

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 503

(ano VII)

(16/12/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

País: *Brasil.* Cidade: *Brasília – DF.*
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



16/12/2015 Kiyoshi Harada

» [Medida Provisória nº 685 institui a 4ª modalidade de lançamento tributário](#)

ARTIGOS

16/12/2015 Esdras Silva Pinto

» [Os atos unilaterais como importante fonte de obrigações do direito brasileiro](#)

16/12/2015 Isabele Lopes Santini

» [Relativização da vulnerabilidade no estupro de vulnerável](#)

16/12/2015 Gleisson Leandro de Almeida Alves

» [A Participação Popular no Processo Legislativo Municipal: um enfoque no Município de Raposos](#)

16/12/2015 Roberto Monteiro Pinho

» [Novo CPC não referenda o processo trabalhista](#)

16/12/2015 Amanda Souza Amado

» [Início, meio e fim: problemática acerca da redução da maioria penal](#)

16/12/2015 Adlan Vieira do Nascimento

» [O instituto da guarda compartilhada e a nova perspectiva no plano familiar](#)

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 685 INSTITUI A 4ª MODALIDADE DE LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

A Medida Provisória nº 685, de 21-7-2015, que institui o Programa de Redução de Litígios Tributários – PRORELIT – a pretexto de combater o planejamento tributário, cria a modalidade de lançamento por homologação baseado nas informações exigidas a título de operações realizadas com a finalidade de reduzir ou diferir o imposto devido.

Ao invés de disciplinar em nível de lei abstrata e genérica as hipóteses excludentes do planejamento tributário, regulamentando o disposto no parágrafo único do art. 116 do CTN, o legislador palaciano criou uma obrigação concreta versando sobre obrigação, crédito e lançamento tributários invadindo a esfera reservada à lei complementar.

Nos dois artigos anteriormente publicados demonstramos a inconstitucionalidade formal e material dessa medida provisória. Examinemos agora a inconstitucionalidade do meio eleito para combater a chamada elisão fiscal, que é uma forma legal e legítima de diminuir o encargo tributário, sem violação da legislação tributária em vigor.

Cumpramos esclarecer, desde logo, que é legítima a ação do fisco de procurar combater a prática do planejamento tributário, porém, por via de instrumento legislativo que venha preencher os vazios existentes na legislação tributária, trazendo para o campo da tributação aquilo que está fora do alcance da incidência tributária.

É o que se chama de juridicização dos fatos economicamente aptos a suportar a imposição tributária, mas que por deficiência da lei, ou por opção do legislador ficou fora do âmbito da tributação. Legítimo também o combate sistemático a fraudes fiscais sob o manto de planejamento tributário.

Não é o que fez a medida provisória sob comento que, por meio de seus artigos 7º e 9º, interpretados conjugadamente, criou uma modalidade de lançamento tributário por homologação ancorado nas informações detalhadas sobre as operações de planejamento tributário que o contribuinte deverá apresentar à SRF, sob pena de incorrer em processo criminal por delito contra a ordem tributária, conforme prescrição do art. 12. Transcrevamos esses dispositivos para melhor exame:

“Art. 7º O conjunto de operações realizadas no ano-calendário anterior que envolva atos ou negócios jurídicos que acarretem supressão, redução ou diferimento de tributo deverá ser declarado pelo sujeito passivo à Secretaria da Receita Federal do Brasil, até 30 de setembro de cada ano, quando:

I – os atos ou negócios jurídicos praticados não possuem razões extratributárias relevantes;

II – a forma adotada não for usual, utilizar-se de negócios jurídico indireto ou contiver cláusula que desnature, ainda que parcialmente, os efeitos de um contrato típico; ou

III – tratar de atos ou negócios jurídicos específicos previstos em ato da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Parágrafo único. O sujeito passivo apresentará uma declaração para cada conjunto de operações executadas de foram interligada, nos termos da regulamentação”.

.....

“Art. 9º Na hipótese de a Secretaria da Receita Federal do Brasil não reconhecer, para fins tributários, as operações declaradas nos termos do art. 7º, o sujeito passivo será intimado a recolher ou a parcelar, no prazo de trinta dias, os tributos devidos acrescidos apenas de juros de mora”.

...

“Art. 12. O descumprimento do disposto o art. 7º ou a ocorrência de alguma das situações previstas no art. 11 caracteriza omissão dolosa do sujeito passivo com intuito de sonegação ou fraude e os tributos devidos serão cobrados acrescidos de juros de mora e da multa no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996”.

A interpretação isolada do art. 7º pode induzir em erro o leitor que poderá concluir pela simples obrigação acessória de prestar informações ao fisco. No texto anteriormente publicado demonstramos que essa obrigação está sob reserva de lei complementar (art. 146, III, *b* da CF). É um equívoco sustentar, com base no § 2º, do art. 113 do CTN, que por ser uma obrigação tributária acessória não está sob reserva de lei, como querem alguns estudiosos, pois, isso seria negar o princípio maior da legalidade genérica, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei.

A interpretação conjugada dos dispositivos legais que antes nos referimos conduzirá à conclusão de que o art. 7º obriga o contribuinte a descrever pormenorizadamente as operações realizadas a título de planejamento tributário no exercício anterior, informando o exato montante do valor que resultou na economia do

imposto. Não se trata de mera declaração ou de informação acerca das atividades do contribuinte que a SRF já dispõe de forma até abundante. Diante desses dados, o fisco irá examinar se as atividades desenvolvidas pelo contribuinte, que resultaram na economia do imposto no valor por ele apontado, deve ou não ser desconsideradas ante as três hipóteses previstas nos incisos I a III do art. 7º. A obrigação de informar o valor do imposto economizado decorre da cobrança desse imposto conforme prescrição do art. 9º, como adiante se verá. Se o valor do imposto não tiver sido declarado pelo contribuinte, o fisco só poderia cobrar o tributo mediante a lavratura do auto de infração seguido de notificação do contribuinte para exercer o contraditório e ampla defesa. Não é o que está no texto normativo.

Se a autoridade administrativa competente entender que as atividades de planejamento tributário informadas pelo contribuinte: (a) não possuem razões extratributárias relevantes; (b) ou que aquelas atividades não observaram a forma usual, contendo cláusulas que desnature, ainda que parcialmente, os efeitos de um contrato típico; ou (c) que aquelas atividades correspondem a atos ou negócios jurídicos especificados em ato da SRF, haverá homologação das atividades exercidas e informadas pelo contribuinte e o imposto será devido na forma do art. 9º, isto é, o contribuinte deverá pagar o montante do imposto informado ou requerer o seu parcelamento no prazo de 30 dias. Isso corresponde ao lançamento por homologação condicional. Por que condicional? Por que se o fisco entender, a seu juízo, que a atividade desenvolvida pelo contribuinte configura uma legítima e lícita economia de imposto no valor informado, não haverá cobrança. Mas, se o fisco entender que a atividade descrita pelo contribuinte caracteriza ocorrência de fato gerador de imposto, ele homologa a atividade exercida pelo contribuinte e exige o pagamento do imposto no valor declarado. Não há imposição de penalidade porque o fisco convola aquela atividade de economia de imposto

declarada e informada, em lançamento por homologação. E nem há que se falar em contraditório ou ampla defesa porque o fisco limita-se a exigir aquilo que o contribuinte está informando. Trata-se, sem dúvida, de uma modalidade de lançamento por homologação sob condição.

O pior é que todos os incisos do art. 7º sob comento representam normas abertas, cuja interpretação do seu alcance e conteúdo depende apenas da autoridade administrativa tributária competente. Contudo, em direito isso é usual. O tributo é um dos raros exemplos de conceito determinado. Entretanto, a hipótese do inciso III representa uma norma legal em branco. A qualquer momento a autoridade administrativa da SRF poderá acrescentar atos ou negócios jurídicos que descaracterizam a elisão fiscal situando-os no campo da tributação, à medida que tomar conhecimento desses atos praticados pelos contribuintes ao longo do tempo.

Resta patente a inconstitucionalidade da criação, por medida provisória, de nova modalidade de lançamento por homologação, baseada nas informações que os contribuintes estão obrigados a fornecer de forma detalhada acerca das operações praticadas no âmbito do planejamento tributário.

Se a medida prevista no art. 7º fosse facultativa ela até poderia significar um avanço em termos de relacionamento fisco-contribuinte. As hipóteses dos incisos I e II poderiam representar normas anti-abusivas servindo de alerta aos contribuintes. Já a hipótese do inciso III deverá, em qualquer caso, ser eliminada, pois, o que o contribuinte pode fazer ou não pode fazer é matéria que se insere no âmbito da legalidade estrita.

A medida provisória sob exame, como está, gera total insegurança jurídica e elevará fatalmente o aumento do nível da

demanda judicial, contrariando a sua ementa que diz instituir o Programa de Redução de Litígios Tributários – PRORELIT^[1].

NOTA:

^[1] Pelas razões apontadas neste e nos outros dois artigos anteriormente divulgados, a Câmara dos Deputados extirpou do corpo da Medida Provisória nº 685 os arts. 7º a 12 como forma de evitar o aumento da demanda judicial ante a cristalina inconstitucionalidade desses dispositivos. É preciso que o Senado Federal não restabeleça esses artigos.

OS ATOS UNILATERAIS COMO IMPORTANTE FONTE DE OBRIGAÇÕES DO DIREITO BRASILEIRO

ESDRAS SILVA PINTO: Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Especialista em Processo Civil pelo Instituto Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

RESUMO: O presente estudo pretende analisar a importância dos atos unilaterais como fonte de direito obrigacional no Direito brasileiro. Embora a sua frequência prática no cotidiano, ainda não é conhecido o seu regramento. Assim, pretende com este estudo fazer alguns comentários acerca da posição dos atos unilaterais no sistema de fontes do direito obrigacional, das diferentes espécies, suas características distintivas, bem como de seus regramentos próprios.

PALVRAS-CHAVE: Direito civil. Direito das obrigações. Fonte de direito. Atos unilaterais. Promessa de recompensa. Gestão de negócios. Pagamento indevido. Enriquecimento sem causa.

INTRODUÇÃO

O sistema de fontes do Direito brasileiro é vasto. São várias as espécies de direitos, de modo que, para cada espécie, há fontes distintas.

Os atos unilaterais são uma importante fonte de direito obrigacional ainda desconhecida por muitos, embora bastante frequente no cotidiano das pessoas. São casos mezinhos como daquele que se depara com algum anúncio oferecendo uma recompensa para quem encontrar aquele cachorro desaparecido, ou daquele que nunca procedeu a pagamento de modo incorreto, ou ainda daquele que socorre alguém levando a um hospital privado, celebrando um contrato de prestação de serviços hospitalares em nome do acidentado.

Em razão de tudo isso, revela-se importante conhecer o regramento previsto pelo Código Civil quanto a essa fonte obrigacional.

AS FONTES OBRIGACIONAIS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Fonte é o fato jurídico que dá origem ao vínculo obrigacional. No direito brasileiro, são consideradas fontes das obrigações a lei, os contratos, os atos ilícitos, o abuso de direito, os atos unilaterais e os títulos de crédito.

A lei é a fonte primária ou imediata de todas as obrigações, pois os vínculos obrigacionais são relações jurídicas.

Os contratos são negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais que visam à criação, modificação e extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial.

Já os atos ilícitos e o abuso de direito são fontes do direito obrigacional capazes de gerar o dever de indenizar.

Os atos unilaterais são declarações unilaterais de vontade capazes de criar direitos e obrigações, tais como a promessa de recompensa, a gestão de negócios, o pagamento indevido e o enriquecimento sem causa.

Por fim, os títulos de crédito são os documentos que trazem em seu bojo, com caráter autônomo, a existência de uma relação obrigacional de natureza privada.

A LEI COMO FONTE PRIMACIAL DAS OBRIGAÇÕES

Predomina o entendimento de que a lei é a principal fonte de obrigações. Todas as obrigações emanam direta ou imediatamente da i) **vontade do estado**, por meio da lei (dever de pagar alimentos a parentes necessitados, dever de ser eleitor, dever de pagar tributos); ou da ii) **vontade humana**, por meio dos contratos, das declarações unilaterais de vontade, de atos ilícitos ou do abuso do direito e de títulos de crédito.

