



Amazon's Research and Environmental Law

**PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DO INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE
RONDÔNIA/FACULDADES ASSOCIADAS DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)
PERIÓDICO INDEXADO NOS DIRETÓRIOS DOS SISTEMAS
DIADORIM, LATINDEX, LIVRE, ENTRE OUTROS**

Vol. 3, número 2, Direito Público Contemporâneo
Mai. 2015
ISSN 2317-8442

Arel Faar, Rondônia, v. 3, número 2, p. 1-127, mai. 2015.

**PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DO INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE
RONDÔNIA/FACULDADES ASSOCIADAS DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)**

DIRETORIA INSTITUCIONAL

Diretor Presidente

Ivanilde José Rosique

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes
Ariquemes - Rondônia - Brasil

Coordenadora Pedagógica

Marli Oliveira Silvestre

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes
Ariquemes - Rondônia - Brasil

Coordenadora Acadêmica

Elenice Cristina da Rocha Feza

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes
Ariquemes - Rondônia - Brasil

Biblioteca Acadêmica

Valéria Botelho

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes
Ariquemes - Rondônia - Brasil

CONSELHO CIENTÍFICO TÉCNICO

Editora Chefe

Prof.^a Dra. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes

Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa - Ariquemes - Rondônia - Brasil

Editora Adjunta - Revisão Editorial

Prof.^a MSc. Rossana Marina De Seta Fisciletti

(suspensa de suas atividades nesta edição)

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes

Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa - Ariquemes - Rondônia - Brasil

Revisão em Língua Portuguesa e da padronização das normas da ABNT

Prof.^a MSc. Jakline Brandhuber Moura

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes

Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa - Ariquemes - Rondônia - Brasil

Revisão em Língua Estrangeira

Prof. Gary Cohen

*Prestador de Serviços do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades
Associadas de Ariquemes Departamento da Coordenação de Extensão e*

Pesquisa - Ariquemes - Rondônia - Brasil

Projeto de Capa e Diagramação

Jorge Raul de Souza

*Prestador de Serviços do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades
Associadas de Ariquemes Departamento da Coordenação de Extensão e*

Pesquisa - Ariquemes - Rondônia - Brasil

CONSELHO CIENTÍFICO TÉCNICO

Profa. Dra. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes - Presidente

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes

Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa - Ariquemes - Rondônia - Brasil

Prof. Dr. David Augusto Fernandes - Vice - Presidente

Universidade Federal Fluminense - Campus Macaé

Instituto de Ciências da Sociedade - Departamento de Direito

Macaé - Rio de Janeiro - Brasil

Prof. Dr. Demócrito Ramos Rinaldo Filho

Instituto de Política e Direito da Informática

Centro de Pesquisas e Estudos de Casos

Departamento de Novas Tecnologias no Direito

Recife - Pernambuco - Brasil

Prof. Dr. Cássio Machado Cavalli

Escola de Direito do Rio de Janeiro

Vice-Diretoria de Pós-Graduação e Pesquisa - Departamento do Programa de Pós

graduação strito sensu em Direito - Rio de Janeiro - Rio de Janeiro - Brasil

Prof. David Ritchie - PhD

Walter F. George School of Law

School of Law and Philosophy - Department of International Initiatives

Macon - Georgia - United States

Profa. Dra. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva

Universidade Estácio de Sá

Vice-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa - Departamento do Programa de Pós gradu-

ação strito sensu em Direito - Rio de Janeiro - Rio de Janeiro - Brasil

Prof. Muruga Ramaswamy - PhD

University of Macau

Faculty of Law - International Law Department: LLM International Law

Taipa - Macau - China

Prof. Pablo Jiménez Serrano

Centro Universitário Salesiano de São Paulo

Vice-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa

Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito

São Paulo - São Paulo - Brasil

Prof. Dr. Rômulo Silveira da Rocha Sampaio

Escola de Direito do Rio de Janeiro

*Vice-Diretoria de Pós-Graduação e Pesquisa - Departamento do Programa de Pós
graduação strito sensu em Direito - Rio de Janeiro - Rio de Janeiro - Brasil*

Prof. Dr. Valfredo de Andrade Aguiar Filho

Universidade Federal da Paraíba - Campus I

Centro de Ciências Sociais Aplicadas - Departamento de Ciências Jurídicas

João Pessoa - Paraíba - Brasil

**PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DO INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE
RONDÔNIA/FACULDADES ASSOCIADAS DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)**

Os direitos de publicação desta Revista Científica são do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR).

A Revista Científica é um dos veículos de divulgação científica do
Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito.

Os textos publicados na Revista Científica são
de inteira responsabilidade de seus autores.

Endereço para correspondência, convênios e permutas:

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes
(IESUR/FAAR)

Endereço: Av. Capitão Silvio, n.º. 2738, Grandes Áreas

Ariquemes - Rondônia - Brasil

CEP: 78932-000

Telefone: (69) 3535-5008 - Fax: (69) 3535-5005

E-mails: claudianunes@faar.edu.br, crpn1968@gmail.com e rossanafisciletti@gmail.com

PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DO INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE RONDÔNIA/FACULDADES ASSOCIADAS DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)

Esta publicação periódica é distribuída nos termos da licença Creative Commons Atribuição. Uso não comercial - vedada a criação de obras derivadas 3.0 Brazil (by-nc-nd). O leitor tem o direito de:

Compartilhar – copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato

O licenciante não pode revogar estes direitos desde que você respeite os termos da licença. De acordo com os termos seguintes:

Atribuição – É obrigatório fazer a atribuição do trabalho, da maneira estabelecida pelo autor ou licenciante (mas sem sugerir que este o apoia, ou que subscreve o seu uso do trabalho).

Não Comercial – Você não pode usar o material para fins comerciais.

Sem Derivações – Se você remixar, transformar ou criar a partir do material, você não pode distribuir o material modificado.

Sem restrições adicionais – Você não pode aplicar termos jurídicos ou medidas de caráter tecnológico que restrinjam legalmente outros de fazerem algo que a licença permita.

Qualquer utilização não prevista nesta licença deve ter prévia autorização por escrito da Editora.

**Revista AREL FAAR - *Amazon's Research and Environmental Law*, v. 3,
número 2 - Rondônia: IESUR, 2015. 127 p.**

ISSN 2317-8442

Direito - Periódicos. Quadrimestral. Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR). Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito (NUPES/DIR).

**CDD 341
CDU 342 (81)**

SUMÁRIO

Editorial.....	4
-----------------------	----------

Artigos

Os direitos humanos e fundamentais da criança e os objetivos do milênio: avanços e desafios no olhar do estado e da sociedade civil brasileira.....	6
---	---

The fundamental human rights of the child and the millennium development aims: progress and challenges of government and brazilian civil society

Renata Guimarães Franco

Panorama contemporâneo da legitimação extraordinária dos sindicatos no processo trabalhista e na ação de cumprimento.....	25
---	----

Panorama of contemporary legitimation extraordinary of union in the labor procedure and the collective action

Zoraide Amaral de Souza

A confiança na qualidade de elemento integrador do contrato consumerista e sua aplicabilidade aos princípios do código de defesa do consumidor.....	42
---	----

Confidence as the integrator quality element consumerist and the applicability in principles of consumer code

Rossana Marina de Seta Fisciletti

Empresa individual de responsabilidade limitada: aspectos práticos.....	56
---	----

Individual Enterprise Limited Liability: practical aspects

Tomás Antônio Albuquerque de Paula Pessoa Filho

O brasil e a síndrome do “bolo de caneca” na implantação de políticas públicas.....	80
---	----

The country brazil and the syndrome “mug cake” in implementation of public policies

Rosana Marques Neto

A possibilidade do efeito modificativo da guarda quando da Transferência do local de trabalho de um dos pais como elemento de sustentabilidade para a nova família brasileira.....	90
--	----

The possibility of amending effect guard when the transfer of the parent work as an element of sustainability for the new Brazilian family

Maria Pia Rômulo Martins

INFORMAÇÕES SOBRE A REVISTA CIENTÍFICA AREL FAAR - Amazon's Research and Environmental Law.....	118
---	-----

EDITORIAL

Prezados Senhores,

Apresenta-se o número 2 do volume 3 no ano de 2015 da Revista Científica AREL FAAR - Amazon's Research and Environmental Law - publicação online quadrimestral do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes - IESUR/FAAr – que tem por missão Publicar estudos e pesquisas inéditas realizadas na área do Direito, preferencialmente no escopo da linha editorial, visando disseminar conhecimento científico jurídico.

Destina-se a contribuir para divulgação do conteúdo colaborador e atualizar o conhecimento jurídico do leitor. Apresenta na edição, cinco artigos nacionais, todos em português, seguindo as linhas editoriais “Sociedade, Empresa e Sustentabilidade” e “Direitos Fundamentais e suas Dimensões”, constituídas formalmente em dezembro do ano de 2012 e 2013, respectivamente, após serem aprovadas no Conselho Superior do IESUR/FAAr (CONSUP).

Todos os artigos científicos foram, depois de recebidos, submetidos aos avaliadores pelo método double blind, ou seja, todos os trabalhos foram analisados por 02 (dois) pareceristas “ad hoc”, bem como pelos membros do Conselho Editorial, em colegiado.

O número 2 do volume 3 foi organizado na plataforma OJS, pelo Conselho Editorial Técnico do IESUR/FAAr iniciando o volume 3 com 6 artigos de qualidade de autores de três regiões do país.

A Revista possui o International Standart Serial Number (ISSN nº 2317-8442) está indexada regionalmente - na Biblioteca do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes -, nacionalmente - no Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas (SEER) e no portal Diadorim, ambos do Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT) - e internacionalmente LATINDEX. Vale ressaltar que, no momento a Revista está aguardando

a indexação da plataforma DOAJ - Directory of Open Access Journals – que é um diretório eletrônico indexador de Revista que submetem os artigos aos avaliadores pelo método double blind e apresentará seus dados para cadastramento como estrato Qualis.

A partir de 2015, as edições da AREL passam a contar com a indexação DOI. A infraestrutura do sistema DOI é definida pela norma ISSO 26324, denominada Information and documentation: digital object identifier system, e é promovida pela International DOI Foundation (IDF). O endereço DOI é atribuído a um objeto de forma permanente a uma propriedade intelectual, através de um link na rede que remete às suas informações atualizadas, assegurando-lhe credibilidade, com a vantagem de ligar os usuários aos conteúdos dispostos pelos editores, gerenciando a comunicação por meio de uma rede que possibilita, inclusive, o acompanhamento das citações dos artigos.

A AREL FAAR tem seu próprio DOI® (digital object identifier): 10.14690/2317-8442. Os autores poderão fazer o registro no Currículo Lattes utilizando o DOI® individual de sua produção, informação que consta no rodapé de cada artigo publicado no portal, ressaltando que esse link vincula o artigo ao ano de 2015.

Todo o conteúdo da Revista Científica está sob Licença Creative Commons, que reveste de segurança as informações, protege os direitos autorais e facilita o acesso e utilização pelos seus leitores.

Convidam-se os interessados a fazerem parte da relação de autores da Revista Científica AREL FAAR - Amazon's Research and Environmental Law. Para isso, basta conferir a CHAMADA PARA PUBLICAÇÃO no fim desta edição e conhecer as DIRETRIZES PARA AUTORES, acessando o ícone SOBRE do portal da Revista Científica Eletrônica, local onde deverá submeter seu artigo.

Boa leitura!

Prof. Ph.D Cláudia Ribeiro Pereira Nunes

Editora Chefe

Revista AREL FAAR

OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E OS OBJETIVOS DO MILÊNIO: AVANÇOS E DESAFIOS DO ESTADO E DA SOCIEDADE CIVIL BRASILEIRA

THE FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS OF THE CHILD AND THE MILLENNIUM DEVELOPMENT AIMS: PROGRESS AND CHALLENGES OF GOVERNMENT AND BRAZILIAN CIVIL SOCIETY

Renata Guimarães Franco¹

Doutora em Direito

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/

Faculdades Associadas de Ariquemes, Rondônia (RO) - Brasil

RESUMO: A Declaração do Milênio das Nações Unidas de 2000 representou um amplo compromisso envolvendo 190 países em torno de oito metas ou objetivos considerados primordiais para a erradicação da pobreza extrema e suas consequências até este ano de 2015. O presente artigo pretende tecer considerações acerca do alcance das metas pelo Estado Brasileiro no que tange às metas relacionadas à efetivação dos direitos humanos fundamentais da criança utilizando-se para isso de índice e informações colhidos em documentos oficiais do governo brasileiro, mas também em instrumentos de monitoramento e fiscalização de entidades da sociedade civil sobre a temática.

PALAVRAS-CHAVE: Objetivos de desenvolvimento do Milênio. Direitos Humanos Fundamentais da Criança. Políticas Públicas nacionais.

ABSTRACT: The 2000 United Nations Millennium Declaration represents a broad commitment involving 190 countries around eight goals or considered paramount

¹Graduada, Mestre e Doutora em Direito. Pesquisadora convidada do Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito - NUPES/DIR do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdade Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR). O artigo é uma produção bibliográfica da Linha de Pesquisa e do Eixo Temático do NUPES/DIR do IESUR/FAAR, além de se inserir na Linha Editorial da Revista: Direitos Fundamentais e suas dimensões. Pesquisa financiada pelo IESUR/FAAR. Advogada. E-mail: renatagfranco@hotmail.com

goals to eradicate extreme poverty and its consequences until year 2015. This article intends to make an observations about the range the goals by the Brazil government related to the realization of fundamental human rights of the child using it to index and information collected from official documents from the Brazilian government, but also in monitoring instruments of civil society organizations.

KEY WORDS: 2000 United Nations Millennium Declaration. Fundamental human rights of the child. Public Policies.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Declaração do Milênio das Nações Unidas de 2000 representou um amplo compromisso envolvendo 190 países em torno de oito metas ou objetivos chamados por este documento de considerados primordiais para a erradicação da pobreza extrema e suas consequências até este ano de 2015. O presente artigo pretende tecer algumas considerações acerca do alcance das metas pelo Estado Brasileiro no que tange às metas relacionadas à efetivação dos direitos humanos fundamentais da criança utilizando-se para isso de índice e informações colhidos em documentos oficiais do governo brasileiro, mas também em instrumentos de monitoramento e fiscalização de entidades da sociedade civil sobre a temática.

Muito antes da simbiose que se construiu entre conscientização e “modismo” que ronda a utilização das chamadas ecobags (bolsas reutilizáveis, normalmente confeccionadas em algodão, materiais recicláveis como garrafas pet ou mesmo outros materiais considerados ecologicamente corretos), não era incomum ver impresso nas sacolas de supermercado os chamados oito objetivos ou metas do milênio, em um processo de chamamento à responsabilidade de todos os indivíduos por um futuro em que o desenvolvimento estivesse mais atrelado à sustentabilidade do que à pobreza e às desigualdades.

Esses objetivos tinham o escopo de reunir os países, principalmente os mais poderosos, em torno de ações de cooperação que deveriam estar presentes não só na pauta internacional, mas também nas agendas dos Sistemas Regionais de proteção dos Direitos Humanos e concretizadas por meio de políticas públicas em âmbito nacional. Os objetivos são os seguintes: 1) Erradicar a extrema pobreza e a fome; 2) Atingir o ensino básico universal; 3) Promover a igualdade entre os sexos e a

autonomização da mulher; 4) Reduzir a mortalidade infantil; 5) Melhorar a saúde materna; 6) Combater o HIV/ AIDS, a malária e outras doenças; 7) Garantir a sustentabilidade ambiental e 8) Criar uma parceria mundial para o desenvolvimento. Além desses objetivos, também foram estabelecidos indicadores e metas (variáveis conforme determinados contextos, conforme veremos mais adiante) para servir como norte ao amplo conjunto de ações a serem implementadas.

O presente ano de 2015 foi posto como ponto fatal para o cumprimento dos objetivos definidos quando comemorávamos e nos ressabiávamos com o alvorecer de um novo século e de um novo milênio. Por esta razão, mais do que importante, se mostra imperativo revisitar o tema, seja pelos aplausos de êxito seja pelo silêncio do que não se conseguiu alcançar.

O artigo em questão possui o objetivo mencionado no que tange às ações (exitosas ou não) empreendidas pelo governo brasileiro neste período, trazendo em seu bojo dois componentes específicos: o primeiro deles trata de examinar o cumprimento dos objetivos diretamente relacionados com os direitos da criança a serem efetivados, sejam aqueles reconhecidos internacionalmente, sejam aqueles constitucionalizados e positivados na legislação especial pertinente, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), verificando os esforços do governo para tal. O segundo pretende, conjuntamente com os dados governamentais, observar o posicionamento das entidades da sociedade civil brasileira relacionadas à proteção e defesa dos direitos da criança, os consensos e contradições que permeiam o olhar das mesmas no que tange ao posicionamento governamental manifestado internacionalmente por meio de relatórios e estudos apresentados, revelando a necessidade de uma continuidade no projeto de cooperação internacional envolvendo desenvolvimento sustentável e erradicação da pobreza, que vem sendo chamado pela Organização das Nações Unidas de Agenda Global pós 2015.

Assim, abordaremos a temática pretendida em três momentos distintos. No primeiro deles, teceremos de maneira mais detalhada o contexto de realização de Conferências e da elaboração da chamada Declaração do Milênio, em 2000, procurando melhor elucidar seus valores e princípios e a intensa interlocução com a proteção dos direitos humanos e com o alicerce da dignidade da pessoa humana e, mais especificamente com os direitos humanos da criança. Em um segundo momento, abordaremos algumas considerações e informações expostas em índices e números que expressariam não só o cumprimento, mas a superação de alguns objetivos e metas, mas os esforços que trouxeram consideráveis melhorias em ques-

tões atinentes aos demais objetivos. Por fim, em um terceiro momento, traremos à tona alguns dos olhares de entidades da sociedade civil construídos a partir dos posicionamentos do Estado brasileiro, a fim de perceber os desafios que estão por vir, após a expiração deste prazo, que, com certeza, deverá ser revisto por toda a comunidade internacional, alguns deles já delineados na Agenda Global pós 2015, com o estabelecimento de novos compromissos e metas.

1. A DECLARAÇÃO DO MILÊNIO DAS NAÇÕES UNIDAS, OS OBJETIVOS E METAS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA: UMA APROXIMAÇÃO DE TERMOS, OBJETIVOS E COMPROMISSOS.

Nas últimas décadas do século XX, vivenciamos um intenso processo de ressignificação de inúmeros termos pertinentes tanto à Teoria Política quanto a ramos específicos de direito. As idéias de soberania, democracia e cidadania começam a ter novos delineamentos, assim como no Direito algumas noções clássicas e tradicionais como a de supremacia do interesse público sobre o privado também passam a ser relativizadas, dados a intensificação das parcerias entre entes privados e a Administração Pública e o incremento da participação da chamada sociedade civil, também dotada de novos significados.

No entanto, é no campo das transformações sociais e econômicas que podemos melhor situar a questão da elaboração do instrumento internacional em questão. A chamada globalização econômica e a revolução causada com o avanço da velocidade de disseminação da comunicação e inovações tecnológicas não foram capazes de gerar um modelo de desenvolvimento com equidade. O que podemos verificar ao desvelar este cenário, ao contrário, é a disseminação das desigualdades regionais e da pobreza, bem como a violação sistemática de Direitos Humanos, muitos deles intimamente ligados ao chamado mínimo existencial², núcleo concretizador do princípio constitucionalizado em nosso ordenamento jurídico como fundamento no art. 1º, inciso III da constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve ser observada por todas as demais legislações nacionais, sob

²De acordo com as colocações de Ingo Sarlet (2004), quando se refere à dignidade humana e à tentativa de conceituar a expressão “mínimo existencial”, insiste nas controvérsias acerca da mesma, mas o entende como um direito fundamental concernente não somente a um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência da vida humana mas a colocação da dignidade como um mínimo vital, ressaltando a dificuldade existente em fixar abstratamente o seu conteúdo.

pena de afronta a nossa lei maior. Já o título II da Constituição de 1988 ressalta os direitos e garantias fundamentais, incluindo entre eles aqueles reconhecidos pelo Brasil em Tratados e Convenções Internacionais.

Deste modo, o documento inaugural do compromisso de cooperação internacional para manutenção da paz e proteção dos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU consolida o reconhecimento da existência, para qualquer indivíduo integrante da “família humana”, direitos necessários à sua sobrevivência como garantia à sua dignidade em todos os aspectos e garantir a limitação de poder e o pleno desenvolvimento da personalidade humana (MORAES, 2011, p. 2). Assim,

A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalte-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral (MORAES, 2001, p.3).

De todo o modo, a extrema pobreza, a fome, as desigualdades sociais, a falta de políticas públicas e a insuficiência no acesso de direitos sociais como educação e saúde não são uma exclusividade de realidade brasileira, mas se trata de um problema de segurança global que começa a fazer parte da agenda de inúmeros países dada a situação de privação enfrentada por grande parte da população mundial. Daí o surgimento de um compromisso corporificado, após discussões entre países, na chamada Declaração do Milênio realizada no mês de setembro de 2000. Este documento carrega em si um grande peso: o de trazer liberdade real a todas as pessoas imersas nesta amarga realidade de privações e pobreza.

A construção de uma estratégia para enfrentar estas questões se estabeleceu na estipulação de compromissos a serem cumpridos pelos países em um prazo de 15 anos (até o presente ano de 2015), o que ficou conhecido como “objetivos de Desenvolvimento do Milênio” ou “Metas do Desenvolvimento do Milênio”, que traduzem, em cada uma delas, as próprias aspirações de proteção e efetivação dos direitos humanos, notadamente os atrelados diretamente à dignidade humana. Assim, oito metas foram definidas pelos Estados almejando progressos na articulação de desenvolvimento sustentável e redução da pobreza extrema, já mencionadas no corpo deste texto (ONU, 2014).

Como será possível perceber de maneira mais clara a partir da anúncio dos números provenientes dos estudos e relatórios realizados tanto pelo governo quanto por entidades da sociedade civil brasileira, obtivemos progressos substanciais e “cumprimos” algumas das metas especificadas nos ODM, principalmente no que tange ao acesso à água limpa e acesso das crianças ao ensino fundamental, o que não significa, absolutamente, que todas as crianças e que todas as metas foram alcançadas pelas ações governamentais.

É importante ressaltar, nesse sentido, que a preocupação específica com o efeito do alcance das metas no que concerne à efetivação dos direitos da criança restou manifestada na Sessão Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas de 2002. Quando o Brasil e outros países assinaram um documento, chamado de “Um mundo para as Crianças (MPC)” com novos compromissos, com um conjunto de metas voltadas para melhoria das condições de vida das crianças e adolescentes interna e internacionalmente. Trata-se de objetivos relacionados à adoção de políticas sociais voltadas para as áreas de educação, saúde e, em um contexto especial, de ações preventivas e protetivas do vírus HIV.

Não se pode perder de vista que existe uma série de questões presentes na conjuntura social, econômica e política daquele momento, em nível global. O fim do século XX século XXI em sua alvorada, já convivia com um distanciamento maior entre o Norte e Sul, a presença mais intensa de organizações da sociedade civil e sua influência nos chamados fóruns multilaterais, que se tornam, assim como as Conferências, mais frequentes para tratar das questões atinentes ao desenvolvimento, discussão reconhecimento e formas de efetivação de antigos e “novos” direitos humanos, como o direito ao meio ambiente, os direitos humanos das mulheres, os direitos da criança, os direitos das pessoas com deficiência, os direitos dos povos indígenas, entre outros (MOREL, 2004).

As dificuldades e desafios persistentes, que podem ser verificados nas ações não tão vitoriosas provenientes dos programas de ajustes na África, visando a cooperação para o desenvolvimento do continente, levam a um redimensionamento teórico das próprias discussões envolvendo os modelos de desenvolvimento existentes e as possibilidades de construção de um modelo (ou modelos) alternativos de desenvolvimento. Assim, termos como “desenvolvimento sustentável”, “sustentabilidade” e “economia verde” são diretamente articulados à temática da redução da pobreza.

Tal caminho, todavia, faz encontro com outro, materialmente implementado, mas completamente oposto a este que traçamos acima. Estamos falando da inter-

secção existente entre as preocupações acima elencadas e a construção teórica e consequente aplicação na práxis política do modelo neoliberal fruto do chamado Consenso de Washington, com suas falas de ajustamento estrutural fiscal, atividade pública voltada para resultados (inspirada na lógica empresarial privada), valorização da eficiência (aqui no Brasil erigido a Princípio Constitucional da Administração Pública, agregada ao artigo 37 da CF/88 com a edição da Emenda Constitucional n. 19/98 que cuidou justamente da Reforma Administrativa). Justamente nas nações chamadas “em desenvolvimento”, como países da África e da América Latina, tais propósitos, principalmente o de ajuste estrutural, que afeta diretamente a execução de políticas públicas, cruciais para a concretização de direitos humanos e fundamentais (MORAES, 2013).

Portanto, podemos verificar que tais medidas acabam por seguir na contramão da base dos Objetivos do Milênio (ODM), que visava ultrapassar a visão restrita que ligava a noção de desenvolvimento ao crescimento econômico. Exatamente por estas razões, antes de analisar alguns elementos sobre os resultados obtidos no Brasil, notadamente naqueles objetivos diretamente relacionados à efetivação dos direitos da criança, é extremamente relevante tecer algumas críticas ao processo de construção e definição dos objetivos, para que possamos melhor avaliar os avanços e também os desafios hoje concernentes às temáticas aqui abordadas.

De antemão, devemos mencionar que os ODM, cujo embrião teria sido gestado ainda nas reuniões realizadas pela OCDE por meio do seu Comitê de Ajuda ao Desenvolvimento em meados dos anos 90. Mais tarde, como se observou, a Declaração do Milênio, com a participação de 192 países e mais de 20 organismos internacionais traria as metas delineadas de maneira bem simplificada e efetuada a partir de problemas considerados de natureza global e exatamente por isso, não aborda quaisquer tipos de diferenças regionais, sejam elas de natureza econômica, social ou cultural entre os países participantes.

Tal questão comporta a primeira crítica às metas mencionadas, que, por não confrontar questões essenciais como os desafios pra a manutenção da paz e da segurança, as temáticas ligadas à governança e à efetivação dos direitos humanos, notadamente os de proteção especial (voltados para aqueles em situação de maior vulnerabilidade), deixariam de lado elementos constantes na Declaração do Milênio, na esperança de que sua simplificação “apressasse” sua aplicabilidade.

Esta pretensão de simplicidade dos ODM traz metas não interligadas e até mesmo distantes das temáticas das Grandes Conferências realizadas pela ONU, principal-

mente aquelas organizadas nos anos 90, como as presentes nas áreas de educação e de saúde, que se restringiam ao alcance da universalização do ensino obrigatório e da redução da mortalidade e materna infantil, concedendo aos países vinculados aos ODM apenas o cumprimento dessas metas.

A responsabilização global trazida pelas metas foi construída de forma prescritiva, alicerçada em uma estrutura de interligação entre países desenvolvidos, chamados de “doadores” e os países em que os índices relacionados às metas são pouco desenvolvidos (questão diferente de restringir esta interligação somente aos chamados países em desenvolvimento). Há, deste modo, nos ODM, quando percebido de maneira mais aprofundada, uma divisão de ações para os países chamados doadores, desenvolvidos e de outras para os países desenvolvidos, sem se estipular, no entanto, quem ocuparia cada “pólo” desta função, além de se estabelecer para a contabilização dos resultados contempladores das metas, uma perspectiva nacional, secundarizando importantes questões e problemas de raiz regional ou mesmo global, sem a devida particularização no tratamento de cada uma delas.

Um último aspecto crítico vinculado aos ODM e que será melhor vislumbrado no item seguinte, quando do trato dos resultados emitidos pelos relatórios nacionais a respeito, vincula-se às formas de monitoramento do cumprimento das metas elencadas no documento que é objeto de análise neste trabalho.

A perspectiva presente nos ODM não vislumbra questões qualitativas ou os processos elaborados ou realizados pelo Estado na busca da obtenção das mesmas, mas apenas os resultados finais, de cumprimento ou não das mesmas no prazo proposto, o que enfatiza, de certo modo, um cenário desanimador, principalmente para os países que, a despeito da implantação de políticas públicas ou programas de efetivação de direitos, alcançam a proximidade das metas, mas não o seu alvo, o que traz, de alguma forma, desprestígio às ações dos Estados envolvidos em tal situação. Além disso, os ODM padecem da mesma problemática que atinge grande parte dos compromissos no âmbito do Direito Internacional envolvendo a efetivação de direitos humanos: a ausência de um mecanismo que os vincule ou responsabilize no caso do não cumprimento das metas, fazendo com que as mesmas não fossem tratadas de forma realmente prioritária pelos países envolvidos.

Assim, a despeito da grande relevância da Declaração do Milênio e do posterior estabelecimento das metas concretizadas nos ODM, em que se estabelece um delineamento de formas globais para o tratamento da questão, com a formação de uma agenda permeada pelas noções de consenso, simplicidade e articulação entre as

ações de participativas de entidades da sociedade civil, necessário se faz verificar os sucessos e as insuficiências geradas dos processos de ações do Estado brasileiro para o cumprimento das metas em questão, diretamente relacionadas à efetivação dos direitos da criança e do adolescente.

2. AS RESPONSABILIDADES DO GOVERNO BRASILEIRO: OS AVANÇOS E DESAFIOS PRESENTES NOS NÚMEROS OFICIAIS

O apelo e participação da sociedade civil no que tange às demandas pela efetivação dos direitos da criança e do adolescente relacionadas aos ODM e melhor especificadas no documento “Um mundo para as crianças”, como já mencionamos, levou o governo brasileiro a elaborar um Plano de Ação a ser cumprido entre os anos de 2004/2007, chamado “Plano Presidente Amigo da Criança e do Adolescente (PPAC)”, apresentado durante a V Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA). O objetivo deste documento era o de traçar estratégias de políticas públicas e programas voltados para o cumprimento das metas e compromissos assumidos internacionalmente nesta seara.

Muitas entidades da sociedade civil atuantes na área e atentas aos passos do governo neste sentido, também se estruturam para a realização do monitoramento e fiscalização das ações estatais, formando a chamada “Rede Amiga da Criança”. Além da atividade de monitoramento, importantíssima para a realização de um conjunto de políticas públicas dotadas de participação e maior transparência nos resultados, a rede também se propôs a trabalhar na elaboração de indicadores e projeções de otimização das avaliações das ações do Estado, no intuito de, percebendo falhas ou falta de condições de cumprimento das metas, possam indetificá-las e realizar a tempo (até o ano de 2010, de acordo com o documento) as recomendações consideradas relevantes para a reversão deste quadro e aquisição dos resultados positivos.

A partir da análise dos dois programas em questão, o elaborado pela sociedade civil (“Um mundo para as crianças” - MPC), o programa elaborado pelo governo (“Plano Presidente Amigo da Criança e do Adolescente” - PPAC) e ainda realizando a combinação com o compromisso internacional assumido pelo Brasil (“Pacto pela Paz” - PPAZ), podemos apontar alguns elementos de intersecção, como a análise das possibilidades dos resultados propostos e de sua efetivação por meio de mapas,

gráficos e instrumentos; a valorização da participação e das percepções dos indivíduos mais importantes nestes processos: os adolescentes. Como podemos perceber, há uma tentativa de implantação de uma gestão participativa na implantação destes programas, com o objetivo de transparência das políticas públicas para as crianças e as adolescentes.

Tal forma de gestão é indispensável quando se trata da análise e compreensão de dados de um país de grandes dimensões territorial e populacional, embora esta seja a mesma razão que dificulta o envolvimento dos indivíduos na construção das múltiplas etapas que envolvem o processo de elaboração de políticas para cumprimento das metas indicadas. O programa “Um Brasil para as crianças”, por exemplo, começa seu conteúdo informativo com os dados do Censo 2000 do Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (BGE) acerca do número de crianças e adolescentes entre 0 e 17 anos no Brasil: mais de 60 milhões de pessoas, contabilizando 36% da população brasileira³.

