



id
EA

A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E SUA APLICABILIDADE NA ATUALIDADE DO ORDENAMENTO CONTRATUAL BRASILEIRO

Gustavo Rodrigues do Brasil Castro

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo geral discutir o conflito de normas contratuais no ordenamento jurídico contratual brasileiro relacionadas aos contratos bilaterais condizentes com a aplicação da teoria do adimplemento substancial e sua aplicabilidade. Os objetivos específicos visaram determinar os tipos contratuais da teoria do adimplemento substancial; verificar se a teoria do adimplemento substancial possui incidência jurisprudencial no ordenamento jurídico contratual brasileiro; verificar se é passível de ocorrer o abuso de direito; avaliar a importância dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato na teoria do adimplemento substancial. Para tanto, foi utilizado método dedutivo em uma pesquisa com base em artigos científicos, doutrinas, jurisprudências e leis. A abordagem revelou que a teoria do adimplemento substancial que faz parte do sistema jurídico brasileiro constitui em instrumento de expressiva importância na harmonização e preservação das relações contratuais.

Palavras-chave: Adimplemento Substancial, Aplicabilidade, Ordenamento Brasileiro.

ABSTRACT

This work has for general objective to discuss the conflict of contractual norms in the Brazilian legal order contract related to the bilateral contracts suitable with the application of the theory of the substantial due performance and its applicability. The specific objectives sought to determine the contractual types of the theory of the substantial due performance; to verify the theory of the substantial due performance possesses incidence jurisprudential in the Brazilian legal order contract; to verify if it is susceptible to happen the right abuse; to evaluate the importance of the elements of the good-faith objective and of the social function of the contract in the theory of the substantial due performance. To that end, was used a deductive method and a research with base in scientific articles, doctrines, jurisprudences and laws. The approach revealed que the theory of substantive due performance, which is part of the Brazilian legal system, is an instrument of significant importance in harmonizing and preservation of contractual relations.

Key-words: Substantial due performance, Applicability, Brazilian.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	06
2. ORIGEM DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL	09
2.1 Princípios basilares da teoria do adimplemento substancial	09
2.1.1 Princípio da boa-fé objetiva	10
2.1.2 Princípio da função social do contrato.....	11
2.2 Conceitos gerais contratuais de importância à teoria do adimplemento substancial.....	12
2.2.1 Contratos bilaterais com obrigações continuadas	13
2.2.2 Exceção do contrato não cumprido	13
3. APLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.....	15
3.1 Requisitos de aplicabilidade	15
3.2 Aplicabilidade da teoria e o CDC	16
3.3 Teoria do adimplemento substancial na alienação fiduciária	18
4. LIMITES DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.....	19
4.1 Caracterização do abuso de poder	19
4.2 Ato ilícito do credor.....	22
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	28
REFERÊNCIAS.....	30

1 INTRODUÇÃO

A Teoria do Adimplemento Substancial do Contrato para ser entendida em sua total fluidez deve-se abordar os princípios que deram a sua origem, o princípio da boa-fé objetiva e o da função social do contrato.

Essa teoria gera consigo a necessidade de entender de forma não menos importante uma parcela da Teoria geral dos contratos e seus conceitos iniciais de contratos com obrigações bilaterais e de trato sucessivo. Pode-se então concluir que nos contratos bilaterais, “cada um dos contratantes é simultânea e reciprocamente credor e devedor do outro, pois produz direito e obrigações para ambos” (DINIZ, 2003, p. 83).

Desta forma o presente trabalho busca trazer ao leitor diversos conteúdos para melhor entendimento da teoria do adimplemento substancial e sua correta aplicabilidade no ordenamento jurídico contratual atual. Não menos importante o trabalho versou também sobre a coação do abuso de direito como o ato ilícito que é, notadamente quando o inadimplemento não prejudicar a função econômico-social do contrato.

Por se tratar de uma forma contratual muito presente nos dias atuais, muitos são os contratos de execução continuada em que a obrigação do devedor está dividida em prestações, como por exemplo, o financiamento de um imóvel em diversas parcelas mensais.

Como se faz cotidianamente, o devedor cumpre com todas parcelas pontualmente e com quase toda totalidade das prestações, porém, por motivos alheios a sua vontade ou não, deixa de cumprir/adimplir com as pouquíssimas parcelas que lhe faltam.

Baseando-se em cláusulas expressas no contrato e outras tácitas do mesmo, a instituição financeira extingue automaticamente o contrato pela sua inadimplência e aciona o judiciário pleiteando uma reintegração de posse do bem objeto da lide.

A maior questão a ser discutida está em identificar quando realmente o contrato pode ser considerado pelo judiciário como cumprido substancialmente de modo a evitar sua resolução como exemplificado em jurisprudência supramencionada neste trabalho.

Torna-se ainda mais importante o tema, considerando que a teoria está calcada em princípios de caráter extremamente subjetivos, e relativamente novos, o que certamente dificulta a sua aplicação.

Desta forma, o tema escolhido visa, o estudo da aplicação da Teoria do adimplemento substancial em casos práticos levados ao Judiciário, sem perder seu foco nos princípios que lhe dão base estrutural, o princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato, não obstante o tão problemático possuidor de uma linha tênue, abuso de direito constante no artigo 187 do Código Civil de 2002: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002), pois estes são os motivos de sua criação, existência e derradeiramente o fundamento da aplicação.

Nessa perspectiva, partindo de um entendimento relacionado aos contratos de trato sucessivo, quantas parcelas pagas pelo devedor seriam aptas a caracterizar o Adimplemento Substancial? Há uma quantidade certa de obrigações cumpridas para o parâmetro quando as obrigações são distintas? Essas obrigações podem ser distintas? E se o devedor sempre efetuou os pagamentos com atraso, aplica-se a teoria?

Para obter as respostas expostas acima, o estudo traçou como objetivo geral investigar o conflito de normas contratuais no ordenamento jurídico contratual brasileiro que são relacionadas aos contratos bilaterais condizentes com a aplicação da teoria do adimplemento substancial e fundamentadamente delimitar sua margem de aplicabilidade.

Os objetivos específicos buscam determinar os tipos contratuais acolhedores da teoria do adimplemento substancial; verificar se a teoria do adimplemento substancial possui incidência jurisprudencial no ordenamento jurídico contratual brasileiro; identificar se uma das principais causas da sua aplicabilidade é o abuso de direito; avaliar a importância dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato como fontes basilares da teoria do adimplemento substancial e entender a teoria do adimplemento substancial em sua integralidade.

A relevância da abordagem proposta ocorre na medida em que se busca entender a criação da teoria do adimplemento substancial, suas formas de aplicabilidade e abrangência com base nos ditames do código civil de 2002, doutrinas, artigos e jurisprudências, buscando a inteira compreensão de forma

descomplicada sobre a teoria do adimplemento substancial no ordenamento jurídico contratual brasileiro.

Em um contrato de compra e venda com obrigações continuadas existem dois sujeitos, o credor e o devedor, ambos são possuidores de direitos e obrigações buscando um equilíbrio em suas prestações recíprocas, diante dessa situação esse trabalho busca preservar a isonomia contratual entre esses sujeitos, de forma que os efeitos contratuais gerados pelo encontro comutativo de vontades de ambos não gerem danos internos e externos à relação contratual para que possam assim ir de encontro com a *solutio contractual* e não com a resolução por inadimplência arguida pela parte credora com base na exceção do contrato não cumprido.

Baseando-se nos princípios contratuais que servem de alicerce para a teoria do adimplemento substancial, o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da função social do contrato, juntamente com o abuso de direito previsto no artigo 184 do Código Civil e doutrinas diversas que versam sobre teoria geral dos contratos e a aplicabilidade em outras formas contratuais, como por exemplo os contratos consumeristas que são envolvidos pela alienação fiduciária de bem móvel em garantia.

O método utilizado para realização da pesquisa foi o dedutivo sendo este de grande utilidade juntamente com o método procedimental histórico, para evidenciar no ordenamento jurídico contratual brasileiro como a teoria do adimplemento substancial é aplicada, avaliando jurisprudências, referências bibliográficas consagradas, artigos científicos dentre outros documentos de interesse técnico, traçando convergências entre o Código Civil de 2002 e leis específicas também utilizadas na confecção do trabalho.

O trabalho foi estruturado em três capítulos. O primeiro versa sobre a “Origem da Teoria do Adimplemento Substancial”. O segundo trata da “Aplicabilidade da Teoria do Adimplemento Substancial”. O terceiro e último capítulo discorre sobre “Limites da Teoria do Adimplemento Substancial”. Por fim, tece-se a considerações que compõe a conclusão a respeito da abordagem proposta e em seguida explana-se as referências utilizadas.

2 ORIGEM DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

A teoria do adimplemento substancial é de extrema importância quando quer fazer uma abordagem sobre resolução contratual e se propõe a estudar a relação jurídico contratual que engloba o princípio da Boa-fé objetiva e a função social do contrato. Dessa forma, fica mais do que evidenciado a imensa relevância desta interpretação normativa em um parâmetro de mutação, pois cada intérprete chegará a uma base de cálculo da importância do objeto da relação, seja pela compra de um automóvel, por meio de um contrato com prestações continuadas ou até mesmo um bem imóvel.

2.1 Princípios basilares da teoria do adimplemento substancial

A teoria do adimplemento substancial tem importância no ordenamento jurídico contratual buscando o equilíbrio das obrigações. É de praxe que haja litígios em contratos desta monta, mas o descumprimento de uma das partes não deve gerar dano a outra que já efetuou maior parte de seu pagamento (obrigações continuadas). É necessário observar qual a relevância daquela monta contratual e assim chegar a um cálculo provável que deverá ser possivelmente analisado por uma pessoa que tenha domínio sobre o assunto e que este seja nomeado em juízo, para que então seja observado de forma externa ao contrato se as parcelas são correspondentes. O devedor em momento algum seria deixado a mercê sem a responsabilidade do débito, mas ao contrário, o mesmo ficará com um débito perante seu credor, pois a supracitada teoria busca a proporcionalidade das prestações e a razoabilidade, na busca por uma solução contratual (LIMA, 2007).

A resolução da lide contratual não se dará com o enriquecimento ilícito de uma das partes, nem mesmo por um abuso desacerbado de direito previsto no artigo 187 do código civil, que versa sobre a prerrogativa de que “também cometer ato ilícito o titula de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002).

A teoria do adimplemento substancial, também conhecida como “substancial performance”, permitiu a relativização do art. 475, ao impedir que um contrato seja resolvido quando o seu incumprimento não altera essencialmente a base contratual. A conservação da relação obrigacional neste caso garante uma maior segurança jurídica às partes, as quais, contratando de acordo com a boa-fé objetiva esperada, desejam que o contrato seja cumprido (LIMA, 2007, p.75-76).

A finalidade econômica e social de um contrato tem alicerce no princípio social e na boa-fé objetiva conforme o artigo 421 do Código Civil de 2002: “Art.421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (BRASIL, 2002).

2.1.1 Princípio da boa-fé objetiva

Os princípios constituem a base para o ordenamento jurídico brasileiro aplicando-se com igualdade nas relações contratuais. Nesse contexto, pode e deve ser destacados os princípios da boa-fé objetiva e da função social devido a sua direta ligação com a temática teoria do adimplemento substancial. Observa-se assim que “o princípio da boa-fé objetiva, por conseguinte, diz respeito à conduta de probidade e lealdade que as partes devem manter, durante todas as fases contratuais” (HELLER; VIEIRA, 2013, p.447-448).

A boa-fé objetiva é intrínseca das relações contratuais, uma vez que visa tutelar a conduta das partes, constituindo-se em um preceito de ordem pública e visando garantir, além da estabilidade, a segurança dos negócios jurídicos, resguardando, essencialmente, a expectativa do contratante de boa-fé (HELLER; VIEIRA, 2013, p.448).

O Código Civil brasileiro de 2002 também “consagrou como princípio básico regente da matéria contratual, a boa-fé objetiva” (MIRANDA, 2008, p.3). Conforme assinala Venosa (2013):

a questão da boa-fé atinge mais propriamente à interpretação dos contratos e não se desvincula do exame da função social. Como já acentuamos, a interpretação liga-se inexoravelmente à aplicação da norma. Interpretar e aplicar o Direito implicam-se reciprocamente. O Código italiano possui norma que estabelece que, no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, as partes devem portar-se com boa-fé (art. 1.337). Esse dispositivo serviu,

certamente, de inspiração para nosso presente Código (VENOSA, 2013, p. 394).

Segundo Miranda (2008, p.4) o artigo 422 do Código Civil de 2002, preceitua que: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Nesse prisma, a boa-fé que se procura preservar, prestigiando-se no texto legal, é a objetiva, entendida essa como a exigível do homem mediano, numa aplicação específica do critério do “reasonable man”, do sistema norte-americano.

Para Venosa (2013, p. 394) “o princípio da boa-fé se estampa o dever das partes de agir de forma correta, eticamente aceita, antes, durante e depois do contrato, isso porque, mesmo após o cumprimento de um contrato, podem sobrar-lhes efeitos residuais”.

2.1.2 Princípio da função social do contrato

Para Miranda (2008, p.2) o Contrato “é o acordo de vontade entre duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar, transferir ou extinguir direitos”. Segundo Venosa (2013, p. 393), um “contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes: *pacta sunt servanda*”.

O acordo de vontades se torna lei entre as partes envolvidas. Sempre haverá temperamentos que por vezes conflitam, ainda que aparentemente, com a segurança jurídica. A regra geral é que o contrato só ata aqueles que dele participaram. Seus efeitos não podem, em princípio, nem prejudicar, nem aproveitar a terceiros (MIRANDA, 2008).

Compreende-se, segundo Venosa (2013, p. 398), que “a função social do contrato que norteia a liberdade de contratar”, conforme assegura o “art. 421 A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, que indica norma aberta ou genérica, que deve ser observada por aquele que compete fazer julgamentos em casos concretos.

Nessa perspectiva conforme destaca Venosa (2013):

A função social do contrato avalia-se, portanto, na concretude do direito, como apontamos. Todo esse quadro deve merecer deslinde que não coloque em risco a segurança jurídica, um dos pontos fulcrais mais delicados das denominadas cláusulas abertas. Esse será o grande desafio do aplicador do Direito deste século (VENOSA, 2013, p.398).

De acordo com Miranda (2008) a validade do contrato exige acordo de vontades, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defendida em lei. Incidem sobre os contratos três princípios básicos:

- a) Autonomia da vontade: significa a liberdade das partes de contratar, de escolher o tipo e o objeto do contrato e de dispor o conteúdo contratual de acordo com os interesses a serem autorregulados;
- b) Supremacia da ordem pública: significa que a autonomia da vontade é relativa, sujeita à lei e aos princípios da moral e da ordem pública;
- c) Obrigatoriedade do contrato: significa que o contrato faz lei entre as partes (MIRANDA, 2008, p.2-3).

Na concepção de Miranda (2008, p.3), “a função social do contrato trata-se do princípio básico que deve reger todo o ordenamento normativo no que diz respeito à matéria contratual”.

Ainda, em relação aos princípios de direito contratual, ressalta-se o da função social. Segundo este princípio, os contratos devem ser regidos pelo seu escopo existencial, sempre em observância dos valores essenciais que buscam cumprir, encontrando, assim, a sua razão de ser, ou seja, a sua função social. Neste sentido, “a função social busca, além da continuidade da relação contratual, a proteção da parte vulnerável, repelindo, por conseguinte, os eventuais abusos ao direito que possam surgir” (HELLER; VIEIRA, 2013, p.448).

2.2 Conceitos gerais contratuais de importância à teoria do adimplemento substancial

De acordo com Miranda (2008, p.4), os contratos se classificam em função de sua formação, das obrigações que originam, das vantagens que podem trazer para as partes, da realidade da contraprestação, dos requisitos exigidos para a sua

formação, do papel que tomam na relação jurídica, do modo de execução, do interesse que tem a pessoa com quem se contrata, e da sua regulamentação legal ou não.

2.2.1 Contratos bilaterais com obrigações continuadas

O contrato tem sua origem no Direito Romano clássico, permitindo assim que seja entendido como uma situação objetiva representada pela relação de duas pessoas surgida através de um ato lícito e reconhecido pelo Direito. “Os romanos foram os precursores da classificação contratual, obedecendo à formalidade e à tipicidade previstas” (PEREIRA, 2005, p.227).

A classificação dos contratos em unilaterais, bilaterais e plurilaterais é considerada a mais importante, pois mais rica em consequências jurídicas. Desse modo, compreende-se que o contrato unilateral “é aquele cujas prestações ficam a cargo de apenas uma das partes. No momento da formação do contrato, será gerada obrigação para apenas uma das partes contratantes (PEREIRA, 2005, p.229).

Já o contrato bilateral é aquele que “cria obrigações recíprocas a cargo de ambas as partes, como ocorre na compra e venda, em que existe a obrigação do vendedor de entregar a coisa e a obrigação do comprador de pagar o preço (PEREIRA, 2005, p. 230). E Os “contratos plurilaterais insere-se numa categoria que “contempla os contratos de conteúdo associativo e se caracteriza pela pluralidade de sujeitos, buscando um fim comum para todos eles” (PEREIRA, 2005, p.231).

Pode-se conceber que os contratos bilaterais são aqueles em que ambas as partes assumem obrigações. Um exemplo de um contrato bilateral está na ação de compra e venda, troca, locação (MIRANDA, 2008).

Na perspectiva, da concepção moderna contrato é negócio jurídico bilateral que gera obrigações para ambas as partes, convencionadas por “consentimento recíproco, a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, verificando, assim, a constituição, modificação ou extinção do vínculo patrimonial” (MIRANDA, 2008, p.2).

2.2.2 Exceção do contrato não cumprido

Faz-se relevante compreender que “a exceção do contrato não cumprido é aquela onde nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, poderá exigir o implemento do outro” (MIRANDA, 2008, p.10).

Desse modo, Pereira (2005, p. 232) ensina que os contratos bilaterais se aplicam também as regras da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus* e *exceptio non rite adimpleti contractus*), dos Arts. 476 e 477 do Código Civil de 2002 que têm por fundamento a dependência recíproca das obrigações geradas pelos contratos.

Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la (BRASIL, 2002).

Dessa maneira, “um contratante não pode exigir o cumprimento da obrigação contraída pelo outro, sem antes ter cumprido a sua, se as partes não dispuserem a qual contratante cabe a prestação inicial (Art. 476 CC)” (PEREIRA, 2005, p. 232).

A exceção do contrato não cumprido pode ser renunciada por uma ou ambas as partes, e não poderá ser arguida. Mas, esses casos são cuidadosamente analisados pelo julgador, posto que pode haver situações de abuso e má-fé, além da proteção oferecida pelo Código de Defesa do Consumidor. Deve ser, portanto, evitada a renúncia (PEREIRA, 2005, p.232).

Em suma, observa-se que exceção de contrato não cumprido representa uma forma de estabelecer defesa de boa-fé por meio da justiça privada que fará com que um contratante pague o valor devido antes de vir a reclamar a execução do que lhe é devido pelo outro contratante.

3 APLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

O adimplemento substancial diz respeito ao cumprimento em quase sua totalidade da obrigação e que por alguma razão não foi cumprida. A essência da teoria do adimplemento substancial é impedir o credor de requerer a resolução do contrato caso haja cumprimento significativo de seu conteúdo fundamental. Na prática, uma de suas consequências é afastar a possibilidade de busca e apreensão da coisa na alienação fiduciária em garantia de bens imóveis.

3.1 Requisitos de aplicabilidade

A teoria do adimplemento substancial se aplica quando a extinção do contrato ocasionar em termos práticos dano maior do que a permanência da sua execução. A aplicação da doutrina do adimplemento substancial é uma exceção à regra geral de que o pagamento deve se dar por completo atendendo assim ao princípio da integralidade.

Vale retomar que o termo inadimplemento é empregado com o propósito de nomear a falta de cumprimento. Assim, “o inadimplemento é a não realização da obrigação, conforme prevista, independente do motivo ou causa, seja total ou parcial. Uma vez que se constituem deveres laterais decorrentes do princípio da boa-fé objetiva” (MARTINS, 2011, p. 22).

Conforme salienta o autor supracitado, “o não cumprimento de disposições legais cogentes, supletivas ou laterais decorrentes do princípio da boa-fé também caracteriza o inadimplemento, ainda que a obrigação principal tenha sido cumprida” (MARTINS, 2011, p.24)

Nesse sentido, no adimplemento substancial do contrato a manutenção do acordo se mostra muito mais benéfica para as partes do que a sua extinção se levar em consideração o tempo e os recursos que são gastos no cumprimento do pacto. Cumprir contribui para a estabilidade das relações sociais acordadas. Assim, a aplicação da teoria do adimplemento substancial se aplica na concretização do princípio da função social dos contratos (CLARINDO, 2011).

Segundo Didier Junior (2009, p.58) “uma aplicação da vedação ao abuso do direito é a chamada teoria do adimplemento substancial”. Do mesmo modo, o autor citado afirma que:

No direito privado brasileiro, a teoria do adimplemento substancial vem sendo adotada a partir da aplicação da cláusula geral do abuso do direito (art. 187 do Código Civil) e da cláusula geral da boa-fé contratual (art. 422 do Código Civil). O princípio da boa-fé vige também no direito processual. Uma de suas consequências é, também, a vedação ao abuso do direito no âmbito processual (DIEDIER JUNIOR, 2009, p.59).

Contudo, para que seja aplicada a teoria do adimplemento substancial, se faz necessário o cumprimento significativo da prestação obrigacional. Nessa premissa, observa-se que quando se trata de argumentos para se utilizar essa teoria, os aplicadores têm e valido dos princípios da função social e da boa-fé objetiva por se constituírem balizadores das relações contratuais (HELLER; VIEIRA, 2009).

A aplicação da doutrina do adimplemento substancial pressupõe, a compreensão da relação obrigacional como um compromisso de cooperação entre as partes, ou seja, a obrigação de cumprir o acordado (ALVES, 2005).

A aplicação da doutrina do adimplemento substancial encontra-se implícita na ordem jurídica brasileira com base nas decorrentes da Constituição Federal e do Código Civil vigente cabendo a utilização da força da argumentação jurídica, como uma ferramenta na busca pela justiça uma vez que o adimplemento substancial não pode ser usado para descumprimento contratual, pois estaria desprestigiando a ordem jurídica estabelecida. Em essência, o adimplemento substancial se aplica na valorização e preservação da justiça e do equilíbrio da relação contratual.

Conforme pontuam Heller e Vieira (2009), há como aplicar a teoria do adimplemento substancial no ordenamento jurídico brasileiro segundo os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

3.2 Aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial e o Código de Defesa do Consumidor

A teoria do adimplemento substancial surgiu como alternativa a resolução contratual, pois busca a conservação do negócio jurídico em detrimento a sua

ruptura. Apesar de não possuir suporte legal, esta teoria tem ganhado aplicabilidade no ordenamento jurídico, através da doutrina e de jurisprudências.

Quanto ao Código de Defesa do Consumidor é válido salientar que surge da “(...) necessidade de se corrigir os desequilíbrios existentes na sociedade de produção e consumo massificados” (AZEVEDO, 2009, p.35).

O autor supracitado afirma que a criação do Código de Defesa do Consumidor decorreu da “obediência do Poder Legislativo à vontade do Poder Constituinte” (AZEVEDO, 2009, p.47).

O Código de Defesa do Consumidor repousa no direito do consumidor com base no aspecto prático. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor, pode ser entendido como um microssistema de normas que rege em conjunto e harmonia ao Código Civil de 2002 e outras normas, é uma lei que vem dar forma a função social de uma relação de consumo (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012).

Nessa perspectiva, a teoria do adimplemento substancial possibilita a concretização do princípio da função social dos contratos, na medida em que permite a sua conservação. Se o inadimplemento não é significativo, nem a finalidade da avença desapareceu na prática, a medida mais benéfica vai de encontro à antiga regra que dizia: se não for cumprido, será extinto (CLARINDO, 2011).

Compreende-se que a doutrina do adimplemento substancial e as relações de consumo se encontram a partir da premissa da boa-fé também prevista no Código de Defesa do Consumidor no artigo 4º, inciso III conforme explanação a seguir:

Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] III. Harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre os consumidores e fornecedores (BRASIL, 1990).

Também encontra-se a relação entre a doutrina do adimplemento substancial e as relações de consumo no artigo 51 inciso IV.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV. Estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (BRASIL, 1990).

No entanto, a boa-fé que surge no Código de Defesa do Consumidor deve ser vista como uma ferramenta capaz de viabilizar a harmonização do contrato de modo a rejeitar cláusulas abusivas desde a fase inicial da negociação até a execução do mesmo.

3.3 Teoria do adimplemento substancial na alienação fiduciária

São muitos os negócios jurídicos cuja garantia repousa na propriedade fiduciária. Quando se trata de vantagens ao credor, a alienação fiduciária em garantia é muito mais elevada se comparada as reais garantias (OLIVEIRA, 2013).

Importante entender que a alienação fiduciária diz respeito ao negócio jurídico que serve de título para a criação de um direito real de garantia: a propriedade fiduciária (TEPEDINO; MORAES; BARBOZA, 2011).

Compreende-se que a alienação fiduciária em garantia ou propriedade fiduciária é o direito real de garantia pelo qual o devedor aliena ao credor, para fins de garantia, a propriedade de um bem em caráter resolúvel e a posse indireta, permanecendo o devedor com a posse direta, tornando-se proprietário pleno com a quitação integral da obrigação à qual adere (MELO, 2004).

Segundo o Código Civil de 2002 em seu artigo 1361 parágrafo 1º:

Art. 1361, § 1º. Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro (BRASIL, 2002).

Nessa premissa, o art. 1362 traz que o contrato, que serve de título à propriedade fiduciária, conterá: “I – o total da dívida, ou sua estimativa; II – o prazo, ou a época do pagamento; III – a taxa de juros, se houver; IV – a descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação”.

Uma aplicação da vedação ao abuso do direito é a chamada teoria do adimplemento substancial, desse modo, o adimplemento substancial do contrato se encontram nos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

O adimplemento é o cumprimento de uma obrigação em um negócio obrigacional. Sua realização é, em geral voluntária, com a finalidade de alcançar o benefício arguido através da execução, cumprimento ou pagamento (MARTINS, 2011, p. 21).

É bom lembrar que o adimplemento substancial visa o alcance do equilíbrio contratual, o que significa que o mesmo busca a equidade entre as partes envolvidas sem deixar a apreciação valorativa de lado (NOGUEIRA, 2013).

4 LIMITES DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

O adimplemento refere-se ao cumprimento do que foi combinado e vai ao encontro dos interesses dos envolvidos na relação contratual. O que fica acordado vale tanto nos aspectos que dizem respeito ao credor que conta com o direito de receber, quanto a outra parte que tem o dever de cumprir com a obrigação exposta nas cláusulas dos termos do contrato.

Nessa direção, destaca-se ai, a teoria do adimplemento substancial, que no direito brasileiro, mesmo não dispondo de regulamentação expressa tem sido aplicada com base nos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato, do equilíbrio contratual, entre outros fundamentos.

4.1 Caracterização do abuso de poder

O adimplemento substancial busca assegurar a boa-fé objetiva, a função social do contrato com equilíbrio e justiça no cumprimento do contrato a fim de evitar que ocorra a resolução do mesmo em razão de inadimplemento insignificante causando prejuízos desmedidos a parte devedora da relação contratual.

Uma vez que o artigo 475 do Código Civil brasileiro de 2002 institui que “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir

exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

Do mesmo modo, adimplemento substancial se fundamenta nos princípios da função social dos contratos que encontra-se de modo claro, no Art.421 quando assevera que a liberdade de estabelecer uma relação contratual deve ser exercida nas premissas da função social do contrato (BRASIL, 2002).

É importante salientar que a teoria do adimplemento substancial se fundamenta nos princípios da boa-fé objetiva explícita no art. 422 quando dispõe que cabem aos contratantes a obrigação de manter na relação contratual os princípios da probidade no negócio e da boa-fé (BRASIL, 2002).

Outro ponto a ser observado é o abuso de poder que vem a ser impedido pelo art. 187, pois este traz que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002).

Ainda há o impedimento do enriquecimento sem causa que consta no Art. 884 do Código Civil Brasileiro de 2002.

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Dessa forma, observa-se que em uma modalidade em que ocorre o inadimplemento, ou seja, o devedor da relação contratual deixa de cumprir parte ínfima da obrigação, quando já adimplida parcela considerável do contrato, que pela insignificância do incumprimento a resolução contratual pode vir a tornar-se uma medida extrema com severidade desproporcional.

Importante destacar o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves sobre as obrigações de trato sucessivo:

É a que se prolonga no tempo, sem solução de continuidade ou mediante prestações periódicas ou reiteradas. No último caso, tem-se uma obrigação de trato sucessivo, que é aquela cuja prestação se renova em prestações singulares sucessivas, em períodos consecutivos, como sucede na compra e venda a prazo, no

pagamento mensal do aluguel pelo locatário, do consumidor de água ou de energia elétrica etc. São exemplos da primeira modalidade (obrigações cujo cumprimento se prolonga no tempo sem solução de continuidade) a do fornecedor de energia, a do locador de garantir ao locatário o uso da coisa, a do representante judicial e, de um modo geral, as prestações de fato negativas (GONÇALVES, 2012, p. 103-104).

De outro modo foi abordado também a teoria de encontro aos direitos do credor do negócio jurídico contratual, como o direito de resolução contratual com base na exceção do contrato não cumprido.

Maria Helena Diniz (2007) assim explica que essa exceção consiste na:

exceptio non adimpleti contractus é uma defesa oponível pelo contratante demandado contra o co-contratante inadimplente, em que o demandado se recusa a cumprir a sua obrigação, sob a alegação de não ter, aquele que a reclama, cumprido o seu dever, dado que cada contratante está sujeito ao estrito adimplemento do contrato. Dessa forma, se um deles não o cumprir, o outro tem direito de opor-lhe em defesa dessa exceção, desde que a lei ou o próprio contrato não determine a quem competirá a obrigação em primeiro lugar (DINIZ, 2007, p. 118 - 119).

A intervenção do instituto no ordenamento jurídico brasileiro busca e evitar que ocorram injustiças diante do inadimplemento de parcela insignificante do contrato, que segundo os preceitos do art. 475 do Código Civil de 2002 o devedor ficaria sujeito ao ato de o credor requerer forçosamente o cumprimento da obrigação, assim como a resolução da relação jurídica (BRASIL, 2002).

No entanto, quando há a não realização da obrigação assumida, ocorre-se o inadimplemento, ou seja, o não cumprimento do acordo estabelecido no contrato possibilitando ao credor, nos termos do artigo 475 do Código Civil, buscar a extinção do contrato de modo unilateral ou mesmo o seu cumprimento com base em termos e ações judiciais.

No entanto, mesmo diante do fato de que o art. 475 do Código Civil institua regra coercitiva como modo de forçar o cumprimento das relações contratuais, não traz como prescrição a exceção, sendo aplicável tanto frente ao inadimplemento de montante suficientemente capaz de comprometer a relação contratual, quanto nos casos em que o inadimplemento atinge parcela pequena permitindo que a resolução venha provocar grandes prejuízos a parte devedora da relação contratual (GONÇALVES, 2012).

Sabe-se que a garantia fiduciária implica na transferência da propriedade dada em garantia do devedor para o credor a fim de resolver o não cumprimento de alguma ação do acordo contratual mesmo que na ação de excussão, o valor do bem cedido em garantia seja inferior ao valor real do bem material (DINIZ, 2007).

