/wp-content/uploads/2015/08/Acesso-a-justica-e-o-principio-da-subsidiariedade-no-processo-do-trabalho.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2016.

Antes de adentrarmos no exame sobre a definição das regras “supletiva” e “subsidiariamente” utilizadas pelo legislador, é importante fazer uma análise histórica sobre o projeto do novo Código de Processo Civil e suas justificativas em relação à sua aplicação no processo do trabalho.

O Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 que propôs a reforma do código de processo civil foi protocolado em 08/06/2010 e trazia, inicialmente, a previsão para aplicação do CPC no processo trabalhista de forma supletiva, conforme o disposto em seu artigo 14: “Na ausência de normas que regulem processos penais, eleitorais, administrativos ou trabalhistas, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletivamente”.

Em 11/06/2010, o Senador Romero Jucá protocolou a Emenda nº. 145 sugerindo a supressão do vocábulo “trabalhistas”, uma vez que o processo do trabalho possui autonomia científica, com regras, institutos e princípios peculiares, e se o texto do artigo fosse aprovado da maneira como foi proposto, as normas do direito processual civil seriam aplicadas em todas as hipóteses de omissão, sem que seja aferida a compatibilidade das normas.

Nesta mesma data, o Senador Álvaro Dias também protocolou uma Emenda, de nº. 144, sugerindo que o vocábulo “trabalhistas” fosse suprimido, utilizando-se dos mesmos argumentos exposto pelo Senador Romero Jucá.

Em seu relatório final, o Senador Valter Pereira, relator geral do projeto, sugeriu a modificação quanto à numeração de referido artigo, de forma que o aludido dispositivo legal passou a ser numerado como “Art. 15”. Além desta alteração, o relator acolheu as emendas apresentadas pelos Senadores Romero Jucá e Álvaro Dias, e o artigo 15 foi aprovado com a seguinte redação final: “Na ausência de normas que regulem processos penais, eleitorais ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletivamente”.

Após a apresentação do relatório final, o Projeto de Lei foi encaminhado para a Câmara dos Deputados em 20/12/2010. Na Câmara dos Deputados o projeto tramitou sob o nº. 8.046/2010.

O Deputado Reinaldo Azambuja protocolou, em 21/09/2011, a Emenda nº. 80/2011 requerendo a alteração do artigo 15, tendo em vista que o texto final aprovado deixou de mencionar a aplicação do CPC nos processos trabalhistas. Para tanto, sugeriu a seguinte redação: “Na ausência de normas próprias que regulem os processos penais, eleitorais, administrativos ou trabalhistas e nos processos coletivos as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

De acordo com o deputado, a alteração se justifica, pois o processo trabalhista é lacunoso, especialmente na fase de execução onde se utiliza a Lei nº. 6.830/80, o que causa bastante confusão. Explica, ainda, que a expressão “subsidiariamente” foi inserida a fim de proporcionar maior aplicabilidade e eficácia do dispositivo legal, e que os termos “aplicação supletiva” e “aplicação subsidiária” não são sinônimos.

Em sua justificativa esclarece que na aplicação subsidiária, a legislação subsidiária integra a principal preenchendo as lacunas. Por outro lado, a aplicação supletiva ocorre quando uma lei completa a outra.

Em 28/09/2011, o deputado Paes Landim protocolou a Emenda nº. 109/2011, requerendo a manutenção do vocábulo “trabalhistas”, uma vez que o CPC deve ser aplicado às normas processuais trabalhistas, da mesma forma como ocorre atualmente. Em mesmo sentido, o deputado Sandro Mabel também apresentou Emenda nº. 114/2011.

O deputado Nelson Marchezan Júnior apresentou a Emenda nº. 430/2011 sugerindo que a redação do artigo 15 mantivesse apenas a expressão “supletivamente”, pois o artigo 769 da CLT já dispõe sobre a aplicação subsidiária das normas processuais civis ao processo do trabalho.

No parecer elaborado pela Comissão Especial, todas as propostas de emendas foram analisadas. Segundo o relator, deputado Efraim Filho (e aqui cabe mencionar que ficou responsável pelos artigos 1º a 291 do Projeto de Lei, referentes à Parte Geral), não há razão para exclusão do vocábulo “trabalhistas”, pois a legislação trabalhista já é complementada por disposições do CPC.

Em relação à parte final da redação do artigo 15, a proposta contida na Emenda nº. 80/2011, de autoria do Deputado Reinaldo Azambuja, foi acolhida, pois, enquanto a aplicação subsidiária preenche as lacunas do texto normativo principal, a supletiva o complementa. E, após a análise das propostas de emendas apresentadas, a redação do artigo 15 foi aprovada contendo os termos “supletiva” e “subsidiariamente”.

Feitas tais considerações sobre a evolução do projeto, torna-se imprescindível a interpretação dos termos que acabam por fazer parte do citado dispositivo legal. Nesta linha, aproveita-se dos ensinamentos de Mauro Schiavi a respeito da análise do texto do aludido dispositivo legal e de seus termos:

- a) supletivamente: significa aplicar o CPC quando, apesar da lei processual trabalhista disciplinar o instituto processual, não for completa. Nesta situação, o Código de Processo Civil será aplicado de forma complementar, aperfeiçoando e propiciando maior efetividade e justiça ao processo do trabalho. [...]
- b) subsidiariamente: significa aplicar o CPC quando a CLT não disciplina determinado instituto processual.¹⁸

Seguindo o mesmo entendimento, é a lição de Jorge Pinheiro Castelo:

3. Da primeira função fixada pelo art. 15 do NCPC resultante da aplicação subsidiária: suprir omissões

a) A aplicação subsidiária tem como função, apenas, suprir as omissões existentes no legislador processual ordinário, no caso laboral.

4. Da segunda função fixada pelo art. 15 do NCPC resultante da aplicação supletiva: disciplinar, em complementariedade, a incorporação progressiva das novas e mais avançadas técnicas processuais, respeitadas a identidade, a organicidade, a coerência, a funcionalidade e a lógica do sistema específico (compatibilidade procedimental)

a) A aplicação supletiva já se dá de forma complementar e mais autônoma – que a aplicação subsidiária –, isto é, não para cobrir as omissões, mas, para corrigir as falhas existentes no sistema ordinário, de forma a completar e aprimorar, no caso, o sistema processual trabalhista: cobrindo as falhas nele existentes no que diz a tutela de direitos, garantindo a efetividade dos princípios constitucionais do acesso a ordem jurídica justa.¹⁹

¹⁸ SCHIAVI, Mauro. A aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil ao processo do trabalho. In: MIESSA, Éliasson. (Org.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador, BA: JusPodivm, 2015. p. 55-64. p. 55-56.

¹⁹ CASTELO, Jorge Pinheiro. Da aplicação subsidiária e supletiva do novo CPC ao processo do trabalho (art. 15) – exemplos de institutos, estruturas, conceitos, esquemas lógicos, técnicas e procedimentos incidentes sobre o processo do trabalho decorrentes da aplicação subsidiária e supletiva de procedimentos do novo CPC. *Revista LTr*, v. 79, n. 8, p. 981-1002, ago. 2015. p. 983.