Esse número vultoso revela as dificuldades na elaboração das políticas públicas e cumprimento das metas, ainda mais em se tratando de um país carregado de desigualdades sociais e regionais e grande diversidade cultural. Assim, nos deparamos com desigualdades relacionadas à questão de gênero, raça/etnia, acesso à educação e grau de escolaridade dos pais, necessidade de ações especiais voltadas para as crianças com deficiência. Assim, meninos e meninas, negros, brancos ou indígenas, da região Norte e Nordeste ou Sul e Sudeste corroboram a necessidade de um esforço conjunto entre Estado, sociedade e família para que a combinação de desenvolvimento com redução da pobreza extrema.

Deste modo, o Estado brasileiro, com base no PNDH-3 e no Plano Decenal dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes, elaborou e enviou a ONU, mais especificamente ao Comitê sobre os Direitos da Criança, no ano de 2014, um relatório oficial periódico acerca do cumprimento dos dispositivos da Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Este documento, baseado em oito eixos principais, quais sejam, desenvolvimento social; convivência familiar e comunitária; combate à violência; eliminação do trabalho infantil; Assistência aos Adolescentes em conflito com lei; Sistema de garantia de direitos; Acesso à Justiça; Iniciativas do Legislativo / Iniciativas de promoção de participação.

³ REDE DE MONITORAMENTO AMIGA DA CRIANÇA. FUNDAÇÃO ABRINQ - SAVE THE CHILDREN. *Um Brasil para as Crianças e os Adolescentes: a sociedade brasileira e os objetivos do milênio para a infância e a adolescência*. III Relatório. São Paulo, 2010.

No que diz respeito ao desenvolvimento social, o relatório se utiliza de dados do IPEA para mostrar que 26 de milhões de brasileiros deixaram a linha de pobreza entre 2004 e 2009 e 35 de milhões de brasileiros se integraram à classe média para reforçar os resultados das políticas públicas voltadas para o desenvolvimento. Mesmo fora do âmbito temporal do relatório, o mesmo menciona também o Plano Brasil Sem Miséria, de 2011, o Bolsa Família e o Programa Brasil Carinhoso de 2012, com políticas de asseguramento e melhoramento das condições de vida de crianças de 0 a seis anos e suas famílias, envolvendo além do programa de renda mínima, cuidados diários, acesso à pré-escola e aos serviços de saúde.

No ano de 2013, o governo brasileiro apresenta ao Comitê dos Direitos da Criança da ONU o chamado 4º Relatório Periódico Oficial sobre a Convenção dos Direitos da Criança, datado de dezembro de 2012. Lembremos aqui que se trata efetivamente do 4º relatório já que o 1º Relatório Oficial reuniu em um só documento o Relatório Inicial e os dois relatórios periódicos então reclamados pelo Comitê. Ressalte-se ainda que, neste tempo, o Brasil recebeu advertências do órgão da ONU acerca do amplo atraso (a data demarcada para entrega era 2007), indicando a pressão internacional do Comitê para que as informações referentes a este período finalmente chegassem ao seu conhecimento e análise.

Com base no PNDH-3 e no Plano Decenal dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes, o relatório está baseado em oito eixos principais: desenvolvimento social; convivência familiar e comunitária; combate à violência; eliminação do trabalho infantil; Assistência aos Adolescentes em conflito com lei; Sistema de garantia de direitos; Acesso à Justiça; Iniciativas do Legislativo/Iniciativas de promoção de participação, cujas informações contribuem para a compreensão das ações do Estado, ainda que indiretamente, para o cumprimento dos ODM, notadamente daqueles que se referem diretamente à efetivação dos direitos da criança.

No que diz respeito ao desenvolvimento social, o relatório mencionado se utiliza de dados do IPEA para mostrar que 26 de milhões de brasileiros deixaram a linha de pobreza entre 2004 e 2009 e que 35 de milhões de brasileiros se integraram à classe média para reforçar os resultados das políticas públicas voltadas para o desenvolvimento. Mesmo fora do âmbito temporal do relatório, o mesmo menciona também o Plano Brasil Sem Miséria, de 2011, o Bolsa Família e o Programa Brasil Carinhoso de 2012, como políticas de asseguramento e melhoramento das condições de vida de crianças de 0 a seis anos e suas famílias, envolvendo além do programa de renda mínima, cuidados diários, acesso à pré-escola e aos serviços de saúde. Como pode-

mos perceber, tais dados se referem diretamente às metas de redução da pobreza (meta 1); de educação básica de qualidade para todos (meta 2); de redução da mortalidade infantil (meta 4); melhoria da saúde das gestantes (meta 5) e combate à HIV/Aids, à Malária e outras doenças.

O governo federal, por meio do IPEA, elaborou finalmente em 2014, o relatório diretamente voltado para os objetivos do milênio, chamado “Relatório Nacional de Acompanhamento”, realça que o Brasil alçou um novo modelo de desenvolvimento alicerçado nas ideias de inclusão e sustentabilidade, combinando o crescimento econômico com a redução da pobreza e da desigualdade social, bem como articulando ações para preservação dos novos dos recursos naturais.

O relatório, em sua estrutura, obedece a um momento inicial em que são explicados os indicadores utilizados pelo governo para a construção do relatório, análise e produção dos dados apresentados e logo após, cada capítulo aborda a situação de cada objetivo assumido. O principal argumento do governo está nos resultados obtidos com a unificação dos programas sociais e no aparente sucesso do Programa Bolsa Família, com abrangência voltada para aproximadamente 14 milhões de famílias e do Plano Brasil sem Miséria, lançado em 2011. Juntos, segundo o governo, tais ações governamentais teriam sido capazes de retirar da linha de extrema pobreza mais de 22 milhões de brasileiros.

O relatório confere alguns dados especialmente voltados para a questão da efetivação dos direitos da criança, ressaltando uma inflexão voltada para tais indivíduos nas políticas sociais, nos aumentos dos cálculos dos benefícios recebidos pelas famílias no programa já mencionado e nas medidas de distribuição de sulfato ferroso, suplementos de vitamina A, da redução pela metade da taxa de mortalidade materna e do alcance pleno do objetivo de redução da mortalidade infantil, não só pelas ações já apontadas, mas também com a redução expressiva dos casos de HIV/Aids e da taxa de incidência e mortalidade por Malária e Tuberculose (IPEA, 2014).

Assim, podemos verificar aqui a relação direta e os esforços estatais referentes principalmente aos objetivos 1 (acabar com a fome e a miséria); o objetivo 4 (redução da mortalidade infantil), objetivo 5 (melhoria da saúde das gestantes) e objetivo 6 (combate a AIDS, a Malária e a outras doenças).

Já no que diz respeito ao objetivo 2 (educação básica de qualidade para todos), o Brasil demonstra o alcance da meta com a universalização do ensino fundamental, com um sistema educacional que alcançou, segundo os dados do documento, 98% das crianças e adolescentes em idade escolar, mais de 80% em escolas públicas.

Como podemos perceber, e pensamos que não poderia ser diferente, o relatório governamental é bastante permeado de resultados positivos e muito otimista no que tange aos desafios a serem enfrentados pelo país na chamada “agenda global pós 2015”, mas dados obtidos por estudos de entidades da sociedade civil, embora não contestem o alcance das metas afirmados pelo governo, traçam um perfil bastante crítico em relação às políticas públicas voltadas para a infância e que possuem relação direta com os ODM e com a “agenda global pós 2015, conforme veremos, ainda que de forma não tão acurada, no item a seguir.

3. ENTRE A PARCERIA E O MONITORAMENTO: O POSICIONAMENTO DAS ENTIDADES DA SOCIEDADE CIVIL BRASILEIRA FRENTE ÀS AÇÕES GOVERNAMENTAIS.

A primeira questão importante trazida pela sociedade civil diz respeito à necessidade do Estado brasileiro de assegurar um novo plano de ação que possa cobrir todas as áreas dos direitos da criança e do adolescente com recursos financeiros e humanos em tempo hábil, além da necessidade de assegurar participação da sociedade civil nesse processo de implementação. Este ponto se revela de vital importância, visto que, apesar do ECA articular as ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como ressaltar a importância do trabalho conjunto entre os diversos órgãos e entidades responsáveis pela proteção, promoção e defesa dos direitos da criança, não existe uma política geral coordenada e não há, segundo o relatório, qualquer movimentação para a elaboração deste plano, nem mesmo a partir de parcerias com a sociedade civil (ONU, 2004; ANCED, 2009).

Na abordagem do tema pelo relatório alternativo preliminar entregue a ONU neste ano de 2015, os entraves à efetivação do direito à educação, notadamente da democratização e da igualdade do acesso à escola pública. Assim, a qualidade da mesma, as assimetrias jurídicas, financeiras e de políticas públicas estão presentes em todas as modalidades, níveis e etapas do ensino. Assim, apesar de tratar de algumas alterações no campo legislativo em outros momentos, como no primeiro relatório alternativo, este novo documento ressalta que as mesmas não foram capazes de reduzir as desigualdades existentes neste campo, embora alguns avanços possam ser notados.

Segundo o relatório de políticas e programas do Ministério do Desenvolvimento

Social e Combate à fome (MDS), a intenção do programa “bolsa-família” vai além da transferência de renda, objetivando a promoção do acesso desta população aos serviços públicos de saúde, educação e assistência social, contribuindo ainda para o desenvolvimento da capacidade das famílias envolvidas e a superação da situação de vulnerabilidade e pobreza (BRASIL, 2008). Para este último objetivo, é prevista a integração com os chamados programas complementares, como os de geração de emprego e renda, de alfabetização de adultos e capacitação profissional, por exemplo. Os programas complementares devem ser oferecidos de forma descentralizada, envolvendo ações das três esferas de governo e também da sociedade civil, fortalecendo assim o poder local. (BRASIL, 2008).

O relatório referente ao direito à educação se inicia com a menção às alterações no campo normativo, principalmente com a ampliação do ensino fundamental de 8 para 9 anos e com a antecipação da matrícula escolar obrigatória em 1 ano, devendo a matrícula ser realizada a partir dos 6 anos compulsoriamente, conforme o texto da lei 11.274/2006⁴. Esta alteração é questionada pelo documento por vários motivos: 1) por representar uma mudança que não foi suficientemente discutida com os setores da sociedade interessados; 2) a alteração legislativa não tocou no ponto mais expressivo, que seria a extensão da educação básica, mas realizou apenas uma maior retenção dos adolescentes na escola e uma redução do período pré-escolar; 3) por se tratar mais de uma mudança de caráter burocrático, pois grande parte das crianças de 6 anos já estavam na escola e por não ter havido debate acerca de seus impactos; (4) pelo não estabelecimento de debates ou esclarecimentos significativos sobre as consequências pedagógicas dessas mudanças (ANCED, 2009).

O relatório cita como único plano de ação abrangente na área da infância o “Plano Presidente Amigo da Criança”, que também investe na questão da participação da sociedade civil, por ser um compromisso de campanha do então Presidente Lula com entidades da sociedade civil com metas para os anos 2004 a 2007, mas que não pode ser considerado como um plano de ação nacional nos moldes do recomendado pelo Comitê por não estabelecer marcos, metas, não ter abrangência política e por não tratar de vários direitos da criança.

Outros planos são citados pelo relatório, mas que também não se encaixam nos parâmetros traçados pela recomendação do Comitê, como é o caso do Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH), que trata da infância de forma ampla, havendo a

⁴A determinação da nova lei que determina ampliação do ensino para 9 (nove) anos, embora seja de 2006, estabelece que as redes de ensino teriam até 2011 para implementar integralmente tal determinação.

proposta para um novo plano com questões referentes à coordenação nacional da política de direitos da criança no Plano Decenal dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes, posto em discussão pelo CONANDA em 2009⁵ e aprovado em 2011, com diretrizes a serem alcançadas até o ano de 2020 (CONANDA, 2009; 2010; ONU, 2004).

Embora não haja uma menção à taxa de mortalidade infantil, pois os últimos relatórios da sociedade civil se concentraram em temáticas específicas dentro da questão do direito à saúde, como a atenção às crianças com deficiência, as taxas de homicídios de adolescentes e a questão da atenção da saúde mental e do atendimento nesta área dirigido às crianças.

Já com relação ao direito à educação, cuja universalização do acesso constituía um dos ODM, o acesso ao ensino fundamental é outro ponto importante, com a generalização do mesmo a 97% das crianças e adolescentes entre 7 a 14 anos ao ensino primário, momento analisado pelos realizadores do relatório como essencial para a erradicação do analfabetismo, realçando ainda o movimento de inclusão social com o aumento do número de crianças e adolescentes procedentes de grupos com baixa escolaridade, não sendo oferecido, todavia, maiores dados a respeito da quantidade de crianças e adolescentes e do nível de escolaridade. Todavia, a qualidade do ensino continua sendo grande alvo de críticas destas entidades aos resultados das políticas públicas do governo.

Deste modo, embora a articulação entre o Estado e a sociedade civil esteja presente no objetivo 8, que envolve a cooperação de todos no alcance das metas elencadas, tais entidades cumprem um papel importantíssimo no monitoramento e fiscalização das ações estatais, bem como a sugestão e elaboração de recomendações para que os Estados tenham maior eficácia em todas as etapas que envolvem as políticas públicas sociais para a infância.

⁵A construção do Plano Decenal e da Política Nacional tem como contexto os 20 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e os 21 anos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, dados os persistentes desafios. O documento preliminar é resultado da compilação das discussões das sete Conferências Nacionais realizadas em 2009 sobre o tema da construção de diretrizes para a Política Nacional e para o Plano Decenal, composto por oito princípios, cinco eixos, nove diretrizes, 32 objetivos estratégicos e 90 metas que apresentam estatísticas sobre o cenário atual da infância brasileira e as metas correspondentes. O objetivo é conscientização sobre o cumprimento dos direitos da criança com prioridade absoluta, principalmente no que tange à questão do orçamento público e na elaboração dos Planos Plurianuais, fazendo com que os candidatos eleitos assinem o Termo de Compromisso do CONANDA e executem as diretrizes e metas do Plano Decenal. (CONANDA, 2010).

AINDA ESTAMOS A CAMINHO OU... ALGUMAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os documentos analisados, tanto os elaborados por órgãos oficiais quanto os elaborados por entidades da sociedade civil, ainda que não confrontados mais intensamente, permitem apontar alguns avanços, demonstram a manutenção de situações como as de desigualdade racial, regional e de gênero, o abismo entre a alocação de recursos e a execução orçamentária; os altos índices de analfabetismo funcional e a queda nas taxas de matrículas; problemas relacionados ao aumento do consumo de álcool e drogas por adolescentes e a ausência de programas específicos para atender aos usuários; os problemas provenientes da persistência de uma cultura institucional de internação e o alto número de homicídios e torturas envolvendo adolescentes, principalmente pobres, negros e com baixa escolaridade.

O chamado protagonismo infanto-juvenil, ou seja, a possibilidade de participação de crianças e adolescentes nos processos políticos que envolvem decisões voltadas para eles é ainda uma experiência muito tímida e permeada por muita insegurança, principalmente quanto à metodologia a ser aplicada, que, muitas vezes, em vez de aproximar e fazer aflorar os interesses dos mesmos, dificulta a realização das experiências e afasta estes indivíduos do que deveria ser o início de um processo de construção de uma cultura de participação na vida pública.

Assim, tanto a metodologia utilizada quanto os resultados obtidos neste ponto são ainda bastante tímidos. Também não há uma universalização da participação, sendo ouvidas crianças de apenas algumas regiões do Brasil, o que nos permite questionar este ponto em todos os relatórios.

O alcance de metas pelo governo brasileiro antes do prazo avençado, principalmente no que tange à redução da mortalidade infantil e à universalização do ensino obrigatório, com certeza constituem resultados positivos e que devem ser motivo de exaltação. Todavia, sabemos dos desafios intrínsecos a real efetivação dos direitos à saúde e educação das crianças, quando tratamos, por exemplo, da qualidade da educação pública no Brasil e do acesso aos serviços de saúde.

Além disso, a discussão maior, que abrange a discussão, construção e consolidação de um novo ou de novos modelos de desenvolvimento, presentes hoje na chamada agenda global pós 2015, elaborada também pela Organização das Nações Unidas, ainda irá revisitar muitas vezes estes e outros objetivos. Eles permanecem atuais em muitos aspectos, já muitos não foram realizados e necessitam de continu-

ar a ser prosseguidos na nova agenda global. O processo deve, por isso, ser encarado como evolutivo e não dividido em gavetas temporais estanques, na tentativa de formulação e reformulação contínua de um consenso global acerca dos temas mais relevantes para a dignidade humana e, claro, para a dignidade da criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS

ANCED (Associação Nacional de Centros de Defesa dos Direitos da Criança). **2º Relatório Alternativo. Análise sobre os Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil**. Disponível em: http://www.anced.org.br/sitio/anced_2009/cyberteca/publicacoes/relatorio-alternativo-cdc>. Acessado em: 25 jan. 2015.

ANDI (Agência de Notícias dos Direito da Infância). **1º Relatório Alternativo. Relatório sobre a situação da criança e do adolescente no Brasil - 2004**. Disponível em: <<http://www.andi.org.br/relatorio>>. Acessado em: 20 ago. de 2009.

ABRANDH (Org.). **Direito Humano à Alimentação Adequada no Contexto da Segurança Alimentar e Nutricional**. Brasília, ABRANDH, 2010.

ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: FTD, 1997.

AMIN, Andréa Rodrigues. A doutrina da proteção integral.in:MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. pp. 3-20.

ARANTES, Esther Maria de Magalhães. Rostos de crianças no Brasil. in: RIZZINI, Irene e PILOTTI, Francisco (orgs.). **A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2009. pp.153-202.

ARAÚJO, Cícero. O Processo Constituinte: sociedade civil e povo na transição. in: GOULART, J. (ORG.). **As múltiplas faces da Constituição Cidadã**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

ARRETCHE, Marta. Tendência no estudo sobre avaliação. In: RICO, Elizabeth M. (org.). **Avaliação de políticas sociais: uma questão em debate**. São Paulo: Cortez, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 6 out. 1988.

_____. Lei 8.069 de 13 de Julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1990.

_____. Lei 8.242 de 12 de outubro de 1991. **Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) e dá outras providências**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 13 de outubro de 1991.

_____. **Estratégia Brasileirinhas e Brasileirinhos Saudáveis (EBBS) - Primeiros Passos para o Desenvolvimento Nacional** (BRASIL/MS, 2009, s/p.)³⁸. Portaria nº 2.395, de 7 de outubro de 2009.

FUNDAÇÃO ABRINQ. **Projeto Presidente Amigo da Criança**. Disponível em: http://www.fundabrinq.org.br/presidente/acampanha_oprojeto.php . Acesso em: 10 jan. 2015.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos (IPEA) (coord.). **Objetivos de Desenvolvimento do Milênio: Relatório Nacional de Acompanhamento / supervisão: Grupo Técnico para o acompanhamento dos ODM**. - Brasília: Ipea : MP, SPI, 2014.

LANDIM, Leilah. “Experiência militante”: história das assim chamadas ONGs. In:_____. (org.) **Ações em sociedade** - militância, caridade, assistência etc. Rio de Janeiro: Editora Nau/Iser, 1998, pp.23-88.

Liboreiro, Luiz Fernando Neiva. **Objetivos do milênio da ONU: Metas distantes**. Disponível em: <http://www.pucminas.br/imagedb/conjuntura/CNO_ARQ_NOTIC20061221165307.pdf>. Acessado em: 10 fev. 2015.

LIMA JR, Jayme Benvenuto (org.). **Manual de Direitos Humanos Internacionais - Acesso aos Sistemas Global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/Manual_de_Direitos_Acesso_aos_Sistemas_global_e_Regional.pdf>. Acessado em: 12 fev. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Atlas, 2013.

MOREL, Carlos M. A pesquisa em saúde e os objetivos do milênio: desafios e oportunidades globais, soluções e políticas nacionais. In: **Ciência e Saúde Coletiva**, n. 09, 2004.

REDE DE MONITORAMENTO AMIGA DA CRIANÇA. FUNDAÇÃO ABRINQ - SAVE THE CHILDREN. **Um Brasil para as Crianças e os Adolescentes: a sociedade brasileira e os objetivos do milênio para a infância e a adolescência**. III Relatório. São Paulo, 2010.

SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Artigo recebido em: 12.03.2015

Revisado em: 22.04.2015

Aprovado em: 21.05.2015

PANORAMA CONTEMPORÂNEO DA LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DOS SINDICATOS NO PROCESSO TRABALHISTA E NA AÇÃO DE CUMPRIMENTO

PANORAMA OF CONTEMPORARY LEGITIMATION EXTRAORDINARY OF UNION IN THE LABOR PROCEDURE AND THE COLECTIVE ACTION

Zoraide Amaral de Souza¹

Doutora em Direito

Sociedade Barramansense de Ensino Superior/Centro Universitário de Barra Mansa (SOBEU/UBM) - Volta Redonda (RJ) - Brasil

RESUMO: O exercício do direito de ação, qualquer que seja a corrente doutrinária, supõe o preenchimento de certos requisitos que a doutrina denomina de condições da ação. Dessas condições, interessa aos fins deste trabalho, muito especialmente, a da legitimação para a causa, compreendida como pertinência na pessoa do autor e do réu, dos figurantes da relação de direito material. Excepcionalmente, ou mais propriamente, extraordinária, a lei autoriza que a ação seja proposta por quem não é o titular da relação de direito material, fenômeno a que a doutrina tem como de “substituição processual”. O Direito Processual do Trabalho conhece uma figura especial de substituto processual: a do sindicato nas ações ou reclamações de cumprimento, o que constituirá o ponto nuclear deste trabalho que visa analisar a Legitimação Extraordinária no Processo Trabalhista.

PALAVRAS-CHAVE: Condição da Ação. Substituição Processual. Direito Processual do Trabalho.

ABSTRACT: The right of action, what ever doctrinal current, assumes the fulfillment of certain requirements that the doctrine calls the action conditions.

¹Graduada, Mestre, doutora e Livre Docente em Direito. Pesquisadora do NUPED - Núcleo de Pesquisa em Direito do SOBEU/UBM na Linha de Pesquisa: Direito, Desenvolvimento e Cidadania da Coordenação de Graduação. Professora da Graduação e Pós graduação da Sociedade Barramansense de Ensino Superior/Centro Universitário de Barra Mansa e membro do NDE - Núcleo de Docente Estruturante. O artigo insere-se na Linha Editorial da Revista: Direitos Fundamentais e suas dimensões. Pesquisa financiada pela Sociedade Barramansense de Ensino Superior. Advogada especialista em Direito do Trabalho. E-mail: zoraideamaral@ig.com.br

These conditions, interests the purposes of this paper, in particular, the legitimacy for the cause, understood as relevance in the person of the author and the defendant, the extras of the relationship of substantive law. Exceptionally, the Law authorizes the action to be proposed by anyone who is not the holder of the relationship of substantive law, the phenomenon that the doctrine has as “replacement procedure.” The Procedural Law Labour know a special figure of procedural substitute: a union in the actions or claims of compliance, which will be the core point of this work is to analyze the Extraordinary Legitimacy in the Labour Process.

KEY WORDS: Condition. Replacement Action Procedure. Labor Procedure Law.

INTRODUÇÃO

No que tange as condições da ação, particularmente, a da legitimação para a causa, verificou-se que para que alguém possa se dirigir ao Judiciário e ver examinado e decidido um conflito de interesses é indispensável que se trate do titular ou figurante da relação jurídica de direito material ou substantivo.

Em outras palavras, o direito de ação, é entendido como poder de obter do Estado um pronunciamento, uma providência jurisdicional que componha a lide - conflito de interesses - que se caracteriza pela pretensão deduzida pelo autor e resistida pelo réu que componha a lide, dizíamos, supõe, tem como um dos requisitos ou condição para ser exercitado, que quem vá a juízo seja o figurante, em um dos polos da relação substantiva e aquele que é chamado seja o integrante da mesma relação substantiva, no outro polo.

Em princípio, se quem vai a juízo deduzir a pretensão não é o figurante da relação jurídica de direito material, não obterá do Estado-Juiz a prometida prestação jurisdicional, por lhe faltar direito de ação (para aquela ação) vale dizer, por ser carecedor dela. O mesmo ocorrerá se o titular da relação de direito material propuser a ação em face de outrem que não seja figurante no outro polo da relação de direito material. Será pela mesma razão, julgado carecedor da ação.

Tudo decorre da concepção de que o direito de ação está sujeito, para ser exercitado, a certas condições, ideia hoje consagrada nos textos legislativo, como é o caso, entre nós, dos artigos 3º e 6º do vigente Código de Processo Civil.

Nesse contexto o objetivo geral do trabalho de pesquisa ora empreendido é o de apresentar o panorama da situação da legitimação extraordinária no processo trabalhista, particularmente a do sindicato nas ações de cumprimento. Os objetivos específicos são os de traçar a concepção epistemológica da legitimidade extraordinária e aplicá-la na hipótese aludida acima.

As abordagens metodológicas empregadas na pesquisa são a revisão bibliográfica e o estado da arte.

1. A EPISTEMOLOGIA DA LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA NA TEORIA GERAL DO PROCESSO

Hélio Tornaghi em seus Comentários ao Código de Processo Civil diz que

legitimidade é a titularidade do direito de ação. Parte legítima é aquele a quem a lei confere o direito de ir a juízo pedir determinada prestação jurisdicional. O direito de ir a juízo existe sempre, com abstração de qualquer exigência concreta. Mas o exercício do direito, em cada caso, somente é deferido aquele ao qual a lei considera parte legítima. Da lei, e só da lei, é possível inferir quem é parte legítima em determinado caso².

Parte é o figurante da relação jurídica processual, o sujeito ativo ou passivo e deve ser integrante da relação substantiva. Como escreve Pontes Miranda,

parte é o sujeito na relação jurídica autor e Estado (Juiz) e o sujeito na relação jurídica entre Estado (Juiz) e réu”. Um demanda e outro é demandado de qualquer modo, quem demanda ou quem é demandado já tinha frente ao Estado a pretensão à tutela jurídica, que o Estado ao monopolizar a justiça, faz nascer de promessa sua, feita a qualquer ser humano. Daí a razão para que, na relação jurídica processual se achem as partes, mesmo se têm de ser apresentadas ou representadas³.

Além disso, Carnellutti examinando o conceito de parte, afirma que,

²TORNAGHI, Helio. **Comentários ao CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.I, 2010, p.90/91.

³PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p.294.

al ser un conflicto intersubjetivo de intereses, el litigio - no puede existir sin dos sujetos distintos. Por ello, los sujetos del mismo son necesariamente dos sujetos procesal distintos. Porque, el conflicto de interese transcendente para el Derecho tiene dos sujetos, cada uno de ellos recibe el nombre de parte; con ello se indica más ten su posición que su individualidad, o sea que es uno de los dos sujetos del conflicto y, por lo mismo, que forma parte de un todo. Como la noción de parte peculiar del conflicto procesal transcendente en general, y no del litigio en particular, es común tanto al Derecho procesal con al Derecho material, y, por tanto, pertenece más bien a la teoría general del Derecho que no a esta o aquella teoría particular: en efecto, se habla asimismo de partes respecto del concreto⁴.

Analisando o problema da legitimação, Carnellutti propõe que para que alguém possa atuar em juízo, não basta possuir qualidades pessoais, necessita que se encontre em determinada posição.

A legitimação não pode confundir-se com a qualidade do sujeito do interesse litigioso. Continua Carnellutti “La teoría de la legitimación se esfuerza, precisamente, por aclarar los principios en que se funda la convergencia o divergencia entre la acción y el interés”⁵.

Quando se diz, entretanto, que legitimado é o integrante da relação substantiva, se está falando em *legitimatío ad causam* e não em legitimação para o processo.

Assim, não obstante legitimado para a causa o menor impúbere titular do direito de propriedade, estará ele em juízo, se pretender reivindicar a coisa de quem injustamente a detenha por seu representante legal.

Nessa hipótese, cuida-se apenas de um terceiro defendendo o direito daquele que faz parte da relação substantiva, porém em nome desse integrante da relação primária material.

Outras vezes encontramos terceiros na relação processual, totalmente estranhos à relação substantiva, que em seu próprio nome vêm a Juízo, defender direito de um dos integrantes, isto é, do sujeito ativo ou do sujeito passivo da relação material. A este fenômeno dá-se o nome de substituição processual.

O terceiro estranho à relação substantiva, nesse caso, é o substituto processual. Trata-se, pois, de alguém que, em seu próprio nome, está em juízo defendendo

⁴CARNELLUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Uteha, 1990, p.4.

⁵Op. Cit. CARNELLUTTI, 1990, p.29.

direito alheio. O art.6º do Código de Processo Civil diz: “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Da redação do dispositivo acima transcrito, percebe-se que a substituição processual só poderá ocorrer se for autorizada por lei.

Para que se possa invocar o dispositivo no art. 6º é preciso que haja dois pressupostos, diz Pontes de Miranda: “ser alheio o direito e o exercício do pleito ser em nome próprio. Há casos em que se exerce, em nome alheio, ação referente a direito próprio, ou em que o direito alheio é o exercício também o é. A regra jurídica do art. 6º só atinge a ação sobre direito alheio, que alguém haja de executar em nome próprio”⁶.

O que o artigo 6º estatui é que outra pessoa poderá pleitear o direito que não é seu quando admitido em lei. Verifica-se, na verdade, o dispositivo quis dizer é que só o titular do direito pode exercer a pretensão, a tutela jurídica e suscitar a decisão do Judiciário, salvo quando a lei autorizar situação diversa, isto é, salvo quando conceder, excepcionalmente, legitimação a outra pessoa para fazê-lo.

A substituição processual é, pois, uma forma excepcional de legitimação. Uma legitimação extraordinária reconhecida, em disposição expressa da lei, a um terceiro para em seu nome, postular direito de outrem.

Legitimado ordinário é o titular da relação de direito material. Em certos casos, a lei permite que o terceiro, legitimado extraordinário, defenda, em seu nome próprio, o direito do figurante da relação jurídica de direito material.

Diversos exemplos de substituição processual são citados pela doutrina.

A ação popular, que a própria Constituição Federal de 1988, em seu art.5º, inciso LXXIII, confere poderes a qualquer cidadão para ser parte legítima para propô-la visando à anulação de atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.

O terceiro que pode impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fez em prazo razoável, se notificado foi judicialmente (Lei 12.016, de 2009, em seu art. 3º).

As hipóteses de nomeação à autoria e de denunciação da lide (arts. 62 e 63 e 70, I, II e III do Código de Processo Civil).

Verifica-se que todas as hipóteses apontadas encontram expressa previsão em um dispositivo legal, onde se atribui legitimação extraordinária, para pleitear em juízo direito que não é seu, mas sim, alheio.

⁶Op. cit. PONTES DE MIRANDA, 1962, p. 254.

2. FUNDAMENTOS DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL NA TEORIA GERAL DO PROCESSO

Observa-se nos itens precedentes, que no processo comum a lei reconhece, em determinadas situações, a legitimação extraordinária.

Procurando-se analisar o elemento teleológico de tais autorizações excepcionais, perceberemos que o substituto processual, legitimado extraordinariamente a postular em juízo, em seu próprio nome direito alheio, não se mostra, entretanto, totalmente desligado de interesses.

Em verdade, os poucos casos de substituição processual revelam que o substituto é titular de interesse que vincula direta ou indiretamente, à relação jurídica de que é titular o substituído no processo.

Veja-se, a propósito a regra do art. 3º da lei 12.016, de 2009, onde se encontra nítida hipótese de substituição processual e o estreito interesse do substituto na defesa do direito do substituído: “o titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro, poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer em prazo razoável, apesar de para isso notificado judicialmente”.

