

REVISTA

ERGA OMNES

ESCOLA DE MAGISTRADOS DA BAHIA



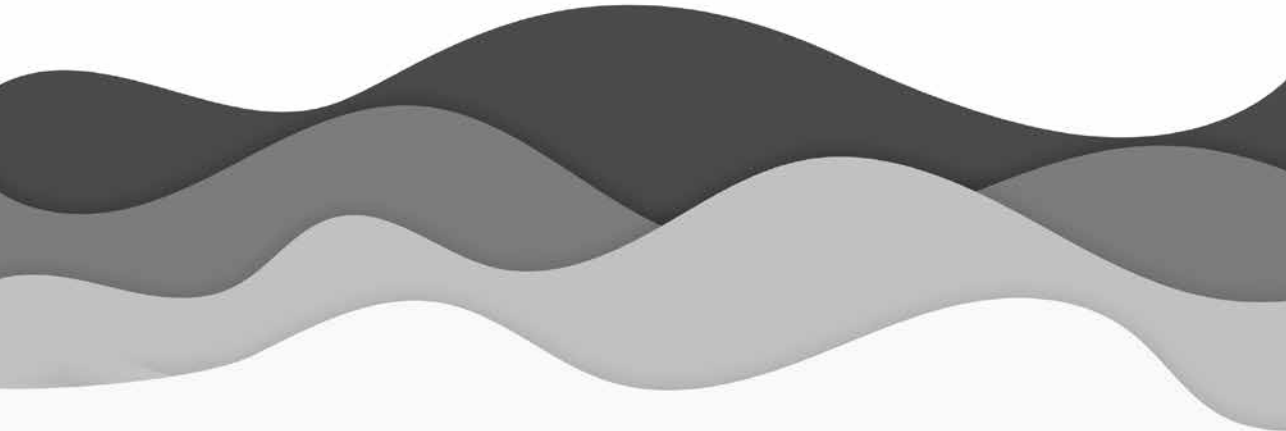
ANO 11, Nº 18
JAN/JUN 2022
ISSN 1984-5618



ANO 11, Nº 18, JAN/JUN 2022

ERGA OMNES

ESCOLA DE MAGISTRADOS DA BAHIA



ISSN 1984-5618



ESCOLA DE MAGISTRADOS DA BAHIA

EMAB 2020/2022

DIRETOR-GERAL

Juiz Rosalvo Augusto Vieira da Silva

VICE-DIRETOR

Juiz Alberto Raimundo Gomes dos Santos

COORDENADORA-GERAL

Desa. Joanice Maria Guimarães de Jesus

COORDENADORES DE CURSOS

Juíza Cristiane Menezes Santos Barreto

Juiz Rodrigo Souza Britto

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DA BAHIA

AMAB 2020/2022

PRESIDENTE

Juíza Nartir Dantas Weber

1º VICE- PRESIDENTE

Juiz Alberto Raimundo Gomes dos Santos

2º VICE- PRESIDENTE

Juiz Luís Henrique de Almeida Araújo

CONSELHO EDITORIAL

Juiz Alberto Raimundo Gomes dos Santos
Juíza Cristiane Menezes Santos Barreto
Desa. Joalice Maria Guimarães de Jesus
Juiz Rodrigo de Souza Britto

RESSALVA

Os artigos aqui exibidos foram publicados na íntegra e não passaram por controle de conteúdo ou revisão ortográfica, já que os textos são de inteira responsabilidade dos seus autores. Assim, a Escola de Magistrados da Bahia não se responsabiliza pelas opiniões e dados apresentados pelos autores na presente revista.

COMISSÃO ORGANIZADORA

Bartira Pereira Dantas
Elineia Alves da Silva
Miriam de Almeida Santana

FICHA TÉCNICA

ISSN 1984-5618

Projeto Gráfico e diagramação
João Soares

ÍNDICE

EDITORIAL	9
DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA	11
<i>Mário Augusto Albiani Alves Júnior</i>	
O SUPERENDIVIDAMENTO: CAUSAS E SOLUÇÕES	24
<i>Nícia Olga Andrade de Souza Dantas</i>	
PRIMEIRAS LINHAS QUANTO AO IMPACTO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NA FORÇA PROBANTE DOS DOCUMENTOS ELETRÔNICOS EM PROCESSOS SUBMETIDOS AOS JUIZADOS ESPECIAIS DE RELAÇÕES DE CONSUMO	52
<i>Michelline Soares Bittencourt Trindade Luz</i> <i>Belmiro Vivaldo Santana Fernandes</i>	
SÚMULA 231 DO STJ: EM BUSCA DE UMA NECESSÁRIA RESIGNIFICAÇÃO	66
<i>Moacyr Pitta Lima Filho</i>	
DANO MORAL E A CONSTANTE DICOTOMIA ENTRE AS FINALIDADES DE REPARAR E PUNIR. UM PARALELO COM O INSTITUTO DO PUNITIVE DAMAGES	82
<i>Valécio Passos Beserra</i>	
DIREITO AO DESENVOLVIMENTO SAUDÁVEL DE CRIANÇAS EM CASAS DE ACOLHIMENTO THE RIGHT TO HEALTHY DEVELOPMENT FOR CHILDREN IN CHILD-CARE FACILITIES	97
<i>Andréa Tourinho Cerqueira de Araújo</i>	

EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS – QUESTIONAMENTOS ENTRE A TEORIA E A PRÁTICA	119
<i>Nelson Santana do Amaral</i>	
O NOVO CRIME DE PERSEGUIÇÃO, ART. 147-A DO CÓDIGO PENAL E SUA FALTA DE PROPORCIONALIDADE NO PRECEITO SECUNDÁRIO PARA PROTEÇÃO DA MULHER VÍTIMA DE STALKING.	135
<i>Carlos Eduardo da Silva Camillo</i>	
A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA ÀS RELAÇÕES VIRTUAIS DE AFETO COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES	145
<i>Sandra Magali B. S. Mendonça</i> <i>Thaís Santos Salles</i>	
JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MODELO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NA ÁREA PENAL JUSTICE RÉPARATRICE COMME MODÈLE DE RÉSOLUTION DES CONFLITS DANS LE DOMAINE PÉNAL	162
<i>Joanice Maria Guimarães de Jesus</i>	

EDITORIAL

Em 14 de dezembro de 1982, foi fundada a Escola de Preparação e Aperfeiçoamento de Magistrados (EPAM), nomenclatura que perdurou até final da década de 90, quando passou a se denominar a Escola de Magistrados da Bahia (EMAB).

Ao longo de quatro décadas, a Escola de Magistrados serviu de grande lastro para o treinamento e capacitação de novos magistrados, além de contribuir para a difusão do conhecimento jurídico no meio acadêmico e institucional do Tribunal de Justiça da Bahia, inclusive com o oferecimento de cursos preparatórios para a Magistratura e de pós-graduação em diversas áreas do Direito.

Neste 2022, ao comemorar 40 anos de fundação, a Escola de Magistrados renderá suas homenagens também àquele que iniciou – e perpetuou – as bases do ensino da Escola de Magistrados da Bahia: o Desembargador Mário Augusto Albiani Alves, falecido em 11 de julho de 2021.

De fato, cabe destacar o papel do Des. Mário Albiani, fundador da nossa Escola e grande entusiasta do ensino e da valorização da magistratura baiana, ao longo de sete mandatos na condição presidente da Associação dos Magistrados da Bahia (AMAB) nos anos de 1981 a 1989 e de 1992 a 1999. Era uma pessoa carismática, empreendedora e grande jurista, sendo muito querido e respeitado na magistratura. Ocupou o cargo de presidente do Tribunal de Justiça da Bahia nos anos de 1990 e 1991, tendo ainda assumido, em 1991, o cargo de Governador do Estado da Bahia durante 10 dias.

Esta 18ª edição da Revista “Erga Omnes” serve de marco dos 40 anos de história da EMAB, e apresenta produções, de grande relevância para o conhecimento jurídico, de autoria de magistrados deste Tribunal de Justiça da Bahia e juristas sobre a “Democratização do acesso à justiça e judicialização excessiva”, de Mário Augusto Albiani Alves Júnior; “O superendividamento: causas e soluções”, de Nícia Olga Andrade de Souza Dantas; “Primeiras linhas quanto ao impacto da lei geral de proteção de dados na força probante dos documentos eletrônicos em processos submetidos aos juizados especiais de relações de consumo”, de Belmiro Vivaldo Santana Fernandes e Michelline Soares Bittencourt Trindade Luz; “Súmula 231 do STJ: em busca de uma necessária ressignificação”, de Moacyr Pitta Lima Filho; “Dano moral e a constante dicotomia entre as finalidades de reparar e punir. um paralelo com o instituto do punitive damages”, de Valécio Passos Beserra; “Direito ao desenvolvimento saudável de crianças em casas de acolhimento”, de Andréa Tourinho Cerqueira de Araújo; “Execução de medidas

socioeducativas – questionamentos entre a teoria e a prática”, de Nelson Santana do Amaral; “O novo crime de perseguição, art. 147-a do código penal e sua falta de proporcionalidade no preceito secundário para proteção da mulher vítima de stalking”, de Carlos Eduardo da Silva Camillo; “A aplicação da Lei Maria da Penha às relações virtuais de afeto como mecanismo de efetivação dos direitos humanos das mulheres”, de Sandra Magali B. S. Mendonça e Thaís Santos Salles; e “A Justiça Restaurativa como modelo de resolução de conflitos na área penal”, de Joalice Maria Guimarães de Jesus.

Desejamos uma ótima leitura!

DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA

Mário Augusto Albiani Alves Júnior

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Membro do Comitê Executivo Nacional do Fórum da Saúde do CNJ. Coordenador do Comitê Executivo Estadual do Fórum da Saúde do CNJ. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil, pela Universidade Estácio de Sá. Pós-graduado em Direito do Estado, pela EMAB – Escola de Magistrado da Bahia, em convênio com a Faculdade Baiana de Direito. E-mail: malbianjr@terra.com.br

Resumo: O advento da Constituição de 1988 trouxe como uma de suas conquistas a ampliação e facilitação do “acesso à Justiça”, que fez surgir um verdadeiro desafio para o Poder Judiciário, na busca por meios capazes de mitigar a judicialização, que se tornava cada vez mais excessiva e impactava no seu funcionamento, diante das novas garantias constitucionais abarcadas. Esse fenômeno que partiu da Carta Cidadã exigiu, sem muito planejamento, inúmeros investimentos por parte do Judiciário, considerando a necessidade de uma ação rápida e eficaz, com o objetivo de evitar o desgaste institucional que se apresentava, de forma clara. A criação dos Juizados Especiais, inclusive com competência material definida, a instalação de novas varas e comarcas; e o estímulo aos meios consensuais de resolução de litígios, dentre outras iniciativas, tornaram-se incapazes de resolver um problema crônico e grave, inobstante o advento da Emenda Constitucional nº 45, que implementou uma verdadeira reforma no Poder Judiciário. O grande desafio contemporâneo, portanto, é compatibilizar a necessidade de reivindicação, pela sociedade, dos seus direitos e garantias alçados na seara constitucional, com a qualidade que se espera da prestação jurisdicional, garantindo-se um acesso igualitário, democrático, socialmente justo, com foco em procedimentos adequados ao direito em disputa e medidas que lhe sejam estruturantes extrajudicialmente e judicialmente, mitigando, inclusive, o monopólio da jurisdição, sempre que conveniente e possível. Estas questões há muito já inquietavam o Desembargador Mário Augusto Albiani Alves, figura central desta obra, e nortearam a sua atuação no Poder Judiciário do Estado da Bahia, servindo de baliza para inúmeros avanços implementados posteriormente.

Palavras chave: Democratização. Acesso à justiça. Judicialização. Processo estru-

tural. Medidas estruturantes.

Abstract: The 1988 Constitution brought the extent and facilitation of “access to justice” as one of your acquisitions. Under these circumstances, the judicial power started facing a challenge to mitigate the judicialization that interfered in its function due to the new constitutional guarantees. This phenomenon that emerged from the “Magna Carta” required numerous investments without further planning. Nevertheless, these improvised measures granted a more effective and rapid action to avoid the institutional deterioration that revealed itself. Regardless of the Constitutional amendment n.45, which introduced a visible reform in the judiciary, a problem persisted. The creation of small claim courts with a defined material competence, the installation of new counties, and the incentive towards the consensual models of legal proceedings’ resolution and other initiatives revealed themselves powerless to resolve a visible situation. Therefore, the contemporary challenge is to simultaneously grant the citizens their rights ensured by the Constitution and maintain the quality of the jurisdictional practice, equally granting the population a socially fair, democratic, correct judicial and extrajudicial proceeding. These matters intrigued and guided the court of appeal judge Mário Augusto Albiani Alves, the central figure of this article that promoted numerous advances to the judicial power of the state of Bahia.

Keywords: Democratization. Access to justice. Judicialization. Structural process. Structural measures.

Sumário: 1 Introdução. 2 Acesso à Justiça e a Crise da Judicialização. 3 Processo Estrutural e Medidas Estruturantes - Mário Augusto Albiani Alves, O Homem `a Frente do Seu Tempo. 4 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Nesta obra comemorativa, em homenagem a meu saudoso pai, Mário Augusto Albiani Alves, não haveria tema mais apropriado para que, na condição de filho deste magistrado e seguindo a sua carreira, pudesse tratar, sobretudo diante da paixão efusiva que ele tinha a respeito de um assunto que conduziu as suas maiores preocupações durante toda a sua trajetória profissional, voltada à busca em sua concepção do verdadeiro “papel do magistrado e do Judiciário”, fugindo das ideias preconcebidas e repetidas que não solucionavam as distorções do conceito de acesso à justiça à época, conceito que, para ele, indubitavelmente, passava

pela “democratização do Poder Judiciário” na sua concepção externa e interna, a exigir uma posição institucional que permitisse a participação devotada de todos os integrantes desse Poder na formação de uma estrutura sólida e eficiente, capaz de atender aos anseios daqueles que mais necessitavam.

A temática do acesso à Justiça sempre se mostrou pujante, caminhando lado a lado com o estado democrático de Direito, notadamente após a Constituição Federal de 1988 de caráter substancialista, que através da redemocratização do país ampliou significativamente o acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário¹.

A excessiva judicialização, como fenômeno, surge a partir do momento em que os cidadãos passaram a ter maior nível de informação e consciência dos seus direitos, de forma que naturalmente depositaram no Poder Judiciário a *ultima ratio* para a proteção de seus interesses.

A abertura e democratização fizeram com que a demanda dirigida ao Poder Judiciário aumentasse de forma exponencial, acarretando uma preocupação institucional não apenas com o atendimento em massa, mas também com a qualidade da prestação jurisdicional a ser entregue aos cidadãos, em confronto com a quantidade de demandas ajuizadas ligadas, inclusive, à crise de alguns setores sociais e que impunha tempo e atenção especial do Judiciário na lida com cada problema em específico, resultando no impacto enormemente no trabalho desempenhado por todas as engrenagens do Judiciário, o que passou a exigir do operador do Direito maior criatividade, ciência quanto aos fenômenos sociais e qualificação a respeito dos mais diversos temas, de forma a identificar antecipadamente os problemas e as potenciais soluções macro, objetivando a pacificação social, fim maior do Direito.

2 ACESSO À JUSTIÇA E A CRISE DA JUDICIALIZAÇÃO

O processo de legitimação do Poder Judiciário enquanto instrumento de pacificação social perpassa pela análise dos mecanismos que a população possui para, efetivamente, socorrer-se do Estado Juiz.

Neste contexto, a Emenda Constitucional n° 45, também conhecida como Reforma do Poder Judiciário, constitui um divisor de águas no que diz respeito à efetivação do acesso à justiça. A efetividade do acesso à justiça não se cinge à possibilidade de os cidadãos buscarem o Poder Judiciário para resolução de seus conflitos, mas também ao fato de terem seus conflitos resolvidos dentro de um tempo razoável.

1 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 109/110

Assim, a inclusão da garantia fundamental à razoável duração do processo, da ininterruptibilidade da atividade jurisdicional, da necessidade de haver proporcionalidade entre o número de juízes, a efetiva demanda judicial e a respectiva população, associadas à criação do Conselho Nacional de Justiça, para trazer mais transparência, eficiência e qualidade à prestação jurisdicional, representaram algumas das medidas implementadas como forma de garantir à população o acesso à justiça em sua acepção mais ampla.

Entretanto, a despeito das inúmeras inovações trazidas pelo constituinte reformador, o impacto da larga ampliação de acesso ao Poder Judiciário trouxe consigo algumas mazelas até então não vivenciadas, a exemplo da ampla judicialização que acabou abarrotando as serventias judiciais ao longo do país².

A judicialização, sob uma ótica ampla, significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo³.

A origem do fenômeno da judicialização está diretamente ligada à chamada crise das instituições, recaindo sobre o Poder Executivo a natural dificuldade em estabelecer metas claras, precisas e adequadas; dentro das políticas públicas capazes de dar efetividade aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

Por sua vez, o Poder Judiciário, ao concretizar a garantia desses direitos através das inúmeras demandas que passam a surgir, acaba por fortalecer na população a sensação de ser o Judiciário um aliado vital na luta pela garantia dos direitos sociais que dependam da prestação estatal, o que amplia ainda mais a judicialização, concentrando no Poder Judiciário a esperança de solução para todos, ou quase todos, os problemas sociais⁴.

Atento a esta nova realidade, e visando uma melhor prestação jurisdicional, através de soluções mais justas, céleres e adequadas às partes, sobretudo como forma de mitigar os impactos da exponencial judicialização vivenciada pelo Poder Judiciário, o Código de Processo Civil de 2015 previu como um dos princípios basilares do nosso sistema processual o incentivo à conciliação e à mediação, previsto no §3º, do seu art. 3º, que assim dispõe:

2 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 368/369

3 Ibid., p. 448

4 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de direito constitucional. – 15. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020, p. 1032

Art. 3o Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

(...)

§ 3o A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

O incentivo à conciliação e à mediação constitui, portanto, verdadeiro poder-dever do magistrado e dos agentes públicos citados no dispositivo legal, inclusive às partes por meio de seus advogados. Frise-se que a expressão “inclusive no curso do processo judicial” permite a conciliação e a mediação não apenas no âmbito judicial, mas também em sede extrajudicial, sobretudo através de arranjos institucionais.

O poder-dever em promover a conciliação e a mediação também se estendem ao Poder Público em todos os âmbitos, União, Estados e Municípios, os quais deverão inclusive criar câmaras com o fito de alcançar solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, nos termos em que disposto no art. 174, também do Código de Processo Civil:

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Os institutos da mediação e conciliação encontram ampla proteção legal, de forma que o Código de Processo Civil albergou ainda as câmaras privadas de conciliação e de mediação extrajudiciais, dando-lhe regramento equiparado àquelas legais, no que lhes couber, nos termos do art. 175:

Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica. Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação.

A norma jurídica supramencionada não restringe o leque de instrumentos a serem criados e utilizados para promover a conciliação e a mediação extrajudicial, cabendo ao operador do Direito, sobretudo o magistrado, buscar incessantemente a adoção dos meios mais adequados à redução da litigiosidade através da criatividade e da sensibilidade após a identificação dos problemas estruturais e das possíveis soluções, cabendo aqui apontar como exemplos bem sucedidos as criações das câmaras pré-processuais de conciliação em saúde, o sítio eletrônico www.consumidor.gov.br, e a prática do Ombudsman, que muito têm contribuído para desafogar o Poder Judiciário.

Especialmente no que concerne às demandas em massa, o legislador também previu no novo Código de Processo Civil o instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que fixa teses em sede de precedentes obrigatórios, os quais deverão ser seguidos pelos Tribunais e juízes singulares.

A importância da matéria e a sua natural repercussão social podem atrair também a aplicação do Incidente de Assunção de Competência, importante instituto previsto pelo novo CPC, visando a sedimentação de precedentes de observância obrigatória.

Tais medidas visam garantir a uniformidade nas decisões, levando segurança jurídica aos jurisdicionados através de soluções rápidas do Poder Judiciário.

O Código de Processo Civil de 2015 passou, portanto, a trazer ao operador do direito uma nova forma de pensar o direito processual civil, na qual os meios consensuais ou alternativos de solução de conflitos, inclusive extrajudiciais, foram fortalecidos e passaram a ser expressamente consonantes com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também chamado de princípio do acesso à Justiça, constante no *caput* do seu art. 3º, que repete a garantia constitucional prevista na Carta Magna (art. 5º. XXXV, da CF).

Cassio Scarpinella Bueno destaca a importância e a compatibilidade entre o incentivo aos meios alternativos de solução de conflitos e o princípio do acesso à Justiça:

O *caput* do art. 3º (“Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”) traz à mente o art. 5º, XXXV, da CF. Trata-se do princípio do “acesso à Justiça” ou da “inafastabilidade da jurisdição”, na perspectiva que ora interessa. As exceções feitas pelos parágrafos – da arbitragem e dos “meios alternativos (ou consensuais) de solução de conflitos” – são plenamente compatíveis com o referido princípio e devem ser – como, felizmente, o são – incentivadas pelas leis processuais civis e, de maneira absolutamente incisiva e reveladora, também pelo CPC de 2015. Prova segura da afirmação está na obrigatoriedade, como regra, de audiência de conciliação ou de mediação como um dos primeiros atos a serem praticados no procedimento comum (art.

334, caput e § 4º, I).

[...]

O incentivo aos meios alternativos de solução de conflitos não quer significar e não pode querer ser entendido, contudo, como se a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado-juiz, no exercício de sua função típica, seja uma “justiça” de segunda classe ou antiquada, representativa, necessariamente, de formas e ritos formais que remontam ao passado do direito processual civil, quiçá às suas origens. Que ela pode ser residual, no sentido de que os interessados buscaram, de todas as maneiras, uma composição consensual e não a conseguiram, devendo, por isso, reportar-se ao Poder Judiciário, é uma constatação que não pode ser negada. A mentalidade, entretanto, não pode ser a de uma derrota apriorística, fadados os interessados a se perderem nos escaninhos judiciais. Decisivamente não é isso o desejado pelo CPC de 2015 e antes dele pelas novas (e renovadas) formas de pensar o direito processual civil⁵.

É de fundamental importância que o operador do direito contemporâneo, no caso específico os magistrados, pautem a sua atuação na busca pelos instrumentos mais adequados à solução do problema que a si é apresentado, de forma a garantir a racionalização da atividade jurisdicional através da mitigação da judicialização garantindo, em última análise, a razoável duração do processo, a celeridade e a qualidade da prestação jurisdicional, beneficiando todos aqueles que orbitam ao redor do ordenamento jurídico, seja o cidadão, jurisdicionado ou o operador direto da ciência jurídica.

3 PROCESSO ESTRUTURAL E MEDIDAS ESTRUTURANTES - MÁRIO AUGUSTO ALBIANI ALVES, O HOMEM À FRENTE DO SEU TEMPO

Para entendermos melhor o presente e o futuro, é de fundamental importância que olhemos para o passado, especialmente quando falamos da trajetória de um homem à frente do seu tempo e que em toda a sua caminhada como Juiz de Direito, Desembargador e posteriormente Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Mário Augusto Albiani Alves pautou a sua atuação na aproximação do Poder Judiciário com a sociedade, em uma busca permanente pela efetivação e ampliação do acesso à Justiça.

A incessante luta por um ideal de uma “Justiça para todos”, “em tempo

5 BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil - volume único. – 6. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020, p. 157/158

novo”, passava pela concepção de ausência de distinção hierárquica interna dentro do Tribunal de Justiça, cujo conceito se transformaria apenas em uma mera repartição de competências em que Juízes de primeiro e segundo grau deveriam estar imbuídos na construção de uma Justiça eficiente em evitar conflitos e, quando inevitáveis, pudesse atender de modo adequado a todos os cidadãos, de forma igualitária e com atenção às exigências do bem comum.

Traços disruptivos e que eram diferenciais em uma sociedade dos anos 60 do século passado, marcada pelo afastamento das instituições e pelo distanciamento entre a própria sociedade e as instituições, cristalizavam um modelo social no qual o cidadão era pouco ou nada participativo.

Mesmo que de forma intuitiva à época, Mário Augusto Albiani Alves nos deixou um legado precioso, consentâneo com o tema em estudo do Acesso à Justiça, o qual demanda do operador do direito a realização de profundas reflexões, envolvendo desde os meios consensuais e adequados de resolução de conflitos e a adoção de novas tecnologias; perpassando pelo custo do Judiciário e a igualdade de armas; demandas de pequena monta e impactos na judicialização; proteção do consumidor e a força econômica das grandes corporações; os impactos da litigância habitual, eventual e predatória (desestruturante); a função social do processo (art. 8º do CPC); a visão econômica do direito, não apenas em seu aspecto neoliberal, e o consequencialismo; e os processos estruturantes, vistos também sob a ótica extrajudicial, dentre uma infinidade de temas que exsurtem à medida que a sociedade torna-se mais e mais complexa.

Não conseguiria resumir a carreira deste grande jurista em poucas linhas, parágrafos ou mesmo capítulos, entretanto, é preciso destacar algumas passagens de sua carreira tratadas em sua obra intitulada “Minha Vida Pelo Direito” que demonstravam o seu olhar visionário e que estão intrinsecamente relacionadas à temática deste artigo e com todos os fenômenos que envolvem a matéria.

Em uma época na qual a utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos era muito incipiente, Mário Albiani, no começo da década de 1970, com um olhar macro, promoveu a redução massiva de causas trabalhistas na comarca de Coaraci após realizar diversas palestras sobre direitos trabalhistas para patrões e também para empregados, feitos marcantes em uma sociedade na qual predominava o coronelismo sustentado pela força pujante da lavoura cacaueteira.

O importante papel conciliatório lhe rendeu convites para proferir palestras em congressos em Alagoas com o tema: “aliviando tensões sociais”, tendo a sua ação sido de fundamental importância para a criação da segunda junta de conciliação e julgamento da Justiça do Trabalho no ano de 1972, deixando o Juiz de Direito livre para concentrar as suas forças na resolução das demandas relaciona-

das à Justiça Estadual⁶.

A tônica do seu trabalho sempre envolveu o amadurecimento das questões sociais, tidas como fundamentais para alcançar a paz social, medidas de natureza eminentemente estruturantes e que buscavam a essência da função social do processo com o objetivo de garantir a satisfação das exigências do bem comum.

Poderia afirmar, sem medo de errar, que Mário Albiani não apenas buscava atentar-se para a nova função social do processo, como também ressignificou a função social do magistrado, aproximando-o da sociedade e buscando, da mesma forma, aproximar a sociedade do Poder Judiciário, medidas que em sua análise seriam capazes de estimular e facilitar a pacificação dos conflitos sociais, considerando que, apenas inserido no contexto social, poderia o magistrado ou o próprio Poder Judiciário se legitimar no seu exercício de seu mister.

A busca por um ideal de Justiça visava sanar os problemas em sua raiz, ou seja, buscava identificar e entender o problema estrutural no âmago da organização social para, então, buscar a solução definitiva e alcançar a pacificação social, como se extrai do seguinte trecho da sua obra:

Vê-se, desse modo, que o ideal de justiça antecede a própria existência do Poder Judiciário. Tais questões, em nosso país, estão inequivocamente ligadas aos problemas estruturais de organização social, pois a independência e a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário, ainda que prerrogativas constitucionais, na prática não passem de um sonho por tantos quantos acreditam na possibilidade de uma sociedade mais equilibrada, justa e mais humana.

Por isso, o juiz deve ter uma conduta ilibada, não só exercendo suas funções da vida pública, mas também em sua vida particular. É preciso ter bom comportamento para manter o respeito dos cidadãos, não apenas nas cidades do interior, onde o juiz é especialmente fiscalizado por toda a população, mas igualmente nas capitais. Como disse Johan Wolfgang von Goethe, 'a conduta é um espelho no qual todos exibem sua imagem'.

Além do mais, ele deve ser também ativo, mas não indiferente; imparcial, mas não inconsciente; estudioso, incansável, entre as paixões em jogo e a luta de interesses vários, para o Direito e a realizar a Justiça. Seu papel na sociedade moderna é relevante por ser um intérprete da lei, realizador do Direito, pacificador dos conflitos, resguardando sempre a soberania de suas decisões⁷.

Nesta linha, em sua atuação seguiu e fomentou a trajetória do Juiz Parti-

6 ALVES, Mário Augusto Albiani. *Minha vida pelo Direito* – Ponto & Vírgula Publicações – Salvador, 2016, p. 68/69

7 *Ibid.*, p. 175

cipativo, que o acompanhou inclusive quando da sua promoção para o cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, sempre buscando aproximar-se da sociedade e levando a presença efetiva do Tribunal de Justiça para os mais distantes rincões da Bahia⁸.

Sempre atento à qualificação da decisão judicial, antecipou-se à preocupação do Conselho Nacional de Justiça que apenas viria a ser criado muitos anos depois, e fundou a Escola de Magistrados da Bahia – EPAM (ESCOLA DE PREPARAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS), atualmente EMAB, no ano de 1982, muito antes da Constituição Cidadã, com o objetivo de fomentar o estudo do Direito, promovendo a formação e o aprimoramento constante dos magistrados baianos e proporcionando a atualização dos profissionais do Direito, já possuindo mais de 100 (cem) mil alunos em mais de quatro décadas de atuação da Escola.

Na condição de Presidente do TJBA criou o primeiro Juizado de Trânsito do Brasil em 1992 e o primeiro Juizado de Defesa do Consumidor do Brasil, tendo como traço marcante da sua presidência a preocupação com a moralização do Poder Judiciário, com a redução da morosidade e aumento da produtividade no âmbito da Justiça Estadual⁹.

Essas medidas marcaram o Poder Judiciário baiano, facilitando o acesso dos cidadãos à Justiça, e representaram uma marca da gestão do Desembargador Mário Augusto Albiani Alves dentro dos seus ideais de Justiça.

4 CONCLUSÃO

O operador do Direito contemporâneo, a exemplo do agora saudoso jurista Mário Augusto Albiani Alves, deve sempre buscar voltar o seu olhar para o futuro, trazendo soluções disruptivas para os antigos, atuais e persistentes problemas, especialmente quando se fala em acesso à Justiça e na redução da judicialização como medida para que seja alcançada a pacificação social através de uma prestação jurisdicional célere e de qualidade.

Na mesma toada, e sem que isso possa parecer contraditório, é preciso que se invista nos meios consensuais e alternativos de resolução de conflitos, calcado na boa-fé objetiva em sua máxima dimensão, permitindo assim uma maior atividade das partes através de uma forma definitivamente participativa e colaborativa,

8 ALVES, Mário Augusto Albiani. *Minha vida pelo Direito* – Ponto & Vírgula Publicações – Salvador, 2016, p. 115/116

9 *Ibid.*, p. 125/137

fomentando uma prática de verdadeiro desapego do Judiciário, democratizando não apenas o acesso à Justiça, mas democratizando a efetiva solução para os litígios sociais.

É necessário fortalecer a ideia de que devemos delegar ao Poder Judiciário apenas a resolução dos conflitos que tenham significativa relevância social, sob pena de inexistir uma estrutura pública equipada (com recursos humanos e físicos) o suficiente para atender aos inúmeros conflitos que as complexas relações sociais hodiernas ensejam, levando em conta a existência de litígios de massa, capazes de corromper as estruturas e impedir qualquer espécie de planejamento, para diminuir as tensões sociais.

A solução para o problema da judicialização excessiva e para garantir o acesso à Justiça é complexa e exige constante aprendizado e aperfeiçoamento, devendo o operador do Direito identificar os problemas estruturais de forma a construir soluções macro e também estruturais. De forma criativa promover medidas estruturantes que visem resolver o problema pela raiz e de forma definitiva, utilizando-se para tanto de todos os instrumentos que o ordenamento jurídico lhe coloca à disposição.

Sob esta ótica, o magistrado tem a capacidade e a competência de criar, em cada comarca, arranjos estruturais e institucionais para reduzir a judicialização, identificando as demandas de massa e resolvendo-as de forma a atacar o problema de forma global, evitando assim o aumento da judicialização.

O grande desafio contemporâneo, portanto, é compatibilizar a necessidade de reivindicação, pela sociedade, a contento e com qualidade, garantindo-se um acesso igualitário, democrático, socialmente justo, com foco em procedimentos adequados ao direito em disputa e medidas que lhe sejam estruturantes extrajudicialmente e judicialmente, mitigando, inclusive, o monopólio da jurisdição, sempre que conveniente e possível.

É preciso destacar, já quase findando este breve trabalho, trecho da obra do homenageado, que se mostra a cada dia mais atual, já que denunciava o novo papel do magistrado na sociedade, mas que ousou afirmar que deve ser o papel de todos aqueles que operam o Direito, sejam eles magistrados, advogados, procuradores, defensores públicos, membros do ministério Público e até mesmo, porque não, a sociedade em geral, garantindo assim a máxima efetivação do saudado princípio da cooperação que está tão em voga após a edição do Código de Processo Civil de 2015 e a sua nova sistemática processual:

O juiz é vigilante. Ele participa, tem consciência do seu papel na sociedade e, sereno, independente, estuda, observa, julga e age para fazer menor o risco de existir, mais tranquilo o dia dos que trabalham, e no trabalho farão a independência de seus filhos,

sem que o pobre, por ser pobre, tenha medo de viver. No Brasil, como afirmou João Mangabeira, ‘se tem feito, até hoje, a política dos ricos, o Direito dos ricos, a Justiça dos ricos. É tempo que se faça também a dos pobres. O Estado, que tem sempre favorecido as classes abastadas, ou mais felizes na luta pela vida, não pode afrontar a pobreza humilde, sofredora e miseranda’. Essas colocações, feitas há mais de setenta anos, são atualíssimas.

Urge, portanto, que se faça uma Justiça para todos, com rapidez e eficácia, visando o bem-estar da sociedade brasileira.

Daí porque a Justiça tem de organizar-se em bases coesas e sobretudo humanas, sensível à dor alheia, mais célere, sem procrastinações, sem artifícios legais, mas simples e verdadeira, sem dissimulações, que seja justa, em vez de se fazer partidária do interesse de grupos, do preconceito.

A vida é plena de conflitos, e conflitos sempre haverá, mas o desafio somente atemoriza onde a lei não represente o anseio da coletividade, não assegure ao indivíduo comum uma vida digna e saudável, ou onde não se a cumpra, mas seja ela o fruto de uma encomenda bastarda para a perpetuação ou agravamento do mal¹⁰.

É preciso que voltemos sempre nossos olhares para o acesso à Justiça em sua essência, buscando incessantemente a melhoria da prestação jurisdicional através de mecanismos que garantam ao cidadão uma solução efetiva para os seus conflitos.

Ao Poder Judiciário foi delegada a importante missão institucional de pacificação social, a qual só poderá ser alcançada de forma plena a partir do momento em que todos os sujeitos que operam a “arte” do Direito tomem consciência de que o poder que a sociedade delega aos atores do sistema da justiça deve ser exercido de forma a garantir a todos a satisfação de seus interesses.

Hoje temos a concepção de que a pacificação social não é atribuição exclusiva do Poder Judiciário, graças a nobres pensadores que, como o saudoso jurista Mário Albiani, buscaram exercer sua atividade intelectual para democratizar o Poder Judiciário, garantindo aos cidadãos uma noção de “pertencimento” capaz de legitimar o alcance de seus anseios.

REFERÊNCIAS

ALVES, Mário Augusto Albiani. **Minha vida pelo Direito** – Ponto & Vírgula Publicações – Salvador, 2016.

10 ALVES, Mário Augusto Albiani. *Minha vida pelo Direito* – Ponto & Vírgula Publicações – Salvador, 2016, p. 169/170

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil - volume único.** – 6. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional.** – 15. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

O SUPERENDIVIDAMENTO: CAUSAS E SOLUÇÕES

Nícia Olga Andrade de Souza Dantas

Mestre pela UNIMES, Santos, São Paulo. Especialista em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Coordenadora de Direito do Consumidor e Meio Ambiente da Escola de Magistrados da Bahia (EMAB). Membro do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Juíza de Direito do Tribunal de Justiça da Bahia.

E-mail: niciaolga@terra.com.br

Resumo: Este artigo pretende realizar uma abordagem sobre as causas e soluções para o superendividamento do consumidor sob a ótica sociológica, doutrinária e jurídica, passando pela abordagem da concessão abusiva de crédito pelas instituições financeiras e a importância da proteção do “*homo economicus et culturalis*” auxiliando a criação de um mercado de consumo de crédito solidário, cooperativo e responsável.

Palavras-chave: superendividamento, mercado de consumo, concessão abusiva de crédito e reinserção do consumidor nas relações sócio-econômicas.

Abstract: This article intends to hold a discussion about causes and solutions for consumer over-indebtedness from a sociological, doctrinal and legal perspective, through the approach of abusive credit granting by financial institutions and the importance of protecting the ‘*homo economicus et culturalis*’ helping the creation of a solidary, cooperative and responsible credit consumption market.

Keywords: over-indebtedness, consumer market, abusive credit granting and reintegration of the consumer into socio-economic relations.

Sumário: 1. Introdução. 2. O Superendividamento e a sociedade de consumo do século XXI. 3. Bases principiológicas e estruturais da prevenção e tratamento ao superendividamento constantes da Lei 14.181, de 1º de julho de 2021. 4. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno do superendividamento ainda é tema que exigirá análise diante da aplicabilidade da recente atualização do Código de Defesa do Consumidor. Uma análise semântica da expressão afasta dúvidas preliminares sobre a questão nos âmbitos social e jurídico.¹¹ O superendividamento pode significar a contratação de crédito em larga escala por um indivíduo, dentro de um contexto de crescimento econômico e estabilidade no trabalho. Nessa perspectiva, se não atingir populações carentes, o superendividamento é apenas um aspecto do mercado que permite a antecipação de rendimentos¹².

Para Claudia Lima Marques¹³, ao se definir o superendividamento, há que se considerar uma primeira dimensão:

O endividamento é um fato inerente à vida em sociedade, ainda mais comum na atual sociedade de consumo. Para consumir produtos e serviços, essenciais ou não, os consumidores estão – quase todos – constantemente se endividando. A nossa economia de mercado seria pois, por natureza, uma economia do endividamento. Consumo e crédito são duas faces de uma mesma moeda, vinculados que estão no sistema econômico e jurídico de países desenvolvidos e de países emergentes como o Brasil.

Nesta amplitude de interpretação conceitual, Bertoncello e Lima¹⁴ expõem o seguinte:

No plano jurídico, o endividamento é constituído pelo conjunto do passivo, ou seja, o saldo devedor de uma família com origem apenas em uma dívida ou mais de uma dívida simultaneamente, denominando-se, neste último caso, de multiendividamento. O

11 Na doutrina são usados vários termos para denominar o fenômeno: superendividamento (Brasil), falência dos consumidores, insolvência dos consumidores, sobreendividamento (Portugal), over-indebtedness (EUA, Reino Unido e Canadá), Surendettement (França) e Überschuldung (Alemanha) (MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 13-14).

12 MARQUES, Maria Manuel Leitão et al. O endividamento dos Consumidores. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 8.

13 MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 256.

14 BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. Superendividamento Aplicado: aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 26-27.

endividamento não é um problema em si mesmo, quando ocorre num ambiente favorável de crescimento econômico, queda de juros, e, sobretudo se não atingir camadas sociais com rendimentos próximos do limiar da pobreza. [...]

Por outro lado, o mesmo termo “superendividamento” pode ser entendido como falência pessoal, para se referir à impossibilidade de solvência plena das dívidas acumuladas, fazendo-se necessária a adoção de medidas extraordinárias para contenção dos gastos e do reequilíbrio financeiro.

Ensina-nos Claudia Lima Marques e outros¹⁵:

O sobre-endividamento, também designado por falência ou insolvência de consumidores, refere-se às situações em que o devedor se vê impossibilitado, de uma forma durável ou estrutural, de pagar o conjunto das suas dívidas, ou mesmo quando existe uma ameaça séria de que o não possa fazer no momento em que elas se tornem exigíveis [...]. É a situação em que o devedor se ache impossibilitado de cumprir com seus compromissos financeiros, sem pôr em risco a subsistência do agregado familiar.

Explicam Bertoncello e Lima¹⁶ que nessa dimensão o endividamento assume uma faceta patológica, podendo trazer repercussões econômicas, sociais, psicológicas e até médicas.

Neste contexto, o superendividamento transmite a ideia de impossibilidade no cumprimento de obrigações financeiras por total falta de crédito, não de forma eventual, mas de forma constante e prolongada. O superendividamento torna-se fenômeno estrutural, daí dever ser tratado de forma global.

O caráter duradouro da situação de insolvência e o impacto na subsistência da família são os elementos que definem o aspecto objetivo do conceito de superendividamento de Claudia Lima Marques. Se o devedor deixou de pagar sua dívida, numa interrupção momentânea e não definitiva, não está em estado de superendividamento. Mas, se seus ganhos não suportam suas dívidas, estará caracterizado o fenômeno, que se confunde muito com o da insolvência, mas, neste caso, o passivo da pessoa é superior ao seu ativo.

Acrescenta-se outro elemento para a caracterização do fenômeno. No superendividamento, além das dívidas acumuladas, o consumidor está em processo de aquisição de outros débitos, gerando uma situação crescente, corrente e insuportável, que afeta sua vida pessoal, moral, espiritual e familiar, além dos privilégios que lhe conferem sua higidez creditícia.

Aponta Claudia Lima Marques, diante dos elementos subjetivos, que ca-

15 MARQUES, C. et al., 2000, p. 2.

16 BERTONCELLO; LIMA, 2010.

racterizam a figura do superendividado, como a pessoa física, vulnerável e de boa-fé. Neste sentido, explica a autora:

O superendividamento pode ser definido como a impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o fisco, oriundas de delitos e de alimentos).¹⁷

Na mesma ordem, o conceito de superendividamento trazido pelo Direito francês, no artigo L. 330-1 do *Code de La Consommation*, assim de funda:

A situação de sobre-endividamento dos indivíduos é caracterizada pela aparente incapacidade do devedor de boa fé para satisfazer todas as suas dívidas vencidas e não provenientes de atividade profissional. A impossibilidade óbvia para uma pessoa de boa fé cumprir o compromisso que, assumido para endossar, ou, solidariamente, pagar a dívida de um empresário individual ou sociedade, também caracteriza uma situação de endividamento (tradução nossa).¹⁸

Ambas as definições destacam que o sujeito superendividado deve ser uma pessoa física, leiga, não profissional ou não empresária, um devedor de crédito que, de boa-fé, contraiu uma dívida e, ao enfrentar problemas financeiros sérios, ficou impossibilitado de quitá-la.

O professor de Montpellier informa que, no Direito francês, há distinção para o superendividamento ativo e passivo (geralmente pessoas de boa-fé que sofreram divórcio, separação, perda de emprego, volta de parentes para seu sustento, morte de familiar, doenças em geral de dependentes). Na forma passiva, o consumidor não contribuiu diretamente para o fenômeno; na forma ativa, há evidente abuso do crédito, com assunção de dívidas acima do orçamento.

Todavia, como será demonstrado adiante, sejam estes superendividados

17 MARQUES, C., 2006, p. 14.

18 La procédure de traitement du surendettement des particuliers est régie par des articles L 330-1 à L 334-12 du code de la consommation. Selon l'article L 330-1: La situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. L'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement. Le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale ne peut être tenu comme empêchant que la situation de surendettement soit caractérisée. (CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. Droit de la consommation. 7. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 607-613).

conscientes ou inconscientes, são ambos vítimas das transformações da sociedade de produtores em sociedade de consumidores, cuja regra é disseminar a cultura do *gasta-gasta* por prazer.

Deve-se, assim, adotar um “modelo objetivo e quantitativo” que “[...] considera como sobre-endividados aqueles cujo grau de esforço ultrapassar um certo nível (valor crítico), a fixar normativamente” [...].¹⁹

A impossibilidade de quitação da dívida e seus motivos são também de natureza subjetiva e podem não ser passageiros, daí porque o superendividamento não se confunde com o simples descumprimento.

O conceito de superendividamento, todavia, não é suficiente para determinar sua natureza jurídica, pois este fenômeno não pode ser considerado apenas do ponto de vista do inadimplemento obrigacional, tendo maior abrangência.

O consumidor superendividado não se encontra num estágio tão somente de impossibilidade de pagamento aos seus credores/fornecedores, mas sim num estágio onde resta ameaçado, pelo acúmulo de dívidas, o custeio de suas necessidades básicas e de sua dignidade como pessoa humana, fato este que enseja interesse e proteção jurídicos.

Importante citar que, dentre os estudos realizados no Brasil acerca do perfil do consumidor superendividado, destaca-se o projeto de pesquisa de Rafaela Consalter, Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul, sob a coordenação da Professora Cláudia Lima Marques, ao traçar perfil do consumidor superendividado no Estado do Rio Grande do Sul.

A pesquisa foi realizada tendo como base aplicação de questionário e entrevista de 100 consumidores. Dentre algumas conclusões obtidas com o trabalho, destacou-se o fato de que há nítida mudança do papel da mulher na sociedade, uma vez que os questionários apontaram que “*o percentual de superendividadas mantenedoras da família é ligeiramente superior ao de homens nesta condição*”, surgindo daí o projeto piloto de Tratamento Extrajudicial do Superendividamento²⁰.

A pesquisa indicou que: “muitos dos superendividados têm idade acima dos 50 anos; cerca de 66% não auferem renda alguma, ou percebem remuneração de até dois salários mínimos nacionais; cerca de 70% dos pesquisados encontra-

19 No modelo administrativo, “serão considerados sobreendividados todos os consumidores que tenham incorrido em incidentes por não pagamento dos seus débitos, registrados oficialmente ou declarados em tribunal” (OBSERVATÓRIO DO ENDIVIDAMENTO DOS CONSUMIDORES. Endividamento e sobreendividamento das famílias: conceitos e estatísticas para a sua avaliação. Coimbra, fev. 2002, p. 15. Disponível em: <http://oec.ces.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/estudo_parte2%20cap_1.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2011).

20 SANTOS. Brenda Schneider. O Superendividamento e Controle do Empréstimo Consignado. PUCRS, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/brenda_schneider.pdf>. Acesso em: 14 out. 2015.

vam-se inscritos nos cadastros de proteção ao crédito; cerca de 90% encontravam-se com atraso no pagamento de prestações; o número de devedores passivos estava em quatro vezes maior que o de devedores ativos; dentre estes devedores passivos, 62,5% estão nessa condição em razão do desemprego; no total, dos 100 entrevistados, 50 deles responderam que o fator preponderante para a sua inadimplência foi, ou é, o desemprego, reflexo da estagnação da economia nacional; cerca de 49% devem para três ou mais credores; em apenas 41% dos casos o consumidor recebeu uma via do contrato ajustado; somente 22% dos entrevistados declararam que lhes foi exigida alguma forma de garantia, como fiança ou “cheques”.

No Rio de Janeiro, a pesquisa realizada em 2005 por Rosângela Cavallazzi e Heloísa Carpena encontrou resultados semelhantes aos da pesquisa anterior. Foram selecionados 80 consumidores do registro do Núcleo de Defesa do Consumidor. Dentre eles, 39% comprometerem 60% da renda ou mais em dívidas; em 50% dos casos, o desemprego foi responsável pelo superendividamento; apenas 37% receberam a cópia do contrato; e em 88% dos contratos de concessão de crédito não foi pleiteada qualquer garantia para o empréstimo.²¹

A situação de superendividamento no Brasil é assustadora. As razões para esse fenômeno encontram-se nas maneiras como a prática do consumo tem sido estimulada, praticada e regulamentada.