Desse modo, a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial se mostra de suma importância em face da omissão de limites ao direito resolutivo do credor frente ao devedor, conforme pode ser verificado no art. 475 do Código Civil brasileiro de 2002 já citado neste estudo anteriormente.

A análise das prerrogativas do artigo 475 demonstra a possibilidade de interpretação em que mesmo que o devedor tenha adimplido parcela substancial estabelecida no contrato, ainda assim, ficaria sujeito a extrema penalidade como a resolução contratual. Sendo esta medida justificada somente se houver incumprimento total da obrigação. Para evitar e administrar casos dessa natureza, a teoria do adimplemento substancial fundamentando-se nos princípios que norteiam a boa-fé objetiva e da função social do contrato, visa estabelecer equilíbrio e a harmonização dos interesses das partes da relação contratual (DINIZ, 2007).

Além do mais, ao buscar a essência da função social de um contrato, tem-se o propósito da continuidade da relação, assim como a proteção de vulnerabilidade de alguma parte e impedir que ocorra abusos de direito que venham surgir (HELLER; VIEIRA, 2013).

4.2 Ato ilícito do credor

O abuso de direito pode configurar em ato ilícito do credor que pode tomar medida extrema mesmo quando o inadimplemento não esteja prejudicando a função social e econômica do contrato. Nesse prisma, Sergio Cavalieri Filho (2008), define que o ato ilícito:

em sentido estrito é o conjunto de pressupostos da responsabilidade ou, se preferirmos, da obrigação de indenizar. Na verdade responsabilidade civil é um fenômeno complexo, oriundo de requisitos intimamente unidos, surge e se caracteriza uma vez que seus elementos se integram (CAVALIERI FILHO, 2008, p.10)

Esta teoria da qual o trabalho versa teve sua origem com base nos princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato. A doutrina e o Judiciário por meio de jurisprudências, tem admitido em alguns casos, que caso o devedor tenha cumprido com a maior parte do que ficou acordado no contrato seria injusto a resolução do mesmo em razão do inadimplemento de parcelas que ainda restariam. Um exemplo pode ser observado em um posicionamento do tribunal de Justiça sobre o assunto.

(TJMG, Apelação Cível nº.10024101258671001, 2014) decidiu: “Quando há comprovação do pagamento da maioria da dívida, não cabe resolução contratual, sob pena de ferir os princípios da função social dos contratos e boa-fé dos contratantes. A boa-fé objetiva, face ao pequeno valor do débito remanescente, obstaculariza o exercício do direito resolutorio do contrato, diante do sacrifício excessivo do devedor, que já pagou a maior parte do bem adquirido à moradia dele. A impossibilidade da rescisão não obsta a obtenção do restante do valor devido, em ação própria.

Por se tratar de uma forma contratual muito presente nos dias atuais, muitos são os contratos de execução continuada em que a obrigação do devedor está dividida em prestações, como por exemplo, o financiamento de um imóvel em diversas parcelas mensais.

Como se faz cotidianamente, o devedor cumpre com todas parcelas pontualmente e com quase toda totalidade das prestações, porém, por motivos alheios a sua vontade ou não, deixa de cumprir/adimplir com as pouquíssimas parcelas que lhe faltam.

Baseando-se em cláusulas expressas no contrato e outras tácitas do mesmo, a instituição financeira extingue automaticamente o contrato pela sua inadimplência e aciona o judiciário pleiteando uma reintegração de posse do bem objeto da lide.

A maior questão a ser discutida está em identificar quando realmente o contrato pode ser considerado pelo judiciário como cumprido substancialmente de modo a evitar sua resolução como exemplificado em jurisprudência supra mencionada neste trabalho.

No entanto, há um propósito econômico no cerne de um contrato que é alicerçado nos princípios da boa-fé objetivo e na função social do mesmo. Assim, assevera o Artigo 421 do Código Civil de 2002 quando alega que “a liberdade de

contratar será exercida em razão dos limites da função social do contrato” (BRASIL, 2002).

Também é necessário considerar, segundo Venosa (2013) a boa-fé objetiva, pois esta traz estampado o dever de uma conduta correta entre as partes envolvidas na relação contratual.

De acordo com Tartuce (2011, p. 251) “Em hipóteses em que o contrato tiver sido quase todo cumprido, não caberá a sua extinção, mas apenas outros efeitos jurídicos, visando sempre a manutenção da avença”.

Conforme preceitua Venosa (2013), o acordo firmado entre as partes transforma em lei na celebração de um contrato. Ocorre por vezes, situações conflitantes, no entanto, é regra geral que não haja efeitos que prejudiquem envolvidos e principalmente terceiros.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo foi norteado por questões que indagaram sobre haver quantidades de parcelas pagas pelo devedor que caracterizam Adimplemento Substancial. Ou se existe uma quantidade certa de obrigações cumpridas para o parâmetro quando as obrigações são distintas. E se o devedor que sempre efetuou os pagamentos com atraso, aplica-se a teoria.

Para encontrar as respostas traçou como objetivo realizar uma investigação sobre o conflito de normas contratuais no ordenamento jurídico contratual brasileiro que são relacionadas aos contratos bilaterais condizentes com a aplicação da teoria do adimplemento substancial e delimitar sua margem de aplicabilidade.

Por meio de uma abordagem cujo método foi o dedutivo com base em livros, artigos científicos, jurisprudências e legislações tornou-se possível compreender que em face do crescimento das relações norteadas por contratados as pessoas de um modo geral passam a celebrar contratos dos mais diversos gêneros.

Com o aumento da prática do estabelecimento de relações contratuais surgem também o inadimplemento de algumas obrigações acordadas. No entanto, a premissa jurídica se firma pelo fato de que o inadimplemento na relação contratual não deve justificar a extinção do contrato especialmente nos casos em que tenha ocorrido adimplemento substancial da avença; ou que parcela inadimplida tiver como ser honrada de modo alternativo sendo útil ao credor ou quando a parte devedora tiver agido com boa-fé propondo alternativas de quitação.

Todavia, a teoria do adimplemento substancial quando pensada como um instrumento que pode gerar impedimento para o exercício do direito subjetivo à resolução do contrato não se encontra expressa no direito brasileiro, embora sua aplicação tem ocorrido com base nos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, sendo tais princípios alicerçados nos artigos 421, 422 e 475 do Código Civil brasileiro de 2002.

Dessa maneira, a fim conferir maior segurança ao credor o artigo 475 do Código Civil de 2002 abre possibilidade para que o descumprimento da obrigada seja resolvido de modo unilateral.

Contudo, é necessário lembrar que o contrato surge de uma relação de obrigação contraída entre duas partes de comum acordo de vontades. E sendo assim, exige postura ética e bom senso no seu cumprimento.

O adimplemento substancial é aplicável para valorizar e assegurar a justiça que age para estabelecer o equilíbrio do acordado na relação contratual. Para isso, o ordenamento jurídico brasileiro pode se valer dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato sendo um instrumento de busca de interesses negociais das partes envolvidas.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide 2003.

ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de. História e evolução do Direito do Consumidor. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2645, 28set. 2010. Disponível em: <https://goo.gl/KRMuwg>. Acesso em: 8 março, 2016.

ALVES, Jones Figueiredo. **A Teoria do Adimplemento Substancial (“substancial performance”) do negócio jurídico como elemento impediante ao direito de resolução do contrato. Novo Código Civil: questões controvertidas. Série grandes temas de Direito Privado – vol. 4. São Paulo: Método, 2005.**

AZEVEDO, Fernando Costa de. Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, a. 2009, n. 69, p. 35.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor, 4ª ed. rev. atual. Amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 54-55.

BORSOI, Marta. A Alienação Fiduciária em Garantia no Direito Brasileiro. **Revista Jurídica**. v. 3, n. 32, p.40-62, 2013. Disponível em: <http://goo.gl/QsUHes>. Acesso em: 10, fev. 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2001.

_____. Resp. nº1.051.270/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 04/08/11 – informativo STJ 480, Brasília.

_____. **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://goo.gl/ndvX2T>. Acesso em: 22 de março, 2016.

BRASIL. TJ-MG - Apelação Cível AC 10024101258671001 MG (TJ-MG). Disponível em: <http://goo.gl/PX5Bxa>. Acesso em: 10, jan. 2016.

BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. Ed.2012.

CAVALCANTI, Marisa Pinheiro. **O adimplemento substancial como causa impeditiva da resolução contratual**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 17 nov. 2012. Disponível em: <http://goo.gl/55tU8k>. Acesso em: 17, abril, 2016.

CLARINDO, Aniérgela Sampaio. Princípios da teoria do adimplemento substancial. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://goo.gl/ahgD3J>. Acesso em fev. 2016.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil: obrigações: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Manual de direito comercial, Direito de empresa**. 27. Ed. São Paulo: Saraiva 2015.

DIDIER JR, F. Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume IV, Ano 3, Jul./Dez. 2009. p. 58-61.

DINIZ, MARIA Helena. **Código Civil Anotado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Contratos e atos unilaterais**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva 2012.

HELLER, Helena Sabetzki; VIEIRA Patrícia Elias. A Teoria do Adimplemento Substancial: Aplicabilidade no Direito Brasileiro. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 443-462, 4º Trimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ricc. Acesso em: 08, fev. 2016.

LIMA, Aliciene Bueno Antochaves de. A teoria do adimplemento substancial e o princípio da boa fé objetiva. **Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM**. Julho de 2007 – Vol. 2, N.2, p 75-84.

MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. **Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de, **Novo Código Civil Anotado**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

MIRANDA, Bernadete Maria. **Teoria Geral dos Contratos**. Revista Virtual Direito Brasil – Volume 2 – nº 2 – 2008.

NOGUEIRA, Luciana Monteiro. Teoria do inadimplemento contratual na alienação fiduciária. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3492, 22 jan. 2013. Disponível em: <https://goo.gl/i1CNKA>. Acesso em: 8 março, 2016.

OLIVEIRA, C. E. E. Alienação Fiduciária em Garantia: reflexões sobre a (in)suficiência do cenário normativo e jurisprudencial atual. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, ago/2013 (Texto para Discussão nº 132). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 22, março, 2016.

PEREIRA, Luciana Mendes. Algumas classificações contemporâneas dos contratos. **Revista Jurídica** da UniFil - Ano II, No. 02 – 2005. p.225-243.

RODRIGUES, Edigleuson Costa. **A função social do contrato como concretização de direitos fundamentais nas relações privadas**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2013. 124p.

ROSENVALD, Nelson. **Código Civil comentado**. 5. ed. Barueri/SP: Manole, 2011.

SANTOS, Maria Lígia Rizzatto dos. Adimplemento substancial: a preservação do contrato. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3577, 17 abr. 2013. Disponível em: <https://goo.gl/Lq3HPI>. Acesso em: 08, fev. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos Em Espécie**. 3. Ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de.; BARBOZA, Heloísa Helena. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 4.ed – São Paulo: Atlas, 2004. (Coleção direito civil; v.2)

_____, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CRIMES DE PERIGO ABSTRATO E OS PRINCÍPIOS BASILARES DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

Michele Dixon Moreira Alves

RESUMO

O trabalho é resultado de pesquisas bibliográficas sobre os Crimes de Perigo Abstrato, apresentando o contexto em que surgiram, sociedade de riscos, e as inúmeras consequências no controle de segurança e organização social. A partir dos novos riscos produzidos coube analisar a expansão do Direito Penal e compreender a necessidade de proteção dos bens jurídicos coletivos e individuais. Ressaltou o Direito Penal como contenção dos riscos sociais, observando os limites impostos pelo legislador e respeitando o texto constitucional. Neste contexto, o presente estudo expõe a necessidade da antecipação de tutela, na medida em que há punição antes mesmo da efetiva lesão ao bem jurídico, afim de evitar danos que se tornam de difícil reparação diante a típica sociedade de riscos. Apresenta espécies dos Crimes de Perigo Abstrato e a importância da utilização dos Delitos de Acumulação para proteção do meio ambiente. Sobretudo, o trabalho aprecia a legitimidade dos Crimes de Perigo Abstrato, resvalando ainda em princípios penais constitucionais.

Palavras chave: sociedade de risco; expansão do direito penal; crimes de perigo abstrato.

RESUMEN

El trabajo es resultado de una investigación bibliográfica sobre los Crímenes de Peligro Abstracto, presentando el contexto en que surgieron, sociedad de riesgos, y las numerosas consecuencias en el control de seguridad y organización social. Desde los nuevos riesgos producidos se pudo realizar análisis de la expansión del Derecho Penal y comprender la necesidad de protección de los bienes jurídicos colectivos e individuales. Se resaltó el Derecho Penal como contención de los riesgos sociales, observando los límites impuestos por el legislador y respetándose el texto constitucional. En este contexto, el presente estudio expone la necesidad de anticipación de la tutela, puesto que hay punición antes mismo del efectivo detrimento del bien jurídico, para que se eviten daños que dificultan la reparación frente a la típica sociedad de riesgos. Presenta especies de Crímenes de Peligro Abstracto y la importancia de la utilización de los Delitos de Acumulación para protección del medio ambiente. Sobre todo, el trabajo aprecia la legitimidad de los Crímenes de Peligro Abstracto, resbalándose todavía en principios penales constitucionales.

Palabras clave: sociedad de riesgo; expansión del derecho penal; crímenes de peligro abstracto

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	SOCIEDADE DE RISCOS	7
2.1	Política de Expansionismo	7
2.2	Intervenção do Estado na Sociedade de Riscos.....	9
2.3	Proteção dos Bens Jurídicos	12
3	CRIMES DE PERIGO ABSTRATO	14
3.1	Teoria do Motivo do Legislador e Teoria da Presunção de Perigo	14
3.2	Bens Jurídicos Individuais x Bens Jurídicos Coletivos.....	16
3.3	Delitos de Acumulação	17
4	DA LEGITIMIDADE	19
4.1	Princípio da Lesividade ou Ofensividade.....	20
4.2	Princípio da Proporcionalidade	21
4.3	Princípio da Intervenção Penal Mínima	22
4.4	Princípio da Precaução	24
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	26
	REFERÊNCIAS	28

1 INTRODUÇÃO

O momento de complexidade e incertezas que vivemos e o elevado nível de riscos na sociedade, remete à tese de Ulrich Beck, que expõe os perigos da sociedade de risco.

Com a percepção das mudanças sociais e visando segurança à população, o Direito Penal intervém na liberdade dos seres humanos, entretanto, observando as limitações impostas pelo legislador.

O primeiro capítulo abordará o contexto em que surgiram os crimes de perigo abstrato, analisando a sociedade de riscos, a intervenção do Estado para contenção de perigos e melhorias sociais e, ainda, atenta-se à expansão do Direito Penal.

A necessidade de incriminação de novos bens jurídicos torna-se frequente. A natureza já não é mais considerada principal responsável pelos danos ou tragédias causados aos seres humanos, mas sim o próprio risco produzido por estes, levando em consideração o desenvolvimento tecnológico.

No segundo capítulo, o presente trabalho busca estudar o surgimento dos crimes de perigo abstrato, fazendo análise das inovações deste delito na sociedade contemporânea. Busca fundamentar a inserção do mesmo pela política de expansionismo e a compreender a necessidade atual da utilização dos crimes de perigo abstrato na proteção de bens jurídicos coletivos e individuais.

Será ressaltada a importância da tutela ao meio ambiente por meio dos delitos de acumulação, espécie dos crimes de perigo abstrato. Cabe enfatizar a relevância do tema, visto a insegurança e incerteza vivida pela sociedade.

Os princípios penais constitucionais serão elencados e explanados, a compreensão destes é primordial para afrontar as críticas de antecipação da tutela penal, mediante o uso dos delitos de perigo abstrato. Para tanto, serão expostas as teorias de renomados doutrinadores penalistas, analisando minuciosamente cada peculiaridade, a fim de colaborar com entendimento da proteção ao bem jurídico de forma presumida.

No último capítulo, tem-se o debate de que a nova realidade exigiu mudanças no Direito Penal, e os crimes de perigo abstrato são reflexos disto. O estudo da legitimidade destes delitos é tema central do trabalho, que busca compatibilizar a antecipação da tutela com a proteção e bem-estar social em um Estado Democrático de Direito.

2 SOCIEDADE DE RISCOS

Ao analisar a sociedade contemporânea, diga-se ao estudar as relações sociais do Século XXI, à luz do Direito Penal, tem-se que cada vez mais estamos diante de uma sociedade de riscos.

Este cenário é consequência de um processo de transição da sociedade industrial para pós-industrial. Nesse contexto histórico, percebe-se que houve o aumento do risco na sociedade, onde qualquer ação poderá ensejar em perigo de dano.

Os novos riscos são diferentes dos riscos comuns, aqueles geram reflexo no meio ambiente, no comércio, na agricultura, na informática, ou seja, nos processos aprimorados que surgiram com a globalização.

A sensação da falta de segurança e a busca por qualidade de vida levaram a reflexões decisivas no sistema penal.

A sociedade de riscos surge em um primeiro momento quando a superioridade do modelo de industrialização, diante à globalização, que de forma natural exigiu uma expansão do Direito Penal.

Na modernidade avançada, a produção de riqueza acompanha a produção de riscos.

Em vista das transformações sociais ocorridas na sociedade contemporânea necessitou-se a criação de mais normas penais incriminadoras, proporcionando segurança, ou insegurança (como alguns doutrinadores afirmam) jurídica. Essa mudança refere-se à expansão social.

Ressalta-se que a referida transposição não surge da necessidade de se opor ao modelo industrial, e sim pelo crescimento gerado pelo mesmo, é então consequência da modernização, a qual fez surgir riscos e ameaças. "De maneira cumulativa e latente, os fenômenos da sociedade de risco produzem ameaças que questionam e, finalmente, destroem as bases da sociedade industrial." (MACHADO, 2005, p.30)

Neste contexto cabe ao direito penal exercer a função de proteger bens jurídicos, adaptando-se às realidades sociais, deste modo cabe analisar a política de expansionismo.

2.1 Política de Expansionismo

Ulrich Beck, sociólogo alemão, difundiu suas teses pelo mundo, constituindo-se importante referência para o Direito Penal.

Na teoria de Beck, o capitalismo industrial gerou novos riscos, de tal forma que originou a sociedade de riscos, a qual vivenciamos. Na busca da construção do conceito de sociedade de riscos, realizou a diferenciação da modernização, referindo ao período transitório de modernização tradicional e modernização reflexiva.

A modernização tradicional expõe um momento de desenvolvimento traçado pela exploração direta de recursos naturais, que permitiu um desenvolvimento pautado em elementos dotados de alguma controlabilidade.

No primeiro momento temos que a industrialização foi fator determinante para reestruturação das formas sociais tradicionais pelas formas sociais industriais, marcado pelo iluminismo, que enxerga no desenvolvimento científico-tecnológico um caminho para solução de todas as mazelas da convivência humana.

Em segundo momento, há uma radicalização dos fundamentos da primeira modernidade, na medida que se percebe o confronto de controlabilidade e segurança jurídica, aspectos da modernização. Assim, foi denominada modernização reflexiva (BECK, 2010, p.13;24).

Na modernização reflexiva há controle sobre os mecanismos tecnológicos e a própria racionalidade do desenvolvimento são conceitos que passam a ter a necessidade de se adaptar aos contornos dessa nova forma de ordenação social (BECK, 2010, p.24;27).

A diferença dos riscos antes existentes, para os que surgem durante e após a transição, dando origem à modernização reflexiva, como traz o sociólogo alemão, é que no passado esses riscos eram pessoais e depois tornaram-se riscos globais.

O conceito de modernização implantado por Ulrich Beck ganha adesão de Scott Lash e Anthony Giddens, que sustentam que os mundos de certezas vivenciadas pelos homens com o desenvolvimento industrial tradicional se dissipam e os novos tempos conferem novos desafios (GIDDENS; BECK; LASH, *apud* BOZOLA, 2015, p.13).

Neste diapasão, a modernização reflexiva coloca em debate a política de gerenciamento dos riscos gerados. A ruptura histórica das relações sociais agora apresenta traços típicos de relações de riscos.

A exploração e manejo de novas tecnologias surgiram mediante atividades e decisões humanas, as quais tratamos riscos da modernidade reflexiva. Segundo Beck, (p.43) os riscos dessa natureza são chamados de efeito bumerangue, isto é “os riscos da modernização afetam também, mais cedo ou mais tarde, aqueles que os produziram ou que deles se beneficiaram”. Por consequência, há uma tendência de enfrentar essas dificuldades sociais na medida em que

todos sofrem com o surgimento de riscos, buscando a socialização, ou democratização dos danos e dos riscos.

Marta Rodrigues de Assis Machado conclui que a modernização reflexiva dilui os contornos da sociedade industrial clássica, a partir da premissa da radicalização do processo de modernização, que se deu com integração econômica mundializante e o desenvolvimento do saber tecnológico científico sem precedentes na história (MACHADO, 2005, p.19-20).

Para Cláudio Prado Amaral, a modernidade reflexiva, de certa forma, conflita com a dialética do iluminismo, pois desenvolve uma dinâmica autônoma, auto libertando-se do racionalismo científico cartesiano, imposto por aquele período (AMARAL, 2007, p.78).

Percebe-se que a sociedade antes caracterizada pelo modelo de desenvolvimento pautado na exploração de recursos naturais, transitou para um modelo que implode a ideia de controlabilidade e segurança. Com o advento do risco como elemento do desenvolvimento, as situações de perigo demandaram atenção da sociedade global.

Em suma, pela virtude do processo de globalização e seus reflexos devido à modernização reflexiva, os riscos passam a ser transportados à agenda política global.

2.2 Intervenção do Estado na Sociedade de Riscos

O modelo de industrialização permitiu à sociedade grandes evoluções. Entretanto, da mesma forma que almejamos avanços tecnológicos é necessário manter segurança e tolerância nas atividades exercidas. Assim, cabe controlar os riscos originados de decisões humanas.

Os riscos alteram conceito, lugar e meios da política. Convertem-se no motor da autopolitização da modernidade na sociedade industrial (BECK, 2010, p.275).

As formas e instrumentos de controle de condutas que causem danos ou perigo é tarefa de todos atores sociais (BOTTINI, 2010, p.51). Caberia ao Estado construir um aparato para gerir os riscos, estabelecendo patamares de segurança considerados aceitáveis socialmente, normatizando condutas e impondo sanções ao descumprimento da lei.

Lembrando que o Direito Penal não tem como escopo principal garantir o sentimento de segurança, pois como afirmava Kant, transformaria o ser humano em meio para consecução dos fins estatais. Não se pode instrumentalizar o indivíduo, como veda a dignidade humana, para eleição do império do utilitarismo elegido como um objetivo do Direito Penal (NEUMANN, 2008, p.227).

É legitimado ao legislador fazer uso do direito penal para proteção de novos bens jurídicos coletivos, e não apenas do administrativo ou civil. Segundo Tiedemann, cabe ao

direito penal a "*função de pioneirismo*" (Vorreiterfunktion): é dever do direito penal colaborar para sedimentação de novos valores na sociedade. Em segundo plano, atender o princípio da *última ratio*; diante do aumento de sanções administrativas, não se pode dizer que a pena será intervenção estatal mais gravosa (TIEDEMANN *apud* GRECO, 2011, p.5,6). Assim, não há que se falar que o legislador desrespeitou os limites constitucionais, deve ressaltar que para proteção de novos bens há uma extensa discricionariedade ou prerrogativa de função quanto a escolha do meio mais idôneo.

Ocorre que os efeitos do capitalismo não possuem limites territoriais, o que para o Estado parece ser incapaz de normatizar, conter, reduzir, controlar os frutos da modernização. Como aduz Baumann "As fronteiras do Estado Nação, o conceito de soberania e território representam verdadeiros empecilhos ao controle e normatização de atividades arriscadas" (BAUMANN, 1997, p.35).

Sobre o tema, Renato de Mello Jorge Silveira, aduz que a sociedade global contemporânea é marcada pela quebra de um estado de bem-estar social. Percebem-se inter-relações sociais nunca antes vistas, sendo que um de seus marcos característicos é a sensação social de insegurança (SILVEIRA, 2003, p.31).

De acordo com Jesús-Maria Silva Sánchez, o caso é que, em medida crescente, a segurança se converte em uma pretensão social à qual se supõe que o Estado e, em particular, o Direito Penal, devem oferecer uma resposta (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p.41).

O autor supracitado propõe um modelo duplo para o sistema penal, o Direito Penal de Duas Velocidades, em que concebe à primeira velocidade a missão de tutelar delitos mais graves, que incidem penas privativas de liberdade, e que devem estar em conformidade às regras de imputação e aos princípios processuais clássicos.

A segunda velocidade destina-se às infrações cominadas com penas pecuniárias e restritivas de direito, e por serem sanções menos graves, poderiam flexibilizar tais princípios e regras clássicas.

Verifica-se que o Direito Penal passou a ser utilizado como instrumento de gerenciamento dos riscos sociais, diante do processo de transformação social pelo qual a sociedade contemporânea vive, onde os princípios penais também ganham *status* constitucional.

Em contrapartida, existem entendimentos como de Paulo César Busato, que manifesta-se no sentido de que as instâncias de poder entregam a este ramo do Direito Penal uma tarefa que não lhe pertence: a de resgate da segurança social. Segundo o autor, o problema é social e

não jurídico, confundindo-se a necessidade de intervenção com a necessidade de intervenção penal (BUSATO, 2011, p.43-45).

No âmbito das intervenções do Direito Penal, Fábio Guedes de Paula Machado afirma que "visto que o Direito Penal afeta direitos fundamentais, somente será proporcional se tem como objetivo evitar lesões a também direitos fundamentais ou, ao menos, de interesses indispensáveis para a sociedade" (MACHADO, 2010, p.15).

Em regra, a proposta do Direito Penal é de apresentar-se de forma subsidiária, ou seja, sua intervenção somente está legitimada quando os demais ramos ou setores do direito se mostram incapazes ou ineficientes para a proteção ou controle social.

Trata-se da observância da *última ratio*, legitimando o Direito Penal intervir somente após o fracasso dos outros modos de proteção aos bens jurídicos tutelados.

No contexto histórico, a ideia de intervenção mínima consagrou-se no Iluminismo, a partir da Revolução Francesa. Época em que os pensadores condenavam as barbáries e castigos cruéis impostos aos absolutistas, ensejou a necessidade de intervenção estatal para que construísse uma legislação mais branda nas formas de punição.

Atualmente tem-se destacado, por Luigi Ferrajoli, o Garantismo, que é a base delineadora da evolução das normas penais e induz a estabilidade jurídico-social por meio do princípio da intervenção mínima com alicerce nos direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Segundo Luigi Ferrajoli na obra *Direito e Razão*: "Garantismo, pois, vem do verbo garantir". Seria, no entender de Ferrajoli, uma forma de direito que se preocupa com aspectos formais e substanciais que devem sempre existir e serem observados para que o direito seja válido. Essa união de aspectos formais e substanciais teria a função de resgatar a possibilidade de se garantir, efetivamente, aos sujeitos de direito, todos os direitos fundamentais existentes (FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal* *apud* MAIA, s/n).

Cabe ressaltar que a teoria do Direito Penal busca aprofundar seus fundamentos para acompanhar o desenvolvimento social, que tem influência direta da Sociologia. Ao aplicar o Direito Penal no contexto social, qual seja a sociedade de riscos, mantém-se o pluralismo ideológico (CAMARGO, 2002, p.27).

O meio social impôs à ciência penal contemporânea a adaptação desta a fim de não se tornar um obstáculo ao desenvolvimento social e jurídico (SCHUNEMANN *apud* BOZOLA, 2015, p.11).

2.3 Proteção dos Bens Jurídicos

Ao deparar com uma sociedade carente de proteção devido à intensidade de riscos próprios do desenvolvimento industrial, ampliado pela globalização, aumentou a procura de mecanismos de segurança, em particular visou-se o direito penal.

É necessário ressaltar alguns pontos em relação a tutela penal.

Em primeiro lugar, a expansão do direito penal acontece com o aumento da insegurança social, cabe assim reforçar os deveres jurídicos de natureza econômica ou social.

Pela expansão Penal, a consequência é a incriminação de novos comportamentos, princípio ampliador da punição. E por fim, verifica-se a antecipação de tutela do interesse protegido, tomando-se a estrutura típica do crime de perigo abstrato como referente do ilícito penal.

Analisando a forma de proteção de novos bens jurídicos incidentes pelos riscos atuais, tem-se conflitos relevantes a serem discutidos pelo Direito Penal.

A *teoria monista-pessoal* traz a ideia de que só se está perante um autêntico bem jurídico-penal na medida em que possa conceber-se como expressão de um interesse do indivíduo. É a proteção clássica do Direito Penal.

Nesse sentido, nas palavras de Jorge Figueiredo Dias:

Há, pelo contrário - sustentam - que guardar o patrimônio ideológico do Iluminismo Penal, reservando ao direito penal o seu âmbito clássico de tutela (os direitos fundamentais dos indivíduos) e os seus critérios experimentados de aplicação. Deve, pois, reforçar-se a ideia de que só se está perante um autêntico bem jurídico-penal na medida em que ele possa conceber-se como expressão de um interesse do indivíduo. É o pensamento que no essencial surge como determinante comum da chamada 'Escola de Frankfurt'. (DIAS *apud* SOUSA, 2010, p.235)

De acordo com os autores que integram a Escola de Frankfurt, os novos riscos tecnológicos não estão no alcance dos princípios fundamentais de direito penal, ou seja, compreendem que as regras e princípios penais limitam-se em termos individuais, sendo impossível a contenção de fenômenos de massa.

Ao estender esse sistema aos novos riscos, o Direito Penal "deixa" para trás suas características liberais, e passa a ser totalmente preventivo, o que para alguns significa ausência de limites garantísticos, abandonando a função básica de proteção das esferas pessoais de liberdade.

Lado outro, a *teoria dualista dos bens jurídicos* reconhece que nem toda intervenção do direito penal no âmbito dos novos riscos é ilegítima. Aqui, só há dano para um bem jurídico se afetam pessoas ou interesses pessoais, cumprindo o princípio da ofensividade. Não se trata de mera tutela de funções.

Diante do exposto, o Direito Penal moderno caracteriza-se pela tutela de bens jurídicos cada vez mais universais, a instituição de uma legislação preventiva de danos é a maior consequência disso.

Assim, tem-se como exemplo a instituição dos crimes de perigo abstrato, criada para enfrentar tal realidade vivenciada, declarando punível um comportamento sem exigir lesão real ou perigo concreto a um bem jurídico.

Pierpaolo Cruz Bottini, considerando os crimes de perigo abstrato, destaca razões para a sua proliferação, sendo o alto potencial lesivo de algumas atividades e produtos decorrentes de inovações científicas, podendo desencadear graves e irreversíveis lesões a bens jurídicos fundamentais; a proteção cada vez mais acentuada de bens jurídicos coletivos; a existência de atos perigosos por acumulação, os quais uma vez isolados, não representam ameaça para bens jurídicos, mas na sua reiteração acabam por consolidar um ambiente de riscos efetivos, não permitindo a proteção por meio dos crimes de resultado, constituem alguns exemplos (BOTTINI, 2010, p.96).

Outro aspecto importante a ser ressaltado é que com o advento da antecipação da tutela penal, alguns bens jurídicos coletivos, como podemos citar o meio ambiente, passaram a ser mais protegidos, pois são tratados com maior cautela, prevenindo danos irreparáveis ao meio ambiente.