Através das interpretações apresentadas sobre a aplicação “supletiva” e “subsidiária”, verifica-se que, apesar de as expressões não terem sido utilizadas pelo legislador como sinônimas, o Código de Processo Civil/2015 não apresenta inovações no âmbito do direito processual do trabalho, pois, conforme restou demonstrado, as normas celetistas já estabeleciam a aplicação do CPC nos casos de omissão e compatibilidade, e cabe aqui lembrar que quando falamos de “omissão” nos referimos às lacunas normativas, ontológicas e axiológicas.

Deste modo, é possível concluir que, na prática, a utilização das normas processuais, comum no direito processual trabalhista, seguirá a mesma sistemática introduzida pelos artigos 769 e 889 da CLT, ou seja, para que as normas do novo Código de Processo Civil possam ser utilizadas na justiça juslaboral há que se respeitar os requisitos essenciais, omissão da legislação trabalhista e compatibilidade das normas do CPC com os princípios norteadores do processo do trabalho.

Paralelo entre o artigo 15 do novo Código de Processo Civil e os artigos 769 e 889 da Consolidação das Leis do Trabalho

O novo Código de Processo Civil traz em seu artigo 15 uma redação inédita, dispondo, primeiramente, que suas disposições se aplicam na Justiça do Trabalho e em outros ramos específicos, e também que esta aplicação deve ocorrer de forma supletiva e subsidiária.

Parte da doutrina entende que o novo CPC revoga os artigos 769 e 889 da CLT, de forma que suas normas deverão ser aplicadas sempre que se verificar a existência de lacunas, independentemente de compatibilidade das normas processuais comuns com os princípios norteadores do processo do trabalho, seguindo a literalidade do artigo 15 do novo CPC, que não prevê tal requisito.

Neste sentido é o entendimento firmado por Edilton Meireles:

A CLT, em seu art. 769, regula a aplicação subsidiária do direito processual comum ao processo do trabalho. Já o art. 15 do novo CPC passou a tratar da mesma matéria relativa a aplicação subsidiária de regras processuais ao processo do trabalho. Logo, estaria revogado o art. 769 da CLT.

Antes, conforme art. 769 da CLT, subsidiária era a regra do “direito processual comum”. Agora é o CPC. Antes, apenas se aplicava a regra subsidiária, o que pressupõe uma omissão absoluta. Agora, aplicam-se regras do CPC subsidiária ou supletiva.

Assim, tem-se que o art. 769 da CLT está revogado em face do art. 15 do novo CPC a partir da vigência deste. Isso porque este novo dispositivo trata da mesma matéria regulada no art. 769 da CLT.²⁰

Apesar de entender que o artigo 769 da CLT acabou sendo revogado pelo artigo 15 do novo CPC, em relação ao artigo 889 da CLT, o jurista apresenta posição distinta:

Cabe, por fim, neste ponto, ressaltar que o disposto no art. 889 da CLT, por ser norma mais especial em relação à regra da subsidiariedade, não foi afetado pelo novo CPC. Assim, no que se refere à fase de execução, a fonte subsidiária principal é o do “processo dos executivos fiscais”. O CPC, neste caso, seria fonte subsidiária secundária. Contudo, diante da regra geral do art. 15 do novo CPC, este passa a atuar também como fonte supletiva na execução.²¹

²⁰ MEIRELES, Edilton. O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho. In: MIESSA, op. cit., p. 44.

²¹ MEIRELES, op. cit., p. 44-45.

Para outra corrente doutrinária, o entendimento é de que não houve revogação dos artigos celetistas supracitados, pois, o que houve, na verdade, foi a manutenção da sistemática que sempre existiu, ou seja, a aplicação do CPC de maneira subsidiária e desde que compatível com as normas e princípios do direito processual trabalhista.

Neste sentido, defende Salvador Franco de Lima Laurino:

À partida, não há contradição com o art. 769 da Consolidação, o que exclui a hipótese de revogação. O art. 15 do novo Código dispõe sobre a aplicação do processo civil *aos processos especiais* – processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos –, sem referir exclusivamente o processo do trabalho, o que significa que tem natureza de “lei geral”, que, em virtude do atributo de generalidade, não revoga a “lei especial” anterior, conforme resulta do disposto no §2º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

[...]

A propósito da “compatibilidade”, o silêncio do art. 15 do novo Código é irrelevante. Como tem a natureza de “regra geral”, ele cede passo à “regra especial” do art. 769 da Consolidação, que subordina a aplicação da norma de processo comum à “compatibilidade” com o processo do trabalho. Nem poderia ser diferente. Se o requisito da “compatibilidade” fosse desnecessário, estaríamos diante da revogação integral do art. 769, o que já se constatou não ser o caso.

Portanto, a alteração trazida pelo art. 15 do novo Código resume-se ao acréscimo do vocábulo “supletivo” a par da tradicional fórmula da aplicação “subsidiária”.²²

Há, como se vê, divergência quanto ao diálogo das normas, tendo em vista que alguns doutrinadores defendem a revogação dos dispositivos celetistas em razão de o novo CPC se tratar, cronologicamente, de norma mais recente do que a CLT. Deste modo, faz-se necessário observar o critério mais adequado para resolver a presente antinomia.

Para que uma norma seja considerada antinômica em relação à outra, ambas devem disciplinar determinada matéria de modo distinto. De acordo com as lições de Alysson Leandro Mascaro, “No que versa sobre a matéria, só haverá antinomia caso duas normas tratem diferentemente do mesmo tema, ou seja, do mesmo conteúdo”²³.

Neste ponto, imperioso esclarecer que o CPC não pode ser considerado como norma antinômica em relação às normas celetistas, tendo em vista que observa os princípios inerentes ao direito processual civil e também por não regular inteiramente a matéria disciplinada pela CLT. Ademais, o processo do trabalho, como lei especial, possui princípios próprios, paradigmas diferentes, de forma que as normas do processo comum, em partes, são incompatíveis com a legislação trabalhista.

Ainda que assim não fosse, estaríamos diante de um conflito entre os critérios para resolução de antinomias, ou seja, critério da cronologia e da especialidade, e neste caso há de se priorizar o da especialidade. Uma norma específica, ainda que mais velha, é preferível à geral mais recente.

De acordo com Noberto Bobbio, em sua clássica obra sobre a Teoria do Ordenamento Jurídico:

O terceiro critério, dito justamente da *lex specialis*, é aquele pelo qual, de duas normas

²² LAURINO, Salvador Franco de Lima. O art. 15 do novo Código de Processo Civil e os limites da autonomia do processo do trabalho. *Revista LTr*, v. 79, n. 8, p. 947-956, ago. 2015. p. 952. grifo do autor.

²³ MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 171.

incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional) prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*. [...] Verificada ou descoberta a diferenciação, a persistência na regra geral importaria no tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes, e, portanto, numa injustiça. Nesse processo de gradual especialização, operado através de leis especiais, encontramos uma das regras fundamentais da justiça, que é a do *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu).²⁴

Assim, por tratar de leis hierarquicamente iguais, o critério da especialidade se sobrepõe ao critério temporal. Segundo Maria Helena Diniz²⁵, “uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes”. A norma especial, portanto, traz em seu corpo regulamentações específicas de matérias contidas na lei geral.