Tem-se que a autorização legal é para que o terceiro impetre a ordem a favor do direito originário, vale dizer, do direito cujo titular é um terceiro que não o defendeu.

Percebe-se ainda do próprio texto que só ocorrerá à legitimação extraordinária quando o substituto for titular de direito em condições idênticas as do terceiro que irá substituir processualmente.

O Capitão, do navio legitimado extraordinariamente pelo art. 528 do Código Comercial Brasileiro, para em seu próprio nome, requerer ao juiz que nomeie depositário para receber os gêneros e pagar os fretes devidos por conta de quem pertencer quando ignorar a quem deva fazer a entrega da carga ou não se apresentar o portador de conhecimento à ordem, tem evidente interesse, embora indireto, dadas suas relações com o armador.

O art. 42 do Código de Processo Civil contempla curiosa situação de legitimação extraordinária. Ali se diz que a alienação da coisa do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes.

Cuida-se, pois, de alguém que não obstante haver se desligado da relação jurídica de direito material no curso da demanda, permanece, entretanto, legitimada.

Trata-se, a evidência de legitimação que, inicialmente ordinária, passa a extraordinária. O transmitente ou alienante, continuará em juízo em seu próprio nome, mas já agora defendendo direito alheio, no caso do adquirente.

Tal permissão legislativa, embora tenha por objetivo a estabilidade subjetiva da relação processual, revela a interpretação do interesse do substituto processual com o do substituído.

3. TEORIA GERAL DA LEGITIMAÇÃO NO PROCESSO COLETIVO TRABALHISTA

Neste passo, vale relembrar a moda de síntese, as características dos dissídios individuais e dissídios coletivos do trabalho.

O dissídio individual trabalhista envolve um conflito de interesses concreto, particularizado, tendo como conflitantes, de um lado o trabalhador e do outro seu empregador, precisamente os figurantes da relação jurídica trabalhista ou mais, simplesmente, da relação de emprego.

O dissídio coletivo, ao contrário, encerra um conflito de interesses não entre pessoas, mas entre categorias, parte de categoria ou grupos de trabalhadores ou de empregadores.

Aí o que se tem como conflitantes, são os interesses, de um lado, dos trabalhadores enquanto categoria e não como uma soma de relações individuais entre aqueles e seus empregadores.

No polo oposto estarão os empregadores, enquanto categoria econômica, e não como o conjunto de empresas individuais ou coletivas.

Vale registrar que, ainda que no polo passivo figure apenas um empregador, e no ativo os empregados da respectiva empresa, o dissídio não perderá a característica de coletivo se os interesses postulados são da categoria, como tal, e não dos empregados como conjunto de indivíduos.

Outra importante característica que deve ser realçada é a de que as categorias são representadas pelos respectivos sindicatos.

Efetivamente, a teor do art. 513 da Consolidação das Leis do Trabalho, a prerrogativa é do sindicato representar, perante as autoridades administrativas ou judiciais, os interesses gerais da respectiva categoria, enquanto o art. 857, coerentemente, dispõe que a representação para instaurar a instância em dissídio coletivo constitui prerrogativa das associações sindicais.

Assim, os sindicatos são representantes legais dos interesses das categorias pro-

fissionais ou econômicas, respectivamente, conforme se trate de empregados ou empregadores. Mas o sindicato representa os interesses da categoria que, como vimos não se confunde com o somatório do interesse dos seus associados.

Convém sublinhar que a representação reconhecida ao sindicato não é, sequer, a representação da soma ou conjunto dos integrantes da categoria, associados ou não, mas da categoria como ente inorgânico, a que o sindicato dá organicidade.

Pensou-se inicialmente, em explicar a representação sindical em termos civilistas, ideia afinada com a exacerbação do individualismo e da autonomia da vontade, tão em voga no final do século passado e início deste. Assim, a representação sindical nada mais seria que a soma de contratos de mandato.

A tese logo esbarrou com as profundas diferenças que marca a atividade sindical contrastada com o cumprimento do contrato de mandato: os integrantes da categoria não ditam instruções ao sindicato, não podem cassar-lhe o mandato, o que ocorreria na hipótese de se identificar a natureza contratual de tal representação.

Nem mesmo como representação legal dos integrantes da categoria se pode identificar a posição do sindicato em relação à categoria no direito coletivo do trabalho, por isso que a ideia de representação legal está ligada à da incapacidade do representado, pressuposto que não se coaduna, a evidência, com a posição das categorias econômica ou profissional.

Outras tentativas de conceituação da natureza jurídica da representação sindical, como a da gestão de negócios, de estipulação em favor de terceiros, não resistem à menor análise.

Neste passo, vale por em destaque dois pontos de alta significação para a identificação da natureza da representação sindical.

Por primeiro, tenha-se presente que formal e materialmente, as partes no processo coletivo do trabalho -dissídios coletivos- são os sindicatos. Confira-se, a propósito, o art. 857 da Consolidação das Leis do Trabalho: “A representação para instaurar a instância em dissídio coletivo constitui prerrogativa das associações sindicais, excluídas as hipóteses aludidas no artigo 856, quando houver suspensão do trabalho”.

Emerge daí que um grupo de empregados, ou todos os empregados de uma categoria profissional não poderiam suscitar um dissídio coletivo, precisamente porque o interesse da categoria não é igual à soma ou somatório dos interesses de seus integrantes.

Ainda quando o dissídio coletivo tenha por motivo novas condições de trabalho e no qual figure como parte apenas a fração de empregados de uma empresa, tal

como previsto no art. 868 da legislação consolidada, o interesse posto em juízo é de fração da categoria, melhor ainda, da categoria fracionada, e não do grupo de empregados que a integra.

Em segundo lugar, deve ser anotado que quem se obriga, nominalmente, nos dissídios, nos acordos ou nos contratos coletivos são os sindicatos, como representantes dos interesses das respectivas categorias.

Se nos for permitida a ousadia, diríamos que o sindicato está para a categoria, como o Estado está para nação.

A tese da representação sindical, como a da representação de interesses, está explicada e magnificamente sintetizada por MELGAR:

La fundada desestimación de las tesis privatistas ha obligado a replantear el problema de la representación sindical desde otra perspectiva esencialmente diversa; así, se piensa que la representación sindical, lejos de operar una representación de voluntades, actúa una “representación de intereses”, una Representación y no una *vertretung* o, para emplear palabras de nuestro Tribunal Supremo, una representación de carácter “profesional-colectivo”.

Estando la representación de intereses más próxima a la representación política que a la representación de Derecho privado, resulta obligado un excursus, siquiere breve, a la teoría de la representación política, no sin antes advertir como representación sindical y política persiguen una misma finalidad: hacer la unidad (política o sindical) fijando un interés unitario el de la comunidad de súbditos o de sindicatos que se sobreponga a los intereses particulares de éstos: al ser imposible recurrir constantemente al referéndum para comprobar la voluntad real del electorado, como querían Maquiavelo Y Rousseau, es preciso que la comunidad se personifique en uno o varios individuos para que la acción política pueda desarrollarse como con toda claridad supo ver Hobbes. La representación sindical, pues, no puede asimilarse en modo alguno al “mandato imperativo”, característico de las asambleas estamentales del Medievo, pues tal sistema partía de la atribución de la representación política a mandatarios, designados por las localidades y sometidos a las instrucciones de éstas, las cuales podían incluso revocar el mandato. Frente a este originario sistema de representación política - cuya analogía con la mecánica de la representación civil es evidente - a partir de la Revolución Francesa los representantes parlamentarios no son mandatarios de los electores, sino de la nación, y su poder es irrevocable. Este tipo de re-

presentación conocido con el nombre de “mandato representativo”, y en cuyo modelo se funda la representación sindical, atiende a la gestión de intereses ajenos (Hauriou), y pretende básicamente la solución de los problemas políticos conforme al interés general (Burke)⁷.

Na mesma ordem de raciocínio, diremos que o sindicato representa a categoria e não os empregados, ou empregadores, que a integram, respectivamente.

Não é sem razão, portanto, que Ernesto Krotoschin ao tratar das associações profissionais põe, desde logo, em destaque que “além das pessoas físicas, são sujeitos do direito do trabalho as associações profissionais”⁸.

Tais considerações se revestem da maior importância para a compreensão da posição processual do sindicato.

Vê-se, pois, que nos dissídios coletivos o sindicato é legitimado ordinariamente para a causa, por isso que, como já se salientou, representa os interesses da categoria e a institucionaliza dando-lhe organicidade jurídica.

4.O CUMPRIMENTO DAS DECISÕES NORMATIVAS E A LEGITIMAÇÃO PARA A CAUSA

Nos estreitos limites deste trabalho não há lugar para passar em revista toda a doutrina sobre esse monumento jurídico que é, aos nossos olhos, a sentença proferida em dissídio coletivo.

No estágio atual, entretanto, ninguém duvidará de seu forte conteúdo normativo, que lhe empresta a natureza material de lei, no sentido de norma geral e abstrata, coercitivamente imposta e dotada de sanção.

Por isso mesmo, a execução das sentenças proferidas em dissídios coletivos apresentam peculiaridades.

Observe-se que o art. 872 da Consolidação após estabelecer que ao trânsito em julgado seguir-se-á o cumprimento da decisão, dispõe que

quando os empregadores deixarem de satisfazer o pagamento de salários, na conformidade da decisão proferida, poderão os empregados ou seus sindicatos, independentes de outorga de poderes de seus associados, juntando certidão de

⁷MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho del Trabajo*, 2. ed. Madri: Editorial Tecnos. 1970 p.124.

⁸KROTOSCHIN, Ernesto. *Instituciones Del Derecho del Trabajo*, 2.ed. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 177.

tal decisão, apresentar reclamação à vara ou juízo competente, observando o processo previsto no Capítulo II deste título sendo vedado, porém, questionar sobre a matéria de fato e de direito já apreciada na decisão.

O cumprimento das decisões ou dos acordos em dissídio coletivo, portanto, está, a teor do art. 872, cujo parágrafo único transcreve-se, subordinado:

- a) à via de reclamação individual, como prevista no Capítulo II do título X da Consolidação;
- b) a iniciativa dos empregados ou do seu sindicato.

A execução para tornar efetivo o pagamento de salários na forma estabelecida na sentença transitada em julgado ou em acordo, no dissídio coletivo, através de ação ou reclamação individual, realça bem o caráter normativo e a natureza de lei, materialmente, da sentença ali proferida.

Observe-se que a execução se faz por via de uma ação individual, em que se pede a aplicação da norma abstrata (sentença normativa) a uma situação particular, concreta.

A legitimação para a chamada ação de cumprimento é deferida pela lei ao empregado e ao sindicato.

Quanto ao empregado sua legitimação para a causa, na espécie é ordinária. Integrante da relação jurídica de direito material (contrato de trabalho) em que uma das cláusulas - o salário ou a remuneração- foi alterada ou disciplinada pela sentença proferida no dissídio coletivo, está legitimado para exigir o cumprimento do que ali se estabeleceu⁹.

Ocorre que as sentenças proferidas em dissídios coletivos não dizem respeito, necessariamente, aos salários, mas às condições de trabalho, de um modo geral.

Qualquer que seja o conteúdo da sentença normativa, entretanto, seu cumprimento far-se-á pela ação de cumprimento, que é individual.

A esse respeito, observa Pires Chaves:

Transita em julgado a sentença normativa, é através da ação de cumprimento que o empregado favorecido por suas disposições ingressa no juízo trabalhista.

⁹CAMPOS BATALHA, Wilson. *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*. São Paulo, LTR. 2010, p. 78.

O dissídio coletivo acaba onde começa a eficácia da sentença normativa por ele provocada. São partes na ação de cumprimento das condições normativas os empregados e os empregadores das categorias representadas na ação coletiva, individualmente ou em grupos (litisconsórcio), ativa ou passivamente¹⁰.

É interessante notar que a ação de cumprimento pode ser da iniciativa do empregador.

Pires Chaves lembra que a ação de cumprimento da sentença coletiva é de índole essencialmente interpretativa. Assim, o empregado e o empregador têm direito de ação com o fim exclusivo de ser definida sua situação sobre o entendimento de determinadas condições normativas, entre ações que, na verdade não se contradizem, mas ao invés se reúnem em obediência ao princípio de economia processual¹¹.

Legitimados ativos, ordinariamente para ação de cumprimento são, portanto, o empregado e o empregador, embora este, raras vezes tenha tal iniciativa.

No polo passivo da relação processual, que surge da reclamação para exigir o cumprimento da sentença proferida no dissídio, estará o empregador e não, como se poderia supor, o sindicato da categoria econômica a que a mesma pertença.

Quanto à legitimação extraordinária para a ação de cumprimento, será examinada a seguir.

5. A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL NO PROCESSO DO TRABALHO

5.1 A hipótese pesquisada e as posições doutrinárias encontradas na resolução da problemática

Assinalamos antes que a lei defere ao empregado e ao sindicato, legitimação para propor a ação de cumprimento, através da qual se opera a execução da sentença proferida em dissídio coletivo.

Esclarece-se que a legitimação do empregado é ordinária, por isso que ele é o titular da relação jurídica (contrato de trabalho) sobre a qual incidiu a norma (sentença normativa) descumprida pelo empregador¹².

O sindicato que, como vimos, era legitimado ordinário para o dissídio, surge, na ação de cumprimento, legitimado em caráter extraordinário.

¹⁰PIRES CHAVES, Antonio. *Da Execução Trabalhista*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p.323.

¹¹Op. cit. PIRES CHAVES, 1955, p. 323.

¹²BARROS, Alice Monteiro de. *Compêndio de Direito Processual Trabalhista*. São Paulo: LTr. 2012. P. 32.

Vale relembrar os termos do parágrafo único do art.872 da Consolidação das Leis do Trabalho, quando estabelece que “poderão os empregados ou seus sindicatos, independentes de outorga de poderes de seus associados”... Promover a reclamação individual para o cumprimento de sentença proferida no dissídio, “quando os empregadores deixarem de satisfazer o pagamento de salários na conformidade da decisão”.

Ora, a titularidade do direito ao salário, o titular da pretensão que será deduzida na reclamação - pretensão ao recebimento conforme a decisão normativa - é o empregado.

Permitido a lei que terceiro, no caso o sindicato da respectiva categoria profissional, possa ir a juízo postular, em seu próprio nome, aquele pagamento, outorga-lhe a condição de substituto processual.

Em verdade, quando o sindicato, que não é titular do direito aos salários, vai a juízo reclamar o pagamento na forma do que se decidiu no dissídio, estará defendendo em nome próprio direito alheio, o que é, precisamente, o conceito de substituição processual.

Procurando enfrentar o tema, Cristóvão Tostes Malta e José Fiorêncio Junior, assim o abordaram:

No campo da substituição processual hipótese que merece estudo é a prevista no art. 872 da CLT. Saber se o sindicato deve ser considerado parte ou se a parte é o membro da categoria cujo direito se exercita é matéria que oferece larga margem para debates¹³.

Desde logo, porém, queremos salientar que, coerentemente com o que dissemos a propósito dos dissídios coletivos, também na execução de sentenças normativas o sindicato age como representante da categoria profissional, da classe, do grupo. Essas formações é o que justificam o atuar do sindicato e lhe conferem expressão. Consequentemente, ao nos referimos em seguida, para facilidade de expressão, ao sindicato como agindo em nome próprio, temos sempre em vista que o faz em função da categoria ou do grupo. Estes são o que são partes.

Não se quer, com isso, dizer que o interesse do sindicato e o da classe sempre esteja em harmonia. Nós mesmos já mostramos que o contrário pode suceder. “Na

¹³TOSTES MALTA, Cristóvão e FIORÊNCIO JUNIOR, José. *Introdução ao Processo Trabalhista*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p.427.

hipótese em foco, todavia, e isso é importante, o sindicato age primordialmente na defesa de interesses de classes”¹⁴.

Observam os mesmos eminentes professores que,

o debate em torno da posição do sindicato, quando se vale disposto no art. 872 consolidado, longe de ser meramente acadêmico, acarreta importantes consequências práticas. Em primeiro lugar, reconhecer-se ao sindicato a posição de parte significativa traçar-lhe os direitos processuais, matéria que não focalizaremos no momento, bastando lembrar que são muito diferentes os direitos que gozam as partes e meros intervenientes no curso de uma lide. Mas não só isso, admitindo-se que o sindicato seja um substituto processual, não será possível admitir-se que o substituído ingresse na lide senão para robustecer os atos do sindicato. Ao substituído não se reconhecerá o direito de desistir da ação e nem de obstar, de qualquer modo, a orientação do órgão de classe¹⁵.

O cotejo dos textos do parágrafo único do art. 872 e do § 2º do art. 843 robustecem o convencimento de que, na ação de cumprimento, a posição do sindicato é de substituto processual.

Com efeito, o § 2º do art. 843 alude, expressamente, a possibilidade do empregado, que por motivo de doença não possa comparecer à audiência, fazer-se representar por seu sindicato¹⁶. Aí, a posição do sindicato não é de parte, mas de mero representante da parte. Agirá em nome alheio, isto é, do seu associado, e não em seu próprio nome, ao contrário do que ocorre na ação de cumprimento.

Não acreditamos, por outro lado, que se possa identificar na ação de cumprimento para pagamento de salários, o interesse da categoria como sendo aquele que estará posto em juízo, porque conflitante.

Já vimos que o interesse da categoria não é a soma dos interesses dos seus integrantes, o que afasta a possibilidade de se reconhecer na ação de cumprimento, a titularidade pela categoria do interesse (individual) levado a juízo¹⁷.

O que se pode reconhecer, e de fato aqui se reconhece, é o interesse da categoria em que cada um dos seus integrantes veja assegurado o seu próprio direito frente ao empregador.

¹⁴Op. Cit. TOSTES MALTA; FIORÊNCIO JUNIOR, 1989, p.427.

¹⁵Idem TOSTES MALTA; FIORÊNCIO JUNIOR, 1989, p.429. Em tal hipótese, o sindicato, que personifica a categoria, está em juízo defendendo e outrem - seu associado - o que caracteriza a substituição processual, legitimado extraordinário para a causa.

¹⁶MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I, Rio de Janeiro:Forense,1999, p. 239.

¹⁷MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 1984, p. 157.

Mas tal interesse na vitória de terceiro, já que o integrante não se confunde com a categoria, não é o mesmo posto em juízo pelo empregado.

Daí, a necessidade de identificação da posição que assume o sindicato quando, em seu próprio nome, move a ação de cumprimento a favor de um associado.

Essa posição, ao que se viu da análise do interesse posto em juízo, do confronto entre o interesse da categoria e dos seus integrantes, é a de substituto processual.

6. LIMITES DA LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO SINDICATO PARA A AÇÃO DE CUMPRIMENTO

Diante dos termos do parágrafo único do art. 872 da Consolidação, algumas questões podem ser suscitadas quanto à legitimação extraordinária do Sindicato para a ação de cumprimento.

A primeira diz respeito ao âmbito objetivo da substituição.

Cuida de se saber se a legitimação do sindicato está limitada aos casos em que se pretende, apenas, o pagamento de salários estabelecidos no dissídio coletivo, com exclusão.

A interpretação puramente gramatical do texto conduziria a um entendimento restritivo, no sentido de que a substituição processual do associado pelo sindicato somente teria lugar nas ações de cumprimento que objetivassem o pagamento de salários na conformidade da decisão proferida no dissídio.

Todavia, a inteligência mais adequada ao conceito e à finalidade da substituição processual, como vimos antes, conduz a que se tenha como abrangente toda e qualquer reclamação individual de cumprimento.

Assim, ainda que se trate de dissídio de natureza jurídica ou de dissídio econômico que compreenda novas condições de trabalho não diretamente relacionadas com o salário, é de reconhecer legitimação extraordinária ao sindicato para, como substituto processual, ajuizar em seu próprio nome a ação de cumprimento, em favor do integrante da categoria.

A outra questão é relativa à abrangência subjetiva do texto.

A indagação agora é a de se saber se o sindicato somente está legitimado extraordinariamente para substituir seus associados, como refere o texto legal, ou se pelo contrário, assim poderá agir em favor de qualquer integrante do grupo.

Inclinamo-nos, neste passo também, antes para o elemento teológico da norma, do que para o sentido gramatical de seus termos.

A força normativa das decisões proferidas nos dissídios coletivos obriga não só os associados, mas os integrantes da categoria profissional ou econômica, desde logo, ou mediante extensão, na forma do art. 868 da CLT conforme se trate de dissídio em que seja parte toda a categoria ou apenas uma fração de empregados de uma empresa.

Não seria curial, portanto, que se restringisse a legitimação extraordinária para as causas de interesse dos associados do sindicato e a mesma possibilidade não se reconhecesse aos não associados.

O que importa, no caso, é a condição de integrante da categoria profissional para que se tenha o sindicato como, substituto processual, legitimado para ação de cumprimento.

O interesse da categoria, fator que há de ter informado a legitimação extraordinária, tanto se faz presente na ação de cumprimento movida em favor do associado, como do seu integrante, porém não associado.

Seria conveniente, de lege ferenda a ampliação dos casos de substituição processual dos integrantes de uma categoria vistos individualmente, por seu sindicato.

No campo do Processo do Trabalho, com maior razão ao sindicato deveria a lei reconhecer legitimação ordinária para - as reclamações individuais dos integrantes da categoria, tal o entrelaçamento do interesse desta com o daqueles.

Fica a sugestão, de *lege ferenda*.

CONCLUSÕES ARTICULADAS

1. A legitimação extraordinária, o terceiro estará legitimado a exercitar, em seu próprio nome, ação em que se deduz pretensão de outrem.

2. No processo Coletivo do Trabalho, o sindicato, personifica a categoria, que é legitimada ordinariamente.

3. Nos dissídios individuais, legitimados ordinários são o empregado e o empregador.

4. Os sindicatos possuem legitimação extraordinária para as reclamações individuais que visem à cobrança de salários fixados e dissídio coletivo, atuando como substituto processual do empregado.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. **Compêndio de Direito Processual Trabalhista**. São Paulo: LTr. 2012.
- CAMPOS BATALHA, Wilson. **Tratado de Direito Judiciário do Trabalho**. São Paulo: LTR. 2010.
- CARNELLUTTI, Francesco. **Sistema de Derecho Procesal Civil**. Vol. I, Tradução de Niceto - Alcalá Zamora Y Castillo Y Santiago Sentis Meleno. Buenos Aires: Uteha, 1990.
- KROTOSCHIN, Ernesto. **Instituciones del Derecho Trabajo**, 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2000.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 1984.
- MELGAR, Alfredo Montoya. **Derecho Del Trabajo**, 2.ed, Madri: Editorial Tecnos, 1970.
- PIRES CHAVES, Antônio. **Execução Trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense, 1955.
- PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2.ed.vol. I, prólogo XVII, 1962.
- TOTES MALTA, Cristovão e FIORENCIO JUNIOR, José. **Introdução ao Processo Trabalhista**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.
- TORNAGHI, Helio. **Comentários ao CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.I, 2010.

Artigo recebido em: 04.03.2015

Revisado em: 15.04.2015

Aprovado em: 21.05.2015

A CONFIANÇA NA QUALIDADE DE ELEMENTO INTEGRADOR DO CONTRATO CONSUMERISTA E SUA APLICABILIDADE AOS PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

CONFIDENCE AS THE INTEGRATOR QUALITY ELEMENT CONSUMERIST AND THE APLICABILIADE IN PRINCIPLES OF CONSUMER CODE

Rossana Marina De Seta Fisciletti¹

Mestre em Direito

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/

Faculdades Associadas de Ariquemes, Rondônia (RO) - Brasil

RESUMO: O termo confiança é interdisciplinar e utilizado como um instituto estudado na Ciência do Direito, da Economia e da Administração. A confiança para o Direito é o elemento integrador do contrato e para a Administração traz valor agregado às empresas. Com base nestas premissas, o objetivo geral do artigo é o de analisar a confiança do consumidor não apenas como elemento integrador do contrato, mas como suporte aos principais princípios aplicados às relações de consumo, como capital econômico dos fornecedores e, por fim, na qualidade de valor agregado das empresas. Afinal, quando uma empresa cumpre os princípios consumeristas adquire credibilidade no mercado e agrega valor aos negócios empresariais. A metodologia de pesquisa empregada é a revisão bibliográfica dos autores de ambas as ciências e o estado da arte.

PALAVRAS-CHAVE: Valor patrimonial imaterial. Princípios consumeristas. Qualidade em serviços e produtos. Confiança.

¹Graduada e Mestre em Direito. Pesquisadora do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdade Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR), na qualidade de voluntária associada do Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito - NUPES/DIR - e da Mídia Jurídica. Professora da Graduação da União das Instituições Educacionais do Estado de São Paulo/Centro Universitário Moacyr Sreder Bastos. O artigo é uma das produções bibliográfica da Linha de Pesquisa do NUPES/DIR do IESUR/FAAr e versa sobre a Linha Editorial da Revista: Sociedade, Empresa e Sustentabilidade. Pesquisa financiada pela Fundação Assistencial e Educativa Cristã de Ariquemes (FAECA). Advogada em Direito Privado. E-mail: rossanafisciletti@gmail.com

ABSTRACT: The term trust is an interdisciplinary institut and used as study in both Sciences Law, Management and Economy. Trust is the integrating element of the contract for the law and brings added value to companies for the Administration. On this basis, the overall aim of this article is to analyze consumer confidence not only as an integrating element of the contract, but as support to the main principles applied to consumer relations, as economic capital suppliers and, finally, as the value of companies. Eventually, when a company meets the principles consumeristas acquires credibility in the market and adds value to enterprise businesses. The research methodology employed is the literary review of both science authors and the state of the art.

KEY WORDS: Intangible asset value consumeristas principles. Services and products quality. Confidence.

INTRODUÇÃO

Conceitua a interpretação finalista aprofundada, que o consumidor é toda pessoa física ou jurídica (art. 2º, Código de Defesa do Consumidor - CDC), que adquire produtos e serviços como destinatária final, desde que se configure a situação de vulnerabilidade (art. 4º, I, do CDC). A ideia de presumir a vulnerabilidade do consumidor, considerando-o como parte mais fraca da relação de consumo, assegura ao consumidor um conceito mais ajustado à realidade da sociedade de consumo e estabelece o elemento integrador do contrato consumerista, que é a confiança.

Nesta linha de pensamento, observa-se que a confiança pode ser entendida como elemento capaz de integrar o contrato e agregar valor ao patrimônio imaterial às empresas, podendo ser observada, explícita ou implicitamente, no escopo dos importantes princípios que alicerçam o CDC.

O estudo da confiança interdisciplinarmente se justifica porque é necessário ao empresariado, aos operadores do direito e aos consumidores o entendimento de tão importante elemento integrador.

O intuito deste artigo é analisar a confiança do consumidor, não apenas como elemento integrador do contrato, mas como suporte aos principais princípios da relação de consumo no que se refere ao estudo da ciência jurídica, como capital econômico e na qualidade de valor agregado no escopo da Ciência da Administração.

Os objetivos específicos são os de: (I) definir a confiança; (II) analisar a confiança à luz do Código de Defesa do Consumidor a saber: (II.a) no princípio da informação e da transparência; (II.b) no princípio da segurança; (ii.c) na boa-fé na relação de consumo.

A principal metodologia de pesquisa empregada no artigo é a revisão bibliográfica, onde serão estudados e analisados os autores que se destacam na disciplina consumerista, bem como os que trazem a interdependência na ciência da Administração. O estado da arte será utilizado nas conclusões da pesquisa.

2. APRESENTANDO UM SIGNIFICADO JURÍDICO AO INSTITUTO DA CONFIANÇA

Em uma visão ampliada, o princípio da proteção da confiança encontra respaldo no Direito Público, mas especificamente do princípio do Estado de Direito e da segurança jurídica²; ou seja, seu fundamento é mais abrangente, não adstrito ao Direito Privado, na concepção civilista que o insere na ideia da proteção da boa-fé objetiva, mas que serve de suporte ao presente estudo.

A confiança é o sentimento de segurança, de certeza, tranquilidade, sossego daquele que confia na probidade de outrem³. Envolve uma expectativa mútua de que, no âmbito contratual, nenhuma das partes irá explorar a confiança da outra⁴.

Os produtos e serviços disponíveis no mercado devem conter informações precisas, completas e didáticas do ponto de vista do consumidor, com emprego de linguagem e construção gramatical transparentes, diretas.

A confiança faz com que o fornecedor tenha a obrigação de atender às legítimas expectativas do consumidor. Entendendo a legítima expectativa como uma percepção de que ao comprar um produto ou receber um serviço oferecido pelo fornecedor, o mesmo irá funcionar. Por exemplo, há um consenso silencioso entre as partes de que o produto vendido não irá se desmantelar ou explodir ou mesmo

²Valter Shuenquener de Araújo observa que duas correntes situam o princípio da confiança: a dos civilistas e a dos constitucionalistas, o autor defende que: “Na realidade, o princípio da proteção da confiança está mais associado à exigência dirigida aos agentes públicos de não frustrar, mediante decisões contraditórias, uma expectativa legítima daqueles que se relacionam com o Estado. Por sua vez, o princípio da boa-fé objetiva tem um campo de atuação mais voltado para impulsionar as pessoas a um comportamento ético e leal que não tenha como propósito a obtenção de vantagem indevida. Dessa maneira, os dois se reforçam mutuamente, mas não se confundem”. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Niterói, RJ: Impetus, 2009, p. 33-36.

³CONFIANÇA. In: KOOGAN, André; HOUAISS, Antonio (Ed.). **Enciclopédia e dicionário digital**. Rio de Janeiro: Delta, 2000. CD-ROM.

⁴MACEDO, Ronaldo Porto apud CARPENA, Heloisa. **O Consumidor no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 208.

arrebentar quando de seu funcionamento em casa, no escritório ou para onde foi adquirido. Se esta legítima expectativa for frustrada, então haverá a violação à confiança depositada pelo consumidor no fornecedor, seja ele o vendedor, o distribuidor, ou outro qualquer intermediário.

Portanto, quando os doutrinadores explicam que a relação de consumo é baseada na confiança que se estabelece entre consumidor e fornecedor, tem-se uma proteção jurídica ao consumidor que não sabe todas as características nem todas as funcionalidades do produto ou mesmo do serviço recebido. Ele não conhece o produto da mesma forma que o fornecedor. Afinal, o consumidor não o desenvolveu para venda ou prestação de serviço.

Desta forma, a relação jurídica entre consumidor e fornecedor é formada pela manifestação de vontade consensual das partes, pelo objeto lícito (produto ou serviço), pela forma prescrita em lei se houver e pelo vínculo jurídico, que é o elo invisível de ligação entre as partes pela qual o fornecedor se liga ao consumidor sendo a confiança esse elemento subjetivo integrador, pois o consumidor em sua consciência não comprará um produto ou permitirá a prestação de um serviço de um sujeito de direitos o qual não confie ou considere que não mereça a sua confiança.

3. A CONFIANÇA DO CONSUMIDOR À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA INFORMAÇÃO E DA TRANSPARÊNCIA

O princípio da transparência é essencial na “engrenagem” da proteção do consumidor; sua observância e eficácia reduziriam uma grande parte dos conflitos envolvendo consumidores e empresas, pois um consumidor bem informado dificilmente se arrepende do contrato celebrado. A preocupação com a informação ensejou a edição da Lei nº 10.962, de 11 de outubro de 2004 - regula as condições de oferta e as formas de afixação de preços de produtos e serviços para o consumidor - e do Decreto nº 5.903, de 20 de setembro de 2006 - dispõe sobre as práticas infracionais que atentam contra o direito básico do consumidor de obter informação adequada e clara sobre produtos e serviços, previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

As informações devem ser transparentes visando conquistar a confiança do consumidor, que estando bem informado passa a confiar no fornecedor e este agrega valor à sua marca, aos produtos ou serviços prestados.