A lei é fonte primária ou mediata das obrigações, na medida em que dá eficácia a todas fontes obrigacionais. Desse modo, é a lei que disciplina os efeitos dos contratos, que obriga o declarante a pagar a recompensa prometida, como também que impõe ao autor do ato ilícito o dever de ressarcir o prejuízo causado.

Há obrigações, contudo, que resultam diretamente da lei, como a de prestar alimentos (CC, art. 1.694), a de indenizar os danos causados por seus empregados (CC, art. 932, III), a *propter rem* imposta aos vizinhos. Nestes casos ela atua como fonte imediata da obrigação.

DISTINÇÕES ENTRE ATOS UNILATERAIS E CONTRATOS

Nos contratos, a obrigação nasce a partir do momento em que for verificado o encontro de vontades entre as partes negociantes. Nas declarações unilaterais de vontade ou atos unilaterais, a obrigação nasce da simples declaração de uma única parte, formando-se no instante em que o agente se manifesta com a intenção de assumir um dever obrigacional. Emitida a declaração de vontade, esta se torna plenamente exigível ao chegar ao conhecimento a quem foi direcionada. O Código Civil em vigor consagra expressamente os seguintes atos unilaterais como fontes obrigacionais:

- 1) **promessa de recompensa** (arts. 854 a 860 do CC);
- 2) **gestão de negócios** (arts. 861 a 875 do CC);
- 3) **pagamento indevido** (arts. 876 a 883 do CC);
- 4) **enriquecimento sem causa** (arts. 884 a 886 do CC).”

A PROMESSA DE PAGAMENTO

Prevê o art. 854 do Código Civil que “aquele que, por anúncios públicos, se comprometer a recompensar, ou gratificar a quem preencha certa condição ou desempenhe certo serviço, contrai obrigação de cumprir o prometido”.

A pessoa que cumprir a tarefa prevista na declaração, executando o serviço ou satisfazendo a condição, ainda que não esteja movida pelo interesse da promessa, poderá exigir a recompensa estipulada (CC, art. 855). Esse dispositivo valoriza a **eticidade** e a **boa-fé objetiva**.

Alguém que perdeu um animal de estimação, para recuperá-lo, coloca uma faixa em via pública, oferecendo uma recompensa. Uma pessoa que conhece o cão e o seu dono, mas que, no momento, desconhece a promessa, encontra o animal e o leva à casa do seu proprietário, terá direito à recompensa, pois agiu conforme os ditames da boa-fé. Além da recompensa, também terá direito aos valores gastos com o cumprimento da tarefa, tais como as despesas feitas para a alimentação do animal, cuidados veterinários e transporte.

A **revogação da promessa de recompensa** está prevista no art. 856 CC/02: “antes de prestado o serviço ou preenchida a condição, pode o promitente revogar a promessa, contanto que o faça com a mesma publicidade; se houver assinado prazo à execução da tarefa, entender-se-á que renuncia o arbítrio de retirar, durante ele, a oferta. O candidato de boa-fé, que houver feito despesas, terá direito a reembolso”.

Caso alguém houver executado a tarefa, **desconhecendo a revogação da estipulação**, terá direito à recompensa, em razão da **valoração da boa-fé**, bem como do disposto no art. Art. 855: “quem quer que fizer o serviço, ou satisfizer a condição, ainda que não pelo interesse da promessa, poderá exigir a recompensa estipulada”.

No caso da **execução conjunta** ou **plúrima**, sendo o ato praticado por mais de um indivíduo, terá direito à recompensa aquele que primeiro o executou (CC, art. 857).

Entretanto, sendo **simultânea a execução** (CC, art. 858), haverá duas hipóteses:

- 1) se a recompensa for divisível: a cada um tocará **quinhão igual** na recompensa, caso seja possível a **divisão**.
- 2) se a recompensa for um **bem indivisível**: deverá ser realizado um **sorteio**, de modo que o vencedor deverá dar ao outro o valor correspondente ao seu quinhão.

Há ainda a possibilidade de ser criado um **concurso** com promessa pública de recompensa. Para tanto, é condição essencial a fixação de um prazo (CC, art. 859). Nesses concursos, é comum a nomeação de um juiz ou árbitro, que irá avaliar os trabalhos. A decisão dessa pessoa nomeada como juiz obriga os interessados (CC, art. 859, § 1.º). Na falta da nomeação dessa pessoa, subtende-se que o promitente da recompensa reservou para si esta função (§ 2.º). Se os trabalhos tiverem mérito igual, proceder-se-á de acordo com as regras vistas para a promessa de recompensa: anterioridade, divisão e sorteio (§ 3.º).

Por fim, nos concursos públicos, as obras premiadas só ficarão pertencendo ao promitente, se assim for estipulado na publicação da promessa (CC, art. 860). Assim, em concursos de monografias jurídicas, os trabalhos pertencem aos seus autores, aplicando-se as regras de proteção previstas na Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/1998). Contudo, é possível convencionar que os **direitos patrimoniais de exploração da obra** premiada passem a pertencer àquele que idealizou o concurso.

A GESTÃO DE NEGÓCIOS

A gestão de negócios consiste em uma **atuação sem poderes**, na medida em que alguém atua sem ter recebido expressamente a incumbência. Há, em verdade, um **quase contrato**.

Configura-se quando uma pessoa, sem autorização do interessado, intervém na administração de negócio alheio, dirigindo-o segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono.

Na maioria das vezes, trata-se de ato de altruísmo, em que o gestor intervém na órbita de interesses de outra pessoa com a intenção de evitar um prejuízo para esta, mesmo sem estar por ela autorizado, agindo de acordo com a vontade presumida do dono do negócio. Dá-se a gestão de negócios quando alguém, presenciando em prédio alheio estragos capazes de o destruir, ajusta em nome do proprietário ausente, mas sem sua autorização, um empreiteiro para o reparar. Ou ainda quando alguém socorre pessoa desconhecida, vítima de um acidente, conduzindo-a ao hospital e tomando todas as providências para o seu atendimento, realizando inclusive o depósito exigido pelo nosocômio.

São **pressupostos** da gestão de negócios:

- 1) **intervenção em negócio alheio;**
- 2) **ausência de autorização do dono do negócio;**
- 3) **atuação do gestor no interesse e vontade presumida do dono do negócio:** o gestor procura fazer exatamente o que o dono do negócio desejaria, se estivesse presente;
- 4) **atos de natureza patrimonial:** limita-se a ação a atos de natureza patrimonial, porque os outros atos exigem sempre a outorga de poderes. Ficam, pois, excluídos da gestão de negócios os assuntos de interesse público, tais como os relativos às qualidades de cidadão, eleitor, jurado, ou os concernentes ao estado civil ou aos interesses familiares, como os de pai, filho, cônjuge, divorciado, ou o matrimônio, a separação, o divórcio, a perfilhação;
- 5) **intervenção motivada por necessidade ou por utilidade, com a intenção de trazer proveito para o dono.**

Assim, o gestor, que age **sem mandato**, fica **diretamente responsável** perante o dono do negócio e terceiros com quem contratou. A gestão, em razão da falta de orientação dada pelo dono, **não tem natureza contratual** – não se trata de mandato tácito –, porquanto não proveniente de um prévio acordo de vontades. Por consequência disso, a gestão poderá

ser provada de qualquer modo, revelando-se negócio jurídico informal (CC, art. 107).

O gestor, além de **não ter direito a qualquer remuneração** pela atuação (negócio jurídico benévolo), deve agir conforme a **vontade presumível do dono do negócio**, sob pena de responsabilização civil (CC, art. 861).

Se a gestão for iniciada contra a vontade manifesta ou presumível do dono, o gestor será responsável pelo **caso fortuito** (evento totalmente imprevisível) e **força maior** (evento previsível, mas inevitável). “Se os prejuízos da gestão excederem o seu proveito, poderá o dono do negócio exigir que o gestor restitua as coisas ao estado anterior, ou que indenize o valor correspondente à diferença (CC, art. 863).

Diante do **princípio da boa-fé objetiva**, que valoriza o dever anexo de informação, deverá o gestor de negócio, assim que lhe for possível, **comunicar ao dono a sua atuação**, aguardando a resposta se dessa espera não resultar perigo (CC, art. 864). **Falecendo o dono do negócio**, as instruções devem ser prestadas aos seus **herdeiros**, devendo o gestor continuar a agir com a máxima diligência (CC, art. 865).

Deve-se verificar se o gestor agiu da mesma forma como agiria o dono da residência: se empregou toda a diligência habitual. Em regra, o gestor somente deve ser responsabilizado se tiver agido com culpa, havendo **responsabilidade subjetiva** (CC, art. 866).

Se o gestor se fizer **substituir por outrem** na atuação, responderá pelas faltas do substituto, ainda que este seja pessoa idônea e sem prejuízo da eventual propositura de ação regressiva (CC, art. 867). A responsabilidade do gestor por **ato de terceiro é objetiva** – independente de culpa – e solidária.

Se a **gestão for conjunta**, prestada por várias pessoas, há regra específica, prevendo justamente a **responsabilidade solidária** entre todos os gestores (CC, art. 867, parágrafo único).

Quando o dono do negócio retorna, terá duas opções:

1.^a Opção: **Concordando com a atuação do gestor**, o dono deverá **ratificar a gestão**, convertendo-se a atuação em **mandato** (art. 869). Nesse caso, deverá ressarcir o gestor por todas as despesas necessárias e úteis à atuação, com os juros legais desde o reembolso, respondendo ainda pelos prejuízos que o administrador tiver sofrido com a gestão. A utilidade ou a necessidade das despesas serão apreciadas de acordo com as circunstâncias da ocasião em que se fizerem, traduzindo a **função social obrigacional** (art. 869, § 1.º). A ratificação do dono do negócio retroage ao dia do começo da gestão, tem efeitos *ex tunc* (CC, art. 873).

2.^a Opção: **Desaprovando a atuação do gestor**, o dono poderá pleitear **perdas e danos** havendo, em regra, **responsabilidade subjetiva do gestor** (CC, art. 874). Responderá, assim, por caso fortuito quando fizer manobras arriscadas, ainda que o dono costumasse fazê-las ou quando preterir interesses do dono em detrimento de interesses próprios (CC, art. 868). No entanto, só poderá recusar a ratificação se provar que a atuação não foi realizada de acordo com os seus interesses diretos.

O PAGAMENTO INDEVIDO

Dispõe o Código Civil que “todo aquele que recebeu o que não lhe era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição” (CC, art. 876).

O Código Civil de 2002 trata o pagamento indevido como fonte obrigacional, indo além do Código de 1916, que tratava o instituto como efeito das obrigações.

O **enriquecimento sem causa** é gênero, do qual o **pagamento indevido** é espécie. Havendo o pagamento indevido, agirá a pessoa com intuito de enriquecimento sem causa, visando ao locupletamento sem razão.

Duas são as **modalidades básicas** de pagamento indevido:

- 1) **Pagamento objetivamente indevido** – quando a dívida paga não existe ou não é justo o seu pagamento. A dívida foi paga a mais.
- 2) **Pagamento subjetivamente indevido** – quando realizado à pessoa errada. A dívida foi paga a quem não era o legítimo credor.

Assim, quem paga indevidamente pode pedir restituição àquele que recebeu, desde que prove que pagou por erro (CC, art. 877), sendo cabível a **ação de repetição do indébito**, de rito ordinário (*actio in rem verso*).

Entretanto, como exceção à regra da prova de erro, o Superior Tribunal de Justiça editou recentemente a **Súmula 322**: “Para a repetição de indébito, nos contratos de abertura de crédito em conta-corrente, não se exige prova do erro”. A decorre da presunção de boa-fé objetiva do consumidor (CDC, art. 4.º, III) e do princípio do protecionismo (CDC, art. 1.º). O consumidor não tem contra ele o ônus de provar o suposto erro.

Enuncia o art. 878 do Código Civil que aos frutos, acessões, benfeitorias e deteriorações sobrevindas à coisa dada em pagamento indevido, aplica-se o disposto quanto ao possuidor de boa e má-fé (CC, arts. 1.214 a 1.222).