3 CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

No intuito de esclarecer a forma de imputação dos delitos de perigo abstrato, é importante trazer sua peculiaridade em relação aos crimes de perigo concreto.

Os crimes de perigo concreto aperfeiçoam-se no tipo penal, ou seja, na própria descrição é indicado o perigo, e pressupõem a afirmação do perigo no caso concreto *a posteriori*.

Em contrapartida, nos delitos de perigo abstrato, o perigo é ínsito na conduta e por isso são percebidos *a priori*, ressalta-se que o perigo não é elemento do tipo legal, mas tão só sua motivação.

Os delitos de perigo abstrato são aqueles também chamados de crime de perigo presumido, cujo perigo integra a conduta e encontra-se presumido, segundo a doutrina majoritária, *juris et de jure* (Ângelo Silva, 2003, p.72). Nota-se, entre os delitos de perigo abstrato e os delitos de perigo concreto a ausência de resultado material de lesão ao bem jurídico.

O elemento material do injusto nos delitos de perigo abstrato é uma questão conflituosa na seara penal. Esses delitos incriminam condutas inofensivas e ainda assim coincidem com a descrição típica da conduta proibida. Portanto, há punição da mera desobediência desvirtuando a finalidade do Direito Penal na proteção de bens jurídicos, haja vista que sequer houve perigo em abstrato.

Nesse sentido, Mendonza Buergo argumenta a existência de um "justo motivo" para considerar determinadas condutas ilícitas no Direito Penal. Diante desse pensamento, inúmeras teorias foram desenvolvidas para respaldar os delitos de perigo abstrato, dentre elas a presunção de perigo e o motivo do legislador (MENDONZA BUERGO *apud* PINHEIRO e MACHADO, 2010, p. 9).

3.1 Teoria do Motivo do Legislador e Teoria da Presunção de Perigo

Visto do ponto em que o perigo não se encontra no tipo legal, se coloca a crítica aos crimes de perigo abstrato. O perigo irá se mostrar na consideração feita pelo legislador, o qual justifica mediante a lei criada, a incriminação da conduta (MATA Y MARTIN *apud* BOZOLA, 2015, p.71).

Na teoria da presunção de perigo, baseado nos conhecimentos prévios do legislador, este realiza uma presunção de perigo a algumas condutas perigosas e por meio de um juízo

valorativo avalia o que supostamente afeta bens jurídicos. Assim, as condutas desvaloradas tornam-se terminantemente proibidas através do uso de delitos de perigo abstrato. A expressão *juris et de jure* é a presunção absoluta do perigo, não admitindo prova em contrário.

Segundo Cleber Masson, os crimes de perigo abstrato:

Consumam-se com a prática da conduta, automaticamente. Não se exige a comprovação da produção da situação de perigo. Ao contrário, há presunção absoluta (*iures et de iure*) de que determinadas condutas acarretam perigo a bens jurídicos. (...) Esses crimes estão em sintonia com a Constituição Federal, mas devem ser instituídos pelo legislador com parcimônia, evitando a desnecessária inflação legislativa (MASSON, 2010, p.180).

A crítica a esta postura é que se torna duvidoso o injusto penal, ferindo o princípio da ofensividade e o princípio da proporcionalidade, pois considera uma conduta inofensiva um ilícito penal.

Entre inúmeras críticas destaca-se a tentativa de limitar o alcance desta teoria. Cerezo Mir afirma que pode-se considerar a presunção como *juris tantum*, deste modo, se restasse provada ausência completa de periculosidade a conduta seria atípica (MIR, 2002, p.66 *apud* PINHEIRO e MACHADO, 2010, p. 9).

Alguns penalistas, como Fábio Roberto D'Avila, admitem que o princípio da ofensividade é o núcleo fundamental do ilícito criminal (D'AVILA, 2009, p.31).

Em suma, com a finalidade de não ferir alguns princípios penais constitucionais, é primordial observar bens jurídicos que requeiram uma forma de proteção pela tutela antecipada, ou seja, quando a infração não constitua tão somente uma violação de obediência. Para tanto, uma rigorosa técnica de tipificação faz-se imprescindível.

Sobre a teoria do motivo do legislador, observamos que: no mundo globalizado as novas incriminações decorrem de uma antecipação da proibição penal pela formulação de novos crimes de perigo abstrato a fim de prevenir ou reprimir a violação de determinados bens jurídicos. (PINHEIRO e MACHADO, 2010, p.9)

Estabelecendo uma relação ao problema da sociedade de risco, onde há elevado potencial lesivo de certas atividades ou bens produzidos, visto o incremento da tecnologia, as novas incriminações nos moldes do delito de perigo abstrato, não são apenas reprimir condutas lesivas, mas também antecipar a punição para controlar as condutas antes mesmo do resultado.

Na ausência deste tipo penal de prevenção, consiste a possibilidade de eventuais danos graves ou irreparáveis. Por isso a necessidade de minimizá-los, utilizando-se do Direito Penal a atuação do poder público em atuar contra os riscos.

3.2 Bens Jurídicos Individuais x Bens Jurídicos Coletivos

A problemática está na proteção de bens jurídicos coletivos utilizando-se de crimes de perigo abstrato. Nestes crimes pune-se um comportamento, sem que seja lesionado qualquer bem jurídico, ou seja, não exige uma lesão, basta a mera prática de uma conduta considerada perigosa para que incorra na sanção. Já nos bens jurídicos coletivos deve haver uma afetação do bem tutelado.

Entretanto, Luís Greco afirma que os bens jurídicos coletivos possuem um potencial de expansão de punibilidade muito superior ao dos crimes de perigo abstrato e por isso deve extinguir qualquer suspeita à extensa antecipação da proibição criminal. Tem-se como exemplo, a fim de desmitificar a extensa antecipação de punição penal, quando mencionamos conceitos como a segurança pública, meio ambiente e outros.

Há diferença entre bens jurídicos coletivos e bens jurídicos individuais, visto que enquanto estes incidem a determinados titulares, aqueles caracterizam-se por serem indivisíveis. Contudo, como afirma Luis Greco, (2011, p.4), esta primeira impressão é enganosa:

Na verdade, bens jurídicos coletivos possuem um potencial de expansão da punibilidade muito superior ao dos crimes de perigo abstrato: uma vez que inexistem regras para postular bens coletivos, eles são uma perfeita construção *ad hoc* para legitimar qualquer proibição. Basta mencionar conceitos como "segurança pública" ou a "paz jurídica" e já se harmonizou o tipo problemático com a ideia de proteção de bens jurídicos, já se livrou qualquer suspeita a extensa antecipação da proibição criminal. E é por isso que bens jurídicos coletivos despertam a suspeita de muitos.

Em suma, os bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato servem de principais instrumentos para antecipação da tutela penal, sem que seja considerado um excesso do legislador.

Segundo Pierpaolo Cruz Bottini, a utilização dos crimes de perigo abstrato ocorre tanto para restringir riscos em atividades com alto potencial lesivo, pela difícil comprovação da relação de causalidade, quanto para proteger os bens jurídicos de índole coletiva, em um contexto de enfrentamento dos riscos produzidos (BOTTINI, 2007, p. 122,123).

A exemplo de alguns bens jurídicos coletivos protegidos temos: meio ambiente, a fé pública (crimes de falso), a administração pública e sua probidade (crimes de corrupção), a segurança no trânsito (crimes de trânsito), a saúde pública (crimes de tóxico) e outros.

É de extrema importância ressaltar a necessidade de tutelar bens jurídicos coletivos e individuais devendo analisar seu interesse, valor, unidade funcional, pretensão de respeito etc., que sejam de importância fundamental para alguém, observando se a existência ou o bem-estar desse alguém estariam ameaçados caso a incriminação não existisse (GRECO, 2011, p.85).

Assim, as discussões se as incriminações de delitos de perigo abstrato cabem para tutelar bens jurídicos individuais ou somente bem jurídicos coletivos devem ser deixadas para trás.

Como leciona Luís Greco, a coletividade por si só não é objeto de proteção do direito penal, além do mais, nem sempre será possível referir o bem jurídico coletivo aos interesses individuais concretos (GRECO, 2011, p.86;87).

3.3 Delitos de Acumulação

Considerando não apenas os seres humanos atuais, mas também as gerações futuras, a preservação do meio ambiente torna-se extremamente valorosa.

De acordo com o que foi mencionado anteriormente, a proteção de bens jurídicos coletivos por meio da utilização dos crimes de perigo abstrato deve ser considerada legítima, por isso há necessidade de apresentação dos delitos de acumulação, forma de proteção ambiental.

Sobre o tema, "Os delitos ambientais são para Schunemann o núcleo do direito penal nuclear, de modo que não se pode de maneira alguma duvidar de sua legitimidade. Em especial por motivos de prevenção geral positiva seria irresponsável renunciar ao direito penal nesse âmbito." (SCHUNEMANN *apud* GRECO, 2011, p. 28)

Trata-se da proteção de um bem jurídico coletivo, qual seja, o meio ambiente. A proteção do meio ambiente está expressa na Constituição Federal em seu artigo 225.

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

No entender de Figueiredo Dias, o bem jurídico ambiental, de forma resumida, pode ser entendido como sendo a junção dos interesses fundamentais, penalmente merecedores de tutela penal. Podem-se entender esses bens como variáveis de acordo com o momento histórico da comunidade, visando o direito penal ambiental à proteção “imediate de valores ambientais essenciais à plena realização da personalidade de cada homem”. (FIGUEIREDO DIAS *apud* COSTA, 2011, p. 13)

Os delitos de perigo abstrato visam a tutela de bens jurídicos, como por exemplo o meio ambiente, bem jurídico coletivo, que se afetado significativamente por mais de um comportamento humano, somando-se as condutas, será capaz de feri-lo de forma relevante, por isso a necessidade dos delitos de acumulação. São essas espécies dos crimes de perigo abstrato.

Os delitos de acumulação ou delitos cumulativos, tratam-se de um meio de intervenção penal nos casos de pequenas infrações ao meio ambiente, que se consideradas individualmente, não permitem punição, apenas representarão lesividade suficiente para punição, se somadas.

Essa categoria é inicialmente indicada por Lothar Kuhlen, utilizando-se de modo exemplificativo do crime de poluição das águas, buscou demonstrar que este delito e outros constantes no Código Penal Alemão só teriam eficácia se analisados sob os crimes de perigo abstrato.

Seria necessária a observância de três requisitos básicos para a configuração de delitos de acumulação: primeiramente a realização de comportamentos individuais considerados inofensivos, depois a prática destes mesmos atos por um elevado número de pessoas e por fim, a observância do resultado somadas todas ações, expondo o bem jurídico a um perigo, o que carece de tutela penal.

São condutas que, se eventualmente não houvesse sanção para preveni-las, quando praticadas por inúmeras pessoas, geraria reflexo insanável para o meio ambiente, prejudicando por fim toda e qualquer vida terrestre.

Observada a dinâmica dos delitos de acumulação, como prevenção do perigo ao bem jurídico ambiental, cabe realizar uma reflexão a um recente crime ambiental, se não o maior da história brasileira, qual seja, o caso Mariana-MG.

O rompimento das barragens da empresa Samarco Mineração em Mariana-MG é claramente um crime ambiental e de difícil mensuração dos riscos causados ao meio ambiente. Não cabe analisar com afincos o caso em questão, visto que este não é objeto do presente estudo, entretanto, devido à grande proporção dos danos causados a um bem jurídico

relevante ao estudo, fica a importância de ressaltar os delitos de acumulação como forma de proteger os riscos irreparáveis ao meio ambiente.

4 DA LEGITIMIDADE

Existem muitas discussões na doutrina a respeito da legitimidade e utilização da tipificação dos crimes de perigo abstrato. Primeiramente, em razão da aplicação de sanção a sujeitos que pratiquem condutas que em algumas situações, *a priori*, não chegariam a causar lesão a um bem jurídico. Diante disso, o presente estudo visa esclarecer se seriam legítimos ou não os crimes de perigo abstrato.

O cerne da discussão encontra-se na quebra dos princípios penais constitucionais em razão de uma conduta e posteriormente a sanção na ausência de injusto material.

Para muitos estudiosos essa constante tipificação dos delitos de perigo abstrato é meramente política com condão de, diante a sociedade de riscos, aumentar a segurança social. Entretanto, “fere” o princípio da subsidiariedade e fragmentariedade, por não permitir que outros ramos do direito, com sanções menos gravosas, resolvam o problema social. Ao aceitar a proteção de bens jurídicos universais, implica-se a aceitação do direito penal não mais como *última ratio*, mas sim como *prima ratio*.

Assim, desponta a discussão da legitimidade dos delitos de perigo abstrato a respeito do atrelamento do bem jurídico à ordem constitucional. Nesse sentido, Ângelo Roberto da Ilha Silva afirma:

(...)A Constituição veda ao legislador tipificar como crime certos fatos que impliquem negar os valores consagrados na Lei Suprema. Ademais, pode-se também asseverar que a Lei Maior não oferecerá um catálogo exaustivo de bens que fiquem sujeitos à tutela penal por meio de cláusulas expressas, devendo certos bens jurídicos serem deduzidos da *mens* constitucional mediante uma interpretação teleológica examinando-se quais os valores que a ordem constitucional busca, a um tempo, afirmar e também resguardar e quais são os seus valores instrumentais. Por derradeiro, observa-se que a Carta Política impõe expressamente ao legislador ordinário obrigações de erigir a crime certos fatos agressores a determinados valores que o documento político visa resguardar (p.92).

Conclui-se do exposto que o conceito de bem jurídico a ser tutelado pelo direito penal não pode servir de mero espelho da Constituição. Luís Greco indaga a problemática do

conceito constitucional de bem jurídico; se a constituição é necessariamente aberta, de inúmeros valores ainda que conflitantes, como se pode falar numa limitação ao poder legislador.

O bem jurídico penal, objeto de tutela do Direito Penal é um importante fator para expansão do direito sob a perspectiva da sociedade de riscos. O conceito de bem jurídico se mostra fundamental para o sentido e conteúdo dos tipos penais incriminadores.

Dizer que os crimes de perigo abstrato seriam na totalidade inconstitucionais, seria o mesmo que afirmar que estes crimes violariam princípios como lesividade ou ofensividade, proporcionalidade e outros, uma vez que estes princípios teriam hierarquia constitucional.

É imprescindível trazer ao estudo alguns princípios penais constitucionais e posteriormente algumas reflexões acerca da constitucionalidade, legitimidade, dos crimes de perigo abstrato.

4.1 Princípio da Lesividade ou Ofensividade

O princípio da lesividade ou ofensividade, segundo Ângelo Roberto Ilha da Silva, consiste na consideração que toda a incriminação deva ter por finalidade a proteção de bens jurídicos de lesões ou exposições a perigo, ou seja, o modelo legal obrigatoriamente descreve uma conduta que seja apta a vulnerar um bem tutelado pelo direito penal (DA SILVA, 2003, p.93).

Por consequência desse princípio não poderia existir qualquer crime sem ofensa ao bem jurídico (*nullun crimen sine iniuria*). Inúmeros autores conferem ao princípio da ofensividade o status de eixo do sistema penal em um todo, não reconhecido somente como expressão político-ideológica do Estado, mas também como critério material de validade, recepcionado em âmbito constitucional. (MARINUCCI, Giorgio *apud* BOZOLA, 2015, pg. 153)

Nesse sentido, o princípio da ofensividade é o orientador na atividade legiferante, coibindo no momento da formulação do tipo legal a introdução ao sistema penal brasileiro de tipos legais desprovidos de um conteúdo ofensivo a bens jurídicos, verificando em cada caso concreto a existência da ofensividade.

Ao tratar do princípio da lesividade nos crimes de perigo abstrato é fundamental atentar-se à proibição de incriminação de condutas desviadas que não causem dano a um bem jurídico.

Sabemos que o direito penal está a serviço do bem-estar da população. Não é razoável incriminações de mero dever de obediência e instituição de pena como forma de controle ou ameaça para população. A intervenção penal se justifica somente na defesa de valores essenciais em face de agressões intoleráveis.

É verdade que nos crimes de perigo abstrato a lesão a um bem jurídico nem sempre fica perceptível. Entretanto, considerar inconstitucional por não ser compatibilizado com um princípio do Direito Penal, significa deixar de estabelecer normas de prevenção geral.

Segundo Pierpaolo Cruz Bottini, qualquer tipo penal estaria adequado sob o aspecto da lesividade, visto que qualquer conduta proibida, sob uma certa perspectiva, lesiona um interesse individual ou coletivo (BOTTINI *apud* BOZOLA, 2015, p.157).

De acordo com Schunemann, com o surgimento da sociedade de risco "as cadeias causais se perdem no anonimato da sociedade de massas" e limitar a evolução do direito penal à tutela das novas incriminações significa fechar os olhos para as condições impostas pela sociedade contemporânea. Conclui-se que os tipos penais dos crimes de perigo abstrato são importantes para tutela de novos bens jurídicos da sociedade atual. (SCHUNEMANN *apud* DA SILVA, 2003, p.98)

A tipificação do perigo abstrato exige uma análise sistemática, não confrontando o princípio da ofensividade, pois não se trata de um fenômeno isolado, mas parte de um todo. Não é possível dizer em uma afronta ao princípio, nestes crimes, sempre que necessitem uma forma de tutela antecipada serão utilizados para proteger bens jurídicos. Para tanto, é essencial uma rigorosa técnica de tipificação.

4.2 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade também tem suporte constitucional. Este princípio busca a limitação de poder do Estado, no âmbito do direito penal e direito administrativo. É uma proibição de excesso ao legislador perante os direitos fundamentais.

Para Suzana de Toledo Barros, " o *princípio da proporcionalidade* foi consagrado no direito administrativo como uma evolução do princípio da legalidade, mas inicialmente a ideia de proporção ligava-se somente às penas." (BARROS *apud* DA SILVA, 2003, p.102)

O princípio deve ser analisado sob três aspectos: da adequação ou idoneidade (deve haver uma adequação entre a norma e o fim proposto); à necessidade e a exigibilidade (qualquer medida restritiva de liberdade que se mostre desnecessária deve ser retirada do sistema jurídico) e à proporcionalidade em sentido estrito. (DA SILVA, 2003, p.103)

Referida proporcionalidade pode ser verificada em sentido estrito, na medida em que "solicita a aferição do resultado pretendido à luz de um prognóstico de justa medida entre este (o resultado) e o meio coativo." (DA SILVA, 2003, p.105)

A averiguação da necessidade é de extrema importância, haja vista a interpretação mediante um juízo positivo, no qual o intérprete afirma ser a medida imprescindível. Observa-se que na necessidade figurará a adequação, logo, a inadequação afasta a necessidade. (DA SILVA, 2003, p.104)

Sobre o princípio da proporcionalidade e a relevância do bem jurídico a ser tutelado nos crimes de perigo abstrato, concluiu Ângelo Roberto Ilha da Silva:

O cerne da questão para o presente trabalho está, pois, em limitar o poder de arbítrio do legislador na edição de leis, ou seja, deve ele ter em conta o princípio de que ora cuidamos no momento da tipificação de condutas delituosas. Entretanto se o fizer de forma arbitrária, deve o interprete adequá-la aos padrões da legitimidade. (pg.108)

Não é possível atribuir a qualidade de desproporcional ao crime de perigo abstrato, pelo fato de figurarem de forma presumida, sem que seja realizada uma análise do tipo. O legislador deverá avaliar com prudência, caso a caso, afim de que não incorra em excesso.

Bernd Schunemann observa, "quando a escola de Frankfurt postula a recondução, por princípio, do Direito Penal aos delitos de resultado, está advogando por uma negativa à modernização do Direito Penal, negativa que, necessariamente, há de fracassar na finalidade deste de proteger bens jurídicos, ao ignorar as condições de atuação da sociedade moderna." (SHUNEMANN *apud* DA SILVA, 2003, p. 98)

O referido princípio é essencial para garantia da dignidade humana, qualquer atuação punitiva que aconteça em inobservância com os aspectos analisados e regras sancionadoras, não encontrará aplicação material.

Por fim, devem ser atendidos os elementos do princípio da proporcionalidade, quais sejam, adequação, necessidade, relação ponderada entre o meio e o fim. É essencial que seja preservado o bem tutelado que decorra da Constituição, ou que ao menos não se ponha em contradição a ela e possua relevância para proteção.

4.3 Princípio da Intervenção Penal Mínima

O princípio da intervenção penal mínima, já abordado acima, tem como função utilizar o direito penal somente quando outros mecanismos de controle não conseguirem de forma satisfatória o controle social.

Em um Estado Democrático de Direito, a intervenção penal somente poderá ser subsidiária, ou seja, de mínima intervenção. O direito penal deve ser utilizado nos limites da necessidade, quando outros meios de controle não forem aptos a proteger bens jurídicos valorados como essenciais.

Mir Puig expõe os motivos da subsidiariedade do direito penal:

O Direito Penal deixa de ser necessário para proteger a sociedade quando isso puder ser obtido por outros meios, que serão preferíveis enquanto sejam menos lesivos aos direitos individuais. Trata-se de uma exigência de economia social coerente com a lógica do estado social, que deve buscar o maior benefício possível com o menor custo social. O princípio da 'máxima utilidade possível' para as eventuais vítimas deve ser combinado com o 'mínimo sofrimento necessário' para os criminosos. Isso conduz a uma fundamentação utilitarista do Direito penal que não tende à maior prevenção possível, mas ao mínimo de prevenção imprescindível. Entra em jogo, assim, o 'princípio da subsidiariedade', segundo o qual o Direito penal deve ser a *ultima ratio*, o último recurso a ser utilizado, à falta de outros meios menos lesivos (SANTIAGO, 2007, p. 93 e 94 *apud* ANDRADE, 2014).

Nesse mesmo sentido, leciona César Roberto Bitencourt, "o princípio da intervenção mínima, também conhecido como *última ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico." (BITENCOURT, 1995, p.41)

O direito penal mínimo de caráter subsidiário na tutela penal, respeita a dignidade da pessoa humana, por não permitir que esta seja constrangida, quando houver gravosa intervenção estatal. Este princípio nasce com as ideias iluministas.

No iluminismo surge intensa discussão em torno da questão dos crimes, penas e sistema penal como um todo. Buscou-se o conceito material de delito, afastando de critérios religiosos ou puramente éticos. (DA SILVA, 2003, p. 119)

Não é dever de um Estado Democrático de Direito impor formas de posturas à população quando inofensivas. Não se deve punir uma pessoa em razão de convicção religiosa ou postura moral. (DA SILVA, 2003, p.119)

Ressalta-se que o objetivo primeiro do Direito Penal nunca foi a punição, mas sim a prevenção, proteção de bens jurídicos. Por isso, de acordo com as mudanças na sociedade

novas incriminações são essenciais, deve-se dizer que este princípio constitui uma via de mão dupla, isto é, o direito penal mínimo situa-se entre teorias abolicionistas e a corrente denominada "lei e ordem". A criminalização de novas condutas por meio de tipos de perigo presumido deve existir, observando a necessidade. (DA SILVA, 2003, p.121)

Este princípio em relação aos crimes de perigo presumido corresponde às exigências de tutela de um sistema penal liberal-democrático, quando "a tutela na forma do perigo concreto resulte insuficiente pela dificuldade de precisar os termos de probabilidade da lesão, respeitando assim o princípio da subsidiariedade" (PADOVANI *apud* DA SILVA, 2003, p.129).

O princípio da fragmentariedade ou subsidiariedade acaba por limitar a utilização dos tipos de perigo abstrato, já que somente será legítima quando houver um ataque a um bem jurídico essencial, tal princípio por sua vez se relaciona com o princípio da proporcionalidade.

4.4 Princípio da Precaução

O Direito Penal pós Revolução Industrial ajusta-se ao modelo de Direito Penal democrático, haja vista a finalidade de proteção de bens jurídicos. (AZEVEDO *apud* BOZOLA, 2015, p.159)

A sociedade contemporânea, influenciada pela mídia de massa e a sua dinâmica cria um modo de vida cada vez mais em busca de prevenção de riscos. Trata-se da expansão do Direito Penal na denominada sociedade de riscos.

Na busca de minimizar tais riscos nasce o princípio da precaução. Todos os efeitos da modernidade, desmatamento das florestas, aquecimento global, aumento das indústrias, entre outros, teve a necessidade de prevenção.

Cabe destacar que alguns juristas mencionam o princípio da prevenção, enquanto outros aduzem o princípio da precaução. Ambos sugerem cuidados antecipados, ou efeito de antecipar-se, de alguma ação que venha a causar resultados indesejáveis.

A precaução é a incerteza dos riscos decorrente de uma probabilidade, não há comprovação científica. (ROMEIO CASABONA *apud* BOZOLA, 2015, p.160)

Este princípio parte da ideia de que algumas situações podem gerar danos irreversíveis, e ao controlar certas ações inerentes de risco, busca-se regulamentar atividades equacionando se naquela conduta os benefícios sociais serão maiores que os futuros riscos.

O princípio da precaução fixará parâmetros para gestão desses riscos. Como primeiro parâmetro decorre a incerteza científica quanto aos riscos, "há um mínimo de conhecimento

acerca da potencialidade lesiva da atividade ou fenômeno." Esta incerteza não significa uma absoluta falta de previsão quanto aos riscos prováveis. (BOZOLA, 2015, p.160)

O segundo parâmetro atende a possibilidade da ocorrência de danos de difícil reparação. Assim, é necessário que se avalie os possíveis efeitos e a intensidade da intervenção penal.

O princípio da precaução assume uma força normativa necessária. O poder público deve observar tais parâmetros atuando contra os riscos e, sobretudo, limitar a intervenção penal ao mínimo necessário.

De acordo com Ramon Martin Mateo, quando se trata do meio ambiente, a tutela ressarcitória mostra-se ineficaz, ressarcir será resultado de incerteza, muitas vezes oneroso e não cumprirá função social, diferentemente se houvesse a ideia de precaução, esta é a melhor, quando não for a única solução. (MATEO *apud* BARBOSA, 2012, p. 178)

Como exemplo de meios para precaução de danos ambientais temos a criação de mecanismos para inibir a emissão de gases, proibição de caça e pesca em algumas localidades, proibição de corte de árvores nativas, a tutela de lençol freático, área de preservação permanente e área de reserva legal podem utilizar-se de medidas compensatórias, mas sob ponto de vista científico podem ser irreparáveis. (BARBOSA, 2012, p. 178)

A incorporação do princípio da precaução no direito penal atua como gerenciamento de risco, ou melhor, gestão de riscos em prol da coletividade.

Somados os princípios expostos e observando-os principalmente na construção dos crimes de perigo abstrato, claramente estaremos diante de um conjunto de postulados legitimadores destes delitos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na defesa da aplicação dos crimes de perigo abstrato, tem-se que na sociedade contemporânea, o direito penal não pode exercer sua função minimalista de proteção de bens jurídicos clássicos e deve se adaptar através dos influxos da política criminal.

Observou-se a necessidade de gerenciamento de condutas consideradas ariscadas em uma sociedade, a qual é caracterizada por atividades humanas onde qualquer conduta gera efeito colateral de difícil reparação.

A sociedade de riscos impõe uma resposta do direito penal, ou seja, uma intervenção de controlabilidade, entretanto, em observância aos princípios penais constitucionais.

Anteriormente, o direito penal em seu âmbito clássico de tutela, reforçava que só estaria perante um autêntico bem jurídico na medida em que ferisse interesses individuais. Diante disto, geraram discussões de como poderia utilizar-se do direito penal para contenção de fenômenos globais e de massa.

Para garantir o bem-estar social e a proteção de bens jurídicos coletivos, surgiram novas teses, as quais embasaram o expansionismo do direito penal.

Primeiramente, o direito penal deve ser válido perante a Lei Maior para que seja instrumento de garantia social, não se confundindo com opressão.

Para que obedeam ao princípio da *última ratio* é de extrema importância que haja uma lesividade da conduta proibida no sistema penal, logo, nos delitos de perigo abstrato, deve-se atentar às ameaças da conduta para o meio social.

Os delitos de perigo abstrato devem atender ao princípio da proporcionalidade, averiguando a necessidade de incriminação pelo fato desta ocorrer de forma presumida.

Ao princípio da lesividade consiste atender de forma precisa incriminações capazes de proteger bens jurídicos realmente expostos a danos por determinadas condutas.

O princípio da intervenção penal mínima será atendido por ser indispensável à tutela de alguns bens constitucionalmente relevantes.

Quanto ao princípio da precaução, a tutela preventiva é essencial para evitar danos irreparáveis e assim, cabem aos delitos de perigo abstrato atentarem a tais situações visando coibi-las.

A tutela preventiva dos crimes de perigo abstrato não pode ser considerada uma afronta aos princípios penais, visto que devem sempre observar a necessidade do legislador em tipificar alguns delitos, criar bens jurídicos como reflexo da realidade social vivenciada, ou seja, não é condizente quedar indiferente perante à evolução da sociedade.

Os crimes de perigo abstrato na proteção de bens jurídicos tanto individuais quanto coletivos evitam condutas com alto potencial lesivo e certamente a ocorrência de danos irreparáveis.

Observado o exposto, para que os delitos de perigo abstrato sejam instrumentos legítimos para a contenção de riscos sociais, é essencial que haja um elemento material para o injusto objetivo. É importante atentar ao perigo que estará ínsito na conduta.

Os crimes de perigo abstrato são legitimados a proteger os interesses da sociedade contemporânea e devem ser tipificados de maneira criteriosa no intuito de evitar uma expansão desarrazoada ao modelo de incriminação.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Andre Lozano. Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade. Revista Liberdades, n 17,set./dez. 2014 Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/214-Artigos Acesso em: 13.04.2016
- AMARAL, Cláudio do Prado. Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo:IBDCRIM,2007
- BAUMANN, Zigmunt. Globalização: as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997
- BRASIL.Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 16.04.16
- BARBOSA, Karlos Alves. Sociedade de risco e os crimes de perigo abstrato. Dissertação de Mestrado em Direito Público, UFU, 2012
- BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed.34,2010
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Lições de direito penal – parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de Perigo Abstrato. - 2. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de riscos. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- BOZOLA, Túlio Arantes. Os Crimes de Perigo Abstrato no Direito Penal Contemporâneo - Belo Horizonte: Del Rey, 2015
- BUSATO, Paulo César. Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal. São Paulo: Cultural Paulista, 2002

COSTA, Lauren Loranda Silva. Os Crimes de Acumulação no Direito Penal Ambiental. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

GRECO, Luís. Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal: Controle da Legitimidade e Limitação da intervenção Estatal, 2010; Disponível em <http://www.diritto.it/docs/30368-o-princ-pio-da-proporcionalidade-no-direito-penal-controle-de-legitimidade-e-limita-o-da-interven-o-estatal> Acesso em: 25.04.2016

MASSON, Cleber. Direito Penal parte geral. 3ª. Ed. São Paulo: Método, 2010.

PINHEIRO, R. M. A.; MACHADO, F. G. P. Sociedade de Risco de Delitos de Perigo Abstrato. Horizonte Científico (Uberlândia), v. 4, p. 1-22, 2010

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005

MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 45, 1 set. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17>. Acesso em: 17 abr. 2016

NEUMANN, Ulfrid. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, RT, n. 16, p. 205-232, mar./abr. 2008

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Dos Crimes de Perigo Abstrato em face da constituição- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, JesúsMaría. A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós- industriais. 2 edição. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha, 2011

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Supraindividual, Interesses Difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

SOUZA, Susana Aires de. Sociedade do risco: requiem pelo bem jurídico. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.18, n. 86, p.235, set./out.2010.