Ademais, ainda segundo a jurista:

[...] a norma geral só não se aplica ante a maior relevância jurídica dos elementos contidos na norma especial, que a tornam mais suscetível de atendibilidade do que a norma genérica. Essa transição da norma geral à especial seria o percurso de adaptação progressiva da regra de justiça às articulações da realidade social até o limite ideal de um tratamento diferente.²⁶

Têm-se, portanto, que a hermenêutica existente se traduz na aplicabilidade daquilo que a lei especial dita, em detrimento da lei geral, de modo que a sistemática a ser seguida é aquela preconizada na CLT.

No que tange ao diálogo do artigo 769 da CLT e o artigo 15 do CPC, a mensagem é a mesma, sendo que a interpretação a ser feita desta última é, apenas, uma forma de clareamento no comando normativo. “O que se constata é que o art. 15 do CPC diz aquilo que o art. 769 da CLT quis dizer, mas o fez de maneira mais clara. Em suma, disse a mesma coisa, mas o disse melhor”²⁷.

A mesma coisa vale para o diálogo do artigo 889 da CLT e do mesmo artigo 15 do CPC, qual seja, observar, primeiramente, em caso de omissão, as regras contidas na Lei de Execução Fiscal e, após, as regras contidas na legislação processual civil. Como ensina Manoel Carlos Toledo Filho²⁸:

Naquilo que particularmente se refere à fase de execução do título judicial ou extrajudicial trabalhista, por conta da existência de preceito específico que assim dispõe (art. 889 da CLT), as normas do CPC somente poderão eventualmente incidir após o esgotamento das possibilidades encontradas na Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80). De sorte que, nesta etapa ou dimensão, o Código de Processo Civil faz as vezes de fonte supletiva (ou subsidiária) de cunho secundário ou mediato, na exata medida em que as normas de incidência primária ou imediata serão, necessária e forçosamente, aquelas integrantes do procedimento executivo fiscal.

²⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Editora Universalidade de Brasília, 1995. p. 96.

²⁵ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 78.

²⁶ DINIZ, op. cit., p. 78.

²⁷ TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. Das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais. Capítulo II – Da aplicação das Normas Processuais (Arts. 13 ao 15). In: SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira (Coord.). *Comentários ao novo CPC e sua aplicação ao Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2016. v. 1. p. 46-52. p. 51.

²⁸ *Ibid.*, p. 52.

Por todo o exposto, vale dizer que, ainda que as normas processuais civis possam ser aplicadas no direito processual trabalhista, o novo CPC não revoga os dispositivos contidos na CLT, uma vez que os artigos 769 e 889 deste diploma são normas específicas, e pelo princípio da especialidade, as normas gerais não derogam normas especiais.

Além disso, o direito processual do trabalho é autônomo, com regulamentações próprias que visam tutelar o direito material de natureza trabalhista, tendo o magistrado a possibilidade de buscar em outras normas processuais o complemento de eventual omissão. Para isso, deve ser observado que as regras do processo civil somente serão aplicadas no processo trabalhista quando forem compatíveis com as normas e princípios deste, prevalecendo, assim, os regramentos instituídos pela CLT.

Com o intuito de resolver a problemática envolvendo a aplicação do CPC no processo do trabalho, especialmente em razão dos inúmeros posicionamentos firmados sobre a necessidade, ou não, de se observar o requisito da compatibilidade, bem como em relação à possibilidade de revogação dos artigos celetistas ora analisados, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), através da Resolução nº. 203, de 15 de março de 2016, editou a Instrução Normativa nº. 39/2016.

Em suas justificativas o TST esclarece que as disposições previstas nos artigos 769 e 889 da CLT não foram revogadas pelo artigo 15 do novo CPC, consoante o disposto no §2º, artigo 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e sobre a observância do requisito da compatibilidade assim dispõe:

Art. 1º Aplica-se o Código de Processo Civil, subsidiária e supletivamente, ao Processo do Trabalho, em caso de omissão e desde que haja compatibilidade com as normas e princípios do Direito Processual do Trabalho, na forma dos arts. 769 e 889 da CLT e do art. 15 da Lei nº 13.105, de 17.03.2015.

Da análise da Instrução Normativa verifica-se que o TST, ainda que de forma precipitada, buscou estabelecer parâmetros para a aplicação do novo CPC, de modo a preservar a autonomia do processo do trabalho, mas reconhecendo que não é independente. Tanto é assim, que em seu próprio texto esclarece que as regras de aplicabilidade ou inaplicabilidade ali previstas não são exaustivas.

No entanto, a atitude do TST não foi bem aceita por boa parte dos operadores do Direito. Em 05/05/2016, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5516) no Supremo Tribunal Federal, requerendo, em liminar, a suspensão da eficácia de referida Instrução.

A associação defende que o conteúdo da Instrução Normativa viola o artigo 22, I, da Constituição Federal, pois invade a competência da União, órgão responsável para dizer quais dispositivos do novo Código de Processo Civil possuem aplicação, ou não, no processo do trabalho. Argumentam que também há violação ao artigo 5º, II, da Constituição Federal, que trata do princípio da reserva legal, bem como ao artigo 96, I, “a”, do mesmo diploma legal, cujo teor estabelece que os Regimentos Internos dos tribunais devem tratar, apenas, de matérias internas do órgão.

Não obstante, a ANAMATRA sustenta ainda que a Instrução viola o princípio da independência dos magistrados, previsto em diversos dispositivos constitucionais, já que o juiz, no exercício da prestação jurisdicional, tem a possibilidade de interpretar as normas na análise do caso concreto, de modo que a atitude do TST acaba impondo limitação a essa prerrogativa.

Por todo o exposto, é oportuno esclarecer que enquanto não houver julgamento da ADI 5516, suas premissas devem ser observadas, o que põe fim às discussões sobre a suposta revogação dos artigos 769 e 889 da CLT. Ademais, independente do resultado final da ADI 5516, o entendimento do TST já restou demonstrado, e com isso pode-se concluir que as normas do processo comum serão aplicadas no processo do trabalho sempre que tiver a capacidade de aperfeiçoar as disposições celetistas, dando maior efetividade à prestação jurisdicional e atendendo os direitos fundamentais do processo.

Conclusão

O novo Código de Processo Civil trouxe inovações para a prestação jurisdicional, deixando um pouco de lado o tecnicismo das normas e preocupando-se mais com questões relacionadas à efetivação dos direitos das partes. Todavia, apesar de apresentar maior preocupação no tocante à observância dos princípios constitucionais, aproximando-se um pouco mais da justiça juslaboral, alguns pontos causaram certa preocupação nos operadores do direito, especialmente aos que atuam na Justiça do Trabalho.

Como visto, a entrada em vigor da Lei nº. 13.105/2015 dividiu as opiniões em relação à sua aplicação no processo do trabalho, fato este ocasionado pela redação do artigo 15 deste novo diploma normativo, em razão de estabelecer que suas normas possuem aplicabilidade no direito processual trabalhista de maneira supletiva e subsidiária.