Assim, se alguém recebe um imóvel alheio, **de boa-fé**, terá direito aos frutos colhidos na vigência da permanência do imóvel, como também terá o direito de retenção e indenização quanto às benfeitorias necessárias e úteis. Já aquele que recebeu o imóvel, **de má-fé**, não terá direito a frutos, tendo, quanto às benfeitorias, somente direito de indenização quanto às necessárias.

Se aquele que indevidamente recebeu um imóvel o tiver alienado, em boa-fé, por título oneroso, responde somente pela quantia recebida (CC, art. 879). Agindo de má-fé, a culpa passa a ser induzida, respondendo a pessoa pelo valor da coisa e por perdas e danos (CC, arts. 402 a 404).

Se o imóvel for alienado a título gratuito, em qualquer caso, ou a título oneroso, agindo de má-fé o terceiro adquirente, caberá ao que pagou por erro o direito de reivindicação por meio de ação petítória (CC, art. 879, parágrafo único).

Fica isento de restituir o pagamento indevido aquele que, recebendo-o como parte de dívida verdadeira, inutilizou o título, deixou prescrever a pretensão ou abriu mão das garantias que asseguravam seu direito. Contudo, aquele que pagou dispõe de ação regressiva contra o verdadeiro devedor e seu fiador, estando a dívida garantida (CC, art. 880).

Se o pagamento indevido tiver consistido no desempenho de obrigação de fazer ou para eximir-se da obrigação de não fazer, aquele que recebeu a prestação fica obrigado a indenizar o sujeito que a cumpriu, na medida do lucro obtido (CC, art. 881).

No caso de pagamento indevido, a regra não é a repetição em dobro do valor pago, mas sim a devolução do valor pago, atualizado, acrescido de juros, custas, honorários advocatícios e despesas processuais. Havendo má-fé da outra parte, essa induz a culpa, cabendo ainda reparação por perdas e danos.

Excepcionalmente, a lei consagra alguns casos específicos em que é possível pleitear o valor em dobro.

Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição (CC, art. 940).

Nas relações de consumo, o consumidor poderá pleitear o valor pago em dobro (CDC, art. 42, parágrafo único,).

O Código Civil de 2002 afastou a possibilidade de repetição de indébito na hipótese de obrigação natural ou imoral:

- 1) Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita ou cumprir obrigação judicialmente inexigível. Como se pode notar, a dívida existe, mas não pode ser exigida. Apesar disso, pode ser paga. Sendo paga, não caberá repetição de indébito (CC, art. 882).
- 2) Não é possível a repetição àquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral ou proibido por lei. Recompensa paga a um matador de aluguel. O que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

O Código Civil de 2002 veda expressamente o enriquecimento sem causa (CC, arts. 884 a 886). Essa inovação importante, está baseada no **princípio da eticidade**, visando ao equilíbrio patrimonial e à pacificação social.

Determina o art. 884 do Código Civil de 2002 que “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”. “Se o enriquecimento tiver por objeto **coisa determinada**, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.”

Não se admite qualquer conduta baseada na especulação, no locupletamento sem razão. Desse modo, o enriquecimento sem causa constitui fonte obrigacional, ao mesmo tempo em que a sua vedação

decorre dos princípios da **função social das obrigações** e da **boa-fé objetiva**.

Várias são as ações que têm como objetivo evitar o locupletamento sem razão, sendo a principal a de **repetição de indébito** no caso de **pagamento indevido**, que é espécie de enriquecimento sem causa. Toda situação em que alguém recebe algo indevido visa ao enriquecimento sem causa. Em algumas hipóteses, poderá haver conduta visando ao enriquecimento sem causa, sem que tenha havido pagamento indevido, como no caso da invasão de um imóvel com finalidade de adquirir a sua propriedade.

São pressupostos da ação que visa afastar o enriquecimento sem causa:

- 1) o enriquecimento do *accipiens* (de quem recebe);
- 2) o empobrecimento do *solvens* (de quem paga);
- 3) a relação de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento;
- 4) a inexistência de causa jurídica prevista por convenção das partes ou pela lei; e
- 5) a inexistência de ação específica.

O Enunciado n. 35 da Jornada de Direito Civil prescreve que “a expressão se enriquecer à custa de outrem do art. 884 do Código Civil atual não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento”. A doutrina atual vem, portanto, afastando tal requisito.

O Enunciado n. 188 da Jornada de Direito Civil dispõe que “A existência de negócio jurídico válido e eficaz é, em regra, uma justa causa para o enriquecimento”. Nessa esteira, diante de um contrato válido, capaz de gerar o enriquecimento de alguém, não ocorre o locupletamento sem razão, desde que o contrato não viole os princípios da função social e da boa-fé objetiva, como também não gere onerosidade excessiva, desproporção negocial.

O enriquecimento sem causa não se confunde com o enriquecimento ilícito. Na primeira hipótese, falta uma causa jurídica para o enriquecimento. Na segunda, o enriquecimento está fundado em um ilícito. Assim, todo enriquecimento ilícito é sem causa, mas nem todo enriquecimento sem causa é ilícito. Um contrato desproporcional pode não ser um ilícito e gerar enriquecimento sem causa.

A restituição é cabível não só quando não existir causa para o pagamento, mas também quando esta deixar de existir (art. 885). Situação em que a lei revoga a possibilidade de cobrança de uma taxa. A partir disso, o valor não pode mais ser cobrado, pois, caso contrário, haverá conduta visando ao enriquecimento sem causa, tornando possível a restituição.

Caso a lei forneça ao lesado outros meios para a satisfação (ressarcimento) do prejuízo, não caberá a restituição por enriquecimento (CC, art. 886). Tal artigo indica que a ação de enriquecimento sem causa possui caráter subsidiário. Assim, na hipótese de alguém receber um imóvel indevidamente, que veio a se perder, deverá ingressar com a ação de reparação de danos, e não com a ação de enriquecimento sem causa.

Contudo, tal caráter subsidiário vem sido questionado, como se observa pelo Enunciado n. 36 Jornada de Direito Civil, que prevê que “o art. 886 do novo CC não exclui o direito à restituição do que foi objeto de enriquecimento sem causa nos casos em que os meios alternativos conferidos ao lesado encontram obstáculos de fato”. Segundo esse entendimento, a ação fundada no enriquecimento sem causa deve ser considerada como primeira opção, dependendo apenas da análise casuística.

CONCLUSÃO

A partir de todo exposto, observa-se que os atos unilaterais são uma legítima fonte de direitos obrigacionais ao lado dos contratos, tanto que foram regulamentados de forma extenuante pelo Código Civil de 2002.

Embora a maior parte do direito obrigacional seja proveniente de contratos, de atos ilícitos e da própria lei, não se pode deixar de verificar a importância dos atos unilaterais como fonte própria de direitos obrigacionais, em razão do que podem ser exigidos judicialmente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Obrigações. V. 2.** 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: Volume Único.** 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

ISABELE LOPES SANTINI: Advogada.

RESUMO: O presente trabalho abordará a discussão existente na doutrina acerca do delito de estupro de vulnerável praticado contra menor de 14 anos, tipificado no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, que prevê como crime a conjunção carnal ou o ato libidinoso praticado com pessoa menor de 14 anos. A questão abordada será se a presunção de vulnerabilidade prevista neste delito é relativa ou absoluta, ou seja, se todos os menores de 14 anos não possuem discernimento para a prática do ato sexual ou se a vulnerabilidade deve ser analisada no caso concreto.

PALAVRAS-CHAVES: Estupro de Vulnerável. Presunção de Vulnerabilidade. Menor de 14 anos. Ato sexual. Análise do caso em concreto.

1 INTRODUÇÃO

O tema a ser tratado traz diversas discussões doutrinárias e jurisprudências e várias indagações como: qual o conceito de vulnerabilidade previsto no Artigo 217-A do Código Penal do Brasil? A presunção de vulnerabilidade do estupro de praticado contra menor de 14 anos é absoluta ou relativa? Todos os estupros praticados contra menor de 14 anos devem ser considerados como delito ou depende de uma análise concreta da criança ou adolescente para verificar se ela realmente não possui discernimento para a prática do ato sexual? Quais foram as trazidas pela Lei 12.015/09 ao Código Penal Brasileiro no que diz respeito aos Crimes Sexuais Contra Vulnerável?

Considera-se que a realização do trabalho é bastante oportuna e de suma importância, por se tratar de um tema atual, já que houve uma mudança no Código Penal trazida pela Lei 12.015 sancionada

em 2009, que tipificou o crime de estupro de vulnerável do menor de 14 anos, descrevendo-o como conjunção carnal ou ato libidinoso praticado com menor de 14 anos, o que trouxe uma discussão doutrinária sobre a definição dessa vulnerabilidade, em outras palavras, se presunção dessa vulnerabilidade é absoluta ou específica.

Ademais, o delito a ser tratado neste trabalho tem sido muito frequente e envolve direitos de crianças e adolescente, o que torna a análise sobre o tema relevante.

2 CONCEITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A lei 12.015, de 07 de agosto 2009 acrescentou, ao Código Penal, o art. 217-A que contém o tipo penal do delito de crime sexual contra vulnerável, assim definido:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência

Dessa nova norma é necessário definir o conceito de vulnerável. O Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa define vulnerável como aquele que se encontra “do lado fraco de um assunto ou de uma questão; ou do ponto pela qual alguém pode ser atacado ou ferido. Aplicando este conceito no Art. 217-A do Código Penal, vulnerável é a pessoa menor de 14 anos e aquela que, por enfermidade ou deficiência

mental, não possui o necessário discernimento para a prática do ato, ou que por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

A vulnerabilidade está compreendida nas imposições de “discernimento para a prática de ato libidinoso” e “possibilidade de resistir”, portanto, vulnerável é aquela pessoa que não tem discernimento ou não pode resistir, isto é, quem não pode ter vontade livre. Aquele que não possui discernimento é quem não tem capacidade de entendimento, não podendo escolher entre fazer ou não. E quem, mesmo tendo capacidade de entendimento, não pode, por qualquer razão, resistir, não tem liberdade de agir. Por isso está na situação de vulnerabilidade.

Assim, a pessoa que possui total capacidade de entendimento, e, portanto sabe discernir entre praticar ou não o ato libidinoso, e não esteja impedido de resistir, não precisa da proteção penal do Artigo 217-A do Código Penal.

3 BEM JURÍDICO TUTELADO

A tipificação do estupro de vulnerável tem o intuito de proteger tanto a liberdade quando a dignidade sexual, portanto o interesse protegido pela norma penal recai sobre a liberdade sexual do vulnerável.

Nesse tipo resguarda-se o desenvolvimento sexual daquele tido como vulnerável, justificando que o estupro de vulnerável, por atingir a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, que é considerado presumidamente incapaz de consentir para o ato, como também seu desenvolvimento sexual.

4 ELEMENTOS SUBJETIVOS E OBJETIVOS

Os elementos objetivos do tipo são “Ter (conseguir, alcançar) conjunção carnal (cópula entre pênis e vagina) ou praticar

(realizar, executar) outro ato libidinoso (qualquer ação relativa à obtenção de prazer sexual) com menor de 14 anos”.

Conjunção carnal é a cópula vagínica, ou seja, a introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher; ato libidinoso compreende-se, nesse conceito, outras formas de realização do ato sexual, que não a conjunção carnal. São os coitos anormais, por exemplo, a cópula oral, anal.

Uma parte da doutrina entende que estupro de vulnerável se tratar de tipo misto cumulativo, punindo-se num único artigo condutas distintas, a de ter conjunção carnal e a de praticar ato libidinoso com menor de 14 anos, ou outra pessoa vulnerável. Porém, outra parte da doutrina reconhece a existência de tipos mistos alternativos nos crimes de estupro e de estupro de vulnerável e, assim, segundo essa orientação, a prática de uma ou de ambas as condutas típicas, ainda que de forma reiterada no mesmo contexto fático, configura sempre crime único.