DELAÇÃO PREMIADA

Karen Carolina Fuchs Nobre Lopes

RESUMO

O presente artigo científico cuidará do instituto da delação premiada. O trabalho tentará entender o instituto, analisando o conceito, valoração quanto ao meio de prova, a natureza jurídica, ou seja, propiciar à comunidade jurídica uma visão geral do instituto. Diante não é possível dar um leve conceito sobre a delação, ela baseia-se na ajuda de um acusado, que presta declarações e informações as autoridades, que possibilite a investigação obtenha maior sucesso, favorecendo a redução da impunidade na prática do tal fato delituoso. O Estado quando for instaurar processo judicial para exercer seu poder punitivo, concederá ao colaborador um prêmio, o benefício oferecido poderá ser a diminuição de sua pena ou até mesmo a sua isenção. Além disso, abordará também os requisitos necessários para sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e um balanço sobre os pontos positivos e negativos. Destaca-se, levantamento da discussão sobre a constitucionalidade do instituto da delação premiada. O ponto dos princípios e garantias constitucionais serem gravemente feridos com a sua aplicação, veremos que entre eles a maior lesão vai contra o direito do contraditório e da ampla defesa, que são assegurados a todos os acusados e litigantes no art. 5º, LV da Constituição Federal. E também veremos que ao ferir vários direitos e garantias constitucionais, seria considerado um meio de prova ilícita, acarretando modificações extremamente importantes no processo penal, devendo ser desentranhada do processo, de acordo com a interpretação do artigo 5º, LVI da Constituição Federal, onde “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, combinado com art. 157 do Código de Processo Penal, que diz “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Essa mudança poderá causar um grande desconforto e insegurança jurídica no meio Judiciário.

PALAVRA CHAVE: Direito Processo Penal. Meio de Prova. Delação Premiada. Denúnciação de um Terceiro. Diminuição da Pena. Aplicação no Ordenamento Jurídico. Pros e contras. Princípios Processuais. Direitos e Garantias Fundamentais. Inconstitucionalidade.

Abstract

This present scientific article will take care of the institute's delation awarded. The work tries to understand the institute, analyzing the concept, valuation on the evidence, the legal nature, that is, provide the legal community with an overview of the institute. On hand can give a light concept of whistleblowing, she relies on the help of an accused, providing statements and information to the authorities, which enables research get most successful to help reduce impunity in the practice of this criminal fact. The state when prosecute to exercise its punitive power, give the employee a premium, the benefit may be offered a reduction of his sentence or even your exemption. It also will address the requirements for its application in the Brazilian legal system and a balance on the positive and negative points. It stands out, lifting the discussion of the constitutionality of the award-winning tipoff institute. The point of the principles and constitutional guarantees are seriously injured with your application, we see that between them the greatest injury goes against the right of the contradictory and full defense, which are guaranteed to all defendants and litigants in art. 5, LV of the Constitution. And we will also see that to hurt several constitutional rights and guarantees, would be considered a means of illegal evidence, causing extremely significant changes in criminal proceedings, should be disemboweled the process, according to the interpretation of Art. 5, LVI of the Federal Constitution, where " they are inadmissible in the proceedings, evidence obtained by unlawful means "combined with art. 157 of the Criminal Procedure Code, which says "are unacceptable and should be withdrawn the process, the illegal evidence, understood as those obtained in violation of constitutional or legal norms." This change can cause great discomfort and legal uncertainty among the judiciary.

SÚMARIO

1 Introdução	6
2 Delação Premiada	8
2.1 Aspectos históricos	9
2.2 Conceito e principais características da Delação Premiada	11
2.2 Natureza Jurídica para o Direito Penal	14
2.3 Natureza Jurídica quanto ao meio de Prova no Direito Processual Penal	15
2.4 Valoração da delação premiada quanto ao meio de Prova	16
3 Previsão na legislação	18
3.1 Código Penal § 4º do art. 159	18
3.2 Lei dos Crimes Hediondos nº 8.072/90	19
3.3 Lei de Proteção de Vítimas e Testemunhas nº 9.807/99	20
3.4 Lei de Drogas nº 11.343/06	21
3.5 Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro e Nacional	21
3.6 Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica	22
3.7 Lei das Organizações Criminosas nº 12.850/13	22
4 Inconstitucionalidade do instituto jurídico da Delação Premiada	26
5 Considerações Finais	33
Referências	35

1. INTRODUÇÃO

Os meios de comunicações no Brasil só se têm falado em escândalos de corrupção, de esquemas gigantescos para desviar dinheiro público, coordenado por pessoas de dentro da administração pública, investigações envolvendo tais crimes, como a operação “Lava Jato”, processos em andamentos no Poder Judiciário envolvendo tais escândalos, deve-se destacar que entre essas notícias, vem tomando grande foco as colaborações que certos participantes vêm prestando a investigação, visando facilitar a solução de tais crimes cometidos, conhecida como delação premiada.

A operação “lava jato”, permitiu que as delações evoluíssem a um patamar de importância jamais visto no Brasil. Segundo o Juiz Federal Sergio Moro, responsável pelos processos decorrentes da operação “lava jato”, as colaborações premiadas são a melhor forma de solucionar crimes financeiros e empresariais.

E grande parte da classe dos operadores do direito veem a delação importante no meio jurídico, em vista do comportamento transgressor ou delituoso praticados com bastante frequência em áreas de grande relevância, que atentem contra a ordem pública, onde os mais comuns são contra a ordem financeira, econômica, ou crimes com potencial ofensivo maior, tráfico de drogas, etc. Da mesma forma, outra razão para utilizar de um mecanismo pouco convencional no combate a esses crimes, é que se alcança a efetividade do poder punitivo do Estado, quando todos os envolvidos no delito são indicados e responsabilizados.

A delação premiada é frequentemente utilizada naqueles crimes com concurso de agentes, onde qualquer dos suspeitos se mostra disposto a colaborar com a revelação de todo o conjunto criminoso, inclusive de objetos, frutos do crime, bem como de pessoas que se encontrassem envolvida com o fato criminoso investigado.

O instituto da delação premiada existe em nosso ordenamento jurídico desde época do Império Português, ela foi introduzida pela primeira vez pelas Ordenações Filipinas, promulgadas no início do século XVII, quando o Brasil ainda se encontrava como colônia de Portugal.

O tal mecanismo com o tempo veio tomando força em nosso ordenamento jurídico, vindo a ser previsto em diversas normas esparsas, como na: Lei dos Crimes Hediondos - Lei 8.072/90, na Lei de Proteção de Vítimas e Testemunhas - Lei 9.807/99, na Lei de Drogas - Lei 11.343/06, na Lei das Organizações Criminosas - Lei 12.850/13, onde a medida se tornou mais esclarecida e regulamentada, e ainda há previsão da delação no Código Penal, visto no § 4º do art. 159.

O instituto jurídico objeto desse trabalho, a delação premiada, é considerada pelos operadores do direito como uma medida de política criminal, adotada pelo Ministério Público, baseando-se na colaboração de um acusado, que indica a participação de mais pessoas na prática do mesmo crime, para que a polícia obtenha maior sucesso em suas investigações. A Justiça com utilização da delação premiada no processo irá analisar o caso concreto, e ao chegar na fase de proferir sentença ao caso, concederá ao acusado que colaborou com a investigação, a diminuição de sua pena ou perdão judicial.

Embora o instituto jurídico esteja previsto em várias leis de nosso ordenamento jurídico, se analisarmos cautelosamente notaremos que certos princípios e garantias constitucionais são gravemente feridos com a sua aplicação, evidenciando um atentado contra a Constituição Federal. E esse respectivo trabalho abordará tal temática, analisando o conceito, valoração quanto ao meio de prova, a natureza jurídica, ou seja, propiciará à comunidade jurídica uma visão geral do instituto, para demonstrar se o depoimento concedido por um dos participantes ou coautores seria válido, entrando no debate sobre constitucionalidade e seus pontos negativos, porque é de grande importância essa análise, visto que ao ferir vários direitos e garantias constitucionais, seria considerado um meio de prova ilícita, acarretando modificações extremamente importantes no processo penal, devendo ser desentranhada do processo, de acordo com a interpretação do artigo 5º, LVI da Constituição Federal, onde “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, causando um grande desconforto e insegurança jurídica.

2. DELAÇÃO PREMIADA

A finalidade para esse capítulo é entender o motivo da nomenclatura de delação premiada a priori e porque não colaboração premiada, termo que permite maior amplitude. Os aspectos históricos desse instituto mostrarão que antigamente, o objetivo desse mecanismo era um acusado qualquer revelar ou denunciar uma terceira pessoa, que tenha cometido o fato criminoso também, ou seja, apontando outras pessoas que também praticaram as infrações penais, essa conduta do delator tinha o objetivo de conquistar do Estado a diminuição ou o perdão da penal, como benefício, por ajudar as autoridades nas investigações.

Após o decorrer do tempo, com elaboração de leis penais esparsas, a delação foi tomando limitações, a possibilidade de utilização era apenas permitido em casos específicos, e ganhou alguns requisitos para que se fosse aplicado o instituto jurídico.

A nomenclatura delação foi introduzida no Brasil, com as Ordenações Filipinas, manteu sua essência mesmo com a entrada em vigor do Código Penal brasileiro, sendo utilizada em fatos históricos conhecidos, e mante-se no art. 159, § 4º do Código Penal e em algumas leis penais como a Lei de Crimes Hediondos e Lei de Drogas.

O termo colaboração só surgiu depois de um longo período no Brasil, em 1995, o qual o autor confessa a prática do crime, porém ele fornece todas as informações necessárias para as autoridades, conforme Leis dos Crimes contra o Sistema Financeiro e dos Crimes Contra a Ordem Tributária, ambas as previsões não condicionaram a conduta de denunciar um comparsa, e novamente a nomenclatura foi usada em 2013 na Lei de Organizações Criminosas, admitindo dentro da colaboração a hipótese de delatar, no art. 4º, inciso I, por isso a nomenclatura colaboração seria mais amplo, pois nos demais incisos desse artigo estabeleceram mais hipóteses de colaborar com a investigação.

Destaca-se que denunciar uma pessoa dentro do processo ou durante as investigações, isto é, delatar alguém, devem-se respeitar alguns direitos fundamentais na obtenção como meio de prova, não sendo observados, não haveria devido processo legal, evidenciando uma afronta a Constituição Federal, uma questão controversa.

Agora, quando se fala em colaboração, prestar informações necessárias para as autoridades, para melhor eficiência no processo judicial, seria apenas motivos relevantes previstos em lei, para conceder a diminuição da pena ou o perdão judicial.

2.1. Aspectos históricos.

O instituto jurídico da delação premiada surgiu em razão da dificuldade que o Estado enfrentava de exercer o seu poder punitivo aos crimes praticados em concurso de agentes, por não ter meios suficientes para provar a ligação entre os agentes e o nexó com o fato delituoso, essa ineficiência atrapalhava a persecução penal. Então, o Estado para compensar, tomou a medida de oferecer um benefício, para aquele que fornecesse todas as informações necessárias sobre o crime praticado, para assim dar uma efetividade melhor a investigação criminal, e até mesmo conquistando eficiência no seu *jus puniendi*.

No ordenamento jurídico estrangeiro, a delação desenvolveu de formas diferentes em cada país, devido a diversos fatores. A forma de tratamento da delação no estrangeiro acaba influenciando o desenvolvimento do instituto no Brasil.

Os primeiros indícios da delação premiada podem ser encontrados na Idade Média, durante o período da Inquisição, período em que foi marcado pela arbitrariedade do Estado. Nesse período da Inquisição, era ideal e costumava-se distinguir o valor da confissão de acordo com a forma em que ela era concebida, por exemplo, se o corréu confessava de forma espontânea, o entendimento era que ele estava inclinado a mentir em prejuízo de outra pessoa, diferentemente daquele que era torturado, logo, a confissão mediante tortura era mais valorizada, pois o Estado forçava um dos acusados a entregar seus parceiros. (GUIDI, 2006, pág. 101)

Em nosso ordenamento jurídico brasileiro a delação premiada existe desde época do Império Português, ela foi introduzida pela primeira vez pelas Ordenações Filipinas, promulgada no início do século XVII, no ano de 1603, quando o Brasil ainda se encontrava como colônia de Portugal. O instituto da delação estava previsto no Livro V, Título CXVI das Ordenações Filipinas, onde aquele que denunciasse outro malfeitor as autoridades, receberia do Estado o benefício do perdão da pena, tal mecanismo tinha com objetivo incentivar a cooperação, fazendo com que criminosos apontassem outros malfeitores, com o fim de diminuir a impunidade, ressalta-se que o benefício do perdão da pena abrangência inclusive a denuncia de criminosos de outros delitos. (JESUS, 2006, pág. 26 e 27)

O primeiro marco histórico da delação premiada no Brasil, foi na época da Inconfidência Mineira, com o caso de Joaquim Silvério dos Reis, onde delatou seus companheiros, que entre eles estava Joaquim José da Silva Xavier, mais conhecido como Tiradentes, em troca do perdão de sua dívida com a Fazenda Real. Esse fato foi um marco de muita importância na história brasileira, Tiradentes foi tido como chefe do movimento e, conseqüentemente, condenado à morte por enforcamento, logo depois de ser executado, teve sua cabeça exposta na cidade de Vila Rica, atualmente conhecida como Ouro Preto, a fim de dissuadir outras possíveis revoluções contra o governo. (REIS, 1979, pág. 52 apud SANTOS, 2005, pág.818)

O surgimento do Código Penal brasileiro, no ano de 1940, quando entrou em vigor afastou a aplicação das Ordenações Filipinas, a norma que previa a delação premiada, e acontece que o Código Penal não contemplou em nenhuma parte do seu texto o instituto, entretanto, o mecanismo continuou sendo utilizado no meio jurídico.

A delação premiada foi usada durante o Golpe Militar de 1964, no qual os militares presenteavam os delatores que entregasse seus companheiros ao governo, a finalidade da delação premiada durante esse tempo era usada apenas para descobrir pessoas que não concordavam com aquele modelo de governo, essas pessoas contrarias ao regime militar eram consideradas como supostos “criminosos”, e para a Justiça deveriam ser punidas. (GUIDI, 2006, pág. 111)

Depois desses vários acontecimentos, a legislação brasileira viu a necessidade de regulamentar tal instituto, então em 1990 foi quando houve a primeira previsão legal na Lei nº 8.072, conhecida como a Lei dos Crimes Hediondos, buscava-se dismantelar as praticas criminosas realizadas por quadrilhas ou bando em crimes especificados em lei, bastava um dos participantes prestar informações, entregando os demais do grupo, para conceder a redução da pena.

Após essa lei sugeriram várias outras, prevendo tal benefício, como a Lei de crime Organizado nº 9.034, no ano de 1995, posteriormente revogada pela Lei nº 12.850/2013, onde ganhou outra redação, aquele que colaborasse efetivamente com as investigações de forma espontânea, receberia a redução de sua pena, entretanto, tal lei estabelecia que se verificassem alguns requisitos. No mesmo ano de 1995, a Lei Federal nº 9.080, inseriu a delação premiada na Lei nº 7.492/86, a Lei dos Crimes contra o Sistema

Financeiro e também na Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária nº 8.137. Um ano depois, em 1996 a Lei nº 9.269, permitiu a diminuição da pena do acusado que denunciasse seus parceiros e favorecesse a libertação da vítima, § 4º, no crime previsto no art. 159 do Código Penal.

O benefício da delação premiada até então era restrito apenas aos crimes estabelecidos nas leis que previam seu instituto, porém em 1999, foi promulgada a Lei Proteção às Vítimas e às Testemunhas nº 9.807, que permitiu estender tal benefício para outras situações.

Por fim, mais recentemente, em 2006 foi constituída a Lei nº 11.343, conhecida como a Lei de Drogas, em que aquele que colaborasse espontaneamente prestando informações para a identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, receberia em caso de condenação a redução da sua pena.

2.2. Conceito e principais características da Delação Premiada.

O instituto jurídico da delação premiada é considerada pelos operadores do direito como uma medida de política criminal, adotada pelo Ministério Público, baseando-se na ajuda de um acusado, que comunica ou fornece informações as autoridades, a participação de mais pessoas, para que a polícia obtenha maior sucesso em suas investigações, favorecendo a redução da impunidade na prática do tal fato delituoso. O Estado quando for instaurar processo judicial para exercer seu poder punitivo, concederá ao autor do crime que colaborou e forneceu informações relevantes a investigação, um prêmio, que dependerá do caso em concreto, o benefício que será concedido pode ser uma diminuição da sua pena ou até mesmo a sua isenção.

Se levarmos em conta a definição do vocábulo delação, de forma simples, empregada nos dicionários, veremos que a palavra refere-se para indicar a denúncia, revelação ou acusação que é feita por uma das próprias pessoas que participaram do fato criminoso, revelando uma traição aos próprios companheiros, ou seja, a delação se verifica quando alguém admitindo a prática de um delito e revela que outra pessoa também o ajudou de alguma forma.

Conforme entendimentos de alguns doutrinadores:

Aranha, “a delação trata-se da afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia, e pela qual, além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação como seu comparsa”. (Adalberto José de Camargo, Da prova no processo penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. pág. 122)

Guilherme de Souza Nucci, diz que a delação premiada ocorre “quando se realiza o interrogatório de um corréu e este, além de admitir a prática do fato criminoso do qual está sendo acusado, vai além e envolve outra pessoa, atribuindo-lhe algum tipo de conduta criminosa, referente à mesma imputação”. (O valor da confissão como meio de prova. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1997, p. 208 apud GUIDI, José Alexandre Marson. Delação Premiada no combate ao crime organizado. Franca: Lemos & Cruz, 2006, pág. 98)

Pacheco Filho e Thums, entendem que a delação premiada “ocorre quando o indiciado, espontaneamente, revelar a existência da organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais de um dos seus integrantes”. (Vilmar; e Gilberto; Leis antitóxicos: crimes, investigação e processo: análise comparativa das leis 6.368/1976 e 10.409/2002. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. pág. 155)

Damásio de Jesus, estabelece em sua obra que delação seria “a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, investigado, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório (ou em outro ato)”. (Delação Premiada. Revista Justilex. Brasília, ano IV, n. 50, pág. 26 e 27, fevereiro de 2006)

A delação premiada não pode ser confundida com a simples confissão espontânea reiterada em juízo da autoria ou participação, pois a delação além de confessar a participação, também imputa a autoria à terceiro, sem essa indicação ou denúncia, o fato apenas configura como circunstância atenuante obrigatória na aplicação da pena, prevista no artigo 65, III, “d”, do Código Penal. (DELMANTO, 2002, pág. 131 e 132)

Continuando a nossa breve análise sobre a delação premiada, focando no segundo vocábulo - premiada, constataremos que é concedido um prêmio para o acusado que colaborou com a investigação, para receber o benefício, o indiciado deve confessar e denunciar o seus comparsas espontaneamente, o Estado como troca oferece, dependendo do caso concreto, uma diminuição da pena ou até mesmo um perdão judicial.

Entende-se que a delação premiada se adequa perfeitamente em uma espécie de "troca de favores" entre o Estado-Juiz e o réu, em vista do Estado para satisfazer a investigação, oferece benefícios àquele que confessar e prestar informações úteis ao esclarecimento do fato delituoso, que tenha sido realizado em concurso de agentes.

Devemos ressaltar, que para a delação seja válida e possa servir como meio de prova no processo penal, a confissão e a indicação dos demais parceiros deverá ser feita através da livre manifestação de vontade, ou seja, o delator não pode ser coagido, deve partir dele a iniciativa de cooperar com a investigação, e além disso, é imprescindível que ele tenha perfeitamente capacidade jurídica e o conhecimento do negócio jurídico que estabelecerá com o Ministério Público.

O instituto não possui uma lei específica que trate e regulamente a sua circunstância, a sua previsão está em diversas normas criminais esparsas, em que algumas vezes poderá trazer pontos diferentes na delação, no entanto, é admissível estabelecer alguns requisitos específicos da delação premiada que são comuns a todas as previsões no nosso ordenamento jurídico brasileiro, são eles: colaboração espontânea; participação do delator na prática da infração; relevância nas declarações; e efetividades das informações.

Os dois primeiros pontos comuns já foram trazidos e analisados ao longo do trabalho, agora os dois pontos finais, são de extrema relevância no processo criminal, visto que a relevância e a efetividade das informações declaradas levará a solução mais rápida à investigação criminal, isto é, constatado a verossimilhança das declarações fornecidas pelo acusado, será possível ter a noção de toda a complexidade do crime, sendo assim, aplicar efetivamente a punição correta aos criminosos que participaram da ação criminosa.

Desta maneira o processo penal se valendo do instituto da delação premiada, permite ao Estado se tornar mais eficiente e contundente em seu poder punitivo, que detém sobre todos os cidadãos que praticarem atos ilícitos contra aos bens jurídicos tutelados no Código Penal e nas Leis Penais esparsas.

2.3. Natureza Jurídica para o Direito Penal.

Conforme anteriormente mencionado, a delação premiada é uma medida de política criminal, adotada pelo Ministério Público, para reduzir a impunidade nos crimes praticados em concurso de agentes e incentivar os colaboradores a prestar todas as informações uteis para o processo, isto é, uma técnica especial de investigação, ou ainda, um meio extraordinário de obtenção de prova. Desta maneira na esfera penal, esta figura, de cunho processual, surge para fins de reduzir custos de investigação, alcançar mais rapidamente a verdade real e otimizar a duração razoável do processo.

A delação premiada é considerada uma técnica especial de investigação, porque o Ministério Público estabelece uma relação com um acusado, oferecendo um benefício conforme a situação do caso concreto, sendo uma causa de diminuição de pena, incidente na terceira etapa do sistema trifásico de aplicação da pena, ou uma causa extinção da punibilidade, pois pode resultar na concessão do perdão judicial, se o acusado colaborar com a investigação.

Melhor dizendo, o instituto da delação assume a natureza jurídica do benefício concedido pelo Estado, o perdão judicial ou a causa de diminuição da pena. Esse entendimento é adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme o julgamento do *Habeas Corpus* nº 97509: “A delação premiada, a depender das condicionantes estabelecidas na norma, assume a natureza jurídica de perdão judicial, implicando a extinção da punibilidade, ou de causa de diminuição de pena.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 97.509, 5ª Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, pág. 2, 2007).

Deste modo para âmbito do Direito Penal, a delação vem a ser uma espécie de minorante ou uma causa de extinção da punibilidade do acusado colaborador, previsto em lei.

Anteriormente no início desse tópico, foi apontado que a delação premiada ainda poderia ser considerada um meio extraordinário de obtenção de prova, o que será abordado separado no próximo tópico.

2.4. Natureza Jurídica quanto ao meio de Prova no Direito Processual Penal.

A tal atitude do colaborador confessar o crime e presta informações para a identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, naturalmente tem valor probatório, sendo uma confissão, visto que admite culpa no caso em questão, e quanto à meio de prova contra companheiros de prática criminosa, seria uma forma de testemunho qualificado, já que é feito por um dos indiciados ou acusados, isso de acordo com Guilherme de Souza Nucci, a delação assume características dos dois tipos de meio de prova, ou seja, tem caráter misto. (NUCCI, 2008, pág. 444)

Entretanto, a doutrina dominante sustenta que não se quadra em nenhum outro tipo de prova prevista no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, há ausência de semelhança com qualquer prova nominada no Código de Processo Penal.

A delação não seria confissão (*stricto sensu*), visto que o ato além de declaração voluntária da própria pessoa assumindo a prática de um fato criminoso, do qual é suspeito, o acusado imputa a responsabilidade da conduta criminosa a um terceiro, ou seja, a conduta de delatar é fundamental atingir o próprio confidente e uma terceira pessoa “desconhecida da investigação”. O ato de denunciar uma outra pessoa também não seria mero testemunho, já que um dos pressupostos para a validade de uma testemunha é ela não ser envolvida na ação criminosa, ser uma pessoa estranha, isto é, ela não ter uma relação direta com o fato delituoso. (GREGHI, 2009, pág. 8). Os autores Paulo Quezado e Jamile Viriginio também possuem o mesmo posicionamento.

Sendo assim, a delação premiada não se encaixa em nenhum meio de prova previsto em nosso ordenamento jurídico, não seria confissão, e muito menos testemunho, isto é, seria um meio extraordinário de obtenção de prova, embora possua características semelhantes dos dois meios de prova.

O instituto da delação premiada por assumir caráter de prova em um processo, deverá passar por um exame ou análise, assim como todas as provas colhidas nos autos do processo, será atribuída uma valoração, para então formar o convencimento do Juiz, para que assim ele possa proferir uma sentença fundamentada, conforme exige o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

2.5. Valoração da Delação Premiada quanto ao meio de prova.

Após analisarmos a natureza jurídica da delação premiada como meio de prova devemos passar a analisar o seu valor probatório no processo penal. Existe forte divergência doutrinária e jurisprudencial quanto ao valor atribuído à delação como prova.

Há correntes que sustentam que a delação por si só não permite certeza probatória capaz de ensejar uma sentença condenatória, seria mera prova indiciária, devendo ser respaldada nas demais provas dos autos, para embasar possível condenação. A outra corrente atribui-a força incriminadora, que por si só já valeria como prova suficiente para condenação.

Acontece que quando vamos estudar os tipos de provas existentes no processo penal, compreendemos que nenhum meio de prova, seja a confissão ou o testemunho, possui valor probatório absoluto, ou seja, soberano, aquele que se coloca sobre as demais provas.

No caso da delação, esse meio extraordinário de prova será como apenas um indicador da materialidade e da autoria do crime, devendo o processo ser instruído com outras provas que corroborem as informações apresentadas pelo delator, isto é, que não se pode proferir uma sentença condenatória a alguém, exclusivamente com base nas declarações afirmadas pelo delator.

É evidente que a delação premiada é apenas uma peça no processo, e que ela deve está em perfeita harmonia com as demais provas produzidas em juízo, podemos constatar esse entendimento no *Habeas Corpus* n. 75.226 do STF; e STJ, HC n. 11.240 e n. 17.276: “A delação embora não tenha o condão de embasar, por si só, uma condenação, adquire força probante suficiente desde que harmônica com as outras provas produzidas sob o crivo do contraditório.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n.75.226, 2ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, pág. 45, 1997).

Logo após dessa decisão do Supremo Tribunal Federal, ficou evidente que uma sentença para que seja devidamente fundamentada não pode ser proferida com base somente nas declarações do delator.

O Eduardo Araújo da Silva entende que a delação premiada deve ser respaldada pelas demais provas apresentada no processo, para embasar uma possível condenação, e a justificativa para tal posicionamento é que pelo fato do acusado não presta o compromisso de falar a verdade em seu interrogatório, podendo colaborar falsamente com a Justiça, incriminando indevidamente alguém, haja visto que ele se encontra como usufruidor do benefício de concessão de perdão judicial ou diminuição de pena, logo, fazendo com que esses fatores tornem as declarações do delator suspeita, necessitando da fundamentação das demais provas. (DA SILVA, 2003, pág. 145)

Esse posicionamento é plausível, porque a delação premiada não nos permite segurança jurídica, pois o delator não seria de confiança, já que faz parte de um ato delituoso, e como esta na situação de beneficiário do prêmio de redução da pena, poderia a qualquer custo, meramente indicar alguém para receber tal benefício.

Conseqüentemente, para que haja a condenação do delatado é necessário que a indicação do delator, esteja em concordância com as demais provas produzidas no processo criminal, ou seja, concatenadas umas as outras, evidenciando de fato a participação do acusado.

Salienta-se que inclusive na Lei de Organizações Criminosas, tem previsão sobre esse entendimento que a sentença condenatória deve ser fundamentada e embasada com as demais provas produzidas nos autos, não só sendo deferida com base nas declarações do delator, já que estabelece em seu art. 4º, § 16, que “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.” (BRASIL, Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013)

Então, veremos adiante no próximo capítulo como a delação se comporta dentro da previsão de cada lei em nosso ordenamento jurídico brasileiro, analisando o Código Penal, a Lei dos Crimes Hediondos, Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro, Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica, Lei de Proteção de Vítimas e Testemunhas, depois a Lei de Drogas, e por ultimo a Lei das Organizações Criminosas.

3. PREVISÕES NA LEGISLAÇÃO DA DELAÇÃO.

Nesse capítulo trataremos sobre as previsões da delação premiada no nosso ordenamento jurídico brasileiro. No primeiro capítulo quando abordamos a delação premiada na sua evolução no tempo, vimos que a primeira previsão do instituto foi feita na Ordenações Filipinas, quando o Brasil era colônia de Portugal, antes que o nosso país tivesse seu próprio Código Penal ou sua legislação que tratasse sobre o tema.

O primeiro tópico nesse capítulo sobre a previsão da delação premiada será o § 4º, do art. 159 do Código Penal, cujo legislador quis estabelecer que para a determinada situação devesse ser realizado em concurso de pessoas, embora não tenha sido a primeira previsão no nosso ordenamento jurídico, visto que surgiu depois da Lei dos Crimes Hediondos, nosso segundo tópico. Logo seguido pela Lei de Proteção de Vítimas e Testemunhas, depois a Lei de Drogas, a Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro, a Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica e por último a Lei das Organizações Criminosas, por ser mais complexa e ser o marco mais importante na evolução do instituto.

3.1. Código Penal § 4º do art. 159

O Código Penal alenca inúmeros fatos que são considerados ilícitos e puníveis para a visão do Estado. O fato típico descrito no nosso Código Penal que iremos discorrer será o previsto no art. 159, o crime de extorsão mediante sequestro, aquele que atenta contra o patrimônio, a liberdade individual, com a integridade física e psíquica da pessoa que está sofrendo a agressão, esse crime é o qual o sujeito tem a ação de sequestrar outra pessoa, isto é, privar uma pessoa da sua liberdade, com o objetivo de obter qualquer tipo de vantagem, já que impõe condição ou preço de resgate para que a vítima possa voltar a exercer o seu direito de ir e vir.

Dentro da previsão desse crime, foi inserido pela Lei nº 9.269, a possibilidade do benefício da delação premiada no § 4º, onde a redação estabelece que: "Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços." (BRASIL, Código Penal, Redação dada pela Lei nº 9.269, de 1996).

Diante da redação é possível extrair algumas condições, o crime de sequestro deverá ser realizado em grupo, possuir coautores ou partícipes, e um desses agentes deve denunciar seus parceiros às autoridades policiais, facilitando a libertação da vítima, proporcionando o encerramento da atividade delituosa, atingindo esse objetivo, admite ao acusado que cooperou a redução de um a dois terços da pena estabelecida no caput do artigo.

3.2. Lei dos Crimes Hediondos nº 8.072

A lei nº 8.072 sobre Crime Hediondos foi criada para estabelecer certos crimes no Código Penal como sendo mais graves, que teriam um potencial ofensivo maior e que mereceriam um tratamento mais severo, devendo ser cumprida a pena inicialmente em regime fechado, a progressão de regime deveria ser concedida após um maior tempo do cumprimento da pena que a forma convencional, ter o tratamento de inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.

Contudo iremos discorrer apenas sobre a previsão no art. 8º da referida lei, que previu a capacidade dos crimes elencados no primeiro artigo serem cometidos em bando ou quadrilha, isto é, uma associação estável e permanente de mais de três pessoas com o fim de praticar uma série de crimes, e além disso, prever a estipulação da pena a ser imposta a tal hipótese. No mesmo artigo foi previsto o instituto da delação premiada, no parágrafo único, no qual "O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços." (BRASIL, Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990).