2 O SUPERENDIVIDAMENTO E A SOCIEDADE DE CONSUMO NO SÉCULO XXI

Bauman²² descreve o consumo como uma atividade inerente ao cotidiano

21 MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

22 Descreve Bauman que a sociedade moderna não é tão diferente daquela que ficou para trás, a modernidade sólida, e pondera sobre esta as seguintes anotações: Essa modernidade pesada/sólida/condensada/sistêmica da “teoria crítica” era impregnada da tendência do totalitarismo. A sociedade totalitária da homogeneidade compulsória, imposta e onipresente, estava constante e ameaçadora no horizonte – como destino último, como a bomba inteiramente desarmada ou um fantasma nunca inteiramente exorcizado. Essa modernidade era inimiga jurada da contingência da variedade, da ambiguidade, da instabilidade, da idiosincrasia, tendo declarado uma guerra santa a todas essas “anomalias”; e esperava-se que a liberdade e a autonomia individuais fossem as primeiras vítimas da cruzada. Entre os principais ícones dessa modernidade estavam a fábrica fordista, que reproduzia as atividades humanas e movimentos simples, rotineiros e predeterminados, destinados a serem obedientes e mecanicamente seguidos, sem envolver as faculdades mentais e excluindo toda a espontaneidade e iniciativa individual; a burocracia, afim, pelo menos em suas tendências inatas, ao modelo ideal de Max Weber, em que as identidades e laços sociais eram pendurados no cabide da porta de entrada junto

humano, podendo ser comparada a uma função metabólica, uma condição ou aspecto permanente e irremovível. Considera o consumo como tipos ideais, propostos inicialmente por Max Weber²³.

O consumo é ato característico e uma ocupação dos seres humanos como indivíduos, já o consumismo é uma corruptela do ato de consumir e é atributo da sociedade que construiu ou desconstruiu o ato normal e curial de consumir.

O consumo como um ato que permite concretizar as necessidades e alguns desejos humanos, independentemente da existência de relações jurídicas e dos efeitos econômicos, visa, primordialmente, a atender às necessidades de sobrevivência. Trata-se de um atributo do ser humano. O consumismo, por sua vez, é caracterizado por um conjunto de atitudes e comportamentos que revelam a compulsividade no ato de consumir, que se torna descontrolado, irracional e excessivo.

O consumismo é um atributo da sociedade e o consumo do homem. O primeiro é uma moldagem da personalidade do homem pelo mercado, utilizando o cidadão como um vetor de exibição expressa e pública de riquezas, operando neste uma mudança comportamental cujo objetivo é mudar a rotina da vida em uma cultura “agorista” da “sociedade líquido-moderna de consumidores” ou cultura “pontilhista”²⁴. O segundo é um ato normal para satisfação das necessidades de sobrevivência estritamente essencial.

O consumismo seria um espaço expansível que se abre entre o ato da produção e do consumo, que passou a ser praticamente o propósito existencial da vida humana em tempos recentes, quando a capacidade de querer, ansiar, desejar

aos chapéus, guarda-chuvas e capotes, de tal forma que somente o comando e os estatutos poderiam dirigir, incontestados, as ações dos de dentro enquanto estivessem dentro; os panótipos com suas torres de controle e com os internos que nunca podiam contar com os eventuais lapsos de vigilância dos supervisores. [...] a “teoria crítica”, no início, via a libertação do indivíduo da garra de ferro da rotina ou sua fuga da caixa de aço da sociedade afligida por um insaciável apetite totalitário, homogeneizante e uniformizante [...] (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001).

23 Weber apud BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008a. Explica Bauman (2008a) que Max Weber é reconhecido como um dos precursores da Sociologia Econômica e em sua obra inacabada, *Economia e Sociedade*, (1864-1920) tentou fazer uma descrição do funcionamento da sociedade, apresentando um método pelo qual uma nova disciplina, a Sociologia, poderia avançar. Um dos métodos de estudo de Weber era o uso de noções abstratas como os “tipos ideais”. Os conceitos utilizados pelas ciências sociais como “capitalismo”, “feudalismo”, “livre mercado”, “democracia”, ou mesmo “sociedade”, “comunidade”, “localidade”, “organização” e “família” – para ele tinham status de tipos de ideais. O que ele chamava de tipos ideais eram ferramentas cognitivas úteis, que não poderiam ser confundidas com as descrições da realidade, mas, ferramentas usadas para analisar a própria realidade. O capitalismo, por exemplo, tem uma conceituação empírica, mas, quando se transforma em realidade traz efeitos do tipo ideal e mais outros que não contém na conceituação do tipo abstrato.

24 BAUMAN, 2001.

e experimentar as emoções repetidas vezes passou a sustentar a economia do convívio humano.

Na atualidade a sociedade é comumente referenciada como uma “sociedade de consumo”, poderia ser chamada de “sociedade de hiperconsumo”, segundo os conceitos de Lipovetsky.

Para chegar ao tipo de consumo atual, houve toda uma transformação “*que se iniciou no século XVI e se expandiu no século XVIII [e que] era, por volta do século XIX, um fato social permanente*”. Essa evolução se deu em três etapas: 1ª) de 1880 até a Segunda Guerra Mundial; 2ª) Pós-Segunda Guerra até o final da década de 70; 3ª) a partir do final da década de 70.

O primeiro ciclo (de 1880 até a Segunda Guerra Mundial) teve uma marca singular: a publicidade de massa surgida com as criações de marcas como a Coca-Cola, a Quaker Oats, Procter e Gamble²⁵, popularizadas e conhecidas em âmbito internacional. Os produtos, antes vendidos a granel, passam a ser distinguidos pela marca e vendidos em embalagens dos fabricantes, dando início às relações diretas entre o fabricante do produto e seu cliente através da fidelização às marcas²⁶.

Na década de 1920 ocorreu a transformação da sociedade de produtores em sociedade de consumidores, denominando Baumann a sociedade de produtores de “sociedade sólida”, que era voltada para a produção, impregnada de totalitarismo.

A segunda fase (Pós-Segunda Guerra até o final da década de 70), denominada por Lipovetsky como “sociedade da abundância”²⁷, por conta do grande desenvolvimento econômico em virtude do crescimento excepcional da produção e do trabalho, fez aumentar o poder de compra e os bens de consumo passaram a ser acessíveis à grande maioria da população. As massas se viram imersas no universo dos bens duráveis, do lazer, da moda e do crédito, que passou a ser amplamente difundido.

A difusão do modelo tayloriano-fordista de organização da produção caracterizou-se pela padronização dos produtos que passaram a ser produzidos em massa para atender à “lógica-moda”, ou seja, à criação de meios para reduzir a

25 LIPOVETSKY, Gilles. A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Tradução Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 29.

26 Com a tripla invenção da marca, do condicionamento e da publicidade, apareceu o consumidor dos tempos modernos, comprando o produto sem a intermediação obrigatória do comerciante, julgando os produtos a partir de seu nome mais que a partir de sua composição, comprando uma assinatura no lugar de uma coisa” (Ibid., p. 30).

27 LIPOVETSKY, 2007, p. 32.

vida útil das mercadorias a fim manter a produção e o consumo sempre em níveis elevados.

A terceira fase (a partir do final da década de 70) é denominada “sociedade de hiperconsumo”²⁸. Neste período o consumo e a tecnologia tomaram conta da vida do ser humano e das áreas de sua existência.

Deste período data a revolução tecnológica da informática, computação de dados e o desenvolvimento da rede de computadores ligados por meio de linhas telefônicas e da internet, que revolucionou definitivamente a comunicação e o valor da informação²⁹.

A difusão maciça da tecnologia, do computador pessoal, dos softwares e das ferramentas da internet alterou o modo de organizar a produção e as atividades econômicas, a cultura e os relacionamentos interpessoais, o lazer e o trabalho. Tudo passa pela organização das redes sociais. A comunicação e a informação são acessíveis em instantes. Os relacionamentos interpessoais ganham a dimensão da virtualidade, assim como o lazer, abrindo as portas para a atual fase da sociedade de consumo.

Bauman acredita que passa a vigorar a quebra dos padrões, dos moldes, das molduras de classe, etnia, linhagem etc. Esses padrões já não estigmatizam o indivíduo, pelo contrário, seria do indivíduo que partiriam, se chocando com os multifacetados novos padrões, cada vez mais micro, de convívio social e, por isso, com sucinta fluidez, normas que vão e estão se maleando em curtíssimo espaço de tempo.³⁰

A voraz diminuição dos espaços em locomoção física ou sensorial é um dos mais claros exemplos do “derretimento” desses padrões que eram vigentes. Atualmente, computadores e telefonia, ambos móveis e portáteis, levam consigo a ordem e agenda de qualquer lugar, em ações que podem criar reações transformadoras (caóticas) de qualquer local para diversas posições do globo.

Na obra *Modernidade Líquida*, Bauman³¹ deixa claro que o sentimento de

28 Ibid., p. 36.

29 DUPAS, Gilberto. Ética e poder na sociedade da informação. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2001, p. 38.

30 BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. Resenha de: FRANCISCO, Luciano Vieira. A modernidade da fusão social pela solidificação individual: Modernidade Líquida, de Zygmunt Bauman. *Klepsidra*, São Paulo, ano V, n. 23, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.klepsidra.net/klepsidra23/modernidade.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2011.

31 Zygmunt Bauman, em sua outra obra *Modernidade Líquida*, ao discorrer acerca dos prognósticos populares sobre o que se deveria temer e sobre que tipos de horrores o futuro traria, refere-se às obras de Aldous Huxley, *Brave New World*, retratadora da opulência e da devassidão e o mundo George Orwell, 1984, mundo de miséria e de destruição, de escassez e necessidades, afirma que entre estes opostos existe um traço em comum: o reducionismo da liberdade individual, fruto da dominação do capitalismo e das

compra se desalinha ao da necessidade, esta perde sua função utilitária para se resumir ao prazer imediato, ao entretenimento, à diversão e ao consumo, conjunto esse definidor do sucesso, líquido, passageiro, frugal.³²

O crescimento distorcido do real objetivo da oferta, acrescido de foco exclusivo no prazer, são ações mercadológicas geradoras de mudanças no comportamento das pessoas, cada vez menos interativas umas com as outras.

Nesta fase, a sociedade de consumo se consolida na vida cotidiana através do imaginário da felicidade consumista, do conforto, do erótico, das modas, dos sonhos. Também nesta fase ocorreu a euforia publicitária, a imagem luxuriante das férias e a sexualização dos signos³³ e dos corpos estimulam os anseios e criam os mais variados desejos de consumo.

O prazer passa a ser sinônimo de felicidade e é buscado como um objetivo do ser humano. A coerção é substituída pela sedução, o dever pelo hedonismo, a poupança pelo dispêndio, a solenidade pelo humor, o recalque pela liberação, as promessas do futuro pelas promessas do presente³⁴.

A sociedade de consumo provocou grandes mudanças de hábito e de sentir na vida, seja no amor, nos relacionamentos profissionais e afetivos, na segurança pessoal e coletiva, no consumo material e espiritual, no conforto humano e no próprio sentido da existência.

Há, na formatação pós-moderna da vida social, um ente transformador da condição humana na qual predominam o desapego, a versatilidade em meio à incerteza e a vanguarda constante de um “eterno recomeço” para a vida pautada no extremo prazer. Não existe outro valor.

O homem, de força de trabalho do processo industrial, passa a participar deste mesmo processo como uma força de consumo. É um modelo que dá primazia à aparência surgida das escolhas de consumo do indivíduo. O seu valor perante a sociedade estará na imagem que ele vende ao meio social, levando as pessoas a tornarem-se verdadeiras mercadorias.³⁵

sociedades ricas voltadas para o consumismo. E ao concluir, o autor apela para uma releitura do papel da sociologia: esclarecimento que tem por objetivo a compreensão humana, porque uma sociedade autônoma é verdadeiramente democrática, questionadora, liberada para descobrir os novos significados da vida em sociedade (BAUMANN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução Plínio Dentzien, Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 241).

32 BAUMANN, 2008a.

33 LIPOVETSKY, 2007, p. 35.

34 LIPOVETSKY, 2007, p. 35.

35 BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 87-88.

Ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades exigidas de uma mercadoria vendável. Assim, a característica mais proeminente da sociedade de consumidores — ainda que cuidadosamente disfarçada e encoberta — é a transformação dos consumidores em mercadorias.

Propagou-se um comportamento geral de comprar, não apenas produtos e serviços, mas também as habilidades necessárias ao sustento, o tipo de imagem que se deseja, os métodos de convencimento dos possíveis empregadores, etc. Os livros de autoajuda profissionais constituem, aliás, o mais recente fenômeno do setor editorial brasileiro.

O ato de consumo passa a ter grande importância na realização pessoal do homem, passa a ter o poder de seu preenchimento pessoal, de preencher seu vazio existencial, gerando uma espécie de definição do seu *status* social e sua imagem perante a coletividade. Caracteriza-se assim a sociedade de consumo.

Os bens e serviços de consumo tornaram-se parte de um código repleto de mensagens que atuam na construção da identidade social. *“Em suma, cada vez mais o comportamento social converte-se em consumo e o indivíduo era mais e mais subordinado a um papel de consumidor”*³⁶

A persuasão alienatória³⁷ resultante no vício por comprar se infiltra como um hábito na vida do homem e inicia-se um indelével processo de “gastar” que, futuramente, caracterizar-se-á como fenômeno do superendividamento ou falência pessoal financeira.

Com estreita ligação entre si, abandono ao crescimento intelectual e persuasão alienada são novas condutas de influência massificada com aspecto dúplice: é um fato social, tem origem aparente em uma ação individual da manifestação da liberdade de contratar, mas sua análise mais profunda revela prismas sociológicos, psicológicos, éticos, políticos e, por fim, econômicos, com influência direta na relação contratual de consumo.

O período atual pode ser caracterizado como a era das incertezas, das fragmentações, das desconstruções, da busca de valores, do vazio, do niilismo, do imediatismo, do hedonismo, da substituição da ética pela estética, do narcisismo e do consumo de sensações.

Os indivíduos tendem a sentir-se confusos diante da velocidade com que

36 McCRAKEN, Grant. *Cultura e consumo: novas abordagens ao caráter simbólico dos bens e das atividades de consumo*. Rio de Janeiro: MAUAD, 2003, p. 40.

37 BAUDRILLARD, Jean. *A Sociedade de Consumo*. Tradução Artur Morão. Revisão Luís Abel Ferreira. Reimp. Lisboa: Edições 70, 2008, passim.

o seu mundo se modifica, tornando nebulosa sua própria inserção nesse mundo.

O mundo cheio de possibilidades, complementa Bauman³⁸ facilita a quebra do poder de decisão, o ato de consumir passou a ser um meio de afastar a incerteza que se oculta em nossa incômoda insegurança.

A sociedade, como grupo social organizado e de querer próprio, com membros portadores do atributo da capacidade individual de querer, ao mesmo tempo em que estabelece parâmetros específicos para as estratégias individuais de vida, gera também meios eficazes de manipular as probabilidades de escolha e conduta individuais. Tudo bem manietado pelos meios de comunicação em massa, que procuram emburrigar o homem e torná-lo cada vez mais um consumidor automatizado, sem volição.

Bauman, sociólogo polonês radicado na Inglaterra, investiga, em suas obras, a flexibilidade das relações diante das emoções que envolvem o consumo, e demonstra a fragilidade do homem diante dos inúmeros métodos de persuasão ao consumo e ao consumismo, responsáveis por uma das formas de superendividamento.

O homem está dependente das influências que exercem os meios de comunicação em sua vontade, sem que ele mesmo o saiba. Seu desejo passa a ser aquele exposto na TV.

Nas sociedades modernas de consumo (modernidade líquida), a cultura da oferta pretende inculcar no cidadão a ideia de liberdade de escolha, mas, muito ao contrário, só o aprisiona. A escolha imposta de maneira sutil, sem a percepção do indivíduo, passa a processar nele uma falsa ideia de liberdade que o conduz a seguidas ações de satisfação, numa curva interminável de aquisições, que o levará fatalmente ao sentimento de insaciabilidade.

Na moderna sociedade de consumo, segundo Bauman, o “ser” — a pessoa humana — é a principal mercadoria. Sua vontade é a grande mentora do lucro e os fazeres.

O indivíduo líquido-moderno não tem poder de decisão, ele já nasce com o sistema decidindo por ele. É a vez de comprar e vender os símbolos empregados na construção da identidade, que seria — usando a concepção de Jean Baudrillard — o simulacro, que coloca a representação no lugar daquilo que ela deveria representar.

Tanto as mercadorias quanto os anúncios publicitários são pensados para suscitar desejos e fisgar vontades (para impacto máximo e obsolescência instantânea). [...]. Os comerciantes e publicitários confiam no casamento entre o poder de sedução das

38 BAUMAN, 1999, p. 89.

ofertas e o profundo impulso de seus clientes potenciais de “estar a um passo à frente dos outros e de levar vantagem”.³⁹

A “subjetividade” dos consumidores é feita de opções de compra – opções assumidas pelo sujeito e seus potenciais compradores; sua descrição adquire a forma de uma lista de compras. O que se supõe ser a materialização da verdade interior do *self* é uma idealização dos traços materiais — “objetificados” — das escolhas do consumidor.⁴⁰

O *Sistema dos Objetos*, de Jean Baudrillard, foi escrito em 1968. Posteriormente, em 1970, Baudrillard escreve *A Sociedade de Consumo* e nessas obras o autor realiza prognósticos sobre o que estamos vivenciando na atualidade, como vítimas manietadas pelo mercado de consumo, que se utiliza de nosso poder de decidir para lucrar de forma desenfreada. Aproveitando-se de nossa tendência hedonista, procura inculcar em nossas mentes o ato de escolha ou de compra por força de nossas decisões pessoais, quando, na realidade, é o próprio mercado que nos induz a fazê-lo sem qualquer necessidade essencial para tal. O autor nos ensina que:

Todo discurso, profano ou científico, acerca do consumo se articula na seqüência mitológica de um conto: um Homem, ‘dotado’ de necessidades que o ‘impellem’ para os objetos, ‘fontes’ de sua satisfação. Mas, o homem nunca se sente satisfeito (aliás, é censurando por isso), a história recomeça sempre indefinidamente, com a evidência defunta das velhas fábulas.⁴¹

Pode parecer que nesta fase a escolha é quase uma imposição do exercício da liberdade individual, tem que escolher e quem escolhe está inserido no rol das pessoas livres e bem sucedidas. É quase um dever, uma questão de *status* ter que escolher.

Bauman⁴² anota a seguinte situação no mercado de consumo:

À medida que essa liberdade fundada na escolha de consumi-

39 BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo Parasitário: e outros temas contemporâneos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010, p. 36.

40 BAUMAN, 2010, faz referência ao site www.spiked-online.com, cujo objetivo é, como podemos ler no próprio site, “expandir os horizontes da humanidade por meio de uma guerra cultural de palavras contra o budismo, o liberalismo e o irracionalismo em todas as suas formas”.

41 BAUDRILLARD, 2008, p.78.

42 BAUMAN, 2001, p. 99.

dor, especialmente a liberdade de auto-identificação pelo uso de objetos produzidos e comercializados em massa, é genuína ou putativa é uma questão aberta. Essa liberdade não funciona sem dispositivos e substâncias disponíveis no mercado. Dado isso, quão ampla é a gama de fantasias e experimentações dos felizes compradores?

Ao realizar profundo estudo sobre a vontade do homem, as influências do Mercado de Consumo, Jean Baudrillard afirma que não despreza nem adota a opinião dos psicólogos sobre a necessidade (motivação), dos economistas (desejo determinado pelo bem específico de consumo), nem a dos sociólogos e psicossociólogos (a necessidade lida com o sociocultural). Afirma que existe a influência do postulado antropológico do ser individual dotado de necessidades existenciais que supõe saber o que deseja, mas é influenciado pela dinâmica social das necessidades sociais, controladas por um sistema de valores e anota:

As necessidades visam mais os valores que os objetos e a sua satisfação possui em primeiro lugar o sentido de uma adesão a tais valores. A escolha fundamental, inconsciente e automática do consumidor é aceitar o estilo de vida de determinada sociedade particular (portanto, deixa de ser escolha!) — acabando, igualmente por ser desmentida a teoria da autonomia e da soberania do consumidor.⁴³

Bourdieu⁴⁴, há duas décadas, escreveu que a coerção tem sido amplamente substituída pela estimulação; os padrões de conduta antes obrigatórios, pela sedução; o policiamento do pensamento pelas relações públicas; e a regulação normativa, pela incitação de novos desejos e necessidades simultâneos de desregulamentação e privatização contínuas.⁴⁵

Tanto as mercadorias quanto os anúncios publicitários são pensados para suscitar desejos e fisgar vontades (para impacto máximo e obsolescência instantânea. [...]) Os comerciantes e pu-

43 BAUDRILLARD, 2008, p. 79.

44 BOURDIEU apud CORREIA, João Carlos. Pierre Bourdieu (1930/2002): Sociólogo Cidadão. *Jornal de Letras, Artes e Idéias*, Lisboa, ano XXI, n. 818, 6-19 fev. 2002. Disponível em: <<http://www.fundaj.gov.br/observanordeste/obex04.html>>. Acesso em: 1.º dez. 2011.

45 Durante a evolução da sociedade de produtores para a sociedade de consumidores, as tarefas envolvidas na comodificação e recomodificação do capital e do trabalho passaram por processos, como a “privatização”. Essa recomodificação precisa ser ininterrupta para evitar estagnações no fluxo do consumo e colocar o indivíduo na condição de atraente produto a ser consumido, uma vez que outros concorrentes estão no mesmo páreo (CORREIA, op. cit.).

blicitários confiam no casamento entre o poder de sedução das ofertas e o profundo impulso de seus clientes potenciais de “estar a um passo à frente dos outros” e de levar vantagem.⁴⁶

Como a responsabilidade de escolha é do indivíduo, este foi transformado em “administrador da política da vida”⁴⁷. A oferta por estar vinculada à “política da vida” do indivíduo deveria estar racionalizada através de uma política regulatória mais expressa, todavia não o é.

Em sua maioria, as propagandas são acintosas, em especial na publicidade infantil, em que os brinquedos sofrem animação computadorizada, passando a realizar funções que não condizem com sua real possibilidade.

Nos supermercados, lojas, *shopping centers*, verifica-se uma enorme gama de objetos das mais diversas cores, modelos, marcas, utilidades na qual o excesso é evidente, gerando uma fascinação naquele que Giacomini Filho⁴⁸ adverte como sendo infundáveis, de conteúdo publicitário “deceptivos”, ou seja anunciando o fim da calvície, o emagrecimento de vários quilos em poucos dias sem efeitos colaterais, o enriquecimento certo.

Nessa aparente e sedutora emancipação, Bauman questiona a liberdade como real objetivo almejado, cravando o leitor com uma revelação formulada como indagação: “A libertação é uma bênção ou uma maldição? Uma maldição disfarçada de bênção, ou uma bênção temida como maldição?”⁴⁹ Embasado por seu estudo, ele mesmo responde: “A verdade que torna os homens livres é, na maioria dos casos, a verdade que os homens preferem não ouvir”.

A racionalidade vista dentro da norma do Direito do Consumidor se situa em uma realidade dos atores econômicos. O problema é como buscar a prática das decisões racionais do consumidor diante de tantas interferências publicitárias na cultura de massa, que excluem a cultura do saber.

Sem sombra de qualquer titubeio, a cultura emergente da publicidade visa a manter a cultura do “ter” e os indivíduos do mundo globalizado não têm o direito de refletir e muitos sequer sabem a importância da reflexão ou o que seja este importante ato de cognição intensa e subjetiva. Desconhecem o poder das intromissões da publicidade, tanto no inconsciente coletivo quanto na formação da vontade individual, a qual poderá vir a podar o livre arbítrio.

46 BAUMAN, 2010, p. 36.

47 BAUMAN, 2008a, p. 33.

48 GIACOMINI FILHO, Gino. Consumidor versus Propaganda. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Summus, 2008, p. 194.

49 BAUMAN, 2001, p. 26.

Tanto assim ocorre que, segundo Baudrillard⁵⁰, o consumo, apresentado como um direito do cidadão, é recebido pelo homem como um dever. Todos são chamados a consumir, até mesmo os mais pobres são compelidos a gastar o pouco que têm em atos de consumo. O indivíduo se vê obrigado a gozar do bem estar proporcionado como forma de satisfazer a necessidade maior, que é se inserir na sociedade de consumo. Aquele que não responde a este apelo é apontado pela sociedade como um “consumidor-falho”⁵¹.

A criação da autoimagem do indivíduo como consumidor vem, sobretudo, da comunicação em massa, os *mass media*. Baudrillard⁵² explica que a mensagem transmitida por esta comunicação não decorre do seu conteúdo em si, do produto que é oferecido, mas da mudança estrutural que pretende causar no comportamento e no estilo de vida do receptor da mensagem.

A forma de difusão esconde a real função da publicidade. Esta serve apenas de suporte para o grande objetivo, que é a mudança de hábitos, desejos e preferências do consumidor. Assim, em um anúncio de brinquedos infantis, carros, aparelhos celulares, a mensagem transmitida não é exatamente a venda destes objetos, mas os novos modos de relação com os objetos de desejo e a criação de uma mentalidade inteiramente voltada para o consumo.

Quando a publicidade adotou linguagens próprias, nas quais a sedução e a persuasão substituíram a objetividade informativa, ela tomou um novo rumo, criou-se um tipo de universo de Copérnico: possuir objetos passa a ser sinônimo de felicidade.

Com o objetivo de interagir através de uma linguagem própria, a publicidade se molda ao pleno reforço de evidenciar o individualismo, o egoísmo, e nesta esteira a linguagem utiliza-se de um modo verbal no imperativo para persuadir o receptor a realizar uma ação pré-determinada.

Percebe-se que toda a estrutura publicitária sustenta uma argumentação icônico linguística que leva o consumidor a convencer-se consciente ou inconscientemente. É assim a publicidade impõe valores, mitos, ideias e outras, utilizando-se de veículos da língua, sejam eles fonéticos, léxico-semânticos ou morfossintáticos⁵³ :

50 BAUDRILLARD, Jean. A sociedade de consumo. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 80.

51 Consumidores falhos, segundo Bauman são os “consumidores insatisfatórios, aqueles cujos meios não estão à altura dos desejos, e aqueles que recusaram a oportunidade de vencer enquanto participavam do jogo de acordo com as regras oficiais” (BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar na pós modernidade. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 57).

52 BAUDRILLARD, loc. cit.

53 GIACOMINI FILHO, 2008, p. 220.

A propaganda, tanto como negócio quanto como arte, técnica ou ideologia, em face do estreito comprometimento com o anunciante, não soube constituir uma matriz alicerçada na responsabilidade social; mesmo assim, seus produtos e subprodutos proliferaram à medida que o desenvolvimento do país ocorria. Sua convocação por parte das empresas e do marketing atendeu à necessidade funcional de escoar a produção massiva de bens, pouco se importando com a qualidade de vida e com os impactos sociais decorrentes de sua atividade. Com a entrada em cena da sociedade afluyente, um contingente expressivo da população passou a exigir respeito e comprometimento social, pois apenas a plena oferta de bens e serviços não proporcionaria bem-estar às pessoas e à coletividade. Se, de um lado, a persuasão vendedora apresentava o mérito de potencializar decisões de consumo; de outro, sustentava valores consumistas e de discutível validade no que diz respeito à cidadania, principalmente na forma de propaganda enganosa e abusiva.

O processo de vanguarda, que na mensagem publicitária visa a provocar interesse, informar, convencer e, finalmente transformar essa convicção no ato de comprar, descreve-se em cinco etapas: 1) impacto fisiológico e 2) psicológico, 3) manutenção da atenção, 4) convencimento e 5) determinação de compra.⁵⁴

Cultiva-se com a lógica desta publicidade uma sociedade que não se questione a si mesma e não se posicione. Busca-se padronizar comportamentos, de tal sorte que o homem encontrar-se-á sempre acolhido e absorvido pelo senso comum.

Tudo bem engendrado sob as teias da má-fé, ou seja, informações imprecisas, contratações sem fins sociais e desleais, ausência de transparência e da socialização das práticas comerciais.

Assim a oferta não obedece a critérios voltados à reflexão, podendo vir a causar danos a certos indivíduos, senão na maioria deles, por meio de escolhas inconsistentes. Como se sabe, os muitos artifícios publicitários trabalharam para tornar o indivíduo frouxo do caráter e o tornar refratário aos seus reclames.⁵⁵

Na sociedade líquido-moderna, fundamentada na existência de consumidores, também é preciso haver transformação dos desejos humanos de estabele-

54 O anúncio constitui o canal de publicidade por excelência, seu valor é dado da seguinte forma: anúncio ou outdoor X número de pessoas convencidas. O que diferencia o outdoor do anúncio é a visibilidade, a distância e a sintaxe visual, no primeiro aprende-se a mensagem pelo modo semântico – fundamenta-se no repertório dos signos, e pelo estético. A linguagem publicitária é conotação pura, e o discurso é sempre alegórico (BAUDRILLARD, Jean. O sistema dos Objetos: Semiologia. Tradução Zulmira Ribeiro Tavares. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 202-204).

55 GIACOMINI FILHO, 2008.

dade e saciedade.

Neste caso, a felicidade desvincula-se da ideia de satisfação das necessidades e passa a ser associada a um volume e intensidade de desejos sempre crescentes, o que implica no uso imediato e na rápida substituição dos objetos destinados a satisfazê-la. Novas necessidades exigem novas mercadorias, que por sua vez exigem novas necessidades e desejos, num movimento semelhante ao *oroborus* mítico, no qual a serpente engole a própria cauda. Uma metáfora da renovação do ser que se consome e se alimenta ao mesmo tempo.

O objetivo nesta sociedade passa a ser o constante consumo de objetos novos e não o acúmulo deles, sendo que o ato de consumir não é considerado o prazer final, havendo sempre o sentimento de insatisfação. E neste sentido Bauman⁵⁶ coloca que o interesse primordial pelo uso e descarte dos bens pode ser considerado um meio de aumentar a velocidade e uma tentativa de alcançar o ritmo dos avanços tecnológicos.

A sociedade de consumo é, assim, também a sociedade da abundância e, conseqüentemente, do desperdício.

A mutabilidade dos desejos também promove a mutabilidade nas relações, que, neste caso, tem gerado o sentimento de desprendimento, no sentido afetivo.

O sociólogo Bauman apresentou suas digressões e considerações sobre o tema da transformação das relações entre as pessoas e na forma de controle da sociedade no livro *Consuming Life*, escrito em 2007, quando completava 82 anos de vida. No Brasil, o livro recebeu o título de *Vida para consumo*, numa edição da Editora Zahar publicada em 2008. Ao iniciar sua obra, o autor recorre a três casos escolhidos em seções distintas de um jornal britânico no ano de 2006 como exemplo de nossa sociedade cada vez mais virtualizada (plugada, sem fio).

O primeiro refere-se à proliferação surpreendente dos sites de relacionamento, expondo à exibição pública informações pessoais mediadas eletronicamente; o segundo caso, recolhido a partir do texto de outro editor, apresenta um novo software que está ajudando os administradores na classificação instantânea dos clientes, identificando eletronicamente aqueles menos valiosos, numa espécie de 'vigilância negativa' ao estilo *Big Brother* de Orwell ou do tipo panóptico, uma vez que o programa desvia automaticamente os indesejáveis e mantém na linha os clientes habituais, rejeitando os 'consumidores falhos', inaptos a permanecerem no jogo do consumo; no terceiro caso, seleciona uma informação sobre um novo sistema de imigração, baseado em pontuações, destinado a atrair os mais adequados, assegurando que somente pessoas dotadas das habilidades consideradas

56 BAUMAN, Zygmunt. Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

necessárias naquele momento pelo país entrem no Reino Unido.

A conexão dos três casos está, segundo ele, na necessidade de promover mercadorias atraentes e desejáveis. O produto que está sendo colocado no mercado são as pessoas: inteligentes, capazes de consumir, de pensar somente no prazer, focadas para um veio único de satisfação: o consumo.

Este estágio, que leva o homem ao consumismo desenfreado, individual e individualizante neutraliza a economia moral e a solidariedade social. A sociedade torna-se pulverizada em indivíduos solitários e famílias fragmentadas. Uma verdadeira apatia política que pode levar os cidadãos a perder seu discernimento.

A cultura consumista é apresentada ao indivíduo desde a sua infância, por meio de publicidade, internet, diversão e dos próprios valores em que se pautam as relações sociais. Os meios sociais e familiares oferecem todas as condições para que o ser humano venha a abraçar a cultura consumista.

3 BASES PRINCIPIOLÓGICAS E ESTRUTURAIS DA PREVENÇÃO E TRATAMENTO AO SUPERENDIVIDAMENTO CONSTANTES DA LEI 14.181, DE 1º DE JULHO DE 2021

A edição da Súmula 297 do STJ, reconhecendo a aplicação do CDC aos contratos bancários, foi um marco positivo para o controle da legalidade na prática de juros contratuais. Outro marco importante para as ações revisionais foi o julgamento improcedente da ADIN 2591, proposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF – que concluiu pelo CDC como disposição normativa a tutelar os interesses veiculados nas relações de crédito bancário.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 alçou a Defesa do Consumidor à categoria de Direito Fundamental⁵⁷. Nesta, assinala Bruno Miragem: *“tem-se asentado na doutrina e na jurisprudência brasileira que a localização do preceito constitucional nesse setor privilegiado da Constituição, a rigor, o coloca a salvo da possibilidade de reforma pelo poder constituinte instituído.”*⁵⁸

57 Beyla Esther Fellous analisa que “a interpretação sistemática da Constituição elege o valor da dignidade da pessoa humana como um valor essencial de sua unidade e sentido, ao lado dos direitos fundamentais, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico-brasileiro, com aplicabilidade imediata conferida pelo art. 5., parágrafo primeiro da Constituição Federal”. FELLOUS, Beyla Esther. Proteção do consumidor no mercosul e na união européia. São Paulo: RT, 2003. p. 162.

58 MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito do consumidor como Direito Fundamental – conseqüências jurídicas de um conceito. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 43, p.111-132, jul./set. 2002. p.117

Quando o banco ou a instituição financeira deixa de assim proceder, sendo o *expert* da relação, conhecedor dos riscos do empréstimo ou do uso do crédito oferecido, sob o manto incauto de vantagens, quem resta em mora é o banco e não o consumidor, tendo em vista suas obrigações de informar e cuidar para que a vulnerabilidade do consumidor de crédito não o endivide e o exclua do mercado de consumo. As novas mudanças trazidas pela Lei 14.381/2021, que alteraram os artigos 54-B, 54-D e 54 G, todos do Código de Defesa do Consumidor, impõem que as concessões de crédito sejam precedidas de informações aos consumidores, entrega de cópia do contrato, seja concretizada do início ao fim com responsabilidade e sem qualquer indicio de abusividade.

Se, de um lado as instituições financeiras vivem da industrialização do crédito, doutro, seu destinatário o recebe como produto de relevante importância de consumo, basicamente essencial para sua vida privada, seus anseios e realizações pessoais.

As maiores queixas dizem respeito à quebra da equidade nos contratos bancários, pois não há de se ter como válida a manifestação da vontade se não estiver livre, com legítimo consentimento, à luz da exata informação ao aderente, em especial no que respeita ao conteúdo jurídico do negócio, de suas consequências, conferindo-se prazo para reflexão, que afasta a imposição adesiva.

O primeiro passo a ser cumprido pelo banco é o esclarecimento sobre as taxas de juros, seu custo efetivo final, o impacto financeiro no orçamento pessoal do credor ou tomador e a capacidade de reembolso do consumidor. Assim, faz-se necessária a análise do conceito de juros e da importância da atividade creditícia, que não pode ferir os limites do Princípio da Lucratividade (Scaff), também denominado de Princípio da Economicidade, sem ignorar-se a inafastabilidade da remuneração do dinheiro como decorrência da atividade bancária⁵⁹.

Toda problemática gerada pelo superendividamento tem como causas a oferta irresponsável de crédito, a falta de informações exatas para o contratante no momento da celebração do contrato, que impede uma formação exata pela sua reserva mental sobre o impacto dos custos do crédito concedida e os estímulos avassaladores do consumismo como bem delineado por Bauman em parágrafos anteriores.

Através das lições de Jean Baudrillard, Zygmunt Bauman e Gilles Lipovetsky acima mencionadas concluiu-se pela ideia de que a subjetividade dos consumidores não obedece a uma vontade racional e refletida, mas uma vontade expressada através do direcionamento mediante persuasão de opções incutidas

59 SCAFF, FERNANDO FACURY. *Constitucionalizando Direitos, 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*, organizador Fernando Facury Scaff, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003, página 259 a 304 (Direito Econômico e do Consumidor).

no ideário dos consumidores, através de pseudo necessidades, de falsa ideia de liberdade, pois há nas entrelinhas da oferta uma mensagem sutil de imposição de escolhas. Se há imposição de escolhas, condução de decisões aparentemente livres, a vontade do homem se torna mercadoria e passa a ser objeto de uso no mercado de consumo, tornando-o extremamente vulnerável, um manietado e com risco sério de se tornar um superendividado.

Com a edição da Lei 14.181, de 1º de julho de 2021, podemos contar com uma norma inclusiva, que veda o retrocesso à má informação e prioriza o respeito e a valorização às normas objetivo-principiológicas constantes do Código de Defesa do Consumidor, recomendando maior vigilância e observância quanto ao cumprimento dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo prevista no art. 4º, do CDC.

Para Vitor Hugo do Amaral Ferreira⁶⁰ ao expor sobre a atualização do Código de Defesa do Consumidor chama atenção para as alterações inseridas no art. 4º da Lei 14.181, de 1º/07/21, que ampliam os Princípios da Política Nacional das Relações de Consumo. Menciona a natureza das normas inseridas no art. 4º, incisos IX e X, classificando-as como “norma-objetivo-principiológica” eis que visam “o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde, segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”. O art. 5º, da Lei 14.181, de 1º/07/21, têm natureza de “norma-aplicativa-instrumental” com “instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural” (art. 5º, VI, CDC) e a “instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento” (art. 5º, VII, CDC).

As mencionadas alterações reforçaram a natureza jurídico- constitucional do Código de Defesa do Consumidor e de seus princípios a exemplo da vulnerabilidade (art. 4º, I, CDC), boa-fé (art. 4º, III, CDC), solidariedade, equilíbrio, intervenção do Estado, harmonia e efetividade (art. 170, CF), educação financeira e ambiental (art. 4º, IX, CDC), prevenção ao superendividamento e tratamento do superendividamento (art. 4º, X, CDC).

A violação da vontade livre e racional, seguidas das influências das publicidades enganosas, abusivas e a cultura impositiva do crédito fácil e sem cautela informativa, é a causa basal do superendividamento. O Princípio da Informação, pedra de toque de todo o sistema de proteção ao consumidor, o Princípio da Boa-fé eram suficientes na órbita doutrinária para se chegar ao conceito do fenômeno do superendividamento, mas insuficientes para impor eficiência às decisões judi-

60 FERREIRA, Vitor Hugo Amaral. Núcleos de Superendividamento nas Faculdades (palestra). In I Curso de Capacitação sobre Crédito ao consumidor e superendividamento. Brasilcon. Brasília: agosto, 2021.

ciais que o reconheciam⁶¹.

Com a aprovação da Lei 14.181, de 2021, foi acrescentado ao Código de defesa do Consumidor, o art. 54-A, § 1º, que define o superendividamento como “[...] a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação”.

A Lei 14.181, de 1º de julho de 2021, traz novas diretrizes e bases protecionistas como normas para a concessão de crédito de forma responsável, educação financeira, prevenção e tratamento de situação de superendividamento, preservação do mínimo existencial⁶², nos termos da regulamentação, prevendo revisão e da repactuação da dívida, entre outras medidas (art. 6º, inciso XI, CDC) além de regulamentar o tratamento extrajudicial e judicial do superendividado.

O trabalho de Karen Bertoncello e Clarissa Costa de Lima foi de suma importância para aprovação da Lei 14.181/2021 devido ao seu pioneirismo no tratamento paraprocessual do superendividamento, sob a orientação da Profª Dra. Cláudia Lima Marques. Clarissa Costa de Lima⁶³ acrescenta que durante a tramitação legislativa do PL do Superendividamento os seus defensores precisaram superar o conflito de ideais no ambiente democrático, representados pelo estigma da culpa, da vergonha de estar endividado, pela força obrigatória dos contratos, cujos defensores indagavam como os contratos deixariam de ser cumpridos como pactuados, como se daria uma segunda chance para o devedor e que as pessoas deveriam viver de acordo com suas possibilidades e pagar suas dívidas.

Esta ideia do consumidor como o único responsável pelo seu estado de desgraça financeira era um argumento forte e fértil para os grupos interessados promoverem o estigma de que os consumidores são irresponsáveis e imprudentes largando-os ao revés de sua própria sorte, desprezando a importância social, psicológica e mercadológica de recuperação do endividado⁶⁴.

61 PEREIRA, Wellerson Miranda. Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 45, set 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2229>. Acesso em: 4 mar. 2014.

62 Sobre a tese do mínimo existencial: BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. *Superendividamento: mínimo existencial: casos concretos*. Editora Revista dos Tribunais, 2015 – (Coleção biblioteca direito do consumidor, p.81.

63 Clarissa Costa de Lima. *Núcleos de Superendividamento nas Faculdades (palestra)*. In I Curso de Capacitação sobre Crédito ao consumidor e superendividamento. Brasilcon. Brasília: agosto, 2021.

64 Segundo LIMA estes estigmas não foram postos só no Brasil, mas também nos Estados Unidos, onde se tem uma das leis mais antigas sobre o tratamento de falência de consumidores - Bankruptcy -, lá é possível fazer planos de pagamentos desde 1939, mas em 2005 houve uma grande reforma na Lei de Falência americana para os consumidores que decorreu de um forte “lobby” dos bancos com o objetivo de

Sem sombra de dúvida, o superendividamento decorre de um ambiente excessivo de oferta de crédito, de sua democratização, de um liberalismo autoritarista dos bancos e que atingem pessoas de qualquer nível de instrução, não só as menos instruídas mas todos os tipos de pessoas devido aos apelos do crédito fácil e a falsa ideias das prestações baixas, crédito barato e de felicidade comprada pelo dinheiro, vítimas de uma redução do estado do bem estar social e da ausência ou insuficiência de regulamentação do mercado de crédito que proporciona constantemente uma concessão de crédito sem cuidado ou cautela pela ausência de avaliação da capacidade de reembolso deste consumidor, relacionados, também, à falta de informação e educação financeira.

4 CONCLUSÃO

Com estas inobservâncias, acentuou-se mais a necessidade de cumprimento dos deveres de cooperação, cuidado, transparência e lealdade, todos anexos à clausula da boa-fé objetiva, além de ser uma regra coerente com o sistema jurídico brasileiro baseado na repartição dos ônus contratuais.

A chegada da Pandemia criou uma oportunidade de esclarecer que o fenômeno do superendividamento não estava restrito às discussões acadêmicas, é um problema social, porque a pandemia chega num país com mais de 60 milhões de endividados e como diz Boaventura de Souza Santos⁶⁵ a “claridade pandêmica e as aparições em que ela se traduz. O que ela nos permite ver e o modo como for interpretado e avaliado determinarão o futuro da civilização em que vivemos. Estas aparições, ao contrário de outras, são reais e vieram para ficar”.

A claridade pandêmica também influenciou mudança de olhar sobre o fenômeno do superendividamento mitigando os efeitos da ideia do risco moral e impulsionando a necessidade de uma regulamentação efetiva da concessão de crédito e da prevenção e tratamento do superendividamento.

Para concluir e demonstrar a necessidade de preservação destes princípios e normas materializados nas modificações do Código de Defesa do

convencer o legislador de que o processo de falência era caro e que os consumidores faziam uso abusivo do crédito e não mereciam um tratamento especial e foi este discurso que gerou uma grande reforma em 2005 para restringir o acesso das pessoas físicas à falência. Em 2008 veio a crise do “Subprime” e ficou muito evidente que aquele discurso não só se conformava empiricamente como na realidade as pessoas estavam se endividando muito por força da concessão de empréstimos irresponsáveis, em razão da falta de responsabilidade dos fornecedores na concessão de crédito.

65 Disponível em <https://sul21.com.br/opinioao/2020/04/a-tragica-transparencia-do-virus-por-boaventura-de-sousa-santos/>. Acesso em 05.09.2021. Boaventura de Souza Dantas Sociólogo, diretor do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra

Consumidor, novamente, Vitor Hugo Amaral Ferreira, em recente tese de doutoramento, apresenta, o que o autor denomina, de princípio da atualização. Parte-se da identificação na previsão do artigo 4º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, designado a partir do estudo constante das modificações do mercado de consumo. Ressalta a tese que o estudo das modificações do mercado compreende os cenários, impulsiona análises, verifica possibilidades, indica probabilidades, hipóteses e, em todos os sentidos, converge para propostas de atualização como regra. Neste sentido:

O princípio da atualização emite consequência também na aplicabilidade do princípio da vulnerabilidade, pode condicionar o princípio do dever de proteção efetiva do Estado; medidas de harmonização e compatibilização para proteção do consumidor em atenção ao desenvolvimento econômico e tecnológico; cria elementos para educação e informação de fornecedores e consumidores; propõe meios mais eficientes; apresenta propostas de mecanismos de composição de conflitos de consumo; e ao setor público o estudo pode auxiliar na racionalização e melhoria dos serviços. O princípio parte do estudo constante para atualizar a norma seja pela proposição de novas leis ou pela interpretação da existente patrocinando também a atualização da jurisprudência.⁶⁶

De tudo quanto foi dito sobre as teorias que tentaram resolver, em épocas diferentes, as questões ligadas ao desequilíbrio contratual, tem-se a resumir que o relativismo da força obrigatória dos contratos são juízos de valor concretizados.⁶⁷

A intervenção normativa, no âmbito contratual, reduzindo a efetividade do princípio da autonomia da vontade, é percebida como resposta da sociedade aos períodos de instabilidade política econômica, mormente observados entre as duas guerras mundiais, ao introduzir parâmetros de observância compulsória às partes contratantes, como bem relatado.

Em artigo sobre diálogo de fontes, Código de Defesa do Consumidor e Código Civil, C. Marques pontua a influência da codificação estrangeira nestes dois diplomas sistematizados no Brasil, que inaugurou a era relativista de contratação, revendo as firmações do Código Civil de 1916 e influenciando o atual Código Civil de 2002, com o objetivo de proteger nas avenças de massas os componentes

66 FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. Tutela de Efetividade no Direito do Consumidor Brasileiro: a triade prevenção-proteção-tratamento revelada nas relações de crédito e consumo digital. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Porto Alegre). 2021.

67 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

de diferenças econômicas, sociais e culturais.⁶⁸

Neste ambiente, promulgou-se a Lei n.º 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), assegurando proteção ao consumidor através da presunção de vulnerabilidade nas relações consumeristas e, ainda, da relativização dos dogmas como a autonomia da vontade.

A vulnerabilidade do consumidor, explica E. Roppo, está calcada na gritante desigualdade substancial que existe entre o proletário (parte mais fraca) e o proprietário dos meios de produção (parte mais forte e dominante da relação):

[...] ainda que tal igualdade seja, na realidade puramente formal e ilusória, porque a mercadoria oferecida pelo segundo é um atributo e expressão de sua própria pessoa (pelo que a sua formal liberdade de contratar se resolve na sua substancial sujeição), e porque a troca é substancialmente desigual, deve ser desigual para garantir ao detentor dos meios de produção a apropriação da mais valia, pela qual se rege, como seu fundamento primeiro, todo o sistema capitalista.