Ajudando a compreender os elementos objetivos da norma debatida, Júlio Fabbrini Mirabete afirma:

[...] entendemos tratar-se de tipo misto cumulativo, punindo-se num único artigo condutas distintas, a de ter conjunção carnal e a de praticar ato libidinoso com menor de 14 anos, ou outra pessoa vulnerável [...] Inclina-se, porém, boa parte da doutrina reconhecer a existência de tipos mistos alternativos nos crimes de estupro (art. 213) e de estupro de vulnerável (art. 217-A) e, assim, segundo essa orientação, a prática de uma ou de ambas as condutas típicas, ainda que de forma reiterada no mesmo contexto fático, configura sempre crime único. (Mirabete, 2010, p.412).

A respeito do elemento subjetivo do tipo, a maior parte da doutrina entende que busca saciar a lascívia configura este elemento.

Neste delito, o dolo é a vontade de ter conjunção carnal ou de praticar ato libidinoso com menor de 14 anos ou pessoa vulnerável, sendo necessária a consciência dessa condição de vulnerabilidade do sujeito passivo. O dolo eventual abrange a dúvida do agente quanto à idade ou à enfermidade ou doença mental da vítima. O erro exclui o dolo, podendo configurar outro crime, como o de estupro tipificado no artigo 213 do Código Penal.

5 RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE

De acordo com a letra da lei a figura delitiva denominada estupro de vulnerável considera o menor de 14 anos, em qualquer hipótese, incapaz de consentir validamente para a prática do ato sexual, em outras palavras, considera que a presunção dessa vulnerabilidade é absoluta.

No entanto, a doutrina majoritária e a jurisprudência pátria vêm admitindo a flexibilização o rigor desta lei, considerando a possibilidade de relativização da vulnerabilidade, assim define Júlio Fabbrini Mirabete:

Não se caracteriza o crime, quando a menor se mostra experiente em matéria sexual; já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos; é despudorada e sem moral; é corrompida; apresenta péssimo comportamento. (MIRABETE, 1997, p. 498).

O direito não é estático, devendo, portanto, se amoldar às mudanças sociais, ponderando-as, pois a educação sexual dos jovens certamente não é igual, haja vista as diferenças sociais e culturais encontradas em um país de dimensões continentais completaram.

Dessa forma, a presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos poderia ser afastada diante da prova inequívoca de que a vítima de estupro possui experiência da prática sexual e apresenta

comportamento incompatível com a regra de proteção jurídica pré-constituída.

A pouca idade da vítima não seria motivo suficiente para configurar o delito de estupro de vulnerável, já que deveria ser provado no caso concreto que a criança ou adolescente não possui a capacidade de discernimento para decidir se quer ou não praticar o ato sexual.

Assim, a inexistência de violência real ou grave ameaça poderiam eliminar a tipicidade da conduta de manter a relação sexual ou qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos.

Segundo Caroline Barbosa Guimarães (2011, p.44),

A presunção relativa, também conhecida como *juris tantum*, é aquela que admite produção de prova em contrário. Quando existia a presunção de violência, havia grande controvérsia sobre sua natureza, surgindo nessa época quatro teorias que se destacavam, senão vejamos: teoria absoluta, teoria relativa, teoria mista e a teoria constitucionalista. Para os defensores da teoria absoluta, a presunção era absoluta, não se admitia prova em contrário, estaria o crime configurado sempre que a o sujeito ativo fosse menor de 14 anos. A teoria relativa defendia a produção de provas, e excluía a presunção de violência, sempre que a menor de 14 anos já fosse experiente em assunto sexual e demonstrar ser promíscua. A teoria mista, por sua vez, adotava a presunção absoluta para os menores de 12 anos, ou seja, quando o ato sexual fosse praticado com criança, mas, se tratando de adolescente, em casos excepcionais, entendia pela relativização. Por sua vez, a teoria constitucionalista afirmava que o Direito. (Guimarães, 2011, p. 44).

Portanto, para a doutrina majoritária, não é juridicamente defensável continuar preconizando a ideia da presunção absoluta em fatos como os tais se a própria natureza das coisas afasta o injusto da conduta do acusado.

6 – CONCLUSÃO

A possibilidade de relativização da vulnerabilidade sexual do menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do CP, gera uma grande polêmica, repartindo o entendimento doutrinário e a jurisprudência acerca de seu caráter absoluto.

Para parte da doutrina e da jurisprudência, o artigo 217-A do CP é absoluto, e abrem exceção apenas em casos de erro de tipo comprovado. No entanto, outra parte da doutrina que defende a relativização da vulnerabilidade, haja vista que o direito deve se adaptar às mudanças da sociedade.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **O Conceito de Vulnerabilidade e a Violência Implícita**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>>. Acesso em: 18 out. 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2.ed. revista e ampliada, 31ª impressão, Nova Fronteira.

GUIMARÃES, Caroline Barbosa. **Estupro de vulnerável: da possibilidade de relativização da vulnerabilidade sexual do Artigo 217-A, caput, do Código Penal**. 2011.62fls. Trabalho de conclusão de curso (bacharel em Direito) – Centro Universitário do Distrito Federal –UDF. Brasília, 2011.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Relativização da Presunção da Vulnerabilidade no Estupro de Vulnerável**. Atualidade do Direito.

Disponível em:
<<http://atualidadesdodireito.com.br/joaopaulomartinelli/2012/01/02/relativizacao-da-presuncao-de-vulnerabilidade-no-estupro-de-vulneravel/>>. Acesso em: 10 out. 2013.

MIRABETE, Júlio Frabbrini, **Manual de Direito Penal**, v. 2. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

OLIVEIRA, Dalva Lelis. **Os Delitos de Estupro e Estupro de Vulnerável e a Possibilidade de Relativização da Vulnerabilidade Sexual do Art. 217-A do Código Penal Pátrio**. Judicare. Disponível em: <<http://www.judicare.com.br/index.php/judicare/article/view/46/138>>. Acesso em: 19 out. 2013.

SILVA, Janaina Aparecida. **Estupro de Vulnerável: um Estudo acerca das Alterações Trazidas pela Lei nº 12.015/09**. Sudamérica. Disponível em: <http://www.sudamerica.edu.br/arquivos_internos/publicacoes/Jenaine.pdf>. Acesso em: 20 out. 2013.

TELES, Ney Mouta. **Estupro de Vulnerável**. Ney Moura Teles. Disponível em: <<http://www.neymourateles.com.br/direito-penal/wp-content/livros/pdf/volume03/4.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2013.

A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO LEGISLATIVO MUNICIPAL: UM ENFOQUE NO MUNICÍPIO DE RAPOSOS

GLEISSON LEANDRO DE ALMEIDA ALVES: Servidor Público. Tecnólogo em Gestão Pública. Acadêmico do Curso de Direito.

RESUMO: O presente trabalho mostra de forma consistente, os mecanismos em que as sociedades podem utilizar para expor suas ideias e as necessidades existentes em suas comunidades. E demonstra de forma genérica como a utilização desses instrumentos pode facilitar a implementação de políticas que atuam com objetivos específicos. Essas formas de participação evidenciam o anseio do povo em busca de um Estado Democrático de Direito. Por esse motivo é que definimos essa participação como forma de relação entre o povo e o poder público, onde fortalece o entendimento da sociedade e melhora a qualidade das decisões de interesse comum. Portanto será através desse enfoque é que aprofundamos essa discussão, que demonstra o nível de informação por parte dos cidadãos, e a eficiência que a participação traz as decisões de seus representantes legais. Pois quando essas decisões são compartilhadas com as sociedades, conseqüentemente, ocorre mais interesse por parte do Poder Público e menos resistência da sociedade.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. OS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR. 2.1. Os efeitos que esses instrumentos podem gerar. 3. CONCLUSÃO. 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A participação da sociedade é um dos elementos essenciais para que a política da cidade não seja vista unicamente sob um olhar técnico, e sim abranger o aspecto humano que envolve a cidade e seus diversos

problemas. A partir disso, o estudo proposto vem apresentar os instrumentos e meios de participação, nos qual a população pode influenciar, e até mesmo facilitar, as decisões num processo decisório qualquer.

A Constituição Federal de 1988 dispõe-se de princípios fundamentais, sob os quais se assenta o estado democrático de direito que podemos conceituar como um regime jurídico-político que admite uma ampla participação popular no processo de formação das leis e direcionamentos da sociedade. Assim, o povo, mediante o voto, elege os seus representantes, que tem poder de decisão sobre tudo aquilo que beneficia o interesse público.

Busca-se a partir desse estudo, o melhor entendimento dos instrumentos de participação vigentes em nosso País, onde podemos citar o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, entre outros e tem o foco centrado no Município de Raposos.

E através dessas formas de participação, o presente estudo tem como foco mostrar os diferentes aspectos que esses instrumentos podem gerar diante do poder público Municipal de Raposos, ou seja, a eficiência e a eficácia que a participação traz a Administração Pública e, por outro lado, também evidencia as barreiras encontradas em sua utilização mais consistente e sábia dos atores envolvidos.

2. OS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR

O constituinte federal de 1988 dispôs, no texto da Carta Magna, mecanismos de participação popular direta, no qual atribui ao regime político vigente o caráter de democracia semidireta. Onde é norma expressa da própria Constituição Federal: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art. 1º, parágrafo único, CF/88).

A participação popular, por sua vez, pode ser classificada como:

- a) Participação direta, ou seja, realizada sem a presença de intermediários eleitos; exemplifica com o direito de ser ouvido e a enquête (consulta à opinião pública sobre assunto de interesse comum);
- b) Participação indireta, ou seja, realizada através de intermediários, eleitos ou indicados; exemplifica com a participação popular em órgão de consulta, a participação popular em órgão de decisão, a participação por meio do ombudsman[1] e a participação por via do Poder Judiciário.

Os instrumentos de participação popular vigente no processo legislativo do Brasil são: o plebiscito, o referendo, e a iniciativa popular, no qual estão dispostos no artigo 14 da Constituição Federal de 1988. Já na esfera municipal, é importante saber que existem outras formas de participar ou influenciar o processo legislativo. Isso acontece devido à proximidade que a sociedade civil tem em relação aos seus representantes do Poder Legislativo.

Há uma diferença relevante que precisamos saber, onde o plebiscito é uma consulta prévia aos cidadãos sobre determinada matéria a ser posteriormente discutida, já o referendo é uma consulta posterior sobre determinado ato do governo para ratificá-lo. Outro meio de participação é a iniciativa popular, no qual existe a possibilidade direta de manifestação do eleitorado nas propostas legislativas.

A participação direta da sociedade ocorre pela iniciativa popular de proposições de natureza variada, ou seja, projetos de lei e petições diversas, além da presença do povo no trabalho das comissões permanentes, onde se podem caracterizar como grupos de pressão diante do interesse comum do povo.

Em relação aos projetos de lei, a iniciativa popular se dá, no âmbito municipal, quando o projeto apresentado à Câmara é assinado por cinco por cento, no mínimo, do eleitorado municipal, devendo o texto ficar restrito a matéria de interesse específico do

Município, da cidade ou de bairros (art.29, inciso XIII, da Constituição Federal 1988)[2].

Outros instrumentos utilizados de grande importância são as audiências públicas e os orçamentos participativos, que são formas de participação que servem para embasar a afirmativa que, “o povo quer e pode participar do processo de tomada de decisões”.

A audiência pública regional, que além de assegurar ampla e efetiva participação da sociedade civil em atividades à elaboração legislativa, também é valioso instrumento de unificação e fortalecimento dos Poderes do Estado e do Município.

Já o orçamento participativo, significa, retirar o poder de uma elite burocrática e repassá-lo para a sociedade. Este por sua vez, deve ser encarado dentro de uma perspectiva, ou seja, é um instrumento político, que não está atrelado ao poder estatal e que pode e deve ser ocupado pela população como inovação político-administrativo, combinando o poder público com a democracia a serviço da cidadania.

Estes são alguns dos instrumentos de participação, em que a sociedade pode ter, por intermédio do Poder Público Municipal de Raposos. No qual mostra a importância da comunidade participativa no planejamento e desenvolvimento de projetos.