O entendimento extraído desse parágrafo é que aquele que denunciar o seus companheiros do bando ou quadrilha às autoridades, favorecendo o declínio do grupo criminoso, ou seja, possibilitando o fim do grupo que está associado para prática criminosa, fará jus ao benefício da redução da pena de um a dois terços.

A aplicação do instituto aos crimes equiparados a hediondos, ou seja, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e o terrorismo, é perfeitamente possível, visto que no próprio caput do art. 8º mencionou também eles, incluindo a aplicação da pena nos crimes praticados em quadrilha ou bando.

3.3. Lei de Proteção de Vítimas e Testemunhas nº 9.807

A Lei de Proteção de Vítimas e Testemunhas surgiu para regulamentar a proteção as pessoas que estavam envolvidas em crimes, seja como vítima, testemunha, ou até mesmo um acusado que ajudasse na investigação. Essa lei permitiu estender tal benefício da delação para outras situações, ampliou a aplicação do instituto no art. 13.

Art.13 Poderá o Juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo ciminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

(BRASIL, Lei nº 9.807, de 13 de julho 1999)

Embora tenha ampliado a aplicação, estabeleceu alguns requisitos: o acusado deve ser primário, isto é, o fato que ele colaborou deve ser a primeira atividade criminosa praticada; o acusado ainda deve ter ajudado por livre e espontânea vontade; e as informações prestadas deve ser possível: a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa, a localização da vítima com a sua integridade física preservada ou a recuperação total ou parcial do produto do crime. Estanto presente um dos requisitos previsto, o Juiz poderá conceder o perdão judicial ao delator.

No entanto, o legislador abriu mais uma possibilidade da delação premiada ao indiciado em um processo criminal, no art. 14 da mesma lei.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

(BRASIL, Lei nº 9.807, de 13 de julho 1999)

Nesse artigo preve que aquele acusado que não for primário e tiver uma sentença condentória no processo que colaborou, caberá apenas a diminuição de um a dois terços de sua pena, mas ainda deve alcançar qualquer um dos resultados, a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa, a localização da vítima com a sua integridade física preservada e a recuperação total ou parcial do produto do crime.

3.4. Lei de Drogas nº 11.343

A Lei nº 11.343, regulamenta os crimes relacionados a entorpecentes, como tráfico de drogas, posse para consumo, preparação, contrabando, etc. Além disso, a lei trás a estipulação das penas a serem aplicadas aos fatos descritos, causas de aumento e diminuições.

Dentre uma das diminuições previstas nessa lei, está a colaboração de um dos acusados, no art. 41, onde "o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços." (BRASIL, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006).

Dessa previsão podemos ter o entendimento que o acusado que fornecer informações por livre e espontânea vontade, para identificar o seus comparsas e conseguir favorecer a recuperação total ou parcial dos entorpecentes objeto do crime, ajudando as autoridades nas investigações, terá o benefício da redução da pena de um a dois terços, desde que tenha sido condenado na sentença.

3.5. Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro e Nacional

A Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro surgiu em 1986, sua atuação é antiga, a necessidade de prever crimes contra o sistema financeiro já era notavel a muito tempo, porém com a Lei Federal 9.080, inseriu o instituto da delação premiada, o benefício da redução da pena àqueles acusados que prestasse informações sobre seus companheiros e o fato delituoso a Justiça. O tal benefício está previsto no § 2º do art. 25 da referida Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro.

§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (BRASIL, Lei 7.492, de 16 junho de 1986)

O parágrafo além de trazer a previsão do instituto, revelar as autoridades todo o enredo, encadeado de ações executadas na ação criminosa, estabelece requisitos para a concessão, o crime praticado pelo delator deve ter sido cometido em quadrilha ou bando, um grupo com mais de três pessoas, ou até mesmo cometido em co-autoria, incluindo os praticados com menos de três pessoas.

3.6. Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica

A Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica é de 1990, e assim como a Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro e Nacional, o instituto da delação premiada foi inserido no art. 16, em um parágrafo único, pela Lei Federal 9.080, contendo a mesma redação.

Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (BRASIL, Lei n 8.137, de 27 de dezembro de 1990)

Extraímos desse parágrafo, a concepção que aquele acusado que em sua confissão prestar informações sobre as ações executadas no fato delituoso e denunciar o seus comparsas as autoridades, por livre e espontânea vontade, terá o benefício da redução da sua pena. Destaca-se que assim como a previsão na Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro e Nacional, o crime investigado deve ser cometido por quadrilha ou bando, um grupo com mais de três pessoas.

3.7. Lei das Organizações Criminosas nº 12.850

Em virtude da sofisticação das organizações criminosas apresentavam com o passar do tempo, o Estado viu a necessidade de elaborar uma lei que definiria o que viria a ser uma organização criminosa e dispor sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado, isto é, uma lei que tivesse a finalidade de regulamentar todos os atos, desde investigação até os atos processuais realizados àqueles casos, ajudando exercer melhor o *jus puniendi*, e buscasse inibir a prática de crimes por essas organizações.

De acordo com essa lei no art. 1º, no primeiro parágrafo: “Considera-se organização criminosa a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.” (BRASIL, Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013)

O nosso foco nessa lei é apenas sobre o instituto da delação premiada, essa lei além de prever, autorizou expressamente a admissão da delação premiada como prova na investigação ou processo criminal, no art. 3º, no inciso I. Um marco extremamente importante, porque até então nenhuma lei havia mencionado que esse tipo de prova excepcional era claramente admissível em nosso processo criminal brasileiro.

Essa lei foi tão importante para evolução desse instituto que criaram uma seção, com quatro artigos que falasse apenas sobre a colaboração premiada, o primeiro artigo da seção fala sobre os requisitos para conceder o benefício do perdão judicial, da redução da pena privativa de liberdade ou substituí-la por restitiva de direitos.

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

(BRASIL, Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013)

Do referente caput do artigo podemos extrair que o acusado, que forneceu informações para investigação ou processo criminal, deve ter agido por livre espontânea vontade, ou seja, a ação de cooperar não pode ser fruto de coação, seja física ou psíquica, deve partir dele a vontade de ajudar ou então decorrer de proposta do Ministério Público, através de acordo entre as partes.

Aliás, as informações prestadas devem auxiliar realmente a alcançar os objetivos previstos na lei: a) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; b) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; c) a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; d) a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. Por fim, após satisfazer qualquer um dos requisitos previsto nos incisos, para a concessão do benefício o Juiz deve analisar as circunstâncias subjetivas favoráveis do agente, que seria a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso. Analisados os requisitos subjetivos, o acusado fará jus ao perdão judicial ou a redução da pena de um a dois terços.

Há doutrinadores que entendem que o tal artigo traz cinco espécies de colaboração. No entendimento de Luiz Flávio Gomes (2014), o primeiro inciso seria a própria delação premiada: onde o acusado possibilita a identificação dos demais coautores ou partícipes da organização criminosa bem como das infrações penais por ela praticadas; o segundo inciso seria a colaboração reveladora da estrutura e do funcionamento da organização: o acusado colaborador revela a estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; o terceiro inciso seria a colaboração preventiva: tem por escopo prevenir infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; o quarto inciso a colaboração para localização e recuperação de ativos: o acusado colaborador com as informações prestadas possibilita à recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e o último inciso seria a colaboração para libertação da vítima: o acusado colaborador com as informações viabiliza a localização da vítima, por exemplo de um sequestro, com a sua integridade física preservada. (Disponível no site: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ha-diferenca-entre-colaboracao--e-delacao-premiada/14756>)

A Lei de Organizações Criminosas prevê inúmeros outros benefícios além da diminuição da pena do colaborador, discorreremos sobre cada um deles adiante.

A colaboração realizada pelo acusado, a depender da sua relevância no processo criminal, permite ao Ministério Público ou ao delegado de polícia requerer ou representar ao Juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, conforme art. 4º, § 2º.

Entre mais um dos benefícios estabelecido em lei, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa ou for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos do caput do art. 4º, essa possibilidade está prevista no § 4º.

O art. 4º também preve uma outra possibilidade no § 5º, em qual proferida sentença condenatória e a colaboração surgiu depois, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

É essencial lembrar que no Brasil, as delações devem ser imprescindíveis de acordos firmados entre o Ministério Público ou pelo Delegado de polícia, proposto a defesa dos acusados colaboradores.

O termo do acordo para ter validade jurídica deverá ser feito por escrito e conter: a) o relato da colaboração e seus possíveis resultados; b) as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; c) a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; d) as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; e) a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Atingindo o objetivo da realização do acordo da delação premiada, será remetido ao Juiz para que seja realizada a sua homologação, em seguida o Juiz verificando a sua regularidade e a legalidade, passará a ouvir o colaborador, na presença de seu defensor em juízo.

4. INCONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO JURÍDICO DA DELAÇÃO PREMIADA

A delação premiada se positivou no nosso ordenamento jurídico brasileiro, com o decorrer do tempo, conseguiu ganhar força, como visto nos capítulos anteriores, havendo previsão em várias leis, na legislação brasileira, obtendo apoio de alguns doutrinadores desse tipo de mecanismo extraordinário.

No entanto, surge certo posicionamento contrário a esse instituto, em razão de alguns princípios e garantias constitucionais serem gravemente feridos com a sua aplicação no meio processual, dependendo da forma como é obtida. Essa grande questão vem sendo levantada, com bastante frequência.

No primeiro passo iremos estabelecer o que vem a serem direitos fundamentais no ordenamento jurídico. A maior parte dos operadores do direito entende que são àqueles direitos do ser humano que são reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de um determinado Estado. Os direitos fundamentais surgiram com a necessidade de proteger o homem do poder estatal, ou seja, limitar a discricionariedade estatal, seja impedindo a intervenção em sua esfera privada, seja conferindo o direito de exigir do Estado condutas positivas em prol do bem-estar do indivíduo, cabe, portanto o Estado o dever de observar e respeitar, ou seja, não violar esses direitos garantidos na Constituição, protege-los, não permitir que os direitos sejam violados, por quem quer que seja, e promover os direitos fundamentais possibilitar que todos usufruam.

De acordo com o artigo 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal, os direitos e garantias individuais são cláusula pétrea, dispositivo constitucional imutável, isto é, aquilo que não pode sofrer mudança, recebe a qualidade de permanecer da mesma forma, logo sendo garantia do cidadão que não pode ser retirada ou mudada.

Cláusula pétrea, por sua vez, significa artigo ou disposição legal que deve ser cumprida obrigatoriamente, que não permite renúncia ou inaplicabilidade, por estar petrificada, dura, imóvel, por ser inquebrável e intocável. É lei ou norma que se cumpre sem qualquer discussão quanto a sua interpretação de viabilidade – fática ou de direito -, por ser e estar taxativamente blindada na ordem constitucional, não se modifica, não se revoga ou não se reforma, é portanto, superior hierarquicamente falando, quanto a validade e soberania legal, faz parte da base e do sistema jurídico adotado e assegurado. (MAIA NETO, Cândido Furtado, “Direitos Humanos Individuais Fundamentais no Processo Penal Democrático: Blindagem das garantias constitucionais ou

vítimas do crime de Abuso de Poder” Revista Jurídica da UNISEP – Faculdade de Direito da União de Ensino do Sudoeste do Paraná, pág. 198 e 215)

Abordaremos agora quais são os direitos e garantias fundamentais lesados com a aplicação do instituto da delação premiada, constatado com nossas pesquisas em livros, doutrinas e artigos científicos.

Destaca-se que no Brasil a delação tem previsão apenas como minorante da pena ou perdão judicial, não possui previsão quanto à forma de ser realizado ou procedimentos que devem ser tomados no âmbito processual. Em razão disso, as delações são realizadas através de acordos firmados entre o Ministério Público e o acusado, cabendo às partes estipularem as condições e cláusulas do acordo.

Um grupo de advogados após analisar diversos acordos firmados entre delatores e o Ministério Público no Brasil, resolveram publicar um artigo no Boletim de notícias do Consultor Jurídico, cujo tema abordava essa questão da inconstitucionalidade da delação, onde os acordos de delação premiada realizados no caso da operação "lava jato" estariam violando a Constituição, e inclusive leis penais. A notícia publicada apontou inúmeras situações que os princípios e garantias fundamentais eram feridos com a utilização do instituto, os pontos trazidos na notícia serão discorridos adiante.

Na maior parte das delações premiadas firmadas pelo Ministério Público e os colaboradores possuem cláusulas que proíbem o delator conteste o acordo judicialmente ou interponha recursos contra as sentenças que receber, garantia constitucional prevista no art. 5º, XXXV da Constituição Federal. (RODAS, Acordos de delação premiada da "lava jato" violam Constituição e leis penais, Boletim de notícias da ConJur, ano 2015).

A interposição de recurso é exercício regular de um direito da parte, pois nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação ou reapreciação do Judiciário, obedecendo ao princípio do duplo grau de jurisdição. A finalidade do recurso é dentro do mesmo processo, possibilitar que a decisão judicial seja reformada, invalidada, esclarecida ou ser integrada, em vista da apresentação de algum direito da parte, que merece ser satisfeito. O direito de propor recurso às decisões judiciais é inerente ao acusado, pois como mencionado anteriormente é direito fundamenta e assume status de cláusula pétrea na Constituição Federal, não permitindo renúncia ou inaplicabilidade.

Em alguns compromissos firmados vedam a impetração de *Habeas Corpus* e obrigam que eles desistam dos que estão em tramitação, direito assegurado no art. 5º, LXVIII da Constituição Federal, em que aquele que se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. (RODAS, Acordos de delação premiada da "lava jato" violam Constituição e leis penais, Boletim de notícias da ConJur, ano 2015)

O *habeas corpus* nada mais é do que um remédio constitucional, da qual nos ampara contra as ameaças arbitrárias do Estado, logo se o *habeas corpus* é uma limitação da discricionariedade estatal, torna-se um direito fundamental do indivíduo, impossível de ser retirado ou mudado, porque apresenta característica de ser imutável.

O Ministério Público em maioria de seus acordos estabelecidos com o delator exige que ele renunciar o seu direito ao silêncio, visto que é necessário prestar todas as informações necessárias ao processo, para receber o benéfico da redução da pena ou o perdão judicial. (RODAS, Acordos de delação premiada da "lava jato" violam Constituição e leis penais, Boletim de notícias da ConJur, ano 2015.)

Diante de dos fatos expostos e analisados, é evidente que nos acordos de delações premiadas, os quais possuem cláusulas abusivas, vedando, proibindo ou renunciando algum direito fundamental do colaborador, seja o direito de propor recurso, impetrar *habeas corpus*, renúncia do direito ao silêncio, etc, são inconstitucionais. Visto que a Constituição está hierarquicamente superior as demais normas, no topo da pirâmide de Kelsen.

A renúncia ao direito ao silêncio, não esta presente só nos acordos firmados entre o Ministério Público e os delatores, ele também está previsto na Lei das Organizações Criminosas, no art. 4º, § 14, onde “Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.” (BRASIL, Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013)

E essa renúncia afronta o direito garantido no art. 5º, LXIII da Constituição Federal, que também está previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, o famoso Pacto de San José da Costa Rica, onde o Brasil se encontra signatário. O tal

direito tem a intenção de proteger contra as hostilidades e as intimidações historicamente desfechadas contra os réus pelo Estado.

O colaborador com o compromisso legal de dizer a verdade, pode vir a produzir prova contra si mesmo, evidenciando um o acordo de colaboração não proveitoso ao acusado, mesmo embora tenha o direito de retratar-se da colaboração, no art. 4º, § 10, e assegurado que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

Ferreira Filho (2013), sobre a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, fala que de fato desrespeita a Constituição Federal, uma vez que ninguém é obrigado a produzir provas em seu desfavor e o silêncio do acusado é garantido no inciso LXIII do Art. 5º, a imposição da renúncia a esse direito é extremamente prejudicial, por mais que o colaborador seja beneficiado com a redução da pena.

Entre outros acordos, os delatores não têm acesso a seus depoimentos antes da proposição da ação, sendo que a defesa deve ter acesso a todos os documentos e informações de inquéritos e processos, evidenciando uma afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, que são assegurados a todos os acusados e litigantes no art. 5º, LV da Constituição Federal, deve ressaltar que tais princípios estão intrinsecamente ligados com o princípio do devido processo legal, art. 5º, LIV da Constituição Federal, pois é inegável que o direito a defender-se amplamente implica consequentemente na observância dos procedimentos assegurados legalmente. (RODAS, Acordos de delação premiada da "lava jato" violam Constituição e leis penais, Boletim de notícias da ConJur, ano 2015.)

A utilização da delação premiada não só atinge o delator, como visto anteriormente, pois ele atribui a um terceiro a participação ou autoria do mesmo crime praticado. No entendimento de José Alexandre Guidi, se o delatado não pode acessar nem participar do interrogatório do seu delator, fazendo perguntas e reperguntas, estaria indo contra os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, LV da Constituição Federal. (GUIDI, 2006, pág. 130)

O Guilherme de Souza Nucci, possui o posicionamento que o ato de denunciar alguém a uma investigação, ao envolver outrem, admitindo supostamente o caráter testemunhal, sendo necessário que o Juiz do processo autorize a defesa do delatado fazer perguntas e reperguntas no interrogatório do delator, para assegurar e garantir que os direitos à ampla defesa e o contraditório estão sendo respeitados devidamente. (NUCCI, 2008, pág. 445)

Entende-se por princípio do contraditório, o exercício de demonstrar uma tese através de uma argumentação para rebater os fatos alegados pela outra parte, ter também a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário, ainda cabe à oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar. E o princípio da ampla defesa compreende-se a parte demandada de ser informada a respeito do que está sendo alegado pelo demandante, a fim de que possa produzir defesa de qualidade e indicar prova necessária, lícita e suficiente, ou seja, direito de utilizar-se de todos os recursos possíveis para alicerçar sua peça contestatória. Ambos os princípios possuem a finalidade de elidir a pretensão deduzida em juízo pela parte diversa, ninguém pode ser privado de seu direito de exercer sua defesa. (DE ALMEIDA, 2002, Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3166>)

Portanto, quando não se respeita o princípio do contraditório e tanto o princípio da ampla defesa, garantidos no art. 5º, LV da Constituição Federal, não se observa as formalidades necessárias para se conduzir o processo, e nenhum indivíduo pode ser privado de sua liberdade ou seus bens sem o devido processo legal, conforme previsto no art. 5º, LIV da Constituição Federal.

A lesão aos três princípios em conjunto, contraditório, ampla defesa, devido processo legal, devem ser perfeitamente repugnado, não se cabe nenhuma discussão sobre a possibilidade de violabilidade desses direitos fundamentais blindados na Constituição Federal, são direitos inerentes do indivíduo, que são assegurados a todos os acusados, não podendo ser mudado, retirado, renunciado ou afastado a sua aplicação, ou seja, também configura como *clausula pétrea*, devem ser observado e respeitado pelo Estado dentro do âmbito processual.

Em contrapartida quando se olha a delação como meio de prova, se for observados os princípios da ampla defesa e contraditório, acaba sendo constitucional. No entanto, se o acusado ou delatado, não puder ter acesso a todos os documentos e informações do inquérito ou processo, e nem exerce a participação a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar, exercendo seu direito de realizar perguntas e reperguntas ao delator, respeitando os princípios da ampla defesa e contraditório, acaba-se tornando uma prova ilícita, acarretando modificações extremamente importantes no processo penal, devendo ser desentranhada do processo, isto é, ser retirada, de acordo com a interpretação do art. 157 do Código de Processo Penal, que diz “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, combinado com art. 5º, LVI da Constituição Federal, onde “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Essa mudança poderá causar um grande desconforto e insegurança jurídica no meio Judiciário. A delação premiada dessa forma tornando-se evidentemente contrária a Constituição Federal, sendo, portanto inconstitucional.

Além disso, a negociação do benefício da diminuição da pena ou o perdão judicial fere também o princípio da proporcionalidade da pena, uma vez que se punirá com penas diferentes pessoas envolvidas no mesmo fato, onde é possível encontrar idênticos graus de culpabilidade, ou até mesmo fizeram tanto ou até menos que o delator. (CERVINI; GOMES; 1997, pág. 166 e 167)

Há quem diga que não existe lesão à proporcionalidade na aplicação da pena, em razão da aplicação da pena ser regida pelo nível da culpabilidade, ou seja, o juízo de reprovação social do fato, tornando totalmente flexível a ação de diminuição da pena ou o perdão judicial, haja visto que ao colaborar, o delator demonstra menor culpabilidade. (NUCCI, 2008, pág. 446). A base para tal posicionamento de Nucci é o princípio da individualização da pena, estabelecido no art. 5º, XLVI da Constituição Federal, cominados com o art. 34 do Código Penal e artigos 5º, 8º, 41, XII e 92, parágrafo único, II, da Lei de Execução Penal. A dinâmica desse princípio é garantir que as penas dos infratores não sejam igualadas, mesmo que tenham praticado crimes idênticos. Isto porque, independente da prática de mesma conduta, cada indivíduo possui um histórico pessoal, circunstâncias subjetivas, devendo cada qual receber apenas a punição que lhe é devida.

A regra constitucional é que os direitos fundamentais deverão prevalecer sobre as normas infraconstitucionais, ser observados e não restringidos, não caberia flexibilização. No entanto, a própria Constituição Federal permite exceções, como o caso do XI, art. 5º, “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. (BRASIL, Constituição Federal, de 1988)

Esse tipo de exceção fez surgir no ordenamento jurídico a teoria de ponderação ou relativização dos direitos e princípios fundamentais, que cada vez mais ganha adeptos aqui no Brasil. Essa teoria na verdade, veio reconhecer que não há direitos absolutos e que toda norma de direito fundamental é relativa, passível de limitação. Acontece que afirmar que os direitos fundamentais podem ser limitados não significa dar uma carta em branco para que eles sejam suprimidos abusivamente – e talvez seja aqui a grande crítica que se pode fazer à técnica da ponderação e relativização.

O Guilherme Nucci é adepto da delação premiada, em seu posicionamento ele esclarece que esta é um mal necessário, em razão do interesse Estatal de exercer seu poder punitivo, onde inclusive é em prol de toda coletividade, cujo objetivo maior é a proteção e a manutenção do Estado Democrático de Direito. (NUCCI, 2008, pág 446)

Os direitos fundamentais não se compatibilizam com a análise de oportunidade e conveniência por parte de administração pública. O Estado não pode se utilizar da delação de forma arbitrária, por mais nobre que seja a finalidade pretendida, conquistar eficiência no seu *jus puniendi*, os fins jamais podem justificar os meios, em um Estado que se pautar pelos ideais democráticos, em que prevalece o respeito aos direitos fundamentais, ainda que, ao final, a sociedade possa se beneficiar.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

No presente trabalho examinamos que a delação premiada vem a ser a conduta de um dos acusados, de confessar a autoria de uma ação criminosa e de cooperar com as autoridades, admitindo até denunciar ou revelar a participação de mais pessoas envolvidas na trama delituosa, afim de que as investigações obtenha melhor sucesso, e o Estado em troca permite que o colaborador obtenha uma diminuição de sua pena ou perdão judicial, dependendo do caso concreto.

A delação premiada por sua vez no âmbito penal tem como natureza jurídica de ser uma minorante, isto é, uma circunstância que acarreta a diminuição da pena na terceira etapa do sistema trifásico de aplicação da pena feita pelo Juiz.

A tal conduta de confessar e revelar as autoridades informações necessárias para obter sucesso nas investigações, no âmbito processual admite caráter de prova, acontece que essa ação não vem a ser uma confissão *stricto sensu* e nem um testemunho contra seus comparsas, a delação seria um meio de prova extraordinária, sem previsão no Código de Processo Penal, embora tenha características semelhantes às da confissão e testemunho.

Ressalta-se que as declarações fornecidas pelo colaborador é apenas um indicador de materialidade e autoria do fato delituoso, o processo criminal deve ser instruído com mais provas, para comprovar a participação dos demais acusados, para que então o Juiz possa proferir uma decisão condenatória com a devida fundamentação, visto que a delação sozinha não tem força suficiente para embasar uma condenação.

A delação não só atinge o acusado colaborador, mas também o terceiro que é indicado ou denunciado pelo companheiro da ação criminosa. Em um processo na obtenção desse meio de prova extraordinário, deve-se observar e respeitar os princípios da ampla defesa e do contraditório, isto é, permitir o delatado de exercer o seu direito de realizar perguntas e reperguntas no interrogatório de seu delator, permitindo que possa se defender e produzir provas suficientes em sua tese contestatória. Se não forem respeitados esses direitos fundamentais do acusado denunciado, deverá ser considerado ilícito esse meio de prova, ferindo o devido processo legal, e se tornando tal ação inconstitucional.

Ao abordamos o tratamento legislativo da delação, vimos que na Lei de Organizações Criminosas, surgiu a nomenclatura colaboração premiada, um termo mais amplo, admitindo cinco espécies, dentre uma delas a delação premiada.

O trabalho adotou o termo delação, em vista de debater justamente sobre a lesão causada ao acusado delatado, o Estado se usar a delação premiada sem qualquer critério seguro, é extremamente perigoso, já que pode levar a uma idéia equivocada de que as proteções constitucionais são frágeis e que podem ceder sempre que assim ditar o interesse público. Logicamente, uma situação assim não é compatível com um Estado que se julgue democrático de direito.

Sobre a mesma ótica debatendo a inconstitucionalidade, vimos que o art. 4º, § 14, da Lei das Organizações Criminosas, incontestavelmente é afrontivo aos direitos do delator, renunciar o direito ao silêncio é garantia Constitucional, esse direito garantido teve a finalidade de colocar fim as crueldades cometidas por anos do Estado contra o cidadão, ao longo da história, visto no tempo medieval, ditadura militar, e outros acontecimentos históricos, cuja arbitrariedade do Estado foi marcante.

Depois de uma luta incesante para conquistamos direitos fundamentais a cada individuo, independente de ser criminosos ou um “cidadão de bem”, é inviável permitimos o Estado utilizar esse meio para chegar ao fim de exercer seu poder punitivo a qualquer custo, não acaba sendo compatível com o regime Estado democrático de direito que adotamos.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio, Legislação Penal Especial, 7ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, ano 2010.

ARANHA, Adalberto José de Camargo, Da prova no processo penal. 5ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, ano 1999.

BRASIL, Código Penal, 07 de dezembro de 1940, Disponível site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm

BRASIL, Constituição Federal, de 1988, Disponível site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

BRASIL, Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, Disponível site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm

BRASIL, Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, Disponível site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm

BRASIL, Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, Disponível site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm

BRASIL, Lei nº 9.807, de 13 de julho 1999, Disponível site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm

BRASIL, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, Disponível site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm

BRASIL, Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, Disponível site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 97.509, 5ª Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, pág. 2, ano 2007. Disponível site: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19136024/habeas-corpus-hc-97509-mg-2007-0307265-6>

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n.75.226, 2ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, pág. 45, 1997. Disponível site:

CAPEZ, Fernando, Curso de Processo Penal, 21ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, ano 2014.

CARVALHO, Edward Rocha de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre: Fonte do Direito, ano VI, n. 22, 75-84, abr./jun. 2006.

CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio. Crime organizado: enfoque criminológico, jurídico e político-criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1997.

DA COSTA, Marcos Dangelo, Delação Premiada, ano 2008, Conteúdo Jurídico. Disponível no site: <http://zip.net/bjtjWm>

DA SILVA, Eduardo Araújo, Crime organizado: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, ano 2003.

DA SILVA, José Geraldo; BONINI, Paulo Rogério; LAVORENTI, Wilson; Leis Penais Especiais Anotadas, 11ª Edição, Campinas-SP, Editora Millennium, ano 2010.

DE ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo, ano 2002, Jus Navigandi, Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3166>

DELMANTO, Roberto; DELMANTO Jr., Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. Leis penais especiais comentadas. São Paulo: Saraiva, 2014

FERREIRA FILHO. Juvenal Marques. ASPECTOS PRÁTICOS DA LEI Nº 12.850 DE 02 DE AGOSTO DE 2013. Delegados.com.br. Disponível em: <http://zip.net/bwtjqS> Acessado em: 10 maio de 2016

FRIGGI, Márcio Augusto, Artigo científico Colaboração Premiada. Disponível no site: <http://zip.net/bwtjqL>

GOMES, Luiz Flávio, Há diferença entre colaboração e delação premiada, Jornal Carta Forense, 2014. Disponível no site: <http://zip.net/bptkyD> Acessado em: 4 de maio de 2016

GRECO, Rogério, Código Penal Comentado, Editora Impetus, ano 2013.

GREGHI, Fabiana, Artigo científico A Delação Premiada no Combate ao Crime Organizado, Jus Brasil, ano 2009. Disponível no site: <http://zip.net/bktj1C>

GUIDI, José Alexandre Marson. Delação Premiada no combate ao crime organizado. Franca: Lemos & Cruz, 2006.

HAYASHI, Francisco, Artigo científico Entenda a “delação premiada”, Jus Brasil, ano 2014. Disponível no site: <http://zip.net/bstkbQ>

JESUS, Damásio, Delação Premiada. Revista Justilex. Brasília, ano IV, n. 50, fevereiro de 2006.

LEAL, Magnólia Moreira, A delação Premiada: um questionável meio de provas frente aos princípios e garantias constitucionais, Juris Way, ano 2012. Disponível no site: http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=7663

LOBO, Iury Jim Barbosa, Delação premiada: uma análise sobre a sua validade e eficácia no curso do processo penal, ano 2016. Disponível no site: <http://zip.net/bjtjWn>

LOPES, Lorena Duarte Santos, Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal, Âmbito Jurídico.com.br Disponível site: <http://zip.net/bytkB6>

MAIA NETO, Cândido Furtado, “Direitos Humanos Individuais Fundamentais no Processo Penal Democrático: Blindagem das garantias constitucionais ou vítimas do crime de Abuso de Poder” Revista Jurídica da UNISEP – Faculdade de Direito da União de Ensino do Sudoeste do Paraná, pg. 198/215.

MOREIRA FILHO, Agnaldo Simões, Artigo científico Delação Premiada breves considerações, Direito Net, ano 2007. Disponível no site: <http://zip.net/bgtjNP>

NOGUEIRA, Marden de Carvalho, A relativização dos direitos fundamentais na perspectiva do direito material e processual penal, Jus Navigandi, ano 2014, Disponível site: <http://zip.net/bytkCb>

NUCCI, Guilherme de Souza, O valor da confissão como meio de prova. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1997, p. 208 apud GUIDI, José Alexandre Marson. Delação Premiada no combate ao crime organizado. Franca: Lemos & Cruz, 2006, p. 98.

NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Processo Penal e Execução Penal, 5ª Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 2008.

PACHECO FILHO, Vilmar; E THUMS, Gilberto; Livro Leis antitóxicos: crimes, investigação e processo: análise comparativa das leis 6.368/1976 e 10.409/2002. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

QUEZADO, Paulo; VIRIGINIO, Jamile. Delação Premiada. Fortaleza: Gráfica e Editora Fortaleza Ltda., ano 2009.

REIS, Eduardo Almeida, De Colombo a Kubitschek: Histórias do Brasil. 2ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1979, p. 52 apud SANTOS, Abraão Soares dos. A delação premiada no contexto de uma sociedade complexa: riscos e condições de possibilidades na democracia brasileira. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 818, 29 set. 2005.