Da análise do texto insculpido no citado dispositivo legal, alguns doutrinadores passaram a defender a aplicação do CPC no processo do trabalho de forma ampla, ou seja, não haveria mais a necessidade de se verificar a compatibilidade das normas processuais comum com as normas e princípios do processo do trabalho, uma vez que o CPC não faz menção a tal requisito.

Todavia, conforme restou demonstrado, o artigo 15 do CPC não revoga os artigos 769 e 889 da CLT, de modo que a sistemática processual trabalhista deve seguir a mesma linha do direito material do trabalho, tendo em vista que o processo serve como instrumento para a efetivação do direito material, e é exatamente por este motivo que as normas celetistas preconizam como requisitos essenciais à aplicação das normas do processo comum a existência de omissão da legislação trabalhista, bem como a compatibilidade das normas do CPC com os princípios norteadores do direito processual trabalhista.

Também se demonstrou que o legislador, ao utilizar as expressões “supletiva” e “subsidiária”, nada mais fez do que reafirmar o que já vinha acontecendo na Justiça do Trabalho. Sob esse aspecto, o magistrado poderá se utilizar das normas do CPC sempre que estiver diante de lacunas no ordenamento juslaboral – e aqui cabe mencionar que as lacunas podem ser normativas, ontológicas ou axiológicas – além do que, a norma processual deverá guardar estrita observância às especificidades do processo do trabalho.

Deste modo, o que se extrai da leitura do artigo 15 do novo CPC é a possibilidade de uma leitura dialogada com os artigos 769 e 889 da CLT, de forma que ambos convivam em harmonia e juntos possam contribuir para uma melhor prestação jurisdicional, sempre buscando a efetiva tutela dos direitos lesionados, sem deixar de considerar a hipossuficiência do trabalhador em face do empregador.

Assim, conclui-se que a busca por uma melhoria na atividade jurisdicional tornou-se o objetivo de diversos ramos da ciência jurídica, o que acabou, de certa forma, aproximando o novo Código de Processo Civil das premissas seguidas pela Justiça do Trabalho e, em razão disso, não pode o operador de direito, na defesa do trabalhador, se recusar a buscar soluções em outro instituto processual, quando estas se mostrarem mais eficientes, sob pena de desviar a finalidade dessa justiça especializada.

Referências

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO (ANAMATRA). *Agenda político-institucional ANAMATRA 2010*. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/uploads/magazine/00002168.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2016.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Editora Universalidade de Brasília, 1995.

CASTELO, Jorge Pinheiro. Da aplicação subsidiária e supletiva do novo CPC ao processo do trabalho (art. 15) – exemplos de institutos, estruturas, conceitos, esquemas lógicos, técnicas e procedimentos incidentes sobre o processo do trabalho decorrentes da aplicação subsidiária e supletiva de procedimentos do novo CPC. *Revista LTr*, v. 79, n. 8, p. 981-1002, ago. 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GIGLIO, Wagner. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GIGLIO, Wagner; CORRÊA, Cláudia Giglio Veltri. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2007.

LAURINO, Salvador Franco de Lima. O art. 15 do novo Código de Processo Civil e os limites da autonomia do processo do trabalho. *Revista LTr*, v. 79, n. 8, p. 947-956, ago. 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008.

MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Prática do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. A execução no processo do trabalho, devido processo legal, a efetividade do processo e as novas alterações do Código de Processo Civil. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Rio Grande do Sul, v. 73, n. 1, p. 43-50, jan./mar. 2007.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MEIRELES, Edilton. O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho. In: MIESSA, Élisson. (Org.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador, BA: JusPodivm, 2015. p. 31-54.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

PEREIRA, Leone. *Manual de processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios do direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

SCHIAVI, Mauro. A aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil ao processo do trabalho. In: MIESSA, Élisson. (Org.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador, BA: JusPodivm, 2015. p. 55-64.

_____. *Manual de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2013.

_____. *O acesso à justiça e o princípio da subsidiariedade no processo do trabalho*. Disponível em: <<http://mauroschiavi.com.br/wp-content/uploads/2015/08/Acesso-a-justica-e-o-principio-da-subsidiariedade-no-processo-do-trabalho.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2016.

_____. *Os princípios do direito processual do trabalho e a possibilidade de aplicação subsidiária do CPC quando há regra expressa na CLT em sentido contrário*. Disponível em: <<https://goo.gl/5HIRlh>>. Acesso em: 12 maio 2016.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Reflexos das alterações no Código de Processo Civil no processo do trabalho. *Revista LTr*, v. 70, n. 8, p. 920-930, ago. 2006.

SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. atual. São Paulo: LTr, 2005. v. 1.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Processo do trabalho – embargos à execução ou impugnação à sentença? (a propósitos do art. 475-J, do CPC). *Revista LTr*, v. 70, n. 10, p. 1179-1182, out. 2006.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. Das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais. Capítulo II – Da aplicação das Normas Processuais (Arts. 13 ao 15). In: SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira (Coord.). *Comentários ao novo CPC e sua aplicação ao Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2016. v. 1. p. 46-52.

Obras consultadas

BRASIL. *Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 08 maio 2016.

_____. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 06 maio 2016.

CProjeto de Lei do Senado n. 166, de 2010. Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97249>>. Acesso em: 07 maio 2016.

_____. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 8.046, de 2010*. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 07 maio 2016.

MIESSA, Élisson. (Org.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador, BA: JusPodivm, 2015.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Resolução nº 203, de 15 de Março de 2016*. Edita a Instrução Normativa nº 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em: 23 maio 2016.

Direito à assistência social e a inserção do adolescente no mercado de trabalho

CÍNTIA SCALDELA

Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP.

ANA PAULA POLACCHINI DE OLIVEIRA

Mestre e Doutora em Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito pela USP-SP. Especialista em Direito Constitucional pela UEL-PR. Advogada. Professora do curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA). E-mail: anapolacchini@uol.com.br.

Resumo: O presente trabalho volta-se a análise da inserção do adolescente no mercado de trabalho, especificamente sobre o papel e a importância da política de assistência social, seja pela prestação direta ou através das entidades beneficentes inscritas no Conselho Municipal de Assistência Social. A pesquisa proposta, ao tratar do tema indicado, analisa a relação entre os dispositivos constitucionais, legais e atividades práticas realizadas pelas entidades, e tem por objetivo visualizar a garantia e efetividade dos direitos que protegem o trabalho do jovem aprendiz.

Palavras-chave: Sistema único de assistência social. Direitos do adolescente. Aprendiz.

Abstract: The present work goes back to the analysis of the insertion of the teenager in the labor market, specifically on the role and importance of social assistance policy, either by direct provision or through the charities listed in the Municipal Council of Social Assistance. The research proposal, to treat of the subject indicated, examines the relationship between the constitutional, legal and practical activities carried out by bodies and aims to show the security and effectiveness of the rights that protect the work of young apprentice.

Keywords: Single system of social assistance. Adolescents' rights. Apprentice.

Introdução

A proteção e a garantia de trabalho ao adolescente foram incluídas no texto da Carta Magna de 1988¹, característica de um regime democrático que necessita de regulamentação e proteção ao trabalho do menor.