2.1 Os efeitos que esses instrumentos podem gerar

Os mecanismos de participação citados anteriormente são instrumentos que podem servir à participação popular, à expressão política da coletividade, mesmo quando sejam desencadeados por indivíduos singulares. Mas nem sempre receberam essa importância, podendo, em alguns casos, caracterizar meros instrumentos de participação pessoal, homenageando interesses exclusivamente privados. Neste sentido, como bem assinala mestre BRITTO (1992: 85), “a participação popular somente ocorrerá quando for possível identificá-la como manifestação de poder político e não como simples expressão de direito público subjetivo”.

Por outro lado, esses instrumentos se tornam eficientes quando os gestores municipais os utilizam de forma a influenciar

suas idéias, atreladas ao interesse social e as necessidades coletivas e individuais do povo, facilitando a sua implementação diante da sociedade.

Para que se consiga a efetividade em algumas políticas públicas, é necessária a utilização consciente de alguns instrumentos de participação, de forma a atuar no meio público com um melhor entendimento da sociedade com as diversas políticas que podem ser aplicadas, como por exemplo, as políticas de saúde que são voltadas a educar e prevenir a população das doenças mais comuns.

Entretanto, há uma grande dificuldade no âmbito Municipal, onde os municípios menores carecem de informação e entendimento sobre o assunto. Tanto os representantes Legislativos quanto a população são, às vezes, inaptos a exercerem suas funções e desconhecem esses mecanismos, ou seja, essas formas de interação do poder público Municipal com a sociedade civil são raramente utilizadas, dificultando mais a implementação de políticas que tem por essência a sociedade como ator principal.

3. CONCLUSÃO

A partir do estudo obtido, podemos dizer que a participação popular não significa apenas ouvir as demandas da sociedade, mas permitir a transparência da gestão pública, e principalmente permitir que a população tenha voz ativa tanto nos cenários públicos, isto é, no processo de formulação de políticas públicas; quanto nos corporativos, ou seja, no processo de implementação e acompanhamento das políticas. Mas infelizmente não é o que acontece no município de Raposos. Pelo fato de que o poder público municipal não tem interesse que haja participação em suas decisões e políticas públicas implementadas. Outro acontecimento evidenciado foi que existe também uma falta de interesse e conhecimento do assunto por parte da população, onde por causa dos costumes não gostam de participar.

O ordenamento jurídico brasileiro não é carente de instrumentos normativos para o efetivo uso da participação popular na administração pública. Mas a participação permanece escassa. Falta uma clara percepção de suas dimensões não normativas e a utilização mais eficaz das normas existentes pelos conselhos, associações e principalmente pela sociedade civil, a fim de promover uma democracia participativa entre a população e o poder público municipal de Raposos.

Enfim, o estudo feito mostrou de forma profunda a essência dos mecanismos de participação existentes e paralelamente demonstrou as dificuldades existentes na aplicação desses instrumentos. Mas com o tempo existirá uma mudança nesta realidade, pelo motivo da necessidade de participar e devido ao conhecimento evolutivo da população quanto à matéria constitucional participativa de nosso ordenamento jurídico.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUAD, Denise. **Mecanismos de participação popular no Brasil**: plebiscito, referendo e iniciativa popular. Revista Eletrônica Unibero de Produção Científica, 2005, 44p. Disponível em:<http://www.unibero.edu.br/download/revistaeletronica/Set05_Artigos/DIR_PROF%20DENISE_OK.pdf> Acesso em: 20 de ago. de 2009.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.unimep.br/cavi/documents/1_constituicao_republica_federativa_brasil.pdf> Acesso em 20 de ago. de 2009.

BRASIL. Lei n. 9.709, de 18 nov. 1998. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19709.htm> . Acesso em: 03 de ago. de 2009.

BRASIL, Senado Federal. **Guia do Vereador 2009**. Brasília, DF: Senado Federal 2009, 138p.

BRITTO, Carlos Ayres. **Distinção entre Controle Social do Poder e Participação Popular**, In: Revista de Direito Administrativo (RDA), Rio de Janeiro, n.º 189, pp. 114-122, jul./set., 1992.

DUARTE, David. **Procedimentalização, Participação e Fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra, Ed. Almedina, 1996. 544p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 322p.

GALANTE, Elisa Helena Lesqueves. **Participação Popular No Processo Legislativo**. Disponível em:<<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Disc ente/03. pdf>> Acesso em: 05 de ago. de 2009.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 2984 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SALGADO, Senador Wellington. **Manual do Vereador**. Brasília, DF: Senado Federal 2009, 126p.

NOTAS:

[1] Ombudsman é um profissional contratado por um órgão, instituição ou empresa que tem a função de receber críticas, sugestões, reclamações e deve agir em defesa imparcial da comunidade.

[2] BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.unimep.br/cavi/documents/1_constituicao_republica_federativa_brasil.pdf.> Acesso em 20 de ago. de 2009.

NOVO CPC NÃO REFERENDA O PROCESSO TRABALHISTA

ROBERTO MONTEIRO PINHO: Foi diretor de Relações Internacionais da Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), editor do Jornal da Cidade, subeditor do Jornal Tribuna da Imprensa, correspondente internacional, juiz do trabalho no regime paritário, tendo composto a Sétima e Nona Turmas e a Seção de Dissídios Coletivos - SEDIC, é membro da Associação Brasileira de Imprensa - ABI, escritor, jornalista, radialista, palestrante na área de RH, cursou sociologia, direito, é consultor sindical, no setor privado é diretor de RH, especialista em Arbitragem (Lei 9.307/96). Membro da Associação Sulamericana de Arbitragem - ASASUL, Membro do Clube Jurídico do Brasil, titular da Coluna Justiça do Trabalho do jornal "Tribuna da Imprensa" do RJ, (Tribuna online), colunista da Tribuna da Imprensa online), no judiciário brasileiro, através de matérias temáticas, defende a manutenção, modernização e a celeridade na Justiça do Trabalho, escreve em 48 dos principais sites trabalhistas, jurídicos e sindicais do País.

Juizes de todos os tribunais participaram do 9º Encontro Nacional do Poder Judiciário. O objetivo do evento é avaliar as políticas implementadas ao longo de 2015 e traçar as novas estratégias e metas para 2016. Falando para os presentes, do STF e do CNJ, ministro Ricardo Lewandowski, anunciou a implementação do PJe “de forma paulatina e segura, com consenso dos usuários” e das audiências de custódia, este último, focado na demora em liberação de presos. Mas foi falando em “desatar o nó da grande litigiosidade vivida no país, o presidente da Suprema Corte afirmou que o Judiciário deve cada vez mais estimular os métodos alternativos de resolução de conflitos e maior eficiência nas tramitações processuais”. Consonante ao ministro, o jurista Dalmo Dallari proclamou um esforço do judiciário na defesa dos direitos humanos.

Preocupa-me, e muito, o fato de uma sequencia de Encontros de magistrados e juristas, não tenha influenciado o bastante, para quebrar a ‘soberba’ e a ‘arrogância’ do judiciário que amarga nas últimas pesquisas índices baixíssimos de aprovação. Só para dimensionar o estrago moral que isso traduz, um dos judiciários que

obtem o maior índice de aceitação é o inglês, com 80%, enquanto o brasileiro fica no marasmo de 35%, número baixo, que afeta inclusive a economia e o desenvolvimento social do país. Nenhuma nação no planeta possui um número tão alto de ações, e também a alta remuneração dos atores do judiciário.

Em 2014 existiam no país, um litigiosidade alarmante, 100 milhões de processos (o relatório anual feito pelo CNJ revelou que o total de processos em tramitação no Poder Judiciário brasileiro tem aumentado gradativamente desde o ano de 2009, quando era de 83,4 milhões de processos, até atingir a tramitação de mais de 140 milhões de processos em 2020).

Essa história desta visibilidade para aplacar a ira da comunidade que os reprova, em que os juízes promovem todo ano, não me agrada. Isso nos remete aos ‘incidentes em picadeiros de circo, quando o leão avança no domador, e logo a seguir, o apresentador coloca em cena bailarinas exóticas, palhaços e malabaristas’. Pensando assim, folheio o novo CPC, artigo por artigo, e me deparo com um dos seus mais importantes, o que trata da mediação e a participação do advogado na negociação entre as partes. Sabe-se que os códigos foram criados para serem seguidos. Na linha de pensamento de Pitágoras, “O universo é uma harmonia de contrários”, o escrito jubila esta simbiose de contrariedade entre os juízes, em relação aos códigos. O obvio é que o advogado tem que estar presente na avença por dois aspectos: a defesa do cidadão e do basilarmento do processo quanto ao estado juiz.

Lembrando que nos anos 40, o nosso País era essencialmente agrícola, (a cultura do café era predominante), daí que a relação entre capital e trabalho não apresentavam maior complexidade, e por isso o processo trabalhista foi concebido para ser simples e célere, por essa razão foi instituído o ‘jus postulandi’, (art. [791](#), da [CLT](#)). "Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e

acompanhar suas reclamações até o final." Ocorre que os conflitos entre capital e trabalho se tornaram complexos e o processo trabalhista, bastante técnico. O processo possui inúmeras situações técnicas, como prazos, audiências, provas, conflitos de jurisdição e assim sucessivamente, passando por subsidiariedade dos códigos (norma do art. 769), e agrega as mais de 400 súmulas do Egrégio TST. O Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 2015) e da Lei de Mediação (Lei 13.140 de 2015) não trazem ilusionismo, e podem se traduzir, para isso é necessário colocar a magistratura no seu devido lugar, os juízes precisam pensar na comunidade, o que não ocorre.

INÍCIO, MEIO E FIM: PROBLEMÁTICA ACERCA DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

AMANDA SOUZA AMADO:
Bacharelada do Curso de Direito.

RESUMO: Esse trabalho versa sobre um tema que vem ganhando muita proporção na sociedade: A maioridade penal. Para tanto, no primeiro capítulo fez-se necessário desenvolver aspectos sociais que contribuem para que o Estatuto da Criança e do adolescente não saia do papel. A partir de então, as pessoas acabam mantendo uma visão deturpada em relação às crianças e adolescentes que, pela ausência de oportunidade, adentram ao mundo do crime. Por esse motivo, o segundo capítulo visa abordar sobre os direitos destes, relacionando-os à situação carcerária no País. O capítulo terceiro versará sobre questões relevantes desta redução da maioridade penal. Tendo feito uma breve análise do início ao fim desta problemática, a conclusão buscará responder questionamentos quanto à redução da maioridade penal.

Palavras-chave: Sociedade, Crianças, Direitos, Maioridade Penal.

INTRODUÇÃO

Grandes são os problemas encontrados no mundo, poucos são as soluções adotadas. O ser humano está, cada vez mais, adaptado às tragédias, às corrupções e às desgraças que a mídia tem o prazer de apresentar dia após dia. Para colecionar notícias sobre o mundo basta um clique, para dar as costas para tais situações basta outro. Funciona basicamente assim: Ligar e Desligar.

O problema da sociedade atual é que o homem está se tornando indiferente às necessidades da sociedade, cobram dela e excluem a própria culpa, cobram dos governantes corruptos e esquecem que foram os responsáveis por suas posses.

Por esse motivo, o presente trabalho vem abordar a redução da maioria penal, a partir de um panorama ético e social, estudando a viabilidade desta, como forma de remediar a criminalidade na sociedade brasileira.

Será que não existe outra forma de reduzir a criminalidade? Seria esta uma medida plausível e eficaz, para a redução da criminalidade? E quanto aos responsáveis, será que só os governantes tem o dever de cuidar dos problemas sociais?

Visando responder tais questionamentos, os capítulos subsequentes abordarão sobre os aspectos sociais que contribuem para que o direito das crianças e dos adolescentes não saiam do papel, tratando ainda das questões relevantes como as consequências desta redução. Pretendendo alcançar, na conclusão, uma visão esclarecedora sobre o tema abordado.

I – A OMISSÃO DA SOCIEDADE COMO FATOR GERADOR

É uma prática comum da sociedade, fechar os olhos para a realidade. Esquecendo que o futuro da nação depende das crianças que estão crescendo sem formação, atenção e cuidados. A sociedade que não se preocupou em garantir os direitos impressos na Constituição Federal, e no Estatuto da Criança e do Adolescente, só começa a buscar soluções no momento em que uma ex. criança de rua se torna um bandido e invade seu universo particular.