REIS, Luiz Machado, DELAÇÃO PREMIADA: REFLEXÕES SOBRE O INSTITUTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, ano 2015. Disponível site: <http://zip.net/bwtjBD>

RICARDO, A Delação Premiada no Direito Brasileiro. disponível no site: <http://zip.net/brtjZf>

RODAS, Sérgio, Acordos de delação premiada da "lava jato" violam Constituição e leis penais, Boletim de notícias da Consultor Jurídico, ano 2015. Disponível no site: <http://zip.net/bctj0v>

TAVARES, André Ramos, Curso de Direito Constitucional, 12ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, ano 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal, 16ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, ano 2013.

Caro leitor;

Vivemos um contexto onde a principal constante é o fator de mudanças, num movimento extraordinariamente veloz, jamais percebido antes na história.

Adaptar-se às velozes e incongruentes variáveis deste instante impõe a relevância da agilidade de construirmos respostas para a tomada de decisão na solução dos muitos e novos conflitos advindos dessa realidade.

Novos instrumentos, como a institucionalização da delação premiada e mecanismos, como o uso da mediação na resolução de conflitos vêm ilustrar as possibilidades de acomodação nas interfaces dos vários agentes desta sociedade da mudança.

As publicações desta edição da Revista Idea abordam estas possibilidades e buscam somar com a comunidade acadêmica e também com os demais interessados na reflexão deste tema.

Aproveite a sua leitura.

Prof. Msc. Rogerio Pennisi Filho
Editor

O USO DA MEDIAÇÃO COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES

Carolina Pires Araújo

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso apresenta o tema do uso da mediação como meio para resolução de conflitos familiares, visto que esta técnica busca restabelecer a comunicação entre as partes envolvidas em um impasse. Além de explicar sobre a complexidade do Direito de Família e como este ramo está em constante evolução, o trabalho aborda a atual crise no Poder Judiciário e como ela é prejudicial aos conflitos familiares. A metodologia usada na pesquisa é a dedutiva e possui como suporte referências bibliográficas que tratam sobre o tema, artigos acadêmicos e a legislação brasileira. O estudo tem relevância jurídica, pois o Estado começou a usar os meios alternativos de resolução de conflitos como forma de desobstruir o Poder Judiciário e promulgou leis que privilegiam e regulam a mediação. Neste sentido, conclui-se que a mediação pode ser eficaz para a resolução de conflitos oriundos do Direito de Família, visto que esta técnica é voltada para conflitos que já havia um vínculo entre os envolvidos, garantido durante todo o seu procedimento que eles dialoguem e se tratem de forma igualitária e com respeito mútuo.

Palavras-chave: Direito de Família. Mediação. Conflitos Familiares. Crise. Resolução de conflitos. Mediação Familiar.

ABSTRACT

The theme of the following research is the use of mediation as a mean to resolve family conflicts, since this technique helps to reestablish the communication of the people involved in a conflict. The paper will also talk about the complexity of the family law and how it is in constant evolution. Thus, we will analyze the crisis in the Judiciary of Brazil and how the resolution of a family conflict is affected by it. The methodology used was the deductive, using books about the theme, academic papers and the Brazilian legislation. This study is important because the State is using the alternative methods of conflict resolution as a way to solve the crisis in the Judiciary, and began to promulgate some laws that favors and regulate the mediation. In this regard, we concluded that mediation could be effective to resolve conflicts involving family law, taking into account that this technique is recommend to conflicts where the party involved already had a relationship, making them treat each other with mutual respect.

Keywords: Family Law. Mediation. Familiar conflicts. Crisis. Conflict resolution. Family Mediation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 O DIREITO DE FAMÍLIA	8
2.1 Conceito de Direito de Família e a complexidade dos conflitos familiares	8
2.2 A evolução do Direito de Família	9
2.3 Princípios basilares do Direito de Família	11
<i>2.3.1 O princípio da dignidade da pessoa humana</i>	<i>11</i>
<i>2.3.2 O princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros</i>	<i>12</i>
<i>2.3.3 O princípio da igualdade jurídica de todos os filhos</i>	<i>13</i>
<i>2.3.4 O princípio do pluralismo familiar</i>	<i>13</i>
<i>2.3.5 O princípio da mínima intervenção do Estado ou da liberdade</i>	<i>13</i>
3 A CRISE NO PODER JUDICIÁRIO	15
3.1 Ampliação do uso dos meios alternativos de resolução de conflito.....	16
3.2 A emenda constitucional 45/2004 e a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça	16
3.3 O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e a Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015).....	17
4 MEDIAÇÃO	19
4.1 Conceito e modalidades de Mediação	19
<i>4.1.1 Breve diferenciação entre mediação e conciliação</i>	<i>20</i>
4.2 Os princípios basilares da Mediação	21
4.3 Os objetivos da Mediação	24
4.4 A Mediação familiar	25
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	27
REFERÊNCIAS	29

1 INTRODUÇÃO

O Direito de Família é um ramo do Direito que rege os direitos personalíssimos do ser humano, sendo considerado muito complexo, visto que ao tratar de relações afetivas e familiares da pessoa também está encarregado de cuidar das emoções e sentimentos intrínsecos à estas relações.

Neste sentido, os conflitos oriundos do Direito de Família merecem um tratamento especial, devendo ser resolvidos sob dois planos: o jurídico, para analisar as questões matérias do conflito, e o psicológico para cuidar dos sentimentos das partes.

Entretanto, é sabido que o Poder Judiciário está sobrecarregado, razão pela qual um Magistrado pode demorar anos para decidir sobre determinado litígio. Tal morosidade afasta o Judiciário de promover a efetiva justiça e também prejudica a resolução de conflitos familiares, uma vez que as emoções sentidas pelas partes envolvidas no impasse – como a raiva ou rancor –, também se estendem no tempo.

Desta forma, o presente trabalho irá abordar a Mediação aplicada no âmbito do Direito de Família. Tal técnica pode ser brevemente definida como um meio alternativo de resolução de conflitos que procura, através de um terceiro imparcial, restabelecer a comunicação entre as partes e assim, chegar à efetiva resolução do problema.

O tema ganhou relevância jurídica, pois o Poder Judiciário, como dito anteriormente, está sobrecarregado e o Estado, por meio de seus legisladores, vem promulgando novas normas e resoluções que dão certa preferência aos meios alternativos de resolução de conflitos. Como exemplo, podemos citar além da Emenda Constitucional nº 45/2010 (que incube ao Estado a tarefa de oferecer outros meios de solução de conflitos), o novo Código de Processo Civil, que dá preferência a Mediação e Conciliação e a Lei de Mediação, que regula este instituto.

Assim procedendo, a principal finalidade deste trabalho é analisar como a técnica da mediação pode auxiliar na resolução dos conflitos familiares, explanando sobre o Direito de Família, bem como sobre a atual crise do Poder Judiciário e o procedimento da mediação. A pesquisa foi realizada através da metodologia dedutiva, sendo utilizadas referências bibliográficas que dissertam – direta ou indiretamente – sobre o tema, artigos científicos, documentos legislativos e a consulta à própria legislação brasileira.

O presente trabalho foi dividido em três tópicos, sendo o primeiro reservado para analisar o conceito de Direito de Família e sua evolução histórica, a fim de demonstrar a complexidade dos conflitos decorrentes deste ramo do direito e que ele está em constante

evolução. Neste tópico também foi abordado os principais princípios do Direito de Família, que além de proteger a dignidade da pessoa humana e a igualdade entre os membros do núcleo familiar, garante que o Estado não interfira nas relações familiares.

Já o segundo tópico foi destinado para dissertar sobre o Poder Judiciário, uma vez que este poder se encontra sobrecarregado e não consegue resolver de maneira eficaz os conflitos familiares. Neste sentido, o segundo tópico também aborda as soluções trazidas pelo Estado para desobstruir o Poder Judiciário, quais sejam, a Emenda Constitucional nº 45/2004, a Resolução nº 125/2010, o novo Código de Processo Civil e a Lei nº 13.140/2015, que buscou privilegiar e regulamentar algum dos meios alternativos de resolução de conflitos.

Por fim, o terceiro tópico deste trabalho foi reservado para a conceituação da mediação e a exposição de seus princípios, tendo como objetivo analisar as finalidades da mediação e como ela pode ser relacionada e usada na resolução de conflitos oriundos do Direito de Família.

2 O DIREITO DE FAMÍLIA

Para dissertar sobre como a Mediação Familiar pode auxiliar na resolução de conflitos oriundos do direito de família, é necessário abordar o conceito de Direito de Família e mostrar que ao longo do tempo ele sofreu diversas alterações a fim de demonstrar que este ramo do direito, além de complexo, está em constante evolução.

2.1 Conceito de Direito de Família e a complexidade dos conflitos familiares

A Constituição Federal de 1988 afastou de nosso ordenamento jurídico o modelo patriarcal de Direito de Família e desvinculou a premissa de que a família era constituída somente pelo matrimônio. É por essa razão, que a Constituição de 1988 é vista como um grande marco no Direito de Família brasileiro (ISERHARD, 2012, p. 11), uma vez que, o seu artigo 226 estabelece a igualdade entre os cônjuges e reconhece novos modelos familiares fundados na igualdade e no afeto.

Assim, com as mudanças proporcionadas pelo advento da Constituição de 1988, o doutrinador Sílvio Venosa (2010, p. 10) conceitua o direito de família como o “ramo do direito civil [...] integrado pelo conjunto de normas que regulam as relações jurídicas familiares”, que abrangem o matrimônio, união estável e os graus de parentesco.

Entretanto, é importante dizer que o Direito de Família possui uma maior abrangência e também regula relações que, apesar de não estarem ligadas a um vínculo familiar, se assemelham a elas por possuírem um caráter protetivo e assistencial. Podemos citar como exemplo, a tutela e curatela, dois institutos regulamentados pelo Direito de Família. (GONÇALVES, 2015, p.19).

É neste sentido que Diniz (2010, p.4) conceitua este ramo do Direito. Vejamos:

É, portanto, o ramo do direito civil concernente às relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco e aos institutos complementares de direito protetivo ou assistencial, pois, embora a tutela e a curatela não advenham de relações familiares, têm, devido a sua finalidade, conexão com o direito de família.

Desse modo, pode-se afirmar que o Direito de Família regula quatro temas centrais, bem como os seus desdobramentos, são eles “o casamento, união estável, as relações de parentesco e os institutos de direito protetivo” (DINIZ, 2010, p.5).

Neste diapasão, ressalta-se que é justamente por reger estes valores personalíssimos do ser humano, e por buscar a proteção e segurança da pessoa desde o seu nascimento até a sua

morte, que o Direito de Família é considerado o mais humano dos ramos do Direito (DIAS, 2015, p. 62).

Complementando o tema, é importante dizer o Direito de Família é o ramo do direito mais conectado com a própria vida, visto que desde o nosso nascimento estamos ligados a uma estrutura familiar. É o que ensina Gonçalves (2015, p.17):

O Direito de família é, de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável.

Assim procedendo, uma vez destacada a abrangência do Direito de Família, é visível o porquê de os conflitos familiares serem tão complexos. É que, como esse ramo do direito regula as relações pessoais do ser humano, todo conflito oriundo do Direito de Família está intimamente ligado a um vínculo afetivo e a uma grande carga emocional.

Desta forma, para solucionar um conflito familiar, além de tentar resolver as questões de cunho material, as partes envolvidas precisam lidar com o vínculo sentimental que existe entre elas (BRAGANHOLLO, 2005, p.72). Neste sentido, destaca-se que é preciso analisar estes conflitos sobre dois planos: o jurídico e psicológico, com ressalvas de que “qualquer tentativa de resolver a questão, apenas por um dos pontos, será, infelizmente, fadada ao insucesso” (SOARES, 2014, p. 12).

Como se não bastasse envolver os sentimentos das pessoas, o Direito de Família, como dito anteriormente, está ligado à própria vida do ser humano. Tal fato torna esse ramo do direito ainda mais complexo, visto que as relações pessoais estão em constante desenvolvimento, e muitas vezes a legislação não consegue acompanhar essa evolução.

2.2 A evolução do Direito de Família

É de extrema relevância dizer que é inserido em uma família que o homem aprende a viver em sociedade, absorvendo toda a cultura, moral e valores nela existentes. Além disso, é no núcleo da família que o homem desenvolve todos os traços de sua personalidade e constrói os seus valores morais e sociais (BRINCKER, 2013, p. 23/24).

Desde modo, é importante destacar que o Direito de Família, por resguardar todos os direitos pessoais do ser humano, precisa sempre se adequar as demandas da sociedade, que está constante evolução. Como consequência dessas alterações, as relações familiares e seus conflitos se tornam ainda mais complexas, abrangendo situações que, anteriormente, não eram

nem cogitadas. E é por isso que se faz necessário comentar brevemente sobre a evolução do Direito de Família ao longo de nossa história.

No Direito Romano, a família era patriarcal e hierarquizada, sendo regida pelo chefe da família, que na época se chamava *pater familias*. Em sua obra, Carlos Roberto Gonçalves (2015, p. 31) destaca que o *pater* era uma figura que possuía autoridade máxima sobre seus descendentes e mulher, administrando tudo o que dizia respeito a sua família, tornando-a “simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional”.

Todavia, reitera-se novamente, que a sociedade está em constante evolução e a configuração romana de família foi substituída por outras estruturas familiares. Como exemplo desta mudança podemos citar a família pós-romana, que foi influenciada pelo direito germânico, e se utilizando da espiritualidade cristã, centrou “o núcleo da família entre os pais e os filhos, tendo o casamento um caráter de sacramento [...] e um enfoque mais democrático e afetivo” (TELLES, 2011, p. 4).

Contudo, foi a partir do século XX, que a estrutura familiar sofreu suas maiores transformações. Foi após a revolução industrial que a mulher foi inserida no mercado de trabalho e assim o seu papel na sociedade, bem como a estrutura familiar existente, foi modificado (VENOSA, 2010, p. 6).

No Brasil, impulsionado pelo crescimento da urbanização e da emancipação das mulheres, o ordenamento jurídico começou a se alterar. Foi neste sentido que a Lei nº 6.515/77 (antiga Lei do Divórcio), foi promulgada, possibilitando a dissolução do casamento (JÚNIOR, 2016, p. 1).

Entretanto, como já dito anteriormente, foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que o Direito de Família brasileiro foi profundamente modificado. Sobre a nova Carta Magna pode-se afirmar que ela “em um único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito” (VELOSO, ano desconhecido, *apud* DIAS, 2015, p. 32), pois em seu artigo 226, passou a tratar com igualdade homens e mulheres, reconheceu a união estável como uma nova forma de família e estabeleceu também a igualdade entre os filhos, sendo eles tidos dentro do casamento ou não.

Dando continuidade a essas mudanças, o Código Civil de 2002, além separar o direito pessoal e patrimonial da família em dois títulos distintos, reconheceu a existência de um núcleo familiar monoparental – aquele com somente um pai ou uma mãe e seus filhos -, e regulamentou a união estável como entidade familiar (GONÇALVES, 2015, p. 34).

Todavia, apesar das significativas mudanças na legislação do Direito de Família, a estrutura familiar continua a evoluir. Assim, as doutrinas buscam expandir ainda mais o

conceito de família, abrangendo novas formas de estrutura familiar, podemos citar como exemplo, além do modelo tradicional de família (a heterossexual), a família monoparental, a homoparental (com duas pessoas do mesmo sexo) e a anaparental (constituída somente pelos filhos).

Após a breve dissertação sobre o histórico do Direito de Família, e levando em consideração que vivemos em um mundo globalizado, em que nossa cultura e costumes se alteram cada vez mais rápidos, é notório que a legislação não consegue acompanhar todas as transformações de nossa sociedade e acaba por ficar desatualizada (BRINCKER, 2013, p.30).

Desta forma, uma vez que a legislação não consegue acompanhar as mudanças na estrutura familiar, faz-se necessário o uso de métodos interdisciplinares para resolver os conflitos familiares, sob o risco de nosso ordenamento jurídico se distanciar da sociedade atual, e se tornar ineficaz.

2.3 Princípios basilares do Direito de Família

Como já foi dito e reiterado outras vezes, a promulgação da Constituição Federal de 1988 causou enormes mudanças no Direito de Família, absorvendo as transformações da sociedade e adotando “uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos” (GONÇALVES 2015, p. 33), quais sejam: a igualdade entre o homem e a mulher, a igualdade entre os filhos e o reconhecimento de uma nova estrutura familiar, que não advém do casamento.

Os artigos 226 e 227 da nossa Carta Magna, além de garantir à família a total proteção do Estado, levaram para o ordenamento novos princípios para serem aplicados no âmbito familiar. A fim de abordar a essência do Direito de Família torna-se necessário dissertar brevemente sobre os principais princípios desse direito, em especial aqueles que giram em torno das mudanças trazidas pela Constituição Federal de 1988.

2.3.1 O princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana está elencado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, mas fazer uma conceituação precisa desde princípio é uma tarefa muito complicada, visto que não se trata de características específicas da vida de uma

pessoa, mais sim de qualidades intrínsecas de o que é ser um ser humano (GONÇALVES, 2015, p. 6).

Sobre o tema, Andrade (2008, p. 2) disserta que a dignidade humana “é qualidade ou atributo inerente a todos os homens, decorrente da própria condição humana, que o torna credor de igual consideração e respeito por parte de seus semelhantes”. O referido estudioso também diz que tal princípio é “um conjunto de direitos existenciais compartilhados por todos os homens, em igual proporção” (ANDRADE, 2008, p.2).

Apesar de possuir uma difícil conceituação, é importante dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana se encontra presente em todas as relações interpessoais e é a base de toda estrutura familiar, garantindo a seus membros a certeza de pleno desenvolvimento e respeito (GONÇALVES, 2015, p. 23).

2.3.2 O princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros

O princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros é encontrado no artigo 226, §5 da Constituição Federal, que dispõe que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Desta forma, é importante dizer que tal dispositivo, por si só, é uma grande vitória do Direito de Família, pois além de afastá-lo das noções patriarcais antes existentes, aproximou o direito para a sociedade moderna, onde a mulher ganha cada vez mais espaço no mercado de trabalho e se desvincula dos afazeres domésticos (GONÇALVES 2015, p. 23).

Sobre esta questão, Gonçalves (2015, p. 23):

A regulamentação instituída no aludido dispositivo acaba com o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e à procriação. O patriarcalismo não mais se coaduna, efetivamente, com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais está diretamente vinculada às funções da mulher na família e referenda a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução no campo social.

Neste sentido, faz-se necessário dizer que com o surgimento deste princípio, as decisões familiares começam a ser tomadas por ambos os cônjuges ou companheiros e a ideia de que a mulher é subordinada ao seu parceiro é afastada, passando agora a ser uma colaboradora na administração familiar (DINIZ, 2010, p.27).

2.3.3 O princípio da igualdade jurídica de todos os filhos

O princípio da igualdade jurídica de todos os filhos garante que não existam meios de diferenciar um filho nascido na constância do casamento, para qualquer outro que tenha sido concebido na época de um relacionamento, ou inserido no seio familiar por posterior reconhecimento como, por exemplo, nos casos de adoção (DINIZ, 2010, p. 23).

Este princípio é encontrado no artigo 227, §6º da Constituição Federal, que dispõe que “os filhos havidos no casamento ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Desta forma, a Constituição Federal ao realizar outra significativa mudança no Direito de Família, estabelece a igualdade e afasta distinção entre filhos, não existindo mais o conceito de filiação legítima e ilegítima (GONÇALVES, 2015, p. 23).

2.3.4 O princípio do pluralismo familiar

O princípio do pluralismo familiar, embora de simples conceituação, não é encontrado em todas as doutrinas. Seu surgimento está ligado ao fato de que Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, reconhecer uma forma de estrutura familiar que não se constitui com o casamento (a união estável).

Neste sentido, é importante ressaltar que, apesar da Constituição ter reconhecido a união estável, atualmente existem outros modelos de estrutura familiar (GONÇALVES, 2015, p. 5). Como exemplo, podemos elencar as estruturas familiares já citadas anteriormente, quais sejam: a monoparental, a homoparental, a anaparental e todas aquelas que existam independente de qualquer grau parentesco, estando ligadas somente pelo vínculo afetivo existente entre as partes.

2.3.5 O princípio da mínima intervenção do Estado ou da liberdade

Primeiramente, cumpre ressaltar que é sabido que o Estado intervém na maioria de nossas relações interpessoais, seja por meio de “políticas públicas [...], decisões judiciais ou por meio da promulgação de leis protetivas ou repressivas de comportamentos reputados indevidos pelo Estado” (BARBOSA, p. 11, 2014).

Neste sentido, um dos princípios basilares do Direito de Família é o princípio da intervenção mínima do Estado (ou liberdade), que garante aos membros dos núcleos familiares autonomia privada.

Isto posto, importante informar que o referido princípio pode ser encontrado em diversos artigos do Código Civil de 2002, como exemplo podemos citar o artigo 1.513, que veda qualquer tipo de restrição na constituição da família e o artigo 1.565 do referido Código, que permite a livre decisão do planejamento familiar (CARVALHO, 2009, p. 13).

Assim procedendo, ainda sobre a previsão legal do princípio da liberdade, destaca-se que o artigo 1.634 do Código Civil garante que os pais terão plena liberdade de escolha na formação educacional, cultural e religiosa de seu filho, dispondo que “compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação [...]”.

Desta forma, é visível que a legislação garante à Família a liberdade de escolher como sua estrutura familiar será montada. Assim, mesmo fazendo jus de seu caráter protetivo, o Estado não pode deixar os ‘supostos’ interesses coletivos prevalecerem sobre o interesse privado das pessoas pertencentes a determinado núcleo familiar (BARBOSA, p.12, 2014).

3 A CRISE NO PODER JUDICIÁRIO

O capítulo anterior deste trabalho destacou o instituto do Direito de Família, bem como alguns de seus princípios norteadores. Entretanto, é importante dizer que apesar de priorizar a dignidade da pessoa humana, o cumprimento das regras basilares deste ramo do Direito fica prejudicado pelos problemas existentes no Poder Judiciário.

Primeiramente, cumpre ressaltar que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV, estabelece que o Estado – por meio do Poder Judiciário – será o principal responsável pela conservação da ordem pública, e por consequência, o principal meio de resolução de conflitos. Vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Assim procedendo, destaca-se que apesar de ser o principal meio de resolução de conflitos, o Poder Judiciário está com dificuldade de cumprir o seu papel, e cada vez mais, “a velocidade dos fluxos de informação, de consumo e de produção, contrasta com a lentidão burocrática do Estado” (COUTINHO; REIS, p. 2).

Isto posto, é necessário dizer que o Poder Judiciário se encontra em crise, pois além de estar sobrecarregado, também sofre com uma morosidade nas decisões, podendo levar anos para o magistrado decidir sobre um conflito familiar.

Neste sentido, cumpre ressaltar que os problemas existentes no Judiciário (sobrecarga e morosidade) podem ser explicados pela junção de diversos fatores, entre eles o fato de haver uma grande quantidade de demandas, de existir um déficit na quantidade de servidores para dar andamento nos processos, e pelo fato de que no nosso ordenamento jurídico há muitos recursos – fazendo com que o litígio se estenda no tempo (BRINCKER, 2013, p. 15/16).

Desta forma, é notório que a situação atual do Poder Judiciário dificulta a resolução célere, adequada e eficaz dos conflitos, visto que uma prestação jurisdicional lenta somente acentua as diferenças existentes entre as partes e as afasta da verdadeira noção de justiça (COUTINHO; REIS, p. 11).

3.1 Ampliação do uso dos meios alternativos de resolução de conflito

Como o Poder Judiciário não está obtendo êxito em solucionar um conflito de forma rápida e eficaz, a população começou a procurar outros meios para resolver suas controvérsias. Entretanto, apesar desse anseio de se buscar novos métodos de resolução de conflitos, o Estado – através do Poder Judiciário – continua sendo “o mecanismo padrão de resolução de conflitos, uma vez que toda alternativa é referenciada a algum padrão” (TARTUCE, 2015, p. 147).

Desta maneira, é preciso dar ênfase nas duas vertentes de atuação dos meios alternativos de resolução de conflitos, a primeira é a judicial, que busca afastar o processo da formalidade – o deixando mais simples, rápido e econômico –, e a segunda vertente é a extrajudicial, que busca equivalentes jurisdicionais ao processo (GRINOVER, 1988, p; 195).

Contudo, ao observarmos a prática, é visível que não existe uma separação total entre as formas judiciais e extrajudiciais de solução de conflitos, pois em sua maioria, estes não operam “em instituições autônomas [...] – ao contrário, eles geralmente estão próximos de instituições jurídicas, dependendo de normas e sanções e operando à sombra de uma possível atuação judicial” (TARTUCE, 2015, p. 147).

Neste sentido, visando resolver os problemas do Poder Judiciário, foram promulgadas ao longo dos anos emendas constitucionais, resoluções e até mesmo leis que privilegiam métodos alternativos de resolução de conflitos, mas nunca deixando de aproximá-los do Estado. Assim, os próximos tópicos deste trabalho estão reservados para uma breve abordagem sobre as principais e mais atuais mudanças no nosso ordenamento que privilegiam os métodos alternativos de resolução de conflitos.

3.2 A emenda constitucional 45/2004 e a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça

Visando diminuir a demora nos processos do Judiciário, os legisladores promulgaram a Emenda Constitucional nº 45/2004, que entre outras alterações, incluiu o inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição. Este dispositivo foi incluído na nossa Carta Magna para buscar a celeridade processual, e dispõe o seguinte: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Entretanto, tal emenda Constitucional não foi o suficiente para desafogar o Judiciário, razão esta que levou o Conselho Nacional de Justiça a publicar a Resolução nº 125/2010, que

trata sobre meios alternativos de resolução de conflitos e preceitua, em seu artigo 1º, parágrafo único, que “aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de solução de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão”.

Desta forma, a Resolução do Conselho Nacional de Justiça deixa claro que recai ao próprio Judiciário a responsabilidade de implantar e gerenciar os meios alternativos de resolução de conflito, garantindo a toda população o acesso à justiça. É neste sentido que disserta Cahali (2011, p. 43):

A perspectiva sob a qual foi traçada a Resolução leva em conta o fato de ser atribuída ao Poder Judiciário a função de garantir o acesso à justiça, como prestador de serviço público essencial à sociedade, indispensável à cidadania, necessário à solidificação da democracia e imprescindível ao Estado de Direito.

Ainda sobre o tema, Tartuce (2015, p. 164) ressalta o que já foi exposto anteriormente, e explica que apesar de fomentar os métodos alternativos de solução de litígios, “o investimento para as instalações das instituições responsáveis por essa distribuição de justiça dita ‘alternativa’ é feito pelo Estado” de forma direta ou indireta.

Neste sentido, ressalta-se que Resolução nº 125/2010 entrelaçou o Poder Judiciário na procura de outros meios de solucionar um conflito, buscando desenvolver “novas políticas sociais referentes ao papel jurisdicional do Estado frente a essa explosão de litigiosidade decorrente da complexidade socioeconômica moderna” (MORAIS; SPENGLER, 2008, *apud* OLIVEIRA; MIGLIAVACA, ano desconhecido, p. 6).

Contudo, cumpre dizer que apesar de representar “um marco na trajetória dos meios alternativos de solução de controvérsia” (CAHALI, 2011, p. 45), a Resolução nº 125/2010 não foi o bastante para desobstruir o Poder Judiciário, o que levou o Estado – de forma acertada – a procurar novas formas de resolver este problema e aprovar novos projetos de lei que favorecem a resolução alternativa de conflitos.

3.3 O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e a Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015)

Ainda em busca de resolver os problemas do Judiciário, e procurando promover uma prestação jurisdicional célere e eficaz, as discussões acerca da mediação aumentaram, uma vez que é sabido que este instituto é um instrumento útil para sanar a morosidade do Judiciário (SENADO, 2015, p.03).

Desta forma, o novo Código de Processo Civil, sancionado em 16 de março de 2015, continuou a dar destaque aos meios alternativos de solução de conflitos e, conseqüentemente, a fomentar a mediação (TARTUCE, 2013, p. 2). Tal estímulo é visto principalmente no âmbito dos conflitos familiares, uma vez que o artigo 695 do referido Código dispõe que, “nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”.

Assim procedendo, também foi promulgada em 2015 a Lei nº 13.140 (Lei de Mediação) que, além de regular o instituto da mediação, ofereceu a ele um ‘status’ de legalidade que não existia antes (GANDRA, 2015, p. única).

A referida lei conta com três capítulos, sendo que o primeiro disserta sobre as disposições gerais da mediação judicial e extrajudicial e sobre as regras que incidem nos mediadores. Já em seu segundo capítulo, a Lei nº 13.140 trata da possibilidade de mediação de conflitos envolvendo pessoas jurídicas de Direito Público, e as disposições finais desta norma, se encontram no terceiro capítulo do dispositivo.

Isto posto, é importante destacar que, tanto a Lei de Mediação como o novo Código de Processo Civil – ao tratar dos meios alternativos de solução de conflito – se desenvolvem utilizando a estrutura criada anteriormente pela Resolução nº 125/2010, como os centros de mediação e conciliação, para continuar a desempenhar a função de descongestionar o Poder Judiciário (FARIELLO, 2015, p. única).

4 MEDIAÇÃO

Sabemos que atualmente o Poder Judiciário está sobrecarregado e enfrenta sérios problemas que o impedem de oferecer uma efetiva prestação jurisdicional. No capítulo anterior, além de dissertar sobre esta crise, vimos que o Estado aposta nos meios alternativos de resolução de conflitos para desobstruir o Poder Judiciário e oferecer o verdadeiro acesso à justiça para a população. Assim, cumpre dizer que o presente trabalho irá discorrer somente sobre a mediação, visto que seu objetivo é descobrir como ela pode ajudar na resolução de conflitos oriundos do Direito de Família.

4.1 Conceito e modalidades de Mediação

A mediação pode ser conceituada como um meio alternativo de resolução de conflito em que as próprias partes, com o auxílio de um terceiro – que irá facilitar a comunicação – buscam um solução consensual para o problema (LANGOSKI, 2010, p.13).

É neste sentido que Tartuce (2015, p. 173) conceitua a mediação como o “meio consensual de abordagem de controvérsias em que um terceiro imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos para propiciar que eles possam, [...], protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem”.

Ainda sobre o tema, Águida Barbosa (2015, p. 37) completa:

A mediação é um método fundamentado, teórica e termicamente, por meio do qual uma terceira pessoa, neutra e especialmente treinada, ensina os mediandos a despertarem seus recursos pessoais para que consigam, por eles próprios, com evidente mudança de comportamento, transformar o conflito.

Dando continuidade, vimos que a Mediação visa à pacificação de conflitos por meio de um terceiro facilitador, neutro e imparcial (CAHALI, 2011, p.56). Contudo, de maneira breve e concisa, é importante dizer que existem duas modalidades de mediação, a extrajudicial e a judicial.

A mediação extrajudicial também pode ser chamada de mediação privada, e é aquela realizada por mediadores independentes ou por qualquer pessoa de confiança das partes, desde que ela seja capaz de realizar uma mediação (TARTUCE, 2015, p. 280).

Cumpre destacar que tal modalidade está prevista da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) que, em seu artigo 9º, dispõe que “poderá funcionar como mediador qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação,

ou nele inscrever-se”, ou seja, para realizar a mediação extrajudicial não é necessário que o mediador esteja cadastrado em nenhuma instituição que regule o tema, ele somente deverá ser de confiança das partes e capaz de realizar uma sessão de mediação.