Para o citado autor, não é mais a qualidade socioeconômica do contratante, mas sim a circunstância concreta na qual ele se encontra que determina a inci-

68 Comparando a opção brasileira com a realizada na Alemanha, na Reforma do BGB ocorrida nos anos 2000 e 2001, no Brasil houve a inclusão da figura do 'empresário', mas não a de 'consumidor' no Código Civil de 2002. Esta inclusão da figura do empresário no Código Civil Brasileiro de 2002, no Art. 966, 94 sem que tenha sido incluído no CDC (semelhantemente ao Verbraucher do § 14 do BGB), deixa intacto o microsistema de direito do consumidor. Assim, o CDC, continua a regular com suas normas especiais – com primazia e prioridade – as relações de consumo. As normas do CC/2002 podem ser aplicadas às relações de consumo como normas gerais, subsidiárias e no que couber, ou quando especifiquem sua aplicação ao caso ou contrato. A opção alemã de incluir no BGB, Código geral, todas as leis esparsas referentes às relações ou contratos de consumo, regulando-as através de normas especiais e fazendo brilhar mais fortes as exigências da boa-fé e da proteção da confiança quando presente um consumidor, não foi seguida pelo direito brasileiro, que segue trabalhando com um Código central, subsidiário e um micro código especial prevalente, que define seu próprio campo de aplicação exclusivo. Em resumo, se o novo Código Civil de 2002 modificou o Direito Privado brasileiro, unificando o direito das obrigações, e definiu o empresário (Art. 966), a sociedade empresária (Art. 982) e o estabelecimento (art. 1.142), não definiu — assim como também não o fez o Código Civil Italiano de 1942 — o elemento unificador do direito privado: a empresa. Trata-se, pois, de uma opção subjetiva: a definição do papel que o sujeito exerce no mercado, naquele preciso momento e naquele contexto relacional, é que definirá o campo de aplicação das leis e a maneira como elas 'dialogam' ou se aplicam, ao mesmo tempo, àquela mesma situação jurídica: prioritariamente ou subsidiariamente! E mais do que isto, a finalidade (civil, empresarial ou de consumo) da relação é outro fator a considerar. Isto valoriza a teoria finalista de interpretação do CDC e a definição principal de consumidor do artigo 2º do CDC: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final." Em outras palavras, do domínio desta destinação subjetiva e finalista (relação entre iguais, de finalidade puramente civil ou de finalidade comercial e relação mista entre diferentes ou de consumo), depende a própria compreensão sobre a aplicação da nova lei (CC/ 2002) e suas antinomias (reais e aparentes) ou diálogos com as leis especiais anteriores, como o CDC. (MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo de fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, RT, n. 51, jul./set. 2004, p. 34).

dência de regras protetivas, importando dizer que mesmo que economicamente capacitado, pode se tornar titular de uma proteção especial se vulnerável estiver. No suporte fático destas condicionantes, o que importa mais não são as qualidades subjetivas, não uma debilidade definida legalmente *ex ante*, e sim a *assimetria de poder contratual*. E é aqui que se delinea a vulnerabilidade, na assimetria de poder entre as partes contratantes.⁶⁹

Para V. Roppo⁷⁰, da proteção à posição (institucional) de consumidor passa-se à proteção à posição (institucional) de contratante débil, independentemente do papel que o agente econômico desempenha no mercado.

O Estado passa a se preocupar com o sinalagma, porque o sistema econômico-financeiro é prenhe de desigualdades e de abusos na confiança do consumidor.

Na realidade, já era tempo de se positivar a desigualdade das partes na fase capitalista. Não se concebia mais o julgamento com base em um princípio de imutabilidade contratual se, na realidade, sempre houve uma conduta de aproveitamento do contratualmente mais débil pelo financeiramente mais forte. E esta teoria, ainda que rebatida, encontra adeptos.

Não há como se fugir da força equilibradora dos princípios éticos que estabeleceram regras de boa-fé e de lealdade na firmação do contrato, sob pena de sua nulidade. A relativização do Princípio da Força Obrigatória do Contrato já se encontrava positivada no Direito do Trabalho, outro sistema protecionista e com princípios próprios, alguns de grande validade interpretativa para o Direito do Consumidor, como ensina Rodrigues⁷¹:

O fundamento deste princípio está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho. Historicamente o Direito do Trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração, inclusive, mais abusivas e iníquas. O legislador não pôde mais manter a ficção de igualdade existente sem uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável. O Direito do Trabalho responde, fundamentalmente, ao propósito de nivelar desigualdades. Como dizia *Couture*: 'o procedimento lógico de corrigir as desigualdades é o de criar outras desigualdades. Esta ideia tem sido expressa por todos os tratadistas, tanto os pertencentes a

69 ROPPO, V., 2002, p. 44.

70 ROPPO, V., op. cit., p. 27, 52 e 53.

71 RODRIGUES, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 85-86.

nossa disciplina como os alheios a ela, os quais a deixam entrever sob outro ponto de vista. *Radbruch* anota: ‘a ideia central em que o direito social se inspira não é a da igualdade entre as pessoas, mas a do nivelamento das desigualdades que entre elas existe. A igualdade deixa assim de constituir ponto de partida do direito para converter-se em meta ou aspiração da ordem jurídica’. E *Barassi* afirma: ‘tanto a Constituição como o Código Civil abandonaram o velho e bastante superado princípio da igualdade de direito em que estavam informados os códigos anteriores para acercar-se da igualdade de fato com a proteção do contratante economicamente mais débil.

C. Marques explica, claramente, que a vontade não deixou de ser elemento de talante para a formação do contrato, mas sua importância e força diminuíram. Em poucas palavras, resume o alcance das mudanças:

Assim, o princípio clássico de que o contrato não pode ser modificado ou suprimido senão através de uma nova manifestação volitiva das mesmas partes contratantes sofrerá limitações (veja neste sentido os incisos IV e V do art. 6º do CDC). Aos juízes é agora permitido um controle do conteúdo do contrato, como no próprio Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, devendo ser suprimidas as cláusulas abusivas e substituídas pela norma legal supletiva (art. 51 do CDC). É o intervencionismo estatal, que ao editar leis específicas pode, por exemplo, inserir no quadro das relações contratuais novas obrigações com base no Princípio da Boa-fé (dever de informar, obrigação de substituir peça, renovação automática da locação, etc), mesmo que as partes não a queiram, não as tenham previsto ou as tenham expressamente excluído no instrumento contratual. Relembre-se aqui, também, o enfraquecimento da força vinculativa dos contratos através da possível aceitação da teoria da imprevisão (veja neste sentido interessante e unilateral inciso V do art. 6º do CDC).⁷²

Nesta nova linha de intervenção da lei, o núcleo da vontade passa a receber inspiração dos conceitos legais indeterminados, que, por sua vez, interagem com os conceitos firmados de boa-fé e equidade contratuais, a possibilitar a aplicação e utilização, pelo Juiz, das cláusulas gerais.

A vontade declarada passa a ser reavaliada a partir da atuação conjunta de paradigmas que se estabelecerão com o exercício da nova hermenêutica. Ela será construída a partir do momento em que forem concretizados os referidos conceitos legais antes indeterminados, achados nos princípios gerais de direito e nos conceitos legais determinados.

72 MARQUES, C., 2002, p. 226-227.

A nova teoria contratual consumerista, desta forma, não objetiva mitigar o valor da vontade, muito ao contrário, impõe sua supremacia quando exige seja a vontade expressa de forma reflexiva, com base em informações precisas sobre o negócio que examina e visa a realizar. Não se concebem, na atual sociedade moderna, onde proliferam as contratações múltiplas de negócios jurídicos, cujos interesses regulados transcendem a pessoa das partes, contratações intangíveis.

Benjamin, Bessa e Marques⁷³ afirmam que a promoção da defesa do consumidor já exprime “*assegurar afirmativamente que o Estado-juiz, que o Estado-Executivo e o Estado-Legislativo realizem positivamente a defesa, a tutela dos interesses desses consumidores*”. O Direito do Consumidor é considerado um direito subjetivo público geral, tanto de proteção contra as atuações do Estado e, também, de ação efetiva (protetiva, tutelar, afirmativa, de promoção) deste Estado em favor dos consumidores (que têm direitos, direito prestacional, direito econômico e social, direito fundamental de nova geração).

A legítima defesa do consumidor pode ocorrer com o efetivo controle das cláusulas abusivas e se estende desde a fase pré-contratual, mantém-se durante a execução do contrato e controla seus efeitos até se encontrar findado.

A vedação das cláusulas abusivas no Direito do Consumidor brasileiro, como explica Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁷⁴, um dos redatores do Código de Defesa do Consumidor, foi buscar inspiração em modelos estrangeiros já vigentes como o francês, redigido sob a influência de Jean Calais-Auloy e outros.

O reconhecimento de cláusulas abusivas no bojo do contrato é essencial para o equilíbrio nas relações de consumo e para o mercado. Esta aplicação do sistema torna-se um pouco complexa pela diversificação dos atores no processo de identificação das cláusulas abusivas. De outra maneira, uma vez definida a cláusula abusiva, resta, ainda, determinar quem será competente para reconhecê-la como tal e de que modo.

Até agora o Sistema administrativo ainda não tem o poder de declarar esta nulidade, eis que afeito ao poder judicial regulamentar, de como determinar que cláusula poderia ser declarada abusiva.

Ao Estado-juiz a lei concede legítima competência constitucional (também em regulamentada lei suplementar) para controlar as ações privilegiadas da iniciativa privada.

73 BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 25.

74 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, v. I, p. 7-8.

Este controle judicial parte da regulamentação das práticas comerciais, passa pela redação das cláusulas ou da convenção negocial e se vivifica até as consequências que possam atingir desde o consumidor direto ao equiparado, sem se opor à liberdade de contratar. Não se trata de suprir desequilíbrio, mas de superá-los.

Para identificar as questões que permitiriam ao Poder Judiciário intervir na relação consumerista, ao revisar as cláusulas contratuais, o CDC oferece as seguintes alternativas: indica a abusividade de modo taxativo (“ex vi” do art. 53, este cuidando da nulidade imputada à cláusula que, nos contratos de compra e venda a prazo de moveis ou imóveis, e nas alienações fiduciárias em garantia, determine a perda total das prestações pagas, em caso de inadimplemento, ocorrendo a resolução da avença e retomada do produto); deixa à elaboração da jurisprudência a determinação do eventual abuso (cf. art. 51, IV); e presume a configuração da abusividade, como se dá nas listas dos arts. 39 e 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Resta-nos, daqui por diante, aplicar, em salutar complementação ao arcabouço doutrinário exposto, as novas diretrizes do tratamento do superendividamento, trazidas pela Lei 14.181, de 1º.07.2021, para reabilitar o “*homo economicus et culturalis*” auxiliando a criação de um mercado de consumo de crédito solidário, cooperativo e responsável.

PRIMEIRAS LINHAS QUANTO AO IMPACTO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NA FORÇA PROBANTE DOS DOCUMENTOS ELETRÔNICOS EM PROCESSOS SUBMETIDOS AOS JUIZADOS ESPECIAIS DE RELAÇÕES DE CONSUMO

Michelline Soares Bittencourt Trindade Luz

Mestre em Direito pela UFBA; Juíza Titular da 4ª Vara de Relações de Consumo do Sistema de Juizados Especiais do Poder Judiciário do Estado da Bahia.

E-mail: mbittencourt@tjba.jus.br

Belmiro Vivaldo Santana Fernandes

Doutor e Mestre em Direito pela UFBA; Advogado.

E-mail: info@belmirovivaldo.com

Resumo: O presente artigo científico tem por objetivo analisar possíveis alterações na valoração probatória dos documentos eletrônicos em demandas judiciais de relações de consumo nos Juizados Especiais em consequência da promulgação Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei Federal n. 13.709 de 14 de agosto de 2018, com as alterações da Lei Federal n. 13.853/2019). Neste sentido, revisitou-se o marco teórico do acesso à justiça na visão Mauro Cappelletti e Bryan Garth na concepção da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/1995) e os instrumentos processuais garantidos ao consumidor na defesa dos seus direitos, conforme determina a Lei Federal n. 8.078/1990. Demonstrou-se que embora haja posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais no sentido de minimizar a força probatória dos documentos eletrônicos no contexto examinado, a Lei de Proteção de Dados Pessoais aponta tendência no sentido oposto, que pode, inclusive, tornar ainda mais efetiva a facilitação do acesso à justiça pelo consumidor, inclusive nos Juizados Especiais.

Palavras-chave: Documentos eletrônicos – Juizados Especiais – Relações de

Consumo – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

Abstract: This scientific article aims to analyze possible changes in the probative assessment of electronic documents in lawsuits of consumer relations in the Special Courts as a result of the enactment of the General Law for the Protection of Personal Data (Federal Law n. 13.709 of August 14, 2018, with the amendments to Federal Law No. 13,853/2019). In this sense, the theoretical framework of access to justice was revisited in the view of Mauro Cappelletti and Bryan Garth in the conception of the Special Courts Law (Law 9.099/1995) and the procedural instruments guaranteed to the consumer in the defense of their rights, as determined by the Law Federal no. 8.078/1990. It was demonstrated that although there are doctrinal and jurisprudential positions in order to minimize the probative force of electronic documents in the examined context, the Personal Data Protection Law points to a tendency in the opposite direction, which can even make the facilitation of access even more effective. to justice by the consumer, including in the Special Courts.

Keywords: Electronic documents - Special Courts - Consumer Relations - General Law for the Protection of Personal Data.

Sumário: 1 Introdução. 2 O Acesso à Justiça na Concepção de Cappelletti e Garth. 3 A Facilitação do Acesso à Justiça no Código de Defesa do Consumidor e nos Juizados Especiais Cíveis. 4 O Valor Probatório dos Documentos Eletrônicos a partir da Entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. 5 Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é objeto de preocupação dos estudiosos do Estado Democrático de Direito, que desde os primórdios até sua formação atual, enfrentou diversas crises e mudanças de concepção.

A concepção de acesso à justiça para além do mero processamento de demandas e a busca da concretização os direitos se revelou presente na construção da atual Lei 9.099/95, especialmente no que tange à sua melhor aproximação com a sociedade brasileira, com suas desigualdades e complexidades. (Isto se coaduna com a garantia à facilitação dos meios de acesso à justiça ao consumidor, incorporados pelo ordenamento pátrio pela promulgação da Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990).

Entretanto, embora perceptível e aceita a contratação e consumo de produ-

tos e serviços pelos meios digitais, constatam-se obstáculos na adequada valoração probatória dos documentos eletrônicos no processo, especialmente no âmbito dos Juizados Especiais. A preocupação reside no receio de sua manipulação pelo fornecedor para eclipsar a pretensão consumerista deduzida em juízo, o que acaba prejudicando seu próprio acesso à justiça, seja pelo argumento da necessidade de produção de prova pericial para atestar sua autenticidade, pela sua total desconsideração.

Por outro lado, é inequívoca a convivência dos meios digitais nas relações mais básicas do dia a dia, algo percebido intensificado, sobretudo com o uso de tecnologias frente à pandemia do COVID-19, ocorrida no ano de 2020. Neste sentido, observa-se que a tendência legislativa é de reconhecer a força probatória dos documentos eletrônicos, especialmente em razão da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, Lei do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014) e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (“LGPD”, lei n. 13.709 de 14 de agosto de 2019).

O objetivo central deste artigo, portanto, é avaliar se o atual receio de reconhecimento da força probante dos documentos eletrônicos é justificável diante dos limites do procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais e da proteção consumerista e, não o sendo, quais são as ferramentas hermenêuticas à disposição dos sujeitos processuais sua adequada valoração.

Para tanto, em análise teórico-descritiva, examinou-se o marco teórico da criação do atual sistema de Juizados Especiais, cuja inspiração é a teoria de Cappelletti e Garth de acesso à justiça e as inovações propostas pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Observou-se que, em diversas passagens, são evidenciadas notáveis semelhanças do regime jurídico da novel lei com as normas do Código de Defesa do Consumidor.

Diante da proposta metodológica deste trabalho, o conteúdo foi em quatro seções, sendo a primeira introdutória, a segunda com o resgate da concepção de acesso à justiça na visão de Cappelli e Garth, a terceira com a regulação específica do acesso à justiça na Lei 9.099/95 e no Código de Defesa do Consumidor e, na quarta seção, o valor probante dos documentos eletrônicos frente às recentes inovações legislativas, como a Lei Geral de Proteção de dados Pessoais. Ao final do trabalho, apresenta-se uma breve conclusão que sumariza o exposto.

2 O ACESSO À JUSTIÇA NA CONCEPÇÃO DE CAPPELLETTI E GARTH

Para que verifique *in concreto* se o modelo político-jurídico vivenciado em

dada realidade sociocultural, é necessário observar alguns parâmetros fundamentais, que diante de sua presença e/ou respeito indicariam o alcance mais próximo do ideal da experiência de convívio efetivo em uma democracia.

Morais e Streck (2010, p. 99) afirmam que os principais elementos perceptíveis são: a) existência de uma constituição; b) pluralismo político; c) respeito à diversidade e à liberdade de opinião e expressão; d) sistema de garantias aos direitos fundamentais, tanto individuais quanto coletivos; e) repartição de funções públicas entre autoridades distintas; f) controle da legalidade dos atos judiciais e administrativos diante da constituição; g) sentimento de segurança e certeza jurídicas; h) justiça social e isonomia.

Não há de olvidar que os maiores expoentes no tema de acesso à justiça são Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988, p. 23), que promoveram um estudo em escala global, denominado “Projeto Florença”, cujo objetivo foi o de coletar e analisar como os diversos sistemas jurídicos do mundo garantem a busca junto aos órgãos do Poder Judiciário de reclamações à violação de seus direitos subjetivos. Em consequência, publicaram a obra conhecida no Brasil como “Acesso à Justiça” no ano de 1978, sendo um marco para o estudo do Direito Processual.

Em síntese, explicam que nos primórdios do Estado Liberal, o acesso à justiça apenas significava o direito formal de alguém buscar o Poder Judiciário para propor ou contestação uma ação; entretanto, estaria fora de seu escopo inicial o uso da justiça com uma efetiva melhoria na qualidade de vida e, conseqüentemente, incremento da participação democrática pela concretização da isonomia (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 13). Com o aumento da complexidade das relações sociais e de sua própria percepção, o mero processo individualizado não poderia mais existir sozinho, devendo funcionar como resgate da própria cidadania (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 160).

Outros temas também são relevantemente trabalhados na obra de Cappelletti e Garth, mas um em especial ganha relevo e está diretamente relacionado à proposta de criação de “tribunais de pequenas causas”, que é o custo do processo formal, o que inclui as próprias custas judiciárias, as despesas para produção de provas e com o próprio assessoramento jurídico (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 20), o que leva à parte mais fraca ao abandono do litígio ou ao desencorajamento de enfrentar disputas jurídicas. Essas preocupações foram objeto da construção da Lei 9.099/1995, uma modernização da antiga “Lei de Juizados de Pequenas Causas” (PARIZOTTO, 2018, p. 23).

Em sentido contemporâneo, Maria Aparecida Lucca Caovilla (2003, p. 35), compreende que o acesso à justiça se relaciona melhor com a conscientização da população de seus direitos, não podendo se resumir ao acesso formal ao Poder Judiciário. É o mesmo sentido defendido por Eduardo de Avelar Lamy e Horácio

Wanderlei Rodrigues (2016, p. 206), que consagra a importância da resposta ao problema trazido ao Judiciário, pela efetividade do resultado e concretização do direito material subjetivo percebido pelo ganho de consciência jurídica da população. O acesso à justiça também ganha um conteúdo axiológico da própria expressão de *justiça* – no sentido de “justo” – para acesso à ordem e aos direitos fundamentais (LAMY; RODRIGUES, 2016, p. 112).

3 A FACILITAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

A Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995, ao revogar a antiga Lei dos Juizados de Pequena Causa (Lei n. 7.244/1984), demonstrou o respeito ao quanto determinado pelo artigo 98 da Constituição de 1988, que na lição de Caovilla (2003, p. 89), garantiu um acesso a causas de menor valor econômico, promovendo uma nítida evolução com o povo brasileiro e preocupação com sua realidade social, especialmente quanto à redução da burocracia, o que inclui a isenção de custas e condenação em honorários advocatícios em primeira instância.

Caovilla (2003, p. 42) ainda esclarece que o sentido de acesso à justiça como efetividade de direitos é cristalino na Lei dos Juizados Especiais, especialmente quanto aos Cíveis, representando uma proposta realista e ainda atual. Afirma que como o processo tem a missão complexa inclusive de restabelecer a felicidade das pessoas, pela recuperação de seus bens da vida, o que não seria possível caso se submetessem ao regramento rígido e burocrático dos procedimentos cíveis da justiça não especializada.

Havia, portanto, até a promulgação da Lei dos Juizados Especiais, uma litigiosidade contida, pela inadequação do modelo de cálculo das custas judiciais e das despesas com honorários advocatícios e produção de prova, afastando os menos abastados de uma prestação jurisdicional simples, rápida, econômica e segura (FIGUEIRA JÚNIOR; TOURINHO NETO, 2017, p. 40). Como também explicam Arenhart e Marinoni (2012, p. 209), o juizado especial não deve ser pensado como um meio de agilização de litígios, mas de assegurar a certos segmentos da população brasileira o direito a demandar em Juízo, que em outras circunstâncias não seria viável.

Em contraponto ao modelo tradicional formal, com a Lei dos Juizados Especiais avançou-se frente à instrumentalização do processo, em razão de seus princípios basilares contidos em seu artigo 2º: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, com busca dos meios de autocomposição

de conflitos.

Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 21) esclarece que a instrumentalidade das formas e a efetividade da prestação jurisdicional têm marcado a tônica do processo civil contemporâneo, com dedicação a remédios e medidas que resultem em melhorias do serviço forense e o alcance de resultados.

Dentro desta proposta, Barbosa Moreira (1984, p. 53) já se preocupava com a demora na prestação jurisdicional como uma falha do sistema judiciário, tornando o processo não efetivo. Luiz Guilherme Marinoni (2003, p. 83) já há muito explicava que quanto maior for a demora na prestação jurisdicional, maior será o benefício ao réu, com proporcional dano causado ao autor.

Este foi o sentido da Reforma do Poder Judiciário, provocada pela emenda constitucional n. 45/2004, que inseriu a “razoável duração do processo” no rol de direitos e garantias fundamentais. Para Silvana Cristina Bonifácio Souza (2005, p. 52), trata-se do atendimento à efetividade da prestação jurisdicional.

Como observa Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 45), a lei foi fiel à principiologia já sedimentada na disciplina prática do processo tradicional, para operacionalizá-lo sem antepô-lo à justiça.

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor, promulgado em 11 de setembro de 1990, decorre na relevantíssima necessidade de regular os conflitos próprios da sociedade de massa, presente sobremaneira no próprio consumo de massa. Para equilibrar as relações de consumo, torna-se imprescindível a garantia de uma prestação jurisdicional justa. (CARVALHO, 2007).

Quanto aos processos individuais em relações de consumo, explica Nelson Nery Júnior (2002, p. 123), que os mais diretamente aplicáveis são os da vulnerabilidade e da hipossuficiência.

Paulo Valério de Moraes (1999, p. 45) esclarece que a vulnerabilidade do consumidor é absoluta, porque, como explica Cláudia Lima Marques (2002, p. 151), haver um desequilíbrio prático dos fatos presentes na relação para com o fornecedor, ainda que o consumidor disponha de alta escolaridade, renda e higiene física e mental. Dentre as espécies de vulnerabilidade, encontram-se a técnica (desconhecimento do consumidor pelos produtos e serviços que está adquirindo, em decorrência da complexidade das relações econômicas e jurídicas); a jurídica (desconhecimento da existência de direitos e de sua extensão); político-administrativa (insuficiência da presença estatal na sua proteção); além da psíquica, econômica e até mesmo ambiental. Portanto, a vulnerabilidade tem maior identidade com o direito material do consumidor, ao passo em que a hipossuficiência tem lugar de análise no campo do direito processual.

Assim é que a hipossuficiência deriva da facilitação de acesso ao consumidor à justiça, como descrito no artigo 6º, inciso VIII do Código (GRINOVER,

2001, p. 145). Dentre seus traços característicos mais concretos, localiza-se a possibilidade de inversão do ônus da prova, que não é automática, porque diversamente da vulnerabilidade, a presunção de hipossuficiência é relativa e apreciada pelo juiz no caso concreto.

Cavaliere Filho (2019, p. 67) aduz que a principal finalidade da inversão do ônus da prova é tornar mais acessível a defesa do consumidor, em razão da desigualdade diante do fornecedor. Assim, admite-se que o consumidor traga uma prova de primeira aparência, relevando-se, conforme apreciação judicial, maior robustez para o fornecedor.

Ocorre que há uma tendência de acolhimento da inversão do ônus da prova na maioria das ações consumeristas, justamente frente ao olhar das dificuldades do consumidor de deduzir em juízo suas pretensões. Em casos, entretanto, que exista nítida má-fé do consumidor ou que a prova seja verificada como “diabólica” para o fornecedor, aplica-se o ônus tradicional, de que cabe ao autor demonstrar a existência de seu direito, como determina o artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015.

4 O VALOR PROBATÓRIO DOS DOCUMENTOS ELETRÔNICOS A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Como dissemos anteriormente, embora o direito resguarde grande formalismo, os juizados especiais buscaram superar este paradigma, de modo a garantir um mais amplo acesso à justiça frente ao propósito de se buscar maior efetividade das demandas processualmente propostas.

Entretanto, conjugando-se os princípios da vulnerabilidade e da hipossuficiência do consumidor frente aos fornecedores, sobremaneira diante da exigência legal de baixa complexidade das pretensões ajuizadas no Sistema de Juizados Especiais, percebe-se a necessidade de urgente adequação dos entendimentos quanto à apreciação probatória dos documentos eletrônicos.

O reconhecimento da prática de atos eletrônicos não é exatamente uma novidade no ordenamento jurídico pátrio. O próprio Código de Defesa do Consumidor, inovador e revolucionário em sua proposta, já no ano de 1990 reconheceu regime jurídico específico para os denominados “contratos à distância”, pela previsão do direito de arrependimento, presente em seu artigo 49, até o termo final do denominado “prazo de reflexão” (parágrafo único do mesmo dispositivo) (MARQUES, 2002, p. 35).

No campo processual, a Lei n. 11.419/2006 já dispunha sobre a prática de

atos judiciais da forma eletrônica, embora que hoje vista de forma um tanto quanto tímida diante dos saltos tecnológicos daquele ano para a contemporaneidade. Observa-se ainda uma grande cautela em seu texto, especialmente quando prevê a possibilidade de falhas nos sistemas, porque dispõe quanto ao uso de documentos impressos de forma alternativa ou subsidiária (BUENO, 2018, p. 53).

Cerca de uma década depois, o Código de Processo Civil de 2015 passou a dispor expressamente sobre os documentos eletrônicos, incluindo-os nos dispositivos referentes à prova. Entretanto, ainda há elementos de certo conservadorismo e formalismo, por evidente cautela, ao documento impresso, o que se verifica nos artigos 439 e 440, adiante citados:

Art. 439. A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional **dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade**, na forma da lei. Art. 440. **O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido**, assegurado às partes o acesso ao seu teor (BRASIL, 2015) (os grifos são nossos).

Note-se, entretanto, que o legislador do CPC/2015 reconhece a alta probabilidade de as disposições sobre relações jurídicas produzidas de forma eletrônica rapidamente ficarem desatualizadas (DIDIER, 2017, p. 60), pelo que deixa a cargo de outras normas o regime de produção e conservação dos documentos eletrônicos: “Art. 441. Serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados **com a observância da legislação específica** (grifos nossos).

A produção de documentos eletrônicos ganham especial relevo quando do notório crescimento do *e-commerce*, sendo que em 2019 o Brasil aparecia em 14º lugar mundial no *ranking* de compras *online* (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO, 2019). Há de se esperar um incremento nesta proporção não apenas em razão das medidas de isolamento social decorrentes da pandemia do COVID-19, mas pelas prováveis mudanças no comportamento do consumidor a partir da superação de receios com o comércio eletrônico.

A aceitação dos documentos eletrônicos como meio de prova encontrou considerável amparo com a edição da Lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014, conhecida como “Marco Civil da Internet”. Dispôs da obrigatoriedade de guarda de documentos e dos registros de acesso e utilização de aplicações por prazos que variam de seis meses (artigo 15) a um ano (artigo 13), além de trazer regime próprio de responsabilização civil pelo não fornecimento de tais informações e documentos quando requisitadas. Por fim, garante à parte interessada formar “conjunto probatório em processo judicial” quanto aos documentos produzidos eletronicamente (artigo 22).

A lei do Marco Civil da Internet dispôs sobre a guarda e tratamento de dados, porém na comparação com outras normas semelhantes presentes em outros ordenamentos, ainda precisava regular mais detalhadamente essas questões (SOUZA; LEMOS, 2016, p. 40). Com isto, foi complementada – ou até mesmo parcialmente revogada – pela Lei Geral de Proteção de Dados, vulgo “LGPD”, promulgada sob o n.º 13.709, em 14 de agosto de 2019.

A LGPD não substitui o tratamento regulatório já conferido às relações por meio da rede mundial de computadores no Marco Civil; todavia, quanto ao regime de coleta e tratamento de dados, supera o ato normativo anterior, conferindo-lhe notável detalhamento.

O conceito legal de tratamento de dados é disposto no artigo 5º, inciso X da LGPD, a saber:

Artigo 5º [...] X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração (BRASIL, 2019).

Na relação jurídica dos envolvidos no tratamento de dados, além da presença estatal, estão, de um lado, o titular e, do outro, os agentes de tratamento (artigo 5º, inciso IX), divididos em operador e controlador. O objeto da relação são os dados pessoais, assim considerados como a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”.

Em análise dos dispositivos da LGPD, nota-se uma grande semelhança com conceitos já consolidados no Código de Defesa do Consumidor, em alguns casos podendo ser utilizado até mesmo um paralelo. Logo, há grande aproximação entre o que a LGPD considera titular e como o CDC considera consumidor; a mesma lógica é aplicável aos agentes de tratamento (operador, controlador e encarregado).

O tratamento de dados ocorre a todo o momento, sendo rotineira em relações de consumo. Diante disto, a LGPD segue a esteira do CDC, consagrando também o princípio da informação ao titular quanto à finalidade, forma e duração do tratamento, forma de contato com o controlador e direitos do titular frente à responsabilização dos agentes do tratamento.

Sobre a responsabilidade civil dos agentes de tratamento, esta é expressamente objetiva, incluindo não apenas a reparação de danos, como de prestações positivas ou negativas, referentes aos dados (exclusão, informação etc.). Uma tônica da LGPD é o rol de dispositivos englobando o tema do consentimento

fornecido pelo titular, com possibilidade de inversão do ônus da prova contra os agentes de tratamento em processo judicial. Assim como no Código de Defesa do Consumidor e no Código de Processo Civil de 2015, o ônus da prova não é automático, devendo ser decidido pelo juiz, no caso concreto.

Tantas semelhanças entre a LGPD e o CDC produzem grande expectativa naquele que analisa os seus 65 (sessenta e cinco) artigos por uma declaração mais expressa do legislador de que se inspirou nas normas consumeristas para construção do regime legal de proteção de dados pessoais. Eis que apenas no artigo 45 a LGPD confirma o que já se suspeitava. Dispõe textualmente que “art. 45. As hipóteses de violação do direito do titular **no âmbito das relações de consumo** permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente”. (Grifos nossos).

Restando demonstrado que a LGPD tem condão notadamente protetivo aos titulares dos dados, inclusive pela possibilidade de inversão do ônus da prova pelos agentes de tratamento no cumprimento de seus deveres, resta saber como fica o seu direito de defesa diante de ações judiciais dos quais podem ser réus.

Eis que a LGPD acaba por possibilitar expressamente o uso dos dados pessoais do titular contra o mesmo, nos limites dos dispositivos a seguir:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: [...] IX - **quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador** ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; [...] Art. 22. **A defesa dos interesses e dos direitos dos titulares de dados poderá ser exercida em juízo**, individual ou coletivamente, na forma do disposto na legislação pertinente, acerca dos instrumentos de tutela individual e coletiva. [...] Art. 37. O controlador e o operador devem manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizarem, **especialmente quando baseado no legítimo interesse**. [...] Art. 43. **Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem**: I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou III - **que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro** (BRASIL, 2019). (os grifos são nossos).

Em suma, embora a LGPD, de modo geral, proíba que os dados sob posse dos agentes de tratamento possam ser utilizados contra os titulares, a *contrario sensu* autoriza o seu uso para defesa dos interesses legítimos dos controladores, encarregados e operadores.

Neste contexto, mostra-se desafiadora a permanência do entendimento judicial predominante quanto à inadmissibilidade absoluta de que telas sistêmicas como defesa dos fornecedores, embora já existam posicionamentos contrários em construção.

Isto não significa que o sistema protetivo do CDC tenha iniciado uma corrosão a partir da promulgação da LGPD, até mesmo porque esta considera abusivo o uso de informações em poder do controlador contra o próprio titular, como pode ocorrer com grandes fornecedores de serviços como energia elétrica, planos de saúde, bancos e telecomunicações.

Retornando ao debate quanto aos limites do procedimento sumaríssimo presente nos Juizados Especiais, é cediço que a prova pericial tradicional não é admitida, apenas sendo possível a colaboração de pareceres técnicos de profissionais de confiança ou a própria inspeção judicial.

É preciso considerar que o magistrado pode decidir em sede de Juizados Especiais com base nas regras de experiência, perfeitamente compatível com o uso da razoabilidade, como já previsto no Código de Processo Civil de 2015.

Acrescente-se que a própria lei 9.099/95 permitiu o uso de soluções “justas e equânimes”, sendo, portanto, a aplicação da equidade não apenas possível o âmbito dos Juizados, mas igualmente no próprio Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, nenhuma prova nos Juizados é absoluta e previamente considerada complexa o suficiente para conduzir o processo à sua extinção sem apreciação do mérito e que o Código de Processo Civil, em seus artigos 411, inciso III e 412 consideram válido o documento cuja autenticidade não foi impugnada.

Entretanto, os novos paradigmas quanto à validade dos documentos eletrônicos, sobretudo a partir da promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados, desafiam o magistrado, as partes, seus procuradores e demais sujeitos processuais a uma avaliação mais razoável diante de sua produção.

Por um lado, sua aceitação inequívoca pode ter como consequências graves o cerceamento de direitos da parte contrária; por outro, a extrema desconfiança quando à sua autenticidade entre em confronto com a construção do acesso à justiça do legado de Cappelletti e tão bem recepcionado pelo artigo 98 da Constituição de 1988, pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei dos Juizados Especiais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente teve como objetivo analisar a indicativa mudança de paradigmas no âmbito da valoração probatória dos documentos eletrônicos em lides

consumeristas processadas e julgadas no âmbito dos Juizados Especiais, frente à promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados.

Fez-se necessário resgatar a concepção originária do acesso à justiça de acordo com os estudos de Cappelletti e Garth, fundadores da estruturação fundamental dos Juizados Especiais, regulado na Constituição de 1988 e na Lei 9.099/95 e um dos indicadores da percepção de se viver em um Estado Democrático de Direito.

Conjugando-se com as normas protetivas do consumidor, presentes no seu Código de Defesa próprio, verificou-se que dada a realidade de que grande parte das relações de consumo ocorrem pela via eletrônica, a valoração da prova por meio digital com excesso de formalismo não apenas é contrária à concepção de acesso à justiça da Lei 9.099/95, como pode levar a decisões potencialmente ultrapassadas e injustas diante da inequívoca e crescente presença dos negócios jurídicos produzidos por meio da rede mundial de computadores.

Constatou-se que os vetores de evolução do ordenamento brasileiro apontam para uma aceitação maior da prova eletrônica, inclusive em relações consumeristas e para proteção das partes envolvidas, inclusive da mais frágil, que é o consumidor.

Ao fim, foi possível concluir que as ferramentas interpretativas para a adequada valoração dos documentos eletrônicos em processos judiciais de matéria consumerista já estão disponíveis, nas normas contidas na Lei 9.099/95, no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Geral de Proteção de Dados.

Em relativa quebra de protocolo acadêmico, consideramos importante resgatar o conceito de equidade como concebido por Aristóteles em sua célebre obra *Ética a Nicômacos*:

A justiça é a observância do meio termo, mas não de maneira idêntica à observância de outras formas de excelência moral, e sim porque ela se relaciona com o meio termo, enquanto a injustiça se relaciona com os extremos [...]. No ato injusto, ter muito pouco é ser tratado injustamente e ter demais é agir injustamente (ARISTÓTELES, 1999, p. 101).

Nota-se, portanto, que a alegoria simbólica da balança como sinônimo de justiça se mostra cada vez mais contemporânea e adequada. Com o equilíbrio aplica-se à equidade; com a aplicação da equidade, garante-se o acesso à justiça. E, com o acesso à justiça, a efetividade dos direitos garante aos cidadãos o sentimento de se conviver em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES, Ética a Nicômacos. Brasília: Editora UNB, 1999.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Procedimentos Especiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição de República Federativa do Brasil. Brasília, DF; Senado Federal, 1988, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 10 nov 2020.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. **Acesso à Justiça e Cidadania**. Chapecó: Argos, 2003

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, Michele Maria Machado de. **A inversão do ônus da prova no direito do consumidor**. 2007. Disponível em: < <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24748-24750-1-PB.pdf> > Acesso em: 23 de outubro de 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. Ed. Atlas. 2ª ed., São Paulo. 2019.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO. **Para CNC, comércio eletrônico é aliado do varejo tradicional**. 2019, disponível em <http://www.cnc.org.br/editorias/acoes-institucionais/noticias/para-cnc-comercio-eletronico-e-aliado-do-varejo-tradicional>, acesso em 10 nov. 2020.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. vol. 1. 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2008

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais. São Paulo: Saraiva, 2017

FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. Enunciados. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malhei-

ros Editores, 2005.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: **Dimensões da Dignidade, ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

HOBBSAWN, Eric J. Era dos Extremos: o breve século XX, 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Atlas, 2016.

MARCELLINO JUNIOR, Júlio Cesar. **Análise econômica do acesso à justiça: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da Tutela**. Editora Malheiros. São Paulo, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. São Paulo: RT, 2002, p. 151.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: RT, 2012

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **Do Espírito das Leis. Tradução de Roberto Leal Ferreira**. 9. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MORAIS, José Luiz Bolzan; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. São Paulo: Forense, 2012.

PARIZOTTO, Gabriel Antônio. **Acesso à justiça por meio da atermação nos juzados especiais cíveis: estudo de caso no Poder Judiciário de Santa Catarina no ano de 2018**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2018.

SCHMITT, Cristiano Heineck. Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. Marco civil da internet: construção

e aplicação, Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2016

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SÚMULA 231 DO STJ: EM BUSCA DE UMA NECESSÁRIA RESIGNIFICAÇÃO

Moacyr Pitta Lima Filho

Professor de Direito Penal e Processo Penal da Universidade do Estado da Bahia. Mestre em Segurança Pública pela Universidade Federal da Bahia. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça da Bahia, Titular da 16ª Vara Criminal da Comarca de Salvador.
E-mail: moacyrpittalima@gmail.com

Resumo: Assentou-se na jurisprudência brasileira o entendimento de que, na segunda fase da dosimetria, a pena provisória não pode ser fixada abaixo do patamar mínimo legal, sendo editada pelo STJ à súmula 231, posteriormente declarada constitucional pelo STF, em julgamento com repercussão geral. A par da pacificação jurisprudencial, a questão permanece em debate na doutrina e continua sendo alvo de severas críticas, sendo relevantes os argumentos que apontam sua inconstitucionalidade. Por outro lado, o incipiente sistema de precedentes vinculantes, fortalecido pelo Código de Processo Civil de 2015, precisa ser observado como forma de fornecer segurança jurídica e previsibilidade nas decisões judiciais. Contudo, é fundamental que haja critério na verificação do ajuste ou distinção do precedente ao caso concreto, sobretudo em matéria de natureza penal. Assim, o presente trabalho busca investigar a *ratio decidendi* do julgamento do STF que reconheceu a constitucionalidade da súmula 231 do STJ, como forma de demonstrar ser possível e necessário o afastamento do precedente em casos particulares, reduzindo a pena provisória aquém do mínimo legalmente fixado. Ao final, com base na pesquisa efetuada, será possível propor uma releitura do multicitado verbete.

Palavras-Chave: Súmula 231 do STJ. Inconstitucionalidade. Individualização da pena. Precedentes vinculantes.

Abstract: The Brazilian jurisprudence was based on the understanding that, in the second phase of dosimetry, the provisional penalty cannot be set below the minimum legal threshold, being edited by the STJ to precedent 231,

later declared constitutional by the STF, in a judgment with repercussion general. Alongside the jurisprudential pacification, the issue remains under debate in the doctrine and continues to be the target of severe criticism, with relevant arguments pointing to its unconstitutionality. On the other hand, the incipient system of binding precedents, strengthened by the 2015 Code of Civil Procedure, needs to be observed as a way to provide legal certainty and predictability in court decisions. However, it is essential that there is a criterion in verifying the adjustment or distinction of the precedent to the concrete case, especially in matters of criminal nature. Thus, the present work seeks to investigate the *ratio decidendi* of the STF judgment that recognized the constitutionality of the STJ's precedent 231, as a way to demonstrate that it is possible and necessary to remove the precedent in particular cases, reducing the provisional penalty below the legally established minimum. At the end, based on the research carried out, it will be possible to propose a re-reading of the multi-cited entry.

Keywords: STJ Precedent 231. Unconstitutionality. Individualization of the penalty. Binding precedents.

Sumário:1 Introdução. 2 Da ilegalidade da súmula 231 do STJ. 3 Da inconstitucionalidade da súmula 231 do STJ. 4 Breves considerações a respeito do sistema de precedentes vinculantes. 5 Análise da *ratio decidendi* do julgamento do recurso extraordinário nº 597270 que reconheceu a constitucionalidade da súmula 231 do STJ. 6. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça, em 15 de outubro de 1999, editou a súmula 231 assim redigida: “*a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*”.

Em 2012, a questão foi submetida a julgamento de recurso repetitivo, tendo o Superior Tribunal de Justiça ratificado o entendimento sumulado (Tema/repetitivo 190), sendo firmada a seguinte tese: “*O critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal.*”

Ao examinar matéria, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 597270, onde foi reconhecida repercussão geral, afastou a inconstitucionalidade da súmula 231 do STJ, firmando a tese 158 assim redigida: “*Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo*”.

Apesar da pacificação da matéria nas Cortes Superiores, o referido verbete continua sendo objeto de profundo debate na doutrina, sendo consistentes os argumentos lançados, contrários à posição adotada.

Por outro lado, os magistrados de primeiro grau e Tribunais de Justiça vêm aplicando, majoritariamente, o aludido precedente. Os que se insurgem quanto ao seu conteúdo, em regra, afastam sua incidência com fundamento na ilegalidade e inconstitucionalidade, em tese, da aludida Súmula. Contudo, diante das teses firmadas pelo STJ e STF, o afastamento do verbete, por esses fundamentos, enfraquece o incipiente sistema de precedentes vinculantes reforçado pelo Código de Processo Civil de 2015, causando insegurança jurídica.

De outra forma, a aplicação automática e irrefletida da multicitada súmula, sem que seja cotejada a *ratio decidendi* do precedente invocado à luz do caso concreto, pode gerar a aplicação de penas injustas, por avançarem além da estrita necessidade.

Destarte, se torna imperativa uma discussão do tema sob outra perspectiva, avançando na investigação da *ratio decidendi* da decisão do STF, possibilitando o afastamento da súmula na avaliação concreta de cada caso. Finalmente, após a análise de alguns exemplos corriqueiros, será possível a proposição de uma releitura do conteúdo da famigerada Súmula.

2 DA ILEGALIDADE DA SÚMULA 231 DO STJ

Antes de examinar a eventual afronta a princípios constitucionais, é importante ressaltar que a súmula 231 do STJ se dissocia da própria legislação infraconstitucional.

O art. 65 do Código Penal, ao elencar as circunstâncias atenuantes, estabelece que estas: “são circunstâncias que **sempre** atenuam a pena”. Por outro lado, não se observa em nenhum outro dispositivo legal a vedação contida no multicitado verbete, sendo pacífico que o óbice não se estende às causas de diminuição de pena. Sobre essa questão, afirmou Rogério Greco:

“Dissemos que tal interpretação é contrária à lei porque o artigo 65 não excepciona sua aplicação aos casos em que a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal. Pelo contrário. O mencionado artigo afirma, categoricamente, que são circunstâncias que sempre atenuam a pena. Por que razão utilizaria o legislador o advérbio sempre se fosse sua intenção deixar de aplicar a redução, em virtude da existência de uma circunstância atenuante,

quando a pena-base fosse fixada em seu grau mínimo?”⁷⁵

Importante analisar a raiz histórica da interpretação consagrada na referida súmula. Antes da reforma da parte geral do Código Penal de 1940, ocorrida em 1984, havia uma divisão quanto ao sistema de aplicação da pena. Roberto Lyra defendia o método bifásico, que preconizava o cálculo da pena em duas fases. Na primeira, eram analisadas as circunstâncias judiciais e as atenuantes e agravantes, em conjunto, para a fixação da pena-base e na segunda fase eram consideradas as majorantes e minorantes, se existentes. O sistema trifásico, por sua vez, idealizado por Nelson Hungria, preconizava o modelo hoje previsto no art. 68 do Código Penal, onde as atenuantes e agravantes são analisadas separadamente das circunstâncias judiciais, em uma segunda fase.⁷⁶

James Tubenchlak, ao defender a possibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal em face do reconhecimento de circunstância atenuante, ressalta a impossibilidade desta interpretação antes da reforma, em virtude da adoção do sistema bifásico, quando eram consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes para a fixação da pena-base:

“Tal interpretação não era possível durante a lei anterior, visto que se entendia serem consideradas na fixação da ‘pena base’ as circunstâncias judiciais e as atenuantes e agravantes. Além disso o art. 42 da lei anterior, referente à fixação da ‘pena base’ mencionava as ‘circunstâncias do crime’, entendendo-se que se referiam elas as atenuantes e agravantes. Tal obstáculo já não existe porque as ‘circunstâncias’ previstas no art. 59 não se referem a elas, como deixa claro o art. 68 ao estabelecer as fases do cálculo de aplicação da pena. Nesse sentido: STJ: Resp 68.120-D-MG DJU 9-12-96, p. 49.296-7”⁷⁷

Portanto, analisando a legislação infraconstitucional, constata-se que não há nenhum dispositivo que vede a redução da pena aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria, ao contrário, há comando expresso impondo a diminuição. Na verdade, os julgados que serviram de precedente para a Súmula em estudo, partiram de “*interpretação analógica desautorizada, baseada na proibição ori-*

75 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Geral, volume I. 13ª edição. Niterói: Ed. Impetus, 2011, p. 551.

76 SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática. 10ª edição. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2016, p. 268.

77 TUBENCHLAK, James. Estudos penais. Rio de Janeiro: Forense. 1986, apud MIRABETE, Julio. Manual de Direito Penal - Parte Geral. 24ª edição. São Paulo: Atlas, 2006, p. 320.

ginal do parágrafo único do art. 48 do Código Penal de 1940, não repetido, destaque-se, na reforma penal de 1984 (Lei 7.209/84).”⁷⁸

Elucidativo o magistério de Carlos Caníbal em obra que trata exclusivamente do tema abordado:

“É que estes posicionamentos respeitáveis estão, todos, embasados na orientação doutrinária e jurisprudencial anterior à reforma penal de 1984 que suprimiu o único dispositivo que vedava, por extensão – e só por extensão – engendrada por orientação hermenêutica, que a atenuação da pena por incidência de atenuante não pudesse vir para alguém do mínimo. Isto é, se está raciocinando com base em direito não mais positivo”.⁷⁹

3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO STJ

Além de não encontrar respaldo na legislação infraconstitucional, a súmula 231 do STJ vulnera diversos princípios constitucionais. O primeiro princípio constitucional violado é o da legalidade, previsto no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal, conforme já analisado, pois além de afrontar os artigos 65 e 68 do Código Penal, inova, contra o réu, em proibição não contida na legislação penal, ao determinar a impossibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal em face da incidência de circunstância atenuante.