Ao versar sobre reajustes de prestações em contrato de leasing pela variação do dólar, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, observou a necessidade da proteção aos princípios da transparência, da confiança e da boa-fé objetiva:

EMENTA: LEASING CONTRATO EM MOEDA ESTRANGEIRA OBRIGACAO EXPRESSA EM DOLAR NORTE-AMERICANO ONEROSIDADE EXCESSIVA REVISAO DE CONTRATO C. DE DEFESA DO CONSUMIDOR. (...) A cláusula que estabelece o reajuste das prestações pela variação do dólar, a um só golpe, viola três princípios consumeristas: o da transparência, por não haver dado ao consumidor os esclarecimentos necessários ao risco assumido; o da confiança, por frustrar a legítima expectativa do consumidor de continuar pagando as mesmas prestações ajustadas até o final do contrato e o da boa-fé objetiva, por transferir ao consumidor os riscos do negócio, que devem ser suportados por quem dele se beneficiar “ubi emolumentum ibi onera” (...). Apelo improvido. (IRP). AP. Cível 1523/2001, 9ª Câmara Cível, TJRJ, Rel. Des. Jorge de Miranda Magalhães, j. 08/05/2001. (Grifou-se)⁵.

Não menos importante, é a análise da transparência trazida nos artigos 36 e 37 do CDC, no tocante à oferta e publicidade, que impõem ao fornecedor o dever de ser ético, ou seja, de não enganar, se aproveitar da deficiência de julgamento, nem induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigos à sua saúde ou segurança. Nesse último caso, a confiança do consumidor é protegida não só pelo viés da transparência, como também da segurança, como se observa a seguir.

4. A CONFIANÇA DO CONSUMIDOR À LUZ DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA

O Código de Defesa do Consumidor impõe que os fornecedores devem assegurar a segurança dos consumidores, vedando e oferta de produtos e serviços que saibam apresentar alto grau de nocividade no mercado. Os artigos 12, 14 e 20, do CDC, utilizam a palavra ‘espera’ e dão suporte à proteção da confiança⁶.

⁵BRASIL. Poder Judiciário. **Apelação Cível n. 1523/2001**. 9ª Câmara Cível, TJRJ, Rel. Des. Jorge de Miranda Magalhães. Data do julgamento: 08/05/2001. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acessado em: 15 fev. 2015.

⁶Um exemplo clássico de produto que o consumidor pode legitimamente confiar é o *air bag* em automóvel, item obrigatório nos carros fabricados a partir de 2015. O consumidor tem a legítima expectativa de reforçar sua segurança na hipótese de uma colisão frontal do veículo.

Art. 12. § 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele **legitimamente se espera**, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes (...). Grifou-se.

Art. 14: § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o **consumidor dele pode esperar**, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes (...). Grifou-se.

Art. 20: § 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que **razoavelmente deles se esperam**, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade. (grifou-se).

A ‘espera’, ou seja, a expectativa ou confiança do consumidor em relação à segurança do produto ou serviço adquirido revela que o legislador visou ampliar o alcance do princípio da segurança, responsabilizando o fornecedor objetivamente pelos defeitos de produtos e serviços postos no mercado (arts. 12 e 14 do CDC).

5. A CONFIANÇA DO CONSUMIDOR À LUZ DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Os Enunciados nº 167 e 170 aprovados na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, evidenciaram o diálogo entre os Códigos Civil e do Consumidor, destacando a aproximação principiológica⁷ entre ambos, no que diz respeito à regulação contratual, fazendo alusão à observação da boa-fé objetiva pelas partes na fase de negociações preliminares, bem como após a execução do contrato quando tal exigência decorrer da natureza deste⁸.

A confiança está contida no princípio da boa-fé, previsto no artigo 4º, III do CDC, que se estende da fase pré à pós-contratual. Na visão de NUNES⁹, a boa-fé objetiva estabelece entre as partes os deveres de informar, de sigilo e de prote-

⁷Salienta Robert Alexy que a teoria dos Princípios é capaz de estruturar racionalmente a solução da colisão de direitos fundamentais bem como se apresenta como um meio-termo entre a vinculação e a flexibilidade. Assim, não se terá o grande volume de normas da Constituição brasileira como meramente programáticas, tendo-se a vantagem de levar a sério tais normas embora sem exigir o impossível. Segundo Alexy, são dependentes de uma “reserva do possível no sentido daquilo que o particular pode exigir razoavelmente da sociedade”. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53).

⁸FISCILETTI, Rossana Marina De Seta. Contratos de adesão e condições gerais: diferenças terminológicas no direito comparado. **AREL: Amazon's Research and Environmental Law**, Rondônia, vol. 2, n. 1, 2014, p. 33. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14690/2317-8442.2014v2i1n23>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

⁹NUNES, Cláudia Ribeiro Pereira. **Fundo de investimento com capital estrangeiro ou com investidor não residente no Brasil do século XXI: natureza, características e funcionalidade**. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes. Rio de Janeiro: Mídia Jurídica, 2014, p. 182.

ção, “na fase contratual propriamente dita, esses deveres passam a existir paralelamente ao vínculo contratual; são deveres anexos ao que foi expressamente pactuado”.

A confiança, do ponto de vista jurídico, corresponde a um estado em que determinada pessoa adere a certas representações que crê serem efetivas¹⁰. Confiança é o elemento que se integra ao contrato, corolário do princípio da boa-fé objetiva. Enfatizado o entrelaçamento da boa-fé e da confiança, José Gustavo Souza Miranda esclarece¹¹:

O direito requer de cada um dos contratantes um comportamento segundo a boa-fé. Em contrapartida, protege a confiança de cada um deles na conduta de seu parceiro, o qual se espera tenha comportamento que se enquadre nos preceitos da boa-fé. Independente de como se relacionam esses dois princípios, é certo que ambos têm grande importância para o moderno direito das obrigações, e, por que não dizer, para o Direito como um todo. Para que o anseio por relações obrigacionais mais equilibradas torne-se realidade, em uma sociedade tão marcada pelas diferenças sociais, é vital a aplicação de tais princípios no dia-a-dia das relações jurídicas, com reflexo, inclusive, na atividade forense.

Na esteira da confiança no Direito do Consumidor, entre os corolários da boa-fé objetiva, trazidos do Direito Comparado, podemos observar a *Tu quoque e a Venire contra factum proprium*, ambas abrangendo a confiança.

A *Tu quoque* evita que uma das partes viole uma regra e se locuplete do seu próprio comportamento abusivo, passando por cima da confiança que a outra parte depositou no ato da contratação, colocando-a em situação grande de desvantagem¹². Por exemplo, no caso de um prestador que não estabelece o prazo para conclusão de um serviço no contrato escrito, mas faz o cliente acreditar que o mesmo será executado em 15 dias. Após o pagamento de 50% do valor contratado, o prestador não conclui e desaparece. Depois de 40 dias o contratante localiza o contratado, que ao ser interpelado deixa claro que não havia cláusula

¹⁰MIRANDA, José Gustavo Souza. *A Proteção da Confiança nas Relações Obrigacionais*. Revista de Informação Legislativa, a. 39, nº 153, jan.-mar. 2002, p. 147.

¹¹Idem, ibidem.

¹²Sobre a *Tu Quoque*, o professor José Fernando Simão, explica que “A expressão ficou célebre pela frase de Júlio César ao ser assassinado nos idos de março: ‘Até tu, Brutus!’”. Assim o *tu quoque* é a ideia de que ninguém pode invocar normas jurídicas, após descumpri-las. Isso porque ninguém pode adquirir direitos de má-fé”. *A Boa Fé e o Novo Código Civil - Parte III*. Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_a_boa_fe_03.htm>. Acessado em 11 fev. 2015.

para conclusão do serviço no contrato assinado, tentando se valer da omissão que ele próprio deu causa.

Em relação à *venire contra factum proprium*, salienta MAIA¹³ que:

Esta expressão latina verbaliza a conduta do contratante que, ao agir de maneira diversa à esperada, diante de uma **confiança** despertada mediante atuação anterior em sentido inverso, frustra as expectativas da outra parte, acarretando prejuízos. Esta maneira de atuar do contratante, em princípio, é capaz de gerar uma pretensão potestativa para a parte prejudicada, haja vista a capacidade de esta conduta representar o descumprimento da cláusula geral de boa-fé (objetiva) e a **tutela da confiança** que informam o atual sistema jurisdicional brasileiro. (Grifou-se.)

A confiança é pressuposto da *venire contra factum proprium*, como se pode depreender do enunciado 362 do CJF/STF: “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, como se extrai dos artigos 187 e 422 do Código Civil”.

Rizzatto Nunes observa que a boa-fé objetiva é entendida como comportamento fiel, leal e de respeito recíproco entre as partes contratantes, visando garantir uma relação contratual sem abuso, sem obstrução e sem causar lesão a nenhum dos envolvidos¹⁴.

Assim, confiança é um elemento que se volta para uma legítima exigência do cumprimento da promessa manifestada tacitamente entre o consumidor e o fornecedor.

6. CIÊNCIA ECONÔMICA: A CONFIANÇA COMO CAPITAL ECONÔMICO DOS FORNECEDORES

A Ciência Econômica estuda o que na hora da contratação faz o consumidor optar por uma ou outra empresa concorrente¹⁵. A confiança é entendida como o elemento de influencia no processo de escolha.

¹³MAIA, Fabiana Meira. Utilização do princípio *venire contra factum proprium* na isenção de responsabilidade da seguradora em sinistros de seguro garantia. **AREL: Amazon's Research and Environmental Law**, Rondônia, vol. 1, n. 1, 2013, p. 31. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14690/2317-8442.2013v1199>>. Acesso em: 13 mar. 2015.

¹⁴NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 605.

¹⁵Sob o ponto de vista de um economista, sobre a escolha, aponta Frank H. Stephen que o consumidor é levado a escolher o bem A, quando o bem B ou C estão disponíveis, é a vantagem obtida se gastasse a mesma quantia em dinheiro em qualquer outra combinação de mercadorias. (**Teoria Econômica do Direito**. São Paulo: Makron Books. 1993. p. 48).

Por outro lado, o consumidor pode optar pelo produto e/ou serviço de forma inicial, com intuito de experimentar, além disso, o processo de escolha pode se dar por outros fatores, como o preço.

Não é raro o fato de o consumidor depositar sua confiança, sem ter informações capazes de auxiliá-lo no processo de escolha, como ocorre nos contratos celebrados à distância no comércio eletrônico - moderna forma de contratação, muitas vezes arriscada.

A análise da confiança do consumidor será feita objetivamente, a partir de um consumidor-médio, que confiou tendo a cautela mínima necessária. Vale transcrever a lição da professora Heloisa Carpena: “A lei protegerá as expectativas que sejam fundadas em dados concretos da realidade, determinados pela conduta do fornecedor ou pelos costumes, e que sejam referentes àquilo que o consumidor não pode conhecer, à informação que não lhe foi dado obter”¹⁷.

Em geral, o cumprimento da promessa feita pelo fornecedor de produtos e serviços se desmolda na confiança do consumidor¹⁸.

O grau de confiança é medido conforme a *eficiência* do produto ou serviço oferecidos pelas empresas ao longo do tempo. Assim, possuem maior confiança do consumidor as empresas que eficientemente cumprem os contratos celebrados e quando o bom resultado esperado pelo consumidor supera o receio da probabilidade de não-cumprimento. Ao contrário, possuem menos confiança quando o receio do não-cumprimento supera a expectativa do resultado esperado¹⁹.

Robert Cooter y Thomas Ulen, classificam a confiança como:²⁰

- a) confiança ótima: aquela em que o cumprimento da promessa é seguro;
- b) confiança pequena: quando o cumprimento da promessa é incerto, e
- c) confiança excessiva: ocorre quando a confiança do receptor da promessa é imprevisível para o promitente e excede a quantidade que este poderia esperar razoavelmente, sob a circunstância do caso.

¹⁷Insólita é a proposta de Ricardo Lorenzetti apud Heloisa Carpena (op.cit., p. 209): “Para estar plenamente informado, o consumidor do serviço de transporte aéreo teria de entrar no avião acompanhado de um engenheiro, um piloto e um advogado”.

¹⁸Op. cit., p. 213.

¹⁹“En general, el promitente invierte en el cumplimiento y el receptor de la promesa invierte en la confianza. La inversión puede asumir la forma de dinero, tiempo, esfuerzo u oportunidades sacrificadas”. (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Teoría Económica del Contrato*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 250).

²⁰Ibid. p. 251 - 255.

Os autores exemplificam a confiança ótima e pequena com um jogo, em que um jogador muito confiante aumenta sua aposta; por outro lado, quando duvida da vitória, deposita pouca confiança e recua no jogo.

A confiança excessiva é exemplificada com um telegrama falso, que comunica uma ordem de venda a um corretor da bolsa. O corretor deveria confiar menos no teor do telegrama e ter precauções razoáveis, como confirmar a veracidade do teor da mensagem com o destinatário. Por outro lado, a companhia telegráfica não poderia prever que o corretor não teria as precauções razoáveis após a leitura do material enviado.

Enzo Roppo ensina sobre a tutela da confiança:

A razão unificante de todas estas regras é a exigência de tutelar a confiança (e enquanto isso, como sabemos, garantir a estabilidade, a ligeireza, o dinamismo das relações contratuais e, portanto, das transferências de riqueza). Mas tutelar a confiança só é possível dando proeminência - na definição do tratamento jurídico das relações - aos elementos exteriores, ao significado objetivo e típico dos comportamentos, à sua cognoscibilidade social; e isto significa, por contraposição, atenuar o tradicional relevo dado às atitudes psíquicas singulares, concretas e individuais dos contraentes, às suas representações subjetivas, limitadas ao foro íntimo - em conclusão, à sua vontade.²¹

A confiança está inserida no contexto da gestão de qualidade dos produtos e serviços oferecidos ao consumidor, como se pode observar na lição de na lição de FREITAS:

A qualidade é um dos principais componentes para a conquista de liderança de mercado e reflete o presente dos países desenvolvidos. A globalização determinou um padrão mundial de qualidade de produtos e serviços. O consumidor que não entender, por exemplo, instruções de uma embalagem, não puder se dirigir ao gerente ou receber uma fatura incorreta, subestimar a imagem desta empresa, que perderá a confiança deste consumidor. Sua satisfação se cria por meio de qualidade, serviço e valor.²²

²¹ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. p. 301.

MARTINS, Rosane Fonseca de Freitas. *A gestão de design como estratégia organizacional: um modelo de integração do design em organizações*. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) - Universidade Federal de Santa Catarina - Florianópolis, 2004. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/87100/208973.pdf?sequence=1>>. Acessado em 15 mai. 2015.

Como assevera CARPENA: *“Quanto maior a incerteza do consumidor no momento de seu processo decisório, maior será a carga de deveres de informação imposta pela lei ao fornecedor”*²³.

MARQUES observa que há uma “crise de confiança”, fruto da pós-modernidade, fazendo com os contratos sejam cada vez mais longos, complexos, formais, sinalizando para a falta de confiança entre os contratantes²⁴.

Desse modo, a confiança do consumidor tornou-se capital de expressivo valor econômico das empresas, uma vez que reduz os custos de transação e favorece novas contratações.

7. CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO: A CONFIANÇA NA QUALIDADE DE VALOR AGREGADO DAS EMPRESAS - RELACIONAMENTO COM O CONSUMIDOR/CLIENTE

A confiança é algo pessoal que se refere à credibilidade. Para ser alcançada deve haver o paralelismo da capacidade de confiar das partes. É de suma importância entender que na relação consumerista cada parte precisa assumir a responsabilidade pessoal pelo seu próprio comportamento para que a confiança os vincule. Isso essencial para que se agregue valor à empresa. Havendo confiança, a organização será capaz de criar uma cultura que fortalecerá seu nome no mercado. Explica Regis McKENNA: *“É virtuoso ter um fornecedor que diga a verdade, que se comporte de forma confiável para manter possíveis confidências de mercado e que esteja atento às necessidades dos seus clientes.”*²⁵

No entendimento da ciência da administração, a confiança institucional conduz reflexos às relações externas da organização.²⁶ Os valores de uma organização quando baseada na confiança estão refletidos no: foco; colaboração; perspectiva de médio a longo prazo; transparência, liderança, estrutura, recompensas e os processos-chave²⁷. LARENTIS, acrescenta que, *“Uma organização que defende*

²³Op. cit, p. 215.

²⁴“Nada mais é pressuposto, nem mesmo a boa-fé do parceiro consumidor, que virá a contratar com o fornecedor. Hoje também os consumidores estão desconfiados, querem segurança, esperam proteção da lei, sabem seus direitos de consumidores e não aceitam mais a falta de qualidade, de informação, de cuidado ou de lealdade, sem reclamar, sem atuar, sem visualizar o dano ou exigir futura reparação, mesmo que por danos morais”. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 190.

²⁵McKENNA, Regis. *Marketing de relacionamento: Estratégias bem-sucedidas para a era do cliente*. 25 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997, p. 34.

²⁶SLONGO, Luiz Antônio; LIBERALI, Guilherme. *Marketing de Relacionamento: Estudos, cases e Proposições de Pesquisa*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 67.

²⁷LARENTIS, Fabiano. *Comportamento do Consumidor e Marketing de Relacionamento*. Curitiba: IESDE, 2009, p. 40.

esses valores trata os outros com respeito, tem uma inclinação para cooperar com parceiros, possui um viés em direção a um período de tempo mais longo e compartilha informações”²⁸.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi apresentada a visão da confiança em diversos aspectos, no Direito, na Economia e na Administração, e mesmo com abordagem sucinta, a proposta deste artigo foi cumprida.

A compreensão da confiança deve ser interdisciplinar, pois o instituto é intangível. A correlação de ideias entre as ciências estudadas norteiam seguramente a sua utilização.

A confiança como o elemento integrador do contrato consumerista permite que ela seja entendida como suporte a importantes princípios aplicados às relações de consumo, a saber: da informação, da transparência, da segurança e da boa-fé.

Como capital econômico dos fornecedores percebe-se que quando a confiança é ótima, haverá um contrato consumerista ilibado, quando a confiança é pequena o cenário é incerto, e quando é excessiva a situação torna-se imprevisível para as partes. Nos dois últimos casos, o contrato consumerista pode gerar efeitos danosos para o consumidor e prejuízo aos fornecedores.

Por fim, quando uma empresa tem bom relacionamento com os consumidores/clientes e cumpre os princípios consumeristas adquire credibilidade no mercado e agrega valor aos negócios empresariais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Poder Judiciário. **Apelação Cível n. 1523/2001**. 9ª Câmara Cível, TJRJ,

²⁸LARENTIS, Op. Cit., p. 42.

Rel. Des. Jorge de Miranda Magalhães. Data do julgamento: 08/05/2001. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acessado em: 15 fev. 2015.

CARPENA, Heloisa. **O Consumidor no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Teoría Económica del Contrato**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1998.

CONFIANÇA. In: KOOGAN, André; HOUAISS, Antonio (Ed.). **Enciclopédia e dicionário digital**. Rio de Janeiro: Delta, 2000. CD-ROM.

FISCILETTI, Rossana Marina De Seta. Contratos de adesão e condições gerais: diferenças terminológicas no direito comparado. **AREL: Amazon's Research and Environmental Law, Rondônia**, vol. 2, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14690/2317-8442.2014v21123>>. Acessado em: 15 mar. 2015.

LARENTIS, Fabiano. **Comportamento do Consumidor e Marketing de Relacionamento**. Curitiba: IESDE, 2009.

MAIA, Fabiana Meira. Utilização do princípio venire contra factum proprium na isenção de responsabilidade da seguradora em sinistros de seguro garantia. **AREL: Amazon's Research and Environmental Law, Rondônia**, vol. 1, n. 1, 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14690/2317-8442.2013v1199>>. Acessado em: 13 mar. 2015.

McKENNA, Regis. **Marketing de relacionamento: Estratégias bem-sucedidas para a era do cliente**. 25 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997.

MIRANDA, José Gustavo Souza. A Proteção da Confiança nas Relações Obrigacionais. **Revista de Informação Legislativa**, a. 39, nº 153, jan.-mar. 2002.

MARTINS, Rosane Fonseca de Freitas. A gestão de design como estratégia organizacional: um modelo de integração do design em organizações. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) - **Universidade Federal de Santa Catarina - Florianópolis**, 2004. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/hand>-

le/123456789/87100/208973.pdf?sequence=1>. Acessado em 15 mai. 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2005.

NUNES, Cláudia Ribeiro Pereira. **Fundo de investimento com capital estrangeiro ou com investidor não residente no Brasil do século XXI: natureza, características e funcionalidade**. Rio de Janeiro: Mídia Jurídica, 2014.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

SIMÃO, JOSÉ FERNANDO. **A Boa Fé e o Novo Código Civil: Parte III**. Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_a_boa_fe_03.htm>. Acessado em 11 fev. 2015.

SLONGO, Luiz Antônio; LIBERALI, Guilherme. **Marketing de Relacionamento: Estudos, cases e proposições de Pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2004.

STEFHEN, Frank H. **Teoria Econômica do Direito**. São Paulo: Makron Books. 1993.

Artigo recebido em: 18.03.2015

Revisado em: 17.04.2015

Aprovado em: 21.05.2015

EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA: ASPECTOS PRÁTICOS

INDIVIDUAL ENTERPRISE LIMITED LIABILITY: PRACTICAL ASPECTS

Tomás Antônio Albuquerque de Paula Pessoa Filho¹

Especialista em Direito Corporativo

Instituições de Ensino Sete de Setembro - Fortaleza (CE) - Brasil

RESUMO: A pesquisa tem por objetivo apresentar as características inovadoras da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI, criada pela Lei nº 12.441/11. Apresentar-se-á os aspectos gerais da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada no direito brasileiro, no contexto de que a regulamentação para o empresário individual de responsabilidade limitada tem a pretensão de alavancar a formalização de empreendedores no Brasil, produzindo, por conseguinte, reflexos na arrecadação tributária. Contudo, algumas de suas características tornam o instituto limitador do exercício da atividade econômica empresária, a saber: o valor mínimo de capital, a proibição de sócio pessoa jurídica na EIRELI. Por fim, o autor sinalizará qual é a realidade da utilização da EIRELI pelos empresários cearenses no século XXI.

PALAVRAS-CHAVE: Lei nº 12.441/2011. EIRELI. Características.

ABSTRACT: The research aims to present the innovative features of the Individual Limited Liability Company - EIRELI, created by Law N. 12.441/11. Present will be the general aspects of Limited Liability Individual Company in Brazilian law, in the context of the regulations for the individual entrepreneur with limited liability pretends to leverage the formalization of entrepreneurs in Brazil, producing, therefore, reflected in tax collection. However, some of its features make the

¹Graduado em Direito e Pós Graduado em Direito Cooperativo pelo LLM das Instituições de Ensino Sete de Setembro - Pro-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa/Programa de Pós-graduação Lato Sensu em Direito em parceria com o Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC - realizado nas dependências da primeira parceira, em Fortaleza, no Ceará. O artigo insere-se na Linha de Editorial da Revista: Sociedade, Empresa e Sustentabilidade. E-mail: tomasfpp@gmail.com.

institute limiting the exercise of economic activity businesswoman, namely the minimum capital value, a ban on corporate partner in EIRELI. Finally, the author will signal what is the reality of the use of EIRELI by Ceará State natives entrepreneurs in the 21 Century.

KEY WORDS: Law 12.441/2011. EIRELI. Technical features.

INTRODUÇÃO

A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI foi introduzida no ordenamento brasileiro pela Lei nº 12.441/2011, que modificou o artigo 980-A, e o art. 44, Inciso IV, do Código Civil Brasileiro promulgado em 2002.

A pessoa natural, a pessoa física, aquele que sozinho, sem qualquer sócio, organiza e inicia uma atividade empresarial, é chamado de empresário individual. É necessário salientar que o Empresário Individual possui responsabilidade ilimitada, ou seja, a pessoa natural responde com seu patrimônio pelas dívidas contraídas pela atividade empresarial, podendo ser alvo de penhora, ou gravame de qualquer natureza para satisfazer garantias creditícias advindas de obrigações da empresa.

A evolução do comércio e da indústria e o aumento dos riscos que envolvem os negócios no ambiente moderno, fizeram com que houvesse uma migração dos empresários individuais e das sociedades com responsabilidade ilimitada para tipos de sociedades que protegessem o patrimônio pessoal dos empreendedores, dissociando seus bens pessoais, daqueles que eles destinaram aos riscos do negócio, sendo as mais comuns a sociedade por quotas de responsabilidade limitada e as sociedades anônimas. Sem ter um tipo societário unipessoal ou uma forma de delimitar o patrimônio que estaria disponível ao risco do negócio, os empresários individuais passaram a constituir sociedades com a participação de sócios fictícios, fossem eles parentes, funcionários remunerados para contemplar tal requisito ou qualquer sorte de pessoa que pudesse compor o mínimo de dois sócios necessários para limitar a responsabilidade de seu patrimônio sobre o negócio.

Finalmente em 2011, o legislador atentou para essa realidade de sociedades unipessoais de fato e criou a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) como forma de suprir a necessidade do Empresário individual de limitar

a sua responsabilidade e proteger o seu patrimônio pessoal. O instituto, porém, trouxe junto com ele uma série de dúvidas e questionamentos que ainda não permitiram a sua melhor dinâmica dentro da realidade empresarial brasileira e que iremos discorrer ao longo desse trabalho com o objetivo de esclarecer o leitor e desmistificar o uso dessa nova pessoa jurídica.

1. CARACTERÍSTICAS DA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA NO DIREITO BRASILEIRO

A história do Direito Comercial brasileiro inicia-se com a chegada da Família Real portuguesa, que veio para a colônia fugindo das tropas napoleônicas. Com a presença da família real nas terras coloniais, sem ter data certa para seu retorno à Portugal, obrigaram-se a organizar a corte, transferindo para cá a sua capital. Naquela época ainda eram utilizados instrumentos do direito português para negociar, como as Ordenações Filipinas. Apenas em 1834 um grupo de comerciantes apresentou o projeto do Código Comercial Brasileiro, este que ainda vigora em parte até hoje, e que fora votado 15 anos depois.

Ao longo desses vários anos o comércio e depois a atividade empresarial evoluiu muito no Brasil. A utilização de ferramentas jurídicas para a proteção dos negócios passou a ser cada vez mais intensa e a constituição de empresas, com a devida formalização, aumentou exponencialmente.

No Brasil, porém, somos sempre vítimas de soluções heterodoxas para a resolução de alguns problemas e no âmbito legislativo não poderia ser diferente. Com a evolução do direito comercial, os empresários passaram a abandonar as figuras mais tradicionais de constituição de empresa, que eram de responsabilidade ilimitada ou subsidiária do sócio ou dos sócios, e passaram a procurar formas de limitar a responsabilidade do patrimônio. Assim sociedades como a sociedade em nome coletivo caíram em desuso, dando lugar as sociedades por quota de responsabilidade limitada.

Quando tratamos da limitação da responsabilidade do empresário não tivemos evolução semelhante. O empresário individual, que responde com todo seu patrimônio pelos riscos da sua atividade, não teve uma evolução legislativa que acompanhasse a necessidade dos novos tempos. Na teoria a responsabilidade ilimitada era muito interessante, pois como preceitua Tomazette (2014, p. 54):

[...] Constitui o eixo de um inteiro sistema organizado no plano jurídico para prover à segurança das relações dos homens na ordem econômica. Sujeitando a massa dos bens da pessoa à satisfação de suas obrigações, a lei, de uma parte, confere aos credores garantias contra o inadimplemento do devedor; de outra, impõe a este uma conduta de prudência na gestão dos próprios negócios. E, assim, refreia a aventura, fortalece o crédito e incrementa a confiança.

Na prática, porém, a situação é outra. Os riscos cada vez maiores de empreender no Brasil, aliado a insegurança jurídica, fizeram com que os empreendedores buscassem a limitação de sua responsabilidade, como condição para lançar mão de novos negócios.

Assim o empreendedor brasileiro, procurando uma forma de proteção de seu patrimônio, porém não tendo a real intenção de ter mais sócios no negócio, passou a incluir familiares, cônjuges, funcionários mais antigos e até pessoas remuneradas exclusivamente para ceder seu nome, nos contratos sociais de constituição de seu negócio, evitando assim a necessidade de enquadrar-se como empresário individual, arcando com seu ônus.

Essa realidade é tão vistosa, que hoje a esmagadora maioria de empresas constituídas e em constituição no Brasil são empresas com quotas de responsabilidade limitada, sociedade de no mínimo dois sócios, que são sociedades unipessoais de fato.

1.1. ANÁLISE DOS ELEMENTOS IMPORTANTES DO ART. 980-A, DO CÓDIGO CIVIL

Finalmente, em 11 de julho de 2011, a Presidente da República sanciona a Lei 12.441. Essa lei trata especificamente da inclusão da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada e vem para sanar o problema anteriormente citado do empresário individual que atrai para seu patrimônio pessoal toda a responsabilidade do negócio e o das empresas por quota de responsabilidade social limitadas de um único sócio de fato.

A criação do novo tipo societário, porém, não eliminou do nosso ordenamento as figuras do empresário individual, sujeito responsável pela atividade da empresa, com natureza de pessoa física e responsabilidade ilimitada e pessoal sobre as obrigações da atividade empresária, e das sociedades empresárias, essas pessoas jurídicas com pluralidade de quotistas ou acionistas (dependendo da espécie de

sociedade), com limitação da responsabilidade pessoal destes, uma vez que é a própria sociedade o sujeito de direitos e obrigações e não os seus titulares.

Acontece que, o texto da lei não parece ser muito claro em vários aspectos e ainda se olha para a EIRELI (sigla utilizada para a designação Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) com desconfiança. Carlos Henrique Abrão (2012, p. 4) atribui seu único artigo, contendo seis parágrafos, como um ponto negativo:

Questiona-se, no âmbito da empresa individual, se a regulamentação pontual do modelo, poucos artigos, mostraria capilaridade para tonificar a expectativa empresarial para a respectiva abertura do negócio.

As incertezas começam pelo próprio nome do novo ente personificado: Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. O legislador erroneamente adotou a terminologia “empresa” para nominá-la, enquanto empresa é a atividade que é realizada pelo empresário, este sim sujeito nas relações de direito. O caso que poderia considerar a “empresa” como sujeito de direitos é o das sociedades em que o próprio ente é o sujeito de direitos, enquanto os seus quotistas ou acionistas não.

“Igualmente, há que se distinguir ‘empresa’ de ‘sociedade’, apesar de, no uso não técnico, serem as expressões utilizadas como sinônimas.”, afirmou Edson Isfer (1996, p. 41). Para ele há sociedades em que não se tem uma “empresa”, como no caso das *holdings*, mas a força das sociedades é tão grande no contexto em que vivemos, que o estabelecimento comercial, confundiu-se com o próprio empresário que exerce a atividade empresarial.

Rubens Requião apresenta no seu Curso de Direito Comercial (2012, p. 102) uma perfeita explicação da confusão que fazem os próprios empresários e a linguagem coloquial, com relação à definição de empresa, empresário e sociedade:

A figuração que o leigo faz de empresa é no sentido objetivo de sua materialização. Daí a confusão entre empresa e estabelecimento comercial (art. 1142 do Cód. Civ) e, no mesmo sentido, entre empresa e sociedade. É comum o empresário referir-se ao seu estabelecimento comercial, ou à sociedade de que é titular ou sócio proeminente, como “a minha empresa”. Os conceitos, no entanto, são inconfundíveis.