Já no que tange a mediação judicial, observa-se sua ocorrência quando já existe um processo instaurado, e o mediador será designado pelo próprio juiz da causa e deve possuir um cadastro prévio no Tribunal de Justiça em questão. Essa modalidade de mediação, além de amplamente discutida, já foi alvo de diversas normas, desde o novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação, até a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe em seu artigo 8º que, os Tribunais têm o dever de criar Centros Judiciários de Solução de Conflitos (TARTUCE, 2015, p. 284).

Neste sentido, mister ressaltar que a principal diferença entre a técnica da mediação, seja ela judicial ou extrajudicial, e da prestação jurisdicional do Poder Judiciário, reside no fato de que na primeira, as partes possuem todo o poder de decisão – podendo conversar e resolver o conflitos –, e na outra o poder de decidir recai integralmente ao Estado (SALES, 2004, p. 24).

4.1.1 Breve diferenciação entre mediação e conciliação

Para melhor entendimento deste trabalho, é necessário discorrer sobre as diferenças entre a mediação e conciliação, uma vez que na maioria dos textos legais, esses dois meios alternativos e resolução de conflitos estão dispostos lado a lado.

Os dois institutos possuem como semelhança o fato de que em ambos, existe alguém para facilitar a conversa e estabelecer um diálogo eficaz, sendo necessário que este terceiro seja imparcial não realize julgamentos baseados na sua experiência pessoal (TARTUCE, 2015, p. 177). Entretanto, diferentemente da mediação, o conciliador não busca as razões subjetivas que ocasionaram o conflito, permanecendo assim, na superfície do problema (CAHALI, 2011, p.37).

Desta forma, nota-se que a diferença fundamental entre os dois institutos reside em sua finalidade. O foco da mediação está no conflito e nas razões que o trouxeram a tona, assim o mediador irá ajudar no diálogo entre as partes de forma a fomentar o respeito mútuo, e eventualmente, resolver o conflito existente. Já o foco da conciliação se encontra no acordo entre as partes, ou seja, os envolvidos no impasse necessitam chegar a um acordo para evitar um processo judicial (CAHALI, 2011, P. 38). É neste sentido que o artigo 165, §2º e §3º do novo Código de Processo Civil, expõe a função do conciliador e mediador, vejamos:

Art. 165. [...] § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

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

Assim procedendo, uma vez esclarecida às diferenças entre os dois meios alternativos de resolução de conflitos, é importante dissertar sobre os princípios basilares da mediação.

4.2 Os princípios basilares da Mediação

O instituto da mediação possui alguns princípios norteadores que são essenciais para que sua prática seja eficaz na resolução dos conflitos. Assim, para garantir o cumprimento destes princípios, e para destacar a sua relevância, o novo Código de Processo Civil e a Lei de Mediação elencaram os princípios base da mediação.

Desta forma, o artigo 166 do Código de Processo Civil, estabelece que a mediação seja informada pelos “princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”.

No mesmo sentido, a Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação) expõe em seu artigo 2º que a mediação “será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador, II - isonomia entre as partes, III – oralidade, IV – informalidade, V - autonomia da vontade das partes, VI - busca do consenso, VII – confidencialidade, VIII - boa-fé”.

Entretanto, cumpre dizer que embora não exposto nos artigos acima, uma das principais diretrizes da mediação é o princípio da dignidade da pessoa humana (TARTUCE, 2015, p. 187), que também é um dos princípios norteadores do Direito de Família e estabelece que o ser humano deva ser tratado com respeito e consideração por todos (ANDRADE, 2008, p. 2).

Assim procedendo, procurando estabelecer se a mediação poderá ser usada para resolver conflitos oriundos do Direito de Família, iremos discorrer sobre os principais princípios da mediação.

O princípio da autonomia da vontade estabelece que a mediação seja realizada voluntariamente pelas partes envolvidas no conflito, ou seja, são as próprias partes que irão decidir se desejam realizar a mediação e qual serão os assuntos abordados e discutidos por ela (CAHALI, 2011, p. 58).

Sobre este princípio, Tartuce (2015, p. 188) reitera que a mediação deverá ser uma escolha voluntária das partes, assim ela “só poderá ser realizada se houver aceitação expressa dos participantes; estes devem escolher o caminho consensual e aderir com disposição à mediação no início ao fim do procedimento”.

A Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça também dispõe sobre o princípio da autonomia da vontade e, no anexo III, artigo 2º, inciso II de seu texto legal, estabelece que o referido princípio assegure as partes o poder de tomar suas próprias decisões. Vejamos:

II – Autonomia das Partes - dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo e de interrompê-lo a qualquer momento.

Assim procedendo, no que diz respeito ao princípio da boa-fé, podemos dizer que ele está intimamente ligado ao princípio da autonomia da vontade, uma vez que ao buscar voluntariamente a mediação, as partes irão participar integral e abertamente da mediação, buscando um diálogo real e honesto a fim de solucionar o conflito existente entre elas (TARTUCE, 2015, p. 208).

Neste sentido, o referido princípio pode ser definido como a certeza que as partes têm, quando “à lealdade, à honestidade e à justiça do próprio comportamento em vista da realização dos fins para qual este é direcionado” (ABDO, 2007, *apud* TARTUCE, 2015, p. 207), ou seja, o princípio da boa-fé é a certeza que as partes possuem de estarem empenhados a resolver o conflito de maneira eficaz e honesta.

O princípio da imparcialidade é essencial para a mediação, pois garante que o mediador mantenha “a equidistância dos mediados, devendo respeitar seus pontos de vista atribuindo valores iguais a todos” (GONÇALVES, 2015, p.24). É este princípio que determina que o mediador seja uma pessoa imparcial no conflito e se mantenha “estranho aos interesses em jogo” (TARTUCE, 2015, p. 202), não possuindo nenhum vínculo pessoal com as partes. Além disso, este princípio impõe ao mediador – como um terceiro facilitador – que tenha cautela, e não permita que seus valores pessoais interfiram na condução do procedimento (CAHALI, 2011, p.59).

O princípio da isonomia das partes complementa outros princípios da mediação, e determina que o mediador proporcione a igualdade das partes e garanta a todos os envolvidos a chance de se manifestar abertamente, durante toda a mediação (TARTUCE, 2015, 212).

Assim procedendo, o mediador também está atrelado ao princípio da decisão informada, que conforme expõe o anexo III, artigo 1º, inciso II da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, consiste no “dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido”.

Já o princípio da independência encontra definição na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça que em seu anexo III, artigo 1º, inciso V, expõe o seguinte:

V - Independência [...] - dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável.

Neste sentido, o referido princípio garante aos mediadores a atuação com “autonomia e liberdade, sem subordinação nem influência de qualquer ordem” (TARTUCE, 2015, 197), de modo a não comprometer a vontade das partes no procedimento da mediação.

O princípio da oralidade é muito importante na mediação, visto que esta técnica propõe que o indivíduo resolva uma problemática de forma verbal, falando sobre o conflito existente com liberdade. Assim, é importante reiterar que o referido princípio é essencial à mediação, uma vez que ela “se desenvolve por meio de conversas e/ou negociações entre as partes; como meio focado no (r) estabelecimento da comunicação” (TARTUCE, 2015, p. 198), e possui como principal característica, a iniciativa verbal.

Deste modo, Tartuce (2015, p. 199) explica que “a exposição oral dos fatos e das percepções é importante para que cada pessoa tenha voz ao abordar suas perspectivas e possa se sentir efetivamente escutada”.

Já o princípio da informalidade garante que o procedimento da mediação não se desenvolva seguindo um padrão predeterminado, uma vez que a mediação é um “mecanismo que busca o restabelecimento da comunicação e muitas vezes o encaminhamento da controvérsia deverá ser conduzido segundo as situações pessoais dos envolvidos” (TARTUCE, 2015, p.195).

Por fim, o princípio da confidencialidade dispõe sobre o sigilo da mediação, tratando o mediador como um “protetor do processo” (GONÇALVES, 2015, p. 24). Sobre o referido princípio, é relevante dizer que novo Código de Processo Civil reconhece sua importância, estabelecendo em seu artigo 166, § 1º, que “a confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes”.

Cumpra ressaltar ainda, que o princípio da confidencialidade é essencial para que as partes possam dialogar aberta e honestamente, pois com a garantia de sigilo, elas se sentirão “à vontade para revelar informações íntimas, sensíveis e muitas vezes estratégicas que certamente não exteriorizariam em um procedimento pautado pela publicidade” (TARTUCE, 2015, p. 209).

4.3 Os objetivos da Mediação

Como visto anteriormente, a mediação é “a atividade técnica exercida por um terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (artigo 1º da Lei nº 13.140/2015).

Neste sentido, é possível observar cinco objetivos da mediação que, cumpre ressaltar, podem ser úteis na resolução dos conflitos oriundos do Direito de Família. São eles: o restabelecimento da comunicação, a possível preservação do relacionamento entre as partes, a prevenção de conflitos, a inclusão social e a pacificação social.

O principal objetivo da mediação é permitir o restabelecimento da comunicação entre os envolvidos no conflito, constituindo um dever do mediador, antes de buscar a extinção do conflito, possibilitar que os problemas existentes entre as partes não as impeça de dialogar (TARTUCE, 2015, p. 217). Tal fato irá possibilitar que as próprias partes “superem o impasse, transformando o conflito em oportunidade de crescimento e viabilizando mudanças de atitude” (TARTURE, 2015, p. 217).

Sobre o assunto, Tartuce (2015, p. 217) expõe:

Sendo a finalidade da mediação a responsabilização dos protagonistas, é fundamental fazer deles sujeitos capazes de elaborar, por si mesmos, acordos duráveis. Para tanto, o grande trunfo da mediação é restaurar o diálogo e a comunicação, propiciando o alcance da pacificação duradoura.

Desta forma, ao recorrer à mediação e ao auxílio de um terceiro imparcial, os envolvidos em qualquer tipo de conflito, inclusive aqueles oriundos do Direito de Família – que como já dito anteriormente, envolve fatores emocionais muito fortes – têm a oportunidade de restabelecer um diálogo direto, que antes, caso não buscassem a ajuda adequada, poderia ser impossível de acontecer.

Assim procedendo, ainda existe a possibilidade das partes preservarem o seu relacionamento, uma vez que ao fomentar o diálogo, os envolvidos no conflito podem

reconhecer sua interdependência e aprender a perdoar o outro (TARTUCE, 2015, p. 220), deixando de lado os sentimentos e emoções nocivas antes existentes.

Deste modo, importante dizer que a mediação também permite a possibilidade de prevenção de novos impasses, visto que “a partir do momento em que as partes restabelecem uma comunicação, suas divergências podem ser objeto de conversação [...], atuando os mediados [...], como protagonistas na condução do episódio controvertido” (TARTUCE, 2015, p. 221). Em outras palavras, ao incentivar o diálogo, é possível evitar que outros conflitos – decorrentes de um problema anterior, que não foi inteiramente resolvido – apareçam.

Ademais, ao permitir que as partes participem da resolução do litígio de forma ativa, a mediação realiza certa inclusão social, pois desperta nos envolvidos um sentimento de responsabilidade e cidadania (GONÇALVES, 2015, p. 23). É importante destacar que a mediação também busca a pacificação social, uma vez que permite a resolução de um conflito sem o envolvimento do moroso Poder Judiciário, permitindo assim o acesso a uma justiça mais célere e informal.

4.4 A Mediação familiar

Como já dito anteriormente, o Direito de Família regula as relações familiares do ser humano, que possuem como ponto central o afeto existente entre os membros de uma família. Desta forma, mesmo se ocorrer o distanciamento desses membros, seja por meio de um divórcio, ou por conflitos patrimoniais, a lembrança do sentimento afetivo ainda vai existir.

Neste sentido, levando em consideração o aspecto continuado dessas relações, é recomendado “que haja uma eficiente e respeitável comunicação entre os indivíduos, despontando a mediação como importante instrumento para viabilizá-la” (TARTUCE, 2015, p. 326), uma vez que seu objetivo principal é restabelecer o diálogo entre as partes.

Desde modo, é importante dizer que uma pesquisa sobre a mediação familiar foi realizada¹, e ela demonstrou que esta técnica se mostrou bastante eficaz nos processos de separação, uma vez que, ao garantir o diálogo, permite o restabelecimento da comunicação e a convivência saudável entre as partes (BIGONHA, 2012, p. única).

¹ “Práticas de mediação familiar: efeitos sobre os casais em matéria de separação”, pesquisa de autoria de Eliedite Mattos Ávila, doutora em Ciências da Educação pela Universidade de Lyon, que foi selecionada para exposição no Seminário Justiça em Números, organizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2012.

Ressalta-se também, que por já ter se mostrado eficaz, a mediação familiar também pode ajudar em outros tipos de conflitos envolvendo o Direito de Família, fato este percebido pelos legisladores, uma vez que há previsão no novo Código de Processo Civil para a ocorrência da mediação no âmbito familiar. É o que dispões o artigo 694º do referido Código:

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Assim procedendo, é visível que a legislação brasileira, além de permitir a utilização da mediação judicial e extrajudicial, também instiga o seu uso. Tal fato pode ser percebido no paragrafo único, o artigo 694º do Código Civil. Entretanto, cumpre dizer que para se tornar uma prática habitual e realmente eficaz, o Estado precisa realizar um maior investimento financeiro, a fim de capacitar mediadores e fornecer uma boa estrutura para a realização deste meio alternativo de resolução de conflito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito de Família é um ramo do direito bastante complexo que cuida das relações entre as pessoas, sejam estas decorrentes do afeto ou do sangue, e rege os direitos personalíssimos do ser humano.

Neste sentido, os conflitos oriundos deste direito devem ser tratados de forma especial, sendo analisados de duas maneiras: a jurídica, para tratar de questões materiais e a psicológica, para tratar das emoções e sentimentos das partes no impasse. Desta forma, é buscando tratar o ser humano com respeito e cautela, que os princípios do Direito de Família estão voltados, direta ou indiretamente, para a proteção da dignidade da pessoa humana.

Contudo, cumpre dizer que o Poder Judiciário não consegue tratar os conflitos da maneira correta, visto que ele se encontra sobrecarregado, podendo demorar anos para que um Magistrado decida sobre um determinado impasse.

Assim, a situação se torna ainda mais a grave, quando nota-se que esta crise também atinge os conflitos familiares, uma vez que a morosidade do Judiciário não permite que o Magistrado dê a devida atenção ao problema. Tal fato faz com que este conflito perdure no tempo, e que as emoções das partes envolvidas fiquem mais latente, e por consequência, mais difíceis de serem tratadas.

Ao buscar soluções para o problema do Poder Judiciário, o Estado começou a fomentar o uso dos meios alternativos de resolução de conflitos, publicando textos legais que privilegia e regula tais meios. Como exemplo, podemos citar a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que foi marco para os meios alternativos e inspirou, além da promulgação do novo Código de Processo Civil, a promulgação da Lei nº 13.140/2015, que regula o instituto da mediação.

Assim procedendo, o trabalho dá destaque a mediação, um meio alternativo que resolução de conflitos interdisciplinar que busca, através de um terceiro imparcial, a transformação das pessoas envolvidas no conflito de forma a restabelecer a comunicação entre elas.

Deste modo, a mediação é regida por vários princípios que protegem a dignidade da pessoa humana, garantindo entre outros, a imparcialidade do mediador, que ao realizar o procedimento da mediação deverá tratar os envolvidos no conflito de forma igualitária e sem julgamentos, e a autonomia das partes, que deverão realizar a mediação voluntariamente a fim de restabelecer o diálogo, sempre tratando o outro de forma digna e respeitosa.

Cumpra ressaltar ainda, que a mediação é uma técnica recomendada para resolver impasses de pessoas que já possuíam um relacionamento anterior ao conflito, e que também possui como finalidade a preservação do relacionamento, bem como o restabelecimento da comunicação e prevenção de novos conflitos.

Nesta diapasão, é visível que a mediação pode ser eficaz na resolução de conflitos oriundos do Direito de Família, pois proporciona as pessoas envolvidas no impasse a possibilidade de resolver seus problemas sem a morosidade do Poder Judiciário, de forma mais rápida e humana.

Além disso, cumpre dizer que a mediação não tem como objetivo imediato à resolução do conflito, buscando desenvolver e esclarecer as questões subjetivas que formaram o determinado impasse. Assim, as partes não serão obrigadas a aceitar uma decisão imposta por um terceiro alheio à situação e irão, elas mesmas, trabalharem para chegar a uma solução para a situação.

Neste sentido, importante dizer que em muitos casos, os conflitos familiares irão exigir das partes a continuidade de sua relação. Como exemplo de tal afirmação, podemos citar o divórcio de pessoas com filhos e a questão da guarda de crianças e adolescente, em que os adultos envolvidos no problema deverão manter contato de forma a garantir aos seus filhos uma boa convivência familiar.

Assim, é notório que a mediação e suas peculiaridades podem ser benéficas para a resolução dos conflitos familiares, uma vez que seu principal objetivo é o restabelecimento da comunicação entre as partes, de forma a fazer com que elas continuem a se relacionarem de maneira digna e com respeito mútuo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O Princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e sua concretização judicial**. Disponível em: < http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe >. Acesso em: 5 de mar. de 2016.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação Familiar Interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.

BARBOSA, Pedro Henrique Vianna. **A Constitucionalização do Princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares**. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/PedroHenriqueVBarbosa.pdf >. Acesso em: 04 de mai. de 2016.

BIGONHA, Geysa. **Pesquisa demonstra que mediação é eficaz em processos de separação**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/59324-pesquisa-demonstra-que-mediacao-e-eficaz-em-processos-de-separacao> >. Acesso em: 22 de mai. de 2016.

BRAGANHOLE, Beatriz Helena. **Novo desafio do Direito de Família contemporâneo: a mediação familiar**. Disponível em: < <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/665/845> >. Acesso em: 27 de fev. de 2016.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 5 de mar. de 2016 e 10 de abr. de 2016.

_____. **Ementa Constitucional 45, 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm >. Acesso em: 10 de abr. 2016.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm >. Acesso em: 04 de mai. 2016.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm >. Acesso em: 17 out. 2015. Acesso em: 10 de abr. 2016.

_____. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Lei de Mediação**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm >. Acesso em: 10 de abr. 2016.

_____. **Resolução CNJ nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579> >. Acesso em: 10 de abr. 2016.

BRINCKER, Tanise. **Mediação familiar como forma alternativa de resolução de conflitos**. Disponível em: < <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2057/MEDIA%C3%87%C3%83O%20FAMILIAR%20COMO%20FORMA%20ALTERNATIVA%20DE%20RESOLU%C3%87%C3%83O%20DE%20CONFLITOS.pdf?sequence=1> >. Acesso em: 27 de fev. 2016 e 10 de abr. de 2016.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de Família**, 2. Ed. – Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

COUTINHO, Patrícia Rodrigues Martins. REIS, Marco Aurélio. **A prática da Mediação e o Acesso à Justiça: por um Agir Comunicativo**. Disponível em: < http://www.tjdft.jus.br/cidadaos/infancia-e-juventude/textos-e-artigos/a-pratica-da-mediacao-e-o-acesso-a-justica-por-um-agir-comunicativo/at_download/file > Acesso em: 10 de abr. de 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**, 10. ed. rev, atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: Direito de Família**, 25. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIELLO, Luiza de Carvalho. **Com apoio do CNJ, Lei de Mediação é sancionada pelo executivo**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79761-com-apoio-do-cnj-lei-da-mediacao-e-sancionada-pelo-executivo> >. Acesso em: 12 de mai. de 2016.

GANDRA, Alana. **Especialistas apontam vantagens da nova Lei de Mediação**. Disponível em: < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-06/especialistas-apontam-vantagens-da-nova-lei-de-mediacao-publicada-no-dou> >. Acesso em: 10 de abr. de 2016

GONÇALVES, Amanda Passos. **A mediação como meio de resolução de conflitos familiares**. Disponível em < http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015_1/amanda_goncalves.pdf >. Acesso em: 5 de mar. de 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família**, 12. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Desformalização do Processo e a Desformalização das Controvérsias. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181826> >. Acesso em: 10 de abr. de 2016.

ISERHARD, Luana Borba. **Mediação no Direito de Família: Instrumento à pacificação social dos conflitos**. Disponível em: < <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/54307/000854065.pdf?sequence=1> >. Acesso em: 5 de mar. de 2016.

JÚNIOR, Horival Marques de Freitas. **Breves apontamentos sobre a mediação no Direito de Família**. Disponível em: < http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0185_0228.pdf >. Acesso em: 5 de mar. de 2016.

LANGOSKI, Deisemara Turatti. **A Prática da Mediação nos Conflitos Familiares**. Revista Síntese: Direito de Família, v. 12, n. 16, 2010.

OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de. MIGLIAVACCA, Luciano de Araújo. **A resolução 125 do CNJ como política pública de fortalecimento da cidadania no tratamento dos conflitos**. Disponível em: <
https://www.imed.edu.br/Uploads/micimed2014_submission_139.pdf>. Acesso em: 23 de mai. de 2016.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SENADO, Jornal Do. **Plenário deve votar Lei de Mediação amanhã**. Disponível em: <
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509800/2015-06-01.pdf?sequence=1>
>. Acesso em: 10 de abr. de 2016.

SOARES, Carlos Henrique. **Ações de Direito de Família no novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Revista Síntese: Direito de Família, v.15, n.85, 2014.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 2. ed., rev., atual. e amp. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.

_____. **Mediação no novo CPC**. Disponível em: <
http://www.fernandatartuce.com.br/index.php?view=download&alias=339--162&category_slug=artigos-da-professora&option=com_docman&Itemid=217>. Acesso em: 10 de abr. de 2016.

TELLES, Bolivar da Silva. **O Direito de Família no ordenamento jurídico na visão codificada e constitucionalizada**. Disponível em: <
http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/bolivar_telles.pdf>. Acesso em: 27 de fev. de 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**, 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

POSSIBILIDADES DE CARACTERIZAÇÃO DE ABUSO DE DIREITO NO EXERCÍCIO À ESTABILIDADE DA GESTANTE

Camila Felipe Almeida

RESUMO

O presente artigo trata de um tema com grande discussão e relevância social no Direito Trabalhista, qual seja o direito à estabilidade da empregada gestante e possível caracterização de abuso de direito em seu exercício. Por se tratar de um tema amplo, através do método dedutivo por meio de pesquisa em doutrinas, jurisprudências, legislação e artigos científicos, será primeiramente realizada uma conceituação acerca da estabilidade provisória, com uma breve explanação acerca de sua evolução histórica, demonstrando também seus princípios norteadores bem como a aplicação destes no instituto da estabilidade gestacional. Disserta ainda sobre a alteração da súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho e sua aplicação no cenário jurídico atual, além da conceituação da teoria do abuso de direito por diversos prismas, e sua caracterização pela utilização de tal direito de forma irregular por parte da empregada gestante, que ajuíza reclamatória pleiteando tal direito de forma tardia ou ainda desvirtuando a real finalidade do instituto que é a proteção da empregada gestante e do nascituro ao visar apenas pecúnia advinda de tal direito, além de trazer algumas formas de solução e/ou prevenção de tal utilização abusiva. No decorrer do artigo será demonstrada a relevância da temática na sociedade e a importância da utilização consciente do mencionado direito já que a forma que algumas empregadas o exerce distorce a finalidade do instituto, Bem como traz total insegurança jurídica para o empregador.

Palavras chave: Abuso de direito; Gestante; Princípios norteadores

RESUMEN

En este artículo se trata de un tema de gran discusión y relevancia social en la Ley del Trabajo, que es el derecho a la estabilidad de la trabajadora embarazada y posible caracterización de abuso de los derechos en el ejercicio. Debido a que es un tema muy amplio, a través del método deductivo través de la investigación en las doctrinas, jurisprudencia, legislación y artículos científicos, una conceptualización primera se hará sobre la estabilidad provisional, con una breve explicación acerca de su evolución histórica, demostrando también sus principios guía y la aplicación de éstas en el instituto de la estabilidad gestacional. Las conferencias también sobre cómo cambiar la hoja de la cuenta 244 del Tribunal Superior del Trabajo y su aplicación en el escenario jurídico actual, más allá del concepto de la teoría del abuso del derecho por varios prismas, y su caracterización mediante el uso de ese derecho de manera irregular por la empleada embarazada que plantea la demanda juicio contra interponga tal derecho tardíamente o distorsionar el verdadero propósito del instituto es para proteger al empleado embarazada y su feto por la orientación única Pecunia que surge de tal derecho, y llevar algún tipo de solución y / o prevención de tales mal uso. A lo largo del artículo se mostrará la relevancia del tema en la sociedad y la importancia del uso consciente de ese derecho como la forma en que algunos usaron el ejercicio distorsiona la finalidad del instituto, y trae la inseguridad jurídica total para el empleador.

Palabras clave: Abuso de derecho; las mujeres embarazadas; principios rectores

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO -----	
6	
2 A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES -----	
8	
3 DIREITO À ESTABILIDADE DA GESTANTE E SUA EVOLUÇÃO -----	
12	
4 ABUSO DE DIREITO DO EXERCÍCIO DA ESTABILIDADE -----	
19	
4.1 Abuso de direito -----	
19	
4.2 Possibilidade de caracterização de abuso de direito no exercício à estabilidade da gestante -----	
- 22	
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS -----	29
REFERÊNCIAS -----	31

1 INTRODUÇÃO

O direito do trabalho é um âmbito do Direito com normas e princípios próprios, cuja finalidade é disciplinar as relações do trabalho bem como tutelar a parte que teoricamente é mais frágil, qual seja, o trabalhador.

Entre diversos pontos que protegem o trabalhador neste ramo do direito, tem-se a estabilidade que são formas de garantia do emprego diante de determinadas situações, podendo estas serem definitivas ou provisórias.

Dentre as estabilidades provisórias vislumbra-se especificadamente a estabilidade da gestante prevista na própria Constituição Federal nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, que trata-se de uma garantia de emprego para a mulher que ao seu estado gravídico, tem dificuldades de buscar um novo emprego, precisando ter segurança para uma boa recuperação e também para garantir os devidos cuidados ao filho recém-nascido.

Justifica-se a explanação de tal assunto, tendo em vista sua grande relevância social ao dificultar com que o empregado seja demitido a qualquer tempo, garantindo-lhe maior segurança neste caso, para que a mãe sustente a si mesma e ao seu filho em um momento tão delicado e importante, porém, ao exercer tal direito de forma extrapolada a empregada desvirtua a real finalidade do instituto e causa uma insegurança jurídica ao empregador que, acredita não ter mais vínculo com aquela empregada e depois de um certo lapso temporal é cientificado que precisa indenizá-la por uma dispensa indevida, sem mesmo saber que era indevida na época, por exemplo.

Objetiva-se por meio do método dedutivo de pesquisa, tendo em vista a amplitude do tema, trazer através de doutrinas, legislação, artigos científicos e jurisprudências, em primeiro lugar trazer conceituações acerca do direito à estabilidade da gestante, bem como explicar acerca de seus princípios norteadores e de sua aplicação. Busca ainda conceituar o abuso de direito e demonstrar algumas formas de sua caracterização no exercício ao direito da estabilidade gestacional, tendo em vista que tal instituto tem como finalidade tutelar mulher grávida e nascituro, garantindo-lhes uma segurança de sustento e maior dignidade em razão do direito social ao emprego e, algumas empregadas tentam desvirtuar tal função.

Traz ainda como foco a problemática da caracterização do abuso ao exercício do direito à estabilidade por algumas empregadas que o utilizam de forma exorbitante, ou seja, abusando de seu direito e, ao final demonstrar algumas possibilidades para a tentativa de evitar a ocorrência de tal abuso.

Espera-se que ao final de todo o exposto no decorrer do artigo, seja possível de forma clara, ter uma visão acerca da conceituação e aplicação do tema no cenário jurídico atual, de forma com que se verifique a importância do instituto e de sua utilização correta pela empregada ao pleiteá-lo, bem como se vislumbre possibilidades de coibir àquelas que utilizam seu direito de forma deturpada, desvirtuando a finalidade do instituto e trazendo insegurança jurídica aos empregadores, além de ter uma percepção, opinião e visão de solução para a problemática exposta.

2 A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES

O direito do trabalho visa preferencialmente prezar pela continuidade do trabalhador em seu emprego a fim de dar-lhe uma vida com maior dignidade e segurança. Seguindo tal ideia há duas figuras que, de certa forma impossibilita que o empregado seja dispensado: garantias de emprego e estabilidade (DELGADO, 2012).

A garantia de emprego é gênero do qual a estabilidade faz parte. A garantia de emprego é toda forma de inibição ou desestímulo à dispensa e incentivo a admissão visando sempre diminuir o desemprego, sendo caracterizado como instituto de cunho social, econômico e político. Já a estabilidade, é um instituto trabalhista que restringe ao empregador dispensar determinados empregados em virtude de algumas situações (CASSAR, 2015).

A estabilidade possui relevância social ao garantir que o empregado que precisa trabalhar, tenha segurança de não ser dispensado a qualquer momento, garantindo sua fonte de sustento pessoal e familiar já que a própria Constituição Federal garante direitos sociais, dentre eles os trabalhistas, os quais permitem com que os hipossuficientes com a força de seu trabalho tenha uma melhoria - material - em sua situação de vida, garantindo maior dignidade, com base em um dos princípios norteadores do direito, qual seja o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no artigo 1º inciso III da Constituição Federal (ARAÚJO, 2014).

Tal instituto pode ser analisado de forma jurídica e econômica, sendo que economicamente é o direito de fato ao emprego, conforme fundamentos da Constituição que o traz como direito social, enquanto juridicamente, caracteriza o direito de o empregado permanecer no emprego em alguns casos, mesmo que o próprio empregador não queira (FUCK, 2001).

A estabilidade jurídica, ou seja, a advinda da lei, é aquela que limita o poder potestativo do empregador de demitir sem justa causa o empregado, a qual possui duas vertentes: obrigação de não fazer para o empregador de não dispensar sem justa causa; e direito de trabalhar do empregado; mesmo que contra a vontade do empregador, podendo esta ser definitiva ou provisória (CARVALHO, 2014).

Do ponto de vista da estabilidade econômica tem-se que esta é um objetivo que todos pretendem alcançar, porém o empregado muitas vezes possui menores possibilidades. Por tal motivo, o Estado interfere, buscando formas de garantir o emprego visando maiores possibilidades econômicas e segurança para o empregado. Assim, a estabilidade econômica além da jurídica tende a garantir a mínima dignidade da pessoa (NASCIMENTO, 2011).

No presente artigo tratamos da estabilidade provisória, que é uma garantia de emprego adquirida em razão de circunstância temporária prevista por lei onde, ao contrair alguma das hipóteses, o empregado tem seu vínculo empregatício mantido até o término da referida situação (DELGADO, 2014).

A gestação é um dos fatos geradores que previsto em lei dá o direito a estabilidade provisória da empregada visto que, nesse período a mulher além de suas necessidades pessoais, adquire novas responsabilidades com o nascimento de um filho, sendo extremamente necessário o recebimento de sua remuneração (CASSAR, 2011).

A empregada gestante possui a mencionada garantia desde o começo da gravidez até cinco meses após o parto, não podendo ser demitida sem justa causa, conforme disposto no artigo 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (CASSAR, 2015).

Art. 10 - Até que seja promulgada a Lei Complementar a que se refere o artigo 7º, I da Constituição: (...)

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: (...)

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Durante o período de estabilidade da gestante, esta faz jus ao recebimento do salário maternidade que é custeado pela Previdência Social, porém, tal pagamento passa a ser de responsabilidade do empregador caso o mesmo a dispense neste período sem justa causa (BARROS, 2013). Garantia com previsão no artigo 6º, e artigo 7º inciso XVIII, ambos da Constituição Federal.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:[...]