O adolescente, em situação de vulnerabilidade, encontra-se mais exposto à discriminação e indiferença por parte do atual mercado de trabalho e sistema capitalista. Por isso, gera um ciclo vicioso de horizontalidade, vez que a maior probabilidade é que o adolescente permaneça na situação de risco em que se encontra.

Para alterar este cenário, a assistência social, através das entidades sem fins lucrativos (sem fins econômicos), que realizam promoção e a qualificação do adolescente no mercado de trabalho, faz com que tais adolescentes busquem inspiração e capacitação para enfrentar a inserção no âmbito do trabalho.

A pesquisa tem como objetivo tratar do sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente e, nesse sentido, a análise dos direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente referentes à inserção de adolescentes no mercado de trabalho, especificamente sobre o papel e a importância da política da assistência social e das entidades de assistência social que desenvolvem serviços, programas, projetos e ações.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal/Centro Gráfico, 1988.

A metodologia escolhida para a pesquisa é a bibliográfica e a experimental, pois será desenvolvida a partir de materiais publicados em livros e artigos de periódicos, e, também, por meio de atividades práticas, consistentes em visitas, palestras e aplicação de questionários nas entidades, que proporcionarão o estudo da relação entre as causas e os efeitos das atividades realizadas pelas entidades sem fins lucrativos.

Para tanto foi necessário um levantamento de todas as proteções e garantias legais em relação ao trabalho do jovem aprendiz, e a verificação da efetividade das atividades nas três entidades beneficentes ligadas ao tema no município de Catanduva-SP, sendo o Programa Beneficente “Criança, cidadão do futuro”, o Projeto Pescar – Oportunidades que transformam vidas e Legião Mirim de Catanduva – Nova legião.

A garantia e proteção do trabalho na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal (CF) de 1988 dedicou um capítulo específico para os direitos sociais, esta exposição foi a mais ampla da história do nosso Estado Democrático. Os direitos sociais através do artigo 6º da Carta Maior são a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados².

Os direitos sociais, de acordo com o artigo 5º, parágrafo 1º da atual Constituição Federal, são identificados como autênticos direitos fundamentais, portanto, têm aplicação imediata.

Ao instituir os direitos sociais o legislador dispôs normas relativas aos direitos sociais do trabalhador, conferindo destaque para situações específicas diante do leque de dispositivos legais. O objetivo foi estabelecer limites ao poder do legislador e dos contratantes na formação e elaboração do contrato de trabalho.

Sobre o assunto, a Constituição Federal de 1988 determinou no artigo 203 a garantia da assistência social, destinada a garantir o sustento, provisório ou permanente, dos mais desfavorecidos e vulneráveis. Nos incisos II e III, do mesmo artigo, elenca como objetivo da assistência social o amparo às crianças e adolescentes carentes e a promoção da integração ao mercado de trabalho.

A competência é concorrente para legislar sobre assistência social, e seu financiamento é realizado basicamente com recursos do orçamento da seguridade social, conforme artigo 204 da Constituição Federal, a qual institui que as ações governamentais serão organizadas na forma de descentralização político-administrativa e define que a coordenação e as normas gerais cabem à esfera federal, enquanto a coordenação e a execução dos respectivos programas, às esferas estaduais e municipais, e também contarão com a participação da população, através de organizações representativas.

Para a concretização e efetivação da assistência social e dos valores constitucionais, a educação se torna uma ferramenta imprescindível, até mesmo para a formação mínima de dignidade para os cidadãos. Por isso, o artigo 205 da CF preceitua que a educação deve ser realizada “visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”³.

² Ibid.

³ Ibid.

Diante da análise é importante ressaltar o inciso XXXIII do artigo 7º do mesmo dispositivo legal, que constitui direito subjetivo do empregado em face do empregador, ainda que seja objeto de legislação específica, a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos; determinando a capacidade de o adolescente exercer o labor⁴.

O artigo 227 da CF, assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente⁵, conferiu à criança e ao adolescente prioridade absoluta em relação a alguns direitos, estando incluídos o direito à profissionalização e a proteção no trabalho, observando o respeito à condição de desenvolvimento de cada pessoa, como também a capacitação profissional apropriada ao mercado de trabalho; tais disposições visam uma formação técnico-profissional, dentro de um processo maior de revitalização e estimulação ao instituto da aprendizagem. O mesmo dispositivo determina que seja dever da família, da sociedade e do Estado, a garantia dos direitos elencados, por isso as crianças e os adolescentes têm que ser prioridades de projetos e da atenção de toda a sociedade.

Os incisos do §3º, artigo 227 da CF, dispõem os aspectos da proteção especial, sendo 14 anos a idade mínima para admissão ao trabalho, garantia de direitos previdenciários e trabalhistas, garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola, entre outros aspectos.

O adolescente, no âmbito das relações de trabalho, deverá ter como prioridade e garantia a aprendizagem, um meio pelo qual o empregador tem a responsabilidade em face do jovem aprendiz de contribuir para seu desenvolvimento.

Disposições na Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS)

A lei que regula a assistência social é a Lei n. 8.742/93⁶, conhecida como Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), concorrentemente com a Constituição Federal de 1988. Configura-se política social pública como obrigação do Estado e direito da população aprovada pelo Conselho Nacional de Assistência Social sendo este um dos protagonismos das discussões e da implantação do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) que define suas diretrizes.

No artigo 2º ficam elencados os objetivos do texto da lei e, diante do tema, podemos destacar o inciso III – “a promoção da integração ao mercado de trabalho”. O ponto da integração está diretamente ligado à escolaridade da criança e do adolescente e à profissionalização destes. Tal dispositivo pode ser entendido a partir da concepção de completar, inteirar, integralizar, fazer entrar num conjunto ou grupo. Vale ressaltar que a promoção possui vários significados, entre eles: desenvolver, causar, fomentar, motivar, ocasionar, originar, provocar. Podemos perceber que o papel da assistência social é fomentar a entrada dos usuários, dos serviços e benefícios na área da assistência social, ao mercado de trabalho.

⁴ Ibid.

⁵ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Estabelece sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 13 jul. 1990a.

⁶ BRASIL. Lei n. 8.742, de 07 de dezembro de 1993. Estabelece sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 07 dez. 1993.

Diante deste contexto, o Estado desenvolve projetos, programas e oferece serviços destinados aos jovens. Esta proteção tem como base a Política Nacional de Assistência Social⁷ (PNAS). Estes serviços oferecidos aos adolescentes têm como escopo promover a integralização do jovem à comunidade, à família, à cidadania e principalmente seu ingresso no mercado de trabalho.

Como base, a organização da assistência social dispõe no artigo 5º a descentralização das esferas estatais, a participação da população, através de organizações representativas, e a primazia da responsabilidade do Estado na condução da política de assistência social em cada esfera do governo⁸.

As entidades que promovem a integração do adolescente no mercado de trabalho são organizadas em um sistema descentralizado e participativo, utilizam de esforços, recursos e de instâncias deliberativas compostas pelos diversos setores envolvidos na área, como estabelece o artigo 6º⁹.