Nesse contexto apresentado, o legislador deveria ter adotado a terminação

Empresário Individual com Responsabilidade Limitada ou Empreendedor Individual de Responsabilidade Limitada, como fora feito no direito Francês, para assim adequar a linguagem à realidade dos conceitos de direito empresarial, porém preferiu a terminologia que fora adotada e que já vinha sendo discutida na literatura, como preceituou Isfer (1996, p.106):

Em suma: a criação legislativa da empresa individual de responsabilidade limitada, como sujeito de direito, importaria necessariamente, na instituição de uma nova classe de pessoa jurídica de direito privado. Além disso, quanto à limitação, sua eficácia consistiria, apenas, em limitar a dívida do empresário, perante a empresa e terceiros.

O legislador brasileiro optou por uma terceira via, diferente das outras duas disponíveis no direito comparado quais sejam a limitação do empresário individual ou a sociedade unipessoal. “Preferiu a fórmula não societária sob peculiar roupagem, regulando uma nova figura jurídica - a empresa individual de responsabilidade limitada - próxima do modelo português do estabelecimento comercial de responsabilidade limitada, com a diferença de o patrimônio destinado ao seu negócio pertencer a pessoa diversa, tanto do empresário quanto da sociedade empresária.” (Gonçalves Neto, 2012, p.123).

Entre os muitos problemas questionados, o primeiro deles apresenta a necessidade de um capital social mínimo de cem salários mínimos, um obstáculo muito grande para a grande maioria dos empreendedores, além de ser um aspecto extremamente controverso do ponto de vista jurídico.

Explica Carlos Henrique Abrão (2012, p. 18) que uma *“única pessoa constituirá a empresa individual, na condição de titular do próprio capital social, com a exigência essencial de, desde logo, providenciar a integralização, ao contrário dos demais modelos societários”*.

Além de exigir o capital social mínimo, o mesmo tem que ser integralizado no ato de constituição. A justificativa para isso é o fato de assim se garantir o mínimo para eventuais credores.

Outra dúvida que paira sob os empreendedores que querem utilizar-se deste modelo de empresa é se haverá eventual necessidade de aumento de capital para compensar a defasagem do salário mínimo vigente na época da constituição da empresa.

Outros aspectos do artigo 980-A do nosso Código Civil fazem com que quem tem a possibilidade de se enquadrar nos requisitos não a utilize como possibilidade, recorrendo aos antigos expedientes para a formação de uma empresa por quotas de responsabilidade limitada.

Entre esses aspectos limitadores da Lei 12.441/2011, que serão objeto da nossa pesquisa, vem a impossibilidade de se constituir uma EIRELI a partir de pessoa jurídica, ou mesmo que uma pessoa física só possa participar de uma única empresa desse gênero.

A EIRELI, tipo societário mais novo em nosso ordenamento, que deveria vir para facilitar a vida do empresário e corrigir as distorções há muito identificadas, precisa vencer as dúvidas e desconfianças para atender o seu fim. Há muita desconfiança dos empresários quanto ao respeito dos julgadores com relação à limitação da responsabilidade.

Apesar do parágrafo final do artigo que a introduz em nosso ordenamento expressar:

§ 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.

Mesmo nas sociedades por quota de responsabilidade limitada muitos duvidam da sua efetividade visto que não são raras as vezes em que há quebra da personalidade jurídica.

Nesse sentido, formaram-se duas correntes distintas no que trata de EIRELI. Até a própria posição do Título I-A do Código Civil, que trata do novo tipo societário, colocado entre o Título I, “Do empresário” e o Título II, “Da sociedade”, reforçou as dúvidas e as duas correntes em decorrência do enunciado 469 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

A 1ª corrente defende a EIRELI como uma sociedade unipessoal, uma vez que tem personalidade jurídica, é constituída por capital social, nomeada por denominação social e mantém patrimônio social.

Na 2ª corrente, defende-se que a EIRELI é apenas um ente personificado, ou seja, uma nova pessoa jurídica, para que ela pudesse atender os fins de limitação da responsabilidade do seu titular.

Esta corrente parece ter se firmado, uma vez que vários elementos, apesar da confusão causada pelo legislador no uso de algumas expressões, bem como em

delegar as regras da sociedade limitadas ao que não estiver abrangido pelos termos expressos às EIRELI. O fato de ter sido incluída em título próprio dentro do código e de não ter características fáticas de sociedade, além de o legislador ter incluído o inciso VI ao art. 44 do Código Civil, que reza:

Art. 44. - São pessoas jurídicas de direito privado: VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.”, fizeram com que a 2ª corrente fosse reforçada e o Enunciado 3 da I Jornada de Direito Comercial, dissesse; “A EIRELI não é sociedade unipessoal, mas um novo ente, distinto da pessoa do empresário e da sociedade empresária.

A doutrina ainda apontou que a denominação da EIRELI como sociedade, seria um grande equívoco, por se tratar de empresa unipessoal. No entanto, a jurisprudência tem se pronunciado sobre o assunto, como se pode ver pelo voto da lavra do Desembargador Irineu Mariani, da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível Nº 70043980465, julgada em 15/02/12:

Significa isso dizer que não apenas a sociedade empresária constitui-se em empresa, mas toda e qualquer organização dos fatores de produção para o exercício de uma atividade, especialmente atividade econômica (lucrativa), inclusive a sociedade simples e a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), com personalidade jurídica (modificações introduzidas no Código Civil pela Lei 12.441/11) ou de Responsabilidade Ilimitada, sem personalidade jurídica (Decreto 916/1890).

Outra questão conseguiu despertar maior interesse dos doutrinadores e jurisprudência em relação à EIRELI, no que diz respeito ao valor de seu capital social a ser integralizado. Essa questão foi motivo, inclusive, de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo partido popular socialista e a qual iremos discorrer ao longo desse trabalho.

Além de todos os pontos apresentados, a atual conjuntura de confiança jurídica dos empresários a EIRELI foi muito bem vinda, uma vez que tem tido papel preponderante no planejamento e reorganização societária dos grupos empresariais brasileiros, na regularização dos empresários informais e ajudando na evolução da prática empresarial em nosso país.

2. O VALOR MÍNIMO DE CAPITAL SOCIAL DISCUTIDO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO NOVO TIPO SOCIETÁRIO BRASILEIRO

A celeuma foi, inclusive, objeto da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADIN nº 4.637) perante o Supremo Tribunal Federal, interposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), ainda no ano de 2011. Segundo o próprio PPS, a parte final do caput do art. 980-A do CC/2002 não poderia vincular o valor do capital social da EIRELI ao valor do salário mínimo por afronta à Súmula Vinculante nº 4 do STF².

De acordo com entendimento do PPS, o salário mínimo não deve servir de parâmetro para indexar o valor do capital mínimo na constituição da EIRELI. Em outra crítica apontada na referida ADI, enfatiza-se que o valor para abertura de uma EIRELI seria elevado e dificultaria a livre iniciativa preconizada pelo Inciso IV do art.170³ da CF/88, pois os pequenos empreendedores estariam impedidos de, integralizar um capital social nesse montante.

Nessa esteira, interessante apontar o entendimento de que o valor de cem salários mínimos para a constituição do capital social serviria para proteger os credores, pois que não mais poderá arguir seu crédito visando alcançar o patrimônio pessoal da pessoa natural que exerce a atividade empresária.

Procurando diminuir o valor do capital social inicial de uma EIRELI, está tramitando o Projeto de Lei nº 2.468/11, de iniciativa do deputado Carlos Bezerra, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB-MT), que reduz o limite mínimo do capital social integralizado para constituição de uma EIRELI, para 50 vezes o valor do salário mínimo, além de determinar que a mesma seja beneficiada com o Simples Nacional. Quanto a esta parte do projeto de lei do deputado Carlos Bezerra, faz-se por total desnecessária, uma vez que a Resolução 94/2011 do CGSN já inclui esse tipo de pessoa jurídica entre os elegíveis para requerer o regime do Simples Nacional, excluídas as atividades vedadas pela Lei Complementar 123/2006 e as demais resoluções e regulamentos.

Apesar de polêmica e ainda com muitas arestas a aparar, a figura da EIRELI pode vir a ser uma grande ferramenta de desenvolvimento social e econômico do

²Súmula Vinculante nº 4: Salvo nos casos previstos na constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

³Art.170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IV- livre concorrência;

país, permitindo ao pequeno empreendedor levar à frente seus objetivos, sem, no entanto, descuidar do zelo para com os credores da empresa, como forma de permanecer no mercado e ter sucesso em seu negócio.

Assim, é justo que o capital social sirva para assegurar eventuais créditos não adimplidos. Para Sarhan Júnior (2012, p.18) a lei foi bastante eficaz ao instituir a empresa individual de responsabilidade limitada, objetivando diminuir o número de Sociedades Limitadas fictícias. Mas, ao mesmo tempo, o autor entende que exigir que haja a integralização de, no mínimo cem salários mínimos, de forma imediata, também pode levar à constituição de empresas individuais fictícias.

Explica Carlos Henrique Abrão (2012, p. 16) que:

Nesse aspecto, a constituição originária ou derivada da empresa individual exige requisitos de capital mínimo, cuja atestação se faz mediante o valor em pecúnia em prol da empresa individual, ou por meio de incorporação de bens imóveis ou de outra natureza. O que pretendeu o legislador, a interpretação redacional da norma, foi a integração mediante valor em pecúnia, correspondente, ao tempo da constituição da empresa individual, da soma de 100 salários-mínimos. Discute-se na prática, se a importância é elevada ou não, tendo sido ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade no STF, isso porque entendeu o partido popular socialista que referida exigência contribuiria negativamente para a constituição, servindo de embaraço em detrimento da atividade econômica do país.

A discutida constitucionalidade do piso de 100 salários mínimos, como condição para o registro das mesmas nas juntas comerciais, ainda é uma dúvida. O que chama atenção nesse trecho da lei 12.441/2011 é a vinculação ao salário mínimo, uma vez que a constituição em seu art. 7º veda qualquer indexação a ele.

Teriam as EIRELI constituídas, que manter atualizados o piso conforme o a salário mínimo vigente?

Retomando a história da ADIN, motivado por essas dúvidas, então, o Partido Popular Social (PPS) ajuizou uma ADIN, em que questionava exatamente a constitucionalidade do trecho da lei 12.441/2011 que tratava do piso de 100 salários mínimo com capital integralizado para a constituição das EIRELI, invocando a vedação que a constituição federal impôs à indexação ao salário mínimo e também o princípio da livre iniciativa, que está posto no art. 170 do mesmo ordenamento, a saber:

[...] estabelece que a criação da empresa individual de responsabilidade limitada só poderá ocorrer quando o capital, devidamente integralizado, corresponder a, no mínimo, cem vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Contudo, tal exigência esbarra na notória vedação de vinculação do salário mínimo para qualquer fim, prevista no inciso IV, do art. 7º da Constituição Federal. O certo é que o salário mínimo não pode ser utilizado como critério de indexação para a determinação o capital mínimo necessário para a abertura de empresas individuais de responsabilidade limitada.

Verifica-se, outrossim, uma evidente violação ao princípio da livre iniciativa, previsto no art. 170, caput, da Carta Política, uma vez que a exigência em questão representa um claro cerceamento à possibilidade de abertura de empresas individuais de responsabilidade limitada por pequenos empreendedores. (grifa-se)

Ao primeiro olhar, parecia muito razoável a suscitada inconstitucionalidade da vinculação ao salário mínimo, como também parecia no mínimo razoável invocar-se o princípio da livre iniciativa.

Alguns autores, como Elizabete Vido, em seu Curso de Direito Empresarial, preferiram esperar os desdobramentos sem adentrar na discussão: Teremos que acompanhar todo o desenvolvimento desse novo instituto na prática, e suas consequências nas relações empresariais (2012, p. 44).

Outros, como Tomazette (2014, p. 64), adentraram no tema emitindo seu julgamento:

Não vislumbramos qualquer inconstitucionalidade no citado capital mínimo, uma vez que só há vedação para a vinculação ao salário-mínimo para fins de remuneração e, de outro lado, não há afronta à livre iniciativa, mas apenas uma exigência legal para o exercício da atividade sob essa forma.

Prestadas informações pela Presidência da República, bem como apresentada a defesa pela Advocacia Geral da União, ficou esclarecida a questão. O consultor da união posiciona-se pela constitucionalidade do piso, pois o mesmo não gera indexação, mas mera referência ao valor.

Esclarece ainda, que o valor do piso é para o ato de constituição da EIRELI, não sendo necessária a atualização desses valores conforme o salário mínimo vigente para a manutenção da limitação da responsabilidade:

Assim, questionado o dispositivo legal do art. 980-A, da lei no. 10.406/2002 (Código Civil), não prevê uma prestação, a ser reajustada periodicamente, com a utilização do maior salário mínimo vigente no País, como indexador, tendo estabelecido, apenas, que a pessoa titular dessa modalidade de empresa, terá que integralizar o correspondente capital social no valor de 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no Brasil. (grifa-se)

Esclarece, também, de forma razoável, a questão da imposição de piso no valor de 100 salários mínimos. Uma vez que nas EIRELI, assim como nas Sociedades por quota de responsabilidade limitada, quem responde pelas dívidas é o capital social e não a totalidade dos bens da pessoa física do empresário é razoável que se garanta um mínimo de capital que possa garantir eventuais credores.

Por outro lado, questionada na ADIN o porquê da diferença de tratamento entre Sociedades por quota de responsabilidade limitada e Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada, uma vez que aquela não tem imposição de piso pelo legislador, a Presidência da República e a Advocacia Geral da União não estabeleceram uma justificativa satisfatória, pois colocaram apenas que se trata de tipos societários diferentes, o que não fora questionado, e que no caso das Sociedades por quotas de responsabilidade limitada existem no mínimo dois sócios para garantir eventuais credores e que há a possibilidade de quebra da personalidade jurídica para satisfazer o capital social.

Prega também que o piso não prejudica a livre iniciativa, pois não impede a constituição de empresa ou sociedade através de outros tipos societários. Tenta explicar o piso de 100 salários mínimos, como fator de impedimento à fraude na constituição de EIRELI como mero escudo entre a atividade empresarial e o patrimônio pessoal do empreendedor, porém a EIRELI também está sujeita a possibilidade de quebra da personalidade jurídica no caso de má administração, sendo a explicação frágil e insatisfatória.

Quanto ao discurso de que o piso serviria para evitar a fraude e garantir eventuais credores da EIRELI, a prática nos mostra que as juntas comerciais não têm capacidade de averiguar a real integralização dos 100 salários mínimos. O que observamos ao arquivar, de forma recorrente, atos constitutivos de EIRELI na junta comercial do Estado do Ceará e que ela vem aceitando a mera declaração de integralização desse valor, criando EIRELI que atendem ao formalismo imposto pela lei e pela instrução normativa do Departamento Nacional de Registro Comercial,

porém não se sabe se efetivamente evitarão a fraude e garantirão realmente os eventuais credores, fazendo cair por terra o argumento utilizado pela Presidência da República para defender famigerado piso.

O piso imposto apenas demonstra a imaturidade empresarial brasileira. Demonstra que o Estado não acredita na capacidade do mundo dos negócios brasileiro de analisar os contratos sociais e balanços das empresas com quem negociam e extraírem das informações os indicativos se aquelas empresas tem capacidade de honrar eventuais créditos não adimplidos. Expõe o intervencionismo do Estado na esfera empresarial, desrespeitando a sua autonomia em negociar e também de se resguardar através das mais diversas informações e instrumentos dos riscos de empreender, enquanto no direito comparado muitos países nem não exigem que seja designado um valor como capital social, deixando os sócios livres para decidirem quanto cada um deverá investir no negócio e se posicionando claramente que essa questão é meramente negocial entre os sócios e aqueles que negociam com a sociedade, não cabendo ao Estado “vigiar” tal questão. Pior, impõe aos empresários um piso, iludindo-os que esta imposição é garantia de um mínimo de lastro para satisfazer eventuais créditos, quando na realidade o Estado não tem capacidade de aferir a realidade do valor mínimo exigido para a constituição do ente personalizado.

A nova pessoa jurídica, criada para acabar com as sociedades por quotas de responsabilidade limitada fictícias, por conterem apenas um sócio de fato, termina criando critérios, louváveis, porém sem condições de ser fiscalizados, gerando novas empresas com aspectos fictícios.

3. O MANDADO DE SEGURANÇA PERANTE A JUNTA COMERCIAL DO RIO DE JANEIRO QUE POSSIBILITA PESSOA JURÍDICA SER SÓCIA DA EIRELI

O surgimento da EIRELI trouxe consigo consequentes dúvidas, fruto de uma redação intrincada da Lei 12.441/2011. Como já havia mencionado Carlos Henrique Abrão, o único artigo da lei, contendo apenas seis parágrafos, é incapaz de mergulhar em todos os aspectos necessários para que a EIRELI fosse introduzida com o máximo de clareza: *Questiona-se, no âmbito da empresa individual, se a regulamentação pontual do modelo, poucos artigos, mostraria capilaridade para tonificar a expectativa empresarial para a respectiva abertura do negócio* (2012, p. 4). Ao final, misturando o ente personalizado com sociedade, na falta de mais

detalhes dentro do corpo do próprio artigo que fora introduzido ele remete subsidiariamente ao que se aplica às sociedades limitadas.

A sucessão de dúvidas sobre a EIRELI fizeram com que a sociedade empresária Purpose Campaings Brasil Ltda impetrasse mandado de segurança que tramita na 9ª Vara da Fazenda Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Na tentativa de esclarecer as regras da EIRELI e dispor de seu uso para resolver uma questão da sociedade eles resolveram litigar contra a Junta Comercial do Rio de Janeiro, a fim de garantir que a Instrução Normativa do DNRC não se sobrepuhasse à própria Lei 12.441/2011.

Na verdade o mandado de segurança em tela não possibilita especificamente que pessoa jurídica seja sócia de EIRELI, e sim concede, em caráter liminar, que a mencionada sociedade empresária continue suas atividades com um único sócio, que nesse caso é uma pessoa jurídica, não sendo dissolvida após os 180 dias, que prevê o art. 1033, IV do Código Civil para a recomposição da pluralidade de sócios.

A rigor, a lei 12.441/2011 não trata do assunto. Ela apenas indicou em seu artigo 2º que o parágrafo 2º do art. 980-A do Código Civil que “A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade”.

Ora, na verdade o legislador é expressamente claro ao fazer referência à “pessoa natural”, uma vez que a pessoa jurídica é uma ficção jurídica.

O legislador não impediu expressamente, em momento algum, a constituição de EIRELI por pessoa jurídica, tendo limitado, apenas, a participação da pessoa natural a uma única empresa dessa espécie.

Na instrução normativa 117, o DNRC resolveu interpretar a legislação, e ultrapassando seu dever de regulamentação, decidiu impedir as pessoas jurídicas de constituir EIRELI, uma vez que determinou às juntas comerciais que não arquivassem os atos constitutivos de empresas dessa natureza requeridas por pessoas jurídicas.

O Enunciado 468 da V Jornada de Direito Civil, corroborando com o DNRC e reforçando a tese da impossibilidade de constituição de EIRELI por pessoa jurídica, afirma que “*A empresa individual de responsabilidade limitada só poderá ser constituída por pessoa natural*”.

Alguns autores, como Tomazette (2014, p. 62), adentraram a questão questionando a posição interpretada até então, quando afirma:

(...) não vemos qualquer impedimento.

Embora, normalmente, ligada a pessoas físicas, nada impede no nosso ordenamento jurídico que a EIRELI seja constituída também por pessoas jurídicas, inclusive as de fim não empresariais para exercício de atividades lucrativas subsidiárias. Isso é o que se depreende do próprio caput do artigo 980-A que diz que a EIRELI será constituída por uma única pessoa⁴ sem especificar ou delimitar.

Outrossim, a restrição constante do parágrafo 2º do mesmo artigo 980-A dirigida especificamente a pessoas físicas, mostra que essa não é a única possibilidade de constituição da EIRELI.

Ademais, reitera-se que a aplicação das regras atinentes às sociedades limitadas, corrobora a possibilidade de titularidade por uma pessoa jurídica.

A decisão liminar aborda a questão de maneira indireta, porém é cristalina a possibilidade de constituição de EIRELI por pessoa jurídica, causando surpresa a proibição imposta pela instrução normativa n. 117/2011 do Departamento Nacional de Registro Comercial - DNRC e a interpretação dada pela V Jornada de Direito Civil. Proibição esta, que só veio a figurar numa segunda versão da referida instrução normativa, pois em publicação inaugural a mesma respeitava o texto da lei e da redação do art. 980-A⁴, que em momento nenhum veda tal possibilidade.

Cada vez mais os empresários brasileiros tem lançado mão sobre o planejamento e reorganização societária como forma de se proteger do arriscado ambiente empresarial nacional. Nesse diapasão a EIRELI tem sido cada vez mais utilizada

⁴art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão “EIRELI” após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada.

§ 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.

§ 3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração.

§ 4º (VETADO).

§ 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.

§ 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.

art. 1.033.(...)

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV caso o sócio remanescente, inclusive na hipótese de concentração de todas as cotas da sociedade sob sua titularidade, requeira, no Registro Público de Empresas Mercantis, a transformação do registro da sociedade para empresário individual ou para empresa individual de responsabilidade limitada, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 deste Código. (NR)

nesses processos. Acredita-se que a necessidade de se constituir EIRELI's de pessoa jurídicas para aprimorar ainda mais esses desenhos empresariais fará com que surjam mais questionamentos judiciais acerca do tema, inclusive na constituição originária da EIRELI por pessoa jurídica, e não somente na transformação, como fora o caso da Purpose Campaings Brasil Ltda, esclarecendo o tema e dando correta utilização à legislação em vigor.

4. ESTUDOS DE CASOS DA EMPRESA DE INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA: A REALIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO PELOS EMPRESÁRIOS CEARENSES NO SÉCULO XXI.

No ano de 2014 foram abertas 14.665 sedes de novas empresas no Estado do Ceará. Dessas foram 43.517 Micro Empreendedor Individual, 8.134 empresários e 6.351 sociedades, conforme dado estatístico obtido no portal da Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Ceará.

Em 2013, apesar de ter pouco tempo desde que fora incluída no Código Civil, as EIRELI já haviam ganhado força, como mostra a matéria de jornal da época.

Abaixo, apresenta-se amostra dos fatos narrados, por meio de reportagem transcrita:

NÚMERO DE EMPRESAS CRIADAS NO CEARÁ NÃO CRESCE DESDE 2010

Datada de 28.06.2013

2013 já apresenta queda de 3,3% ante 2012, considerando o acumulado de janeiro ao último dia 24 de junho

Tipos empresariais

Os dados da JUCEC mostram que, dentre os tipos de empresa, a categoria Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) vem ganhando força. A EIRELI foi instituída a partir da Lei nº 12.441, de 2011, que acrescentou novos dispositivos ao Código Civil.

Passou-se a considerar pessoa jurídica de direito privado as empresas individuais de responsabilidade limitada, constituídas por uma única pessoa (física ou jurídica) titular da totalidade do capital social integralizado. Esse tipo empresarial pode adotar firma ou denominação social.

No que se refere a essa categoria, o primeiro semestre deste ano já apresenta crescimento de 126,4% comparado a igual período de 2012. De 1º de janeiro a

24 de junho do passado, foram constituídas 136 EIRELI. Em igual período deste ano, esse número saltou para 308.

Empresário individual

Por outro lado, após as empresa individuais de responsabilidade limitada, a quantidade de empresários individuais no Ceará vem diminuindo. Em 2011, por exemplo, foram constituídas 11.917 nessa categoria. Número que, em 2012, caiu para 9.996, uma redução de 16,1%. “Essa é uma tendência. A EIRELI, diferentemente das empresas individuais, dá mais segurança ao empresário”, diz Ricardo Lopes.

Atente que o Presidente da Junta Comercial do Ceará passa a informação ao jornal de que a EIRELI podia ser constituída tanto por pessoa física quanto por pessoa jurídica. Esse era o entendimento inicial do DNRC, porém após atualizar a instrução normativa que tratava das EIRELI, o órgão resolveu interpretar que havia impossibilidade de constituição de EIRELI por pessoa jurídica, o que frustrou muito os empresários e não deu ainda maior impulso ao novo tipo societário.

A EIRELI continua sendo um tipo societário em ascensão, mas tanto o piso do capital social, quanto a impossibilidade de ser registrada por pessoa jurídica mantém as sociedades por quotas de responsabilidade limitada ainda como majoritárias na constituição de novas empresas. Ela, também, com essas limitações, não conseguiu cumprir a missão de acabar com as chamadas “sociedades de etiqueta”, que são as sociedades de responsabilidade limitada em que um dos sócios figura como mero garantidor do registro da sociedade, limitando a responsabilidade, porém com uma quantidade ínfima de quotas.

Com a modernização das empresas cearenses e a evolução das suas estruturas societárias, cada vez mais EIRELI vem sendo registradas. O empresário local parece ter acordado para o risco das sociedades de etiqueta, bem como também passou a ser paciente de processos de reorganização societária e proteção patrimonial, que exigiram a criação de EIRELI como forma de se ter sociedades intermediárias entre as sociedades operadoras e suas pessoas físicas.

Esse aumento de demanda de registro de EIRELI também nos possibilitou observar um ponto interessante na fiscalização da integralização do capital social mínimo de 100 salários mínimos. A Junta Comercial do Estado do Ceará vêm arquivando todas as EIRELI que declaram em seus atos constitutivos terem integralizado o piso. Seja através de numerário, ou mesmo da atribuição de valores a algum bem

imóvel, eles simplesmente não fazer qualquer checagem da efetiva existência desses valores ou da real avaliação do bem. Assim como o legislador foi formalista e excludente ao impor o capital social mínimo, o órgão responsável por garantir a efetivação desse piso, também tem sido estritamente formalista e registrado todas as EIRELI que satisfaçam no texto de seu ato constitutivo o malfadado piso de 100 salários mínimos.

Apresenta-se três aplicações reais de EIRELI utilizadas por empresários cearenses. O primeiro caso tratará de uma EIRELI que fora constituída dentro de um planejamento de reorganização societária com o intuito de controlar participação acionária. O segundo caso tratará do uso da EIRELI como empresa administradora de imóveis e concentração patrimonial. O terceiro, e último caso, apresentará a utilização da EIRELI como prestadora de serviços de consultoria, com operação regular, contratação de funcionários, emissão de notas fiscais, entre tantos outros eventos dos quais qualquer empresário ou sociedade empresária estão sujeitos.

4.1 EIRELI PARA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA

A EIRELI foi instrumento muito importante para as reorganizações societárias e proteções patrimoniais. Hoje é requisito primordial a constituição de EIRELI para os sócios e a substituição das suas pessoas físicas pelas EIRELI na composição societária das empresas.

Para exemplificar, usaremos casos práticos sendo os nomes das empresas trocados, para resguardar o sigilo profissional.

O Grupo ABC, está promovendo a sua reorganização societária. Atualmente os sócios das empresas ABC Concessionária de veículos, ABC Aluguel de Veículos, ABC venda de peças, ABC manutenção automotiva são as pessoas físicas de seus sócios. Isso significa que os sócios estão diretamente relacionados aos riscos do negócio, sendo facilmente atingidos caso haja algum problema na operação do negócio. No planejamento societário realizado foi proposta uma estrutura societária composta de uma Holding Pura de Controle em que as participações societárias atuais das empresas operacionais seriam replicadas, preservando a participação de cada sócio. Entre as empresas operacionais seria constituída uma Sociedade Intermediária de controle, que teria como sócios a Holding Pura de Controle e outra sociedade, formada com o único propósito de constituir essa sociedade intermediária, compondo 1% do seu capital. Na Holding Pura de Controle,

no lugar de serem sócios as pessoas físicas, foram constituídas EIRELI para cada um dos sócios e transferidas as suas ações para as EIRELI. Nesse contexto, tem-se uma proteção maior das pessoas físicas, pois elas sequer participam da estrutura societária e apenas numa hipótese muito complexa viriam a ser atingidos.

Nesse caso apresentado, a única finalidade da EIRELI de cada um dos sócios é possuir as ações da empresa Holding. Não há faturamento. A sua receita é inteiramente proveniente da distribuição de lucros da Holding.

4.2 EIRELI PARA ADMINISTRAÇÃO E CONCENTRAÇÃO DE IMÓVEIS

Uma pessoa física era detentora de vários imóveis, sendo o aluguel de alguns e a venda de outros sua principal fonte de renda. Para fins de planejamento tributário e proteção patrimonial foi criada uma EIRELI para que o proprietário transferisse os imóveis para a pessoa jurídica. Para evitar o pagamento de ITBI de grande quantidade dos imóveis, aqueles que não eram alugados, uma vez que a legislação municipal onde ele se encontrava vedava a isenção de ITBI de imóveis para locação pelos 3 anos subsequentes à transferência, foram incorporados ao capital social da EIRELI no ato de constituição, suprindo imediatamente o piso de 100 salários mínimos para a sua constituição. Os demais foram transferidos mediante o pagamento dos tributos, assim ficando disponíveis para serem, ou permanecerem alugados. A EIRELI passou a ser tributada pelo lucro presumido, compensando a tributação do imposto de renda da pessoa física, que tem alíquota de 27,5%, para os 15% relativos à pessoa jurídica. Além desse benefício fiscal, o proprietário passou a ter um grau de segurança, uma vez que qualquer problema, por menos risco que a atividade exercida por ele viesse a ter, não mais afetaria diretamente a sua pessoa física, mas sim a pessoa jurídica, dando-lhe uma maior segurança.

4.3 TRANSFORMAÇÃO DE SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA EM EIRELI PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSULTORIA

Uma sociedade prestadora de serviço de consultoria, com quadro societário composto por dois sócios, sendo um deles detentor de 99% das quotas, foi transformada em EIRELI. Com a transformação o sócio retirante vendeu o seu 1% das

quotas ao sócio remanescente, muito provavelmente sendo este apenas o que muitos chamam de “laranja” e a operação tenha servido para regularizar a situação fática com a situação jurídica.

Para proceder com a transformação, o capital social, que era de R\$20.000,00 (vinte mil reais) teve que ser aumentado para que atingisse o piso de 100 salários mínimos. Por se tratar de uma pessoa jurídica em plena operação, com vários bens móveis, acervo técnico entre outros ativos que puderam ser incorporados ao capital social, isso não foi um obstáculo.

Após a transformação a pessoa jurídica permaneceu operando normalmente, seus funcionários permaneceram com seus registros exatamente como antes, sem quaisquer alterações significativas, que não a retirada do “LTDA” da denominação social e a inclusão do “EIRELI”, tendo a denominação social permanecido exatamente a mesma.

No que tange a tributação, uma vez que a sociedade por quotas de responsabilidade limitada era optante do SIMPLES Nacional, a EIRELI que a sucedeu manteve-se no regime, uma vez que a resolução CGSN 94/2011 abrange também esse tipo de pessoa jurídica:

Art. 2º. Para fins desta Resolução considera-se:

I - microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP) a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada ou o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 3º, caput)

a) no caso da ME, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 3º, inciso I)

b) no caso da EPP, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais); (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 3º, inciso II)

Nesse contexto, quando há o interesse específico de uma maior proteção patri-

monial, há de se constituir uma EIRELI.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De forma geral, era criada uma sociedade limitada ilusória. Note-se que uma grande quantidade de sociedades por quotas de responsabilidade limitada eram constituídas objetivando a mitigação da responsabilidade empresária frente o capital social.

Esse procedimento dá azo a uma burocracia exagerada, sem falar nos altos custos administrativos, e nas desnecessárias pendengas judiciais, que nascem da disputa entre sócios minoritários da empresa, principalmente, quando se tratar de micro, pequenas e médias empresas.

Em outra vertente, pode-se dizer que a formalização do empresário individual de responsabilidade limitada poderá trazer incentivos para que um número considerável de empreendedores saia da marginalização e oficialize seu empreendimento, produzindo, por tabela, consequências econômicas, de modo geral, tal como na arrecadação de impostos. O que se observa com o advento da Lei nº 12.441/2011 é o atendimento de uma necessidade há muito latente no Direito Empresarial, a saber, o instituto da EIRELI.