O fato dos seres humanos buscarem sempre os culpados pelos problemas sociais consiste na certeza de que os mesmos ainda não aprenderam a olhar para dentro de si. A respeito dessa situação Dimenstein explica:

Esse cenário fez o Brasil conhecer um novo tipo de geografia urbana: pessoas de classe média alta, inconformadas e assustadas com a falta de segurança, as guerras de quadrilhas, os assaltos à mão armada, os

confrontos entre polícia e criminosos nos grandes centros, isolam-se em caríssimos condomínios, onde é possível fazer quase tudo sem sair deles, pois há academias, shopping centers, escritórios, consultórios médicos. Esse é um mau sinal: sem promover o desenvolvimento das comunidades em seu entorno, o isolamento dos mais ricos só gera mais desigualdade e insegurança. Prova disso são os constantes arrastões a esses oásis de luxo. (2009, p. 27)

Neste ponto, torna-se identificável o início do problema que este trabalho visa abordar. O descaso quanto aos menores que estão pelas ruas, vulneráveis, em busca de uma oportunidade, ou até mesmo, da própria sobrevivência, pode ser um fator gerador para que este adentre ao mundo do crime posteriormente.

Antes de debater sobre este tema, é preciso adquirir uma visão real do que se passa na sociedade atual. Não esquecendo que o futuro de amanhã são as crianças de hoje, serão elas os governantes, os pais, os médicos e professores, da mesma forma que, se não houver os devidos cuidados, serão eles os traficantes, os corruptos, os criminosos de amanhã. Acerca disso, Dimenstein afirma:

E a certeza que todos temos é de que não adianta ficar de braços cruzados esperando que os governantes ou “o outro” tomem alguma atitude. A transformação da sociedade está em nossas mãos e, mais do que tudo, nas suas mãos, jovem consciente e atuante hoje e adulto consciente e atuante de amanhã. É dever de todos tirar a cidadania do papel e fazer com que nossos direitos e deveres sejam cumpridos. (2009, p. 165).

Numerosos são casos de tortura, abuso, drogas entre tantas outras mazelas que abordam diariamente as crianças brasileiras. Por não

encontrar alimento em casa, acabam frequentando as ruas e se tornam vulneráveis ao perigo. Neste momento, buscando resolver o problema social, surge como uma possível solução a proposta de reduzir a maioria penal, sob uma alegação descabida de que os jovens estão entrando cada vez mais cedo no mundo do crime, e pela ausência de “penalidade” o país se encontra inseguro.

Antes de apontar as medidas penais como minimizadoras da criminalidade, sobretudo no seio juvenil, se faz necessário compreender que o problema está mais enraizado do que se imagina, falta entender que um jovem sem acesso à educação, lazer e cultura, poderá carregar consigo sérios distúrbios em virtude destas carências, e todos esses fatores contribuem para a formação deste indivíduo no âmbito social.

Muitos estudos comprovam que a infância é uma fase crucial na formação psíquica do homem, qualquer descuido deixará em suas vidas grandes sequelas psicológicas. Como aponta Dimenstein (2009, p. 39), “violência gera mais violência. A rua é uma escola preparatória para a criança. No menino marginal esculpe-se o adulto marginal, trabalhado diariamente por uma sociedade violenta que lhe nega condições básicas de vida”.

É triste perceber que no período de formação física, psíquica e social, muitos filhos deste país, estão pelas ruas vivendo nas mais variadas condições de vulnerabilidades, envolvidos com drogas, prostituição e criminalidade, rodeados por um estilo de vida que não condiz com a preservação da sua dignidade, aliás, poucos dentre estes conhecem o significado da palavra dignidade.

II- A INAPLICABILIDADE DOS DIREITOS

Tendo percebido o triste avanço dos problemas sociais, o qual têm se tornado, cada vez mais, recorrentes e incontrolláveis, a sociedade, em uníssono com o Estado começam a se preocupar, sugerindo a aplicação de medidas drásticas, urgentes, sem a devida observância à situação.

A desigualdade social acaba deturpando a visão de mundo do homem. De acordo com a Constituição Federal em seu art. 5º, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Embora o Estatuto da criança e do adolescente (Lei 8.069/90) seja uma implementação recente, se comparada aos códigos e à Carta Magna, este contém relevantes textos normativos, que se fossem praticados de fato, mudariam o quadro do país. As normas trazidas por este Estatuto têm como finalidade a regulamentação do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, que diz:

Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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, à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Estes seres em formação desconhecem termos como educação, lazer, dignidade e respeito. Isso porque, a sociedade, o Estado e por vezes, a própria família não se preocupou em apresentar-lhes os seus direitos em garantir-lhe uma vida digna. E assim, o mundo destes ganham cor e cheiro de morte, assim o mundo é apresentado e, desse modo, são criados os “monstros” da sociedade.

Conforme salienta Dimenstein, “os monstros saíram de vez do armário”, banalizou-se a criminalidade, muitas das notícias acerca da criminalidade no país deixaram de causar preocupação e passaram a ser vistas apenas como estatísticas, eis mais um problema da sociedade contemporânea. Assim como o crime passou a ser comum, as medidas a

este imputadas passou a ser ainda mais comum. Não importa quantos anos o cidadão terá que passar numa prisão, não importa se os seus direitos estão sendo garantidos, não importa se para os mesmos não

A extinção destes “monstros” não depende de uma penalidade, como muitos apontam, na verdade, para tal feito se faz necessário seguir um caminho absolutamente inverso daquele apontado na proposta da redução da maioridade penal, o caminho para a extinção da criminalidade no seio juvenil está pautada na garantia e efetivação dos seus direitos, ou como bem dispõe a Lei 8.069/90 na proteção integral destas crianças e destes adolescentes, que vivem em busca de um meio para sobreviver.

III- QUESTÕES RELEVANTES SOBRE A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Tendo feito breves apontamentos sobre os motivos que levam um adolescente ao mundo do crime, faz-se necessário agora, abordar os porquês de não considerar a diminuição da maioridade penal como a medida mais eficiente para minimização da criminalidade no Brasil.

Essa questão precisa ser debatida, estudada, uma vez que, muitos já perceberam que no Brasil não faltam boas palavras, normas claras e leis otimistas. O que falta mesmo é tudo isso sair de um plano das ideias para o plano concreto, ou seja, sair do papel, da Constituição, dos Estatutos, dos projetos futuros para a prática.

A redução da maioridade penal para 16 anos foi sugerida a princípio pelo senador José Roberto Arruda, como Proposta de Emenda Constitucional (PEC nº 20/1999), a fim de alterar o artigo 228 da Constituição Federal. Desde então, outras PEC's surgiram com a mesma proposta, porém só agora a sociedade começou a tomar partido desta ideia.

Importa ressaltar que a própria legislação brasileira aponta que o jovem de 16 ou 17 anos não possui a mesma capacidade psíquica ou a mesma maturidade que um jovem acima de 18. Basta observar que um jovem dessa idade não pode casar; pode votar, mas não pode ser votado, e agora uma parte numerosa da população passou a julgá-lo como capaz ou maduro suficiente para ser condenado.

Ao se posicionar acerca do tema, Rebelo demonstra não acreditar que dessa maneira os jovens deixarão de cometer infrações. Ademais, considerando o fato de estarem em formação, existem maiores possibilidades de mudanças nessa fase da vida, que na fase adulta. Logo, uma prisão não seria a medida mais adequada para contribuir com um desenvolvimento sadio. Ele assegura ainda que:

“Outro fundamento que se revela mais importante com relação à proteção especial reside no fato de que o menor de 18 anos tem mais condições de se re-educar, de se ressocializar, de se re-estruturar psicologicamente que um adulto, pois é inegável que sua personalidade e caráter, em razão da pouca idade, podem ser modificados para melhor com um atendimento especial, muito diverso daquele que é dado nas prisões”. (2010, p.29)

Se o ambiente é fundamental para o desenvolvimento humano, não parece justo colocar alguém que se encontra nessa fase de formação psíquica num lugar onde as condições habitacionais são definitivamente problemáticas.

Rebelo acrescenta ainda que, “redução pela redução de nada adiantaria, uma vez que, em assim procedendo, estar-se-ia apenas aumentando o contingente carcerário de um já notoriamente falido, sistema prisional.” (2010, p. 49).

Não é sem motivo que os presídios são conhecidos por escola/faculdade do crime, e, por ser assim, pretende-se concluir com esse trabalho que, a inserção de um adolescente num lugar assim, acompanhado de outros criminosos, dotados de muita “experiência criminal”, produziria como consequência inevitável a sua mais rápida integração no crime organizado.

CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou, em apertada síntese, a redução da maioria penal como uma fórmula ineficaz para a minimização da criminalidade. Visando esclarecer que este recurso só serviria para adiar um problema que conseqüentemente – quando o adolescente saísse da “escola do crime” – traria ainda mais desconforto para o país.

Está mais do que demonstrado que o problema começa onde poucos procuram. No “dever ser” de cada cidadão, na consciência formada a partir do conhecimento e não de uma informação ou opinião já formada, proporcionada, muitas vezes, por aqueles que desconhecem absolutamente a raiz do problema.

É desejo de todos ver o país livre das violências, das drogas e de tantas outras mazelas físicas e psíquicas que vem crescendo a cada dia, entretanto, poucos se esforçam, de fato, para que esse desejo se concretize. Bastava que cada integrante da sociedade cumprisse com seu dever social, e assim, seria possível ver uma civilização mais harmoniosa e civilizada

A transformação social parte de cada um, apesar de poucos acreditarem na possibilidade de um futuro melhor para as crianças, ele existe e é construído no momento presente. Basta que cada um faça sua parte enquanto ser social, de modo a pensar no bem comum, na necessidade do outro. Se faz necessário adotar responsabilidade de uns para com os outros, não se pode cruzar os braços e assistir de longe a decadência dos seres que não tiveram oportunidade na vida.

É preciso tirar o ECA do papel e as mãos do bolso. O sistema carcerário, não tem condições de ressocializar ou reabilitar um jovem e a redução da maioridade seria apenas um paliativo, jamais a cura para o verdadeiro problema.

REFERÊNCIAS BIBLIGRÁFICAS

DIMENSTEIN, Gilberto. **O cidadão de papel: A infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil.** 22 edição. São Paulo: Ática, 2009

ISHIDA, V. KENJI. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência.** São Paulo: Atlas, 2010.

REBELO, Carlos Eduardo Barreiros. **Maioridade Penal e a polêmica acerca da sua redução.** 1º edição. Rio de Janeiro: Ius Editora, 2010.

Ministério Público do Estado do Paraná. Redução da maioridade penal: Acompanhando a PEC nº 20 / 1999 - Histórico de PEC's. Disponível em:

<<http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=383>> **Acessado em: 15 Nov. 2012.**

O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA E A NOVA PERSPECTIVA NO PLANO FAMILIAR

ADLAN VIEIRA DO NASCIMENTO: Discente do curso de Direito da Faculdade Estácio de Macapá - AP.

DACLEIDE SOUSA CUNHA GATINHO: Docente do curso de Direito da Faculdade Estácio de Macapá - AP. Mestre em Direito.

RESUMO: O presente artigo científico tem como objetivos, analisar o Instituto da Guarda Compartilhada desde sua origem até os dias atuais, abordando as qualidades ligadas a esse modelo de guarda que por mais que já seja muito utilizado no Sistema Jurídico Brasileiro, vem sofrendo algumas críticas quando se impõe nos casos em que não é possível a relação pacífica entre os pais da criança, analisar o cumprimento no âmbito do Direito de Família após a separação dos pais. Para isso, procurou-se fazer uma reflexão da Lei 11.698, de 13 de junho de 2008 que posteriormente foi alterada pela Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014 que modificou alguns artigos do Código Civil de 2002 relacionados ao significado e aplicação da guarda compartilhada dando preferência aos casos em tenha litígio entre o casal. Buscou também relatar os pontos positivos e negativos da aplicabilidade da nova Lei. Para que o objetivo desejado fosse alcançado, foram utilizados artigos científicos que tem relação com o tema em questão, também da utilização de jurisprudência, legislação, pesquisa bibliográfica através de abordagem qualitativa. Finalmente, através do estudo do tema chegou-se ao resultado de que a guarda compartilhada é mais benéfica, já que a impossibilidade de diálogo e as brigas entre os genitores ocasionariam diversos danos à integridade moral da prole, sendo esse o principal ponto negativo.