Conforme o artigo 7º, tais entidades deverão observar as normas expedidas pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) e realizarem prévia inscrição no respectivo Conselho Municipal de Assistência Social (art. 9º)¹⁰.

Sem aceção clara de competências, mas amparadas além da Constituição Federal, o artigo 25 da LOAS permite que as secretarias responsáveis pela política de assistência social proliferem ações fragmentadas, isoladas, pontuais e desconectadas, realizadas ou incentivadas com recursos do fundo da assistência social, visando gerar trabalho e renda para os usuários. Pensado de forma integrada ao sistema jurídico as ações devem ser integrais e realizadas em conjunto.

Se não há trabalho e, portanto, tem pessoas desempregadas que procuram a assistência social, cabe a esta contribuir para a superação da situação. Tal responsabilidade está na proteção social básica das competências do Sistema Único da Assistência Social (SUAS), dos Centros de Referência da Assistência Social (CRAS), estes equipamentos são destinados ao atendimento socioassistencial de famílias, e, portanto, privilegiados para esta missão. Ao argumento que é preciso promover a emancipação das famílias.

No entanto, esta tarefa não é simples, uma vez que a atual fase de desenvolvimento do capitalismo é uma disputa acirrada e dificultosa, e a política pública deve ter por alvo o trabalho decente, protegido e regulamentado. Ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome¹¹ (MDS), coube, então, agregar políticas focalizadas nos mais vulneráveis: transferência de renda, segurança alimentar e assistência social.

Análise da promoção do adolescente no mercado de trabalho na Resolução nº 109, de 11 de novembro de 2009¹²

A questão pode ser embasada na Tipificação dos Serviços Socioassistenciais como proteção social básica, uma vez que tem como segmento o serviço de proteção e atendimento integral à família e o serviço de convivência e fortalecimento de vínculos.

⁷ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à fome. *Política Nacional da Assistência Social/2004*. Brasília, DF, nov. 2005.

⁸ BRASIL, 1993, op. cit.

⁹ BRASIL, 1993, op. cit.

¹⁰ BRASIL, 1993, op. cit.

¹¹ Disponível em: <<http://mds.gov.br/>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

¹² Disponível em: <http://www.mds.gov.br/webarquivos/legislacao/assistencia_social/resolucoes/2009/Resolucao%20CNAS%20no%20109-%20de%2011%20de%20novembro%20de%202009.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2016.

O público-alvo da Proteção Social Básica é a família e os indivíduos que se encontram em condições de vulnerabilidade social, que se manifesta através da situação de pobreza e fragilidade dos vínculos afetivos; a família conta com o intermédio de Serviços de Proteção Integral à Família, Geração de Trabalho e Renda, entre outros meios.

Os serviços de proteção social básica deverão ser satisfeitos diretamente nos Centros de Referência da Assistência Social (CRAS) e em outras unidades públicas de assistência social, bem como nas entidades e organizações de assistência social da área de abrangência do CRAS. Tais serviços consistem no reforço da família como unidade de referência, fortalecendo seus vínculos internos e externos de solidariedade, por meio do protagonismo de seus membros e da oferta de um anexo de serviços locais que visam a convivência, a socialização e o acolhimento em famílias cujos vínculos, familiar e comunitário, não foram rompidos, bem como a promoção da integração ao mercado de trabalho.

O Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família (PAIF) disposto na Resolução nº. 109¹³, é um segmento da proteção social básica, tem caráter continuado que visa o fortalecimento da função de proteção das famílias, prevenindo a ruptura de laços, promovendo o acesso e usufruto de direitos e contribuindo para a melhoria da qualidade de vida. Destacam-se como objetivos, a promoção de ganhos sociais e materiais às famílias; a promoção do acesso a benefícios, programas de transferência de renda e serviços socioassistenciais; e o apoio a famílias que possuem, dentre seus membros, indivíduos que necessitam de cuidados, por meio da promoção de espaços coletivos de escuta e troca de experiências familiares. Tem por princípios norteadores a universalidade e gratuidade de atendimento, cabendo exclusivamente à esfera estatal sua implantação. É um serviço ofertado fundamentalmente no CRAS.

O Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculo possui articulação com o PAIF, a fim de promover o atendimento às famílias dos usuários destes serviços, garantindo a centralidade da família como núcleo social fundamental. Tal serviço promove a equalização e qualificação da oferta, a unificação da lógica de cofinanciamento federal e o estabelecimento de meta de atendimento do público prioritário, respeitando-se as características de cada faixa etária. Foram instituídos quatro serviços de convivência e fortalecimento de vínculos na Proteção Básica, eles são organizados por faixa etária e têm como objetivo prevenir possíveis situações de risco da população em geral, visando à melhoria da qualidade de vida. Os serviços previnem a institucionalização e a segregação de crianças, adolescentes, jovens e idosos e oportunizam o acesso às informações sobre direitos e participação cidadã. São executados através do trabalho em grupos ou coletivos e organizam-se de modo a ampliar trocas culturais e de vivências, desenvolver o sentimento de pertença e de identidade, fortalecer vínculos familiares e incentivar a socialização e a convivência comunitária. Estes serviços podem ser realizados pelo CRAS, em unidades públicas ou em entidades privadas sem fins lucrativos, desde que referenciadas ao CRAS, supervisionados por profissionais capacitados para atender as necessidades de cada faixa etária.

¹³ Disponível em: <http://www.mds.gov.br/webarquivos/legislacao/assistencia_social/resolucoes/2009/Resolucao%20CNAS%20no%20109-%20de%2011%20de%20novembro%20de%202009.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2016.

Interpretação e análise da Lei da Aprendizagem

O Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária destacou que “o trabalho infantil tem sido uma realidade histórica que sobrevive através das gerações, sob o argumento de que é um forte fator de socialização das crianças e adolescentes”¹⁴. Apesar do fator cultural, a sua condição de sujeitos de direito e pessoas em desenvolvimento exige o enfrentamento à questão e, nesse sentido, a adoção de estratégias para a inserção responsável e formativa de adolescentes no mercado de trabalho.

A Lei da aprendizagem¹⁵ foi sancionada para dar redação inovadora aos artigos 402, 403, 428, 429, 430, 431, 432 e 433, além de revogar o art. 80, o §1º do art. 405 e os artigos 436 e 437 da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁶, todos relacionados ao trabalho dos adolescentes.

O artigo 402 determina que se considere o trabalhador com idade entre 14 e 18 anos. E, portanto, o menor de 16 anos é proibido de exercer qualquer trabalho, exceto se este atuar como aprendiz¹⁷.

Os fundamentos principais da proteção do trabalho da criança e do adolescente são os de ordem cultural, moral, fisiológica e de segurança. Justifica-se a ordem cultural, pois o menor deve estudar e trabalhar, concomitantemente, para que possa ter uma formação profissionalizante. No que diz respeito ao aspecto moral, deve-se proibi-lo de trabalhar em locais insalubres, perigosos, penosos, ou à noite, para que possa ter desenvolvimento físico normal. Tal garantia está disposta na Constituição Federal de 1988, como supracitado.