Percebeu-se ao longo do trabalho que a EIRELI, instituída pela Lei nº 12.441/2011, surgiu no direito brasileiro depois de longos anos de gestação no âmbito legislativo, embora esse modelo de empresa já tivesse guarida no direito comparado, e positivado no ordenamento de países como Alemanha, Itália e França.

Constatou-se que, com o instituto do empresário individual, muitas fraudes contra credores foram perpetuadas, posto que geralmente o que se via era um sócio majoritário que respondia por 99% do capital social da empresa, enquanto outro sócio servia como escudo, contribuindo com apenas 1% desse mesmo capital.

Dessa forma, a responsabilidade solidária pelas obrigações da empresa quando recaia sobre os sócios, invariavelmente, atingia seus bens, até o limite de sua quota-parte. No caso específico, um dos sócios arcaria com a grande maioria do ônus, restando ao outro uma parcela irrisória. Ocorre que se nenhum bem fosse encontrado no nome destes, nada poderia ser feito, e os credores amargariam o prejuízo.

Nesse contexto, a EIRELI surgiu para amenizar esse quadro de práticas fraudulentas contra credores. Sua natureza jurídica ainda é um ponto polêmico, mas

pode ser considerada uma pessoa jurídica de direito privado, cujo empresário, não responde pelas obrigações da empresa, porém ser considerado único sócio, daí porque ela seria uma empresa de responsabilidade limitada.

Percebeu-se que, dentre as muitas peculiaridades que trouxe a EIRELI para o cenário empresarial, algumas chamam a atenção e são objetos de controvérsias. A questão da integralização do capital social cujo valor deve ser de, pelo menos, 100 (cem) vezes o salário mínimo vigente, é uma das particularidades polêmicas, tendo sido objeto da ADI 4.637/2011, junto ao Supremo Tribunal Federal (STF).

Nessa ADI, questionava-se o valor mínimo a ser integralizado, ao mesmo tempo em que requeria a diminuição desse valor para privilegiar a camada dos pequenos empreendedores.

No entanto, após solicitar informações, o Ministro Gilmar Mendes recebeu da Presidência da República o veredito segundo o qual não prosperaria o pedido de Inconstitucionalidade da Lei nº 12.441/2011, no que tange ao valor do capital social a ser integralizado pela EIRELI, bem como em respeito à infringência ao art.170 da CF/88, como forma de dificultar a livre iniciativa por conta do capital social elevado.

Observou-se que apesar da exigência e de toda celeuma em torno do piso do capital social, a Junta Comercial do Estado do Ceará não tem capacidade de averiguar a efetiva existência do capital destinado ao piso, aceitando e arquivando os atos constitutivos das EIRELI, desde que seja cumprido o requisito formal de declarar integralizado o capital social no valor correspondente a 100 vezes o salário mínimo vigente.

Averiguou-se no decorrer da pesquisa que apesar de ter sido eivada de críticas, controvérsias e de estar enfrentado uma Ação Direita de Inconstitucionalidade, a EIRELI ainda é uma das formas empresariais mais procuradas desde seu nascedouro, contribuindo para que a atividade econômica se torne mais atraente, através da proteção do patrimônio de seu sócio em relação ao passivo da empresa.

A sua existência possibilitou uma série de sociedades por quotas de responsabilidade limitada, que foram ficticiamente constituídas, regularizarem-se e serem transformadas em EIRELI's, convergindo a situação jurídica com a situação fática. Possibilitou também um melhor exercício das práticas de reorganização societária e proteção patrimonial, instrumentos cada vez mais presentes na vida empresarial do empresário brasileiro, uma vez que os riscos das atividades negociais aqui são cada vez maiores e imensuráveis.

Conclui-se, pois, que o advento da EIRELI trouxe consigo a possibilidade de crescimento econômico para o país, gerando empregos e permitindo a diminuição da atividade econômica informal, apesar de todas as suas controvérsias.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. **Empresa Individual: Eireli Lei 12.441/2011 e Instrução normativa 117/2011**. São Paulo: Atlas, 2012.

BITTENCOURT, Ana Paula de. Empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI): considerações gerais com enfoque na natureza jurídica do novo introduzido pela lei nº 12.441/2011. **Revista da Esmec**, v. 20, n. 26, p. 131-150, 2013.

BOGDAN, R.; BIKLEN, S. **Investigação qualitativa em educação**. Porto: Porto Editora, 1994.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 9 fev. 2015.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO PÚBLICO. **Instrução normativa nº 117, de 22 de novembro de 2011**. Disponível em: <http://www.jucepa.pa.gov.br/downloads/IN_117_2011.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2014.

FERREIRA, Rafael Belitzck. Comentários à lei da empresa individual de responsabilidade limitada (lei n. 12.441/11). **Revista Dir**. Disponível em: <<http://www.revistadir.mcampos.br/producaocientifica/artigos/rafaelbelitzckferreiracomentarioaleidaempresaindividual.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2015.

MARCONDES, Sylvio. **Limitação da responsabilidade do comerciante individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 30 ed, vol. 1. Saraiva: São Paulo, 2011.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresaria: teoria geral e direito societário**,

volume 1. São Paulo: Atlas, 2014.

VIDO, Elisabete. **Curso de direito empresarial.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

XAVIER, José Tadeu Neves. **A complexa identificação da natureza jurídica da empresa individual de responsabilidade limitada - EIRELI.** Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130311095631.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2015.

Artigo recebido em: 20.03.2015

Revisado em: 16.04.2015

Aprovado em: 21.05.2015

O BRASIL E A SÍNDROME DO “BOLO DE CANECA” NA IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

THE COUNTRY BRAZIL AND THE SYNDROME “MUG CAKE” IN IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES

Rosana Marques Neto¹

Especialista em Direito Corporativo
Universidade Positivo - Curitiba (PR) - Brasil

RESUMO: Vive-se em um período no qual nunca se ouviu e se viu de forma tão recorrente as práticas do resultado instantâneo. No compasso da expansão tecnológica, que possibilita a difusão massiva de todo o tipo de notícia, percebe-se que, principalmente no meio político, o que se busca é o marketing pessoal fundido nas ações que propagam maior impacto visual. Assim sendo a melhor alternativa, na concepção medíocre e individualista que acabou se enraizando em tal meio, é a de tratar as políticas públicas como se fossem um “Bolo de Caneca”. Neste contexto, a pesquisa que se apresenta tem por objetivo entender quais são as características das políticas públicas na qualidade de manobras eleitoreiras que visam apenas o resultado imediato que, por óbvio, não se sustentam e em nada agregam à Nação. Muitas vezes não são percebidas na sociedade. A metodologia empregada é a revisão literária e a observação participativa.

PALAVRAS-CHAVE: Cidadania. Políticas públicas. Desenvolvimento.

ABSTRACT: We live in a period in which never was and it turned out so recurring practices of instant results. In the compass of technological expansion, which enables the mass dissemination of all kinds of news, it is clear that, particularly in the political environment, what is sought is the molten marketing staff in the actions that propagate greater visual impact. Therefore, better alternative in mediocre and individualistic design that just taking root in such an environment,

¹Graduada em Direito e Pós Graduada em Direito Cooperativo pelo LLM da Faculdade Brasileira de Tributação em parceria com o Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC - realizado nas dependências da primeira parceira, em Curitiba, no Paraná. O artigo insere-se no cruzamento das Linhas Editoriais da Revista: Sociedade, Empresa e Sustentabilidade e Direitos fundamentais e suas dimensões. Advogada. E-mail: rosanaques@hotmail.com

there is no way the “Mug Cake.” In this context, the research that is presented aims to understand what are the characteristics of public policies as electioneering maneuvers aimed at only the immediate result that, obviously, does not hold and adds nothing to the nation. They are often not easily perceived in society. The methodology is the literature review and participant observation.

KEY WORDS: Citizenship. Public policy. Development.

INTRODUÇÃO

Experimenta-se um período farto às práticas de desenvolvimento do país, no qual se possuía estabilidade econômica, força monetária com o Real valorizado e altos índices de demanda que acabaram por alavancar o setor produtivo do País. Contudo, como um filme que já revimos reiteradas vezes, nada foi feito objetivando a continuidade e o favorecimento de tal fase ímpar e estanque.

Nesta nova fase, como reflexo da falta de projetos, de ações efetivas para o desenvolvimento do País e nossa incapacidade produtiva, o remédio foi coibir a demanda e, agora por último, anunciar a coibição do consumo externo.

O país não possui as estruturas físicas que alicercem o desenvolvimento e a burocracia construída por décadas amarra e dificulta todo e qualquer projeto que se queira implementar e aos corajosos, que teimam em investir por aqui, nossas cargas tributárias se encarregam do castigo, por meio do famigerado ICMS, dentre tantos outros impostos.

Como se não bastasse, ainda existe o Poder Judiciário que vive em um mundo à parte, completamente desconectado da realidade político, econômica e social do país, bem como da real situação dos empresários e produtores locais.

E como não haveria de ser diferente, a receita do “Bolo de Caneca” continua fortemente utilizada e ainda, por incrível que pareça, conquista grande parte da população. A esperança é que o povo já esteja enfastiado e nauseado de tal receita e que exija receitas mais elaboradas, de longo prazo e com objetivos claros, que agreguem a coletividade e não somente aos cozinheiros/políticos.

Diante do exposto, o objetivo geral do trabalho é o de entender quais são as características das políticas públicas na qualidade de manobras eleitoreiras que visam apenas o resultado imediato que, por óbvio, não se sustenta e em nada agrega

à Nação. Para isso, propõem dois objetivos específicos que são o de estabelecer o conceito ontológico de políticas públicas e o de indicar as principais características que possam sinalizar uma política pública como implementação de um “direito mínimo existencial” e não uma simples manobra eleitoreira.

A metodologia utilizada para alcançar a principal pretensão estabelecida acima é a revisão literária, particularmente sobre o tema políticas públicas. A observação participativa da autora, na qualidade de advogada atuante no Estado do Paraná, na cidade de Curitiba, também foi aplicada ao artigo bem como o estado da arte.

1. CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ANÁLISE ONTOLÓGICA

O desenho das políticas e as regras (standards) - normas e atos - que regem suas decisões, elaboração e implementação, são influenciados pelos resultados dos conflitos inerentes às decisões de poder e dependem de fatores externos e internos (DOWORKIN, 2001, p. 107).

Partindo desse desenho, a construção histórica do conceito de políticas públicas passa pelas fases expostas abaixo, em ordem cronológica, como área de conhecimento:

- a) Década de 30 e 40 - Laswell com sua obra *Politics: Who Gets What, When, How* (1936), introduz a expressão análise de política pública (*policy analysis*), na década de 30, como forma de conciliar alguns interesses que denominava como racionalismo, a saber: (I) conhecimento científico/acadêmico com a produção empírica dos governos; e (II) diálogo entre cientistas sociais, grupos de interesse e governo;
- b) Década de 50 - Simon introduz na sua obra *Comportamento Administrativo* (1957), o conceito de racionalidade limitada (*policy makers*). Defende que a limitação da racionalidade poderia ser minimizada pelo conhecimento racional. Para Simon, uma racionalidade é limitada por problemas tais como a informação incompleta ou imperfeita, o tempo para a tomada de decisão, ou o auto-interesse dos decisores, etc. A racionalidade, segundo Simon, pode ser maximizada até um ponto satisfatório pela criação de estruturas (conjunto de regras e incentivos) que enquadre o comportamento dos decisores - conhecimento racional - e modele esse comportamento na direção de resultados desejados, impedindo, inclusive, a busca de maximização de interesses próprios;

c) Década de 50 a 70 - Lindblom em suas obras *The Science of Muddling Through* (1959) e *Still Muddling, Not Yet Through* (1979) questiona a ênfase no racionalismo de Laswell e Simon. Ademais, propôs a incorporação de outras variáveis à formulação e à análise de políticas públicas, tais como as relações de poder e a integração entre as diferentes fases do processo decisório o que não teria necessariamente um fim ou um princípio. Daí afirma que as políticas públicas precisam incorporar outros elementos à sua formulação e à sua análise além das questões de racionalidade, tais como o papel das eleições, das burocracias, dos partidos e dos grupos de interesse (ideologias);

d) Década de 60 - Eastone com a obra *A Framework for Political Analysis* (1965) contribuiu para a área ao definir a política pública como um sistema, ou seja, como uma relação entre formulação, resultados e ambiente. Segundo Eastone, políticas públicas recebem inputs dos partidos, da mídia e dos grupos de interesse, que influenciam seus resultados e efeitos.

Compendiando os pontos em comum indicados pelos autores referência do tema citados acima dentro do contexto da dicotomia entre o Welfare State e o neoliberalismo, a política pública é abrangente e não se limita a leis e regras. É uma ação intencional, tem um programa ou plano de ação com objetivos a serem alcançados em prazos estabelecidos. Embora tenha impacto no curto prazo, é uma atividade de longo prazo. Envolve vários atores e níveis de decisões políticas, embora seja materializada por meio dos atos de um governo. Não necessariamente se restringe aos participantes da administração pública, já que os integrantes do terceiro setor também podem ser envolvidos na execução e implementação das políticas públicas.

Além disso, entre as principais características das políticas públicas, constata-se que o seu resultado permite distinguir entre o que o governo pretende fazer e o que, de fato, faz, ou seja, envolve também processos subsequentes após sua decisão e proposição ou elaboração e implica também na execução, implementação e avaliação ou controle.

A definição mais conhecida é a de Laswell (1936) - são as decisões e análises que implicam responder o seguinte: quem ganha o quê, por que e que diferença faz quando aplicada uma política pública. Contudo há outros doutrinadores que conceituaram políticas públicas, a saber:

- a) Lynn (1980) - é um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos;
- b) Dye (1984) - significa “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”.
- c) Peters (1986) - é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos;
- d) Mead (1995) - é um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas

Lowi (1972) desenvolveu a mais conhecida tipologia sobre política pública defendendo que a política pública pode assumir quatro modelos², no qual há grupos de vetos e de apoios diferentes, processando-se, portanto, dentro do sistema político de forma também diferente.

Do exposto, se conclui que as políticas públicas *são os programas ou planos de ação governamental distributivos, redistributivos, regulatórios ou constitutivos de práticas entendidas como necessárias à população, gerindo os meios e as ferramentas postos à disposição do Estado e das atividades privadas, em perspectiva dinâmica, para realizar os objetivos econômicos e sociais relevantes e politicamente determinados pela ideologia de um governo.*

2 CARACTERÍSTICAS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS

2.1 AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DOS QUATRO MODELOS

Partindo do ideal estabelecido por Lowi, os quatro os modelos de políticas públicas podem ser separados da seguinte forma:

- a) *políticas distributivas*, decisões tomadas pelo governo, que desconsideram a questão dos recursos limitados, gerando impactos mais individuais do que universais, ao privilegiar certos grupos sociais ou regiões, em detrimento do todo;
- b) *políticas redistributivas*, atingem maior número de pessoas e impõe perdas concretas no curto prazo para certos grupos sociais e ganhos incertos e futuro

²São os quatro os modelos: (i) políticas distributivas; (ii) políticas redistributivas; (iii) políticas regulatórias (LOWI, 1972, p. 300).

para os outros (sistema tributário ou o sistema previdenciário);

c) *políticas regulatórias*, são as mais visíveis ao público, envolvendo burocracia, políticos e grupos de interesse, gerando impacto no longo prazo;

d) *políticas constitutivas*, tem por escopo estabelecer os procedimentos (1972, p. 300-307).

Portanto, a visão mais comum das teorias das políticas públicas, é que o processo decisório sobre elas não pode resultar apenas de barganhas negociadas entre indivíduos que perseguem seu autointeresse ou autopreferência. É preciso estabelecer em qual dos quatro modelos a política pública se enquadrará.

Essa visão é contestada pelos autores que defendem que os interesses ou preferências não são mobilizados apenas pelo autointeresse, mas também por processos institucionais de socialização, por novas ideias e por processos gerados pela história de cada país (MARCH E OLSEN, 1995: 27). March e Olsen defendem acrescentando que os decisores políticos e o terceiro setor agem e se organizam de acordo com regras e práticas socialmente construídas, conhecidas antecipadamente e aceitas (1995: 28-29).

3. AS PECULIRIDADES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS: O FORTALECIMENTO DAS INSTITUIÇÕES CIVIS AFETA A IMPLANTAÇÃO DAS REGRAS DECISÓRIAS NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O debate sobre políticas públicas tem sido influenciado pelas premissas advindas do chamado neoinstitucionalismo (estudo efetivado no âmbito da administração pública), que enfatiza a importância crucial das instituições na implantação das regras de formulação e implementação de políticas públicas.

Uma das principais contribuições ao debate se o fortalecimento das instituições civis afeta a implantação das regras decisórias na formulação das políticas públicas foi dada pela teoria da escolha racional pelo questionamento de dois mitos que sempre foram divulgados como verdades na sociedade brasileira.

O primeiro mito é o de que a ação coletiva produz necessariamente bens coletivos - posição defendida por Kenneth Arrow, em sua obra *Social Choice and Individual Values* publicada pela Yale University Press em 1951.

O segundo mito é o de que os interesses individuais agregados gerariam ação coletiva - ideal defendido por Mancur Olson, em sua obra *The Logic of Collective*

Action, editada por Harvard University Press em 1965. Acrescenta, ainda, o autor citado acima que “as definições sobre políticas públicas são, em uma democracia, questões de ação coletiva e de distribuição de bens coletivos e, na formulação da escolha racional, requerem o desenho de incentivos seletivos” (1965, p. 31-32), na expressão de Olson, para diminuir sua captura por grupos ou interesses personalistas (1965, p. 35).

3.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A “MODELAGEM” DAS POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS

O institucionalismo histórico e o estruturalista, da sociologia também contribuem para o debate sobre o papel das instituições na modelagem das preferências dos decisores políticos de uma política pública. Para os defensores desta visão, como Lowi, as instituições moldam as definições dos decisores, mas a ação racional daqueles que decidem não se restringe apenas ao atendimento dos seus autointeresses (1964, p. 700). A ação racional também depende das percepções subjetivas sobre alternativas, suas consequências e avaliações dos seus possíveis resultados (LOWI, 1964, p. 701). Sem negar a existência do cálculo racional e autointeressado dos decisores, afirma que o cálculo estratégico dos decisores ocorre dentro de uma concepção mais ampla das regras, papéis, identidades e ideias (LOWI, 1964, p. 702). O processo político brasileiro para a implantação das políticas públicas é o mencionado por Lowi na década de 60 do século passado e suas ideias são plenamente aplicáveis, para se entender melhor as mudanças nas políticas públicas em situações de “relativa” estabilidade, como ocorreu durante a criação do plano real na década de 90 do século passado.

Hoje em dia, a escolha das políticas públicas adota um viés normativamente cético quanto à capacidade dos governos de formularem suas políticas por força de situações como autointeresse, informação incompleta, racionalidade limitada e captura das agências governamentais por interesses particularistas. A teoria estabelecida por Peters, em suas obras: *The Politics of Bureaucracy* datada de 1995 e *Review - Understanding Governance: Policy Networks, Governance, Reflexivity and Accountability* by R. W. Rhodes datada de 1998 é, provavelmente, a que demonstra mais mal-estar e desconfiança na capacidade dos mecanismos políticos de decisão, defendendo a superioridade das decisões tomadas pelo mercado em contraposição àquelas tomadas pelos políticos e pela burocracia. Essa concepção medíocre e in-

dividualista que acabou se enraizando no meio da política brasileira é que a autora chama de “Bolo de Caneca”.

Por fim, questiona-se, qual a importância das instituições para explicar resultados de políticas públicas? Para a área de políticas públicas, considera-se que as instituições apresentam regras formais e informais, que moldam o comportamento dos políticos. Portanto, as instituições, particularmente, as não governamentais ou do terceiro setor, influenciam os resultados das políticas públicas.

A preocupação que se coloca está na presunção de que as instituições tornam o curso de certas políticas mais fáceis do que outras. Ademais, as instituições e suas regras redefinem as alternativas políticas e mudam a posição relativa dos atores.

Em geral, não são apenas os indivíduos ou grupos que têm força relevante, mesmo que não a usem, e influenciam as políticas públicas, mas também as regras formais e informais que regem as instituições o fazem invisivelmente, o que se torna um verdadeiro perigo quando há manipulação dos atores políticos.

Analisar políticas públicas significa, muitas vezes, estudar o “governo em ação” (SOUZA, 2003, p. 56), razão pela qual nem sempre os pressupostos indicados acima se adaptam a essa análise, pois ainda estão em movimento.

Ademais, os procedimentos metodológicos construídos pelas diversas doutrinas ora apresentadas, são marcados pela simplicidade analítica, o que nem sempre é aplicável à análise de políticas públicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A contribuição que este estudo apresenta ao discutir quais são as características das políticas públicas na qualidade de manobras eleitoreiras que visam apenas o resultado imediato que, por óbvio, não se sustenta e em nada agrega à Nação. Muitas vezes não são facilmente percebidas na sociedade.

A sociedade brasileira atravessa um momento histórico em que nunca se ouviu e se viu de forma tão recorrente as práticas do resultado instantâneo nas políticas públicas.

A implantação de políticas públicas parece estar acompanhando o compasso da expansão tecnológica. Além disso, a difusão massiva de todo o tipo de notícia, principalmente no meio político, faz com que a busca do marketing pessoal com ações que propagam maior impacto visual sejam recorrentemente utilizados pelos políticos brasileiros.

Assim sendo, melhor alternativa, na concepção medíocre e individualista que acabou se enraizando é o de tratar as políticas públicas brasileiras como um “Bolo de Caneca”.

A luta das bancadas partidárias é mediada por instituições políticas e econômicas e acabam por levar as políticas públicas para certa direção e privilegiam alguns grupos em detrimento de outros. Além disso, há também a luta pelo poder e pelos recursos entre os grupos sociais representados politicamente pelas bancadas partidárias cujo interesse pessoal sobrepõem na formulação de políticas públicas nos dias de hoje.

REFERÊNCIAS

ARROW, Kenneth. **Social Choice and Individual Values**. New Haven: Yale University Press. 1951.

DOWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Editora Ariel S.A, 1995.

DYE, Thomas D. **Understanding Public Policy**. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall. 1984.

EASTONE, D. **A Framework for Political Analysis**. Englewood Cliffs: Prentice Hall. 1965.

LASWELL, H.D. **Politics: Who Gets What, When, How**. Cleveland: Meridian Books. 1936/1958.

LINDBLOM, Charles E. “The Science of Muddling Through”, In: **Public Administration Review** 19: 78-88. 1959.

_____. “Still Muddling, Not Yet Through”, In: **Public Administration Review** 39: 517-526. 1979.

LOWI, Theodor. “American Business, Public Policy, Case Studies and Political Theory”, In: **World Politics**, 16: 677-715. 1964.

_____. “Four Systems of Policy, Politics, and Choice”. In: **Public Administration Review**, 32: 298-310. 1972.

LYNN, L. E. **Designing Public Policy: A Casebook on the Role of Policy Analysis**. Santa Monica, Calif.: Goodyear. 1980

MARCH, James G. e OLSEN Johan P. **Democratic Governance**. New York: The Free Press. 1995.

MEAD, L. M. Public Policy: Vision, Potential, Limits, In: **Policy Currents**, Fevereiro: 1-4. 1995.

OLSON, Mancur. **The Logic of Collective Action**. Cambridge: Harvard University Press. 1965.

PETERS, B. G. **American Public Policy**. Chatham, N.J.: Chatham House. 1986.

_____. **The Politics of Bureaucracy**. White Plains: Longman Publishers. 1995.

_____. “Review: Understanding Governance: Policy Networks, Governance, Reflexivity and Accountability by R. W. Rhodes”, In: **Public Administration** v. 76: p. 408-509. 1998.

SIMON, Herbert. **Comportamento Administrativo**. Rio de Janeiro: USAID. 1957.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: Questões Temáticas e de Pesquisa, In: **Caderno CRH**, v. 39, p. 11-24. 2003.

Artigo recebido em: 10.04.2015

Revisado em: 16.04.2015

Aprovado em: 21.05.2015

A POSSIBILIDADE DO EFEITO MODIFICATIVO DA GUARDA QUANDO DA TRANSFERÊNCIA DO LOCAL DE TRABALHO DE UM DOS PAIS COMO ELEMENTO DE SUSTENTABILIDADE PARA A NOVA FAMÍLIA BRASILEIRA

THE POSSIBILITY OF AMENDING EFFECT GUARD WHEN THE TRANSFER OF THE PARENT WORK AS AN ELEMENT OF SUSTAINABILITY FOR THE NEW BRAZILIAN FAMILY

Maria Pia Rômulo Martins¹

Bacharel em Direito

Escola de Direito do Rio de Janeiro

Fundação Getúlio Vargas - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

RESUMO: O presente artigo aborda o instituto da guarda e as suas principais nuances, sedimentando os seus pilares, com base na doutrina nacional e na jurisprudência pátria. O foco do presente estudo é a modificação ou inversão da guarda no sistema jurídico nacional tendo em vista a busca de melhor qualidade de vida como um elemento sustentável para a nova família brasileira. Desse modo, foram analisados os aspectos materiais aplicados à modificação ou inversão da guarda e, para isso, utiliza-se como parâmetro de discussão o estudo de um caso concreto apreciado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cuja análise envolverá desde os conceitos mais básicos do instituto em análise por ser um tema complexo e atual. A metodologia aplicada é o estudo de caso com abordagem em revisão bibliográfica e dados secundários, a saber: os julgados dos Tribunais de Justiça Estaduais e dos Tribunais Superiores.

PALAVRAS-CHAVE: Modificação ou inversão da guarda. Transferência de local profissional. Interesse do menor.

¹Graduada em Direito. Pesquisadora discente na FGV DIREITO RIO durante a graduação, atuando em diversos Projetos. O artigo insere-se na Linha Editorial da Revista: Direitos Fundamentais e suas dimensões. Empresária e Advogada em Direito de Família. E-mail: mpmartins@fgvmail.br.

ABSTRACT: This paper discusses the guard and its the main pillars, based on brazilian doctrine and jurisprudence. The focus of this study is the modification or reversal of the guard in the national legal system with a view to a better quality of life as a sustainable element to the new Brazilian family. Thus, the material aspects applied to the guard modification were analyzed and, therefore, is used as thread parameter study of a case before the Court of Rio de Janeiro, which will involve analysis since the most basic concepts of the institute in question to be a complex current theme. The methodology is the case study approach to literature review and secondary data, namely, the Justices of the State Courts of Justice and Superior Courts.

KEY WORDS: Modification or reversal of the guard. Transfer of local professional. Interest of the minor.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva abordar, em um primeiro plano, o instituto da guarda e as suas principais nuances, sedimentando os seus pilares, com base na doutrina nacional e na jurisprudência pátria, a fim de tocar o foco do presente estudo, que se comunica, umbilicalmente, com a modificação ou inversão da guarda no âmbito do sistema jurídico nacional.

Para isso, utiliza-se como parâmetro de discussão o estudo de um caso concreto em trâmite perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cuja análise envolverá desde os conceitos mais básicos da ciência do Direito de Família a temas complexos e atuais.

Pretende-se abordar no primeiro capítulo o histórico do Instituto da Guarda durante os séculos XX e XXI, afinal tal instituto vem ganhando contornos diferentes ao longo dos anos, influenciado, principalmente, pelas mudanças sociais ocorridas no final do século passado.

No segundo capítulo, pretende-se construir um conceito de guarda a partir da etimologia e da forma como este instituto é definido por importantes doutrinadores que abordam o tema. Projeta-se também nesse mesmo capítulo, expor as modalidades e as formas de exercício da guarda para que se possa auferir antes de tratarmos da inversão, o significado do instituto da guarda.

Para em seguida abordar-se o que é a modificação ou inversão de guarda e como esta pode ser obtida, a partir de uma delimitação de critérios e circunstâncias que vêm tencionando as decisões que envolvem a inversão da guarda do menor. Isso porque, o princípio do melhor interesse do menor não comporta uma definição clara e precisa, dificultando as decisões dos magistrados acerca do tema, o que vem a ser o ponto controvertido central na abordagem da presente monografia.

Por fim, elabora-se a análise de um caso que tramita no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro de acordo com toda a exposição dos capítulos anteriores. Segue abaixo o resumo do caso em análise, com nomes e datas fictícias para a proteção dos interesses do menor conforme a exigência legal, a saber:

Em 2012, nasceu Eduardo Cunha e Souza Silva, filho de Michaela Barbosa Cunha e Souza e Jorge Policarpo Silva. Seus pais nunca viveram juntos ou se casaram. Assim que a criança nasceu, Jorge ofereceu perante o Juízo da 6ª Vara de Família da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, cumulativamente: (i) alimentos ao menor no valor de 4 (quatro) salários mínimos, além do plano de assistência médica e odontológica, fundamentando seu pleito no binômio - ter condição de oferecer esse valor por ser empresário iniciando a sua empresa e pela própria necessidade da criança, pois, comprova que seu filho não necessita mais do que o valor por ele ofertado para garantir a sua subsistência; e (ii) renuncia a guarda unilateral indicando a mãe para tal e requer em pedido de visitação do menor. Requerendo ao Juiz a marcação de visitas todos os dias úteis da semana de 16h à 1h, pois está ciente que a mãe do menor trabalha das 18h às 00h. Pleiteando, também, a possibilidade de ficar com o menor nos fins de semana alternados, feriados alternados, dia dos pais, natal e ano novo de forma alternada e a metade das férias escolares em ambos os semestres, sendo que havendo impossibilidade da mãe ficar com a criança nas férias escolares, se compromete a cuidar do seu filho sem qualquer ônus. O pleito foi aceito incondicionalmente pela mãe do menor. Após a oitiva do MP, houve acordo homologado regularmente e as partes se sentiram satisfeitas em suas necessidades.

Até o meio desse ano, por cerca de quase cinco anos, o acordo foi cumprido pelas partes regularmente. Embora o menor seja muito vinculado afetivamente com a sua mãe e solicite sua atenção o tempo todo, o pai sempre manteve contato absoluto com seu filho e este também o requisita sempre.

Em agosto de 2010, por convite de uma grande multinacional do ramo da In-

ternet, o pai do menor recebeu proposta profissional irrecusável que pode vir a gerar impacto na estrutura que foi criada para cuidar de seu filho menor.

Sendo assim, instaurou-se uma lide em Juízo (Ação de Inversão de Guarda) proposta pelo pai contra a mãe que precisa ser deslindada com maestria pelo julgador para que os interesses e vínculos do menor sejam protegidos no caso concreto.

A problemática a ser enfrentada no ensaio é a seguinte: como deslindar a viabilidade da modificação ou inversão de guarda e as suas problemáticas diante do fato da mãe não ter condições psíquicas de se afastar do filho, desistindo da sua guarda, e o pai quer levá-lo para outro Estado, pois, considera que o filho será melhor assistido por ele, seja pelo fato do tempo que poderá dispor diariamente para a criança, seja pelo fato de ter mais disponibilidade financeira.

1. HISTÓRICO DO INSTITUTO DA GUARDA NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

No direito de família pátrio, o instituto da guarda sempre foi um tema bastante discutido.

De acordo com o art. 325 do Código Civil de 1916, quando o casamento acabava de maneira amigável, os ex-cônjuges podiam acordar sobre a guarda do menor. Todavia, o artigo seguinte, estipulava que se a separação fosse litigiosa o fator a ser observado seria a culpa.