Cumprе salientar que não há lacuna a ser preenchida pelo enunciado, estando claramente estabelecido nos referidos dispositivos que as atenuantes devem ensejar sempre a redução da pena.

Cezar Bitencourt, de forma lúcida, denuncia essa nítida afronta ao princípio da reserva legal:

“Enfim, deixar de aplicar uma circunstância atenuante para não trazer a pena para alguém do mínimo cominado nega vigência ao disposto no art. 65 do CP, que não condiciona sua incidência a esse limite, violando o direito público subjetivo do condenado à pena justa, legal e individualizada. Essa ilegalidade, deixando

78 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal - Parte geral, volume 1. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 588.

79 CANÍBAL, Carlos Roberto Lofego. Pena alguém do mínimo – uma investigação constitucional. Revista *Ajuris*, Porto Alegre, v. 77, p. 82, apud BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de direito penal - Parte geral, volume 1. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 588.

de aplicar norma de ordem pública, caracteriza uma inconstitucionalidade manifesta. Em síntese, não há lei proibindo que, em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante, possa ficar aquém do mínimo cominado. Pelo contrário, há lei que determina (art. 65), peremptoriamente, a atenuação da pena em razão de um atenuante, sem condicionar seu reconhecimento a nenhum limite; e, por outro lado, reconhecê-la na decisão condenatória (sentença ou acórdão), mas deixar de efetuar sua atenuação, é uma farsa, para não dizer fraude, que viola o princípio da reserva legal.”⁸⁰

Outro princípio vulnerado pela aludida súmula é o da individualização da pena, consagrado constitucionalmente pelo art. 5º, XLVI, que assim estabelece: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

Individualizar a pena é aplicá-la de acordo com o indivíduo que praticou a infração penal, levando em consideração as circunstâncias concretas do delito, analisadas caso a caso.

Inicialmente, a doutrina moderna delineou a individualização da pena em um plano meramente subjetivo, mas esta fórmula mostrou-se insuficiente, pois a individualização deve ser equacionada de forma integral, abrangendo o aspecto objetivo do crime, bem como a pessoa do delinqüente. Consistiria, no dizer de Nelson Hungria “retribuir o mal concreto do crime com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso”.⁸¹

O processo individualizador da pena se desenvolve em três planos distintos que se interpenetram e se complementam: o plano legislativo, o judicial e o executório.

Em um primeiro momento o legislador descreve as condutas típicas, atribuindo a cada uma delas a correspondente pena, estabelecendo sua natureza, bem como, fixando claramente os limites mínimo e máximo.

É importante que nessa etapa o legislador deixe certa margem discricionária, possibilitando que o julgador, ao analisar o caso concreto, aplique a pena mais justa e adequada, dentro dos limites abstratamente delineados. Essa é a segunda etapa da individualização, que restará inviabilizada ou ao menos mitigada, quando o legislador restringe de forma exagerada o limite discricionário do julgador.

80 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal - Parte geral, volume 1. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 588.

81 HUNGRIA, Nelson, apud MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal, v. III. 1ª edição. Campinas: Millennium, 1999, p. 296.

Defendiam os iluministas que cabia ao julgador “apenas examinar se tal homem praticou, ou não, uma ação contrária às leis”.⁸² Afirmavam que “os juizes dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela razão mesma de que não são legisladores”.⁸³

Assevera Ferrajoli a importância da etapa judicial da individualização, salientando o equívoco dessa concepção:

“(...) este equívoco se traduz, de fato, num sistema inócuo, que equipara injustamente situações iguais quanto aos elementos tipificados pela lei, porém diversas quanto aos traços específicos do fato. Dois fatos, fizemos ver então, ainda quando igualmente enquadrados como furtos ou como homicídios em preposições igualmente verdadeiras, não são nunca totalmente iguais: serão diferentes, por singulares e irrepetíveis os motivos e as modalidades da ação, a gravidade do dano, a intensidade da culpa, as eventuais razões ou justificações etc. Estas especificidades – que fazem cada fato ser diferente do outro ainda que estejam previstos na mesma figura penal – constituem em seu conjunto a *conotação* do caso submetido a juízo, cuja individualização e interpretação compete ao juiz não menos que a verificação ou prova da *denotação* do fato como delito. E justifica-se, precisamente conforme o princípio de igualdade, a graduação eqüitativa da pena para cada fato singular conotado.”⁸⁴

A última etapa da individualização da pena concretiza-se na sua execução, contudo, é irrelevante para o debate em questão.

Cumprе salientar que ao efetuar a redução da pena em face de atenuante legalmente prevista, ainda que aquém do mínimo previsto pelo legislador, não se está de modo algum desrespeitando o plano legislativo da individualização da pena, pelo contrário, apenas se está concretizando, no plano judicial, os comandos estabelecidos naquele plano.

O princípio da individualização da pena ganha especial relevo em face de um sistema punitivo fortemente seletivo. O art. 59 do Código Penal, estabelece as diretrizes iniciais para aplicação da pena, sendo dispositivo de grande alcance e infinita importância no sistema penal brasileiro, inferindo-se claramente que o critério norteador para a aplicação da pena é a necessidade e suficiência, para os

82 BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2003, p. 25.

83 Ibid, p. 24.

84 FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 324.

fins retributivos e preventivos.

A pena, portanto, deve ser a mínima dentre as possíveis, para a consecução dos fins mencionados, em respeito também aos princípios da humanidade da pena e da dignidade da pessoa humana, consoante assevera FERRAJOLI:

“E resulta por isso um argumento não só pertinente, mas também decisivo e incondicionado em favor da humanidade das penas, no sentido de que toda pena qualitativa e quantitativamente (supérflua porque) maior do que a suficiente para reprimir reações informais mais afitivas para o réu, pode ser considerada lesiva para a dignidade da pessoa. Já se tem dito que esta medida é o *limite máximo* não superável sem que o réu seja reduzido à condição de coisa sacrificado em prol de finalidades alheias. O princípio de necessidade e o de dignidade da pessoa são, assim, os dois critérios complementares – correspondentes aos dois fins atribuídos à pena no parágrafo 24 - sobre os quais podemos basear, frente às recorrentes sugestões das ideologias retribucionistas e da defesa social, um novo programa de minimização das penas.”⁸⁵

Merece destaque também no controle de constitucionalidade da Súmula 231 o princípio constitucional da igualdade, que é um instituto básico da democracia, pois significa que todos merecem as mesmas oportunidades, sendo proibido qualquer tipo de privilégio ou perseguição. O princípio em tela foi positivado no caput do artigo 5º da Carta Magna que prescreve que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza. Assim, “A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitativamente todos os cidadãos [...]”⁸⁶

A igualdade jurídica foi uma grande realização, entretanto, vê-se que esta igualdade é insuficiente para resolver as disparidades que ocorrem na sociedade. Diante disso, tem se entendido que a verdadeira igualdade é a substancial que consiste em tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais.

No campo da dosimetria, ao individualizar a pena não se pode perder de vista o princípio da isonomia, contudo, a aplicação da Súmula 231 do STJ torna, por vezes, essa tarefa impossível. Suponhamos que dois réus pratiquem, em concurso, determinada infração penal, confessando espontaneamente a prática do delito, contudo, apenas um deles tem todas as circunstâncias judiciais favoráveis.

85 Ibid, p.318.

86 MELLO, Celso Antônio Bandeira. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 10.

Em relação a esse acusado não será procedida a diminuição da pena em virtude da atenuante reconhecida, uma vez que sua pena base deve ser fixada no mínimo legalmente estabelecido. Quanto ao outro réu, por possuir circunstância judicial desfavorável a pena base deve ser fixada acima do mínimo o que possibilitará a redução da segunda fase.

Assim, embora em situações semelhantes em relação à atenuante, uma vez que ambos confessaram, apenas um deles será alcançado pelo benefício legalmente estabelecido. Por outro lado, embora sejam desiguais em relação às circunstâncias judiciais, terão a mesma pena aplicada, pois ambos serão fixadas no mínimo. Tal situação, vulnera o princípio da isonomia, nos planos formal e material, devendo, portanto, ser afastada a súmula multicitada também por este fundamento.

4 BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES

Apesar dos argumentos expostos, conforme já anunciado, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 597270, onde foi reconhecida repercussão geral, afastou a inconstitucionalidade da súmula 231 do STJ, firmando a tese 158 assim redigida: “Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo”.

Antes de adentrar ao mérito do precedente da Suprema Corte, importante tecer algumas considerações a respeito do incipiente sistema de precedentes vinculantes reforçado pelo Código de Processo Civil de 2015.

Hermes Zanete Jr., ressalta que o ordenamento jurídico brasileiro, com o advento do CPC/2015, adota ideologia claramente voltada para a vinculação formal e material dos precedentes judiciais para juízes e tribunais. Contudo, assevera a importância da atividade responsável do intérprete na verificação de ajuste ou distinção entre o caso analisado e o precedente, defendendo a adoção de teoria realista-moderada da interpretação jurídica:

“Assim, a adoção da teoria realista, moderna e responsável da interpretação nos leva a afirmar ser mais adequada ao modelo brasileiro a ideologia que permite, ao mesmo tempo, o reconhecimento da normatividade formal e material dos precedentes judiciais (arts. 926, 927 e 489, § 1º, V e VI, CPC/2015) e a atividade responsável do intérprete na identificação da *ratio decidendi* de caso-precedente e na sua demonstração de ajuste ou eventual distinção e superação em relação ao caso atual, procurando reduzir ao máximo a possibilidade de decisões meramente consequencialistas e solipsistas, isto significa dizer que o intérprete

não é livre, uma vez que tem o dever de seguir o precedente, mas que a ele é atribuído, justamente por exercer atividade tendencialista cognitiva o ônus argumentativo racional de afastar o precedente quando inaplicável (art. 489, § 1º, VI).⁸⁷

Assim, é impossível suprimir a atividade interpretativa dos juízes de primeiro grau e dos tribunais, reservando essa atividade às Cortes de Vértice, sendo impossível a cisão entre interpretação e aplicação, conforme assentua Lenio Streck:

“É importante ressaltar: a norma é a norma no caso! Ela não ganha vida própria depois que o texto é interpretado. Pensar assim é mal compreender a diferença texto-norma. Deixei isso muito claro em um texto antigo, denominado “A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir de *ontological turn*”. A norma não fica à disposição de quem simplesmente irá aplicá-la. No paradigma hermenêutico, não há como fazer essa cisão por um simples motivo: a norma é a norma no caso, de modo que diante dos casos futuros ela também será texto (este é segredo!) e, portanto, novamente será interpretado, isso pressupõe um novo caso, uma nova situação hermenêutica na qual o sentido se dá. Não há como aceitar que, diante dos novos casos, os juízes e Tribunais do andar de baixo simplesmente aplicarão e, apenas eventualmente, necessitarão interpretá-los!”⁸⁸

Ao prefaciar o livro de Zanete, Ferrajoli destaca que o autor propõe uma conciliação entre o modelo legislativo e o jurisprudencial. No primeiro, adotado na maior parte dos países europeus, o juiz se sujeita apenas à lei. “Os precedentes valem, por isso, nesses ordenamentos, enquanto critérios de interpretação do direito, válidos pela sua substância e não pela sua forma; por aquilo que dizem e não pela fonte de onde provém; pela sua concreta persuasão, e não por qualquer pretensão de supra-ordenação; pela sua autoridade substancial e não, certamente, por qualquer autoridade formal, sendo tal autoridade reservada apenas à lei.”⁸⁹ No segundo modelo, seguido pelos Estados Unidos, o juiz é formalmente vinculado

87 ZANETE JR., Hermes. O Valor Vinculante dos Precedentes: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2019, p. 391.

88 STRECK, Lenio Luiz. Precedentes Judiciais e Hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015. 2ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 63.

89 FERRAJOLI, Luigi. Prefácio. In: ZANETE JR., Hermes. O Valor Vinculante dos Precedentes: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2019, p. 12.

ao direito, e, por isso, não somente à lei, mas também aos precedentes.

Contudo, a conciliação entre os modelos, proposta pelo autor, encontra importante limitação no campo do direito penal:

“Esta conciliação vem por outro lado sustentada por Zaneti sobre a base de uma limitação e de um esclarecimento. A limitação diz respeito ao direito penal, e consiste no caráter vinculante dos precedentes somente se estes são *in bonam partem*, não se são *in malam partem*. Resulta-lhe excluída a admissibilidade de qualquer súmula vinculante em matéria penal, na qual o vínculo resulte lesivo da vedação da analogia *in malam partem*.”⁹⁰

Destarte, diante da importância do fortalecimento do sistema de precedentes vinculantes como forma de conferir coerência e integridade às decisões judiciais, é compreensível que, em regra, sejam respeitados os precedentes, ainda que não se concorde com o seu teor, registrando a ressalva de entendimento. Contudo, a aplicação dos precedentes não pode ser efetuada de forma automática e irrefletida, sobretudo na área penal, onde cada caso deve ser analisado concretamente, de forma particular de modo a ser verificado o ajuste ou distinção.

5 ANÁLISE DA *RATIO DECIDENDI* DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 597270 QUE RECONHECEU A CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO STJ

Importante consignar inicialmente que no campo do tema abordado, a necessidade de análise concreta e pormenorizada de cada caso é potencializada de forma extrema, uma vez que o princípio da individualização da pena, na etapa referente à dosimetria da pena, exige de forma inexorável uma avaliação singularizada.

Assim, é fundamental interpretar o comando contido no precedente da Suprema Corte, visando perquirir o ajuste ou distinção ao caso em julgamento. Para tanto, é imperativo investigar sua *ratio decidendi*.

Analisando cuidadosamente os votos proferidos no referido julgamento, constata-se que foi expressamente reconhecida pelo relator, Ministro Cezar Peluso, a possibilidade, em casos excepcionais concretamente justificados, a redução a quem do mínimo, ainda que por incidência de circunstâncias não minorantes:

90 Ibid, p. 14.

Eu acrescentaria que me é simpática, ainda, a tese de que, além das minorantes especiais taxativamente previstas, as circunstâncias concretas de cada caso, que não se confundem com as atenuantes genéricas, podem, a meu ver, com o devido respeito, reduzir a pena aquém do mínimo legal. São circunstâncias excepcionais de cada caso concreto. (...) Agora, circunstâncias particulares de cada caso – numa entrevista que dei e esta é a questão que tem sido suscitada sobretudo fora do Brasil, em Cortes constitucionais – demonstram que, se não forem consideradas, ofendem a individualização da pena e, mais do que isso, ofendem o devido processo legal, em termos substantivos, porque influi na questão de tratamento justo de cada caso. O exemplo que me foi dado, e sucedeu no Canadá, era o de que certa jovem, que havia sido convencida a transportar para a Europa um pacote que se apurou conter droga – e era pessoa com todas as características subjetivas e objetivas que não justificariam uma pena elevada –, o tribunal do Canadá se viu na contingência de não aplicar a pena mínima, porque lhe parecia ser excepcional, que não era o das transportadoras de drogas, as chamadas “mulas”, donde a solução de pena menor aparecer como exigência de um processo justo, isto é, de processo que leva a uma sentença justa.⁹¹

Importante consignar que as atenuantes são denominadas de “genéricas”, pois se aplicam aos crimes em geral, porém se concretizam em cada caso. A título de exemplo, nos deparamos frequentemente com casos em que a imaturidade de jovens com dezoito anos de idade é fator primordial para a prática delitiva. Em tantos outros, a confissão espontânea do acusado se revela não só importante para elucidação dos fatos, como também representam sincero arrependimento pela conduta praticada.

Com efeito, as aludidas atenuantes, analisadas concretamente, podem se revelar extremamente relevantes, não podendo ser desprezadas, nos termos delineados na *ratio decidendi* do precedente do STF.

Outra questão fulcral, ressaltada por alguns Ministros como fundamento da decisão, é o perigo da aplicação de penas muito baixas, aquém do mínimo legal, desproporcionais ao crime praticado, conforme destacado pelo Ministro relator em seu voto:

Parece-me que, se a Corte se propusesse a modificar esta jurisprudência, teria de tomar certas cautelas pelo risco que introduziria de deixar a cada juiz a definição da pena para cada crime. Isto é, no momento em que a Corte proclame, ou proclamasse, que as atenuantes genéricas podem reduzir a pena para aquém

91 <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595601>. Acessado em 30/09/2021.

do mínimo legal, poderíamos passar a um regime em que a discricionabilidade judicial conduziria a que se aplicasse pena sem nenhum significado, em termos de política criminal. Estaria aberta a porta para – não diria uma extravagância –, para um risco extremamente elevado a atuação do ordenamento jurídico criminal que, embora sendo extremo, tem relevantíssima importância social.⁹²

Ocorre que a preocupação externada pelos ministros muitas vezes não faz sentido, sobretudo quando há também causas de aumento de pena a observar, pois ainda que reduzida a pena aquém do mínimo legal, na segunda fase da dosimetria, pena definitiva restará fixada em respeito ao patamar mínimo cominado. Assim, mesmo consideradas as atenuantes, não há que se cogitar pena irrelevante ou desproporcional.

Vamos considerar um exemplo que ocorre cotidianamente na prática forense, o roubo majorado pelo concurso de pessoas praticado por um jovem menor de vinte e um anos.

Observe-se que, seguida a orientação sumulada, não seria possível a redução da pena em face da atenuante da menoridade, se a pena-base for fixada no patamar mínimo de 4 (quatro) anos. Inobstante o desprezo à atenuante reconhecida, a pena definitiva do crime restará fixada muito acima do mínimo legal (no mínimo cinco anos e quatro meses).

Nesse contexto, desconsiderar a referida atenuante em virtude da impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo na segunda fase, para depois exasperar a pena em face da aludida causa de aumento, pode conduzir a uma pena definitiva extremamente desproporcional e injusta.

Importante ressaltar que, a imaturidade do réu pode ser muito mais relevante do que o concurso de agentes para aferir o maior ou menor desvalor da conduta praticada, considerando o fato criminoso concretamente analisado.

Visando corrigir injustiças, em casos desta natureza, o projeto de reforma do Código Penal, que se encontra em tramitação no Congresso Nacional, embora consagre parcialmente a súmula 231, possibilita a valoração de atenuantes até então desprezadas, após a terceira fase da dosimetria: “§ 3º Quando a pena-base for fixada no mínimo cominado e sofrer acréscimo em consequência de exclusiva causa de aumento, o juiz poderá reconhecer atenuante até então desprezada, limitada a redução ao mínimo legalmente cominado.”

Assim, ainda que se afaste a inconstitucionalidade, em tese, da Súmula 231, em respeito aos precedentes do STJ e STF, é possível, visando minimizar a injus-

tiça na aplicação da pena, fazer uma releitura do seu conteúdo, impossibilitando a redução aquém do mínimo, conforme previsto no verbete, mas considerando a pena definitiva e não a pena provisória. Destarte, tomando como parâmetro o crime de roubo, a pena definitiva não poderia ser inferior a 4 (quatro) anos, mas não haveria óbice para que na segunda fase da dosimetria a pena ultrapassasse esse limite.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vedação contida na famigerada súmula 231 se revela contrária à disposição expressa contida no art. 65 do Código Penal, vulnerando também diversos princípios constitucionais, em especial os da legalidade, igualdade e da individualização da pena.

Contudo, embora o debate permaneça vivo na doutrina, essa questão encontra-se pacificada na jurisprudência, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, ao examinar a matéria no julgamento do Recurso Extraordinário nº 597270, onde foi reconhecida repercussão geral, afastou a inconstitucionalidade da referida súmula, firmando a tese 158 assim redigida: “Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo”.

Destarte, diante da importância do fortalecimento do sistema de precedentes vinculantes como forma de conferir coerência e integridade às decisões judiciais, não é recomendável que afaste o precedente simplesmente por não concordar com seu conteúdo.

Contudo, a aplicação dos precedentes não pode ser efetuada de forma automática e irrefletida, sobretudo na área penal, devendo ser analisado concretamente cada caso, de forma particular, de modo a verificar o ajuste ou distinção do precedente invocado.

Por outro lado, apesar do conteúdo do referido enunciado, analisando cuidadosamente a *ratio decidendi* do julgamento, observa-se ser possível, excepcionalmente, a fixação de pena provisória (segunda fase da dosimetria) em patamar inferior ao mínimo legal, quando houver o reconhecimento de circunstância atenuante com especial relevância, concretamente considerada, de modo a possibilitar a aplicação de uma pena proporcional e justa.

Assim, deve o julgador efetuar a distinção do caso em julgamento (*distinguishing*), *afastando a aplicação do referido precedente e aplicando a pena provisória em patamar inferior ao mínimo legal, desde que assim alcance a pena mais adequada e justa à luz do princípio da proporcionalidade, sendo certo que em muitos casos a pena definitiva respeitará o patamar mínimo legalmente esta-*

belecido, diante da existência de causas de aumento de pena.

Diante dos argumentos apresentados, pode ser proposta a releitura da Súmula 231 do STJ, melhor conformada com os princípios constitucionais e com a *ratio decidendi* do julgamento do STF que a julgou constitucional, nos seguintes termos: *a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir, em regra, à redução da pena abaixo do mínimo legal, na segunda fase da dosimetria. Contudo, em casos de especial relevância da atenuante, concretamente considerada, a pena pode ser reduzida aquém do mínimo, máxime quando a pena definitiva não ultrapassar esse limite.*

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal - Parte geral, volume 1. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANÍBAL, Carlos Roberto Lofego. Pena aquém do mínimo – uma investigação constitucional. Revista Ajuris, Porto Alegre, v. 77, p. 82.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Geral, volume I. 13ª edição. Niterói: Ed. Impetus, 2011.

MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal, v. III. 1ª edição. Campinas: Millennium, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de . **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 10.

MIRABETE, Julio. Manual de Direito Penal - Parte Geral. 24ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.

SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática. 10ª edição. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2016, p. 268.

STRECK, Lenio Luiz. Precedentes Judiciais e Hermenêutica: o sentido da vinculação no

CPC/2015. 2ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2019.

TUBENCHLAK, James. Estudos penais. Rio de Janeiro: Forense. 1986

ZANETE JR., Hermes. O Valor Vinculante dos Precedentes: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. Salvador: JusPODIVM, 2019.

DANO MORAL E A CONSTANTE DICOTOMIA ENTRE AS FINALIDADES DE REPARAR E PUNIR. UM PARALELO COM O INSTITUTO DO PUNITIVE DAMAGES

Valécio Passos Beserra

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Pós-graduado em processo pela Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça da Bahia, titular da 1ª Vara dos Juizados Especiais de Juazeiro/BA.

E-mail: vbezerra@tjba.jus.br

Resumo: O presente artigo questiona a efetividade do efeito inibidor do dano moral, diante da extrema preocupação com o enriquecimento indevido do lesado, e estabelece uma relação com o instituto do *punitive damages*, regulamentado em quase todos os Estados americanos e de aplicação em vários países europeus. Propõe, por fim, formas através das quais a inibição pretendida pelas indenizações aplicadas pelos Tribunais brasileiros tornem concreto o comando constitucional da efetividade da defesa do consumidor.

Palavras-chave: Dano moral. Inibição. *Punitive damages*.

Abstract: The present article questions the effectivity of the moral damage inhibitor effect, facing the extreme concern with undue enrichment of the injured party, and lays down a relationship with the punitive damages institute, ruled in almost every American state and with application in several European countries. Finally, it proposes ways in which the inhibition intended through the indemnities applied by Brazilian Courts can materialize the constitutional command of consumer protection effectiveness.

Key words: Moral damage, inhibition, *punitive damages*.

Sumário: 1 Introdução. 2 Função do dano moral. 3 Da pretensa efetividade da dupla função. 4 A crítica à aplicação da pena privada. 5 O discurso do efeito inibidor. 6 O *punitive damages*; 7 *Punitive damages* e indenizações milionárias. 8 A importância da função punitiva do dano moral. 9 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Desde que foram afastados os pruridos que ainda apeavam a aplicação do dano moral no Brasil, tem-se dito que uma das suas funções nas relações de consumo é inibir práticas abusivas. Se a função é essa, e tanto se litiga no Brasil por questões relacionadas a Direito do Consumidor, é de se esperar que os fornecedores tenham recuado em ações ilícitas.

No entanto, aparentemente a violação a direitos do consumidor cresce exponencialmente, de maneira que a simples aceitação do instituto pelos Tribunais brasileiros, que condenam sistematicamente mediante a aplicação de um discurso que se esteia em seu caráter dúplice, não significa que o pretense efeito inibidor tem alguma efetividade.

Não há elementos mínimos organizados no sentido de se dizer efetivamente o que é inibição. Não se sabe quanto uma grande corporação paga por mês ou por ano a título de indenização por danos morais. Nem tampouco quanto lucra com o mesmo ato praticado em massa e que lesa um número indeterminado de consumidores.

Também não se tem observado se tais condenações têm influenciado diretamente em mudança de comportamento de tais empresas, ou se o dano moral é apenas um custo programado.

Faz-se a partir de tais indagações a análise do instituto do dano moral, sua abordagem histórica, conceitual e sua aplicabilidade, com estudo, inclusive, do instituto americano do *punitive damage*, que pode dar grande contribuição ao Direito brasileiro.

Já se passaram mais de trinta anos em que a Constituição Federal (art. 5º, V e X) encartou entre os direitos fundamentais a indenizabilidade a título de danos morais.

Tanto se lutou para a implantação deste instituto, com vistas à reafirmação dos direitos e garantias fundamentais, e já é tempo de se fazer um balanço, analisar o passado com os olhos voltados para o futuro, e reexaminar o presente com o questionamento sincero e crítico sobre se o dano moral tem realmente cumprido a função que a sociedade lhe reserva.

2 FUNÇÃO DO DANO MORAL

Três posições bem claras alternam-se na doutrina e jurisprudência brasileira quando de discute a que se presta o dano moral. Há aqueles que vêem no instituto nada mais que uma função reparadora; uma segunda corrente, diametralmente oposta, mas cujo registro tem somente importância histórica, que vislumbra uma função unicamente punitiva, e uma terceira, que consegue estabelecer uma função que a um só tempo repare e estabeleça punição.

Dois pilares fundamentais da responsabilidade civil obstarão a que o dano moral tivesse qualquer conteúdo punitivo. Tratam-se da proibição do enriquecimento sem causa e do critério da indenização pela extensão do dano.

A regra do não enriquecimento sem causa é um princípio geral do Direito que o legislador do Código de 2002 achou por bem positivizar (art. 884 do CC/2002), e encontra correspondência imediata com a preservação do direito de propriedade, insculpido entre as cláusulas pétreas da Constituição Federal (art. 5º, XXII).

A questão se torna aparentemente simples quando posta no sentido de que a reparação a título de danos morais não poderá ultrapassar o necessário a reparar o prejuízo sofrido, mas ganha contornos bem maiores se observado que aquele que praticou a lesão pode vir a fazê-lo com inúmeras outras pessoas e, também, enriquecer-se indevidamente, situação que se observa potencialmente nas relações de consumo.

Outra dificuldade que surge nesse contexto é que, ao contrário do instituto anglo-americano dos *punitive damages*, que destina um valor a título de reparação e outro como forma de punição, o direito brasileiro promoveu uma verdadeira fusão entre as duas funções, reparatória e inibidora, tornando mais difícil ainda a fixação do valor indenizatório.

Partidários da tese da função reparatória buscam socorro no art. 944 do Código Civil de 2020, uma vez que, sob a perspectiva do lesado, a indenização seria fixada de acordo com a extensão do dano ocasionado, podendo inclusive ser reduzido, dependendo de critérios como gravidade e culpa.

Estaria, então, o dano moral confinado à sua função unicamente reparatória, sem que se atente para o papel profilático que os institutos do Direito Civil deveriam assumir.

Tal conclusão parece esbarrar em outros princípios positivados de magnitude constitucional, tais como cidadania e acesso à Justiça, pois a inibição de práticas abusivas levadas a efeito em massa é uma forma de garantir o consumidor contra a violação do seu direito (art. 5º, XXXV da Constituição Federal).

O texto constitucional não conta com expressões supérfluas. Se se fala em ameaça, consagra-se a tutela inibitória e preventiva, como forma de que um mal não aconteça ao cidadão, ao invés da ideia de se remediar o prejuízo sofrido.

A jurisprudência nacional, inclusive no STJ, consagrou o entendimento segundo o qual o dano moral tem a dupla função de reparar e punir.

Esta, aliás, é, para Carlos Alberto Bittar, citado por Pablo Stolze e Pamplona Filho (2006, pag. 19), a função não só do dano moral, mas de toda a responsabilidade civil:

“ (...) uma vez assumida determinada atitude pelo agente, que vem a causar dano, injustamente, a outrem, cabe-lhe sofrer os ônus relativos, a fim de que se possa recompor a posição do lesado, ou mitigar-lhe os efeitos do dano, ao mesmo tempo em que se faça sentir ao lesante o peso da resposta compatível prevista na ordem jurídica.”

Há de se pensar que não há enriquecimento sem causa quando a indenização tem função pedagógica, pois a causa é justamente a violação, desde que, é claro, o valor esteja adequado ao dano sofrido.

Além disso, a prevenção evita futuras violações, e com isso se está contribuindo para o aperfeiçoamento das relações sociais e de consumo, vez que o objetivo do próprio ordenamento é garantir que haja boa-fé nas relações contratuais, devendo ser conferida a máxima efetividade à proteção do consumidor.

3 DA PRETENZA EFETIVIDADE DA DUPLA FUNÇÃO

Tal raciocínio a princípio leva à conclusão de que o caráter misto do dano moral é o mais adequado. Repara-se e pune-se. Essa postura garante então a efetivação dos valores constitucionais dantes mencionados?

No Brasil, os defensores da teoria não apontam um parâmetro concreto, havendo inúmeros julgados que condenam a indenizações baixíssimas sob o pálio de punir.

Como se vai saber exatamente o que compensa, se se tem as duas finalidades em adjunção no mesmo montante?

É neste contexto que se pode pensar na punição do ofensor como parte componente da reparação, e não como um elemento externo.

O Estado tomou para si a função de pacificar os conflitos, e por mais que se pretenda um ser humano moderno livre do sentimento de vingança, não se pode negar que a punição do ofensor, principalmente o de má-fé, é um dos elementos

importantes para a reparabilidade da dor sofrida.

Ora, se o grande fornecedor de produtos ou serviços pratica um ilícito contra o consumidor e depois, reincide, a condenação em uma indenização que não passe de um custo do negócio não irá reparar, notadamente se o lesado tiver consciência de que o expediente continuará a ser praticado país afora.

A necessidade de punir não decorre de uma simples importação de institutos estrangeiros, mas da necessária adoção de institutos que façam frente à voracidade dos grandes fornecedores.

A determinação de que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor não é um simples programa. Pelo contrário, o Código de Defesa do Consumidor consagrou o sub-princípio segundo o qual deverá ser efetiva a *prevenção* e reparação de danos aos consumidores.

Cláudia Lima Marques (2008, pag. 25) dá continuidade a esta linha de raciocínio:

É direito subjetivo público geral, não só de proteção contra as atuações do Estado (Direito de Liberdade ou Direitos civis, direito fundamental de primeira geração, em alemão *Abwehrrechte*), mais de atuação positiva (protetiva, tutelar, afirmativa, de promoção) do Estado em favor dos consumidores (Direito a alguma coisa, direito prestacional, Direito Econômico e Social, Direito fundamental de nova geração, em alemão *Rechte auf positive Handlungen*)

A prevenção contra quem almeja lucro é restringi-lo de forma significativa e real. A ponderação acerca do enriquecimento indevido é válida e a sua observância preserva um princípio geral de Direito, além de evitar que o acesso à Justiça torne-se palco lotado de pretensões aventureiras e descabidas.

Mas há de se reconhecer que o enriquecimento tem causa, e a causa é a violação sistemática a direitos encartados na Constituição Federal como filosofia de atuação no mercado.

Um grande obstáculo é que não há um liame claro entre o que é só reparatório e o que é punitivo. Apesar de se fazer esse corte preciso nos Estados Unidos, com condenações em valores por compensação e outros por punição, na aplicação do *punitive damages*, essa diferenciação sempre será subjetiva, não se podendo esquecer a função social do dano moral.

Enquanto isso as violações aos direitos do consumidor só aumentam. Grandes corporações atuam sistematicamente, tornando o ilícito um excelente negócio, o que gera outra prática sistemática altamente nociva, que é a protelação

em processos judiciais⁹³.

4 A CRÍTICA À APLICAÇÃO DA PENA PRIVADA

Vislumbrar a índole punitiva do dano moral, por outro lado, não significa que se esteja importando para o Direito Privado uma função que seria unicamente do Direito Penal.

Pelo contrário, tal implica em modernização do instituto com vistas à efetividade dos direitos fundamentais e notadamente das prerrogativas do consumidor no contexto em que a Constituição Federal erigiu a sua proteção a garantia fundamental.

Anotam Judith Martins Costa e Mariana Souza Pargendler (Revista CEJ, Brasília, n. 28, jan/mar. 2005), referindo-se à doutrina anglo-saxã do *punitive damages*, dizem que aplicar essa modalidade de indenização de forma punitiva equivaleria a retroceder à *actiones poenales privadas* dos romanos, quando não havia uma nítida delimitação entre pena e responsabilidade civil.

A crítica não se sustenta porque a necessidade de utilização do caráter inibidor surge em um contexto totalmente diverso.

Na época, não havia uma compartimentalização racional dos institutos jurídicos, e aplicação da pena privada resultava do que hoje se pode denominar uma confusão entre eles.

Atualmente, a complexidade a que se chegou exige algo parecido com o que foi a pena privada, e essa similitude, por si só, não implica em retorno aos tempos em que o povo se divertia com o sangue dos gladiadores.

O Código Civil francês viu na divisão entre Direito Civil e Penal uma evolução e a pena privada dos romanos encontraria equivalente com os tempos de barbárie, mas é importante que se contextualize o referido monumento legislativo em 1804, em que se fazia prevalecer a autonomia da vontade como princípio intangível e necessário.

O Código Civil brasileiro de 1916, que teve forte influência do Código Napoleônico, nem previu de forma expressa o dano moral, sendo certo que a jurisprudência, durante cinquenta anos de sua vigência, ainda resistia à sua aplicação.

Isso porque o referido Código foi erigido num Brasil arcaico e rural, que somente passou a sentir os influxos de novas necessidades após a década 1960.

93 Ivar Hartmann, coordenador do projeto Supremo em Números, diz que em menos de 4% dos processos de direito do consumidor nos quais o STF tomou alguma providência houve mudança (total ou parcial) da decisão, indicando que não faz sentido esses processos subirem — A impressão que se tem é que a empresa leva a ação à frente para postergar um passivo. As empresas sabem que vão perder.

Enquanto isso muito se violou o que depois se viria a sistematizar como direitos do consumidor.

Não se trata de importar para o Direito Civil uma pena sem prévia cominação legal, mas sim consagrar uma importante e necessária funcionalização do instituto.

Daí porque a jurisprudência brasileira, inclusive o STJ, tem consagrado a teoria mista, que tenta conciliar as duas finalidades, fazendo com que, a um só tempo, o dano moral preste-se a reparar os efeitos do ilícito sofrido, bem como a punir o ofensor.

O Direito Civil moderno, informado por valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, cidadania e ampla reparabilidade de danos e afirmação de direitos, convida o legislador a incrementar a gama de instrumentos que venham a concretizar tais direitos.

A crítica parece não encontrar rebato à altura é a impossibilidade de se compatibilizar a função reparatória com a punitiva, por pretender conciliar o inconciliável. Vejamos, neste tocante, a interessante opinião do jurista argentino Ramon Daniel Pizarro, citado por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2006, pag. 78):

Cómo conciliar la tesis punitiva del daño moral, que parte de la base de la antijuridicidad e inmoralidad del resarcimiento del daño moral ('el precio del dolor'), con la tesis del resarcimiento que postula, como ya vimos, una cosmovisión totalmente diferente de la cuestión? Como conciliar ideas que son fruto de una ponderación individualista del Derecho y de la vida con otras que son resultado de una visión solidarista de la responsabilidad civil, obsesionada por la protección de la víctima? Como conciliar lo inconciliable?

Para a reparação, deve-se observar o estritamente necessário para satisfazer o ofendido. Para punir, deve-se chegar a um valor que seja apto a incomodar o violador e fazê-lo evitar a prática.

A grande tensão entre esses dois critérios atinge o ápice quando se tem de um lado uma grande corporação, sendo a preocupação não apenas o enriquecimento indevido do autor, mas o fomento ao demandismo que pode surgir como efeito colateral.

5 O DISCURSO DO EFEITO INIBIDOR

Surge então, à primeira vista, o ímpeto de aumentar os valores arbitrados a título de danos morais. Parece simples. Aumentar o parâmetro das condenações

seria suficiente para corresponder aos novos ares do Direito Civil-Constitucional?

Deve-se levar em consideração que cada caso tem suas peculiaridades. Há quem tenha passado algumas horas sem o serviço. Há quem passe um mês, dois ou até mais. Há quem tenha dado motivo inicial ao bloqueio, atrasando a fatura, e por outro lado há quem nunca tenha atrasado. Registra-se situações de simples engano, corrigido de forma rápida, outras vezes a Companhia ignora os apelos de quem necessita de uma linha telefônica como única fonte de comunicação com o mundo.

Se é mais oneroso para os fornecedores, é de se presumir que iniba a conduta. O julgador aumentaria a dose para baixar a febre.

No entanto, o cálculo do valor da inibição levaria a montantes incompatíveis com os casos concretos individuais, o que implicaria em inevitáveis reações adversas ao organismo social.

Sempre que se fala em danos morais nas relações de consumo, critica-se a “indústria dos danos morais”, pessoas que se vitimizam e se apresentam sensíveis às mais singelas contrariedades.

Outra vertente chama a atenção para as práticas abusivas levadas a efeito pelos fornecedores de produtos e serviços, e da necessidade de se tratar boa parte deles como grandes praticantes de ilícitos.

Ocorre que nenhum aspecto antes levantado exclui o outro. Pelo contrário, são faces da mesma moeda, daí porque o julgador está sempre submetido a esta tensão.

É curiosa essa pretensão de se reparar e punir. Ora, já se viu que a simples reparação tem o condão de inibir, porque, se alguém pratica um ilícito em quantidade e sabe que terá que ressarcir a todos os lesados, certamente deixará de seguir o descumprimento da lei como política de trabalho.

O palco judicial acaba tornando-se mais interessante porque tem o atrativo do dano moral, mas o paradoxo é flagrante quando o juiz não deve enriquecer indevidamente o lesado, mas ao mesmo tempo tem que punir o ofensor, para que ele e outros tantos não ajam da mesma forma.

Essa lógica até funciona quando se está em meio a uma contenda entre duas pessoas físicas. Dependendo da situação, qualquer valor que se imponha será bastante à inibição.

Tal se torna muito difícil numa relação de consumo, e verdadeiramente incontornável se existir o envolvimento de um grande fornecedor de produto ou serviço.

É bem verdade que isso se deve muito mais à incapacidade de o Judiciário dar movimento à sua própria estrutura do que aos valores em si dos danos arbitrados.

Se as ações de indenização tivessem o seu andamento escorreito, sem os entraves que sabidamente atrasam o andamento das ações judiciais, o efeito inibidor teria uma grande possibilidade de ser efetivada.

É possível que essa excelência na jurisdição do consumidor seja alcançada, notadamente pelas ações efetivas no sentido de modernizar a prestação jurisdicional.

Mas enquanto essa utopia não sai do campo das ideias dos bem-intencionados e salta para a realidade, é necessário que se veja que não há função inibidora do dano moral no Brasil.

Na verdade, nem se pode inibir enquanto houver a preocupação em não se enriquecer exageradamente o lesado.

Repare-se que dois vetores atuam sobre o dirigível do dano moral em sentidos diametralmente opostos, quando há discrepância financeira entre as partes.

Uma pressiona para cima, porque a grande Companhia precisa sentir o peso da condenação, refletir e mudar sua postura.

A outra puxa para baixo de forma renitente, porque para se punir uma empresa grande, é necessária uma indenização grande, o que acarretará necessariamente enriquecimento do lesado.

Entram em cena, então, os versáteis princípios da *razoabilidade e proporcionalidade*, o *prudente arbítrio do juiz*. Ora, quando se fala em tais mandamentos, se está consagrando, inevitavelmente, a função puramente reparatória do dano moral.

A pretensão de reparar e ao mesmo tempo punir, como se vê, é inconciliável nestes casos, sendo necessária a utilização de outros instrumentos aptos a punirem de forma efetiva.

6 O PUNITIVE DAMAGES

O punitive damages não existe no Brasil, embora tenha sido citado como sinônimo de efeito inibidor do dano moral em algumas decisões do STF e STJ⁹⁴

Vem a ser, na definição de Judith Martins Costa e Mariana Pargendler ((Revista CEJ, Brasília, n. 28, jan/mar. 2005):

“(...)a figura dos *punitive damages* pode ser apreendida, numa for-

94 Percebe-se tanto no supremo Tribunal Federal (Agravado de Instrumento 756.336-AgR (DJe de 22/10/2010), agravo nº ARE 720330 / SP - SÃO PAULO, ARE 694935 / ES - ESPÍRITO SANTO, em 03/08/2012) como no Superior Tribunal de Justiça (AgRg no Ag 850273) uma identificação entre o pretensão efeito inibidor do dano moral e o punitive damages, utilizados como sinônimos em muitas decisões.

ma introdutória e muito geral, pela ideia de indenização punitiva (e não ‘dano punitivo’ como às vezes se lê). Também os *exemplary damages*, *vindicate damages* ou *smart money*, consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*) pondera-se – nesse aspecto funcional – aos *compensatory damages*, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo.”

O instituto veio sendo aplicado nos Estados Unidos em casos pontuais, desde então, e a sua popularização no Direito Norte-americano coincidiu com os primeiros casos de aceitação do dano moral no Brasil, na década de 1960, tendo se tornado bastante popular desde então e aumentado exponencialmente até os dias de hoje.

Nos Estados Unidos o instituto encontra uma série de restrições, havendo Estados que não o aplicam, outros em que ele somente incide em casos expressos previstos em lei, outros ainda revertem seus benefícios ao Estado, sendo regra geral que somente são aplicados em caso de responsabilidade extracontratual.

Um grande diferencial dele em relação ao dano moral brasileiro consiste em que a indenização pode chegar a cifras altíssimas, no mais das vezes voltadas para o lesado, o que tem causado grandes controvérsias.

Outra particularidade importante é que nele não há uma junção das funções inibitória e reparadora, como ocorre no dano moral no Brasil. Um valor específico é destinado à reparação e outro à punição do ofensor.

Verifica-se, de logo, uma técnica mais refinada do que a brasileira, onde se condena em danos morais pela dupla função de se reparar e punir sem que o próprio juiz saiba com exatidão quanto cada um desses fundamentos repercute na condenação.

Veja-se o Código Civil do Estado da Califórnia, que, a exemplo dos demais quarenta e cinco Estados Americanos que o adotam, prevê os danos punitivos de forma expressa ⁹⁵:

3294. (a) In an action for the breach of an obligation not arising from contract, where it is proven by clear and convincing evidence that the defendant has been guilty of oppression, fraud,

95 Em tradução do Autor: Em um feito decorrente do descumprimento de uma obrigação não advinda de contrato, em que se provou por uma clara evidência que o Réu é culpado por opressão, fraude ou malícia, o Autor, além dos danos reparatórios, terá direito a danos voltados ao exemplo de forma a punir o Réu.

or malice, the plaintiff, in addition to the actual damages, may recover damages for the sake of example and by way of punishing the defendant.

Embora haja uma associação direta entre os Estados Unidos e o *punitive damages*, é importante registrar que esta figura encontra-se em vários países do mundo, que adotam inclusive o *Civil Law*.

Sergio Rojas Quiñones (2012, pag. 4) registra a aplicação do *punitive damages* na Espanha (arts. 1107, 1486 e 1487 do Código Civil), na França, quando se deparam com o que chamam de “culpa lucrativa”, que ocorre quando há dolo ou culpa grave que, mesmo com o pagamento, ainda deixem lucros ao ofensor, que possam incentivá-lo à mesma prática. Na Alemanha, além do que o ofensor lucrrou com o ilícito, existe uma imposição como castigo.

O que se observa nos ordenamentos até agora estudados e que o aplicam é a preocupação de inibir condutas de atores sociais capazes de produzirem grandes violações, ou mesmo aplicar sanções aos violadores para que não repitam a conduta, tornando a punição, ao mesmo tempo, um exemplo aos demais.

7 PUNITIVE DAMAGES E INDENIZAÇÕES MILIONÁRIAS

O afã de punir pode ter dado margem a indenizações milionárias reputadas indevidas, situações que se tornaram amiúde sobremodo nos Estados Unidos.

Um caso emblemático e citado sistematicamente pelos autores que tratam do assunto⁹⁶ retrata um feito em que o Autor, *Ira Gore Jr.*, que comprou um novo BMW sedan de um comerciante do Alabama. Posteriormente ele tomou conhecimento de que a fabricante havia repintado o veículo sem que ele soubesse. A título de *compensatory damages*, foi-lhe pago o valor de \$ 4.000,00 e \$4 milhões pelo *punitive damages*. A Suprema Corte do Alabama reduziu para \$ 2 milhões e a Suprema Corte americana amoldou a gravidade do caso de acordo com a natureza do instituto, assentando o valor da indenização em \$ 50.000,00.

O *punitive damages* está para os Estados Unidos como o dano moral está para o Brasil: popularizou-se na mesma década (1960) e vive às voltas com acusações de que é matéria-prima de uma indústria de monetarização dos transtornos.

George L. Priest (2002, pag. 12) registra situações decorrentes do mesmo ilícito em que o dano reparatório chegou a 600 dólares, e os punitivos a 580 mi-

96 Por todos RESEDÁ, Salomão. (A função social do dano moral). Florianópolis: conceito Editorial, 2009.

lhões. O Estado da Califórnia protagonizou os dois casos em que os *punitives* chegaram a montantes mais altos, alcançando a marca de 4.8 bilhões de dólares.

Nenhum desses casos, porém, chegou a valores tão altos como o alcançado na *class action* proposta no Estado da Flórida no ano 2000, contra a indústria tabagista americana, que foi condenada em nada menos que 144.8 bilhões de dólares, que correspondia à época, segundo Priest (2002, pag. 13) a 2,4 vezes os gastos governamentais norte-americanos com educação.

O que se observou nos Estados Unidos foi que não somente a quantidade de ações pleiteando *punitive damages* aumentou. Este crescimento acompanhou a vertiginosa ascensão dos montantes das indenizações, e o que foi criado para evitar comportamentos nocivos, pode ter acabado causando grandes problemas como, por exemplo, uma enxurrada de litigantes e escritórios organizados ávidos por reconhecimento de vítimas de atos dolosos, fraudulentos ou maliciosos.

8 A IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL

A responsabilidade civil deve libertar-se de antigos referenciais, forjados em tempos de sociedades rurais e arcaicas, atentar-se para os novos tempos, e lembrar a velocidade em que essa marcha tem curso.

As necessidades são outras. Evidentemente, não faz sentido esperar que o ilícito previsível aconteça para depois se reparar o lesado.

A segurança, a incolumidade física do indivíduo, a paz de espírito, e tantos outros direitos assegurados em Cartas Magnas de todo o mundo civilizado reclamam uma remodelação dos institutos de Direito Privado voltados à proteção do patrimônio material e extra-material do indivíduo.

Em defesa do caráter preventivo da responsabilidade civil, vejamos o que diz Sérgio Rojas Quiñones (2012, Introdução):

Permanecer impassible ante el potencial preventivo de la responsabilidad civil es casi tan grave como consagrar legislativamente un derecho general a dañar. En efecto, marginar la intervención de la responsabilidad a una fase ulterior a la irrogación del perjuicio no dista mucho del discurso según el cual *es admisible dañar, siempre que se proceda a indemnizar*⁹⁷ (...)"