Palavras-chave: Família, Novo Código de Processo Civil, Guarda Compartilhada, Pais.

ABSTRACT: This scientific article aims to analyze the Institute of Joint Guard since its inception to the present day, addressing the qualities linked to this guard model that however much is already widely used in the Brazilian legal system, has come under some criticism when it places where it is not possible the peaceful relationship between the child's parents, analyze compliance under the Family Law after separation from parents. For this, we tried to make a reflection of Law 11,698 of June 13, 2008 which was later amended by Law 13,058, of December 22, 2014 which modified some Civil Code articles 2002 related to the meaning and application of shared custody giving preference to cases have dispute between the couple. Also sought to report the strengths and weaknesses of the applicability of the new law. In order for the desired goal was achieved, have been used scientific articles that relate to the topic at hand, also the use of case law, legislation, bibliographical research through qualitative approach. Finally, through the theme of the study came to the result that joint custody is more beneficial, since the impossibility of dialogue and the fights between the parents caused extensive damage to the moral integrity of the offspring, which is the main drawback.

Keywords: Family, New Code of Civil Procedure, Shared Custody, Parents.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que a família é extremamente importante no desenvolvimento das crianças, um ambiente nivelado oferece crescimento sadio e assegura que esta criança quando se tornar adulta terá princípios e consciência de todos os seus direitos e deveres de cidadão.

Noutro tempo o Poder Familiar foi conhecido como Poder Pátrio onde tinha como base o princípio da autoridade que tinha

como figura única o pai em se tratando do dever, atribuição e educação dos pais em relação aos filhos, ou seja, cabia ao pai o poder absoluto sobre o filho, terminando unicamente com a morte do pai. Assim, não havia a figura da mãe e do pai desempenhando juntos os deveres e poderes como atualmente, uma vez que a mãe simplesmente dava assistência na educação da prole.

Com o passar do tempo ocorreu uma evolução no Poder Pátrio, o pai começou a ficar menos tempo em casa com os filhos, pois ele era responsável pelo sustento da família, em decorrência disso os filhos passaram a ficar frequentemente sob a guarda da mãe, já que elas permaneciam em casa a maior parte do tempo. Essa mudança fez com que o poder de liderar a administração e educação dos filhos fosse concedido ao pai e a mãe, gerando uma equivalência de condição que não possuía vigor a prevalência da escolha paterna.

Com a ruptura do vínculo conjugal, buscou-se um padrão de guarda que protegesse o melhor interesse do menor e que os pais a desempenhassem de forma harmoniosa, conjunta e imparcial. Atualmente é notório que já não existem tantas diferenças e preconceitos entre o homem e mulher com relação à inserção no mercado de trabalho como outrora.

A guarda compartilhada tornou-se efetiva no ordenamento jurídico brasileiro com a publicação da Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, que inovou no Direito de Família modificando os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro, com a conversão da guarda compartilhada em guarda legal, que era concedida no caso de acordo entre os pais. Esta lei também trata da guarda unilateral que era concedida nos casos em que não tivessem acordo entre os pais, então caberia ao magistrado conceder a guarda unilateral ao genitor que tivesse as melhores condições para desempenhá-la. E como na maioria dos casos não havia acordo entre os pais, o modelo de guarda compartilhada era pouco aplicado.

Com o intuito de priorizar a aplicação do modelo de guarda compartilhada, visando o princípio do melhor interesse do menor, foi publicada a Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014 que modificou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002, onde se define a aplicação da mesma nos casos em que não houver acordo entre os pais, com exceção no caso de um dos pais declarar ao juiz que não quer a guarda do menor.

Este artigo tem como propósito principal analisar e sobre como instituto da guarda compartilhada funcionou perante o judiciário com a Lei 11.698, de 13 de junho de 2008 e como e aplicado como a nova Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, explanar a guarda de forma geral, apontar as principais considerações da guarda compartilhada quando confrontada com o princípio do melhor interesse do menor para responder a seguinte indagação: A utilização da nova guarda compartilhada demonstra mais pontos positivos ou negativos para o conforto, segurança e felicidade dos pais e da prole? Essa forma de guarda irá diminuir o drama que separa pais e filhos de uma convivência mais fraterna?

Por conseguinte, esse artigo trata-se de uma revisão literária realizada por meio de artigos científicos, doutrinas, legislação e jurisprudências que foram de grande contribuição para compreensão do tema.

1. DA GUARDA

São diversos os fatores que são levados em consideração pelos autores, quando se busca conceituar a guarda, porque cada um tem uma perspectiva distinta durante a conceituação desse instituto.

Conforme Laux; Roudi (2003, p. 177):

“A guarda de filhos envolve direitos e deveres que competem indistintamente a ambos

os pais, ora de proteção, ora de companhia dos filhos. Por se tratar de um dos elementos do poder familiar, a guarda deve ser entendida muito mais como um dever dos pais em relação aos filhos, do que uma prerrogativa daqueles em relação a estes.”

Assim entende-se que a guarda é uma obrigação de proteção dos direitos e deveres dos filhos em que ambos os pais devem estar envolvidos.

Conforme Guilherme Gonçalves Strenger: “A guarda de filhos é o poder-dever de mantê-los no recesso do lar” (2002, p. 31). Já Mário Aguiar Moura, explica a guarda como um controle objetivo do desenvolvimento do filho, desta maneira, para ele a guarda, “em sentido jurídico, representa a convivência efetiva dos pais ou responsável com o menor, sob o mesmo teto, com o dever de assistência material, para a sobrevivência física e moral, para o desenvolvimento psíquico” (1980, p. 15). Podemos verificar que guarda está ligada a prática do poder familiar, onde tem como principal função a responsabilização material e afetiva dos pais sobre os filhos, como meio de proteção integral.

O termo “guarda” empregado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA e pelo Código Civil, mas com definição distinta. De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, a função da guarda é regulamentar a posse de fato sendo concedida para atender a situações inerentes ou ausência dos pais da criança.

Em muitos casos, devido a vários razões, a criança ou adolescente convive por um grande tempo com a família não biológica, sem que tenha definição legal, para que essa situação fosse regularizada o Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA normatizou o artigo 33 § 1º, que diz: “a guarda destina-se a

regularizar a posse de fato, podendo se deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiro”.

Essa forma de guarda será utilizada nos casos de descumprimento do dever de guarda, resultante do exercício do poder familiar, que implica no cuidado que os pais devem ter com seus filhos, colocando a criança em família substituta. Sendo que os pais biológicos não são impedidos do direito de visitas, nem ao dever de alimentos. (Art. 1.566, IV, 1.584, *caput*, Código Civil).

A guarda derivada do exercício do poder familiar tem previsão no Código Civil de 2002 nos artigos 1.630 e 1.638, assim como no Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA nos artigos 21 e 24, definindo que o poder familiar será exercido de maneira igualitário pelo pai e pela mãe, não tendo qualquer distinção entre eles. Caso o casal conviva no mesmo ambiente, a responsabilidade e guarda dos filhos estará sob ambos os pais, sendo que isso é caracterizado como poder familiar. Uma das funções que o poder familiar possui é a guarda dos filhos, tendo destaque quando se dissolve o afeto depois da separação pais, fazendo com que seja necessária a reestruturação do ambiente familiar na presença de uma nova realidade fática.

Na ocasião em que ocorre a separação dos cônjuges, surge a necessidade de decidir com quem a prole irá residir, assim como questões inerentes ao acompanhamento de saúde psíquica e física, dentre outras questões essenciais para o desenvolvimento da criança e adolescente. Devido a isso, cabe aos pais definirem a guarda dos filhos, mas, caso isso não aconteça, a guarda será concedida judicialmente, preservando ao interesse da prole, podendo o magistrado optar pela forma de guarda mais correta para o caso concreto.

2. DA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda pode ser compreendida como a entrega decretada a um dos pais, de maneira separada ou em conjunto, de cumprir atribuições tais como: proteção, cuidado e tutela do filho. Caso a guarda seja executada individualmente por um dos pais da criança, a mesma será denominada de guarda unilateral. Quando executada conjuntamente por ambos os pais, estaremos diante da guarda compartilhada. (LÔBO, 2008b, p. 24)

De maneira histórica, a guarda unilateral tem sido a forma de guarda dominante no Brasil. O Código Civil Brasileiro no artigo 1.583, § 1º define que a guarda unilateral é aquela atribuída “a um dos genitores ou alguém que o substitua”. De um lado, um dos pais exerce individualmente a função de guardião do filho e direitos e deveres, essa forma de guarda normalmente é exercida pela mãe, pois ela tinha maior tempo disponível já que ficava em casa e o era responsável pelo sustento da família.

Assim explica Grisard Filho (2014, p.184):

O sistema de guarda única, invariavelmente concedida à mãe, não mais atendia a vasta e crescente problemática da guarda de filhos após a dissolução da sociedade conjugal- do casamento ou da união estável. Sobravam efeitos patológicos a quem estava em fase de constituição de sua personalidade. Colocados os interesses do menor como fundamentos básicos à solução de qualquer questão que lhe diga respeito, a extrema proteção de seus direitos (art. 227 da CF), a guarda compartilhada surge para responder as exigências daquele princípio, reequilibrando os papéis parentais nos cuidados aos filhos menores de idade ou maiores incapazes.

Por outro lado, a outra figura que será o não guardião deixa de exercer a utilização do poder familiar, sendo-lhe garantido apenas o direito de visitas, assim como fiscalizar a manutenção e educação da criança, essa decisão poderá ser modificada somente pelo magistrado. (art. 1.589 do Código Civil)

O § 2º do artigo 1.583 diz respeito de critérios para custódia unilateral que será conferida a um dos pais que ofereça melhores condições para seu exercício, levando em consideração o bem-estar da criança. Vale salientar que melhores condições não significam unicamente ao critério do pai ou mãe que disponha de boas condições financeiras. Essa forma de guarda é muito criticada por alguns doutrinadores.

Para Maria Berenice Dias, a aplicação da guarda unilateral distancia o laço de paternidade da criança, uma vez que ao pai será estipulado o dia de visita e que na maioria das vezes esse dia não será um bom dia devido isso ser previamente marcado, e as regras serem impostas pelo guardião do menor^[1]. Para Silvio de Salvo Venosa, a guarda unilateral separa a prole da proteção de um dos pais e pode ser um caminho ao compartilhamento, como nos casos em que o direito de visitas é mais extenso podendo qualificar forma de coexistência^[2].

Entretanto, essa visão jurídica com relação à guarda, vem sendo transformado. Visto que, a decretação da impropriedade da guarda unilateral, que não guardam espaço a igualdade parental vigente. (GRISARD, 2009, p. 158) Ademais, o número de separações entre casais vem aumentando com o decorrer do tempo e a guarda unilateral que beneficia a mãe vem sendo muito comentada, porque já não existe muitas diferenças entre homem e mulher no mercado de trabalho, assim as mulheres tem assumido seu papel se equiparando aos homens, fazendo com que o interesse da criança não seja atendido.

Apesar da pouca aplicabilidade da guarda compartilhada no Brasil pelos órgãos do judiciário, sustentada no Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA e nos princípios constitucionais, só foi normatizada no nosso ordenamento jurídico em 13 de junho de 2008, por meio da Lei 11.698, que alterou aos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, ficando a critério do magistrado a aplicação, sempre que possível, tentando fazer com que os cônjuges pudessem de maneira equiparada participar no dever de guarda filhos, assim como os filhos convivessem com ambos os pais, mesmo depois da dissolução da sociedade conjugal.