Dessa forma, antigamente, analisava-se, não sendo um caso de separação amigável, a postura dos ex-cônjuges para, depois, determinar de quem seria a guarda do menor. Estipulava-se a guarda a partir da culpabilidade. No momento em que se identificava o cônjuge “inocente”, a guarda estava definida. Neste sentido, se posiciona Maria Berenice Dias:²

Estas regras encharcadas de conservadorismo, deixavam de priorizar o direito da criança. Questionava-se apenas a postura dos genitores, como verdadeira ameaça, quase uma intimidação em prol da manutenção do casamento.

Em sequência, no ano de 1941, regulou-se a guarda de filho natural a partir do

²DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 397.

Decreto nº 3.200, que assegurava no artigo 16 que o menor deveria ficar com o genitor/ex-cônjuge que o tivesse reconhecido, ou em situação de reconhecimento por ambos, a criança deveria ficar com o pai, a não ser que o juiz entendesse que o interesse do menor não estava sendo protegido, podendo neste caso decidir de maneira diversa.

Todavia, em 1970, com o advento da Lei nº 5.582, o Decreto citado passou por alterações em seu artigo 16, modificando o entendimento no caso de reconhecimento pelos dois genitores, uma vez que antes a criança deveria ficar com o pai, passando a mesma a dever ficar com a mãe nesta circunstância, a não ser em situações que pudessem prejudicar o menor, permitindo o magistrado a agir de forma diversa, desde que fosse para resguardar os interesses do mesmo. Podendo, neste intuito, inclusive, determinar que a criança ficasse com pessoa idônea, preferencialmente, das famílias dos genitores.

Em, 1977, com o advento da Lei nº 6.515, novas premissas foram determinadas quanto a guarda de filhos, assentando o entendimento vigente até o momento. Trago a título de exemplo o artigo 325 do Código Civil de 1916 e o artigo 9º da Lei supra citada, que assim dispunham:

Art. 325. Revogado pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977: Texto original: No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Art 9º. Lei nº 6.515, de 26.12.1977: No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Originariamente o art. 1.583 do Código Civil relacionava o Instituto da Guarda a dissolução do casamento, tal como previsto na legislação vigente, na forma do art. 1.584, como se verá mais adiante. Transcreve-se a redação revogada do aludido artigo:

Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Assim, como pôde ser visto, não ocorreram alterações, mas sim adaptações. O

Código Civil de 2002, na maioria dos seus artigos, manteve, portanto, a preservação do interesse do menor.

2. ASPECTOS GERAIS DA GUARDA

2.1 Conceito de Guarda

No âmbito do Direito de Família, o conceito do instituto da Guarda é um assunto delicado e controvertido no sistema jurídico mundial.

De acordo com o que leciona De Plácido e Silva, o substantivo guarda é:³

Derivado do antigo alemão wargen (guarda, espera), de que proveio também o inglês warden (guarda), de que formou o francês garde, pela substituição do w em g, é empregado em sentido genérico para exprimir proteção, observância, vigilância ou administração.

Após, esclarece especificamente que guarda dos filhos:⁴

É locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E guarda, neste sentido, tanto significa custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais.

O termo guarda, como pôde ser visto acima, está ligado ao dever dos pais de proteger e cuidar da criança. Porém, tende-se a confundir essa ideia com a de posse. Ana Carolina Silveira Akel assim diz:⁵

O vocábulo posse é termo jurídico designativo de um instituto do direito das coisas, com origem na terminologia jurídica romana, possessio, de forma que, inserido no campo do direito de família, induz à ideia de que “companhia e guarda”

³SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 365-366 apud GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 56-57.

⁴Ibid.

⁵AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 74-75.

são palavras de idêntica significação, quando, na realidade, assim não ocorre. Ter alguém em companhia significa estar com essa pessoa, acompanhando seu desenvolvimento, orientando e conversando, enquanto que manter alguém sob guarda envolve mais que isso, abrangendo a vigilância e a “posse”.

No ordenamento jurídico pátrio, a guarda do menor encontra previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente, particularmente no art. 33, ora transcrito para a melhor compreensão do tema em estudo:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.⁶

O Código Civil, em seu art. 1.584, mencionado acima ant passant, também não deixa de prever em seu texto o instituto da guarda dos filhos, porém, ao contrário da previsão contida no art. 33 do ECA, seu tratamento é relacionado à dissolução conjugal, como pode ser percebido pela leitura do inciso I do artigo supracitado.

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
I - requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar.

Ocorre que, por mais que os pontos mais tortuosos do instituto da guarda estejam de fato relacionados à dissolução conjugal, sua definição não se restringe àquela hipótese. A guarda, é mais do que uma consequência da ruptura da relação dos genitores, é um dever cívico, previsto constitucionalmente.

Art. 227, caput: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à

⁶BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.

dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁷

Nesta linha, desapegado aos desfechos conjugais, Rolf Madaleno compreende que guarda de filhos, no seu sentido jurídico:⁸

Está representada pela convivência da prole com os pais sob o mesmo teto, ambos atendendo com o dever de assistência material e psicológica necessários à subsistência material e ao desenvolvimento psíquico dos filhos, até que eles alcancem a plenitude da sua capacidade civil.

Waldyr Grisard Filho, por sua vez, entende que:⁹

A guarda não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram. Conectada ao poder familiar pelos arts. 1.634, II, do C.C. e art. 22 do ECA, com forte assento na ideia de posse, como diz o art. 33, § 1º, dessa Lei especial, surge como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais, elencadas naquele artigo do CC.

Assim sendo, por mais que este seja um conceito de tantas definições e de difícil colocação, existe um ponto de convergência entre todos os autores, qual seja; a guarda se relaciona com a ideia de uma presença constante e efetiva dos pais na vida do menor, principalmente, quanto à manutenção de um diálogo contínuo sobre tudo afetando a formação e o desenvolvimento da criança em um futuro adulto.

Por fim, a guarda pode ser entendida como o instituto que reflete o mecanismo jurídico que auferir ao menor a proteção de seus direitos enquanto pessoas em pleno desenvolvimento, mais do que isso é esse mecanismo está vinculado a amar cuidar e proteger o menor para assim resguardar os seus interesses.

⁷BRASIL. Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010.

⁸MADALENO, Rolf. *Novos Horizontes no Direito de Família*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 209.

⁹GRISARD FILHO, op. cit., p. 58.

2.2 MODALIDADES DE GUARDA

As mais comuns modalidades por meio das quais a guarda aparece são a provisória ou temporal, a definitiva e a peculiar.

2.2.1 Guarda Temporária ou Provisória

A guarda temporária ou provisória está vinculada ao instituto da guarda e a questão do momento processual do seu deferimento. Quando o juiz é provocado com a finalidade de estabilizar a vida familiar do menor devendo definir quem será incumbido do dever de guardar provisória do menor, está é uma tarefa hercúlea porque necessita de uma análise holística do caso apresentado nos autos.

Essa guarda pode ser deferida antes da sentença, por meio de decisão interlocutória, por vezes liminarmente ou incidentalmente. O fator mais importante para esta decisão é o de destacar a situação de precariedade que apresenta nessa modalidade de guarda.

Na situação do deferimento da guarda temporária ou provisória o julgador fundado nas provas dos autos pode modificar sua anterior decisão antes da sentença.

Esses contornos de mutabilidade relativos à guarda temporária ou provisória podem ser também encontrados na própria guarda definitiva, dado a sua constante revisão, quando os interesses do menor permanecem sendo resguardados, mas que, mesmo assim, não se confunde com a modalidade estudada neste item.

A título exemplificativo segue ementa referente ao Agravo de Instrumento N°. 0055464-58.2010.8.19.0000:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO em ação de reversão de guarda de menor impúbere (10 anos) oficialmente exercida pela genitora, que comprovadamente se encontra sob os cuidados dos avós paternos desde o seu nascimento. Questão de ordem: Observância do devido processo legal. Conexão. Remessa dos autos ao juízo da 4ª Vara de Família da Comarca de Niterói pela pré-existência de ação de regulamentação de guarda e visitação. Anulação dos atos praticados por juiz incompetente (1ª Vara de Família da Comarca de Niterói) que se impõe. Recolhimento imediato do mandado de busca e apreensão sem o cumprimento da ordem. Negativa do pedido liminar de guarda provisória. Inegável prejuízo dos interesses da criança diante de fundado receio de que sua genitora a coloque em

situação de risco. Prevalência do Estatuto da Criança e do Adolescente. Elementos fáticos apresentados por quem mantém incontestável vínculo afetivo com a menor que se revelam suficientes para a adoção de medida excepcional. Deferimento do pedido de guarda provisória aos avós paternos até decisão de mérito. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO NA FORMA DO ART. 557 § 1º - A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (grifo nosso)¹⁰

Note-se que no deferimento ou não do pedido de guarda provisória, o julgador deve se ater a quesitos justificados, uma vez que constatada a ausência destes, ela não deve ser deferida. Para clarear estas situações, traz-se a colação de alguns julgados a título exemplificativo e explicativo:

EMENTA: SEPARAÇÃO LITIGIOSA. SEPARAÇÃO DE CORPOS E **GUARDA PROVISÓRIA**. ANIMOSIDADE ENTRE O CASAL E REGISTRO DE AMEAÇAS DO VARÃO À EX-CÔNJUGE QUE RECOMENDAM A MANUTENÇÃO DA MEDIDA LIMINAR DE AFASTAMENTO DO LAR. IMÓVEL ADQUIRIDO PARA USO DOS FILHOS. AUSÊNCIA DE PROVA DE RISCO QUANTO AO **DEFERIMENTO DA GUARDA PROVISÓRIA À GENITORA**. REGIME DE VISITAÇÃO ACORDADO EM AUDIÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (grifou-se)¹¹

A respeito do Agravo de Instrumento nº. 70036325231, primeira ementa encontra-se vazada alhures, chama-se atenção para as razões de voto fundamentadas pelo Relator Luiz Ari Azambuja:

Quanto à guarda provisória dos filhos, bem refere o Dr. Procurador de Justiça que exarou parecer:

... não havendo qualquer indicativo de que estejam em situação de risco sob os cuidados da genitora não se mostra plausível, neste momento processual, determinar-se a sua concessão ao agravante.

Não há dúvida de que se trata de tema delicado, mas não há elementos, por ora, que recomendem a modificação do decism. (grifo nosso).¹²

¹⁰BRASIL. Poder Judiciário. **Agravo de Instrumento Nº 0055464-58.2010.8.19.0000**, TJRJ, Décima Câmara Cível, Relator: Des. Pedro Saraiva Andrade Lemos, julgado em: 22/10/2010.

¹¹BRASIL. Poder Judiciário. **Agravo de Instrumento Nº 70036325231**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em 02/09/2010.

¹²Trecho do voto do Relator Luiz Ari Azambuja.

Conforme se depreende dos fundamentos utilizados pelo Desembargador Relator, para, ao final, declarar à genitora a guarda da prole, a decisão baseou-se na falta de elementos que justifiquem a alteração da guarda, já que a genitora não está gerando qualquer situação de risco à prole.

Quando há o deferimento da guarda provisória, esta só pode ser alterada se fundadamente constatar-se essa necessidade e provas nos autos. Já se a guarda for definitiva, faz-se necessário ingressar com ação própria, denominada modificação ou inversão de guarda, devendo esta ser instruída regularmente com a finalidade de alterar a guarda definitiva do menor.

Neste sentido, Waldyr Grisard Filho no que se refere a guarda provisória, se manifesta: “trata-se, obviamente, de uma medida provisória, tendente a clarear-se quando sentenciada a demanda, tornando-se definitiva, após o exame cuidadoso de todos os critérios para a atribuição da guarda ao genitor mais apto.”¹³

A Lei nº 12.010, de 29 de julho de 2009, trata da guarda provisória no art. 33 do ECA, em seu § 1º:

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.¹⁴

Os acórdãos a seguir denotarão dois exemplos de guarda provisória: um relacionado à mãe biológica do menor e o outro dedicado à concessão de guarda provisória ao pai do menor:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA PROVISÓRIA. REGULARIZAÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA. CRIANÇA SOB A GUARDA DOS AGRAVADOS DESDE O NASCIMENTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR.

1. A questão se refere à discordância do Ministério Público quanto ao deferimento da guarda provisória da criança Oliver Bulhões aos agravados, a qual já vinha sendo exercida por estes, ao argumento de que deveria ter sido respeitada a lista de antiguidade do cadastro de pessoas habilitadas.

2. Mãe biológica do menor que elegeu os agravados para entregar seu filho em

¹³GRISARD FILHO, op. cit., p. 86.

¹⁴BRASIL. Lei 12.010, de 29 de julho de 2009.

adoção, sendo certo que tal modalidade não é vedada pelo ordenamento jurídico.

3. O Estatuto da Criança e do Adolescente tem como alicerce os princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral.

4. A criança encontra-se sob a guarda dos agravados desde o nascimento e os documentos acostados demonstram que os agravados vêm adotando os cuidados necessários ao desenvolvimento sadio do menor.

5. Em sede de cognição perfunctória, não se pode desprezar a circunstância fática que delinea cada caso, desconsiderando a vontade da mãe e a relação afetiva que já envolveu o menor e a nova família que o acolheu, provocando sofrimento desnecessário e sem qualquer justificativa legítima em que se possa apoiar.

6. É evidente que a análise do pleito deve ser norteadada pela proteção ao melhor interesse da criança, sendo certo que, nesse momento processual, a manutenção do menor sob os cuidados dos agravados atenderá melhor seus interesses.

7. Desprovimento do recurso.¹⁵

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA - CONCESSÃO DE GUARDA PROVISÓRIA AO PAI DA MENOR - RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO PELO JUÍZO SINGULAR - INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE ENSEJAM REFORMA DA DECISÃO. Pretende o agravante reforma da decisão que reconsiderou a tutela antecipada anteriormente deferida em seu favor, para que a menor retorne à sua guarda, alegando, em síntese, o sofrimento de maus-tratos pela mesma. Não obstante os argumentos expendidos pelo agravante, o fato é que o juízo singular, com base numa percepção mais apurada a respeito dos fatos levados a juízo, por meio da oitiva dos pais da criança em audiência especial, observou razoabilidade nos esclarecimentos prestados pela mãe, inclusive concluindo pela distorção dos fatos alegados na inicial. Neste sentido, outra não é a solução do que, no presente momento processual, manter a guarda à mãe, porquanto não há elementos suficientes a infirmar o concluído pelo juízo singular. Ressalte-se que a reconsideração da tutela antecipada fundamentou-se na contestação e documentos apresentados pela mãe da menor que, no entanto, sequer foram juntados nos autos do agravo. Inteligência de Súmula 59 deste Tribunal. Negado seguimento ao recurso.¹⁶

¹⁵BRASIL. Poder Judiciário. **Agravo de Instrumento Nº 0010184-64.2010.8.19.0000**, Oitava Câmara Cível, Relator(a): Des. Monica Costa Di Piero, Julgado em: 19/10/2010.

¹⁶BRASIL. Poder Judiciário. **Agravo de Instrumento Nº 0020298-62.2010.8.19.0000**, Décima Sétima Câmara Cível, Relator: Des. Edson Vasconcelos, Julgado em: 13/05/2010.

Passa-se abaixo, dessa forma, a tratar do instituto da guarda definitiva.

2.2.2. Guarda Definitiva

A guarda definitiva é a guarda deferida sem precariedade. E se dá a partir de uma sentença que determina ou solidifica a guarda para um dos pais de forma perene, salvo se forem constatadas provas do não exercício adequado do Poder Familiar, estabelecido no art. 1634, do C.C., buscando cumprir os incisos do artigo acima aludido, a saber:

- I - dirigir-lhes a criação e educação;
- II - tê-los em sua companhia e guarda;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.¹⁷

Todavia, ao utilizarmos o termo “definitivo” para esta modalidade de guarda, torna-se possível que esta seja entendida de forma equivocada, uma vez que no dicionário este termo assim é definido: “último, final, total”.¹⁸ Isso porque, de forma paradoxal, o caráter perene ou permanente da guarda definitiva é apenas relativo, já que ela pode ser modificada em função de mudanças nas situações de vida dos envolvidos, já que sempre se deve buscar o melhor interesse da criança.

No que se refere à guarda definitiva, a Lei nº 12.010, de 29 de julho de 2009 menciona em seu art. 33, § 2º, 3º e 4º:

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou res-

¹⁷BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

¹⁸POLITO, André Guilherme. *Michaelis: dicionário de Sinônimos e Antônimos*. São Paulo: Cia. Melhoramentos, 1994, p. 175.

ponsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4o Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.¹⁹

2.2.3 Guarda Peculiar

A guarda peculiar, enfim, tem como fim resguardar os interesses do menor, quando, em uma situação específica, os pais estão impossibilitados de representá-los. Para melhor explicar, tem-se o seguinte exemplo dessa espécie de guarda:

EMENTA: GUARDA DE MENOR PELA AVÓ. FINS PREVIDENCIARIOS. DESVIO DE FINALIDADE. PRECEDENTE DA CORTE.

1. NA ESTEIRA DE PRECEDENTE DA CORTE, A “CONVENIÊNCIA DE GARANTIR BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO AO NETO NÃO CARACTERIZA A SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE JUSTIFICA, NOS TERMOS DO ECA (ART.

33, PAR. 2.), O DEFERIMENTO DE GUARDA A AVÓ”.

2. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.²⁰

A guarda peculiar é concedida nos casos de impossibilidade ou ausência dos pais em situação determinada, onde um guardião representará o menor apenas durante este período e nesta determinada ocasião.

¹⁹BRASIL. Lei 12.010, de 29 de julho de 2009.

²⁰Guarda Peculiar, Recurso especial Nº 82474/RJ, Terceira Turma, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em: 29/09/1997.

Tem-se que as modalidades da guarda atendem cada uma a sua finalidade específica.

2.3 Formas do exercício de guarda

Quando nasce uma criança é imprescindível que se defina como a guarda será exercida. As principais formas de exercício de guarda são a unilateral ou unipessoal, a alternada e a compartilhada ou conjunta.

2.3.1 Guarda unilateral

Neste sentido, manifesta-se Maria Berenice Dias:²¹

A custódia unipessoal será atribuída motivadamente ao genitor que revele melhores condições de exercê-la e, objetivamente, tenha aptidão para propiciar ao filho (C.C. 1.583, § 2º): I - afeto nas relações com o genitor e o grupo familiar; II - saúde e segurança; III - educação.

Logo, na guarda unilateral ou unipessoal, a criança fica sob os cuidados de apenas um dos pais de forma permanente, sendo privada do convívio diário com o genitor que não for o guardião. E, apesar de um dos genitores não ter o papel de guardião deve velar pelos interesses do menor, além de atentar para a sua educação e necessidades materiais. Além de ter o direito ao exercício da visita nas datas fixadas pelo julgador ou pelo consenso entre as partes.

Atualmente, há, na doutrina um consenso de que a forma de exercício da guarda unilateral ou unipessoal pode vir a ser muito prejudicial para o menor. Para isso muito contribuíram as investigações desenvolvidas no domínio da psicologia e do estudo do comportamento humano.

Estas confirmam que os efeitos causados pela ruptura do convívio entre pais e filhos são devastadores dentre os quais se destacam: conflitos, sentimentos de perda e abandono que abalam, de forma direta, a psique da criança e do adolescente que, ao lado do progressivo afrouxamento dos laços que unem o filho ao genitor não-guardião, comprometem o seu desenvolvimento normal e sadio.²²

²¹DIAS, op. cit., p. 404.

²²AKEL, op. cit., p. 92.

2.3.2 Guarda alternada

A guarda alternada é aquela onde, revezadamente, os pais exercem a guarda em um período determinado, com todas as responsabilidades inerentes ao instituto. Sendo assim, temos que durante um lapso temporal: (i) um dos pais fica responsável pelo poder familiar direto; e (ii) o outro fica responsável pelo poder familiar indireto e o direito de visitação. Ao término deste período, cuja duração é variável - semanas, meses, e até mesmo anos - os papéis se invertem.

Neste sentido, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel se posiciona, ao afirmar em um trecho de seu texto que a guarda alternada é prejudicial ao dia-a-dia e a “segurança psíquica” do menor, tendo em vista alternância da custódia/guarda.²³

Como pode ser visto, esta forma de exercício de guarda é alvo de críticas, uma vez que a alternância promove uma ruptura da relação afetiva com cada um dos genitores.

Ademais, o menor submetido a guarda alternada, tem maior dificuldade de sustentar sua rotina, seus hábitos de vida, além de não desenvolver um sistema estável de valores. Isso pode conduzir a uma situação de desequilíbrio emocional que agravara os relacionamentos atuais e futuros do menor.

Passaremos então a abordar a última forma de exercício de guarda, que é a compartilhada.

2.3.3 Guarda compartilhada

Nesta forma de exercício de guarda a criança tem residência habitual e centro de interesses especificado e próprio, o que gera estabilidade. Nessa guarda, o menor irá viver com um dos genitores, porém o outro terá livre acesso ou ingresso para participar da rotina do filho, o que possibilita um convívio efetivo de ambos os pais em sua vida, ou seja, na guarda compartilhada os genitores dividem as responsabilidades do menor entre si bem como o poder familiar direto. O menor passa a ser mais organizado emocionalmente por força da própria convivência continuada de ambos com o menor.

²³MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e o Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 101.

Uma vez que não raro os dois modelos acima explicitados são confundidos, devido a desinformação, é importante caracterizar e definir, com rigor, cada uma dessas guardas.

Neste sentido, se manifestam Zimerman e Coltro: “No Brasil, a guarda compartilhada vem sendo muito mal compreendida pelos operadores do Direito que têm, equivocadamente, entendido que, nesse arranjo, a criança deveria residir por períodos idênticos ora na casa do pai, ora na casa da mãe”.²⁴

Na guarda compartilhada, a responsabilidade civil pelos atos dos menores é comum aos pais, como assegura Gustavo Tepedino, ao esclarecer que: “ambos os genitores serão responsabilizados pelos atos praticados pelos filhos, não havendo a isenção do exercício do poder familiar direto, como na guarda alternada”.²⁵

Por isso, para que o instituto da guarda compartilhada possa funcionar, é necessário que os genitores respeitem-se mutuamente e possuam maturidade, além de compartilharem o interesse mútuo de perquirir qual o melhor interesse do menor. Só assim os pais estarão aptos a passar por situações de incompatibilidade de opiniões a cerca das decisões cotidianas que devem ser tomadas em conjunto com uma maior facilidade de comunicação.

Não havendo uma atmosfera de cooperação/integração, é desaconselhável optar por essa espécie de guarda, conforme assegura a Jurisprudência a seguir:

GUARDA CONJUNTA. Só é recomendada a adoção de guarda conjunta quando os pais convivem em perfeita harmonia e livre e a movimentação do filho entre as duas residências. O estado de beligerância entre os genitores não permite a imposição judicial de que seja adotada a guarda compartilhada. Apelo do autor improvido e acolhidos o recurso da ré.²⁶

Abaixo segue um exemplo de Jurisprudência na qual o juiz aventa a possibilidade da guarda conjunta:

AÇÃO DE POSSE E GUARDA DE FILHOS PROMOVIDA PELO PAI - MENORES EM COMPA-

²⁴ZIMERMAN, David e COLTRO, Antonio Carlos Mathias (org.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*: obra coletiva. 3. ed. Campinas, São Paulo: Millenium, 2002.

²⁵TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil- constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil* - RTDC, vol. 17, ano 5, jan./mar. 2004, Ed. Padma, pp. 33-34.

²⁶BRASIL. PODER JUDICIÁRIO. *Apelação Cível Nº 70001021534*, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em: 21/06/2000. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>> Acesso em: 18 nov. 2010, às 11:57.

NHIA DA MÃE - RELAÇÃO CONFLITANTE ENTRE OS PAIS - GUARDA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE.

EMENTA. Embora os filhos menores possam continuar na companhia da mãe, é possível deferir-se a guarda compartilhada, ainda que conflitante a relação dos pais separados, isto porque se deve visualizar a perspectiva do interesse dos filhos ao direito do convívio com ambos. Provimento parcial do recurso.²⁷

Do exposto, demonstra-se que, na atualidade, o julgador precisa se sensibilizar com o caso *sub judice* para decidir qual a forma de exercício da guarda mais adequada a ser aplicada.

3. DA MODIFICAÇÃO OU INVERSÃO DE GUARDA

A modificação ou inversão da guarda é um instituto jurídico que tem por característica revestir-se de dois aspectos um adjetivo ou processual e outro substantivo e material. Conceitualmente, tem-se que a modificação ou inversão de guarda é o meio pelo qual os interessados requerem a inversão devendo pleitear na qualidade de pedido imediato, o motivo comprovado pelo qual a parte detentora da guarda deve perdê-la e pedido mediato, para que se acolha a inversão. Para tal é condição sine qua non que seja comprovado que tal decisão reflete o melhor interesse do menor possibilitando, portanto, o êxito do pedido.

Observa-se que o objeto litigioso da ação de inversão de guarda se compõe da relação jurídica substancial da guarda e dos fatos apresentados. Pormenorizando a explicação, o pedido imediato objetiva que o titular da guarda do menor perca tal direito, bem como seja reconhecida uma nova relação, ou seja, a desconstituição de uma relação

atualmente exercida e a constituição de uma nova relação; o pedido mediato, por sua vez, assim entendido como o bem jurídico almejado, cinge-se na obtenção da própria guarda do menor. Logo, em se tratando da denominada “ação de inversão de guarda”, o pedido autoral estará relacionado à desconstituição de uma relação, o reconhecimento de uma nova relação (pedido imediato), a fim de se garantir o direito à guarda (pedido mediato)²⁸.

²⁷Ação de Posse e Guarda de Filhos promovida pelo Pai. **Apelação Nº 0001352-19.2004.8.19.0011 RJ**, Sétima Câmara Cível, Relator: Dês. José Geraldo Antonio, j. 11/08/2010, data da publicação: 20/08/2010.

²⁸“É o objeto da jurisdição que se divide em imediato - provimento jurisdicional solicitado ao juiz que pode ter natureza declaratória, constitutiva, condenatória, executiva ou cautelar - e mediato - bem da vida pretendido pelo autor, ou seja, o bem ou interesse que se busca assegurar por meio da prestação jurisdicional.” - DALLA, Humberto Bernardino de Pinho. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 133.

Como é cediço, qualquer que seja a relação jurídica, além do pedido, acima dissecado, esta também compreende (I) os sujeitos ou partes, que se relacionam intrinsecamente com a legitimidade *ad causam*; e (II) a causa de pedir, que se relaciona aos fundamentos jurídicos (causa de pedir próxima) e aos aspectos fáticos (causa de pedir remota).

No que tange à *causa petendi*, sua abordagem no âmbito do tema em tela mostra-se atinente, principalmente, aos elementos fáticos levados ao conhecimento do juízo, afinal, parte-se da premissa que, se outrora a guarda do menor foi atribuída ao pai, por exemplo, esta foi constituída de acordo com o ordenamento jurídico vigente, sendo, portanto, a robustez das provas e a veracidade dos fatos que deverão ser explorados pelas partes a fim de convencer o órgão julgador acerca da manutenção dos fatos ou da sua modificação.

Ratificando, entende-se que a lide na Ação de modificação ou inversão de guarda é a seguinte: (I) a parte titular da guarda do menor perder tal direito; e (II) há o requerimento da modificação ou inversão da guarda a favor do requerente, por força dos vínculos de parentesco ou não, afinidade e afetividade que tenha o requerente com menor, desde que comprovado ao julgador e que os interesses do menor sejam resguardados.

3.1. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

Tanto a razoabilidade quanto a proporcionalidade são princípios do sistema jurídico, mas esses dois princípios se distinguem quanto às origens, fundamentos e concepções.

O princípio da razoabilidade vem sendo utilizado pelos juristas como um direcionamento para evitar um abuso da aplicação da lei no trâmite do processo.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, vem sendo analisado pelos juristas por meio da seguinte composição: (I) princípio da adequação; e (II) princípio da exigibilidade ou exequibilidade.

Muitas são as decisões judiciais que citam, em seus dispositivos, indicações sobre a necessária aplicabilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade nas questões decorrentes de conflitos entre princípios e/ou garantias fundamentais.

Destaca-se que os princípios aludidos acima são utilizados no embasamento das decisões que busquem a resolução de casos concretos complexos. Como trazido

em muitas das controvérsias apresentadas pelas jurisprudências colacionadas nesse ensaio, esses princípios são utilizados ao deslinde das questões que envolvem os conflitos de princípios e garantias fundamentais relacionadas com o menor e os seus interesses.

4. ANÁLISE DO CASO

A hipótese problemática que foi trazida na introdução é o caso de uma mãe que não tem condições psíquicas de renunciar a guarda do seu filho menor. Enquanto, o pai, por sua vez, quer levá-lo para o Mato Grosso, pois, considera que o filho será melhor assistido por ele.

Os pontos controvertidos da problemática que merecem destaque são os seguintes relacionados abaixo:

(I) quais são os interesses do menor que devem prevalecer e serem protegidos no caso; e

(II) se há a aplicação dos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade no Direito de Família.

Observa-se o histórico do caso, os seguintes dados importantes: o menor Eduardo Cunha e Souza Silva é filho de Michaela Barbosa Cunha e Souza e Jorge Policarpo Silva. A criança nasceu em 2005.

Assim que a criança nasceu, mesmo sem nunca ter assistido Michaela durante a gravidez, Jorge, após conversar com Michaela consentiu que ela obtivesse a guarda do menor e, para dissipar qualquer dúvida sobre as suas intenções ofereceu perante o Juízo

da 6ª Vara de Família da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, cumulativamente: (I) alimentos ao menor no valor de 4 (quatro) salários mínimos, além do plano de assistência médica e odontológica, fundamentando seu pleito no binômio - ter condição de oferecer esse valor por ser empresário iniciando a sua empresa e pela própria necessidade da criança, pois, comprova que seu filho não necessita mais do que o valor por ele ofertado para garantir a sua subsistência -; além do (II) pedido de visitação, requerendo ao Juiz a marcação de visitas todos os dias úteis da semana de 16h às 1h, pois está ciente que a mãe do menor trabalha em uma padaria

longe de sua residência, no primeiro turno da noite, e precisa se ausentar de casa todos os dias úteis, inclusive aos sábados, pois, o seu turno é das 18h às 00h. Por outro lado, o pai do menor, mora e trabalha no mesmo endereço, que se localiza na mesma vila onde mora Michaela e o menor e pode oferecer a criança um quarto confortável na residência onde vive e onde exerce suas atividades laborais, em sua empresa de Internet, até a mãe chegar do trabalho. Pleiteando, também, a possibilidade de ficar com o menor nos fins de semana alternados, feriados alternados, dia dos pais, natal e ano novo de forma alternada e a metade das férias escolares em ambos os semestres, sendo que havendo impossibilidade da mãe ficar com a criança nas férias escolares, se compromete a cuidar do seu filho sem qualquer ônus. O pleito foi aceito incondicionalmente pela mãe do menor. Após a oitiva do MP, e um pouco de discussão na audiência que correu sob sigilo na Vara competente, houve acordo homologado regularmente e as partes se sentiram satisfeitas em suas necessidades.

Até o meio desse ano, por cerca de quase cinco anos, o acordo foi cumprido pelas partes regularmente. Embora o menor seja muito vinculado afetivamente com a sua mãe e solicite sua atenção o tempo todo, o pai sempre manteve contato absoluto com seu filho. O que caracteriza essa afetividade entre mãe e filho são os seguintes fatos: (I) a primeira palavra a ser pronunciada com tenra idade foi “mãe”; (II) quando não consegue se exprimir ou fica nervoso pede auxílio à mãe; e (III) quando cai da sua bicicleta nova dada pelo pai, socorre-se com a mãe, mesmo se o pai estiver presente.

Em agosto de 2010, por convite de uma grande multinacional do ramo de Internet, o pai do menor recebeu uma proposta profissional irrecusável que pode vir a gerar impacto na estrutura que foi criada para cuidar de seu filho menor.