97 . Permanecer impassível ante o potencial preventivo da responsabilidade civil é quase tão grave quanto consagrar legislativamente um direito geral a lesar. Com efeito, deixar a intervenção da responsabilidade a uma fase ulterior à irrogação do prejuízo não dista muito do discurso segundo o qual é admissível lesar sempre que se possa indenizar (...)

O *punitive damages* é um instrumento poderoso, mas não é o único, de se combater atos lesivos reiterados e nocivos ao corpo social. A resistência à sua aplicação decorre em grande parte do prestígio que o conteúdo reparatório exclusivo do dano moral ainda goza, sempre no intuito de evitar o enriquecimento indevido do lesado.

Diziam os criacionistas que a ciência não resolve um problema sem criar outros dez. A natureza humana ainda não é apta a criar instrumentos perfeitos. Eles precisam ser testados e moldados à medida em que se submetem à prova do tempo.

Evidente que a sua utilização inadequada pode levar a consequências graves. Esse, no entanto, é só mais um risco que se corre.

Não são, portanto, as mazelas do efeito inibidor motivo eficiente à sua eliminação, mas ao seu aperfeiçoamento.

Daí que não se sugere necessariamente a importação do *punitive damages*, mas sua utilização como matéria-prima para o incremento do instituto do dano moral, com vistas à definição do valor a compor a reparação e a punição, conferindo contornos mais precisos ao instituto, a fim de que haja resultado concreto a partir da sua aplicação.

9 CONCLUSÃO

A formulação deste trabalho surgiu da constatação segundo a qual os grandes prestadores de produtos e serviços aparentemente não têm nenhuma reverência à estrutura montada para a proteção do direito do consumidor, notadamente o instituto do dano moral.

Também se viu que simplesmente aumentar os valores que vêm sendo arbitrados não é a solução, por encontrar óbice em princípios de grande envergadura como o do não enriquecimento ilícito.

Em relação ao *punitive damages*, que também tem suas desvantagens e pode gerar problemas, inclusive se verificado o contexto das indenizações milionárias, mas o fato é que nos Estados Unidos da América, onde existe de forma bastante prestigiada, há uma regulamentação específica em Códigos Civis dos Estados que o aplicam, o que não houve com a natimorta multa civil, sua parente distante que nunca veio à luz por falta de regulamentação.

Assim, até o momento, pode-se afirmar que depois de mais de trinta anos de vigência da Constituição Federal o instituto do dano moral não serviu como instrumento eficaz à inibição de práticas abusivas, o que pode vir a acontecer, caso

entre em vigor uma técnica que continue impedindo que indenizações inócuas seja aplicada.

A defesa do consumidor é valor constitucional e não pode estar confinado a retórica programática de gabinetes frios e distantes da realidade. Só assim se estará promovendo de maneira real a cidadania e o princípio constitucional da isonomia e dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman V. [et. Al]. (Manual de Direito do Consumidor). São Paulo, 2008.

BRASIL. CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.

BRASIL. Lei nº 9.099/95.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2013. Justiça Estadual.

GAGLIANO, Pablo Stolze. (*Novo curso de Direito Civil*), São Paulo : Saraiva, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith [et. Al] (*Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito Brasileiro)*). Brasília, Revista CEJ, 2005.

RESEDÁ, Salomão. (A função social do dano moral). Florianópolis: conceito Editorial, 2009.

ROJAS QUIÑONES, Sergio, (Apología del potencial preventivo de la responsabilidad: desmitificación de la sanción en sede indemnizatoria). Bogotá : [www.scielo.org.co.Vniversitas](http://www.scielo.org.co/Vniversitas), 2012.

UNITED STATES OF AMERICA. California Civil Code.

UNITED STATES OF AMERICA. Alabama Civil Code

DIREITO AO DESENVOLVIMENTO SAUDÁVEL DE CRIANÇAS EM CASAS DE ACOLHIMENTO

THE RIGHT TO HEALTHY DEVELOPMENT FOR CHILDREN IN CHILD-CARE FACILITIES

Andréa Tourinho Cerqueira de Araújo

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia; Mestre em Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador

E-mail: andrea.13.05@hotmail.com

Resumo: A evolução dos direitos da criança e do adolescente permitiu encará-los como sujeitos de direitos, em especial o direito à saúde integral. O objetivo do presente trabalho consiste em discutir o direito à saúde da criança abandonada na perspectiva interdisciplinar. Justifica-se o estudo do tema pela correspondência entre direitos humanos e saúde pública. Utilizou-se estratégia metodológica qualitativa. Como resultados, têm-se que o longo abrigamento da criança pode configurar fator de risco à saúde infantil, mas em situações extremas, possa ser a única saída possível para a proteção de seus direitos. Conclui-se que o cuidado integral com a saúde das crianças abrigadas demanda capacitação profissional dos cuidadores, envolvendo ações tanto preventivas quanto assistenciais.

Palavras-chave: Abrigamento; Adoção; Desenvolvimento saudável; Interdisciplinaridade.

Abstract: The evolution of the rights of children and adolescents allowed them to be understood as subjects of rights, especially in regards to the right to full health. The purpose of this work is to discuss the abandoned children's right to health

from an interdisciplinary perspective. This topic of study is justified by the existing correspondence between human rights and public health. A qualitative methodological strategy was used. Results indicate that The long sheltering of children can be a risk factor to health. However, in extreme situations, this may be the best, or only way possible to protect the children's rights. In conclusion, comprehensive care of sheltered children demands professional training from caregivers, which involves both preventive and care-oriented actions.

Keywords: Sheltering; Adoption; Healthy development; Interdisciplinarity.

Sumário: 1 Introdução. 2 Método. 3 Resultados. 4 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é discutir o direito à saúde da criança abandonada na perspectiva interdisciplinar. Algumas crianças nascem e são abandonadas ou entregues pelas próprias mães para serem criadas por outras famílias. Em decorrência de fatores como dificuldades econômicas, psicológicas e conflitos familiares, algumas mães têm seus filhos e resolvem entregá-los ao Estado ou a Instituições Filantrópicas.

Quando os pais não cumprem com o dever de cuidado, a responsabilidade estatal pelo regular desenvolvimento das crianças se faz presente. Muitas crianças são abandonadas em decorrência da forma como a nossa sociedade está organizada, baseada em ganhos econômicos e valores capitalistas, o que provoca a exclusão em massa. Ocorre que “A exclusão pode acontecer sobre várias formas. Uma delas e, talvez a mais grave, pode gerar outros tipos de exclusão, é a econômica” (FEIJÓ E ASSIS, 2004).

Rosseti-Ferreira e Almeida et al (2012) apontam para a necessidade de reconhecimento da “fragilidade das famílias biológicas, submetidas a um processo transgeracional de privações e repetida exclusão”. A desagregação social gera o abandono de crianças. Mariano (2008) realizou pesquisa com três mulheres que entregaram seus filhos em adoção, elencando motivos diferentes por elas alegados: uso abusivo de drogas, dificuldades no relacionamento com o pai da criança e dificuldades de mantê-los economicamente, dificuldade de conciliar o trabalho com o cuidado dos filhos e ausência de apoio familiar e dos pais das crianças e história de vida.

Sociologicamente falando, Corsaro ressalta que “O país mais conhecido pela condição das crianças de rua é o Brasil” (2011, p.281). Aduz que a indignação

doméstica e internacional resultou em transformações políticas e legislativas, bem como na criação de programas patrocinados por organizações não governamentais (ONGs), “organizações que não possuem qualquer afiliação governamental e que promovem a mudança e abordam diversos problemas sociais e econômicos no âmbito comunitário ou direto na origem” (ibidem, p.283).

É louvável e necessária a participação da iniciativa privada visando o desenvolvimento saudável das crianças, mas em uma sociedade democrática, o Estado não pode se olvidar de cumprir o seu papel, pois “o poder político é o poder do Governo haurido da vontade dos governados – da vontade do Povo.” (TELLES JÚNIOR, 2003, p.70).

Segundo Corsaro (2011, p.333), “famílias e crianças precisam de ajuda especial e apoio nos momentos de grande perturbação e instabilidade, que as colocam em risco físico, emocional e social.”. Depreende-se que crianças abandonadas e em situações de risco estão compreendidas nesta situação e pessoas com capacidade de doação e disponibilidade para acolher e adotar devem ser incentivadas e valorizadas pelo grupo social. Fatores como desemprego, conflito e violência familiar afetam a estabilidade das famílias e a vida das crianças, devendo as comunidades e o governo exercer um papel mais efetivo do que está sendo desempenhado.

Logo, os países em desenvolvimento estão começando a entender que o bem estar social reflete na qualidade de vida de todos os membros da comunidade e consiste na única forma de convivência harmônica, resultando na maior probabilidade de êxito na vida dos indivíduos. Telles Júnior (2003, p. 39) revela que a ordem jurídica é produto de um esforço para imprimir uma forma ideal à convivência humana.

Segundo o Art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, na interpretação daquele diploma legal, “levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.” (BRASIL, 1990).

Todas as diretrizes internacionais e nacionais sobre os direitos da criança e do adolescente visam a preservação dos infantes nas famílias de origem, salvo se as crianças se encontrarem em situações de risco. Se isto ocorrer, é preciso agir com atitude e eficiência para a colocação da criança em família substituta, providenciando a destituição do poder familiar e a adoção. Sempre objetivando o desenvolvimento saudável do infante, é preciso ter em mente que a perseguição do bem-estar das crianças não deve ser considerada apenas na fase pós-adoção, mas também durante a fase de transição que compreende a sua alocação em família temporária ou em casa de acolhimento.

Desenvolver o conhecimento quanto ao cuidado com a saúde das crianças

abrigadas em casas de acolhimento no Brasil envolve a perspectiva da integralidade e a necessidade da visão interdisciplinar sobre a individualidade de cada criança. A importância do tema decorre da vulnerabilidade das crianças acolhidas que aguardam famílias substitutas. Em paralelo, o dever de cuidado do Estado para com a saúde das crianças à espera de famílias substitutas envolve a estruturação e a capacitação profissional da rede de apoio à causa da Criança e do Adolescente.

Segundo Meireles e Erdmann (2005) “Convivemos com a necessidade de diferentes abordagens para entender a realidade e enfrentar os problemas que se apresentam, buscando múltiplas teorias para explicá-los.”. A interdisciplinaridade permite a utilização de conceitos e métodos de várias áreas para a configuração do conhecimento, proporcionando a interação mútua de conceitos entre elas.

Para Tavares (2005), a interdisciplinaridade é concebida como uma inter-relação e interação das disciplinas para o alcance de um objetivo comum e “se propõe a ampliar a visão de mundo, de nós mesmos e da realidade, com o propósito de superar a visão disciplinar.”.

Por esta razão, na organização deste trabalho científico, além da legislação pertinente à matéria, nacional e internacional, busca-se identificar trabalhos nas áreas da Psicologia, Sociologia, Direito, Pedagogia, Serviço Social e História, dentre o universo de escritos científicos sobre adoção, por estarem direta ou indiretamente ligadas à práxis procedimental dos processos.

Conforme pesquisa realizada pelo IPEA/CONANDA, coordenada por Silva (2005), as maiores causas de abrigamento de crianças e adolescentes no Brasil são a pobreza, o abandono pelos pais, a violência doméstica e a dependência química dos pais. Assim, a carência de recursos materiais da família/responsável representa 24,1%, o abandono pelos pais/responsáveis representa 18,8%, a violência doméstica 11,6%, a dependência química 11,3%, vivência de rua 7%, orfandade 5,2% e outros fatores representam 22% das causas de abrigamento.

Indaga-se quais as principais causas de abandono das crianças no Brasil, como o tempo decorrido entre o abandono e a adoção influencia no desenvolvimento saudável das crianças e se existe o acompanhamento integral da saúde das crianças abrigadas em casas de acolhimento.

2 MÉTODO

Foi adotada a estratégia metodológica qualitativa na realização deste trabalho. Os procedimentos utilizados nesta pesquisa consistem em revisão de literatura científica sobre o direito à saúde da criança com enfoque na criança acolhida em instituição, levantamento da produção acadêmica nacional *stricto sensu* relativo

ao período de 1987 a 2011, levantamento de legislação nacional e internacional e análise documental de processos de adoção em curso na única Vara jurisdicional com competência para adoção na Cidade do Salvador.

Mezzaroba e Monteiro (2009, p.110), esclarecem que a noção de qualidade envolve a propriedade de ideias, coisas e pessoas, diferenciadas entre si conforme suas naturezas. Segundo os autores “A pesquisa qualitativa não vai medir seus dados, mas, antes, identificar suas naturezas [...] A compreensão das informações é feita de forma mais global e inter-relacionada com fatores variados, privilegiando contextos”.

Foi realizado levantamento acadêmico científico *strictu sensu* nacional junto à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) sobre temas específicos. Buscou-se para tanto as seguintes combinações de palavras-chave: “abandono e criança”, nas áreas de Ciências Sociais Aplicadas (Direito e Serviço Social), Psicologia, Pedagogia, Sociologia e História, buscando-se verificar o universo de trabalhos produzidos sobre os temas no período de 1987 a 2011.

A revisão de literatura consiste em iniciativa interdisciplinar, englobando a pesquisa por meio de livros, dissertações de mestrado, teses de doutorado e artigos científicos encontrados principalmente na base Scielo por meio da combinação das palavras-chave “abandono + infância”, “abandono + criança”, “abandono + família” e “abandono + adoção”.

Neste artigo se pretende traçar um quadro sobre o direito à saúde da criança abrigada, garantido nos Tratados Internacionais e Legislação em vigor, analisando-se se a sua preservação tem sido atingida no contexto atual, especialmente se a atuação do Estado, neste sentido, tem sido eficaz, diante das respostas encontradas na revisão de literatura.

3 RESULTADOS

Procedeu-se um levantamento de teses e dissertações junto ao banco de teses da CAPES utilizando como palavras-chave os descritores “abandono” e “criança”, publicados no período de 1987 a 2011, tendo sido encontrados 553 trabalhos a respeito da temática, sendo 435 dissertações de mestrado e 118 teses de doutorado. Desse universo, 40 dissertações e 3 teses eram originalmente da área jurídica, o que representa apenas 9,2% e 2,5% do total de trabalhos encontrados, respectivamente. Ainda sobre a Área do Conhecimento das publicações, pôde-se constatar que a Psicologia lidera a produção acadêmica do tema a nível de mestrado, com 114 dissertações, ao lado da grande área da Saúde, com 31 teses de doutorado publicadas. Foram identificados, ainda, significativos trabalhos na área

da Educação, História, Sociologia e outras ciências.

Quanto à Região Geográfica de origem dos trabalhos, o Sudeste responde por aproximadamente 60% deles, em nível de mestrado, e 74,6%, em nível de doutorado. Em segundo lugar, e na mesma ordem, o Nordeste atinge o percentual de 15,2% em nível de mestrado e o Sul do país, em nível de doutorado, ficou com 14,4%.

Em relação ao Ano de Publicação dos trabalhos levantados, 2008 representou o ano em que mais teses de doutorado foram produzidas no mencionado período, com 14 trabalhos, enquanto que em relação às dissertações de mestrado, os anos de 2005 e 2008 chegaram à produção de 27 trabalhos. Embora se possa observar uma tendência crescente de publicações, ainda há muito o que se discutir a respeito do tema, tendo a comunidade acadêmico-científica o importante papel de buscar o esgotamento das problemáticas sociais emergentes, o que reitera a contribuição social da presente pesquisa.

A proteção integral à saúde das crianças encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio referente ao Direito da Criança e do Adolescente, que, por sua vez, tem lastro no Direito Internacional. Segundo o Art. 5º da Constituição Federal, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados pelo Congresso Nacional, são equivalentes às emendas constitucionais, norteados a legislação ordinária.

Mann, Gruskin, Grodin e Annas fazem a correspondência entre direitos humanos e saúde pública, salientando o ponto em comum que seria o papel vital do meio ambiente social adequado para o alcance de resultados positivos (1999, p.47). Defendem que uma política de saúde pública adequada deve priorizar os direitos humanos, nos quais estão inseridos os direitos da criança e do adolescente.

Ao tratarmos de desenvolvimento saudável não devemos olvidar que o cuidado com saúde é vinculado à noção de integralidade. De acordo com Pinheiro e Mattos (2003, p.46), difícil é abraçar todos os sentidos dados ao termo. Um dos significados de integralidade trazidos pelos estudiosos diz respeito à articulação de ações tanto preventivas quanto assistenciais. Por esta razão, quando se pensa na elaboração de estratégias a serem efetivadas por meio de políticas públicas relacionadas ao direito da criança, não se pode olvidar que a infância reclama cuidados integrais como medida garantidora de saúde plena na maturidade.

O amadurecimento do sentimento de infância e o reconhecimento da importância dos cuidados dispensados a esta faixa etária parece ter possibilitado o desenvolvimento de uma sensibilidade necessária por parte da sociedade, admitindo-se, a partir daí, a participação de atores sociais de diversas áreas na tomada de medidas de proteção e cuidado com a criança e o adolescente, visando dar efetividade à doutrina da proteção integral.

No Brasil, tal tratamento teria culminado com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente. A visão adotada pelo referido documento legal resulta na consolidação de um novo cenário social.

Com o advento do ECA outorgou-se a uma entidade municipal – o Conselho Tutelar – composta por membros da comunidade, a primeira proteção e zelo aos direitos das crianças e dos adolescentes, entendendo-se que os cidadãos, por meio de uma organização representativa da sociedade, eram os mais preparados e autorizados a concretizar aquela proteção, porque mais próximos dos problemas que dizem respeito à infância e à juventude (FONSECA, 2011, p.206). Sobre o Conselho Tutelar, Liberati (2011, p.115) entende que “é, também, um espaço que protege e garante os direitos da criança e do adolescente, no âmbito municipal; é uma ferramenta, um instrumento de trabalho nas mãos da comunidade, que fiscalizará e tomará providências para impedir a ocorrência de situações de risco pessoal e social para crianças e adolescentes”.

Percebe-se a necessidade de uma rede de cuidado, composta de psicólogos, assistentes sociais, educadores e operadores do Direito, para a garantia dos direitos da criança. Weber (2009, p.35) salienta que “Nos processos de adoção os técnicos são fundamentais não tanto para selecionar [...], mas para preparar: esclarecer, informar, instruir, educar, conscientizar, desmistificar preconceitos e estereótipos, modificar motivações, desvelar vocações, lapidar desejos...”. Segundo a autora, muitos profissionais que trabalham nas Varas de Infância e Juventude adotam postura dogmática e estereotipada com base nos próprios preconceitos, nem sempre se lembrando da capacidade de mudança e aprendizagem do ser humano (ibidem, p.34).

Não se pode exigir de uma família substituta perfeição, pois nem família biológica perfeita existe. O que deve ser avaliado pelos setores técnicos dos Juizados da Infância e juventude (Setor de Psicologia e Serviço Social) é se o candidato pode proporcionar à criança um ambiente familiar adequado, se ele é capaz de oferecer amor e possibilitar a ela um desenvolvimento saudável e feliz. (SANTOS, 2012, p.141)

As Varas de Infância e Juventude, em geral, contam com uma estrutura interdisciplinar, embora ainda insuficiente para um atendimento mais constante às crianças em situação de risco. Observa-se, por exemplo, que não existe um acompanhamento periódico quanto ao desenvolvimento das crianças abrigadas. Guimarães (2010, p.162) atenta para a necessidade de criação de um programa de acompanhamento pré e pós-adoção, pois “A adoção é uma das medidas que visam a proteção da criança. Porém, uma vez colocada a criança em família adotante,

não se pode assumir que esta seja a solução para a vida daquela criança e deixar de acompanhá-la”.

Por outro lado, as Varas que não são exclusivas de Infância e Juventude, mas que tratam da Criança e do Adolescente, não contam com a estrutura mínima necessária sequer para a realização de estudo e relatório psicossocial. O Poder Judiciário normalmente precisa solicitar apoio do Órgão Municipal para a designação de psicólogos e assistentes sociais, a fim de concluir os processos de adoção.

Por fim, percebe-se que falta como um todo estrutura para a causa da Criança e do Adolescente, pois só se tem conhecimento que os prepostos do Estado visitam menores quando existem denúncias sobre situações de risco. Uma vez acomodadas as situações por meio de modificações da guarda, por exemplo, praticamente não existe acompanhamento por profissionais capacitados. As visitas periódicas poderiam revelar a falta de adaptação dos envolvidos e existência de eventual desconforto destas crianças.

As crianças abrigadas estão plenamente inseridas no contexto do direito à saúde integral, no sentido de que não se deve buscar tratar apenas as doenças aparentes, mas cuidar da prevenção e da investigação, sobretudo de aspectos emocionais, muitas vezes submersos. Isto significa que o conceito de saúde integral não se reduz ao nível orgânico, mas abrange também os aspectos afetivos e psicológicos. Para os autores supracitados: “As ações voltadas para prevenção ou assistência não se fazem em pessoas que têm apenas risco de doença ou apenas uma doença. Os beneficiários das ações de saúde têm sempre um amplo conjunto de necessidades de serviços de saúde” (PINHEIRO E MATTOS, 2003, p. 56).

No trajeto de idealizar políticas públicas que cuidem da saúde de crianças abrigadas, há de se levar em conta as assertivas de Cavalcanti, Magalhães e Pontes (2009) que apontam que as experiências processadas na infância têm um peso diferenciado no ciclo vital humano e direcionam o caminho do desenvolvimento, o que aumenta a importância de pesquisas que tomem como objeto de estudo os contextos de evolução da criança desde o início da vida. O conceito de contexto de desenvolvimento visualizado do ponto de vista ecológico engloba a família, a escola e o abrigo, entre outros, numa “[...] perspectiva teórica a partir da qual doenças, distúrbios e deficiências são reconhecidos como produto de uma junção de fatores que revela as múltiplas faces do ambiente físico e social onde a criança institucionalizada realiza o seu viver [...]”. Assim sendo, o contexto de desenvolvimento humano de criança institucionalizada não engloba apenas o ambiente físico onde a criança está acolhida “[...] mas refere-se a ela mesma como indivíduo e suas particularidades, às pessoas com as quais interage e que também participam deste ambiente, aos processos pelos quais constrói e mantém relações sociais.” (idem).

Sobre a observação dos processos de saúde/doença de crianças abrigadas, os referidos autores assim se posicionaram:

A análise dos processos de saúde/doença em ambiente de abrigo requer uma postura crítica às concepções mais simplistas e menos abrangentes acerca dos fatores de proteção e risco colocados ao bem estar físico e emocional nos primeiros anos da infância, uma vez que, mesmo tendo sido entregue aos cuidados de uma instituição e afastada de seus pais e/ou responsáveis, a criança institucionalizada possui um legado biológico, social e cultural, uma origem familiar que precisa ser considerada neste processo.

Os mesmos autores explicitam que não apenas fatores familiares influenciam processos de saúde/doença na primeira infância, mas também a contínua e a longa estadia da criança em abrigos pode configurar significativo fator de risco à saúde infantil, deixando-a vulnerável a doenças infecciosas, problemas dermatológicos, bem como a demonstração de diversos estados de depressão. Fizeram pesquisa quanti-qualitativa na qual, no cômputo geral, foram analisados 287 casos de crianças acolhidas no maior abrigo infantil do Estado do Pará, localizado na região metropolitana de Belém, nos anos de 2004 e 2005. Concluíram que, enquanto os problemas de saúde remanescentes do período de convivência da criança em ambiente familiar, diziam respeito principalmente à má nutrição e à falta de higiene dos cuidadores primários, tais como escabiose (19,51%), gripe/resfriado (10,80%) e desnutrição (10,45%), dermatite (8,01%), anemia (5,57%) e pediculose (4,18%), as doenças infecciosas e as transmitidas por contato são as mais comuns entre as crianças acolhidas, entre elas a gripe/resfriado (32,40%), a diarreia (12,54%), a bronquite/asma (6,62%), a pneumonia (5,22%), a escabiose (4,52%) e a otite (3,83%).

Após estudo realizado por Fuchs, Maynard, Costa, Cardozo e Schierholt (1996), estes concluíram que “crianças expostas à creche por 12 a 50 horas semanais apresentaram um risco aproximadamente três a cinco vezes maior de ter uma infecção respiratória aguda”. O cuidado infantil coletivo e o compartilhamento de ambientes e objetos pessoais, situação típica dos abrigos, constituem causas para a elevada incidência de doenças infectocontagiosas que atingem as crianças acolhidas.

Portanto, normalmente as instituições, abrigos ou casas de acolhimento (termo mais apreciado hodiernamente), por mais aparelhadas que estejam em seus serviços, não têm as condições semelhantes que uma família estabilizada poderia proporcionar para promover o amadurecimento saudável de uma criança. Os aspectos práticos decorrentes da institucionalização não são habitualmente favorá-

veis ao regular desenvolvimento da criança.

Para que o amadurecimento saudável da criança institucionalizada seja completo, é preciso ainda que lhe seja provida afetividade, o que também esbarra em dificuldades decorrentes de questões estruturais inerentes ao abrigo:

[...] o ambiente institucional não se constitui no melhor ambiente de desenvolvimento, pois o ambiente padronizado, o alto índice de crianças por cuidador, a falta de atividades planejadas e a fragilidade das redes de apoio social e afetivo são alguns dos aspectos relacionados aos prejuízos que a vivência institucional pode operar no indivíduo. (Siqueira e Dell’Aglia, 2006 apud Carvalho, 2002)

Vale ressaltar que a adoção é regida pelo *princípio da excepcionalidade*, que consiste na primazia de realização de todos os esforços para a reintegração da criança ou adolescente à sua família de origem por parte da rede de apoio e, somente quando esgotadas todas as iniciativas neste sentido, deve se recorrer à adoção.

Em adição, se a adoção é regida pelo princípio da excepcionalidade, o abrigo também o é. A autora esclarece: “o abrigo é uma medida protetora excepcional para casos em que ainda não se encontrou uma família substituta, para casos de abandono ou orfandade, ou seja, na impossibilidade de integração da criança à sua família de origem, na falta de família acolhedora ou adotiva.” (LADVOCAT, 2009, p. 292).

O abrigo deve ser adotado como última opção, eis que retira a criança da possibilidade de convívio familiar, restringe a sua individualidade, diminui a disponibilidade de atenção, por melhor que seja a estrutura da instituição.

Conforme as diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente, o abrigo pode ser adotado como forma de proteção à criança ou adolescente vítima de violência doméstica, mas não se pode perder de vista que “[...] o abrigo promove o rompimento de todas as relações e a perda de vínculos com a família, comunidade e demais grupos sociais”. (FERRIANI, BETOLUCCI E SILVA, 2008)

A situação de abandono das crianças muitas vezes está presente no próprio abrigo que as acolhe. Trata-se de um serviço de alta complexidade, que exige estrutura física adequada e pessoal qualificado, mas tais especificações, embora respaldadas por lei, não encontram amparo prático. Conforme Dafree (2012, p.19), a grande maioria dos abrigos no Brasil não apresenta uma situação favorável ao desenvolvimento infantil.

A observação do trabalho em abrigos, contudo, mostra predominantemente uma estrutura deficiente, condições precárias, recursos financeiros insuficientes e educadores sem formação. Empobrecidas, abandonadas, sem respeito à individualidade de quem os habita, essas instituições reproduzem as difíceis e tristes situações dos bebês, crianças e adolescentes acolhidos.

Na realidade, existem muitos relatos de crianças em casas de acolhimento que não possuem roupas ou brinquedos pessoais, não conhecem datas comemorativas como Natal e aniversários e não conhecem a noite, porque precisam dormir muito cedo para atender às normas impostas a toda a coletividade de crianças.

No entanto, existem situações em que o encaminhamento da criança à casa de acolhimento é a melhor ou única medida possível a ser tomada pelo Juiz de Infância e Juventude, tais como quando é iminente a possibilidade de reinserção da criança na família de origem, nuclear ou extensa, ou quando a situação de risco ou violência vivida pela criança lhe trouxer traumas que precisam ser tratados por profissionais competentes, antes da colocação em família substituta.

Pereira (2008, p.49) identifica o cuidado como valor jurídico com bases constitucionais e com respaldo na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Salienta o reconhecimento do “cuidado” como instrumento de transformação na Medicina, na Enfermagem, na Pedagogia e nas diversas áreas da atuação humana, conclamando que o Direito, numa perspectiva interdisciplinar, também o reconheça como valor jurídico.

Segundo o Art. 227 da Constituição Federal do Brasil, faltando a família de origem, transfere-se à sociedade e ao Estado o dever de zelo para com o desenvolvimento integral das crianças, inclusive no tocante à saúde. No mesmo sentido, o Artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Portanto, quando os mecanismos legais não são suficientes para coibir o descumprimento do dever de cuidado pelos pais ou, em caso de ausência destes, é dever do Estado e da sociedade assumir o compromisso com a vida da criança órfã ou abandonada, até a colocação em família substituta.

Quanto ao dever da sociedade, observa-se o interesse de diversos segmentos desta em contribuir para a causa da Criança e do Adolescente, por meio de instituições filantrópicas, doações, iniciativas religiosas, etc. Contudo, é preciso ressaltar que a cobrança do cumprimento do dever de cuidado por parte da sociedade é muito mais difícil, pois se trata de uma norma programática, de eficácia limitada. Saliente-se, inclusive, que muitos abrigos particulares funcionam com incentivos públicos e, quando estes não são repassados oportunamente, as instituições e suas crianças sofrem privações das mais diversas origens.

Já em relação ao Estado o quadro é outro. Inicialmente não se pode olvidar

que embora a Constituição faça um emparelhamento de deveres entre sociedade e Estado, este representa a sociedade e deve cumprir seu papel de provedor das necessidades básicas das pessoas carentes. Logo, a sociedade não deve esquecer-se de cobrar seriamente do Estado medidas de proteção à Criança, pois a principal fonte de manutenção da estrutura de apoio à criança deve ser pública. De acordo com Pereira (2008, p.49) “[...] as violações por ação ou omissão, que atingem a família e parte considerável da população infanto-juvenil, dentro e fora das relações familiares, impõem novos caminhos para a sociedade e para o Poder Público.”.

Existem duas questões a serem observadas: 1) a responsabilidade do Estado pelo elevado número de crianças em casas de acolhimento, fruto da segregação decorrente das diferenças sociais; 2) a falta de interesse político do Estado em priorizar os direitos das pessoas que se encontram esquecidas nos abrigos.

Quase a totalidade de crianças que estão em casas de acolhimento, aguardando o retorno ao convívio com a família de origem ou à espera da adoção, está nesta condição por força da situação de miserabilidade dos seus genitores. Há de se reconhecer que as crianças abandonadas são vítimas não só do abandono direto cometido pelos pais, como também da ausência de apoio estatal e da estrutura social deficitária em que vivemos.

O Estado, com todo o seu aparato administrativo e legal, é então responsável pela realidade em que vivem as crianças carentes, devendo zelar pelas formas de acolhimento e colocação em família substituta.

A institucionalização de crianças é um dispositivo jurídico-técnico-policial que pretendia ter o objetivo de “proteger a infância”. Na realidade, o que ocorre é simplesmente o afastamento de crianças e adolescentes marginalizados (carentes, abandonados, doentes, infratores, etc.) do convívio social. Após o internamento de crianças, medida que deveria ser tomada como recurso extremo por curto período, existe uma probabilidade bastante grande da ocorrência de abandono nas instituições. (Weber, 2009b, p.75)

A precariedade do atendimento à criança abandonada e carente é uma situação de fato existente no Brasil. Crescer sem família é um sintoma social que pode se transformar num ciclo, sem a devida atuação estatal. A tendência de pessoas abandonadas que não tiveram assistência é de não ter capacidade de cuidar dos próprios filhos. Trata-se de um ciclo que precisa ser rompido. Para Dafree (2012, p.14), a ausência de infraestrutura tem um passado histórico, refletindo o descaso e o lugar social da criança no Brasil, pois “Para muitos administradores, a criança não está presente como cidadão, como sujeito de direito. Não produz bens econômicos – e não vota – portanto, é excluída do planejamento e do orçamento

público”.

Para a mesma autora (idem), “A insuficiência de dados atualizados sobre os abrigos revela o lugar que eles ocupam na atenção dos responsáveis pelas instituições de acolhimento no Brasil.”. Não há, por exemplo, acesso aos dados, pelo Poder Judiciário, sobre a saúde das crianças abrigadas, o que poderia ser útil para a atuação dos profissionais da Vara e para o conhecimento, preparo e atuação dos adotantes que recebem seus filhos.

Weber (2009b, p.79) entende ser necessário “informatizar o cadastro de crianças e adolescentes institucionalizados no País com informações sobre a vida de cada interno e suas relações familiares e interligar as informações com o Poder Judiciário.”. Considera ainda a importância dos centros de apoio à adoção, com técnicos especializados nas mais diversas áreas, tais como psicólogos, assistentes sociais, bacharéis em Direito, médicos, nutricionistas, educadores, etc.

Ademais, o dever de cuidado do Estado para com o desenvolvimento saudável das crianças acolhidas inclui a estruturação da rede de apoio por meio de pessoal capacitado, incluindo psicólogos, assistentes sociais, médicos, terapeutas, enfermeiros. Mesmo os cuidadores dos abrigos que não possuam nível superior devem receber treinamento para lidar com a delicadeza da estrutura física e psicológica das crianças.

O trabalho da equipe de apoio já apresenta bons resultados desde o momento da habilitação à adoção, quando ainda há preferência por crianças em bom estado de saúde. A realização de boa orientação profissional sobre adoção resulta na mudança de paradigmas de alguns dos pleiteantes à adoção que acabam por entender a diferença entre a criança desejada e a criança real. Este trabalho é fundamental para diminuir a exclusão de algum perfil determinado.

Por outro lado, existem muitas doenças tratáveis, e o acompanhamento médico e psicológico é indispensável durante o período de acolhimento, porque resulta no aumento das possibilidades de encontrar uma família para criança disponível.

O papel dos atores sociais da adoção é essencial para a construção de uma cultura positiva da adoção, voltada à superação das dificuldades relacionadas a aspectos da saúde física e emocional das crianças, visando a melhor adaptação da família à criança real e não a espera por uma criança idealizada. Weber (2008, p.138) salienta que: “É preciso procurar uma família para uma criança, assim como antigamente a ordem era procurar um bebê para um casal.”. A capacitação dos profissionais é definitiva para o sucesso das adoções, evitando a devolução de crianças, o que para estas significaria uma nova ruptura. Assim, “Para atenuar o problema das devoluções, profissionais que atuam em fóruns poderiam intervir no processo por meio de orientações e acompanhamentos” (DUGNANI e MARQUES, 2011).

Schereiner (2004, p.20) ressalta que a reflexão sobre a decisão de adotar e a eficiente preparação dos pais conduzem a um resultado positivo na adoção, encontrando “mais facilmente mecanismos assertivos na decisão do tipo de criança que podem incorporar à família, e levam adiante o projeto solicitando ajuda em momentos de dificuldades”.

Ferriani, Betolucci e Silva (2008) realizaram pesquisa sobre a assistência em saúde às crianças e adolescentes abrigados em Ribeirão Preto, SP, ressaltando que os profissionais com “[...] formação superior ou magistério possuem uma postura diferenciada, demonstrando maior dedicação e interesse pelo trabalho, satisfação e paciência no exercício de suas funções.”, o que implica dizer que para o eficiente acompanhamento do desenvolvimento destas crianças que sofrem privações é necessária equipe profissional de apoio qualificada. Saliente-se que, segundo os mesmos autores, em razão da carência afetiva, algumas crianças simulam alguns sintomas de doenças para obter mais atenção e cuidado, sendo preciso exercer “[...] cautela e discernimento durante a administração, para evitar uso indiscriminado de medicamentos, principalmente os analgésicos”, considerando que a manipulação desnecessária de remédios pode causar danos à saúde da criança.

Os profissionais da adoção devem estar capacitados para enfrentar os mais diversos tipos de situações, entre elas a preparação de pais para receber crianças no lar, sobretudo aquelas com necessidades especiais. Weber (2008, p.138), tratando do assunto, esclarece que tais famílias “[...] precisam ser preparadas e há necessidade de lhes dar assistência e condições técnicas para que possam ocupar-se de tais crianças. Os adotantes precisam sentir-se seguros em sua habilidade de cuidar de uma criança especial, dando-lhe uma atmosfera carinhosa e com cuidados embasados na necessidade da criança”.

Caso seja inevitável o abrigamento, Siqueira e Dell’Aglio (2006) ressaltam a importância de incentivar as relações pessoais nos abrigos, preservando-se a interação tanto entre as crianças quanto entre estas e seus monitores. Para que esta interação seja proveitosa e construtiva, os autores entendem que ela deverá ser “progressivamente mais complexa, com uma ou mais pessoas, de forma regular”, a fim de que se forme entre a criança e o cuidador um “apego forte e mútuo, que aumentará o repertório de respostas da criança, convidando-a a exploração do ambiente imediato físico, social e simbólico.”.

Os esforços para uma formação saudável da personalidade da criança abrigada, conforme os autores:

[...] devem partir do reconhecimento dos aspectos macrossistêmicos relacionados à vivência institucional, de forma a tentar desestigmatizá-los, desenvolvendo ações não só direcionadas aos pais ou educadores das instituições, mas a todos os membros da

sociedade (professores, profissionais de saúde, amigos, parentes, órgãos econômicos, sociais e emocionais.) (SIQUEIRA e DELL'AGLIO, 2006)

Outrossim, demonstrando a necessidade de respeitabilidade quanto a história da criança, cujas rupturas de vínculos não podem ser tão automáticas, Ladvocat entende que “Cada criança deveria ter seu prontuário, seu genograma familiar, dados da família extensa, fotos e alguns pertences pessoais trazidos de sua casa” (2009, p. 292).

A preservação das informações sobre o histórico médico e psicológico desde o nascimento, envolvendo o período anterior ao abrigamento, e o acompanhamento profissional da vivência em casa de acolhimento são fundamentais para o melhor desenvolvimento da saúde da criança e de grande utilidade para a fase pós-adoção.

Atenta à mudança histórica e legal da proteção infantil, Guimarães (2010, p. 142 e 151) realizou pesquisa sobre a história e a narrativa de três crianças na faixa etária de 6 a 11 anos, na qual puderam falar de suas vivências nas famílias biológicas, da experiência de viver em um abrigo, da nova etapa de vida na família adotiva e da visão que possuem sobre a legalização da adoção pelo Sistema Judiciário.

Portanto, é possível pensar o processo de adoção tardia a partir do lugar da criança, enquanto sujeito de direitos nesse processo, evidenciando-se a necessidade de escuta e valorização de sua história de vida e o não silenciamento de seu passado. Segundo a mesma autora: “[...] proporcionar momentos para que a pessoa adotada possa falar sobre sua história, ao longo de toda a vida, parece ser uma maneira favorável de ajudá-la no seu processo de construção de identidade.” (Idem, p. 155)

Foi realizada análise documental a partir de dez processos de adoção que tiveram curso na 1ª Vara de Infância e Juventude da Comarca de Salvador, mas que ainda não haviam sido encaminhados para o Arquivo. Foram preservados todos os dados sigilosos quanto à identidade ou formas de identificação dos envolvidos. A pesquisa foi autorizada pela Dra. Juíza de Direito designada para a 1ª Vara de Infância e Juventude à época da pesquisa. A pesquisa foi realizada no mês de dezembro de 2012, envolvendo processos ajuizados entre os anos de 2008 e 2012, todos relativos a crianças que passaram algum tempo em casa de acolhimento.

Quanto à aceitação de crianças com doenças, cinco dos dez pleiteantes demonstraram, no momento da habilitação, que tinham restrições.

Buscou-se pesquisar nos processos a existência de dados sobre a saúde dos adotandos, encontrando-se resultados positivos em 80% dos casos, inexistindo informações sobre a saúde das crianças em 20% dos casos.

Registre-se que duas das crianças têm doenças incuráveis: uma tem síndrome de down e outra tem hidrocefalia. Uma criança sofre de asma. Seis chegaram desnutridas aos abrigos. Existem suspeitas de que uma foi vítima de abuso sexual. Outra criança chegou ao abrigo com marcas de queimaduras em razão de acidente doméstico.

Constatou-se que, nos processos de adoção, embora se encontrem informações sobre o estado de saúde da criança anteriores ao processo, não existem relatórios médicos de acompanhamento da saúde das crianças acolhidas.

Percebe-se, entretanto, que em todos os casos, existe o parecer da assistente social e/ou relatório psicossocial da psicóloga da Vara de Infância.

4 CONCLUSÃO

A evolução dos direitos da criança e do adolescente permitiu encará-los como sujeitos de direitos dentro do processo de adoção, com seus interesses primordialmente protegidos em face das expectativas dos pleiteantes a adoção. Passou-se a valorizar a vontade e a opinião das crianças, a fim de respeitar o princípio do melhor interesse da criança. Segundo Pereira (2008, p.51), “Ser ‘sujeito de direitos’ significa para a população infanto-juvenil deixar de ser tratado como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titulares de Direitos fundamentais.”

O Direito da Criança e do Adolescente pátrio em vigor adota a Doutrina da Proteção Integral, que implica em um conjunto de princípios que visam atender ao superior interesse da criança. Na falta da família de origem, cabe ao Estado e à sociedade cumprirem com o dever de cuidado para com as crianças abandonadas e desassistidas.

O direito ao desenvolvimento saudável das crianças acolhidas merece atenção de toda a sociedade e uma atitude mais efetiva, considerando que se trata de sujeitos vulneráveis às consequências advindas do abandono e do abrigamento. Somado aos maus tratos que a criança pode ter sofrido antes do abandono, a ausência do convívio familiar, a de cuidados individuais e o isolamento com o mundo externo aos muros da instituição podem trazer consequências danosas à saúde física e emocional da criança.

Por outro lado, mesmo sendo o ambiente familiar indiscutivelmente o *locus* ideal de acolhimento e desenvolvimento infantil, em situações extremas, a institucionalização da criança pode ser a melhor ou única saída possível para a proteção de seus direitos.

Neste caso, o tempo de permanência de crianças nos abrigos deve ser mínimo. Em caso de impossibilidade de retorno destas à família de origem, inclusive

família extensa, os profissionais da Vara de Infância e Juventude devem zelar pela celeridade dos procedimentos necessários para a colocação da criança ou adolescente em família substituta. Existindo pessoas habilitadas à adoção que aceitem o perfil da criança disponível, deve ser concedida a guarda provisória, pois durante o procedimento de habilitação a idoneidade dos pleiteantes já deve ter sido investigada.

O tempo de espera para a criança deve ser rápido, razão pela qual, neste caso, deve de logo ser possibilitado à ela o convívio familiar se se tratar de uma criança pequena. Na hipótese de a criança ter mais idade, pode ser necessário que haja um período de aproximação, a ser analisado de acordo com o caso concreto.

Já para os pais adotivos, o tempo de espera deve equivaler a uma gestação. Enquanto eles aguardam na fila de adoção, eles desenvolvem o sonho de ter um filho, quando surge a criança, este sonho se materializa, mas precisa ser amadurecido e trabalhado para que a criança idealizada se converta em uma figura real, assim como ocorre quando do nascimento de um filho biológico. A concretização do processo de adoção deve se dar quando o processo de identificação já está bem evoluído, pois a adoção é irreversível. Falta ainda, em nosso País, o acompanhamento pós-adoção, possibilitando a orientação profissional e a certificação de que a criança está sendo bem cuidada pela nova família.

Caso não existam candidatos habilitados a adotar que aceitem o perfil da criança disponível, deve ser ponderada a possibilidade de encaminhamento ao convívio de família acolhedora temporária. A equipe profissional que trabalha com adoção deve ser composta por pessoas experientes e capacitadas. Nos próprios abrigos, os cuidadores devem possuir alguma qualificação e treinamento para lidar com as crianças.

Algumas crianças crescem em instituições até atingir a maioridade. Nestes casos, alguns defendem e outros rejeitam a ideia do apadrinhamento afetivo, que consistiria na possibilidade de receber afeto além dos muros da instituição, disponibilizado à criança e ao adolescente a companhia de pessoas que se dispõem a recebê-las em suas casas e a passear com elas durante os finais de semana, férias e feriados.

As crianças devem construir e manter laços significativos de vínculo interpessoal, experienciando relações de afeto necessárias à sua estruturação mental. Uma relação macrossistêmica, ou seja, aquela que extrapola o ambiente institucional, apontada pelos referidos autores é o chamado “apadrinhamento afetivo”, que se constituiria numa “prática que intenta proporcionar às crianças acolhidas vínculos alternativos dotados de significado, que contribuam para que elas tenham vivências familiares e emocionais saudáveis ao seu desenvolvimento psíquico.” (SOUSA e PARAVIDINI, 2011)

Trata-se de um tema que merece muita discussão, em razão dos efeitos positivos e negativos desta alternativa. Como aspectos positivos destacam-se o convívio familiar, a afetividade e a ampliação da visão de mundo. Já negativamente, é possível citar a criação de expectativas na criança quanto à adoção e a possibilidade de reviver o sentimento de abandono, já que o padrinho pode desaparecer sem sofrer nenhuma consequência, considerando que não tem nenhum compromisso legal. É uma discussão que precisa ser aprofundada, embora o empenho maior e mais significativo da Justiça da Infância e Juventude da equipe interdisciplinar deva ser o de encontrar uma família substituta adotiva para a criança e o adolescente.

É preciso ter em consideração ainda que, de acordo com a Legislação Nacional e conforme prática dos profissionais da adoção, uma vez abrigadas, os dados das crianças devem ser imediatamente catalogados em rede nacional e estas preferencialmente não devem ser separadas dos seus irmãos. A preservação da história da criança é fundamental para a formação de novos vínculos sem máculas, para que a criança não se sinta privada do resgate das suas informações iniciais de vida quando assim desejar.

Em geral as crianças adotivas são seres que desde a mais tenra idade sofrem abalos na sua estrutura emocional devido à vivência de situações traumáticas de ruptura de vínculos afetivos. Assim, a consciência dos futuros adotantes de que a história pregressa de vida da criança escolhida à adoção deve ser levada em conta, é fundamental para que a adoção se dê de forma positiva tanto para a criança quanto para os pais.

A saúde do filho adotivo envolve principalmente o empenho dos pais em dispensar atenção e cuidado, em dar amor. Porém a saúde da criança abandonada precisa ser priorizada em momento anterior à adoção, quando ainda não existe a família substituta. Cabe aos atores sociais pensar em cada detalhe que possa proporcionar à criança acolhida um direcionamento a um futuro promissor. Melhor dizendo, as crianças são o nosso futuro e o futuro das crianças é o presente (CORSARO, 2011, p.343). A criança não pode perder tempo porque meses ou anos significam muito no seu processo de desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 8.069 de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm > Acesso em: 31 out. 2012.

CAVALCANTE, Lília Iêda Chaves. MAGALHÃES, Celina Maria Colino. PONTES, Fernando Augusto Ramos. Processos de Saúde e Doença entre Crianças Institucionalizadas: Uma Visão Ecológica. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232009000200030&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 8 ago. 2012.

CORSARO, William A. Sociologia da Infância. São Paulo: Artmed, 2011.

DAFREE, Silvia Gomara. A realidade dos abrigos: descaso ou prioridade? São Paulo: Zagodoni, 2012.

DUGNANI, Karla Cristina Bandeira. Análise da Adaptação Familiar e Estratégias Estabelecidas para Construção de Vínculos Afetivos na Adoção Tardia. Disponível em: <<http://www.btdt.ufscar.br/htdocs/tedeSimplificado/tede-arquivos/9/TDE-2009-09-16T145112Z-2415/Publico/2317.pdf>>. Acesso em 11 jul.2012.