Tais sujeitos de direito não podem trabalhar em horas excessivas, que são as hipóteses em que há maior dispêndio de energia e maior desgaste. Por último, devem ser resguardados com normas de proteção que evitem os acidentes do trabalho e que podem prejudicar sua formação natural.

O contrato de aprendizagem é um contrato de trabalho especial. O artigo 428 estabelece que este, obrigatoriamente, tem que ser expresso por tempo determinado e não pode ultrapassar o prazo de 2 (dois) anos. Deve-se seguir como pressupostos de validade do contrato de trabalho a anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, salário mínimo por hora e todos os direitos trabalhistas e previdenciários garantidos, matrícula e frequência à escola, e, por fim, inscrição e frequência em curso de aprendizagem desenvolvido sob a orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metodológica. O contrato pode ser extinto quando o aprendiz concluir o curso ou quando ele completar 18 anos (art. 433, *caput*). A rescisão antecipada somente pode advir nos casos disposto nos incisos do artigo 433¹⁸.

A aprendizagem realiza-se por meio de atividades teóricas e práticas (art. 428, §4º)¹⁹, de acordo com o cronograma realizado pelo curso. Não pode ocorrer a prevalência da atividade prática e esta pode ocorrer na instituição que oferece o curso ou na empresa onde o aprendiz a realiza. Ademais, a parte prática tem que ser orientada para o âmbito educativo e não produtivo. As entidades que realizam as atividades teóricas também são responsáveis pelo cumprimento das normas de segurança e saúde nas atividades do curso, no

¹⁴ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*. Brasília, DF, 2006. p. 53.

¹⁵ BRASIL. Lei n. 10.097, de 19 de dezembro de 2000. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 9 dez. 2000.

¹⁶ BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial*, Rio de Janeiro, 1 maio 1943.

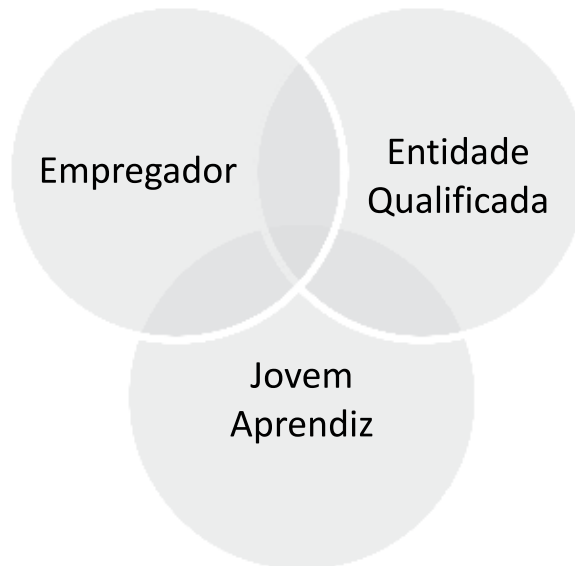
¹⁷ BRASIL, 2000, op. cit.

¹⁸ BRASIL, 2000, op. cit.

¹⁹ BRASIL, 2000, op. cit.

seu estabelecimento e nas empresas, pelo fato de que o aprendiz, quando está no âmbito da empresa, as tarefas realizadas estão vinculadas ao curso de aprendizagem. A aprendizagem, portanto, só é possível com o envolvimento de três esferas de interesse:

Figura 1 - As três esferas imprescindíveis



O jovem aprendiz está condicionado à jornada de 6 horas por dia e não pode ultrapassar este limite (art. 432, CLT)²⁰. Se já apresentar a conclusão do ensino fundamental, a jornada poderá ser de até 8 horas por dia, desde que nela estejam computadas as horas destinadas à aprendizagem teórica (art. 432, §1º, CLT)²¹. As atividades ministradas na entidade são elementos da jornada do aprendiz, pois decorrem do contrato de aprendizagem. Portanto, devem ser remuneradas da mesma forma como se o aprendiz estivesse exercendo as atividades na empresa. É ilícito remunerar apenas as atividades práticas. O menor aprendiz não pode fazer horas extras ou trabalhar em regime de compensação de horas.

O pagamento salarial do aprendiz é calculado com base no salário-mínimo hora (art. 428, §2º, CLT)²² e será ajustado à jornada do curso. O cálculo pode ser feito por salário-hora ou salário mensal, sendo este o mais adequado, pois na verdade o aprendiz não terá uma jornada variável que justifique o cálculo por hora. Todos os demais direitos são garantidos ao menor aprendiz. Faz-se ressalva em relação aos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que passa a ser de 2% (art. 15, §7º)²³, ao contrário dos empregados típicos, cuja alíquota é de 8% (art. 22, §3º)⁷. As férias do adolescente devem ser usufruídas em um dos períodos das férias escolares do ensino regular (art. 136, §2º, CLT) não pode ocorrer o fracionamento (Art. 134, §2º, CLT)²⁴.

²⁰ BRASIL, 1943, op. cit.

²¹ BRASIL, 1943, op. cit.

²² BRASIL, 1943, op. cit.

²³ BRASIL. Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990. Estabelece sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 11 maio 1990b.

²⁴ BRASIL, 1943, op. cit.

No artigo 429 da Consolidação das Leis do Trabalho fica determinado que todo estabelecimento que mantém empregados sob o regime celetista está obrigado a contratar adolescentes aprendizes. Estão incluídos os órgãos públicos, as fundações e as empresas estatais que seguem o regime da CLT. A única exceção a regra são as microempresas e as empresas de pequeno porte, que estão dispensadas da contratação dos aprendizes conforme art. 11 da Lei nº 9.841 de 05 de novembro de 1999. “As cotas obrigatórias variam de 5% a 15% do número de empregados de cada estabelecimento que ocupem funções que demandem formação-técnico profissional, não é do total de empregados”²⁵.

Conforme alteração no artigo 430 da CLT²⁶, a aprendizagem, que antes era reservada aos Serviços Nacionais de Aprendizagem (Sistema S), agora pode ser desempenhada pelas Escolas Técnicas de Educação (inciso I) e por entidades sem fins lucrativos (inciso II) que atendam aos requisitos a seguir, simultaneamente: a) ser uma entidade sem fins lucrativos; b) ter por objetivo a assistência ao adolescente e a educação profissional; c) estar registrada no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente; d) cumprir os preceitos de competência para ministrar cursos de aprendizagem conforme for disposto em dispositivo legal a ser baixado pelo Ministério do Trabalho e Emprego (art. 430, inciso II e §3º)²⁷.

Importante frisar que as escolas técnicas de educação não estão submetidas a esses requisitos. As escolas técnicas e entidades somente podem oferecer cursos ou vagas quando o “Sistema S” não puder atender a demanda, ou seja, os Serviços Nacionais de Aprendizagem detêm a obrigação principal pela aprendizagem, e as demais entidades e escolas técnicas assumem uma responsabilidade subsidiária.