Sua empresa de internet, nesse momento, é objeto de um contrato de hedging na casa dos 7 dígitos por uma empresa americana que atua internacionalmente, com sede no Mato Grosso. As bases da negociação são: (I) o valor da aquisição da empresa será pago em 10 anos, de forma decrescente; (II) a empresa no Rio de Janeiro será extinta, pois, e suas atividades passaram a serem executadas por um departamento da empresa incorporadora no Mato Grosso; (III) a empresa e os sócios, administradores ou não estão vinculados a acordo de sigilo; (IV) sendo a incorporadora uma multinacional, necessitando das informações complementares que apenas Jorge Policarpo Silva, o pai do menor recebeu uma cadeira no Conselho de Administração da sociedade incorporadora; (V) o contrato está condicionado ao

fato de Jorge Policarpo Silva passar a residir na cidade de Campo Verde para que lá exerça a mesma função que ocupa na data de hoje em sua empresa, inclusive com a mesma flexibilidade de horário, além de passar a integrar o Conselho de Administração da sociedade incorporadora, pelo qual receberá valores distintos dos acordados pela incorporação de sua empresa.

Mesmo diante dessas radiantes novidades na seara profissional, Jorge Policarpo Silva está muito preocupado com a situação de seu filho, pois a mãe continua a exercer o mesmo ofício na padaria que já trabalha há 10 anos e seu filho passa mais tempo com ele do que com a mãe, pois frequenta a creche na parte da manhã, a tarde fica com a mãe e a noite com o pai. A mãe e o filho possuem um excelente relacionamento e são muito agarrados. A mãe é completamente apaixonada pela criança e não tem estabilidade emocional para se separar do pequeno, nos termos do laudo.

Sendo assim, instaurou-se uma lide em Juízo (Ação de Guarda) proposta pelo pai contra a mãe que precisa ser deslindada com maestria pelo julgador para que os interesses e vínculos do menor sejam protegidos no caso concreto. No laudo destaca-se o seguinte:

“Ao que tudo indica, as visitas como acordadas deram estabilidade ao menor, como também aos pais que puderam, regularmente, continuarem suas vidas pessoais e profissionais. A criança é afetivamente muito ligada ao casal.

Constata-se as constantes demonstrações de afetividade por ambos os pais. Com as pessoas com quem tem larga convivência (avós maternos e paternos, além de tios e tias e amigos próximos), se sente muito segura, mas não é afeita a novidades ou mudanças no planejamento. Tem baixa frustração e quando se sente insegura com alguma novidade seja boa ou ruim, torna-se uma criança agressiva. A primeira vista essa reação ocorre, pois, o menor sente-se acuado e busca na agressão sua proteção.

(...)

As casas dos pais são muito próximas e a vida da criança é toda no bairro onde reside, tem sua escola, frequenta a pracinha do bairro, vai a Igreja aos domingos. A criança também apresenta ótimo relacionamento com os coleguinhas de creche e os meninos que vivem na mesma vila onde reside desde que nasceu.

(...)

Acrescenta-se que, além da criança se sentir segura com a situação em que se

encontra na data de hoje (passando parte do dia na escola, parte do dia com a mãe e parte da noite com o pai)”.

Passa-se a análise do caso sob estudo destacando-se abaixo os seguintes aspectos:

(I) embora juridicamente tenha sido deferida a guarda unilateral para a mãe, de fato as partes exercem a guarda compartilhada no caso sob análise;

Uma vez que a criança tem residência habitual e centro de interesses especificado e próprio na casa de sua mãe, o que gera estabilidade. O menor convive com outros familiares regularmente (avôs maternos e paternos, tios e tias, além dos amigos próprios).

Porém o pai tem livre acesso a rotina do filho e participa ativamente da vida do seu filho, o que possibilita um convívio efetivo de ambos os pais na vida do menor, o que caracteriza a guarda compartilhada.

Outro traço característico é que os genitores dividem as responsabilidades do menor entre si bem como o poder familiar direto. Uma vez que a criança fica em companhia do pai todos os dias em que a mãe trabalha fora em uma padaria longe de sua residência.

Esse menor, conforme o laudo é uma criança bem organizada emocionalmente por força da própria convivência continuada de ambos. Situação essa que também é bastante positiva com os pais que puderam prosseguir regularmente com suas vidas profissionais.

(II) os interesses do menor que devem prevalecer e serem protegidos no caso sob análise e qual a solução aplicada para beneficiar os interesses do menor;

Como observado em todos os julgados trazidos nesse ensaio, o fator determinante para o julgamento tanto da guarda quanto da modificação ou inversão da guarda perpassa pela análise dos interesses do menor como fator determinante da decisão judicial. Contudo, como o conceito de interesse do menor é aberto, o julgador conjuga os demais critérios arrolados no Capítulo 3 deste ensaio, com a finalidade de tornar tangível a justificativa de sua decisão.

(III) se há a aplicação dos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade no Direito de Família - o menor pode continuar na guarda da mãe que tem menor poder aquisitivo ou o menor ficará com quem tem maior poder aquisitivo.

Há indícios sobre a aplicação do princípio da razoabilidade pelos Tribunais brasi-

leiros. Verifica-se pela leitura dos julgados trazidos à colação que os julgadores primam pela aplicação do bom senso nas questões decorrentes de conflitos entre princípios e/ou garantias fundamentais, como o caso em análise, ou seja, o juiz precisa buscar o consenso social acerca do que é usual e sensato.²⁹

Observa-se, precipuamente, que as decisões nessa seara de Direito de Família visam à adequação e a possibilidade de exigibilidade ou exequibilidade da decisão elaborada pelo julgador competente, o que por si só representa a aplicabilidade das características do princípio da proporcionalidade.

Portanto, constata-se que a jurisprudência vem utilizando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como fundamento para as decisões em Direito de Família.

Desta forma, o deslinde do caso far-se-á com as bases acima estabelecidas acima e com a finalidade da criança prosseguir afetivamente ligada ao casal e estável emocionalmente.

A criança sente-se muito a vontade na casa que reside. Extrai-se essa ilação das constantes demonstrações de afetividade por ambos os pais e com as pessoas com quem tem larga convivência (avôs maternos e paternos, além de tios e tias e amigos próximos). Logo, o menor sente-se muito seguro, mas, conforme o laudo, “não é afeito a novidades ou mudanças no planejamento”.

A vida da criança é toda no bairro onde reside, tem sua escola, frequenta a praquinha do bairro, vai a Igreja aos domingos. A criança também apresenta ótimo relacionamento com os coleguinhas de creche e os meninos que vivem na mesma vila onde reside desde que nasceu. Mantendo, portanto, os vínculos com o lugar onde reside, com a família lato sensu de forma sociável e adequada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo situa-se no domínio do Direito de Família, no qual objetivou-se primordialmente abordar o instituto da guarda e da modificação ou inversão da guarda em seus aspectos principais.

Diante de todo o exposto, tem-se que enquanto a guarda pode ser entendida como o instituto que reflete o mecanismo jurídico que auferir ao menor a proteção

²⁹BRASIL. Poder Judiciário. **RECURSO ESPECIAL Nº 728.999 - PR** (2005/0033114-8). Rel. Min. Luiz Fux; Recte: Roberto Catalano Botelho Ferraz; Recdo: Fazenda Nacional. “(...) 3. A razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato. Razoável é conceito que se infere a contrario sensu; vale dizer, escapa à razoabilidade “aquilo que não pode ser”(…).

de seus direitos enquanto pessoas em pleno desenvolvimento, a modificação ou inversão de guarda é o meio pelo qual os interessados requerem a inversão devendo pleitear na qualidade de pedido imediato, o motivo comprovado pelo qual a parte detentora da guarda deve perdê-la e pedido mediato, para que se acolha a inversão.

Nessa seara, o importante é o resguardo dos direitos e interesses do menor. É fundamental para a garantia e a resguarda ao menor a proteção de seus direitos e interesses, uma vez que o art. 227, da Constituição Federal estabelece ao menor “absoluta prioridade”, torna-se inevitável considerar e reconhecer a sua condição especial de pessoas em desenvolvimento. Neste sentido, este ensaio trouxe diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando acerca do tema.

É importante estabelecer que a noção de interesse do menor seja utilizada com frequência no domínio jurídico, ela permanece imprecisa ou aberta, não sendo, deste modo, um conceito claro e limitado, o que dificulta ou impossibilita a sua aplicação automática. Consequentemente, é importante verificar que o juiz ao examinar a situação fática, determinará a partir de elementos encontrados no caso concreto qual é, verdadeiramente, o interesse do menor.

Outro critério utilizado para a modificação ou a inversão da guarda é a idade, uma vez que as necessidades do menor variam conforme sua idade.

Outro fator envolvido nas tendências das decisões é a opinião do menor, ressalvada a maturidade apresentada por ele bem como será analisado, pelo julgador no caso concreto, o comportamento dos pais.

Enfim, o último fator é a psique do menor e dos interessados no processo da guarda, o julgador deve perquirir a existência ou não da afetividade entre o requerente, sujeito do pedido de modificação ou inversão de guarda ao menor.

Todos esses fatores se relacionam as necessidades e o bem-estar do menor e devem ser utilizados como elementos investigatórios para nortear a decisão do magistrado.

A jurisprudência vem caminhando no sentido de aplicar tanto a razoabilidade quanto a proporcionalidade nos julgados de direito de família. Logo, no pedido de inversão da guarda no caso de transferência de local de trabalho, prevalecerá na decisão a manutenção dos vínculos do menor com o lugar onde reside e com sua família latu sensu de forma sociável e adequada, por ser razoável, exequível e de bom senso, a não ser que se comprove prejuízo ao interesse do menor.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Guarda de Filhos**. São Paulo: Universitária do Direito, 1984 apud GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 24. ed. atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010**. Altera a denominação do Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal e modifica o seu art. 227, para cuidar dos interesses da juventude.

BRASIL. **Lei nº 5.478, de 25 de Julho de 1968**. Lei de Alimentos.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 5. ed., Coord.: Munir Cury e Antonio Fernando do Amaral e Silva, Emílio Garcia Mendez. Malheiros Editores, 2002.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Institui o Código Civil. Revoga a Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916.

BRASIL. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

BRASIL. **Lei 12.010, de 29 de julho de 2009**. Dispõe sobre adoção; altera as Leis

n. 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIDIER JR, Freddie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Volume I, 10. ed. Bahia: Jus Podivm, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Fundamento da Coisa Julgada**. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/dados/File/enciclopedia/Coisa_julgada.doc> Acesso em: 15 jan. 2009, às 18h07min.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

KLAUTAU, Perla. **Encontros e desencontros entre Winnicott e Lacan**. São Paulo: Escuta, 2002.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e o Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MADALENO, Rolf. **Novos Horizontes no Direito de Família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 128.

POLITO, André Guilherme. **Michaelis: dicionário de Sinônimos e Antônimos**. São Paulo: Cia. Melhoramentos, 1994.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990
apud GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil- constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC**, vol. 17, ano 5, jan./mar. 2004, Ed. Padma, pp. 33-49.

ZIMERMAN, David; COLTRO, Antonio Carlos Mathias (org.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica: obra coletiva**. 3. ed. Campinas, São Paulo: Millenium, 2002.

Artigo recebido em: 5.03.2014

Revisado em: 10.03.2014

Aprovado em: 10.04.2014

INFORMAÇÕES SOBRE A REVISTA CIENTÍFICA AREL FAAr - *Amazon's Research and Environmental Law*

MISSÃO

A Revista é de titularidade do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes - IESUR/FAAr. Sua missão é publicar estudos e pesquisas inéditas realizadas na área do Direito, preferencialmente no escopo das linhas editoriais, visando disseminar conhecimento científico jurídico, estabelecida em dezembro do ano de 2012, após aprovação no Conselho Superior do IESUR/FAAr (CONSUP).

OBJETIVO DA REVISTA

O objetivo da Revista AREL FAAr - Amazon's Research and Environmental Law é a interrelação entre a ciência e a prática jurídica, em face da formação integral dos profissionais da área. Para efetivar o seu objetivo, buscam-se articulistas e/ou pesquisadores que investiguem as possíveis formas em que o Direito possa contribuir para a edificação da consciência social e a formação de valores em face das novas relações estabelecidas entre a Sociedade e o Estado.

LINHAS EDITORIAIS

Projeta o desenvolvimento de estudos históricos, comparados e contemporâneos, através de duas linhas editoriais:

Linha Editorial I - Sociedade, Empresa e Sustentabilidade.

Discutem-se as perspectivas de desenvolvimento empresarial, procurando novas formas de efetivação do desenvolvimento econômico-social e ambiental.

Linha Editorial II - Direitos Fundamentais e suas dimensões.

Estudam-se as correlações e contribuições possíveis entre os Direitos Fundamentais e a realização da cidadania.

As linhas editoriais desenvolvidas pela Revista, por vezes, buscam o vértice comum entre elas. Nesse caso, discute-se: os aspectos fenomenológicos da em-

presa e as características da sociedade onde se insere; e os efeitos da ineficácia social do Direito, a exclusão social e jurídica e a relação à dignidade da pessoa humana com a sustentabilidade, procurando contribuir de alguma forma para as discussões científicas em torno do exercício do poder político e da Justiça.

FORMATO DOS NÚMEROS DA REVISTA

Todos os números deverão publicar, no mínimo, cinco artigos científicos, que versem sobre as linhas editoriais: I - Empresa, sociedade e sustentabilidade; II - Direitos Fundamentais e suas dimensões, ou o seu cruzamento.

A Revista prioriza a publicação de textos científicos inéditos, a saber: artigos científicos, resenhas e análise de jurisprudências. A Revista é disponibilizada na plataforma OJS, de forma a facilitar aos leitores o acesso ao seu conteúdo.

A Revista pode publicar, se houve interesse científico institucional: resumo de teses e dissertações; traduções de textos não disponíveis em língua portuguesa; relatórios de pesquisa, na forma de Empirical Research Review, estudos estatísticos ou estudo de casos; debates científicos; comentários jurídicos; transcrição de palestras, e outros relevantes à área do Direito, desde que seja regulamentado o *modus operandi*.

PROCEDIMENTOS PARA PUBLICAÇÃO OU DIRETRIZES AOS AUTORES

A Revista Científica AREL FAAR - Amazon's Research and Environmental Law, ISSN n. 2317-8442, recebe ARTIGOS NACIONAIS E ESTRANGEIROS, RESENHAS e ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIAS, com as seguintes características:

1. Redação - Diretrizes básicas

1.1. A redação da produção bibliográfica, quando em nosso idioma, deve estar conforme as regras do novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa e quando em língua inglesa deve estar em conformidade com as respectivas regras ortográficas;

1.2. As produções bibliográficas podem ser publicadas em português ou inglês.

1.3. As referências nacionais ou estrangeiras devem ser consistentes e mostrar o posicionamento dos doutrinadores sobre o tema.

2. Elementos estruturadores básicos

2.1. Os artigos deverão ser inéditos e atuais, escritos em português ou inglês, e atender ao seguinte conteúdo e nesta ordem: título, título em inglês, resumo (em português), palavras-chave (no mínimo 3 e no máximo 5 e que representem o conteúdo do artigo), abstract (resumo em inglês), keywords (palavras -chaves em inglês), introdução (não deve vir numerada), desenvolvimento (dividido em itens numerados), considerações finais (não deve vir numerada) e referências (não numerada e em ordem alfabética).

2.2. O título do artigo deve estar em português e em inglês, centralizado na página, com letra maiúscula e em negrito - fonte 16;

2.2.1. Os subtítulos, quando existirem, devem ser concisos e vir claramente indicados - fonte 12.

2.3. Os capítulos, subcapítulos e demais subdivisões do artigo devem estar em letras minúsculas, em negrito, numerados de forma progressiva - fonte 12.

2.4. O artigo deve conter ‘Resumo’ em português e ‘Abstract’ em inglês, ressaltando no conteúdo do texto os objetivos, a metodologia e a síntese das considerações finais. Fonte times new roman, corpo 11, espaçamento simples (1,0), máximo de 200 palavras.

2.5. O artigo deve indicar de três a cinco palavras-chave, podendo conter expressões representativas do tema, em português e inglês, refletindo as ideias elementares do texto e que possam auxiliar a pesquisa de terceiros interessados.

2.6. As resenhas poderão ser críticas ou descritivas de obras na língua portuguesa ou inglesa pertinentes às linhas editoriais da Revista.

2.6.1. Deverão ser inéditas e atuais, escritas em português ou inglês, e atender ao seguinte conteúdo e nesta ordem: título em português e inglês da obra em análise, elaboração de texto no formato de dissertação contendo: introdução, desenvolvimento e conclusão em texto corrido, podendo ter ou não referências (não numerada e em ordem alfabética); deve indicar as palavras-chave da obra analisada.

2.6.2. O título da obra deve estar centralizado na página e na forma apresentada na ficha catalográfica da obra analisada, com letra maiúscula e em negrito - fonte 16.

2.7. As análises de jurisprudências deverão atender ao seguinte conteúdo e nesta ordem: título, título em inglês, resumo (em português), palavras-chave (no mínimo 3 e no máximo 5 e que representem o conteúdo do artigo), abstract

(resumo em inglês), key words (palavras-chaves em inglês), introdução (não deve vir numerada), desenvolvimento (apresentando e analisando os julgados), considerações finais (não deve vir numerada) e referências (não numerada e em ordem alfabética);

2.7.1. O título da análise de jurisprudências deve estar em português e inglês (conforme o caso), centralizado na página, com letra maiúscula e em negrito - fonte 16.

3. Outras regras de formatação

3.1. Os artigos devem ter no mínimo 10 e no máximo de 30 páginas;

3.2. As resenhas e as análises jurisprudenciais devem ter no mínimo 2 e no máximo 10 páginas.

3.3. Os artigos, as resenhas e as análises de jurisprudências devem ser digitados no editor de texto Microsoft Word, em formato A4 (21,0 x 29,7 cm), posição vertical, fonte Times New Roman, corpo 12; alinhamento justificado (sem separação de sílabas), com espaçamento entre linhas de 1,5 cm.

3.4. O Layout da página deve ter margens superior e inferior de 2,5 cm e margens esquerda e Direita de 3,0 cm.

3.5. O parágrafo deve ter espaçamento posterior e anterior de 0 ponto. O recuo dos parágrafos deve ter 1,25cm.

3.6. Quando for necessária a utilização de siglas e abreviaturas, estas deverão ser introduzidas entre parênteses, logo após o emprego do referido termo na íntegra quando do seu primeiro aparecimento no texto. A partir da primeira menção o autor poderá utilizar somente a sigla ou abreviatura. As siglas e abreviaturas inseridas em tabelas ou ilustrações devem possuir definição nas suas respectivas legendas.

4. Referências, Notas e Citações

4.1. As referências deverão conter todos os dados necessários à identificação das obras e estar em ordem alfabética da primeira letra do sobrenome do autor e constar em lista não numerada no final do artigo. No artigo o item deve ser denominado "Referências", seguindo as normas vigentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT - NBR 6023 - Informação e Documentação - Referências - Elaboração. / Ago. 2002).

4.1.1. As referências de obras e documentos consultados devem ser feitas

apenas se efetivamente tiverem sido citadas no artigo, uniformizadas, seguindo as normas vigentes da ABNT.

4.2. As citações bibliográficas devem ser feitas de acordo com as normas da ABNT (NBR 10520 - Informação e Documentação - Citações em documentos - Apresentação/ Ago. 2002), adotando-se preferencialmente o sistema autor-data.

4.2.1. Se houver mais de uma obra do mesmo autor citado no mesmo ano, devem ser utilizadas letras para distingui-los. Exemplo: Nunes (2013a). A organização alfabética será a do nome dos artigos ou obras do autor naquele mesmo ano.

4.3. As notas não bibliográficas devem ser colocadas no rodapé, utilizando-se de fonte tamanho 10, ordenadas por algarismos arábicos que deverão aparecer imediatamente após o segmento do texto ao qual se refere a nota.

4.4. Os artigos submetidos que contiverem partes de texto extraídas de outras publicações deverão obedecer ao limite de 200 palavras para garantir originalidade do trabalho submetido. Recomenda-se evitar a reprodução de tabelas e ilustrações extraídas de outras publicações. O artigo que contiver reprodução de uma ou mais tabelas e/ou ilustrações de outras publicações deverá ser encaminhado para análise acompanhado de permissão escrita do detentor do direito autoral do trabalho original endereçada ao autor, especialmente para o artigo submetido à Revista.

4.5. As citações textuais pequenas (de até três linhas) deverão ser inseridas no corpo do artigo, entre aspas duplas e sem itálico. As citações textuais longas (com mais de três linhas) devem ser destacadas em parágrafo independente com recuo de 4 cm da margem esquerda, com corpo 11, com o espaçamento simples, sem aspas.

5. Submissão

5.1. Os artigos, resenhas e análises de jurisprudências devem ser submetidos a revisão de linguagem e digitação, além de constar a data de sua elaboração antes de serem encaminhados para a Revista.

5.2. Cada autor (individualmente ou em coautoria) poderá submeter apenas um artigo por ano na Revista.

5.2.1. A coautoria é limitada ao máximo de dois autores;

5.3. O arquivo submetido pelo autor (Artigos Nacionais ou Estrangeiros, Resenhas e Análise Jurisprudenciais) deve ser apresentado sem a identificação do(s) autor(es) no corpo do trabalho.

5.4. Em arquivo apresentado na plataforma OJS, junto com a autorização expressa para publicação, os autores de textos (individuais ou em coautoria) deverão indicar, o nome completo, o nome e a sigla da instituição a qual estão ligados, sua unidade e departamento, cidade, estado, país, cargo, endereço eletrônico para correspondência (e-mail), bem como o endereço completo e telefones de contato.

5.5. O arquivo submetido não poderá estar sob avaliação para publicação em outro periódico e nem durante o processo de avaliação da Revista, sob pena de ser desclassificado.

5.6. Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores. O conteúdo do artigo assinado não reflete a opinião da Revista.

5.7. No momento da submissão da produção bibliográfica à Revista, haverá a concordância da declaração de cessão de direitos autorais na plataforma OJS.

5.8. O envio das produções bibliográficas será considerado como participação voluntária e gratuita dos autores, com os direitos autorais cedidos para a Revista.

5.9. Os autores devem preencher as condições de submissão especificadas nestas diretrizes para terem os seus trabalhos avaliados.

5.10. Os autores serão notificados sobre o resultado da avaliação de seus artigos, análises jurisprudenciais ou resenhas através de e-mail.

5.11. As submissões em deacordo com as normas, bem como a identificação incompleta dos autores, sem a inclusão do nome da instituição, unidade, departamento, cidade, Estado e país serão devolvidas para as devidas retificações antes do processo de avaliação.

5.12. A produção bibliográfica para publicação na Revista pode ser submetida em fluxo contínuo ou atendendo as datas especificadas pela CHAMADA DE PUBLICAÇÃO.

NORMAS PARA A APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS À REVISTA OU PARA A SUBMISSÃO ONLINE

Como parte do processo de submissão, os autores são obrigados a verificar e declarar na plataforma OJs a conformidade de sua submissão em relação a todos os itens listados acima (procedimentos para publicação ou diretrizes aos autores) e listados abaixo (formulário eletrônico da plataforma OJs):

1. A contribuição deve ser original e inédita, e não foi publicada em anais de

congresso, seminários, colóquios ou similares e não está sendo avaliada para publicação por outra revista; caso contrário, deverá justificar em “Comentários ao editor”.

2. O arquivo da submissão deve estar em formato Microsoft Word ou RTF.

3. O autor é responsável pelo preenchimento na plataforma OJs, no campo solicitado, da indicação de financiamento da pesquisa vinculada à produção bibliográfica submetida à Revista.

4. Os URLs para as referências devem ser informados, quando possível.

5. O texto deve seguir os padrões de estilo e requisitos bibliográficos descritos em Diretrizes para Autores.

6. As instruções de anônimo do arquivo submetido devem assegurar a avaliação Double Blind Peer Review .

7. A Declaração de Direito Autoral deve conter a autorização de publicação e cessão de direitos autorais.

8. A cessão de direitos autorais não gerará ônus para a Revista, ou seja, não haverá pagamento pela utilização do material submetido. O autor compromete-se a assegurar o uso e gozo da obra à Revista, que poderá explorá-la com exclusividade nas edições que fizer.

9. O autor tem ciência de que:

a) A publicação desta obra poderá ser recusada, caso o Conselho Editorial da Revista não considere conveniente sua publicação, seja qual for o motivo. Este cancelamento não acarretará responsabilidade a qualquer título por parte do Conselho Editorial; e

b) Os editores, juntamente com o Conselho Editorial, reservam-se o direito de modificar o texto - quando necessário, sem prejudicar o conteúdo -, com o objetivo de uniformizar a apresentação dos materiais publicados.

PROCEDIMENTOS UTILIZADOS PARA ANÁLISE (DOUBLE BLIND PEER REVIEW), APROVAÇÃO E PUBLICAÇÃO

1.1. Todas as produções bibliográficas serão avaliadas pelo sistema Double Blind Peer Review, salvo as submissões que não estiverem de acordo com as normas de publicação ou diretrizes aos autores, que serão devolvidas para as devidas retificações antes de iniciar o procedimento de submissão aos avaliadores.

1.2. Todos os arquivos serão analisados por 02 (dois) pareceristas externos ad hoc, bem como pelo Conselho Editorial. E, em caso de controvérsia, haverá análise de um terceiro parecerista ad hoc.

1.2.1 Todos os pareceristas ad hoc e os conselheiros pertencentes à Revista são professores doutores.

1.3. Os pareceres emitidos pelos pareceristas ad hoc são elaborados no formato do formulário disponibilizado na Revista dentro da página das “Diretrizes aos Autores”, disponível no endereço: <<http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php/arel-faar/manager/previewReviewForm/1>>.

1.3.1. Na avaliação dos pareceristas ad hoc são observados os seguintes critérios:

a) Fundamentação teórica e conceitual adequada ao tema escolhido; relevância e pertinência e atualidade no tema objeto da submissão; consistência metodológica de pesquisa e o cumprimento da lista de diretrizes aos autores - normas da ABNT e das normas específicas da Revista; e formulação do artigo em linguagem correta, clara e concisa nos idiomas português e inglês.

1.3.2. O resultado da avaliação apontará se a produção bibliográfica será:

a) aceita sem restrições; b) aceita com proposta de alteração; e c) rejeitada.

1.4 A decisão dos pareceristas ad hoc, escolhidos pelo Conselho Técnico Científico, será submetida ao Conselho Editorial para referendo ou não.

1.4.1 A decisão do Conselho Editorial será por maioria dos presentes, com o quorum mínimo de dois conselheiros, não incluindo o Presidente e o Vice-Presidente, pois ambos são vedados de votar nas reuniões do colegiado.

1.4.2. A convocação das reuniões do Conselho Editorial será feita via e-mail pelo Presidente ou Vice-Presidente do Conselho Editorial, obrigatoriamente 15 dias antes de sua realização.

1.4.3. As reuniões do Conselho Editorial serão realizadas nas dependências do IESUR/FAAr ou no ambiente virtual, por meio da ferramenta de vídeo ou teleconferência do Skype, Hangouts ou similares.

1.4.3.1. Os termos das atas das reuniões do Conselho poderão ser transcritos ou gravados.

1.4.3.2. Compete ao Presidente ou ao Vice-Presidente do Conselho Editorial a relatoria das atas das reuniões.

1.4.4. O colegiado decidirá, entre os artigos avaliados e aceitos pelos pareceristas ad hoc, quais serão publicados nos números dos volumes da Revista ,

por estarem de acordo com a missão, o objetivo e as linhas editoriais, além de conferir se:

a) o autor preencheu o termo de aceitação das normas da Revista, declarando não ter apresentado o artigo, na íntegra, em nenhum outro veículo de informação nacional ou internacional; b) a declaração de cessão de direitos autorais; e c) a autorização ou declaração de direitos cedidos por terceiros, caso reproduza figuras, tabelas ou texto no percentual de mais de 200 palavras de obra publicada no sistema OJS.

1.4.5. Após as deliberações, para cada artigo submetido e previamente avaliado pelos pareceristas ad hoc, três decisões podem ser emitidas pelo Conselho Editorial da Revista, gerando os seguintes efeitos:

a) “Aceitação sem restrição” - o Editor Chefe ou o Editor Adjunto comunicará a decisão ao autor, por e-mail, preferencialmente no prazo de 30 dias após a submissão do artigo à Revista Científica. Na comunicação será juntado um resumo do teor das decisões dos pareceristas ad hoc e do Conselho Editorial;

b) “Aceitação com proposta de alteração”, o Editor Chefe ou o Editor Adjunto comunicará a decisão ao autor, por e-mail, preferencialmente no prazo de 30 dias após a submissão do artigo à Revista Científica. Na comunicação será juntado o teor dos pareceres, incluindo as propostas de alterações ou qualquer outra sugestão cabível a melhoria do conteúdo e da forma do artigo, preservando o anonimato. b.1) Os arquivos que necessitarem de modificações serão devolvidos aos autores, com as respectivas sugestões para alteração; e b.2) As alterações solicitadas são de responsabilidade exclusiva do autor e serão novamente submetidas aos pareceristas ad hoc que sugeriram as propostas de alterações.

c) “Rejeição”, o Editor Chefe ou o Editor Adjunto comunicará a decisão ao autor, por e-mail, preferencialmente no prazo de 30 dias após a submissão do artigo à Revista Científica. Na comunicação será declarado o não interesse em publicar, preservando o anonimato. c.1) A Revista reserva-se o direito de não avaliar e rejeitar ad nutum os trabalhos enviados fora das linhas editoriais.

1.5. Havendo a submissão de produção bibliográfica por qualquer parecerista ad hoc ou membro dos Conselhos Editorial ou Técnico Científico, é obrigatória a comunicação do fato aos conselheiros por e-mail, em data anterior ao prazo de submissão.

1.5.1 Neste e-mail, o autor submetente declarará que se subordina a todos os procedimentos da Revista e à decisão final de publicação ou não.

1.5.2 Nesse caso, ficará suspensa a participação do autor submissor em qualquer ato interno do número da Revista onde pretenda ter o seu artigo publicado, sob pena de declassificação por conflito de interesse.

2. Publicação

2.1. Após o processo de avaliação, serão publicadas as produções bibliográficas que forem aprovadas pelos pareceristas “ad hoc” e referendadas pelo Conselho Editorial, em colegiado, por voto da maioria dos presentes.

2.2. Se a produção bibliográfica for aceita para publicação, a mesma será publicada com a identificação do autor próximo ao título contendo a sua titulação, a filiação institucional, cidade, estado e país.

2.2.1. Ao nome do autor, será incluída nota de rodapé para constar o nome e a sigla da instituição a qual está ligado, cargos e demais atuações do autor, além do endereço eletrônico para correspondência (e-mail).

2.2.2. Solicita-se ao autor que preencha na versão completa o formulário de cadastramento no sistema na plataforma OJS e mantenha o seu CV Lattes atualizado.

CHAMADA PÚBLICA PARA PUBLICAÇÃO NO NÚMERO 3 VOLUME 3 DA REVISTA AREL FAAR

Embora a Revista Científica AREL FAAR - Amazon's Research and Environmental Law, ISSN n. 2317-8442, seja de fluxo contínuo, o seu Conselho Editorial, está recebendo artigos para o número 3, volume 3, que serão publicados em setembro deste ano.

As temáticas estão vinculadas à área de concentração da Revista “Direito Público Contemporâneo” e às Linhas de pesquisa “Empresa, sociedade e sustentabilidade” e “Direitos Fundamentais e suas dimensões”.

Os interessados devem submeter seus artigos até o dia 30 de julho de 2015 pelo endereço: <http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php>.

Os artigos deverão estar em conformidade com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e as regras específicas da Revista apresentadas no referido endereço eletrônico.