FEIJÓ, Maria Cristina. ASSIS, Simone Gonçalves de. O Contexto de exclusão social e de vulnerabilidades de jovens infratores e de suas famílias. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/epsic/v9n1/22391.pdf>>. Acesso em: 21 jan.2013.

FERRIANI, Maria das Graças Carvalho. BERTOLUCCI, Aline Piva. SILVA, Marta Angélica Iossi. Assistência em saúde às crianças e adolescentes abrigados em Ribeirão Preto, SP. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034=71672008000300011-&lng=pt&nrm=iso>HYPERLINK "http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034=71672008000300011-&lng=pt&nrm=iso"pid-S0034-71672008000300011HYPERLINK "http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034=71672008000300011-&lng=pt&nrm=iso"lng-ptHYPERLINK "http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034=71672008000300011-&lng=pt&nrm=iso"nrm=iso">. Acesso em: 01 nov.2012.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. Direitos da Criança e do Adolescente. São Paulo: Atlas, 2011.

FUCHS, Sandra Costa. MAYNART, Rita de Cássia. COSTA, Lenara Ferreira da. CARDOZO, Adriana. SCHIERHOLT, Rejane. Tempo de permanência na creche e infecção respiratória aguda. 1996. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/49481/000153655.pdf?sequence=1>> Acesso em: 01 nov.2012

GUIMARÃES, Lilian de Almeida. Conversando com Crianças sobre Adoção. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010.

LADVOCAT, Cynthia. Famílias com Filhos Adotivos. In: OSORIO, Luiz Carlos. Do VALLE, Maria Elizabeth Pascual (org). Manual de Terapia Familiar. Porto Alegre: Artmed, 2009.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Direito da Criança e do Adolescente. 5. Ed. São Paulo: Rideel, 2011.

MANN, Jonathan M. GRUSKIN, Sofia. GRODIN, Michael A. ANNAS, George. J. Health and Human Rights. New York and London: Routledge, 1999.

MARIANO, Fernanda Neísa. Adoções “prontas” ou diretas: buscando conhecer seus caminhos e percalços. 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp104350.pdf>>. Acesso em 21 jan.2013.

MEIRELLES , Betina Hörner Schlindwein Meirelles. ERDMANN, Alacoque Lorenzini. A interdisciplinaridade como construção do conhecimento em saúde e enfermagem. Texto & Contexto – Enfermagem. Florianópolis. v.14, n.3. jul./set. 2005. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/tce/v14n3/v14n3a13.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

MEZZAROBA, Orides. MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de Metodologia da Pesquisa do Direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da Criança e do Adolescente – Uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHEIRO, Roseni. MATTOS, Ruben Araujo de. Construção da Integralida-

de: Cotidiano, Saberes e Práticas em Saúde. Rio de Janeiro: IMS, UERJ, Abrasco, 2003. 2.ed.

ROSSETI-FERREIRA, Maria Clotilde. ALMEIDA, Ivy Gonçalves de. Costa, Nina Rosa do Amaral. GUIMARÃES, Lilian de Almeida. MARIANO, Fernanda Neísa. TEIXEIRA, Sueli Cristina de Pauli. SERRANO, Solange Aparecida. Acolhimento de Crianças w Adolescentes em Situações de Abandono, Violência e Rupturas. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722012000200021>. Acesso em 21 jan. 2013.

SANTOS, Ozéias J. Adoção. São Paulo: Syslook, 2012.

SCHREINER, Gabriela. Por uma Cultura da Adoção para a Criança? São Paulo: Editora Consciência Social, 2004.

SILVA, Enid Rocha Andrade da. Os Abrigos para Crianças e Adolescentes e o Direito à Convivência Familiar e Comunitária. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_11/ENSAIO3_Enid.pdf>. Acesso em 26 jun 2012.

SIQUEIRA, Aline Cardoso. DELL'AGLIO. Débora Dalbosco. O Impacto da Institucionalização na Infância e na Adolescência: uma Revisão de Literatura. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822006000100010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 8 ago. 2012.

SOUZA, Karollyne Kerol de Sousa. PARAVIDINI, João Luiz Leitão. Vínculos entre crianças em situação de acolhimento institucional e visitantes da instituição. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932011000300008&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 01 nov.2012.

TAVARES, Cláudia Mara de Melo. A interdisciplinaridade como requisito para a formação da enfermeira psiquiátrica na perspectiva da atenção psicossocial. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072005000300012&lng=pt&nrm=iso> “http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072005000300012-” pid-S0104-07072005000300012HYPERLINK “http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072005000300012-” pid-S0104-07072005000300012HYPERLINK “http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072005000300012-” pid-S0104-07072005000300012HYPERLINK “http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072005000300012-” pid-S0104-07072005000300012HYPERLINK

iso”&HYPERLINK [“http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072005000300012-&lng=pt&nrm=iso”](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072005000300012-&lng=pt&nrm=iso)“Ing-
ptHYPERLINK [“http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072005000300012-&lng=pt&nrm=iso”](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072005000300012-&lng=pt&nrm=iso)&HYPERLINK [“http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072005000300012&lng=pt&nrm=iso”](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072005000300012&lng=pt&nrm=iso)nrm=iso>. Acesso em 28 dez.2012.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. O Povo e o Poder. São Paulo: Malheiros,2003.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. Aspectos Psicológicos da Adoção. Curitiba: Juruá, 2009. (a)

_____. Laços de Ternura. Curitiba: Juruá, 2009.(b)

_____. Pais e Filhos por Adoção no Brasil. Características, Expectativas e Sentimentos. 1. ed. Curitiba: Juruá. 2008.

EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS – QUESTIONAMENTOS ENTRE A TEORIA E A PRÁTICA

Nelson Santana do Amaral

Graduado em Direito, Ciências Sociais e Pedagogia. Especialista em Metodologia do Ensino Superior. Professor da UNEB e Juiz de Direito Aposentado.
E-mail: nsamaral@gmail.com

Resumo: O objetivo do presente artigo é levantar questionamentos sobre alguns aspectos da execução de medidas socioeducativas, nos termos da Lei nº 12.594/2012 (SINASE), em face de dúvidas quanto à interpretação do texto legal e da realidade prática. Diante disso, faz-se uma análise crítica de alguns artigos da referida lei e dos princípios da proporcionalidade e da brevidade, da unificação, da prescrição e da extinção da medida socioeducativa, objetivando-se a busca do aperfeiçoamento da doutrina e prática do processo socioeducativo de adolescente autor de ato infracional. Utiliza-se para a investigação, a literatura e a legislação pátria, além da vivência profissional do autor durante dezessete anos na justiça da infância e da juventude.

Palavras-chave: medida socioeducativa, proporcionalidade, brevidade, unificação, prescrição.

Abstract: The purpose of this article is to raise questions about some aspects of the execution of socio-educational measures, pursuant to Law No. 12.594/2012 (SINASE), in view of the possibility of doubts regarding the interpretation of the legal text and the practical reality. Therefore, a critical analysis of the principles of proportionality and brevity, of unification, prescription and extinction of the socio-educational measure is carried out, aiming at the search for the improvement of the doctrine and practice of the socio-educational process of the adolescent offender. It is used for research, literature and national legislation, in addition to the author's professional experience for seventeen years in the justice of children and youth.

Keywords: socio-educational measure, proportionality, brevity, unification, prescriptio

Sumário: 1 Introdução. 2 A medida socioeducativa e seus objetivos. 3 Questionando os princípios da proporcionalidade e da brevidade. 4 Outros incidentes da execução das medidas socioeducativas. 4.1. Da unificação. 4.2. Da extinção da medida socioeducativa pela prática de crime pelo socioeducando adulto. 5 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A execução das medidas socioeducativas é uma tarefa muito mais complexa do que pode parecer, à primeira vista. A Lei nº 12.594/2012 (SINASE), que regulamentou a execução das medidas socioeducativas, provoca muitas dúvidas, gerando interpretações diversas em alguns dos seus artigos, seja pela pouca clareza do texto, ou pelo uso de expressões inadequadas ou de sentido ambíguo, que pode conduzir o analista da lei à dúvidas na sua interpretação, especialmente na parte do processo de execução das medidas socioeducativas.

Neste artigo, objetiva-se trazer à discussão situações fáticas sobre a medida socioeducativa, quanto a sua conceituação e objetivos, quanto à aplicação e interpretação de alguns dos seus artigos e princípios, além de incidentes da execução, buscando-se, de alguma forma, dar uma contribuição para que surjam novas reflexões, diante da escassez de doutrina e de jurisprudência consolidada sobre o tema, lastreada na vivência do autor por dezessete anos na justiça da infância e da juventude.

Usou-se a expressão socioeducando, em vez de adolescente, porque, ao completar dezoito anos, o então adolescente se torna um adulto, mas pode permanecer no sistema socioeducativo até completar 21 anos de idade. É uma expressão mais adequada para abranger a todos os que estão no sistema socioeducativo.

2 A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA E SEUS OBJETIVOS

Inicialmente, verificamos que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), no art. 112, enumerou as medidas socioeducativas, porém não lhes deu uma definição e nem disse quais seriam os seus objetivos. Apenas, na parte de contextualização, no seu art. 103, define o ato infracional consistindo na conduta realizada descrita como crime ou contravenção penal. Diferentemente, a Lei nº 12.594/2012, definiu o que é o SINASE, no § 1º do art. 1º, permitindo

saber-se o seu significado e objetivos e, no § 2º, veio a dizer o que se entende como medidas socioeducativas e seus objetivos, preenchendo uma lacuna que o legislador da Lei nº 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) não fez.

Neste sentido, a Lei nº 12.594/2012 (SINASE), no § 2º do art. 1º, dispôs:

Entendam-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos: “I - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação; II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei”.

Cumpra evidenciar que a doutrina pátria é ainda escassa em matéria do direito juvenil, mormente quando o tema é a execução de medidas socioeducativas, daí a Lei 12.594/2012, que tem também um caráter adjetivo, tratou de matéria de direito substantivo que devia estar no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90), assim como fez também em alguns incisos do art. 35, quando tratou da principiologia da execução da medida socioeducativa.

Sobre o conceito de medida socioeducativa, o renomado mestre João Batista Costa Saraiva, em uma análise do fenômeno da responsabilidade, anota que “a medida socioeducativa se constitui em uma intervenção estatal na esfera da autonomia do indivíduo, uma imposição sem consentimento do afetado” (SARAIVA, 2016, p. 135), pontuando, ao analisar a Lei nº 12.594/2012, que:

(...) medidas são declarações judiciais de perda ou restrição da liberdade, e, como afirmado anteriormente, nessa dimensão um mal. Por isso, devem ser evitadas sempre que possível, daí o princípio da excepcionalidade, estendido a todas as medidas, em consonância com o princípio da intervenção mínima (idem, p.152).

Apesar disso, não foi uma conceituação específica que o renomado mestre poderia usar. Entende-se que a medida socioeducativa é o poder que tem o Estado de aplicar ao adolescente, que tenha praticado uma conduta descrita na lei como crime ou contravenção penal, denominada de ato infracional, medidas restritivas de liberdade, porém se utilizando de instrumentos sociopedagógicos visando inibir a reiteração de práticas infracionais por meio de um projeto de socioeducação.

Na realidade, não há uma perda absoluta da liberdade, mas apenas restri-

ções de direitos, que se dá de forma mais acentuada na medida mais grave, que é a internação, uma vez que esta medida permite atividades externas, ressalvada a hipótese de sua proibição na sentença, devidamente fundamentada. Ainda assim, deve ser por um tempo determinado, sob pena de a medida perder o seu caráter socioeducativo, porque as saídas externas fazem parte do processo de socialização ou de ressocialização do adolescente que estejam privados de liberdade. As restrições constantes na sentença não devem se prolongar durante toda a medida, salvo em casos excepcionais, para não ir na contramão do processo socioeducativo.

De outra banda, não resta mais dúvida na doutrina de que a medida socioeducativa tem uma dupla vertente: uma sancionatória, retributiva ou repressiva e outra pedagógica ou socioeducativa que deve predominar sobre a primeira, em face da proteção integral, elencada no art. 227 da Constituição Federal.

Seguindo tal linha de raciocínio, questiona-se: como deve ser entendida a “a responsabilização do adolescente, quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação”, do inciso I, do § 2º, do art. 1º, da Lei do SINASE?

Entende-se que este inciso deveria estar no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90) que apenas elencou as medidas socioeducativas sem conceituá-las ou descrever os seus objetivos, como já se afirmou acima. A responsabilização é a exigência que o Estado impõe ao adolescente para cumprir uma medida socioeducativa, como resposta à sociedade sobre sua conduta, por ter violado a ordem sociolegal e para que não se quede impune.

Afonso Armando Konzen afirma que “A palavra responsabilidade deve ser entendida no pressuposto da existência de condições subjetivas para responder, condições compatíveis com o tempo de adolecer, mas ainda assim condições” (KONZEN, 2007, p. 35).

Esta responsabilização, não pode deixar de levar em consideração as condições subjetivas do adolescente que praticou uma conduta infracional. A sua situação sociofamiliar, o ambiente social em que vivia e as circunstâncias em que praticou a conduta infracional, entre outras, não podem ser esquecidas. O Estatuto diz que a medida socioeducativa deve levar em consideração a capacidade do adolescente em cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração (art. 112, § 1º). Nesta linha de entendimento, interessante a observação de Geraldo Caliman que argumenta:

A condição de adolescentes e jovens demanda a satisfação de necessidades particulares que dizem respeito à formação da personalidade, à integração na sociedade e no grupo de coetâneos e ao contato com adultos significativos. A frustração dessas necessidades – formativas, materiais, relacionais e existenciais

– na adolescência provoca situações de risco as mais diversas: a condição juvenil é considerada em si mesma um período sujeito à marginalização e ao risco social. Alguns segmentos juvenis sofrem mais que outros os deságios provocados pela frustração das próprias necessidades; (CALIMAN, 2006, p. 27).

A responsabilização é um compromisso do Estado e da sociedade com o adolescente em face do estado de vulnerabilidade social, especialmente em países como o Brasil, onde impera a desigualdade social levando crianças e adolescentes para a marginalidade social. Ao falhar a escola, como sistema socioeducativo formal, o adolescente autor de ato infracional, ao adentrar ao sistema socioeducativo, tem na socioeducação uma das vertentes para ser inserido ou reinserido na sociedade, dentro do modelo preconizado pelo Estado, um modelo imposto, como tem sido, sem observar o princípio da alteridade, ou seja, do outro, de quem está a sofrer o processo socioeducativo que também tem as suas necessidades, fruto das demandas que a sociedade lhe impõe conhecer.

Na esteira deste entendimento, para Caliman a falta de atendimento das necessidades básicas, necessidades humanas, como ele pontua, são indispensáveis no período formativo do adolescente e sua falta gera frustrações. “As necessidades que a sociedade consegue criar, mas que não dá condições aos jovens para que eles as satisfaçam” (CALIMAN, 2006, p. 27). No momento da responsabilização da conduta infracional não se pode olvidar estas condições subjetivas do adolecer que Konzen se referiu acima, sob pena da socioeducação se constituir em uma falácia e ser apenas uma norma programática sem eficácia.

Como se pode incentivar o adolescente à reparação do dano causado com a sua conduta infracional? O entendimento que o legislador quis dar, é que cumprindo uma medida socioeducativa, estará o adolescente reparando o mal causado. Há por parte do adolescente um discurso de que ele está “pagando” o que fez, mas não no sentido da reparação do dano causado à vítima, mas, com a sensação de que está sendo apenas punido com a sua prisão.

Como a reparação atinge a figura da vítima ou de seus parentes ou como estes se sentem satisfeitos com a medida socioeducativa aplicada ao adolescente? A figura da vítima, não mereceu do Estatuto e nem o SINASE a mesma atenção que dá o Código Penal quando trata das circunstâncias agravantes da pena (art. 61, II, alínea h, primeira parte). A medida socioeducativa não é pena e a situação da vítima está a merecer que sejam levadas em consideração as circunstâncias tanto na aplicação, quanto na execução da medida socioeducativa. A interpretação do operador do Direito deve levar em consideração as circunstâncias agravantes e atenuantes dispostas nos arts. 61 e 65 do Código Penal, ainda que de forma indireta, não só na aplicação, mas também na execução da medida socioe-

educativa. Neste sentido, estas circunstâncias podem levar a um tempo maior ou menor de cumprimento da medida socioeducativa, especialmente quando se trata de privação de liberdade.

As sequelas dos atos mais violentos se perpetuam no tempo, na maioria das vezes, e não desaparecem pelo simples cumprimento de uma medida socioeducativa pelo autor da violência. Isso é um fato a ser considerado na execução da medida socioeducativa durante a sua avaliação. Mas não pode ser o único vetor para a execução da medida. A pessoa da vítima deve merecer ser vista com uma nova lente, buscando-se uma revolução no olhar.

Neste aspecto, sabiamente a Lei nº 12.594/2012 (SINASE) no inciso III, do art. 35, estabeleceu como um dos princípios “prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas”. A Justiça Restaurativa é uma nova lente, um novo paradigma que deve ser usado na fase do processo de conhecimento ou na execução da medida socioeducativa por envolver a todos aqueles que estão envolvidos em determinada ofensa. Segundo Howard Zehr:

“ O crime também representa um relacionamento dilacerado entre a vítima e o ofensor. Mesmo se eles não tinham um relacionamento prévio, o delito cria um vínculo, que em geral é hostil. Se não resolvido, este relacionamento hostil afetará, por sua vez, o bem-estar da vítima e do ofensor” (ZEHR, 2008, p.171).

A integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais por meio do cumprimento do Plano Individual de Atendimento (item II, § 2º, do art. 1º da Lei nº 12.594/2012) são objetivos que podem ser alcançados, como instrumento vital de planejamento para a execução da medida socioeducativa do adolescente.

O PIA deve conter uma história de vida do adolescente e estabelecer as metas que deverão ser alcançadas por ele durante o tempo de duração da medida. O PIA ao ser executado dá origem à elaboração do relatório técnico para a reavaliação da medida. Mas, há obrigações que não são observadas na elaboração e na execução do PIA e do relatório técnico. Via de regra, o PIA não é sempre elaborado com a presença do socioeducando e muito menos com a da família. No caso da família, existem fatores de ordem econômica e social que muitas vezes impedem a sua presença na elaboração do PIA, mas ao Estado cabe o dever de proporcionar a presença da família do socioeducando, se ela não tiver condições financeiras para se deslocar até a unidade de execução da medida socioeducativa, sob pena do PIA não espelhar a realidade do socioeducando e nem o seu projeto de vida. O relatório social, por consequência, é uma pela meramente figurativa dessa realidade.

No item III, do artigo citado, que trata da desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo da privação de liberdade ou restrições de direito, carece de uma análise mais profunda, no diz respeito à extensão da desaprovação da conduta infracional, em face da medida aplicada que deve levar em conta a capacidade do adolescente em cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração (§ 1º, do art. 112, da Lei nº 8069/90). Daí surge o questionamento sobre a possibilidade de se aplicar ou executar a medida socioeducativa com prazo determinado especialmente no caso da liberdade assistida e da semiliberdade em que o legislador não fixou prazo máximo. Muitos julgadores têm aplicado a internação com prazo determinado na sentença, sem considerar que ela pode durar o prazo máximo de três anos previsto no Estatuto (§ 3º, do art. 121). Isso é possível, considerando que é a Equipe Técnica Interdisciplinar que, ao elaborar o PIA do socioeducando e acompanhar a sua execução e a evolução do socioeducando ao apresentar o relatório psicossocial é quem vai dar a motivação para que seja julgada cumprida a medida socioeducativa? Entende-se que ao proceder assim, se está desconhecendo o papel reservado ao PIA e a Equipe Técnica Interdisciplinar ou Equipe Interprofissional, como está na linguagem dos arts. 150 e 151, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90), como uma componente do processo de execução das medidas socioeducativas na sua missão de fornecer no relatório as informações necessárias sobre a execução do PIA e sobre o comportamento do socioeducando. Poder-se-ia dizer que isso é matéria controversa, porque está alinhada aos princípios da proporcionalidade e da brevidade da medida socioeducativa.

3 QUESTIONANDO OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA BREVIDADE

O art. 35, da Lei nº 12.594/2012 elencou nove princípios que devem reger a execução das medidas socioeducativas, no entanto, seguindo a linha de discutir-se apenas aspectos que se considera como controversos ou de alta complexidade, em termos de interpretação, optou-se por se escolher apenas esses dois princípios. São o princípio da proporcionalidade em relação à ofensa cometida (inciso IV) e o princípio da brevidade da medida em resposta ao ato cometido em especial o respeito ao que dispõe o art. 122, da Lei nº 8069/90, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) (inciso V).

O princípio da proporcionalidade é hodiernamente aplicado em vários ramos do direito, mas já estava previsto no item 17.1 das Regras Mínimas das Na-

ções Unidas para a administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing) e no art. 112, § 1º, do ECA. De acordo com a gravidade do ato infracional será aplicado uma medida que seja suficiente para reparar a ofensa cometida.

Pode o juízo da execução observar este princípio da proporcionalidade, se não foi observado pelo juízo de conhecimento? Obviamente, se ocorrer a aplicação de medida socioeducativa que possa a ser considerada desproporcional, em razão de ato infracional praticado pelo adolescente, na fase de conhecimento, esse equívoco poderá ser corrigido pelo juízo da execução das medidas socioeducativas. O inverso também é possível, quando é aplicada medida com prazo determinado e o socioeducando ainda não está em condições de ser considerado como apto para voltar à sociedade por ter recebido as condições necessárias de sua inclusão ou reinclusão social.

A análise do relatório técnico emitido pela Equipe Técnica Multidisciplinar, a oitiva do socioeducando em audiência, e até mesmo a análise dos documentos que instruíram a medida, podem levar o juízo da execução a corrigir o equívoco, substituindo a medida aplicada anteriormente.

O art. 43, da Lei nº 12.594/2012, prevê a reavaliação da medida quando poderá ocorrer a substituição ou a suspensão a qualquer tempo a pedido da direção do programa de atendimento, do defensor, do Ministério Público, do adolescente, de seus pais ou responsável. É preciso não perder de vista o entendimento de que a ofensa cometida não é o único meio, nem o único fato preponderante para determinar o tipo de medida a ser aplicada e nem o prazo de sua duração, sob pena de se olvidar o seu caráter pedagógico e socializador da medida socioeducativa.

No entanto, como encarar o princípio da proporcionalidade quando se busca aplicar o instituto da prescrição? A partir do momento em que o STJ, através da Súmula 338, entendeu que cabe aplicar-se a prescrição às medidas socioeducativas, tem se tomado como parâmetro o art. 109 c/c o art. 115, do Código Penal, para se aplicar o instituto da prescrição. A utilização da prescrição, entretanto, tem causado uma grande injustiça ao adolescente a quem se aplicou a medida socioeducativa de liberdade assistida ou de semiliberdade.

O Estatuto dispõe no art. 119, § 2º que medida de liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, mas não estabeleceu o prazo máximo de sua duração. Da mesma forma, no art. 120, ao tratar da medida de semiliberdade, não dispõe de prazo mínimo ou máximo.

Se o adolescente descumprir qualquer uma das duas medidas, seja pela evasão da semiliberdade, seja por não ser encontrado ou se encontrado, após um longo período depois de sentenciado ou do abandono da medida, porque se observar o prazo de quatro anos para a aplicação do instituto da prescrição, se estas

medidas não têm prazo máximo de duração? O entendimento vigente é o de que o prazo de duração destas duas medidas não pode ultrapassar três anos, que é o prazo da medida mais gravosa, a de internação, a qual prescreve em quatro anos, nos termos do disposto no art. 109, IV, c/c o art. 115, do Código Penal.

Sabe-se que somente nas hipóteses elencadas no art. 122, incisos I a III, da Lei nº 8069/90, pode se aplicar a medida de internação. No entanto, o adolescente que praticou um ato infracional de menor gravidade, que não tem conduta reiterativa no cometimento de outras infrações graves e nem descumpriu de forma reiterada ou injustificada outra medida anteriormente imposta, por que tem que esperar quatro anos para ver extinta a ação pela prescrição? Registre-se que nem será discutido na oportunidade estes dois conceitos imprecisos de reiteração e de infração grave pela falta de espaço neste artigo.

Entende-se que se agindo de tal maneira, viola-se o princípio da proporcionalidade em relação à ofensa cometida, bem assim o princípio da isonomia, pelo tratamento desigual dado a quem comete atos infracionais diferentes. Contextualizando: se um adolescente comete um ato infracional análogo ao crime de furto qualificado ou tráfico de drogas ou outro em que lhe é aplicada a medida de liberdade assistida ou de semiliberdade, significa dizer que ele só terá a sua ação prescrita com quatro anos da data da sentença, salvo se houver alguma causa interruptiva. Desta forma, está se equiparando as medidas de liberdade assistida e de semiliberdade à de internação e, por consequência, está se equiparando os atos infracionais mais leves aos mais graves.

Já que se tem invocado o art. 109 e 115 para se aplicar a prescrição, mas se deveria invocar o art. 113, do Código Penal que assim preceitua: “No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena”.

Nesta linha de raciocínio, se um adolescente deixou de cumprir a medida de liberdade assistida ou de semiliberdade por qualquer tempo, por não ter sido encontrado, deve-se observar o artigo acima invocado, contando-se a prescrição pelo tempo que resta para cumprimento da medida. Ao não se aceitar este entendimento, em face de que a medida socioeducativa não é pena e tem terminabilidade pedagógica ou socioeducativa, implica em prejuízo para o adolescente ou socioeducando que não tem culpa pela inércia do Estado e se viola os multicitados princípios da isonomia e da proporcionalidade.

Rejeitado este argumento, propõe-se a tese da perda da finalidade da medida socioeducativa, pela perda do seu objeto maior que é a finalidade socioeducativa. Na hipótese de ocorrer a insistência de realizar-se a busca do adolescente evadido ou não encontrado, para cumprir a medida, seja expedindo e/ou renovando o mandado de busca e apreensão, em verdade, ocorrerá apenas acúmulo

de processos relativos a um adolescente que não tem mais que ser socioeducado ou ressocializado, sobretudo se decorrido mais da metade do tempo máximo de duração da medida.

Digno de nota o fato de que muitas das vezes, quando encontrado, o socioeducando já está com idade superior a dezoito anos, com família e trabalhando. Que direito assiste ao Estado de querer ainda fazê-lo cumprir uma medida socioeducativa? Entende-se que é o caso de se declarar a perda da finalidade pedagógica da medida ou a perda do objeto da medida. Se se pensar o contrário, vai restar apenas a finalidade retributiva ou repressiva que não pode ser aplicada em face da natureza jurídica da medida socioeducativa e se o faz o Estado está apenas demonstrando que a sua preocupação é punir e não educar.

Este raciocínio retro mencionado se ajusta ao quanto estatuído no inciso V, do art. 35, da Lei nº 12.594/2012 (SINASE) que estabeleceu o princípio da brevidade da medida em resposta ao ato cometido. Este princípio, embora se refira, em especial, ao que dispõe o art. 122, do Estatuto ou seja, aos atos infracionais em que cabe internação, como também está disposto no art. 121, no entanto, considera-se que ele se aplica a todas as medidas, em face de que um hiato muito grande entre a prática do ato infracional e o início do cumprimento da medida socioeducativa, implica também na perda da finalidade pedagógica restando apenas o caráter retributivo ou repressivo da medida socioeducativa.

Mário Luiz Ramidof preleciona que:

A brevidade deve sempre orientar a intervenção estatal socio-pedagógica para que não se prolongue no tempo, que não seja suficientemente necessário para a inclusão social do adolescente em conflito com a lei, proporcionando-lhe acessos diferenciados para a sua emancipação subjetiva, isto é, para a melhoria da sua qualidade de vida individual e coletiva (RAMIDOF, 2012, p. 81).

Saraiva (2016, p.114), ao tratar da prescrição da medida socioeducativa traz à lume o trabalho de Marina Aguiar Michelman sobre a aplicação subsidiária do art. 61, do Código de Processo Penal, em face do art. 152, do Estatuto, em que garante a autoridade judiciária ao constatar a ocorrência da prescrição socioeducativa, extinguir o processo de conhecimento ou de execução. Michelman (apud SARAIVA, 2016, p. 115), ao se referir a um texto do magistrado (hoje desembargador do RJ) Guaraci de Campos Vieira (na verdade é Vianna), que diz textualmente:

(...) que o próprio estado de pessoa em peculiar condição de desenvolvimento ostentada pelo adolescente recomenda a adoção do instituto da prescrição, **quando constatado que diante**

do transcurso do tempo, o adolescente readaptou-se espontaneamente aos padrões de conduta socialmente aceitáveis, de forma que prescindia de qualquer sancionamento estatal (grifo nosso) (MICHELMAN, 1999, p. 212-213).

É justamente esta parte da citação que se julga acentuadamente interessante. Quando o adolescente se readaptou espontaneamente aos padrões de conduta socialmente aceitáveis, de forma que prescindia de qualquer sancionamento estatal, por que aguardar-se a ocorrência do prazo prescricional? O direito à prescrição é um direito subjetivo público, direito subjetivo do adolescente/socioeducando não mais cumprir qualquer medida, quando essa ressocialização espontânea aconteceu, mormente quando já decorreu longo tempo da sentença transitada em julgado e o Estado se tornou inerte com a sua máquina judiciária. Trazer esse jovem para o sistema socioeducativo é uma dupla penalidade considerando a patente incipiência do nosso sistema socioeducativo. Neste caso, o caráter retributivo da medida se sobrepõe ao caráter pedagógico.

Neste momento, cabe ao Estado-Juiz extinguir a medida socioeducativa pela perda do seu objeto, da sua finalidade, sob pena de estar cometendo uma injustiça que precisa ser reparada em face da violação dos princípios da isonomia, da brevidade da medida e da dignidade da pessoa humana.

O adolescente que cometeu o ato infracional não é culpado pela inércia do Estado, pela sua falha ao não dizer do prazo de duração destas medidas ou de querê-lo submeter a uma situação mais gravosa do que a que deveria ser. Considera-se que seja direito subjetivo público do adolescente saber quanto tempo pode durar a ação do Estado no seu processo de socioeducação, como defendem os garantistas, mas também de não mais se submeter à socialização ou ressocialização, se adulto e ficar demonstrada esta necessidade ou que este processo não lhe traz qualquer benefício.

Saraiva (2016, p. 161), ao pontuar “que o tempo do processo não se confunde com o tempo da vida, e que a dinâmica da vida de um adolescente produz, em pouco tempo, transformações, para melhor ou para pior, impressionantes, que devem ser sempre atualizadas”, oferta-nos um suporte importante nesta tese de se extinguir a medida socioeducativa pela perda da sua finalidade, quando a lei não estabeleceu prazo máximo para a sua duração, mas não a defende por ser garantista. É preciso romper-se com este entendimento doutrinário sob pena de não se construir nada de novo em um direito ainda muito jovem e carente de reflexões.

4 OUTROS INCIDENTES DA EXECUÇÃO DA MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Optou-se pela questão da unificação de medidas socioeducativas e a extinção da medida aplicada ao socioeducando maior de 18 anos que responder a processo-crime, dispostos no art. 45, *caput* e § 1º, do art. 46, da Lei nº 12.594/2012, pela sua importância na prática forense, embora outros aspectos da execução poderiam ser discutidos, mas nos limitamos a questão do espaço.

4.1. DA UNIFICAÇÃO

A unificação de medidas socioeducativas está prevista no art. 45, *caput*, da lei referida, ao dispor que se no transcurso da execução, sobrevier sentença de aplicação de nova medida, a autoridade judiciária procederá à unificação, mas o legislador não disse em qual medida deveria o socioeducando continuar o cumprimento, se na mais recente ou na mais antiga.

O FONAJUV – Fórum Nacional da Justiça Juvenil já tratou desta matéria nos enunciados de nº 17 e 18, embora tenha revogado o enunciado 17 e mantido apenas o 18 que diz: “*Na unificação, as medidas em meio aberto, idênticas ou distintas, mas compatíveis entre si, serão cumpridas simultaneamente*”.

A revogação do enunciado 17 foi em razão do disposto no art. 45, da Lei nº 12.594/2012, acima citado, mas não foi uma decisão bem pensada. Poder-se-ia dar nova redação ao enunciado, uma vez que ficou a dúvida se a execução prosseguiria no processo mais antigo ou no mais recente. Exemplificando: veja-se o caso de duas medidas de internação, em face de atos infracionais praticados em épocas distintas. O ato mais antigo teve o seu processo julgado, porém houve recurso. O segundo ato infracional foi julgado e a decisão transitou em julgado. Posteriormente, o tribunal julga e mantém a decisão recorrida. Neste caso, impõe-se a unificação das medidas. Pergunta-se, em qual o processo vai prosseguir a execução: no que transitou em julgado primeiro ou no segundo? Entendo que será no processo que transitou a decisão em julgado por último, não se deixando de contar o tempo de internação cumprido na execução mais antiga, em face do disposto no art. 117, IV, do Código Penal e a partir do qual se começa a contar a prescrição.

4.2. DA EXTINÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVA PELA PRÁTICA DE CRIME PELO SOCIOEDUCANDO ADULTO

A Lei do SINASE dispõe no § 1º do art. 46 – “No caso de o maior de 18 (dezoito) anos, em cumprimento de medida socioeducativa, responder a processo-crime, caberá à autoridade judiciária decidir sobre eventual extinção da execução, cientificando da decisão o juízo criminal competente”.

Inicialmente, entendo que a expressão “responder a processo-crime” significa dizer que, somente depois de citado, estará o socioeducando a responder a

processo crime. Embora o Código de Processo Penal não tenha definido o que seja citação, temos que nos valer do Código de Processo Civil que, no seu art. 238, diz “citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual”.

Paulo Rangel (2004, p. 681) preleciona sobre a importância deste ato:

A natureza jurídica da citação é a de ser um pressuposto processual de validade da instância, pois, sem ela, não haverá validade da relação jurídico-processual. Não se instaura validamente a instância. Tanto que o Código eleva à categoria de nulidade a ausência de citação (cf. art. 564, III, c”).

Diante disso, a autoridade judiciária somente poderá decidir se tiver conhecimento de que o socioeducando adulto, que cometeu algum crime tenha sido citado para que a relação processual possa ser considerada formada. Não basta que ele tenha sido preso em flagrante ou não; que o crime praticado tenha sido grave para que se possa presumir que será condenado e se venha a extinguir a medida socioeducativa imediatamente. Pensa-se que seja imperioso vigorar sempre o princípio constitucional da presunção de inocência, porque o socioeducando pode ser julgado inocente (art. 5º, inciso LVII, da CF).

Surgem os questionamentos a serem elucidados no sentido de que, mesmo citado, dever-se-ia esperar o julgamento da ação penal para se extinguir a medida socioeducativa, uma vez que, geralmente, o processo penal demora algum tempo para ser concluído, sobretudo se houver recurso? E o lapso temporal que medeia entre a citação e o julgamento da ação penal for bastante longo? E se o crime praticado for de menor potencial ofensivo, onde poderá ser aplicada as disposições da Lei nº 9099/95? Ou se a pena aplicada for inferior a três anos, tempo máximo da medida de internação?

Como a hipótese é a de prescrição, o entendimento da Promotoria de Justiça de Minas Gerais (2014, p. 79:233) em um trabalho em que comentam a Lei do SINASE, pontua muito bem isso, prelecionando:

“Na hipótese de condenação criminal à pena privativa de liberdade, a ser cumprida em regime fechado ou semiaberto, seja a sentença provisória ou definitiva, vedada está a cumulação, de maneira que a medida socioeducativa deverá ser extinta. Contudo, se a sanção penal for diversa (em meio aberto ou restritiva de direito), pelo presente dispositivo, a cumulação está autorizada. No entanto, a avaliação por parte da equipe técnica quanto à oportunidade será decisiva. A cumulação não é automática. Como o dispositivo em comento faz menção à condenação, nos casos de transação penal talvez não houvesse, juridicamente, obi-

ce à cumulação, já que em casos tais não há sequer denúncia” (MPMG, CEAF, 2014, p. 79).

Ainda assim, entende-se que remanescem algumas dúvidas sobre a validade da cumulação das medidas, em meio aberto se a pena é restritiva de direitos, tais como: Não deveria prevalecer a justiça da infância e da juventude, por ser uma justiça especial, onde a medida tem uma terminalidade pedagógica? Se o jovem adulto descumprir a medida em meio aberto, pode ser substituída a medida por uma mais grave, como a privação de liberdade. E como fica a pena restritiva de direitos?

No caso da aplicação de uma semiliberdade, não se depreende a existência de óbice algum. Por outro lado, se ele descumprir a pena restritiva de direitos e lhe for aplicada uma pena mais grave, entende-se que não deve voltar o socioeducando para o sistema socioeducativo.

Julga-se mais acertado também que nos casos de decretação de prisão preventiva, por crimes graves, ainda que haja revogação da internação, cuja pena for superior à prescrição da medida socioeducativa, se impõe a extinção da ação porque é sempre danoso o retorno do socioeducando para o programa socioeducativo. É o que a experiência tem mostrado.

No mesmo artigo, está escrito: “cabará a autoridade decidir sobre eventual extinção da execução”. A palavra eventual tem aqui o entendimento de algo cuja certeza não pode ser comprovada; que pode ou não acontecer; casual. Não é algo certo. Assim, surge a dúvida, quando pode a juiz extinguir a medida socioeducativa? A eventualidade está posta no entendimento acima expandido.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 12.594/2012 (SINASE) no campo da execução das medidas socioeducativas é um amplo leque para estudos, para pesquisas a fim de que se possa dispor de novos instrumentais para a sua interpretação. Embora existam muitas pesquisas e trabalhos acadêmicos, nota-se que estes são mais numerosos no campo da Psicologia do que no campo do Direito. A produção doutrinária ainda é escassa pelo que se impõe a realização de muitas pesquisas e estudo no âmbito das ciências jurídicas e sociais, a fim de se construir uma doutrina que se consolide com o tempo o Direito Juvenil, como preferimos denominar.

Impõe-se registrar que os questionamentos aqui trazidos são frutos da experiência do autor na aplicação e execução da Lei nº 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e da Lei nº 12.594/2012 (SINASE) e legislações afins,

em face da vivência cotidiana, por dezessete anos, como juiz da vara da infância e juventude, tanto no processo de conhecimento como no de execução, onde as dúvidas sempre mereceram estudos, reflexões e interpretações decorrentes do quanto expuseram os outros operadores do Direito, notadamente Promotores de Justiça e Defensores Públicos.

Enfim, não se pretendeu revisar o quanto já escrito sobre o tema, mas apresentar algumas situações práticas e paradigmáticas e fazer uma interpretação buscando fortalecer este campo do direito, o Direito Juvenil (que muito contestam existir), um direito ainda jovem, sem uma autonomia epistemológica, bastante sujeito a interpretações com viés criminalistas, como se fosse um ramo do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20 ago. 2018.

_____. Casa Civil. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Obtido em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. Casa Civil. Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. **Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional**. Obtido em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/112594.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. Casa Civil. **DECRETO-LEI N. 2848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Institui o Código Penal**. Obtido em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20.ago.2018.

CALIMAN, Geraldo. **Desvio social e delinquência juvenil: teorias e fundamentos de exclusão social**. Brasília: Universa, 2006.

KONZEN, Afonso Armando. **Justiça restaurativa e ato infracional**: desvelando sentidos no itinerário da alteridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MINAS GERAIS. Ministério Público Estadual. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (CEAF), Belo Horizonte, 2014.

MICHELAMAN, Marina de Aguiar. **Da impossibilidade de aplicar ou executar Medida Socioeducativa em virtude da ação do tempo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 27. São Paulo: RT/IBCCrim, julho-setembro, 1999.

RAMIDOF, Mário Luiz. **SINASE - Sistema Nacional Socioeducativo**. Comentários à Lei nº 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e responsabilidade penal**: da diferença à proteção integral. 5ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

ZEHR, Howard. Trocando as lentes. Um novo foco sobre o crime e a Justiça Restaurativa. São Paulo: Editora Palas Athena, 2008.

O NOVO CRIME DE PERSEGUIÇÃO, ART. 147-A DO CÓDIGO PENAL E SUA FALTA DE PROPORCIONALIDADE NO PRECEITO SECUNDÁRIO PARA PROTEÇÃO DA MULHER VÍTIMA DE *STALKING*.

Carlos Eduardo da Silva Camillo

Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, especializado em Direito Público pela Universidade Gama Filho e em Direito para Carreira da Magistratura pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro -EMERJ. Professor dos cursos de formação da Polícia Militar do estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Penal e Penal Militar e Direito Administrativo e Análise Econômica do Direito de cursos preparatórios.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo trazer a baila e discussão sobre o delito tipificado no art. 147-A do Código Penal e a revogação do art. 65 da Lei de Contravenções Penais, o legislador ordinário editou a norma para tentar fazer cessar as perseguições sofridas pelas mulheres quando do término de seus relacionamentos em que os ex-companheiros passavam a persegui-las por todos os meios possíveis, principalmente os meios digitais como redes sociais e aplicativos de mensagens, para isso, revogou a contravenção penal de perturbação da tranquilidade, onde antes do novo tipo penal os acusados eram enquadrados, contudo, sem uma pena que coibisse tais práticas, sendo a pena prevista para o novo tipo penal mais severa, porém, nos parece ainda ser incapaz de coibir tais atos.

Palavras-Chaves: Perturbação; *Stalking*; Violência contra à Mulher; Dano Psicológico; Falta de Punibilidade; Direito Penal Simbólico.

Abstract: This article aims to bring to the fore and discussion about the crime typified in art. 147-A of the Penal Code and the repeal of art. 65 of the Criminal Misdemeanors Act, the ordinary legislator edited the norm to try to stop the persecution suffered by women when they end their relationships in which

mainly ex-partners began to persecute by all possible means, digital media such as social networks. and messaging applications, for that, it revoked the criminal misdemeanor of disturbance of tranquility, where before the new criminal type the accused framed, however, without a penalty that restrains practices, being a penalty foreseen for the new criminal type severe, however, seems to us to be even more incapable of curbing such acts.

Keywords: Disturbance; stalking; Violence against Women; Giving Psychological; Lack of Punishment; Symbolic Criminal Law.

Sumário: 1 Introdução. 2 O avanço da tecnologia e as perturbações da ordem pública. 3 Crime de perturbação. 4 Revogação do art. 65 da Lei de Contravenções Penais. 5 Ação Penal nos Crimes de Perturbação. 6 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O mundo está avançando com alterações tecnológicas e a sociedade necessita acompanhar tais evoluções, nessa linha de pensamento, o Direito também deve ser mais dinâmico para que a sociedade consiga ter a tão sonhada paz social e a manutenção da ordem pública.

Diante dessa evolução, a sociedade viu o número de violações de direito de liberdades crescerem sem que houvesse proteção jurídica efetiva para tais atos.

Atento a isso, o legislador pátrio editou a Lei nº. 14.132 de 31 de março de 2021, criando o crime de perseguição “*stalking*” e revogando o art. 65 da Lei de Contravenções penais. Tentando reprimir as perseguições sofridas principalmente por mulheres que terminavam relacionamentos e não era aceito pelos seus ex-companheiros, causando assim, grande violência psicológica e muitas vezes físicas.

Como será estudado neste artigo, veremos que foi louvável a criação do tipo penal, contudo seu preceito secundário está eivado de proteção insuficiente, não atendendo a proporcionalidade da pena no quesito que fica a cargo do legislador, deixando de proteger as mulheres vítimas de violência exercida pelo delito de perseguição, o que contraria os tratados internacionais que o Brasil é signatário.

2 O AVANÇO DA TECNOLOGIA E AS PERTURBAÇÕES DE ORDEM PÚBLICA

Com o avanço da tecnologia nos dias atuais, aumentaram também os delitos cibernéticos e perturbações da ordem pública por meio digital, fazendo com que a sociedade buscasse meios de controle social para cessar essas condutas destrutivas.

A privacidade das pessoas passa a ser mais exposta na internet, tendo que se ter bastante cuidado nas postagens em redes sociais e aplicativos de mensagens na atualidade. Como se sabe, qualquer coisa postada na internet ficará eternizada se for copiada e repassada a outros sites, como diz o ditado “uma vez postado na internet, para sempre ficará na internet”.

A ordem pública pode ser violada pelos meios virtuais, tendo o legislador que adaptar os tipos penais aos avanços tecnológicos, no caso do crime de perseguição, art. 147-A do Código Penal, ocorre violação direta da ordem pública, ao passo que a privacidade e a liberdade individual estão sendo violadas, principalmente pela via digital.

Segundo o dicionário da língua portuguesa Priberam, a palavra perseguir possui os seguintes significados: “ato ou efeito de perseguir; Insistência”.

Nesse contexto, o agressor passa a perseguir a vítima de forma insistente para conseguir seu objetivo, podendo ser a volta do relacionamento ou somente a exposição da vítima ao terror psicológico.

A consequência desse delito é nefasta, causando um desgaste psicológico nas vítimas, podendo terminar com agressões físicas ou até mesmo sua morte.

3 DA REVOGAÇÃO DO ART. 65 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS

Muitos ex-companheiros não aceitavam o término e partiam para perseguição, aumentando o número de registros de ocorrência. Ocorre que tais ocorrências policiais eram tipificadas no art. 65 da Lei de Contravenções Penais Decreto Lei 3.688/19421.

O preceito secundário do tipo do art. 65 da LCP não possuía aplicabilidade prática, levando o “perseguidor” a continuar a perturbar à vítima.

Perturbação da tranquilidade
Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável:

Pena - prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Percebendo essa falta de punitividade dos agressores, tendo em vista que muitas vezes não havia nem ação penal relativa aos delitos, o legislador ordinário decidiu recrudescer o preceito secundário, para isso, revogou o art. 65 da LCP e criou o tipo previsto no art. 147-A do Código Penal.

O legislador pátrio entendeu por bem que a contravenção de perturbação da tranquilidade não possuía uma pena proporcional ao delito que estava evoluindo junto com a sociedade, achando por bem revoga-lo e a criação de um novo tipo penal com uma pena mais dura para combater a violência posta por atos de perseguição.

4 O CRIME DE PERTURBAÇÃO- ART. 147-A DO CÓDIGO PENAL

O ato de insistir em procurar a vítima por todos os meios de comunicação, através das redes sociais ou aplicativos de mensagens estavam colocando em risco pessoas que deixavam relacionamentos e seus ex-companheiros não aceitavam o término, fazendo com que ocorressem ameaças e constrangimentos, principalmente com mulheres.

Atento a essas alterações o legislador ordinário resolveu trazer ao nosso ordenamento jurídico, através da Lei nº 14.132 de março de 2021 um novo delito tipificado no art. 147-A do Código Penal, com o *nomen iuris* de Perseguição, vejamos:

Perseguição

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.
Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

I – contra criança, adolescente ou idoso;

II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código;

III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência

§ 3º Somente se procede mediante representação

O motivo que levou o legislador a tipificar a conduta descrita no tipo penal do art. 147-A, acrescentado a parte especial do Código Penal no capítulo VI que trata dos crimes contra a liberdade individual, foi a crescente perseguição sofrida por pessoas do gênero feminino em virtude de término de relacionamentos amorosos.

Doutrina⁹⁸ apelidou o delito de “*stalking*”, expressão da língua inglesa que significa na sua tradução literal a palavra “perseguição”.

Atualmente a sociedade busca eliminar todos os tipos de violência contra à mulher, seja ela física ou psicológica. O art. 147-A do Código Penal é uma dessas formas de buscar proteção para as vítimas com uma maior coerção para o criminoso, já que a pena do tipo penal é de 06 (seis) meses a 2 (dois) anos, sendo aumentado da metade se praticado contra à mulher em razão do sexo feminino.