De acordo com a percepção de Quintas (2010, p.28):

“guarda compartilhada é uma modalidade de guarda em que os pais participam ativamente da vida dos filhos, já que ambos detêm a guarda legal dos mesmos. Todas as decisões importantes são tomadas em conjunto, o controle é exercido conjuntamente. É uma forma de manter intacto o exercício do poder familiar após a ruptura do casal, dando continuidade à relação de afeto edificada entre pais e filhos e evitando disputas que poderiam afetar o pleno desenvolvimento da criança.”

Portanto, a oportunidade trazida pela guarda compartilhada de os filhos serem cuidados por ambos os pais depois do divórcio é de total importância para o desenvolvimento da prole, desta maneira os pais poderiam tomar decisões juntos visando atender ao bem-estar dos filhos.

Vale ressaltar que a guarda compartilhada não pode ser agregada e relacionada com a guarda alternada que, de acordo com Alves (2009, p. 103), não é aconselhada. Essa forma de guarda irá favorecer apenas o interesse dos pais, não considerando o princípio

do melhor interesse do menor, ocasionando em dano para o desenvolvimento dos filhos. (GUIMARÃES; GUIMARÃES, 2008, p. 477).

3. A NOVA GUARDA COMPARTILHADA: LEI 13.058 de 2014

Constava na lei anterior da guarda compartilhada que “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”. Porém, poucas foram as decisões que indicaram a guarda compartilhada. Ocorria que a maioria dos magistrados das Varas de Família acabava aplicando a guarda unilateral nos casos em que houvesse litígio entre os pais, fundamentando que a aplicação da guarda compartilhada só deveria ser feita caso os pais tivessem uma boa relação entre si^[3].

Diante disso, no dia 22 de dezembro de 2014 foi publicada a lei que privilegia a Guarda Compartilhada - Lei 13.058, que designa a guarda compartilhada no término da relação conjugal, alterando os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002, sua definição e sua aplicabilidade, como o principal objetivo de dividir de maneira equiparada o tempo de convivência entre pais e filhos (art. 1.583, §2º). Pode-se considerar que a lei anterior referente a guarda compartilhada é considerada jovem na legislação, uma vez que foi publicada no ano de 2008 e que sua aplicabilidade não foi eficiente e seus efeitos não foram satisfatórios nos casos concretos.

A lei vigente causou muita polêmica e divergências de avaliações devido à exigência para que a guarda compartilhada seja aplicada, mesmo nos casos em que não houver acordo entre os pais da criança, deixando de ser exceção para ser regra.

Rodrigo da Cunha Pereira se declara a favor dessa nova mudança, porque acredita que o maior beneficiado serão os filhos,

já que a criação dos filhos não é simples, nem nos casos em que os pais vivem juntos. É claro que para aplicar a guarda compartilhada o magistrado se baseará no melhor interesse dos filhos. (Em benefício dos filhos, 2014).

Maria Berenice Dias informa é necessário que os pais estejam em concordância em favor do bem da criança, superando questões pessoais que venham ficar após o término conjugal, colocando fim a ideia de posse da criança. (A falaciosa determinação da aplicação da guarda compartilhada, 2014).

De acordo com a lei da guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos seus interesses. (art. 1.583, §3º) A moradia deve representar um centro de apoio onde o filho encontre amparo para seu desenvolvimento e convivência.

O artigo 1.582 do Código Civil foi ampliado com a inserção do §5º determinando o direito que o genitor não guardião tem caso os pais escolham a forma de guarda unilateral. Como o direito de supervisão do interesse dos filhos, podendo ainda pedir informações e prestação de contas.

§ 5º A guarda unilateral obriga pai ou mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação dos filhos.

É perceptível que este dispositivo tem como objetivo destacar a responsabilidade dos pais, assim como o exercício dos

direitos e deveres relacionados ao poder familiar tenha mais eficácia.

Uma das principais mudanças trazidas pela nova lei da guarda compartilhada, foi a do § 2º do artigo 1.584 do Código Civil, em que a guarda só será decretada a um dos pais, no caso em que outro revelar ao magistrado que não quer a guarda da criança. Nesse caso, o magistrado não poderá decretar o compartilhamento da guarda.

De acordo com o § 4º do artigo 1.584 do Código Civil, na audiência de conciliação, o magistrado terá que informar as partes a respeito das sanções que lhes podem ser impostas nos casos de descumprimento de suas atribuições. Conforme o § 5º do artigo 1.584 do Código Civil, sempre que se perceber a inconveniência dos filhos permanecerem na companhia de nem um dos pais, o juiz poderá decretar à guarda a uma terceira pessoa que seja apta com a natureza da medida, sempre observando o grau de parentesco, a preferência e as relações de afinidade com relação ao menor.

O artigo 1.585 do Código Civil explica que através de medida cautelar de separação de corpos, de guarda ou em outra sede em que é buscada fixação de guarda, a decisão, mesmo que provisória, deverá ser provida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, com exceção se a proteção aos interesses dos filhos requerer a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte. (DIAS, 2015, p. 524).

4. PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

Ao analisar a guarda compartilhada é possível perceber que a aplicação desse modelo de guarda assim como outros tem pontos positivos e negativos, porém é nítido que a guarda

compartilhada é mais vantajosa tanto para a criança quanto para os pais, mas deve ser aplicada de acordo com cada caso concreto.

A respeito disso esclarece Grisard Filho (2014, p. 209-210):

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

Verifica-se que com na guarda compartilhada existe a possibilidade de os filhos de pais separados serem cuidados por ambos os genitores, incluindo a preservação dos direitos e das obrigações para com os filhos, diminuindo os sentimentos ruins trazidos com separação do casal.

Conforme Pereira (2001, p. 53):

“podemos falar hoje de uma crise de paternidade, diante das novas representações sociais da família, frente ao rompimento dos modelos e padrões tradicionais. Sua função básica (do pai) estruturadora e estruturante do filho como sujeito, está passando por um momento histórico de transição, de difícil compreensão, onde os varões não assumem ou reconhecem para si os direito/dever de participar

da formação, convivência afetiva e desenvolvimento de seus filhos.”

Na falta de aplicabilidade da guarda compartilhada os filhos são os principais afetados por não poderem dispor com o referencial paterno em sua vida diária após a separação dos pais, sendo que na maioria das vezes a relação de comunicação entre os pais da criança é quebrada. Assim, a guarda compartilhada irá preservar os laços de afinidade da criança com os pais.

Para que o tempo seja distribuído de forma justa entre os pais, há necessidade de se analisar a rotina do filho, suas atividades e horas de lazer; tudo em busca do seu melhor interesse, sendo que esse equilíbrio deve ser afetivo. Nessa mesma linha é o julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1.

A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou

do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido.

O julgado mostra todos os pontos positivos que a criança recebe com a aplicação da guarda compartilhada, tendo como principal vantagem à atribuição da guarda a ambos os genitores, o que garante aos pais a possibilidade de exercer igualitária e simultaneamente todos os direitos e deveres relacionados aos filhos. É importante dizer que a aplicação da guarda compartilhada não acarreta não ausência de fixação de alimentos, onde pode ser necessária.

Nos pontos negativos, poderão ocorrer indecisões por parte da criança em relação a não saber com quem recorrer na

tomada de algumas decisões, principalmente se os pais têm conceitos pré-fixados diferentes e também no caso da criança com pouca idade, já que a mesma precisará de solidez onde essa forma de guarda não oferece.

Sobre isso existe uma conclusão fixada na jurisprudência, como a do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

DIREITO DE VISITA. PEDIDO DE AMPLIAÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO. Se a criança está ainda em tenra idade e desde o nascimento encontra-se sob os cuidados do casal guardião, que lhe tem devotado o afeto e as atenções próprias de pais, e se a regulamentação de visitas em favor do pai biológico já estava regulamentada e agora foi ampliada pelo julgador, proporcionando uma maior aproximação entre pai e filho, descabe ampliar ainda mais a visitação, de forma a aproximá-la de uma guarda compartilhada, pois isso implicaria alteração profunda na rotina de vida da criança, modificando seus referenciais, sendo recomendável sempre a máxima cautela para evitar mais traumas ao infante. Recurso desprovido. (SEGredo DE JUSTICA) (TJRS, AGI Nº 70006449912, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Sétima Câmara Cível, Julgado em 20/08/2003, DJ).

Nos casos em que os pais estão em constante conflito, não cooperativos que sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos deverá prevalecer é o interesse do menor, pois a aplicação da guarda compartilhada será muito prejudicial para a criança.

CONCLUSÃO

Ao analisar a guarda compartilhada por meio da presente revisão de literatura, podemos constatar que esse instituto visa resguardar ao menor o direito de conviver com ambos os genitores de forma ampla e também o direito do menor de ter a participação de ambos em decisões sobre sua vida.

A aplicação da guarda compartilhada como regra geral é um poderoso instrumento para garantir a progressão inversa à alienação parental, dificultando essa prática odiosa e corriqueira, criando uma tendência de minimização da prática da alienação parental, apesar disso o convívio constante do filho com ambos os genitores lhe dará condições de avaliar por si só a conduta de cada um.

Diante do exposto, demonstraram-se os pontos positivos e negativos da aplicação desse modelo de guarda, levando em consideração o melhor interesse do menor, sendo que esse modelo representa o fim do dever dado a apenas um dos pais em administrar a vida da prole. Ao compartilharem a guarda, pai e mãe poderão ter contato diário com a criança e participar igualmente do cotidiano desta.

Finalmente, pode-se afirmar que a maior cooperação entre os pais provocada pela guarda compartilhada, traz grandes benefícios a todos os envolvidos, sobretudo aos filhos, pois permite a eles que, mantendo-se sempre próximo aos pais, enfrente de forma menos traumática, a separação havida com o rompimento do casamento por seus genitores.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A guarda compartilhada e a lei nº. 11.698/2008**. Revista Iob de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 51, jan./fev. 2009. p. 95-117.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1428596** RS 2013/0376172-9. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 03/06/2014. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=GUARDA+COMPARTILHADA>. Acesso em: 24/08/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **AGI Nº 70006449912**. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Sétima Câmara Cível, Julgado em 20/08/2003. Disponível em: http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/539/3/20779628_Priscila%20Santos.pdf. Acesso em: 10/09/2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Lex**: Vade Mecum. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 261-263.

BRASIL. 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: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2008/Lei/L11698.htm. Acesso em: 11/08/2015.

BRASIL. 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: 25/05/2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de famílias**. 10ª ed, rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GRISARD FILHO, W. **Guarda compartilhada: Um novo modelo da responsabilidade parental**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

GUIMARÃES, Marilene Silveira; GUIMARÃES, Ana Cristina Silveira. **Guarda - um olhar interdisciplinar sobre casos jurídicos complexos**. In: ZIMERMAN, D.; COLTRO, A. C. M. (Orgs.). Aspectos psicológicos na prática jurídica. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008. p. 477-496.

LAUX, Maria Aparecida Bernart; RODI, Claudia. **Compartilhamento da guarda e a proteção integral do infante**. Revista Jurídica, v. 7, n.14, p. 175-193, ago/dez. 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008a.

_____. Guarda e convivência dos filhos após a lei nº. 11.698/2008. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, Porto Alegre: Magister, n. 6, out./nov. 2008b. p. 23-35.

MOURA, Mário Aguiar. **Guarda de filho menor**. Ajuris 19, pg. 14 – 33. Porto Alegre, jul. 1980.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e psicanálise: Uma prática interdisciplinar**, São Paulo: Revista do Advogado, associação dos advogados de São Paulo, n.62, 2001.

_____. Artigo publicado na revista eletrônica O Globo sob o título: **Em benefício dos filhos**. Publicado em: 29 de dezembro de 2.014. Disponível em:< <http://oglobo.globo.com/opiniao/em-beneficio-dos-filhos-14917584>>.

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

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2006. Código Civil/2002 - Jurisprudência.

NOTAS:

[1] DIAS, Maria Berenice. Op cit., 2013, p.458-459.

[2] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. v.6, 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.188.

[3] Nesse sentido, alguns exemplos de julgados do TJRS: Agravo de Instrumento 70059494336; Apelação Cível 70060184611; Agravo de Instrumento 70058925074.