O dispositivo legal permite que a entidade de aprendizagem sem fins lucrativos possa ser ao mesmo tempo responsável pelo curso e empregadora do menor aprendiz. Essa possibilidade não se aplica aos Serviços Nacionais de Aprendizagem e às Escolas Técnicas de Educação. Diante desta condição especial, a entidade que mantiver o aprendiz como seu empregado pode realizar contratos de prestação de serviços com as empresas que estiverem obrigadas a contratar aprendizes. Os serviços a serem prestados compreendem a programação, a supervisão e a execução da aprendizagem por parte da entidade sem fins lucrativos.

Em suma, a reforma no instituto da aprendizagem proporciona caminhos para que os adolescentes de famílias de baixa renda tenham a oportunidade de qualificação e, conseqüentemente, de ascensão social.

Deve-se buscar um paradigma educativo-profissional, em que a aprendizagem não seja um fim em si mesmo, como uma política de ocupação dos jovens, mas, sim, um potente vetor que rompa o ciclo permanente de pobreza e privação cultural que condena muitos adolescentes a uma perspectiva horizontal de vida, em que a ascensão social é vista ao longe como um sonho. Nesse sentido, voltar a aprendizagem para ocupações da economia moderna é essencial para a construção da viabilidade dessas oportunidades.

É com essa visão crítica que tanto os Serviços Nacionais de Aprendizagem quanto as atuais instituições não pertencentes ao “Sistema S” habilitadas à aprendizagem devem, nesse contexto, romper com o paradigma sociofuncional e avançar para um modelo educativo-

²⁵ Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id229.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

²⁶ BRASIL, 1943, op. cit.

²⁷ BRASIL, 1943, op. cit.

profissional, propiciando aos adolescentes aprendizes a formação profissional exigida por uma economia moderna. É o que ordena o art. 69, inciso II, do ECA²⁸. É a chance que muitos adolescentes esperam para romperem aquele ciclo de pobreza e de horizontalidade que vem marcando suas vidas.

Conclusões

A assistência social é direito social e política pública. A proteção constitucional e a regulamentação da matéria protegem e promovem, dentre outros, os direitos da criança e do adolescente. A aplicação da política de assistência social na inserção do adolescente no mercado de trabalho fortalece a implementação do sistema de garantia de direitos.

Pensar em formação profissional e a inserção no mercado de trabalho a partir de uma interpretação da legislação trabalhista integrada ao direito à assistência social para colaborar com a proteção de adolescentes e o seu desenvolvimento.

Referências

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial*, Rio de Janeiro, 1 maio 1943.

_____. Lei n. 10.097, de 19 de dezembro de 2000. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 9 dez. 2000.

_____. Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990. Estabelece sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 11 maio 1990b.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Estabelece sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 13 jul. 1990a.

_____. Lei n. 8.742, de 07 de dezembro de 1993. Estabelece sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 07 dez. 1993.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à fome. *Política Nacional da Assistência Social/2004*. Brasília, DF, nov. 2005.

_____. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*. Brasília, DF, 2006. p. 53.

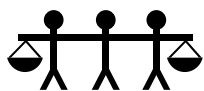
_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal/Centro Gráfico, 1988.

Obras consultadas

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁸ BRASIL, 1990a, op. cit.



Chamada por trabalhos

A revista DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares é uma publicação do Curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino. Seu objetivo é divulgar trabalhos acadêmicos que contribuam para a reflexão e o debate jurídico e social, por meio de temas interdisciplinares relacionados ao direito, à administração, sociologia, história, literatura, economia e áreas afins.

Professores, pesquisadores e estudantes de pós-graduação são estimulados a participar, enviando seus artigos aos cuidados dos editores, para o endereço Rua do Seminário, 281, Bairro São Francisco, CEP 15.806-310, Catanduva-SP, Fone: (17) 3522-2405 ou para o endereço eletrônico: coord.direito@fipa.com.br, secretaria.faeca@fipa.com.br ou donizettpereira@uol.com.br.

Seleção dos Artigos

Os artigos recebidos serão submetidos à avaliação prévia do(s) editor(es) e/ou do Conselho Editorial para verificação de sua adequação à linha editorial do periódico.

Após esta avaliação, os artigos, sem identificação do autor, serão remetidos para a avaliação de 2 (dois) pareceristas anônimos (um deles exógeno à Instituição responsável pelo periódico) para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, seguindo o sistema do *duplo blind peer review*. Os pareceres anônimos serão encaminhados posteriormente aos autores, para que tomem ciência da rejeição do seu artigo, possam adaptar seu texto ou justificar a manutenção do formato original, cabendo a decisão final sobre a publicação ou não dos artigos em que o autor manteve o formato, discordando de algum dos pareceres, ao Conselho Editorial.

Trabalhos não aceitos serão devolvidos ao autor.

Normas para publicação

1. Serão considerados para publicação artigos inéditos e exclusivos para DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares.
2. Autores nacionais devem enviar textos em português. Autores estrangeiros deverão enviar os textos em inglês ou espanhol. Nesses casos, a

tradução será providenciada pela revista DIREITO E SOCIEDADE, que terá a opção editorial de publicá-lo apenas em português.

3. Os artigos devem conter de 8 a 25 laudas, incluindo resumo em português e em inglês (*abstract*), tabelas, ilustrações e referências bibliográficas. O original deve ser enviado em arquivo eletrônico e papel (corpo 12, Times New Roman, espaço 1,5 entre linhas, formato A-4, com margens superior e esquerda 3 cm e inferior e direita 2 cm).

4. Autores múltiplos devem ser listados em ordem de proporcionalidade do envolvimento no artigo.

5. O resumo e o *abstract* deverão ter até 15 linhas, em um único parágrafo, especificando o objetivo do trabalho, breve descrição, ideias principais e conclusões.

6. Deverão ser indicadas de 3 a 5 palavras chaves, em português e inglês (*keywords*).

7. As referências ao longo do texto deverão ser inseridas em notas de rodapé na parte inferior da página.

8. Fotografias e ilustrações devem ser numeradas na ordem de inserção no texto e apresentadas em folhas separadas. O mesmo procedimento deverá ser observado quanto a tabelas. Os números deverão aparecer também no verso dos originais para melhor identificação. Legendas para as ilustrações e tabelas devem ser digitadas em página separada.

9. Referências bibliográficas devem respeitar as orientações da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), expressas na norma NBR6023:2002.

10. Os autores de textos, fotografias e ilustrações a serem publicados cedem gratuitamente os direitos de publicação. Todo artigo encaminhado à revista deve ser acompanhado de carta assinada pelo(s) autor(es), contendo autorização para reformulação de linguagem, se necessária, e declaração de responsabilidade e transferência de direitos autorais conforme a seguir: *DECLARAÇÃO DE RESPONSABILIDADE E TRANSFERÊNCIA DE DIREITOS AUTORAIS: Eu (nós), abaixo assinado(s) transfiro(erimos) todos os direitos autorais do artigo intitulado (título) à DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares. Declaro(amos) ainda que o trabalho é original e que não está sendo considerado para publicação em outra revista, quer seja no formato impresso ou eletrônico. Data e Assinatura(s).*



UNIGRAF
Gráfica e Editora

Tel.: 17 3522 7339
e-mail: unigrafuniao@terra.com.br
Rua Olímpia, 793 - Vila Guzzo - Catanduva - sp