Olhando por um viés filosófico, a alteração legislativa trouxe um caráter utilitarista para proteção das vítimas de perseguição, tentando fazer com que os agressores adotem uma nova regra de conduta, para, ao invés de causar dano à vítima, causar uma sensação de felicidade, como nos casos de término de relacionamento o ex-companheiro não venha a perseguir a companheira e sim tentar trazer sua felicidade coibindo, assim, a perseguição à vítima.

Mas, nos parece que o preceito secundário do delito de “*Stalking*” também ficou aquém do ideal para uma proteção efetiva dos direitos das mulheres vítimas de tais atos. Os danos causados por tais condutas são aterrorizantes com as vítimas.

Primeiro temos o dano psicológico, onde à vítima em alguns casos fica re-fém do agente agressor por sentir-se culpada por alguma atitude que o criminoso faz ou pelo fato do agressor possuir arquivos digitais que possam causar vergonha à vítima se expostos nas redes sociais.

Após a violência psicológica, o agressor pode partir para a violência física, cercando a vítima em seu local de trabalho, residência ou em seus momentos de lazer, além de muitas vezes causar lesão corporal ou morte.

O preceito secundário do *caput* do art. 147-A prevê uma pena privativa de liberdade de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos e multa, já quando o delito é praticado contra à mulher em razão do sexo feminino a pena é aumentada da metade conforme reza o inciso II do § 1º, assim, a pena não excede os 04 anos de reclusão.

98 GOMES, Filipa Isabel Gromicho. O novo crime de perseguição: considerações sobre a necessidade de intervenção penal no âmbito do stalking. Dissertação de Mestrado (Especialização em Ciências Jurídico-Criminais)- Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, fls. 116, 2016. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/41675/1/TESE%20FILIPA%20ISABEL%20GOMES%20FDUC.pdf>, acessado em 03 de ago. de 2021. Pag. 09.

Estamos, então, falando de um Direito Penal Simbólico em uma norma que chegou para proteger as vítimas de perseguições que muitas das vezes são mulheres que sofrem após término de relacionamentos, porém, não atingiu o garantismo integral ficando insuficiente em sua proteção penal ao bem jurídico tutelado.

A proteção das mulheres vítimas de qualquer tipo de violência em razão do gênero deve ser efetiva para coibir os ataques que causam danos irreparáveis. Sendo assim, o tipo penal deveria ter vindo com uma pena privativa de liberdade maior do que a posta pelo legislador pátrio em homenagem ao princípio da proporcionalidade das penas. Nessa linha de pensamento apresentamos a Doutrina de Cleber Masson⁹⁹, vejamos:

“Há muito tempo o princípio da proporcionalidade, um dos vetores do Direito Penal democrático, vem sendo encarado por uma dupla face. De um lado, representa a proibição do excesso, pois não se pode punir mais do que o necessário para a proteção do bem jurídico (garantismo negativo). Mas, de outro lado, a proporcionalidade revela a proibição da proteção insuficiente de bens jurídicos, pois não se tolera o tratamento penal impotente ou meramente simbólico (garantismo positivo). Há de se buscar um garantismo integral, capaz de atender com equilíbrio tanto as necessidades do acusado como também os reclamos da sociedade.”

Temos no tipo penal o que a doutrina chama de proteção insuficiente a um bem jurídico tutelado, qual seja, a liberdade das mulheres, que não está protegida de forma eficiente como determina as normas internacionais das quais o Brasil é signatário como a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir, e Erradicar a Violência contra a Mulher, denominada Convenção de Belém do Pará, introduzida no nosso ordenamento jurídico através do Decreto nº. 1.973 de 1º de agosto de 1966.

O art. 2º da Convenção do Pará define os tipos de violência sofridos pelas mulheres, “art. 2º Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica.”¹⁰⁰

Evidente que nessa proteção elencada pela Convenção do Pará está inserido o delito de perseguição “*stalking*”, cujo dano pode ser físico ou psicológico,

99 MASSON, Cleber, Direito Penal: parte geral (arts. 1o a 120) – vol. 1. – 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019. Pag. 845

100 BRASIL, Decreto Lei nº. 1973 de 1º de agosto de 1996, art. 2º, Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm acessado em 03 de set. de 2021.

perpetrado através desses dois tipos de violência.

A Convenção do Pará, em seu art. 7º¹⁰¹ determina que os Estados Partes devam incorporar normas penais necessárias para prevenir e punir qualquer tipo de violência contra a mulher na sua alínea “a” e também adotar medidas jurídicas para evitar a perseguição das mulheres pelo agressor.

Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e scan demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

- a) abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;
- b) agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;
- c) incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;
- d) adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;

Ao analisarmos o tipo penal conforme determina a Convenção do Pará, vemos que há uma proteção insuficiente no que tange ao delito de perseguição as mulheres em razão do sexo feminino, ficando as penas aquém do que deveria para proteger os bens jurídicos violados.

Com isso temos um estímulo à prática do delito de perseguição, já que o agressor tem a certeza que cometendo o tipo penal básico não irá resultar em uma prisão imediata em uma subsunção rápida do fato à norma penal estudada.

5 AÇÃO PENAL NOS CRIMES DE PERTURBAÇÃO

O legislador acertou em não condicionar a ação penal à vontade da vítima em representar o delito ocorrido junto à autoridade policial ou ao Ministério Pú-

101 art. 7º, Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, Decreto Lei nº. 1973 de 1º de agosto de 1996, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm acessado em 03 de set. de 2021.

blico, deixando, portanto, como ação penal pública incondicionada.

Revedo os debates sobre a aprovação da Lei nº. 14.132 de 2021, é possível perceber o cuidado que o legislador teve em não deixar a cargo da vítima a iniciativa da ação penal, isso se deu pelo receio de que as vítimas não denunciasses o agressor.

Pela experiência inicial das leis que tratam da violência contra a mulher, os operadores do Direito perceberam que se deixasse a cargo da vítima, não teríamos uma persecução penal nos casos de crimes de “*stalking*”, já que no passado tínhamos casos de mulheres agredidas que não denunciavam os agressores com medo e as vezes com pena, medo de serem mais agredidas ou de perderem o apoio financeiro e pena de ver o seu ex-companheiro indo para o sistema prisional.

Diante da ação penal pública incondicionada, basta que o Ministério Público obtenha indícios de autoria e prova da materialidade do delito tipificado no art. 147-A do Código Penal, para que seja deflagrada a denúncia e iniciada a persecução penal, essa escolha legislativa visa efetivar os direitos das vítimas que é obrigação do Estado como consta na alínea “c” do art. 7º da Convenção do Pará.

6 CONCLUSÃO

A população do Brasil hoje se calca muito nos ditames de redes sociais e aplicativos de mensagens, ao transitarmos pelas ruas do nosso país, difícil vemos pessoas sem um aparelho celular conectado a uma rede social.

Com isso, também aumentou as formas de violência contra a mulher pelos meios das redes sociais, diante desse fato, ao ver que diversas mulheres eram perseguidas pelo meio digital e, também pelo meio físico, o legislador editou uma norma criando o delito de perseguição, incluindo o art. 147-A no Código Penal e revogando o art. 65 da Lei de Contravenções Penais.

Ao analisarmos o tipo penal do art. 147-A do Código Penal, de início louvamos o legislador ordinário em buscar dar maior proteção as mulheres vítimas de perseguições com o que a doutrina denomina de “*stalking*”. Com essa iniciativa, o legislador teve que retirar do mundo jurídico a Contravenção Penal prevista no art. 65 da LCP que iria conflitar com o novel tipo penal do Código Penal.

A descrição do tipo se enquadra perfeitamente no que determina a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir, e Erradicar a Violência contra a Mulher, denominada Convenção de Belém do Pará.

Porém, o preceito secundário do tipo penal não estabelece uma proporcionalidade com a proteção insuficiente de bens jurídicos, já que a Convenção do Pará determina que o Estado adote medidas jurídicas para que o autor dos delitos

se abstenha de intimidar e perseguir as vítimas, dessa forma temos uma norma penal do Direito Penal Simbólico que não protege a vítima em sua plenitude, o legislador apenas cria uma norma no afã de atos atuais para justificar seu trabalho perante a sociedade. Visto que a pena é insuficiente para o dano causado.

Cumpra esclarecer também, que a gravidade dos delitos de perseguição deixa sequelas psicológicas muitas vezes permanentes nas vítimas, por isso ao nosso sentir, o preceito secundário da pena deveria ser mais grave, para que o agressor pudesse ter sua prisão preventiva decretada se presentes os requisitos cautelares para tal.

Com isso, necessário seria uma alteração legislativa para endurecer um pouco a pena privativa de liberdade do delito de “*stalking*”, para dar efetividade à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir, e Erradicar a Violência contra a Mulher, denominada Convenção de Belém do Pará.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Antônio Frederico Saturnino. Kant, Rawls e o utilitarismo: justiça e bem na filosofia política contemporânea. Rio de Janeiro: Contraponto: ANPOF, 2006. 327 p.

BRASIL, Código Penal, Decreto Lei nº 2848 de 07 de dezembro de 1941, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm acessado em 10 de ago. de 2021

BRASIL, Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, Decreto Lei nº. 1973 de 1º de agosto de 1996, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm acessado em 03 de set. de 2021.

BRASIL, Lei das Contravenções Penais, Decreto-Lei nº. 3.688, de 03 de outubro de 1941, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm, acessado em 10 de agosto de 2021.

ESTEVAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal esquematizado – parte geral. Coleção esquematizado /coordenador Pedro Lenza - 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

GOMES, Filipa Isabel Gromicho. O novo crime de perseguição: considerações sobre a necessidade de intervenção penal no âmbito do *stalking*. Dissertação de Mestrado (Especialização em Ciências Jurídico-Criminais)- Faculdade de Direi-

to da Universidade de Coimbra. Coimbra, fls. 116, 2016. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/41675/1/TESE%20FILIPA%20ISABEL%20GOMES%20FDUC.pdf> acessado em 03 de ago. 2021

GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral - v. 1. 17. ed. Niterói: Impetus, 2015.

MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral (arts. 1o a 120) – vol. 1 . – 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

Priberam, Dicionário. [https://dicionario.priberam.org/perseguição](https://dicionario.priberam.org/persegui%C3%A7%C3%A3o). acessado em 10 de ago. de 2021

A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA ÀS RELAÇÕES VIRTUAIS DE AFETO COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES

Sandra Magali B. S. Mendonça

Facilitadora em Conferência Vítima Ofensor; Facilitadora no método STAR (Estratégias para consciência e cura do trauma e resiliência); Instrutora de Facilitadores em Justiça Restaurativa em formação pela UNICOOP; Instrutora de Círculos de Construção de Paz em formação pela EMES – TJES; Formação em Facilitadora de Justiça Restaurativa pela UNICORP, Terre des Hommes, Ajuris - Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul; Juíza do Tribunal de Justiça da Bahia, Vara da Infância de Ilhéus/BA; Juíza Coordenadora do Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos e Cidadania – CEJUSC de Ilhéus/BA; Membro da Comissão Científico-pedagógica do Núcleo de Justiça Restaurativa do 2º grau do PJBA.
E-mail: smendonca@tjba.jus.br

Thaís Santos Salles

Graduada em Direito. Pós-graduada em Ciências Criminais. Mestranda pela UFBA, com pesquisa em Práticas Restaurativas na Violência doméstica. Membro do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP). Analista Judiciária e Assessora Jurídica em matéria criminal no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA).
E-mail: tsalles@tjba.jus.br

Resumo: O presente artigo propõe aferir a aplicabilidade dos mecanismos previstos na Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), às relações virtuais de afeto. A importância desta análise decorre do uso intensificado de redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas especialmente após a declaração de pandemia da COVID-19, por mulheres que buscam criar novos laços amorosos, mas que, no decorrer do relacionamento virtual, passam por situações de abuso psicológico. Busca-se, com isso, discutir os principais aspectos da crescente violência psicológica virtual contra a mulher, e incentivar debates e estudos que

visem à proposição de políticas de proteção e assistência à vítima, e de repressão e prevenção à recorrência dessa forma velada de violência, no intuito de efetivação dos direitos humanos das mulheres.

Palavras chaves: Direitos humanos das mulheres; Violência psicológica contra a mulher; Pandemia da COVID-19; Redes sociais.

Abstract: The present article aims to verify the applicability of the Brazilian Law n. 11.340, of August 7, 2006 (Maria da Penha Act), to virtual relationships. The importance of this analysis stems from the intensified use of social networks and instant messaging applications after the declaration of the COVID-19 pandemic, by women who seek to develop virtual relationships and end up experiencing situations of psychological abuse. It seeks to discuss the main aspects of the growing psychological violence against women in the virtual environment, as well as encourage debates and studies aimed at proposing policies to protect and assist victims, and to repress and prevent recurrence in this veiled violence, in order to realize the women's human rights.

Keywords: Women's human rights; Psychological gender-based violence; COVID-19 pandemic; Social networks.

Sumário: 1 Introdução. 2 O Abuso Psicológico às Mulheres nas Relações Virtuais Afetivas. 3 A Salvaguarda da Saúde Psíquica das Mulheres a partir das Normas Nacionais e Internacionais em Matéria de Direitos Humanos. 4 A Aplicabilidade dos Mecanismos da Lei Maria da Penha às Relações Virtuais de Afeto. 5 Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A situação de pandemia provocada pela COVID-19 compeliu a sociedade a permanecer desde o mês de março de 2020 em necessário processo de distanciamento social. Muitas pessoas, obstadas de frequentarem espaços sociais e de eventos, passaram a desenvolver amizades e relacionamentos amorosos prioritariamente através de redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas como estratégia contra a solidão.

Sem olvidar dos seus aspectos positivos, a moderna forma de interação social não está isolada do mundo real e traz consigo cargas discriminatórias, sexis-

tas e machistas construídas socialmente. Como que em extensão à realidade não digital, o progressivo uso da internet para a criação de laços afetivos faz com que relacionamentos virtuais sejam, cada vez mais, palco de práticas abusivas que atingem, sobretudo a saúde mental das mulheres.

Não raro são noticiados caso em que mulheres têm imagens e vídeos íntimos divulgados por seus parceiros virtuais sem autorização e como forma de hostilização, sendo disseminados de maneira virulenta na internet, gerando, pois, vergonha, medo, intenso desgaste emocional e até depressão, levando a graves consequências para a saúde e a própria vida da mulher.

A violação ao direito de imagem e privacidade não é, todavia, o único meio apto a infligir sofrimento às mulheres no meio virtual. Tal como sucede em relacionamentos presenciais, a violência de gênero também pode ser cometida de forma progressiva e reiterada em redes sociais e aplicativos de mensagens por meio de acusações, desprezo, ofensas, ameaças veladas ou mesmo de silêncio, no intuito de constranger, humilhar, manipular, isolar e punir a vítima. Inclusive, diante da sutileza ou do contexto cultural no qual são cometidos, a princípio, tais atos passam naturalmente despercebidos pela mulher em situação de violência; em consequência, quando chegam ao conhecimento da sua rede de proteção, as agressões já interferiram demasiadamente no bem-estar mental da vítima.

Disso se constata que a violência psicológica perpetrada por parceiros, ainda que de forma virtual, apresenta-se como um poderoso instrumento de manipulação velada das mentes, corpos, sexualidade e autonomia das mulheres, que, como tal, deve constituir crucial espaço para análises, reflexões e debates em prol da efetivação dos direitos humanos.

Acontece que, apesar desse delicado problema e da existência de legislação específica de enfrentamento à violência contra as mulheres no Brasil – notadamente a Lei n. 11.343, de 7 de agosto de 2006, conhecida popularmente como Lei Maria da Penha –, ainda se discute a aplicação dos seus valiosos mecanismos às ofensas perpetradas por parceiros virtuais. Isso se dá por conta dos supostos limites elencados no artigo 5º da referida lei, o qual sugere sua extensão apenas ao “âmbito da unidade doméstica”, ao “âmbito da família” e à “relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida”.

Dito em outras palavras, atualmente, mulheres que sofrem de violência psicológica emanadas de seus parceiros em aplicativos de mensagens e redes sociais não têm, a priori, legitimidade para lograr o uso de instrumentos preventivos, protetivos e assistenciais previstos na Lei Maria da Penha por discutíveis razões, de modo que, para prevenir, reprimir e fazer cessar as ofensas, resta às mulheres a opção de acionar as esferas civil ou criminal, ambas sem o olhar multifacetado necessário à gerência dos liames implicadas numa relação conflitiva que envolva

questões de gênero.

Assim, a presente proposta tem, por foco, contribuir para a melhor compreensão do fenômeno da violência psicológica virtual contra as mulheres, trazer reflexões e estimular debates acerca das políticas públicas disponíveis e imprescindíveis à prevenção das ofensas e à proteção e assistência àquelas que se encontram em tal situação.

O artigo encontra-se estruturado em três capítulos de conteúdo. O primeiro busca conceituar a violência psicológica contra as mulheres, trazer suas características, implicações e principais formas pelas quais se apresenta no âmbito da comunicação digital.

O capítulo segundo cuida de apresentar as normas em matéria de direitos humanos voltadas à garantia da saúde emocional e psíquica das mulheres, dando ênfase aos principais tratados internacionais ratificados pelo Brasil e às leis ordinárias editadas com o propósito de coibir a violência de gênero, em especial a cometida contra as mulheres por meio virtual.

O terceiro e último capítulo expõe o tratamento dado pela Lei Maria da Penha à violência psicológica contra as mulheres, os limites à sua aplicação e a viabilidade de sua extensão às relações virtuais de afeto.

Parte-se da hipótese de que a violência psicológica contra as mulheres ganha posição de destaque quando realizada por parceiros via internet – tendo eles prévia convivência ou não –, à vista do alcance rápido, ilimitado e amiúde irreversível dos conteúdos distribuídos na rede de computadores. Tal fato, a seu turno, justificaria o pronto uso de instrumentos protetivos já existentes, dentre os quais se inserem os da Lei Maria da Penha, voltados à redução e/ou aniquilação dessa forma velada de violência e à efetivação dos direitos humanos das mulheres.

2 O ABUSO PSICOLÓGICO ÀS MULHERES NAS RELAÇÕES VIRTUAIS AFETIVAS

A violência psicológica contra as mulheres, embora seja a mais presente dentre o rol de violências de gênero, recebe pouca atenção, delineamento e discussão, na medida em que a indignação amiúde se instala somente quando o corpo da mulher é lesionado ou abatido. Desse modo, paira a impressão de que a violência psicológica, especialmente quando perpetrada virtualmente, é menos grave ou não deve ser erigida à categoria de agressão, a tal ponto que apenas recentemente foi tipificada como crime, em contraposição a outras formas de violência como a física, sexual e moral, que há muito recebem tratamento pela via penal.

Com efeito, a propagação e ampliação de tecnologias ofertadas pela inter-

net e telefonia proporcionam um leque de opções de inteirações sociais de forma instantânea e gratuita. Segundo matéria veiculada na Forbes Tech, os aplicativos de namoro cresceram em número de usuários após o início da pandemia da COVID-19, registrando um aumento, no Brasil, entre 30% e 400%. No mundo, houve incremento de 82% em março de 2020, e os aplicativos mais usados, como o Tinder, OkCupid e Hing, chegaram a 10,8 milhões de usuários pagantes.

Isso significa dizer que o isolamento social imposto pela pandemia da COVID-19 impeliu as pessoas a buscarem novas formas de relacionamentos afetivos: os virtuais. Ocorre que as redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas, embora promovam trocas emocionais importantes, possuem o inconveniente de configurar solo fértil à reprodução de discriminações de gênero e violências contra as mulheres, especialmente as agressões de cunho psicológico. Frise-se que o retrato da realidade social que diuturnamente estampa mulheres psicologicamente machucadas é agravado no ambiente virtual pela alta velocidade e ampla distribuição de conteúdos, potencializando, por consequência, os danos remanescentes.

Para especialistas em direito virtual, a ausência física e a visão da tela proporcionam no agressor a sensação de despersonalização da mulher, inibindo o sentimento de remorso ou repressão moral, bem como a impressão de anonimato e impunidade, fatores esses que estimulam o avanço das práticas, a tal ponto que o agressor deixa de realizar a violência presencialmente para fazê-lo virtualmente, inclusive, utilizando-se de perfil falso.

De acordo com pesquisas realizadas pelo Instituto Patrícia Galvão, duas modalidades virtuais de violência contra as mulheres têm sido denunciadas com frequência no Brasil: a “revenge porn”, também conhecida por “cyber vingança” ou “pornografia de vingança”, configurada pelo compartilhamento de imagens e vídeos íntimos na internet destituído de autorização ou com a finalidade de humilhar a vítima; e o “cyberbullying”, que, por sua vez, instrumentaliza-se na disseminação de conteúdos depreciativos a respeito da vítima por meio virtual e de forma repetitiva, visando ridicularizá-la e assediá-la.

Outras formas de agressão moral ainda se somam, sistematicamente, a esse rol, podendo-se citar o “cyberstalking”, que ocorre quando uma pessoa é espionada e perseguida na internet de forma obsessiva e insistente por outra, mediante o envio de mensagens ou invasão a redes sociais; o estupro virtual, quando o agressor se utiliza de ameaça para constranger a pessoa a praticar via internet o ato lascivo que pretende; e o “sextortion”, no qual o agressor, após obter materiais de conteúdo sexual, chantageia a vítima, com o intuito de obrigá-la a se relacionar sexualmente com o mesmo ou fornecer outro tipo de vantagem.

Questão intrigante é a diferenciação de tratamento pela sociedade quando vídeos ou imagens relativas à sexualidade ou intimidade humana são divulgadas:

se a exposição é de uma mulher, será moralmente julgada e execrada; caso seja de um homem, o efeito é inverso, pois terá a revalidação de sua virilidade e reafirmação de sua masculinidade. Disso se defluiu que a violência psicológica perpetrada em meio digital alcança prioritariamente as mulheres, reproduzindo e potencializando a violência que ocorre no mundo não virtual, devido ao construto social calcado no gênero, no qual as mulheres são inferiorizadas e excluídas.

É notório que os papéis diferenciados para homens e mulheres dão conta de uma organização simbólica que extrapola a necessidade de reprodução biológica, havendo uma construção arraigada na sociedade que se sedimenta nos poderes e significações sociais. A “força da ordem masculina se evidencia” sem necessidade de justificativas, dispensando discursos que a legitimem, resultando no que se denomina de sexismo.

A violência contra a mulher, pois, verifica-se em “um contexto de relações de poder, em uma determinada ordem social e cultural, sustentada por uma ideologia pseudo-legitimadora dessa ação”, donde se defluiu a usual conduta de censura e degradação ao corpo feminino exposto nas redes sociais ao mesmo tempo em que a exposição do masculino não ocasiona impactos negativos para o homem.

Isso significa dizer que a mulher é potencialmente vítima de violência psicológica, cuja compreensão, apesar de o lócus predominante se caracterizar pelo ambiente doméstico, não se restringe a esse espaço físico nem tampouco às pessoas do núcleo familiar, pois notadamente reverbera no mundo digital, violando direitos humanos e garantias fundamentais de mulheres que são diuturnamente vítimas de seus parceiros virtuais, como será adiante delineado.

3 A SALVAGUARDA DA SAÚDE PSÍQUICA DAS MULHERES A PARTIR DAS NORMAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

O advento da Declaração Universal dos Direitos dos Homens, em 1948, deu início a uma nova caminhada no que toca à humanidade, abalizando-se a imprescindibilidade do respeito à igualdade entre todos os seres humanos, embora seja evidente que isso não se vivencia de forma ampla entre todos os povos e nações. Inclusive, a própria utilização da expressão “direitos dos homens” é bastante criticada por apresentar uma linguagem sexista, sendo sugerido a alteração para “Declaração Universal dos Direitos Humanos”.

Foi na década de 1990, porém, que se consolidou o entendimento de que os direitos das mulheres são direitos humanos. Tal composição se apresenta sim-

ples, já que as mulheres perfazem a metade de humanidade, mas simultaneamente complexa, diante da constatação de que mulheres ainda não gozam de direitos inerentes aos seres humanos. De qualquer modo, essa identificação implicou em grande avanço para as mulheres, até mesmo pela compreensão de que as agressões por elas sofridas em espaços públicos ou privados são de responsabilidade dos Estados, bem como pela possibilidade de se unirem numa plataforma comum concernente aos direitos humanos, às questões étnicas, sociais, religiosas e etárias.

A violência contra as mulheres foi, nesse contexto, reconhecida mundialmente como forma de violação aos direitos da pessoa humana em 1993, na Declaração adotada pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos em Viena. Pela primeira vez foram defrontadas as diferentes violências contra as mulheres: violências praticadas por outros membros da família, diversos tipos de violência ocorridos no contexto das comunidades locais e violências emanadas ou tolerada pelo próprio Estado.

A definição precisa do que consistiria essa violência deu-se, contudo, no ano subsequente, na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – mais conhecida como Convenção de Belém do Pará. Nessa ocasião, a Organização dos Estados Americanos (OEA) relacionou a violência contra a mulher a “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada” (artigo 1°).

Disso se deduz que a violência de gênero possui um conceito amplo e louvável na seara internacional, abarcando as práticas de submissão física e sexual, a priori percebidas como externalização em si do conflito, e também as práticas rotineiras, indiretas e silenciosas de manipulação e desestabilização que minam, despoticamente, a autoconfiança da mulher. O mérito da definição reside, pois, justamente, no seu alcance quanto à formulação de políticas públicas a um só tempo abrangentes, mas dotadas de especificidades, direcionadas ao combate da violência de gênero, e que possibilitam a mudança da percepção, muito presente no senso comum, de que a violência se restringe àquela que produz uma lesão física.

Aliado às construções normativas internacionais que alcançam as violências de gênero, leis nacionais avançam de forma direta ou indireta na abordagem das diversas violências cometidas contra as mulheres, inclusive as violências de natureza psicológica e aquelas que se estabelecem em ambiente virtual.

Note-se que a intervenção do Estado brasileiro no campo da violência doméstica tomou feição constitucional na Carta Magna de 1988, por conduto do parágrafo 8° do artigo 226, ao estatuir que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Afora isso, a citada Constituição firmou a

dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, a igualdade de gênero e a proteção dos direitos das mulheres como cláusulas pétreas.

Em 1996, o Brasil passou a ser signatário da Convenção de Belém do Pará, sendo instado a intensificar ações para a proteção da dignidade das mulheres, bem assim para a prevenção, investigação e punição de todas as formas de violências contra as mesmas.

Veja-se que foram introduzidas, nesse interregno, diversas alterações na legislação penal brasileira para recrudescer a prática de ofensas contra as mulheres, dentre as quais se destacam a Lei n. 8.930, de 6 de setembro de 1994, que conferiu natureza hedionda aos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor; e a Lei n. 9.520, de 27 de novembro de 1997, que revogou o artigo 35 do Código de Processo Penal para possibilitar que a mulher casada exercesse direito de queixa mesmo sem consentimento do marido.

Já no campo da violência doméstica foi sancionada a Lei n. 10.886, de 17 de junho de 2004, que introduziu o § 9º ao artigo 129 do Código Penal para tipificar a conduta de lesionar a integridade física de “ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”. A referida lei ainda previu aumento de pena quando as lesões graves ou gravíssimas ocorrerem em ambiente doméstico.

A aprovação de uma legislação específica de proteção às mulheres em situação de violência doméstica, entretanto, deu-se somente em 7 de agosto de 2006, quando foi editada a Lei n. 11.343 (Lei Maria da Penha). Essa lei constituiu importante marco na luta pelas garantias e direitos das mulheres, e adotou, tal como a normativa internacional, uma definição ampla da violência doméstica, englobando qualquer ato tendente a ferir a dignidade das mulheres.

Quanto à proteção e garantia dos direitos humanos das mulheres em meio especificamente digital, incrementos legislativos foram também concebidos na última década. Nesse sentido, a Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012 (Lei Carolina Dieckmann), alterou o Código Penal para tipificar, dentre outras, a conduta de quem invade dispositivo informático alheio para a obtenção de vantagens indevidas. A legislação, entretanto, nada dispôs sobre comportamentos ilícitos outros que violentem e afetem gravemente a saúde mental da mulher, como a prática da “pornografia de vingança”, do “cyberbullying” e do “cyberstalking”.

Por sua vez, a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, muito embora não cuide diretamente de crimes que violem a integridade da mulher em situação de violência, apresenta-se indiscutivelmente como importante Marco Civil da Internet, na medida em que impõe aos provedores o dever de retirar do ar o material criminoso após notificação extrajudicial, sob pena de responder aos danos causa-

dos à vítima. Tal medida se revelou salutar para assegurar a cessação da divulgação na internet de conteúdo que viole direitos fundamentais das mulheres.

Quando se tratam de meninas que não alcançaram a maioridade, a matéria se encontra disciplinada na Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, pois o artigo 241-A criminaliza a conduta de oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente.

A Lei n. 14.132, de 31 de março de 2021, a seu turno, introduziu recentemente o artigo 147-A ao Código Penal, tipificando o crime de perseguição incessante e obsessiva, também conhecido pela expressão “stalking”, que pode ocorrer por qualquer meio que obstaculize a liberdade e a privacidade da vítima, seja ele físico ou virtual. Desse modo, sua tipificação apresenta-se, também, como importante instrumento para enfrentamento à violência de gênero, face ao corriqueiro inconformismo de muitos homens ao se defrontarem com a negativa de continuidade de um relacionamento amoroso, fomentando a utilização das redes sociais para fins de assédio, ameaças e obsessivas perseguições contra ex-parceiras.

Por fim, foi promulgada a Lei n. 14.188, 28 de julho de 2021, que incluiu o artigo 147-B ao Código Penal, tipificando, mesmo que subsidiariamente, a violência psicológica contra a mulher, definida, a seu turno, como o ato de “causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões”. O tipo prevê que tal violência pode ser perpetrada mediante qualquer meio que cause prejuízo à saúde psicológica e autodeterminação da mulher, evidenciando, destarte, sua possível prática por meio virtual.

Sendo assim, o arcabouço legal pátrio indubitavelmente busca a proteção das mulheres e meninas diante das ofensas que atinjam sua incolumidade psíquica, inclusive nos ambientes virtuais, diante do traço sistêmico que o contexto apresenta, extrapolando a responsabilização civil por danos morais, para impor a responsabilização criminal do agente.

Sucedendo que, a despeito do enquadramento como ilícito civil ou penal de condutas violentas perpetradas por parceiro virtual, salutar defender a importância de se avaliar tal questão de um ponto de vista multiarticulado, interdisciplinar, assistencialista e, sobretudo, protetivo a vítima, o que se daria, aliás, se encontrasse a possibilidade de aplicação, em tais hipóteses, dos instrumentos previstos na Lei Maria da Penha, como se verá a seguir.

4 A APLICABILIDADE DOS MECANISMOS DA LEI

MARIA DA PENHA ÀS RELAÇÕES VIRTUAIS DE AFETO

A Lei Maria da Penha foi um marco importante na defesa dos direitos das mulheres, pois teve como principal finalidade a criação de aparatos para “coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher” (artigo 1º). Dentre tais equipamentos, destacam-se a criação de Juizados Especializados, a adoção de uma rede articulada integrada pelo executivo, legislativo, sistema de justiça, órgãos de saúde e segurança pública, e a previsão de aplicação de medidas em face do autor do fato e em proteção da mulher em situação de violência.

Acontece que o artigo 5º da norma, ao dispor sobre sua abrangência, fê-lo de forma a abarcar “a unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas” (inciso I), “a família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa” (inciso II) e a “relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação” (inciso III), olvidando-se, destarte, de prever expressamente seu alcance à relação de afeto desenvolvida no âmbito digital.

Com vênia a posicionamento diverso, verifica-se, contudo, da interpretação sistemática da Lei Maria da Penha, que ela não só pode como deve ser aplicada a casos de violência de gênero que envolvam parceiros virtuais.

Pois bem. O artigo 5º da Lei Maria da Penha concebe a violência doméstica e familiar contra a mulher como violação dos direitos humanos caracterizada por “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”. Note-se que, como materialização ao discurso dos direitos humanos, tem-se a narrativa da dignidade da pessoa humana.

Embora o conceito de dignidade humana apresente universalmente uma raiz judaico-cristã, trata-se de prerrogativa ou atributo de todo ser que se lhe acrescenta enquanto humano e infunde respeito. A dignidade também se apresenta como atributo humano no “sentido histórico, neurobiológico, psicológico e ético”, considerando-se o “ser social” com as dimensões de “sujeito plural” e “sujeito singular” que busca a satisfação das necessidades básicas.

Nesse sentido, a elaboração pluridimensional da Lei Maria da Penha visa prevenir a dignidade da mulher para que não seja subjugada pela humilhação, como ato e como sentimento, pois se “encontra intimamente vinculada a estados de reação neurobiológicos e psicológicos”, portanto, sujeita a consequências danosas à saúde integral, quando violentada de qualquer modo.

Não é sem fundamento que mulheres em situação de violência psicológica relatam sofrimentos que geram insônia, pesadelos, irritabilidade, dificuldade de concentração, ausência de apetite, traumas profundos e problemas psicossomáticos como depressão, ansiedade, síndrome do pânico, estresse pós-traumático, fobia, comportamento antissocial, desordens de personalidade, baixa autoestima e ausência de forças para reagir às agressões.

Nesse diapasão, a violência psicológica, pelo cunho violador dos direitos humanos da mulher, encontra definição no inciso II do artigo 7º da Lei Maria da Penha, sem qualquer restrição do local ou ambiente onde se concretiza, focando o legislador na conduta de quem a perpetra e nas consequências para a mulher. Por sua vez, o inciso III do artigo 5º da lei considera a violência advinda de “relação íntima de afeto, independentemente da coabitação”, na qual, frise-se, pela amplitude da categoria, insere-se a desenvolvida por meio virtual.

Em igual sentido, não se pode perder de vista que o artigo 4º da Lei Maria da Penha preconiza a necessidade de se atentar, quando de sua interpretação, aos fins sociais e à peculiar condição das mulheres inseridas em situação de violência. Por certo, os fins sociais da lei autorizam o juiz a rechaçar quaisquer atos de violência contra a mulher, utilizando-se de seus dispositivos e/ou manuseando instrumentos legais acessórios, como é também o caso do artigo 21 do Código Civil, que, a seu turno, busca proteger a vida privada da pessoa natural mediante adoção de providência destinada a impedir ou fazer cessar ofensas.

Outrossim, sobreleve-se que o inciso II do artigo 7º da Lei Maria da Penha, ao elencar formas de violência psicológica, reporta-se a “qualquer conduta” que reflita nos danos ali elencados, sem limitação de ambiência presencial.

Do delineamento adotado pela Lei Maria da Penha, deflui-se, portanto, o seu alcance às hipóteses de violência psicológica praticadas no meio digital, e a consequente possibilidade de mobilização dos instrumentos ali traçados. Aplicam-se, portanto, as medidas protetivas de urgência à ofendida e as que obriguem o ofensor, contempladas exemplificativamente no rol dos artigos 22 e 23 da norma, ou outras que protejam a mulher das violências consumadas com a utilização de meios eletrônicos, como por exemplo, a obrigação de apagar, quando possível, a publicação de conteúdo ofensivo.

Digno de nota que a aplicação da Lei Maria da Penha às relações virtuais de afeto já vinha sendo acolhida pelo Poder Judiciário, mesmo antes da promulgação das Leis n. 14.132/2021 e 14.188/2021, que tipificaram, respectivamente, o “stalking” e a violência psicológica. Matéria veiculada pelo Conjur dá conta da concessão de liminar pela justiça de São Paulo, com vistas à proteção dos dados pessoais de uma mulher que trocou mensagens por mais de um ano com um homem. Segundo a notícia, o sujeito passou a alimentar de forma insistente a

expectativa de um relacionamento amoroso, nunca desejado pela vítima, a ponto de a situação evoluir para perseguição persistente e, por fim, difamação junto a parentes, por meio digital. A magistrada acolheu a demanda com fundamento na Lei Maria da Penha, considerando o objetivo primário de proteção à mulher em decorrência do gênero, porquanto o acusado “acreditava” no relacionamento amoroso e a vítima padecia de riscos à sua integridade física, psicológica e moral diante das intervenções realizadas virtualmente pelo acusado.

Denota-se que a situação em exame configura a hipótese clássica de interlocução por meio de redes sociais, com conversas e trocas de mensagens com o consenso da mulher. Contudo, no decurso do relacionamento virtual houve a recusa de envolvimento amoroso, situação essa não aceita pelo homem, reverberando em abuso psicológico ao tentar diminuí-la e constrangê-la, replicando a usual e escusa estratégia de dominação da mulher por meio da violência instrumentalizada pela coação da liberdade de pensamento, reflexão e decisão.

Dessa feita, a questão do dano psicológico vem aflorando na sociedade e chegando aos tribunais, como uma faceta da violência contra as mulheres não mais admitida, resultando, como já ressaltado, na promulgação da Lei n. 14.188/2021, que incluiu a violência psicológica contra as mulheres como tipo penal que enseja pena privativa de liberdade, ainda que arquitetado no mundo virtual.

Assiste-se, assim, a um grande avanço na proteção da mulher contra abusos de qualquer natureza, com especial enfoque à violência psicológica. As medidas legais e judiciais estabelecidas são inquestionáveis e necessárias; porém, ainda que aplicadas com efetividade, supondo-se que as agressões deixem de persistir e a mulher se encontre protegida, ainda remanesce o questionamento da suficiência do sistema de justiça para abarcar as complexidades da violência psicológica no ambiente virtual.

É que, conforme já visto, desse tipo de violência muitas consequências podem advir para a vítima, remanescentes da maculação de sua imagem, privacidade, intimidade e dignidade, resultando em traumas, adoecimento físico e psicológico. Nas situações mais extremas as vítimas se veem obrigadas ao afastamento do seu círculo social e a mudarem de emprego, residência, cidade e país; outras recorrem ao abuso de álcool e outras drogas; e há, ainda, as que colocam fim à própria vida por desespero e sofrimento. Os danos diretos e indiretos que reverberam da violência doméstica sugerem outras intervenções que escapam ao âmbito judicial, algumas já previstas, de forma interdisciplinar, na própria Lei Maria da Penha.

O enfrentamento a violência psicológica em meios virtuais contra a mulher requer, pois, além do tratamento judicial célere e efetivo, o incentivo ao debate para confronto da cultura de gênero que inferioriza a mulher, a proposição de políticas públicas de proteção e assistência à vítima por parte do Estado, inclusive,

com a resolução dos vários agravos à saúde, ações articuladas e parcerias entre os serviços e equipamentos sociais. Enfim, proposição de medidas de cuidados com a vítima, repressão e prevenção à recorrência dessa forma furtiva de violência, no intuito de efetivação dos direitos humanos das mulheres.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente artigo buscou apresentar os principais aspectos da violência psicológica de gênero em relações virtuais de afeto, bem assim as bases normativas que amparam sua repressão, para, ao final, avaliar a aplicação da Lei Maria da Penha à salvaguarda dos direitos humanos dessas mulheres.

Registrou-se que o abuso psicológico contra a mulher assume grande relevância dentro do debate em torno da violência de gênero, diante das sutilezas com que é amiúde cometido, da naturalização advinda do padrão cultural discriminatório, sexista e machista no qual se insere, como também das progressivas implicações negativas na saúde mental e até física da vítima. Pontuou-se que essa violência é reproduzida e potencializada quando perpetrada em meio virtual, diante do alcance rápido e ilimitado das mensagens e conteúdos distribuídos na rede mundial de computadores.

Sopesou-se que a violência psicológica, independente do lócus onde é cometida, viola os direitos humanos das mulheres, atingindo sua dignidade, liberdade, imagem, intimidade, privacidade e saúde, gerando-lhes, assim, consequências de ordem moral, mental e psíquica muitas vezes irreversíveis. Registrou-se que o Brasil, em atenção a tratados internacionais de direitos humanos, vem buscando reprimir essa forma de violência principalmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, com a edição de leis importantes, como é o caso da Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), Lei n. 12.737/2012 (Lei Carolina Dieckmann), Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), Lei n. 14.132/2021 (Lei de “Stalking”) e Lei n. 14.188 /2021 (que incluiu a violência psicológica no Código Penal).

Pontuou-se que, em se tratando de abuso perpetrado contra mulher por pessoa com a qual se relacione apenas virtualmente, a situação parece não ser, a priori, apta a receber o tratamento especial dado pela Lei Maria da Penha às violências praticadas no âmbito doméstico, familiar ou em relações íntimas de afeto. Defendeu-se, contudo, que, apesar dos supostos limites de abrangência impostos no seu artigo 5º, o espírito da Lei Maria da Penha direciona-se à ampla proteção das mulheres em situação de violência, cabendo interpretação sistemática, especialmente a partir da criminalização da violência psicológica.

Nesse contexto, parece correto concluir que as violências consumadas em meio digital ferem sobremaneira os direitos humanos das mulheres, devendo ser objeto investigação, prevenção e atenção, assim como, abarcadas por políticas públicas e prontamente coibidas mediante o uso dos instrumentos disponíveis ao sistema de justiça. Caracterizada uma relação de afeto entre parceiros virtuais, ainda se faz necessária uma reformulação na interpretação da abrangência da Lei Maria da Penha viabilizando sua aplicação, para que alcance e coíba as ditas violências psicológicas, sem qualquer escopo de restrições.

Entender de modo diverso seria fechar os olhos e silenciar um problema que atinge, de forma crescente, os direitos e garantias fundamentais de mulheres que buscam relações de afetos virtuais, fazendo com que sejam alvos ainda mais fáceis de violência psicológica, a qual, como cediço, pode ser tão devastadora quanto a agressão física grave.

REFERÊNCIAS

ALVES. Raquel Elisa Oliviera; LEAL, Liliane Vieira Martins. Violência psicológica e a saúde da mulher, 2012. Disponível em: <https://www.unirv.edu.br/imgs/13%20VIOL%C3%8ANCIA%20PSICOL%C3%93GICA%20E%20A%20SA%C3%9ADE%20DA%20MULHER%20ED.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2021.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 09 jun. 2021.

_____. Declaração de Beijing. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher, Pequim, 1995. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf. Acesso em: 09 jun. 2021.

AZAMBUJA, Mariana Porto Ruwer; NOGUEIRA, Conceição. Introdução à violência contra as mulheres como um problema de direitos humanos e de saúde pública. *Saúde soc.* [online]. 2008, vol.17, n.3, pp.101-112. ISSN 1984-0470.

BAZO, Andressa Loli; PAULO, Alexandre Ribas de. Da aplicabilidade da justiça restaurativa à violência moral em função do gênero. *Cadernos de Pós-Graduação*

em Direito PPGDir/UFRGS. Porto Alegre, v. 10, n. 1, 2015, p. 190-209.

BLANCH, J.M. Violencia social e interpersonal. “Dossier de Lecturas” Del Máster Interdisciplinar de Estudio e Intervención em Violencia Domestica. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2001.

BOURDIEU, Pierre, 1930-2002, A dominação masculina. Tradução Maria Helena Kühner, 16ª. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2019.

COELHO, Mateus Gustavo. Gêneros desviantes: o conceito de gênero em Judith Butler. (Dissertação). Programa de Pós-graduação em Filosofia da Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina, 2018.

CONJUR. Justiça aplica Lei Maria da Penha em caso de stalking. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-02/justica-aplica-lei-maria-penha-stalking>. Acesso em: 10 jun. 2021.

CUNHA, Maria Luciana Garcia. A percepção social da violência psicológica contra a mulher: estudo aplicado de um instrumento de pesquisa. (Monografia). Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www2.eca.usp.br/pospesquisa/monografias/Maria%20Luciana%20Garcia%20Cunha.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2021.

FORBES TECH. APPS de namoro crescem na pandemia. 2021. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2021/06/apps-de-namoro-crescem-na-pandemia-conheca-os-7-melhores/>. Acesso em: 12 de jun. De 2021.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder, Rio de Janeiro: Edições Graal, 1981.

GUNGLINSKI, Vitor. Aplicação da Lei Maria da Penha a crimes virtuais. Jusbrasil, 2013. Disponível em: <https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/121936326/aplicacao-da-lei-maria-da-penha-a-crimes-virtuais>. Acesso em: 11 jun. 2021.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. Dossiê Violência contra as Mulheres, 2021. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/violencia-de-genero-na-internet/>. Acesso em: 12 de jun. de 2021.

MOLINARO, Carlos-Alberto. Dignidade, Direitos Humanos e fundamentos: uma nova tecnologia disruptiva. Rev. Bioética y Derecho , Bar-

celona, n. 39, pág. 103-119, 2017. Disponível em http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872017000100007-&lng=es&nrm=iso”&HYPERLINK “http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872017000100007-&lng=es&nrm=iso””pid-S1886-58872017000100007HYPERLINK “http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872017000100007-&lng=es&nrm=iso”&HYPERLINK “http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872017000100007-&lng=es&nrm=iso””lng-esHYPERLINK “http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872017000100007-&lng=es&nrm=iso”&HYPERLINK “http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872017000100007&lng=es&nrm=iso”nrm=iso. Acesso em: 06 out. 2020.

MUNIZ, Alexandre Carrinho; FORTUNATO, Tammy. *Violência Doméstica: da cultura ao direito. Violência contra a mulher: um olhar do Ministério Público brasileiro*. Conselho Nacional do Ministério Público, 2018.

OLHAR DIGITAL. *Mulheres são maiores vítimas de vazamento de fotos e perseguição na internet*. 2019. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2019/07/24/noticias/mulheres-sao-maiores-vitimas-de-vazamento-de-fotos-e-perseguiacao-na-internet/>. Acesso em: 11 jun. 2021.

SANTOS, Cláudia Cruz; *A Justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê, como?* Editora Coimbra, 2014.

SAFFIOTI, H. I. B. *Gênero, patriarcado, violência*. 2. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015.

SILVA, Carla Adriana Santos da S586 Ó Pa Í, *Prezada! Racismo e sexismo institucionais tomando bonde no Conjunto Penal Feminino de Salvador*. (Dissertação). Programa de Pós-graduação em Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Gênero e Feminismo, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2014.

SMITH, Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira; SANTOS, Jorge Luiz Oliveira dos. *Corpos, identidades e violência: o gênero e os direitos humanos*. Rev. Direito Práx. [online]. 2017, vol.8, n.2, pp.1083-1112. ISSN 2179-8966.

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MODELO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NA ÁREA PENAL

JUSTICE RÉPARATRICE COMME MODÈLE DE RÉOLUTION DES CONFLITS DANS LE DOMAINE PÉNAL

Joanice Maria Guimarães de Jesus

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Especialista em Ciências Criminais, em nível de pós graduação “lato sensu”, pela Universidade da Amazônia - UNAMA. Especialista em Direito do Estado, em nível de pós graduação “lato sensu”, pela Faculdade Baiana de Direito. Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Presidente do Comitê Gestor do Núcleo de Justiça Restaurativa de Segundo Grau do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Coordenadora Geral de Cursos da Escola de Magistrados da Bahia - EMAB.
E-mail: jmgjesus@tjba.jus.br

Resumo: Objetiva-se apresentar, por meio do presente trabalho, um panorama geral sobre os fundamentos teóricos da Justiça Restaurativa, a sua evolução histórica, bem assim, conceitos já formados, concepções e valores. Procura-se demonstrar o seu surgimento, fomentado pela ONU e a sua aplicabilidade imediata ao ordenamento jurídico brasileiro, como moderna forma de acesso à Justiça, objetivando servir como parâmetro à implantação de novos programas de Justiça Restaurativa, como construção inovadora de um modelo socialmente democrático de solução de conflitos em busca da pacificação social.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Justiça consensual. Círculos restaurativos. Mediações. Sistema de justiça.

Résumé: Nous objectivons avec cette recherche exposer un panorama general sur les fondements théoriques de la Justice Réparatrice, sa évolution historique,

concepts, conceptions et valeurs. Nous recherchons démontrer le son apparence stimulé par l' ONU et as applicabilité immédiate dans le système juridique brésilien comme moderne forme de accès a la Justice, avec le objectif de servir pour la implantation de nouveaux programmes sur la Justice Réparatrice, travaille dans la élaboration de un modèle socialmente démocratique de solution de les conflits pour obtenir la pacification social.

Mots-clés: Justice Réparatrice. Justice consensuelle. Cercles réparatrice. Média-tions. Système de justice.

Sumário: 1 Breve Desenvolvimento Histórico. 2 Conceitos, Definições, Concepções e Valores Restaurativos. 3 Conclusão. Referências.

Para o conhecimento do paradigma restaurativo e a sua adoção formal, como nova forma na resolução de conflitos afetos ao sistema de justiça criminal, é fundamental esclarecermos os elementos que constituem a estrutura teórica da sua concepção, a fim de ser analisada a orientação restaurativa, na perspectiva de uma adaptação à realidade vivenciada pelo sistema penal brasileiro.

1 BREVE DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

A Justiça Restaurativa tem suas raízes fincadas nas sociedades comunais (sociedades pré-estatais europeias e nas coletividades nativas, tradicionais dos indígenas e aborígenes), onde já haviam práticas comunitárias de justiça, como a mediação, com características restaurativas¹⁰², e onde o interesse coletivo, em prol da coesão, se sobrepunha ao interesse individual. Os atos considerados afrontosos eram solucionados entre o agressor, o agredido, os seus familiares e as lideranças comunais, mediante a busca de uma solução rápida para o problema, em prol do restabelecimento do equilíbrio coletivo rompido, pois, estava sempre presente a compreensão, que o ato delituoso atingia a todo o grupo social e poderia ocasionar a sua própria desestabilização¹⁰³.

102 ZEHR, Howard apud GOMES PINTO, Renato Sócrates. *Justiça Restaurativa é Possível no Brasil?* In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Para o Desenvolvimento – PNUD. 2005. p. 28.

103 JACCOUD, Mylène. *Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa*. In.: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília – DF: Ministério

Como forma de pensar o real ou como modo de lidar com o conflito, a mediação não se limitou à cultura e ao pensamento ocidentais, sendo amplamente utilizada também, nas comunidades da antiga China e do Japão, onde a religião e a filosofia aí implantadas sempre atribuíram grande importância ao “consenso social, à persuasão moral e à obtenção de um equilíbrio ou harmonia nas relações humanas”¹⁰⁴.

Nas antigas Grécia e Roma, a mediação tinha tamanha importância que um ancião, como homem experiente, douto e culto, era frequentemente, procurado pelos sujeitos em litígios, para aconselhá-los, auxiliando-os a resolverem o litígio baseados na equidade¹⁰⁵.

A reconciliação familiar era incentivada, tendo Juno, esposa de Júpiter, como sua deusa. Já na Lei das XII Tábuas, previam-se as tentativas de conciliação anteriores ao julgamento, numa espécie de antecâmara judiciária. E, nas suas lições, Cícero, aborda as vantagens potenciadas por tal audiência “transacional”, para a realização das quais, as partes eram convocadas antes do julgamento¹⁰⁶.

São encontrados vestígios das práticas restaurativas, reintegradoras e negociáveis em muitos outros códigos decretados antes da primeira era cristã, a exemplo do Código de Hammurabi (1.700 a.C.) e do Código de Lipit-Ishtar (1.875 a.C.) que prescreviam medidas de restituição para crimes contra o património. O Código Sumeriano (2.050 a.C.) e o Código de Eshunna (1.700 a.C.) previam restituição para os crimes com violência contra pessoa.

As práticas restaurativas podem ser ainda observadas, nas culturas ibéricas e hispânicas, como forma de resolução de disputa, inclusive em conflitos levados ao Tribunal das Águas, na Espanha, na aldeia de Ralu’a, no México, onde se encontra registrado, que já naquela época, um juiz ajudava as partes a adotar decisões consensuais¹⁰⁷. Também, fora dos tribunais, na sociedade Barrosã, em Portugal, o próprio mediador procurava as partes em conflito e fomentava a comunicação e negociação.

da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. 2005. p. 163.

104 BROWN apud CHRISTOPHER MOORE, *El proceso de mediación*. Barcelona: Garnica, 1995, p. 54, apud FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidade e Instrumentos*. Coimbra: Coimbra Editora. 2006. p. 46.

105 SUSANA BANDEIRA apud FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidade e Instrumentos*. Coimbra: Coimbra Editora. 2006. p. 46.

106 JOANA PEREIRA apud FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidade e Instrumentos*. Coimbra: Coimbra Editora. 2006. p. 46.

107 LEDERACH apud C. MOORE apud FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidade e Instrumentos*. Coimbra: Coimbra. 2006. p. 47.

A mediação exercia também um papel preventivo, e como exemplo da sua salutar aplicação, conta-se que foi usada para dirimir um importante conflito que perdurara durante anos entre as populações de duas aldeias da região: como mediadora dos conflitos serviu os jovens de uma terceira aldeia, que prevendo as ocorrências das costumeiras rivalidades que resultavam em agressões entre os participantes das romarias, tradicionalmente calendarizadas em épocas próprias, visitaram previamente, os habitantes fomentando uma comunicação entre as aldeias beligerantes. Estas foram dissuadidas das agressões, em face de mediação empreendida pelos jovens e passaram a se comunicar, transformando os ódios passados em “amizades futuras”¹⁰⁸.

Na África, os tribunais leigos (moot courts) ainda representam uma forma muito utilizada pelos vizinhos, para resolverem as suas disputas por meio da mediação restaurativa¹⁰⁹. Igual meio dispõem algumas aldeias árabes do Reino da Jordânia¹¹⁰. Igualmente as aldeias Tolai da Nova Bretanha, na Melanésia, dispõem de um conselheiro e de um Comitê¹¹¹ que se reúne regularmente, para escutar as disputas mais relevantes, possibilitando a todos o uso da palavra com vistas a alcançar soluções consensuais para os conflitos. Outro exemplo vem dos tribunais rabínicos judaicos e os próprios rabis das comunidades judaicas europeias que sempre admitiram a conciliação e a mediação como forma de resolução dos conflitos, pacificando e preservando a identidade cultural dos membros nas relações entre si¹¹². As práticas restaurativas foram ainda utilizadas na Nova Zelândia, na Áustria, na América do Norte e na América do Sul¹¹³.

Embora de inestimável valor cultural, essas práticas restaurativas foram abandonadas e relegadas ao esquecimento com o nascimento do estado moderno. A constituição de um poder central objetivando monopolizar o controle social

108 A. FONTES/ J.SANCHES apud FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidade e Instrumentos*. Coimbra: Coimbra . 2006. p. 47.

109 GULLIVER apud C. MOORE apud FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidade e Instrumentos*. Coimbra: Coimbra. 2006. p. 48.

110 NOTOUN apud C. MOORE apud FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidade e Instrumentos*. Coimbra: Coimbra. 2006. p. 48.

111 EPSTEIN apud C. MOORE apud FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidade e Instrumentos*. Coimbra: Coimbra. 2006. p. 48.

112 C. MOORE apud FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidade e Instrumentos*. Coimbra: Coimbra. 2006. p. 48.

113 JACCOUD, Mylène. *Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa*. In.: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. 2005. p. 164.

passou a considerá-las como práticas “primitivas”. A esse tempo, período da dinastia Carolíngia, no direito germânico, “surge uma série de leis no campo do direito penal, especialmente as Capitulares de Carlos Magno (768 – 814), enfraquecendo-se a concepção privatística do direito de punir, com o fortalecimento do poder público”¹¹⁴, e o Estado adotando o novo modelo, tomou para si o poder de punir, como responsável pela garantia da ordem pública, sustentado no discurso considerando o “jus puniendi” como dever-poder único do Estado, em prol da segurança e da paz social.

Assim, o Direito, instrumento de controle social, que até então era atrelado a moral cristã, sob as premissas do positivismo jurídico passou a ter como única realidade: os ditames da lei. No caso específico do Direito Penal, ocorreu um distanciamento da moral religiosa, pois, sua fonte estava no poder político da sociedade capitalista que o instrumentalizava para a manutenção da ordem burguesa e liberal, sob a justificativa que, por meio da identificação das condutas desviantes e da segregação carcerária, seria possível a manutenção da segurança e da estabilidade social.

Na modernidade, a desilusão dos pensadores face as imposições da razão no pensar e no existir, o desencanto com a ciência, a invenção de armas de guerra, terrivelmente destrutivas, a crise ecológica global e outros acontecimentos históricos, ensejaram em meados do século XX, um doloroso e gradual processo de reflexão histórico-filosófico em contraposição ao “status quo” vigente. Não mais subsistindo dúvida que o sistema formal de justiça, já não consegue dar conta das muitas demandas que lhe são colocadas, em todas as áreas do conhecimento, surge uma perplexidade, e a busca por novos paradigmas se tornou inevitável.

A pós-modernidade, a modernidade reflexiva ou a sociedade da modernidade fluida¹¹⁵, cujos primeiros passos foram dados na Espanha, propõe a perda da historicidade e o fim da “grande narrativa”. Isso no campo estético significou o fim de uma tradição de mudança e a ruptura, o apagamento da fronteira entre a alta cultura e a cultura de massa, com questionamentos nas mais diversas áreas do conhecimento, de revisão de conceitos como: razão, sujeito, progresso, legitimidade, universalidade, globalização. Sobre o que Sérgio Paulo Rouanet, pontifica:

Depois da experiência de duas guerras mundiais, depois de Aushwitz, depois de Hiroshima, vivendo num mundo ameaçado pela aniquilação atômica, pela ressurreição dos velhos fanatismos políticos e religiosos e pela degradação dos ecossistemas, o homem contemporâneo está cansado da modernidade. Todos

114 FRAGOSO, Cláudio Heleno. Lições de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense. 1994. p. 32.

115 BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Zahar. 2001. p. 31.

esses males são atribuídos ao mundo moderno. Essa atitude de rejeição se traduz na convicção de que estamos transitando para um novo paradigma. O desejo de ruptura leva à convicção de que essa ruptura já ocorreu, ou está em vias de ocorrer (...). O pós-moderno é muito mais a fadiga crepuscular de uma época que parece extinguir-se ingloriosamente que o hino de júbilo de amanhã que despontam. A consciência pós-moderna não corresponde a uma realidade pós-moderna. Nesse sentido, ela é um simples mal-estar da modernidade, um sonho da modernidade. É literalmente, falsa consciência, porque consciência de uma ruptura que não houve, ao mesmo tempo, é também consciência verdadeira, porque alude, de algum modo, às deformações da modernidade¹¹⁶.

Em meio à esteira dos questionamentos surgidos se encontram as práticas do Direito Penal. Com um papel enfraquecido diante das massas, e em face da carência de respostas às crescentes e imperiosas demandas decorrentes da violência e da criminalidade, quebram-se todos os paradigmas de segurança. Apesar da inflação de uma legislação desproporcional à realidade que a recebe, posto que, desacompanhada da estruturação administrativa que possibilite uma aplicação efetiva das normas, e, o esgotamento do papel que o estado burguês lhe impôs, é evidente.

Rodrigo Ghiringhelli Azevedo, refletindo sobre todo este novo sentido de vida, descreve as circunstâncias que induzem à busca de novas respostas para enfrentar a conflitualidade da sociedade contemporânea:

Com a explosão de litigiosidade, a judicialização dos novos direitos sociais, e o aumento da demanda de intervenção do judiciário em áreas antes obscurecidas por relações tradicionais de hierarquia e autoridade (...), o sistema de justiça mostra-se cada vez mais incapaz de dar conta de forma satisfatória desse conjunto de demandas, tanto pelo aumento da morosidade e dos custos quanto pela inadequação do tratamento dispensado a essa conflitualidade social emergente¹¹⁷.

O resgate do modelo de Justiça Restaurativa na área criminal surge como uma resposta no plano humanitário, educacional e social. Em face das situações conflituosas que conduzem às ocorrências criminais constantes, torna-se imprescindível admitir, que a intervenção estatal, mediante a aplicação da pena de encarceramento, não reduz as altas taxas de criminalidade ou de reincidência,

116 ROUANET, Sérgio Paulo. *As Razões do Iluminismo*. São Paulo: C. Letras. 1987. p. 229.

117 AZEVEDO, Rodrigo G. de. *O Paradigma Emergente em seu Labirinto: Notas para o Aperfeiçoamento dos Juizados Especiais Criminais*. In.: WUNDERLICH, Alexandre e CARVALHO, Salo de (Org.) *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2005. p. 111.

impondo-se o ressurgimento desse paradigma esquecido. Ademais, o déficit de vagas carcerárias, que segundo dados oficiais¹¹⁸, só poderia ser enfrentado com a construção de dezenas de presídios, mensalmente, torna inarredável a certeza da inadequação do sistema de Justiça Criminal aos novos tempos.

A chamada violência específica, também está presente no cotidiano de todos. Suas formas mais visíveis são os delitos presentes a todo o momento, esgarçando o tecido social. A violência estrutural, de forma subjacente e presente nas diversas estruturas de poder, pode ser considerada a mais perversa, pelo alcance, profundidade e extensão com que macula a cidadania.

O enfoque criminal e policial que se dá ao combate das condutas desviantes, pouco ou nada responde aos desafios que a problemática exige, pois, são sem qualquer efeito, as bandeiras de moralização levantadas para salvar a pátria da barbárie.

A Justiça Restaurativa foi, assim, resgatada das populações “primitivas”, favorecida por três correntes de pensamentos cujos anseios sempre precisará atender: a contestação das instituições repressivas, a descoberta da vítima e a exaltação da comunidade, como explica Mylène Jaccoud¹¹⁹.

Com relação ao movimento de contestação das instituições repressivas, este surgiu a partir dos anos 30 do século XX, nas universidades americanas, marcado pelo trabalho da escola de Chicago, com a concepção das teorias do consenso, que partem da premissa que a sociedade atinge as suas finalidades quando há um perfeito funcionamento das suas instituições. Tais entendimentos, associados à criminologia radical desenvolvida na Universidade de Berkeley, objetivando substituir punição por controle, iniciaram uma profunda crítica às instituições repressivas da época, retomando as lições do sociológico Émilie Durkheim sobre a ideia da consciência coletiva ou comum e da ruptura dos padrões sociais de conduta .

Esse pensamento considera o conflito como uma característica normal e universal das sociedades, ideia que ganhou corpo nos Estados Unidos, na contestação ao papel e aos efeitos de tais instituições, o que também na Europa teve eco, com os trabalhos de Michel Foucault, Françoise Castel, Robert Castel e Anne Lovell, Nils Christir e Louk Hulsman, todos recomendando “uma justiça diferente, humanista e não punitiva”, como relata Jaccoud .

Quanto à descoberta da vítima, movimento também identificado por My-

118 CARRANZA, Elías. Cárcere e Justiça Penal na América Latina e Caribe: Como Implementar o Modelo de Direitos e Obrigações das Nações Unidas. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça. 2010. p. 60/74.

119 JACQUES FAGET apud JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa. In.: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). Justiça Restaurativa. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. 2005. p. 164 e 165.

lène Jaccoud, lembrando Jacques Faget , ao afirmar que o término da Segunda Guerra Mundial, deu lugar ao surgimento de discursos em favor das vítimas, os quais se desenvolveram por meio de estudos científicos, denominado “vitimologia”. Estes, além de sensibilizar os juristas, com justificadas críticas ao processo penal, possibilitou mudanças na mentalidade da época, inspirando as declarações de respeito à dignidade da pessoa humana. Nesta ocasião, sucederam notáveis movimentos internacionais de proteções aos Direitos Humanos que asseguraram a participação das vítimas no processo penal.

Finalmente, o terceiro movimento, que segundo Jaccoud, encorajou o reaparecimento do modelo restaurativo na atualidade, faz a promoção das virtudes da comunidade, ou seja, a exaltação da comunidade, como nomeado ainda por Faget. Como tal, se constitui em uma noção que valoriza o envolvimento das comunidades informais na discussão dos problemas criminais .

Considera-se “a comunidade”, o lugar que recorda as práticas tradicionais, como memória de períodos em que a resolução de um número reduzido de conflitos era melhor administrada, em regra, pela negociação. Esse movimento ensejou o surgimento da noção de soberania concedida à comunidade, o que se tornou onipresente nas teorias e nas práticas de Justiça Restaurativa .

A partir de 1970, iniciaram-se debates, restritos aos professores de Direito e de Ciências Sociais, quanto à possibilidade de ser a Justiça Restaurativa usada como uma das vias alternativas para a ação penal, associada, nesse período, ao movimento de descriminalização, tendo como background os procedimentos de mediação entre vítima e infrator, com numerosas experiências-pilotos no sistema penal, principalmente na Europa.

Nos anos 80, pôde-se notar um crescimento no número de programas restaurativos, isto é, dos projetos-pilotos até então vistos como simples “curiosidades”, os quais formaram uma “massa crítica” para modelos viáveis, originando uma Justiça Restaurativa “real e possível”, considerada a partir de suas relações com o sistema existente e essas experiências foram institucionalizadas e adotadas como modelos legislativos específicos em alguns países.

A partir de 1990, a Justiça Restaurativa alcançou uma fase de franca expansão, sendo inserida na legislação de muitos países, em todas as fases do processo penal. A conferência internacional sobre mediação aplicada a processos de justiça penal ocorrida na Alemanha, com a participação da Áustria, Bélgica, Escócia, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Inglaterra, Itália, Noruega e Turquia, despertou a comunidade para o surgimento deste novo modelo de justiça penal. A partir de então, deu-se início a um movimento global de reformulação do modo convencional de definir crime e justiça, fazendo com que o interesse pela Justiça Restaurativa fosse cada vez mais incrementado em todas as partes do mundo.

Baseada nas Constituições Democráticas do moderno mundo ocidental, cujo princípio fundamental é a dignidade da pessoa humana, a Justiça Restaurativa preconiza fórmula expressa de inviolabilidade dos direitos fundamentais, além de atender aos pressupostos da teoria garantista e ter fundamento no Direito Internacional e no Direito Humanitário .

Assim, a reparação restaurativa, como consequência jurídico-penal autônoma do delito, ganhou forma jurídica também, com o relevante trabalho desenvolvido por professores alemães, suíços e austríacos, que elaboraram um Projeto Alternativo de Reparação, apresentado no 59.º Deutscher Juristentag, ocorrido em Hannover, em 1992, voltado ao Direito Penal em vigor ou a projetos oficiais em reforma, como analisa, detalhadamente, a professora Selma Santana .

Integrando esse grupo de juristas, destacou-se Claus Roxin , esclarecendo que a linha histórica do Projeto Alternativo - PA, remonta a Franz von Liszt, “inesquecível professor e mestre”, “trazendo assim ao movimento de reforma dos últimos tempos o espírito inspirador da sua força criadora”. Embora sem aprovação, na época da sua apresentação, o PA serviu, em resumo, de fundamentação doutrinária para eliminar a idéia de pena limitada à retribuição da culpa; o estabelecimento das bases de uma execução ressocializadora da pena e para criar, através do tratamento terapêutico-social, um novo meio autônomo da culpa para o processo curativo e para a aprendizagem e a socialização. Ademais, deu prioridade à prevenção especial face à prevenção geral; inspirou os princípios da subsidiariedade e da efetividade como pressupostos de aplicação da pena e limitação do poder punitivo à função de proteção de bens jurídicos; inspirou a reforma do Código Penal alemão de 1994, que através dos § 46 e § 46a, estabeleceu disposições de determinação, atenuação e renúncia à pena em fase da reparação-conciliação, o que conferiu apoio aos projetos de mediação que se encontravam em andamento no país e que evoluíram para os programas de Justiça Restaurativa em todo o mundo.

2 CONCEITOS, DEFINIÇÕES, CONCEPÇÕES E VALORES RESTAURATIVOS

Baseado no seu desenvolvimento histórico e à luz da criminologia moderna o professor Riccardo Cappi define Justiça Restaurativa, como:

Justiça Restaurativa é, pois, uma discussão sobre os novos “modos de pensar e fazer” a justiça criminal, isto é, sobre as idéias, as racionalidades, que sustentam a produção e a implementação de um sistema de normas (de conduta, de sanção, de procedimento). É a aproximação que privilegia toda forma de transformação,

individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas no âmbito de uma infração, a resolução de um conflito ou a conciliação das partes.

Há, todavia, entre os mais diversos doutrinadores que têm se dedicado a estudar este paradigma de justiça penal, uma preocupação com a falta de uniformidade quanto ao uso de uma definição terminológica, que permita por meio de uma única palavra, representar de forma clara o seu conceito e os seus princípios, para daí aplicar, corretamente, os seus objetivos ao caso concreto.

Esta dificuldade existe em face do conceito de Justiça Restaurativa se encontrar em processo de construção teórica e desenvolvimento acadêmico, com análise discursiva, mesmo após mais de trinta anos de experiências e debates. Assim sendo, do ressurgimento deste paradigma até os dias atuais, não foi possível precisar um conceito inequívoco para Justiça Restaurativa.

Por outro lado, em relação ao seu nome, várias expressões têm sido usadas, tais como, justiça transformadora, justiça reparadora, justiça conciliadora, justiça pacificadora, justiça relacional, justiça comunitária, que no entanto, conduzem sempre à ideia de uma justiça que busca a restauração, a reparação, o conserto, o acerto, o encontro, a reconciliação, a expiação, a composição, por meio de ações firmadas de modo participativo e com responsabilidade.

Dentre estas expressões, o termo mais usado tem sido, acertadamente, Justiça Restaurativa, por evocar uma ação ou um esforço em busca de uma recomposição. Compreende-se, pelo senso comum, ser uma expressão que indica a participação ativa da vítima, do ofensor e da comunidade, nos procedimentos da Justiça, visando uma restauração entre esses sujeitos processuais, diante da lide penal.

Deve ser destacada, ainda, a existência de outras vias, formas ou métodos de diversão, que representam diferentes alternativas ao sistema penal formal para gestão e resolução de fatos, penalmente relevantes, que se autodenominam “justiça restauradora”. Essas alternativas apresentam princípios diversos, em comparação com os que animam a Justiça Restaurativa, e com ela não devem ser confundidas.

A Justiça Restaurativa tem princípios próprios, sempre baseados no voluntarismo, no consensualismo, no cooperativismo e no comunitarismo. Adverte Elena Larrauri, renovando juntamente com Francisco Ferreira, a preocupação e a necessidade de serem, efetivamente, definidos não só o conceito, como igualmente, os objetivos da Justiça Restaurativa, pois, estes são itens difíceis de serem precisados, diante da diversidade de orientações, modalidades e finalidades práticas que a Justiça Restaurativa implementa.

Deste modo, visando orientar os Estados-membros na implementação e utilização do modelo restaurativo, a ONU, por meio do seu Conselho Econômico e Social, emitiu a Resolução 2002/12, descrevendo os seguintes conceitos básicos

sobre Justiça Restaurativa:

1 Programa Restaurativo – se entende qualquer programa que utilize processos restaurativos voltados para resultados restaurativo.

2 Processo Restaurativo – significa que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, participam coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. O processo restaurativo abrange mediação, conciliação, audiências e círculos de sentença.

3 Resultado Restaurativo – significa um acordo alcançado devido a um processo restaurativo, incluindo responsabilidades e programas, tais como reparação, restituição, prestação de serviços comunitários, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e logrando a reintegração da vítima e do infrator .

A complexidade conceitual permitiu o desenvolvimento espontâneo e o surgimento de três concepções de Justiça Restaurativa que Raffaella da Porciuncula Pallamolla analisa, e que são conferidoras de destaques e propósitos diferentes, ainda que similares: a concepção do encontro, a concepção da reparação e a concepção da transformação.

A primeira, expressa uma das idéias centrais da Justiça Restaurativa ao afirmar que vítima, ofensor e outros interessados no caso a ser resolvido, devem ter a oportunidade de se encontrar, em um local seguro, embora não tão formal quanto fóruns ou tribunais, e abandonando a passividade da espera por soluções, assumam posições ativas nas discussões e na tomada de decisão sobre o conflito, com a ajuda de um facilitador.

Visa, pois, favorecer o estabelecimento de um diálogo que deverá resultar em acordo a respeito do que será feito em relação ao delito. Consiste, assim, em uma experiência democrática que busca alcançar bons resultados .

A concepção da reparação defende que o dano decorrente do delito e causado à vítima deve ser reparado, embora não seja necessário infligir dor ou sofrimento ao infrator. Este deverá, em face desta concepção, tomar uma série de atitudes, material e/ou simbolicamente, para reparar a vítima. Raffaella Pallamolla explica, citando Elena Larrauri , que:

O acordo reparador pode variar desde um pedido de desculpas à vítima, compensação econômica ou até mesmo algum trabalho acordado com a vítima. Também não se exclui a possibilidade de que se acorde a adoção de medidas de caráter reabilitador para o infrator.

Ademais, este acordo restaurador, além de reparar a vítima, oportuniza a (re)integração do ofensor e a restauração da comunidade abalada pelo delito, ressaltando que mesmo nas situações em que o encontro das partes não se tornar possível, o sistema penal deverá buscar soluções que privilegiem a reparação da vítima .

Com relação à concepção da transformação, Pallamolla explica, que esta tem como ideia, ser o objetivo principal da Justiça Restaurativa, transformar a maneira pela qual as pessoas compreendem a si próprias e como se relacionam com os outros no dia à dia. Afasta-se esta concepção das demais, por entender a Justiça Restaurativa como uma forma de vida, conectada e identificada com os demais seres do mundo “externo”, rejeitando toda forma de hierarquia entre os seres humanos, e, entre os elementos do meio ambiente. Esta nova postura implica desta forma, na mudança de linguagem, abolindo as distinções entre crime e outras condutas danosas, considerado tudo “situações problemas”, onde prioriza a identificação de quem sofreu os danos e as suas necessidades e como as coisas poderão ser corrigidas.

Embora contendo significativas diferenças teóricas, as três concepções de Justiça Restaurativa envolvem pontos comuns. Na prática, nem sempre é possível delinear, qual a concepção que está sendo usada, enfatizando-se, no momento, a que tem melhor aplicação ao caso, como adverte Raffaella Pallamolla .

Importa, de logo, destacar que dessas concepções decorreu a seleção dos valores a serem ensejados pela Justiça Restaurativa, ainda analisados por Raffaella Pallamolla, que destaca a participação de Braithwaite na elaboração da classificação de tais valores.

De fato, entendendo ser a Justiça Restaurativa uma maneira de transformar a vida das pessoas, e baseados nos tratados internacionais sobre Direitos Humanos, assim como, nas avaliações realizadas em experiências práticas em que ouviu vítimas e infratores, Braithwaite classificou os valores restaurativos em três grupos a seguir especificados.

No primeiro grupo considerou como valores obrigatórios que devem ser, inevitavelmente, respeitados e impostos (*constraining values*), atuando como ferramentas que asseguram o bom desenvolvimento do processo restaurativo:

a) não-dominação – a Justiça Restaurativa deve estar estruturada para, no surgimento da dominação de uma parte pela outra, o facilitador, como pessoa neutra, minimizar as diferenças de poder e assegurar voz, também, à pessoa que seria dominada;

b) empoderamento – este valor se refere mais de perto à vítima, às suas expectativas e suas necessidades de atendimento e reparação, para que participe, ativamente, do processo e se sinta tratada da forma mais justa;

c) obedecer ou honrar – é dever, em qualquer procedimento restaurativo, em caso de imposição de pena punitiva, respeitar os limites estabelecidos, legalmente, como sanções. Não podem constar nos acordos restaurativos formas degradantes ou humilhantes de submissão para qualquer das partes;

d) escuta respeitosa – as partes devem se tratar, mutuamente, com respeito, ouvindo com atenção aos seus relatos, reciprocamente;

e) preocupação igualitária com todos os participantes – todos deverão sair ganhando, na proporção das necessidades criadas em decorrência do delito;

f) *accountability, appealability* – expressões sem tradução para o português, que significam o cuidado de assegurar oportunidades às partes de optarem pelo processo restaurativo, ou dele desistirem a qualquer momento. Por outro lado, visam a disponibilização às partes de um apoio jurídico, através de advogado, para orientar os seus direitos;

g) respeito aos Direitos Humanos, constantes das Declarações Universais e dos Tratados de Direito Internacional e de Direito Humanitário.

No segundo grupo estão os valores que, segundo Braithwaite, podem ser dispensados pelos participantes dos processos restaurativos (*maximising values*), mas, que outros doutrinadores, como Marshall, Boyack e Bowen entendem que devem ser encorajados. Tratam-se de todas as formas de cura ou restauração (material, emocional, da dignidade, da compaixão ou do suporte social) e de prevenção de futuras injustiças, quais sejam: a participação, o respeito, a honestidade, a humildade, a interconexão, a responsabilidade, o empoderamento e a esperança.

No terceiro grupo estão valores que não podem ser exigidos dos participantes, pois dependem de um aspecto pessoal (*emergent values*), tais como, perdão, desculpas, clemência para as vítimas, assim como o remorso está para o infrator. Os valores restaurativos do segundo e do terceiro grupos, devem, pois, surgir espontaneamente, demonstrando, o sucesso do processo restaurativo.

Há, ainda, uma dinâmica, denominado por Braithwaite de “vergonha reintegrativa” (*reintegrative shaming*), que pode ser usada para despertar nos participantes tais sentimentos.

Segundo Lode Walgrave através dessa “vergonha” o ofensor, por exemplo, reconhece o seu próprio comportamento como delituoso e se autocensura, o que será essencial à sua responsabilização e refletirá, favoravelmente, em uma melhor reparação para a vítima, pois atingirá aspectos emocionais para restauração dos traumas. A censura, decorrente do reconhecimento do próprio erro, comunica que a conduta é desaprovada, não só pela vítima, como também pela comunidade, necessitando de imediata correção. Ademais, esta censura restaurativa não se refere a uma norma legal abstrata, como é o caso da censura punitiva, “mas a uma obrigação de respeitar-se a qualidade de vida da sociedade, pois o delito causa dano à

outra pessoa e à vida social”.

Vale ser observado que os valores restaurativos vão surgindo entre os participantes durante o encontro, de acordo com a maneira como são conduzidos os diálogos pelo facilitador, sendo mais provável que apareçam em face da importância que o processo atribua cada fator, segundo, também, esclarece Pallamoll . Estes fatores são:

- a) a informalidade no procedimento, possibilitando uma discussão entre as partes sobre o que houve, os seus resultados e como prevenir novas ocorrências delituosas;
- b) a ênfase dada ao empoderamento das pessoas;
- c) o esforço das partes na tomada de decisões visando a responsabilização do infrator diante dos danos e das reparações, em lugar de visar sua punição;
- d) assegurar decisões que promovam a inclusão e a interação das partes com a comunidade;
- e) o atendimento às necessidades da vítima e os meios para satisfazê-las;
- f) a ênfase no reforço ou reparação das relações entre os envolvidos no delito.

Desta forma, a intervenção restaurativa parte do pressuposto que a infração penal, antes de constituir uma violação à lei, causa um profundo desrespeito e sofrimento à vítima como pessoa, à sua personalidade e as necessidades decorrentes, a responsabilização do ofensor pela reparação dos danos, o empoderamento das partes e as reparações das relações afetadas deverão ser, primordialmente, reconstituídas. Admite-se, excepcionalmente, uma punição, quando forem observados os princípios do devido processo legal, somada à preservação da dignidade do infrator, que deve ser tratado, respeitosamente, e, observadas ainda, as regras de direitos humanos e os limites da pena, abstratamente, cominada pela lei à infração cometida.

Diante disso, os valores da Justiça Restaurativa devem ser prioritariamente alcançados, porém, o elemento que se constitui imprescindível, para que se tenha um sistema restaurativo, é a inclusão ativa das partes, nas decisões do processo, visando possibilitar o encontro, como assevera Alisson Morris .

Visando a abertura de um processo reflexivo sobre o tema, Marcelo Gonçalves Saliba, apresenta o seguinte conceito de Justiça Restaurativa:

Processo de soberania e democracia participativa numa justiça penal e social inclusiva, perante o diálogo das partes envolvidas no conflito e comunidade, para melhor solução que o caso requer, analisando-o em suas peculiaridades e resolvendo-o em acordo com a vítima, o desviante e a comunidade, numa concepção de direitos humanos extensíveis a todos, em respeito ao multiculturalismo e à

autodeterminação .

A amplitude da conceituação de Justiça Restaurativa foi traduzida na clássica definição de Tony Marshall, como “um processo onde todas as partes ligadas de alguma forma a uma particular ofensa vêm discutir e resolver coletivamente as consequências práticas da mesma e as suas implicações no futuro” .

Mylène Jaccoud define Justiça Restaurativa como “uma aproximação que privilegia toda forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito” .

Com igual entendimento Sérgio Garcia Ramírez conceitua Justiça Restaurativa como:

Uma variedade de práticas que buscam responder ao crime de um modo mais construtivo que as respostas dadas pelo sistema punitivo tradicional, seja retributivo, seja reabilitador. Com um risco de excesso de simplificação, poderia dizer-se que a filosofia deste modelo se resume em três ‘R’: Responsibility, Restoration and Reintegrations (responsabilidade, restauração e reintegração). Responsabilidade do autor, desde quando cada um deve responder pelas condutas que assume livremente; restauração da vítima, que deve ser reparada, e deste modo sair da sua posição de vítima; reintegração do infrator, restabelecendo-se os vínculos com a sociedade já que esta também sofre com o delito .

O âmbito da Justiça Restaurativa alargou ainda mais as suas perspectivas com a inclusão do modelo terapêutico, profundamente reformado, sob a inspiração de Albert Eglash , psicólogo americano, que ao término dos anos 50, trabalhando com programas dos Alcoólatras Anônimos, e visando restaurar as injustiças causadas aos terceiros, estabeleceu a “restituição criativa”, buscando desenvolver a transformação pessoal e a recuperação dos ofensores.

Albert Eglash, foi quem em 1975, conceituou, pela primeira vez Justiça Restaurativa, originando-se este conceito, da sua antiga noção de “restituição criativa” ou “restituição guiada”, referindo-se “à reabilitação técnica onde cada ofensor, debaixo de supervisão apropriada, é auxiliado a achar algumas formas de pedir perdão aos que atingiu com sua ofensa e a ‘ter uma nova oportunidade’ ajudando outros ofensores” .

Eglash, também, conseguiu iniciar a delimitação das práticas de Justiça Restaurativa, para aplicação na justiça penal, identificando três modelos de justiça: uma justiça distributiva, que objetiva impor ao infrator um tratamento; uma justiça punitiva, que se concentra na imposição de castigos ao delinquente, e uma

justiça recompensadora, que visa a restituição, através da responsabilização do infrator.

Não deve esse aspecto terapêutico da Justiça Restaurativa, ser confundido com o modelo reabilitador de justiça, identificado por Lode Walgreve . O modelo reabilitador é apoiado, unicamente, sobre o indivíduo delinquente, e procura adaptá-lo através de um tratamento, sem dispensar qualquer atenção à vítima, aos seus familiares ou aos familiares do próprio ofensor, ou mesmo, à comunidade que sofreu com a ocorrência dos fatos.

O viés terapêutico da Justiça Restaurativa é aplicado em termos de política-criminal, como contraponto ao modelo tradicional de justiça, quando este estabelece punições dirigidas às classes dos delitos considerados “sem vítimas”. A inserção é feita, vinculada ao Poder Judiciário, contribuído para um melhor desempenho de suas finalidades, através de programas socioeducativos, com medidas que Jaccoud, justifica como uma aplicação, em que “o sistema de justiça, mantendo seu caráter coercitivo, substitui a finalidade punitiva da sanção por uma finalidade restaurativa” .

Possibilita, assim aos infratores, por meio do programa, desenvolver características pessoais que busquem a superação necessária à reparação dos danos causados à coletividade e não apenas sofrer uma punição abstrata e impessoal. Não se constitui, portanto, em um tratamento nos moldes individualizados, ensejados pelo modelo reabilitador, mas, na aplicação de técnicas coletivas que conduzem os infratores a um benefício para si e sua família, visando melhor entendimento dos seus atos e a contextualização com a realidade do seu tempo e do seu espaço social, com vista a uma melhor performance pessoal, no futuro. Daí porque, esse viés terapêutico da Justiça Restaurativa, sofre críticas por, supostamente, conceder pouca atenção às vítimas e limitar o seu atendimento aos ofensores.

Tudo isso nos permite afirmar que o conceito de Justiça Restaurativa é um conceito ainda em aberto. Justifica-se, pois, deslocar o foco da sua análise conceitual para as finalidades propostas por cada modelo de experiência prática já implantado, na tentativa de tornar possível estabelecer diferenças entre as concepções existentes, identificando as suas possibilidades de desenvolvimento, especialmente, no seio estatal, quando mantida pelo Poder Judiciário.

Francisco Amado Ferreira adverte, ao se referir, também, a essa amplitude conceitual da Justiça Restaurativa, que em Portugal, os modelos operativos estabelecem de forma diversa a participação das partes interessadas nas suas ações. As partes assumem, muitas vezes, papéis ativos, e em outros modelos, fazem meras intervenções, ou ainda, sequer marcam presença nos trabalhos desenvolvidos. Alguns modelos, por exemplo, são integrados, além do mediador, pela vítima, o ofensor, as suas famílias, os amigos, vizinhos, colegas de trabalho e de escola, pelos

membros de instituições esportivas ou religiosas a que pertençam. Outros modelos incluem representantes das áreas de segurança pública, da área educacional, das autoridades judiciárias ou dos conselhos tutelares e comunitários, sendo assim, “uma justiça tendencialmente comunitária”.

Afirma, ainda, Ferreira que a Justiça Restaurativa amplia a atuação, aspergindo:

Propriedades curativas ou restauradoras e reconstrutivas que se mostram desconhecidas do sistema estadual de justiça. A idéia restaurativa assume aqui, portanto, um sentido bastante amplo, que vai desde a restauração da paz pública e da normalização das relações sociais até à recuperação de status quo econômico da vítima anterior à ofensa, passando pela sua reabilitação psico-afetiva .

Ademais, ressalta Amado Ferreira, que o sentido da reparação na Justiça Restaurativa, para além do nível jurídico visado pelo processo tradicional, alcança uma dimensão emocional, em que o pedido de desculpas por parte do agressor, o aperto de mãos ou um abraço entre as partes, tem pleno significado e restabelece a esperança, criando oportunidades de sinceros arrependimentos, de perdão e de reconciliação com a vítima.

André Gomma de Azevedo aponta para a existência de conceitos mais restritos ou mais amplos de Justiça Restaurativa, e dessa fusão de correntes, fazendo uso das suas próprias definições, gerou o conceito seguinte:

Proposição metodológica por intermédio da qual se busca, por adequadas intervenções técnicas, a reparação moral e material do dano, por meio de comunicação efetiva entre vítimas, ofensores e representantes da comunidade voltadas a estimular: i) a adequada responsabilização pelos atos lesivos; ii) a assistência material e moral de vítimas; iii) a inclusão de ofensores na comunidade; iv) empoderamento das partes; v) a solidariedade; vi) o respeito mútuo entre vítima e ofensor; vii) a humanização das relações processuais em lides penais; e viii) a manutenção ou restauração das relações sociais subjacentes eventualmente preexistentes ao conflito.

Essa amplitude conceitual da Justiça Restaurativa levou John Braithwaite a identificar uma finalidade institucional, caracterizando-a como possuidora de um caráter instrumental que adiciona eficiência na reação ao crime. Ademais, por substituir o controle penal formal por meios exitosos e medidas menos custosas, são estas melhor aceitas pelo ofensor, tendo assim, maior legitimidade entre as partes envolvidas nos conflitos penais. Isto permite uma participação mais au-

têntica na resolução das lides, estimulando o respeito à lei e ao cumprimento dos acordos firmados perante a Justiça, que ganha com isso maior credibilidade.

Na concepção de Howard Zehr que, igualmente, reconhece esta finalidade institucional da Justiça Restaurativa, esta tem sido entendida sob um aspecto religioso e espiritualizado, e busca firmar-se como um mecanismo destinado a introduzir valores mais humanitários no sistema de justiça criminal. Conforme analisa Zehr, se o crime é um ato lesivo, a justiça deve reparar a lesão e buscar a cura. Deve assim, ter como primeiro objetivo reparar e curar as vítimas.

Como segundo objetivo, a reconciliação entre a vítima e o ofensor (cura do relacionamento), sem esquecer as necessidades deste, embora enfatize a sua responsabilização, que pode significar mudança e cura, com o reconhecimento do erro cometido e o arrependimento.

Daí porque, o Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquentes – ILANUD, ao apresentar o Relatório Final de Avaliação sobre as experiências práticas brasileiras de Justiça Restaurativas, conforme relatam Mariana Raupp e Juliana Cardoso Benedetti, identifica, também, esta finalidade institucional que representa “um aprimoramento institucional dos órgãos estatais na tarefa de persecução do crime e do ato infracional”, e ainda, “um acréscimo de eficiência e uma maior dose de humanidade à Justiça Penal”.

Também aponta o relatório, para uma finalidade político-criminal da Justiça Restaurativa, representando uma valiosa ferramenta de intervenção social.

Segundo Renato Sócrates Gomes Pinto, a Justiça Restaurativa implementa uma abordagem holística e relacional ao conflito que cerca o fato delituoso, constituindo-se numa concepção ressignificada e ampliada de justiça.

Esta finalidade político-criminal da Justiça Restaurativa, no debate criminológico, transcende as ideologias repressiva e sociológica da criminalidade, situando-se em um ângulo conceitual próprio, não se confundindo com a criminologia clássica, pois esta se apega ao sistema formal e convencional de Justiça Criminal retributiva/distributiva, além de ser atrelada a defesa social e ao movimento “lei e ordem”.

Também não se confunde a finalidade político-criminal da Justiça Restaurativa, com a criminologia crítica que propõe um direito penal mínimo com fortes elementos garantistas e ressocializadores, ou com o abolicionismo, que preconiza o fim da criminalização e da penalização, ou da mesma forma, com a racionalidade penal moderna, como explica Jonny Maikel dos Santos :

A Justiça Restaurativa se afasta dos dilemas da racionalidade penal moderna (que é centrada na pena aflictiva e na punição, sem valorizar a solução do con-

flito interpessoal, a reparação do dano ou a participação dos interessados), mas se concentra na ilusão de solucionar a agressão ao Estado e aplicar uma pena imposta pela norma, principalmente, uma sanção aflitiva.

3 CONCLUSÃO

De todas estas concepções e estes conceitos, pode ser extraída, como característica marcantes da Justiça Restaurativa, não só a possibilidade de ensinar a realização de um diálogo democrático, sincero e participativo entre as partes principais e secundárias envolvidas no delito, como também, e, principalmente, a concreta realização de um acordo restaurativo. Este representará a manifestação de vontades solidárias, objetivando restabelecer encontros, proporcionar a reparação total de todos os danos sofridos e a reintegração e inclusão às suas comunidades, de todos que sofreram as consequências do delito, evitando a exclusão e o encarceramento na resolução de conflitos na área penal.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma de. O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: Uma Breve Apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição Penal. In.: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). Justiça Restaurativa. Brasília – DF: Ministério da Justiça e PNUD. 2005. p. 140.

AZEVEDO, Rodrigo G. de. O Paradigma Emergente em seu Labirinto: Notas para o Aperfeiçoamento dos Juizados Especiais Criminais. In.: WUNDERLICH, Alexandre e CARVALHO, Salo de (Org.) Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2005. p. 111.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar. 2000. p. 31.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004. p. 5, 48 a 61 e 9.

BRAITHWAITE, John and ROCHE, D. Responsibility and Restorative Justice.

In: BAZEMORE, G. and SCHIFF, M. Restorative Community Justice: Repairing Harm and Transforming Communities. New York: Anderson Publications, 2011.

BROWN apud CHISTOPHER MORE, El processo de mediación. Barcelona: Garnica, 1995, p. 54, apud FERREIRA, Francisco Amado. Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidade e Instrumentos. Coimbra: Coimbra Editora. 2006. p. 46.

CARRANZA, Elías (Coord.). Cárcere e Justiça Penal na América Latina e Caribe. Brasília: ILANUD/Ministério da Justiça. 2010. p. 60 a 74.

CAPPI, Riccardo. Justiça Restaurativa à Luz da Criminologia Moderna: um novo “modo de pensar” a justiça penal? In: Curso de Capacitação de Facilitadores para Justiça Restaurativa, Mediação Penal, Prevenção da Violência e Direitos Humanos. 12.º 2013. Extensão de 2.º Juizado Especial Criminal do Largo do Tanque. Salvador. 2013.

ELENA LARRAURI apud SALIBA, Marcelo Gonçalves. Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo. Curitiba: Juruá, 2009, p. 145.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. Lições de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense. 1994. p. 32.

FERREIRA, Francisco Amado. Justiça Restaurativa Natureza, Finalidades e Instrumentos. Coimbra: Coimbra. 2006. p. 55 a 65, 153.

GOMES PINTO, Renato Sócrates. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). Justiça Restaurativa. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Para o Desenvolvimento – PNUD. 2005. p. 28.

JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa. In.: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). Justiça Restaurativa. Brasília – DF: Ministério da Justiça e PNUD. 2005. p.163 a 182.

JOHN BRAITHWAITE apud PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da Teoria à Prática. São Paulo: IBCCRIM. 2009, p. 61 e seg.

LODE WALGRAVE apud PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da Teoria à Prática. São Paulo: IBCCRIM. 2009. p. 153.

MARSHALL, Chis; BOYACK, Jim; BOWEN, Helen. Como a Justiça Restaurativa assegura a boa prática – Uma Abordagem Baseada em Valores. In.: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). Justiça Restaurativa. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. 2005. p. 270 a 276.

MORRIS, Alisson. Criticando os Críticos. Uma Breve Resposta aos Críticos da Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). Justiça Restaurativa. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Para o Desenvolvimento – PNUD. 2005. p. 439 a 464.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução do Conselho Econômico e Social nº 2002/12, de 24 de julho de 2002. Princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal. Disponível em: <<http://justicarestaurativaemdebate.blogspot.com.br/2008/07/resolucao-200212-do-conselho-economico-e.html>> Acesso em: 01 mai 2013.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da Teoria à Prática. São Paulo: IBCCRIM. 2009. p. 55 a 69, 153.

RAUPP, Mariana; BENEDETTI, Juliana Cardoso. Implementação da Justiça Restaurativa no Brasil: Uma Avaliação dos Programas de Justiça Restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre. Revista Ultima Ratio, ano 1, n.º 1. Leonado Sica (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

ROUANET, Sérgio Paulo. As Razões do Iluminismo. São Paulo: C. Letras. 1987. p. 229.

ROXIN, Claus. Problemas Fundamentais de Direito Penal. Lisboa: Vega. 3.ª edição. 2004. p. 50 e 51.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo. Curitiba: Juruá. 2009. p. 144 e 145.

SANTANA, Selma Pereira de. Justiça Restaurativa A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 10 e 79.

SANTOS, Jonny Maikel dos. *Justiça Restaurativa: Aspectos Teóricos e Análise das Práticas do 2.º Juizado Criminal do Largo do Tanque – Salvador, Ba.* 2014. 133 f. Dissertação (Mestrado Profissional de Segurança Pública, Justiça e Cidadania). Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia. Salvador. 2014. p. 22.

SCURO, Pedro. Modelo de Justiça para o Século XXI. *Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região*. V. 6. nº 1. 2003. Rio de Janeiro: p. 215 a 232. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7359> . Acesso em: 26 jan. 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo. 2012. p. 189.

SICA, Leonardo. Bases para o Modelo Brasileiro de Justiça Restaurativa. *Revista do Ministério Público Militar*. Ano 36, nº 21 (abr. 2010). Brasília: Procuradoria Geral de Justiça Militar. 2010. p. 411 a 449.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume -Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan. 2003.

ZEHR, Howard. *Trocando as Lentes: Um Novo Foco sobre o Crime e a Justiça*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena. 2008. p. 28.