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; [...]

A garantia de emprego da empregada gestante tem como fundamento o fato de que a mulher durante a gravidez e por um período posterior ao parto não conseguiria um novo emprego já que precisa recuperar-se e cuidar de seu filho (MARTINS, 2012).

Além dos princípios gerais do direito com por exemplo, a boa fé nos contratos de trabalho, a estabilidade da gestante tem como princípios norteadores os princípios da continuidade da relação de emprego e o da proteção cujo respaldo encontra-se no princípio da causalidade da relação da dispensa (TÚLIO; CASAGRANDE).

Sabe-se que na relação empregatícia o empregado é juridicamente dependente ao empregador, tendo em vista sua hipossuficiência em relação a ele portanto, o princípio da proteção tem por finalidade compensar juridicamente o empregado em face de tal desvantagem (NASCIMENTO, 2011), de forma com que tal princípio seja uma forma de proteger no plano jurídico o empregado que é a parte hipossuficiente em relação ao desequilíbrio do contrato de trabalho (DELGADO, 2012).

Outro princípio que visa a proteção do empregado - no caso em tela a gestante - é o princípio da continuidade de relação de emprego, que objetiva preservar o contrato de trabalho fazendo com que o empregado permaneça na empresa podendo trabalhar com tranquilidade, exercendo sua função com mais qualidade e garantindo a empresa um serviço com profissionais capacitados (GARCIA, 2012).

Vislumbra-se ainda que o empregado ao ser admitido em uma empresa, passa a ter uma segurança e estabilidade econômica e pretende que tal relação seja contínua para que possa realizar seus planos pessoais através de sua renda (CASSAR, 2015). Além das vantagens econômicas do trabalho, o sentimento de segurança do empregado que possui um trabalho duradouro faz com que produza melhor e também tenha crescimento pessoal, familiar e tenha um melhor bem estar físico e psicológico (VICENTE JÚNIOR, 2014).

Quanto a causalidade, ou seja, a relação entre a causa, efeito obtido pela ação ou omissão, e o fato acontecimento (dano) (GONÇALVES,2012) diz respeito ao fato de que, a empregada não pode ser demitida sem justa causa simplesmente por estar grávida, e precisar dedicar-se ao seu filho ou ter alguns cuidados especiais consigo mesma.

Não só a proteção da empregada é objetivada com a garantia de emprego da gestante, mas também a do nascituro, pois, o legislador objetivou não tutelar apenas a mulher gestante, mas sobretudo a criança já que tendo segurança no emprego poderá recuperar-se do parto e conviver com seu filho no começo de sua vida, momento este o mais importante (DANTAS, 2009).

Tendo em vista que se trata de assunto de interesse público, e em razão de ser direito social garantido pela Constituição, tal estabilidade ultrapassa a proteção ao empregada, tutelando também sua gestação e o nascituro (DELGADO, 2012).

No mesmo sentido, o salário possui caráter alimentar para o trabalhador e conseqüentemente para o recém-nascido, portanto, tutelar o emprego traz uma segurança para a mulher gestante que está de certa forma com sua força produtiva reduzida de que terá possibilidades de sustentar as necessidades de seu filho ao nascer (PEREIRA, 2015).

Assim, fica claro que além do que visa o direito do trabalho que é a proteção do empregado, o direito a estabilidade da gestante procura também proteger o nascituro, a criança já que a empregada/mãe precisa de seu trabalho e remuneração não só para ela, mas também para dar uma vida digna ao seu filho, bem como dar a ele todos os cuidados necessários a um recém-nascido.

Para a confirmação do direito a estabilidade da gestante possuem duas principais teorias, quais sejam a subjetiva, que sustenta que a empregada deve confirmar, ou seja, comprovar/demonstrar para o empregador sua gravidez; e a objetiva, a teoria aceita pelo Supremo Tribunal Federal conforme RE 259.3218/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, onde a confirmação da gestação basta ser por parte da empregada já que em detrimento da proteção ao nascituro o empregador tem responsabilidade objetiva (MARTINS, 2012).

Contudo, verifica-se que a estabilidade provisória da gestante claramente pretende tutelar direitos da empregada e principalmente do nascituro, tendo em vista que possuindo um emprego a mulher terá maior tranquilidade para cuidar do filho em seus primeiros meses de vida já que terá segurança quanto ao seu emprego.

Ao tutelar o emprego da gestante portanto, é possível com que direitos básicos de qualquer pessoa ou trabalhador, como a dignidade da pessoa humana tanto da mulher quanto da criança; os direito sociais previstos no artigo 6º; os direitos da criança previstos no artigo 227, e a proteção à família do artigo 226, todos da nossa Constituição Federal sejam garantidos (ALMEIDA, 2010).

3 DIREITO A ESTABILIDADE DA GESTANTE E SUA EVOLUÇÃO

A estabilidade da gestante não é um direito antigo em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que somente com a Constituição Federal de 1988 passou a ser garantida a todas as mulheres já que anteriormente somente algumas categorias profissionais por meio de suas convenções coletivas de trabalho possuíam tal direito (NASCIMENTO, 2011).

A empregada gestante segundo a CLT em seu artigo 392, tinha somente 12 semanas de licença gestante e não possuía estabilidade alguma. Com o advento da Constituição de 1988 em seu artigo 7º o período de licença foi estendido para 120 dias, sendo ainda que conforme artigo 10, II, b dos Atos das Disposições Transitórias que durante a gravidez e por 5 meses após o parto a empregada é estável, ou seja, não pode ser dispensada de seu emprego sem justa causa (NASCIMENTO, 2011).

Inicialmente, a empregada gestante tinha direito somente a indenização do período estável e não a garantia de emprego que possui atualmente, tendo em vista que a súmula 244 conforme resolução administrativa nº 15/85 tinha a seguinte redação: "A garantia de emprego à gestante não autoriza a reintegração, assegurando-lhe apenas o direito a salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos" (BORGES, 2012).

Após a Constituição de 1988, a empregada gestante passou a ter direito então, a receber indenização referente ao seu período estável em dinheiro ou ainda, sendo possível a sua reintegração ao trabalho caso tenha sido dispensada de forma irregular (CASSAR, 2015).

Além do período de estabilidade garantido pela Constituição, há ainda a possibilidade de que a empregada gestante tenha seu período estável estendido por mais 60 dias, desde que a empresa tomadora de serviços faça parte do Programa Empresa Cidadã (Lei 11.770/08), sendo assim, a empregada deve solicitar tal benefício no primeiro mês da licença que já lhe é garantida e ao final desta, inicia-se a contagem de mais 60 dias, período este também pago pela Previdência Social, tendo a empresa benefícios para o pagamento de impostos (BARROS, 2009)

Conforme entendimento consolidado do TST, a súmula 244 regulamentava que a empregada gestante fazia jus a garantia de emprego, ou seja, a estabilidade com a indenização do período ou a reintegração ao seu trabalho, portanto só nos casos de contrato de trabalho por tempo indeterminado, já que o término dos contratos a termo não caracterizaria a dispensa arbitrária, a qual é vedada durante a gravidez tendo em vista que empregador e empregada tinham ciência da data que findaria o contrato (RIBEIRO, 2012).

A súmula 244 do TST então, possuía a seguinte redação:

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 88 e 196 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT) (ex-OJ nº 88 da SBDI-1 - DJ 16.04.2004 e republicada DJ 04.05.04).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade (ex-Súmula nº 244 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003).

III - Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa (ex-OJ nº 196 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000).

Dessa forma, a empregada grávida no curso de contratos de trabalho por tempo determinado não gozavam da estabilidade das demais empregadas gestantes, devido ao fato de que o término do contrato de trabalho não caracterizava a situação prevista pelo ordenamento jurídico, ou seja, não se trata de dispensa arbitrária já que ambas as partes tinham conhecimento da data final do acordo.

Diante das discussões acerca da súmula e do fato de que a estabilidade busca tutelar os direitos da mãe trabalhadora e também do nascituro, é necessário então esclarecer alguns pontos.

Primeiramente surge a dúvida se a confirmação da gravidez para o empregador é requisito para que a empregada goze de sua estabilidade, porém, como é expresso no inciso I da súmula 244 do TST não há a necessidade de confirmação para o mesmo, tendo em vista a teoria da responsabilidade objetiva do empregador pelo empregado, sendo a comunicação apenas um requisito, não podendo o empregador esquivar-se da garantia da empregada sob alegação de desconhecimento (BORGES, 2012).

Pode-se verificar conforme decisão do TST:

RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONFIRMAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ PARA O EMPREGADOR. INEXIGIBILIDADE. Nos termos da Súmula nº 244, item I, do TST, - o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, b do ADCT) -. Recurso de Revista a que se dá provimento. TST - RECURSO DE REVISTA: RR 2436000662002502 2436000-66.2002.5.02.0900. Relator: Fernando Eizo Ono. Data do Julgamento: 26/11/2008.

Dá-se ao empregador a responsabilidade objetiva no que tange aos direitos estabilitários da empregada gestante, tendo em vista que sua finalidade vai além da simples proteção a empregada, tutelando também os direitos da maternidade e a proteção do nascituro (TST - RR-1239-59.2013.5.09.0664, Relator: Mauricio Godinho Delgado. DJ: 04/03/2015)

Há ainda a possibilidade de a própria empregada desconhecer seu estado gravídico no momento da dispensa, o que também não afasta seu direito a estabilidade, já que a garantia de emprego neste caso não é exclusivamente para tutelar a empregada, ora gestante, mas essencialmente do nascituro, dessa forma, basta que haja a confirmação de que a gravidez ocorreu durante o contrato de trabalho (TRT 3 - RO - 00351-2012-038-03-00-9, Relatora: Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim, DJ: 24/07/2012).

Verifica-se o entendimento conforme o julgamento do TST:

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE DA GESTANTE. IRRELEVÂNCIA DO CONHECIMENTO PELO EMPREGADOR OU PELA EMPREGADA DO ESTADO GRAVÍDICO OCORRIDO DURANTE O CONTRATO DE TRABALHO. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. O atual posicionamento desta Corte é no sentido de se conferir a garantia de estabilidade provisória à trabalhadora a partir do momento da concepção, ocorrida no curso do contrato de trabalho. Essa garantia não visa apenas à proteção objetiva da gestante mas, sobretudo, a tutela do nascituro. Nesse sentido, nos termos do que recomenda a Súmula nº 244, I, do TST, não se afigura indispensável para o reconhecimento da garantia de emprego que a confirmação da gravidez da reclamante tenha ocorrido antes da rescisão contratual. Assim sendo, para a garantia da estabilidade provisória da gestante é irrelevante que o empregador, e também a empregada, tenham conhecimento do estado gravídico [...]. Processo: 00351-2012-038-03-00-9-RO, Relatora: Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim, Data do Julgamento: 24/07/2012.

No que tange a confirmação, há entendimentos de que esta deve ser para a própria empregada, sendo necessário a confirmação do estado fisiológico da gravidez durante o contrato de trabalho para que tenha acesso aos seus direitos constitucionais, independente de notificação ao empregador (JORGE NETO, 2011).

Mas, ainda se deve mencionar que há correntes contrárias, no sentido em que acreditam que a empregada deve comprovar a gravidez ao empregador sob pena de não ter direito a estabilidade, porém, é vedado pela própria Consolidação das Leis do Trabalho a exigência de exames pelo empregador à mulher para que comprove gravidez, sendo que a confirmação de sua gestação é íntima da mulher (CASSAR, 2015).

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

Ressalta-se ainda que, atualmente tendo em vista que o texto legal menciona que a vedação diz respeito à admissão ou para a continuidade do contrato de trabalho alguns entendem que é legítimo que exija exame para verificar se a empregada está ou não gestante no momento da ruptura do contrato.

Devido ao fato de que antes da Constituição de 1988 a empregada não tinha qualquer estabilidade, o período de gestação da empregada era somente convertido em pecúnia e a mesma recebia salário e demais direitos por indenização, após a Constituição há a possibilidade de reintegração ao emprego enquanto durar sua estabilidade (CASSAR, 2015).

Assim, reintegração é a volta do empregado ao trabalho após a dispensa arbitrária no curso de sua estabilidade, voltando com toda as vantagens que tinha antes da demissão, como se o contrato de trabalho nunca tivesse cessado (SARAIVA, 2009).

Verifica-se então que o inciso II da súmula 244 do TST deixa para que conforme a situação seja possível que seja determinado para que a empregada volte ao seu trabalho, exercendo-o da forma que o exercia antes da demissão ou para que nos casos de impossibilidade do retorno, todo o período de estabilidade seja convertido em indenização pecuniária (BARROS, 2009)

Podendo vislumbrar tal entendimento ainda segundo Sabongi e Almeida:

[...] a empregada gestante deve pleitear a reintegração ao emprego, em caso de ruptura do contrato de trabalho, antes do término do período estabilitário. A indenização apenas é cabível diante da inviabilidade da reintegração, ou seja, nas seguintes situações: (a) quando já se encontrar exaurido o período estabilitário; ou (b) a critério do magistrado, caso entenda inexistir ambiente para reintegração (aplicação analógica do art. 496 da CLT c/c Súmula 396, II, do TST).

Outro ponto discutido acerca da estabilidade da gestante, é o inciso III da súmula 244 do TST tendo em vista que garantia o direito a estabilidade somente para as gestantes cujo contrato de trabalho fosse por prazo indeterminado já que nos contratos a termo não há a dispensa arbitrária já que ambas as partes sabem quando finda a relação de emprego (GARCIA, 2012).

A Constituição de 1988 trouxe a garantia de emprego para a empregada gestante, porém, não fez distinção do direito a empregada gestante em curso de trabalho com contrato por prazo determinado ou indeterminado, tutelou simplesmente os direitos da empregada gestante (RIBEIRO, 2012).

Em 2012, o Tribunal Superior do Trabalho passou a adotar posição em sentido contrário ao inciso III da súmula 244 do TST, no sentido de conceder estabilidade nos contratos de trabalho por prazo determinado, isto após várias decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido de garantir a várias empregadas gestantes em cargos comissionados, contratadas a título precário, o direito a estabilidade provisória (FRANCO FILHO, 2012).

Como por exemplo, pode-se vislumbrar:

EMENTA: LICENÇA-MATERNIDADE. CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO. SUCESSIVAS CONTRATAÇÕES. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII, DA CF. ART. 10, II, B, do ADCT. RECURSO DESPROVIDO. A empregada sob regime de contratação temporária tem direito à licença-maternidade, nos termos do art. 7º, XVIII, da CF e do art. 10, II, b, do ADCT, especialmente quando celebra sucessivos contratos temporários com o mesmo empregador. Recurso a que se nega provimento. STF: RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 287.905. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Data do Julgamento: 28/06/2005.

Em 2010 pela primeira vez o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu que a Constituição assegura o direito a gestante, independente da modalidade de contrato de trabalho (FRANCO FILHO, 2012), como podemos observar no seguinte julgado:

RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. RESCISÃO ANTECIPADA. ESTABILIDADE ASSEGURADA. Estabelece o art. 10, II, "b", do ADCT/88 que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, não impondo qualquer restrição quanto à modalidade de contrato de trabalho, mesmo porque a garantia visa à tutela do nascituro. O item III da Súmula nº 244 desta Corte Superior não constitui impedimento a que se reconheça a estabilidade provisória da gestante, na espécie, visto que a extinção da relação de emprego não se deu em face do término do prazo de experiência, mas sim pela rescisão antecipada do contrato, por ato da empresa, configurando, portanto, dispensa sem justa causa de empregada coberta por estabilidade provisória constitucional. Precedentes do STF, de cuja orientação dissentiu o acórdão recorrido, violando preceito constitucional. TST, RR: RR 194040-35.2006.5.02.0472. Relator: Ministro Waldir Oliveira da Costa. Data do Julgamento: 09/06/2010.

Após então diversas decisões favoráveis a concessão da estabilidade para empregadas gestantes que possuíam vínculo de emprego por meio do contrato de experiência, em 2012 pela resolução nº 185/2012 o item III da súmula 244 do TST foi alterado, permitindo então com que as empregadas que ficassem gestantes independentemente do tipo de contrato de trabalho (determinado ou indeterminado) teriam direito à estabilidade, passando então a ter a seguinte redação: "III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado" (FRANCO FILHO, 2013).

Como exemplo pode-se vislumbrar nos textos da Revista Legislação do Trabalho:

[...] O art. 10, II, b, da ADCT, da CF veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante [...]. Essa garantia fundamental reafirma a Convenção n. 3 da OIT, que estabelece, em seus arts. 3 e 6 a ilegalidade da dispensa da empregada gestante enquanto perdurar a licença maternidade. Logo, o contrato de experiência não constitui óbice à estabilidade provisória da gestante, na medida em que a norma do art. 443 da CLT, ao regular a contratação por prazo determinado, não tem o condão de afastar o direito à estabilidade provisória. A jurisprudência do STF e TST é também no sentido de que a empregada gestante, mesmo contratada a título precário, tem direito a estabilidade provisória [...] (Revista LTR. 77-10/1256).

[...]a justificativa legal decorre do fato de que a relação de emprego ainda se encontra em vigência, já que o aviso prévio, cumprido ou não, integra o contrato de trabalho para todos os efeitos (art. 487, § 1º da CLT) [...] (Revista LTR. 77-06/615).

Válido ainda é mencionar acerca de alguns pontos acerca da estabilidade da gestante, como por exemplo, a situação onde há a dispensa da empregada gestante antes do período da licença maternidade. Assim, caso a empregada seja dispensada arbitrariamente durante sua gestação, cabe ao empregador nos moldes da legislação já citada (independente do tipo de contrato de sua ciência) indenizar pecuniariamente todo o período que ainda resta de gestação e estabilidade para a empregada (BARROS, 2009).

Outro ponto importante é a questão do nascimento com ou sem vida da criança, ou ainda a morte logo após o parto. Não há entendimento pacífico sobre o tema já que alguns acreditam que é cabível a estabilidade já que o fato gerador é o parto, enquanto outros entendem que é devido a gestante somente o descanso de duas semanas previsto no artigo 395 da CLT. (CASSAR, 2015).

Verifica-se que a estabilidade da gestante busca proteger a mãe e o nascituro, assim independe se a criança nasce com ou sem vida já que a mulher necessita recuperar-se fisicamente e psicologicamente, tendo portanto o direito à estabilidade (TRT 3- Processo 0000600-17.2014.5.09.0014, Relator Desembargador Ubirajara Carlos Mendes, DJ: 23/06/2015). Válido ainda mencionar ainda acerca da mãe adotiva, já que esta possui direito a licença maternidade porém, não faz jus ao direito estabilitário (CASSAR, 2015).

Outro ponto a deixar claro é que mesmo que a descoberta da gestação seja no curso do aviso prévio trabalhado ou indenizado, a empregada faz jus a estabilidade, em conformidade com a Lei 12.812/2013, que cria o artigo 391-A da CLT (CASSAR, 2015).

No que diz respeito a estabilidade da gestante ainda, é importante destacar qual o momento para que a empregada possa pleitear seus direitos, porém, tal assunto será discutido em tópico posterior.

4 ABUSO DE DIREITO DO EXERCÍCIO DA ESTABILIDADE

A gestante tem direito a pleitear seu direito a estabilidade em até dois anos conforme previsto no Art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, porém, em alguns casos pode-se vislumbrar a ocorrência abuso do exercício de tal direito conforme disposto a seguir.

4.1 Abuso de direito e sua conceituação

Sabe-se que a teoria do abuso de direito tem origem no direito medieval, onde era verificada nos atos emulativos, ou seja, aqueles atos que visavam obter proveitos sobre terceiros, assim causando-lhes prejuízos (BARROS, 2005).

Tendo em vista que tal instituto não era expresso no Código Civil de 1916 sendo que, apenas por interpretação a partir do artigo 160, inciso I do mencionado Código de que a prática de atos em desconformidade com o ali disposto poderia configurar conduta abusiva (BRITO, 2011): "Art. 160. Não constituem atos ilícitos: I. Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido (BRASIL, 1916)."

Apesar do fato de o Código de 1916 adotar a teoria subjetiva, e da necessidade de interpretação inversa do artigo de lei, a ideia do abuso de direito como princípio foi sendo aceito por doutrina e jurisprudência, assim como sendo utilizada por outros ramos do direito (BRITO, 2011).

O primeiro instituto a fazer menção ao abuso de direito no ramo privado foi o Código de Defesa do Consumidor, e posteriormente o Código Civil de 2002 em seu artigo 187, fazendo assim com que tal instituto alcançasse o princípio da boa-fé e a limitação do exercício do direito: "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002)" (BRITO, 2011).

O abuso de direito é aplicável em todos os ramos do direito e existe a partir do momento em que o titular de algum direito o exerce de forma com que gere afronta a princípios do direitos e cause lesão a terceiros (HIGA, 2013).

Tendo em vista que aquele que abusa de seu direito o exerce porém, prejudicando terceiros, sua teoria tem como base o fato de que não se pode alegar desconhecimento do direito para realizar determinado ato, visando assim equilíbrio nas relações de forma com que sejam priorizados os interesses coletivos aos individuais (FERREIRA, 2013).

A caracterização do abuso de direito é portanto, uma linha frágil entre o exercício do direito subjetivo e o abuso do mesmo direito. Ora, o direito do indivíduo possui previsão legal porém, ao pleitear, exercer tal direito o mesmo ultrapassa os limites de seu direito objetivando uma vantagem exagerada ou seja, que vai além do permitido de forma com que prejudique terceiros (VIANNA, 2009).

Atualmente fala-se que o abuso de direito independe de culpa, sendo que o agente utiliza de seu direito de forma contrária a sua finalidade social. O agente não desvirtua a lei objetivamente, mas sim sua finalidade (GONÇALVES, 2014).

Assim, não verifica-se culpa ou dolo para a configuração do abuso do direito, bastando a constatação do desvio da finalidade do mesmo em seu exercício anormal (VENOSA, 2014).

Ressalta-se ainda que a ideia do abuso de direito não está atrelada apenas aos atos emulativos, ou seja, aqueles que visam prejudicar outrem mas, naqueles que independente de vontade de causar danos utilizam de seu direito de forma incoerente ou objetivando apenas interesse próprio (RODRIGUES, 2003).

Conclui-se portanto que o sujeito que possui determinado direito subjetivo incorre no abuso do mesmo caso contrariar o princípio da boa-fé, bons costumes, moral e a finalidade da própria norma que tutela tal direito, ocasionando responsabilidade do mesmo por eventuais danos que causar (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).

Tendo em vista que o abuso de direito está no Título dos atos ilícitos nos Código Civil, é pertinente fazer a diferenciação dos dois institutos. No abuso de direito o agente de certa forma está exercendo seu direito mas violando os valores atrelados a ele. Já no ato ilícito o indivíduo age em desconformidade com a norma. Nas duas hipóteses o sujeito está e desconformidade com o ordenamento jurídico, porém, praticando o ato ilícito está agindo claramente em desconformidade com a lei, já no abuso de direito está utilizando tal lei contrariando sua finalidade (BARROS, 2005).

A caracterização do abuso de direito pode ser por várias modalidades, sendo que é válido que algumas delas sejam aqui destacadas. A primeira é o princípio da vedação ao comportamento contraditório (*Venire contra Factum Proprium*), que advém da violação ao princípio da confiança (OLIVEIRA, 2013).

Tal princípio está relacionado ao princípio da boa-fé objetiva, da confiança e lealdade, sendo que deve haver a limitação das atitudes dos indivíduos em prol da sociedade, ou seja, visa uma solidariedade social. Assim, a vedação diz respeito a atitudes contrárias as já praticadas pelo indivíduo anteriormente para que não haja uma violação de expectativas já criadas anteriormente podendo assim gerar prejuízos a outrem (PRETEL, 2009).

Outro instituto que pode-se analisar no campo do abuso de direito é a *supressio* (conforme doutrina alemã: *Verwirkung*), onde os direitos de um indivíduo da relação são suprimidos, diminuídos em razão de sua inércia ao pleiteá-lo, fazendo com que a outra parte acredite que tal direito não seria mais exercido. Há no mesmo campo a *surrectio* sendo que a atitude de um gera expectativa de direito em outrem (MEZZOMO, 2006).

Conclui-se portanto, que entre as duas teorias há uma correspondência já que em uma relação haverá supressão de direitos para uma das partes - *supressio* -, enquanto para a outra haverá um aumento nos direitos que este esperava - *surrectio* (OLIVEIRA, 2013).

A teoria *tu quoque* ou ninguém poderá beneficiar-se da própria torpeza, também pode ser utilizada para falar do abuso de direito tendo em vista que, tal teoria leciona que uma pessoa não pode utilizar de sua torpeza para invocar determinada norma jurídica a seu favor e posteriormente a violar, ou vice versa (LEITE, 2010).

No direito do trabalho verifica-se a compatibilidade do instituto tendo em vista que a própria CLT dispõe em seu artigo 8º, que nos casos omissos nesta serão supridos pelos outros ramos do direito naquilo que for compatível. Assim, o fato de o princípio norteador do direito do trabalho ser o da proteção para igualar empregador e empregado juridicamente, não há incompatibilidade em utilizar o instituto do abuso de direito nos casos em que lhe couber (AMARAL, 2005).

Diante todo o exposto conclui-se que, o abuso de direito é um instituto de difícil caracterização tendo em vista que embora seja recorrente no cotidiano, há a necessidade de uma análise de certa forma subjetiva já que o direito do indivíduo é tutelado mas, o mesmo ao exercê-lo o faz de forma desmesurada agindo em desconformidade com princípios básicos do direito como boa fé, indo contra costumes e o que é "bem visto" pela sociedade e podendo até prejudicar terceiros.

4.2 Possibilidade de caracterização de abuso de direito no exercício à estabilidade da gestante

No decorrer do artigo é possível vislumbrar os princípios norteadores da garantia de emprego, ou estabilidade provisória da gestante e como esta é tutelada pelo direito brasileiro, podendo citar como exemplo a súmula 244 do TST e o artigo 10, II, 'b', do ADCT.

Conforme exposto, a empregada gestante faz jus à reintegração ao emprego ou a indenização do período de estabilidade nos casos de dispensa sem justa causa.

Ocorre que, não há especificação legal do prazo em que a empregada pode ingressar com reclamatória pleiteando os direitos advindos da estabilidade gestacional, sendo então utilizado o prazo prescricional do Artigo 7º, inciso XXIX da Constituição Federal, ou seja, dois anos. No mesmo sentido há manifestação do Tribunal Superior do Trabalho no texto da Orientação Jurisprudencial 399:

399. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA NO EMPREGO. ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. (DEJT divulgado em 02, 03 e 04.08.2010) O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estável.

Não há o que questionar quanto a existência do direito da empregada quanto a estabilidade, porém, devemos analisar a seguinte situação: a empregada é desligada da empresa sem justa causa e está gestante nesse momento, porém, de forma imotivada, ajuíza reclamatória pleiteando somente indenização do período e nega-se a reintegrar ao emprego. Ou ainda o ajuizamento é após o período estabilitário, mas ainda no prazo prescricional da Constituição, não sendo mais possível sua reintegração, somente indenização pecuniária esta não estaria incorrendo em um abuso de direito? Extrapolando seu exercício mesmo que este seja devido?

Há entendimentos de que tendo em vista que a responsabilidade do empregador é objetiva, é cabível a conversão do período em dinheiro já que o ato da dispensa realizada pelo empregador tem mais gravidade que a demora do ajuizamento da ação pela empregada (CASSAR, 2015). Porém, há entendimentos no sentido de que não é mais cabível as vantagens da estabilidade àquelas que por desleixo deixa transcorrer o período da estabilidade para pleitear tal direito, é o que será mostrado a seguir.

ESTABILIDADE DA GESTANTE. AÇÃO PROPOSTA APÓS O PERÍODO APTO À REINTEGRAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA E DEFERIDA. INTEGRAÇÃO DO PERÍODO INDENIZADO AO CONTRATO DE TRABALHO. POSSIBILIDADE.

Para fins de reconhecimento da estabilidade da gestante, é irrelevante a propositura da ação após o fim do período estabilitário, uma vez que assegurada a indenização correspondente aos salários e demais direitos daí resultantes, a exemplo do FGTS mais 40%, férias e 13º salário e integração desse período ao tempo de serviço a ser anotado na CTPS, item II da Súmula 244 do TST (TRT 5 - RR 0000036-84.2012.5.05.0025. Relator: Renato Mário Borges Simões. DJ 04/11/2013). Grifo nosso.

Há entendimentos que o ajuizamento após escoado o período de estabilidade não configura o abuso de direito, desde que tenha observado o prazo prescricional da Constituição é devida a indenização do período estabilitário, tendo em vista que o empregador possui responsabilidade objetiva e tal instituto visa a proteção das necessidades da pessoa e do nascituro (TST-RR-19600-18.2007.5.02.0313. Relator: Ministro Vieira de Melo Filho. DJ: 10/06/2015).

Ocorre que não se pode tratar a empregada gestante como incapaz ou doente, assim, estabilidade justifica-se então devido ao fato de a gestante ter dificuldades de ingressar em um novo emprego com um filho recém-nascido, garantindo tal direito para a proteção ao nascituro. Contudo, a indenização só deve ser concedida se não for mais possível a reintegração ao emprego, não fazendo jus a indenização caso deixar terminar o período de estabilidade já que não deu oportunidade para o empregador de reintegrá-la, tendo em vista que mostra desinteresse da empregada na manutenção do emprego almejando apenas a indenização pecuniária (MARTINS, 2012). Além das disposições doutrinárias, há diversos julgados mostrando casos concretos onde foi reconhecida a abusividade no exercício da estabilidade da empregada gestante, conforme disposto a seguir.

Em que pese o desconhecimento por parte do empregador ser irrelevante para a caracterização do direito à estabilidade, verifica-se que em alguns casos a própria empregada obsta com que lhe seja concedido tal direito ao violar princípios da boa-fé e informação. A empregada realiza exame demissional somente após a confirmação da gravidez e não a informa no mencionado momento; não científica o empregador nem a entidade sindical no momento da homologação acerca de seu estado gravídico e, diretamente ajuíza reclamatória pleiteando indenização do período estabilitário sem cumprir o papel principal da garantia que é a proteção ao emprego. Verifica-se ainda que, recebeu parcelas do seguro desemprego e da licença maternidade no período estabilitário o qual requer indenização. (TRT 3 - Relator: Desembargador Paulo Chaves Corrêa Filho. RO 02611-2013-043-03-00-7 RO).

Percebe-se nesses casos que a empregada descumpriu com preceitos éticos e morais, princípios da lealdade e boa-fé objetiva visando somente a indenização e não a proteção à maternidade e ao emprego. Recusa a reintegração ao emprego de forma injustificada obstando de forma maliciosa com que o empregador cumprisse sua obrigação, sendo então indevida a conversão em indenização pecuniária. O mesmo entendimento é mantido em sede recursal já que as atitudes da empregada não demonstram mera recusa à reintegração, o que não afastaria seu direito à estabilidade, mas demonstra que a mesma agiu de maneira contrária aos costumes moralmente aceitos pelo direito ao criar embaraços para o empregador pretendendo apenas indenização e não a finalidade real do instituto da estabilidade (TRT 3 - Relator: Desembargador Paulo Chaves Corrêa Filho. RO 02611-2013-043-03-00-7 RO).

Em muitas hipóteses percebe-se que a empregada obsta seu retorno ao emprego ou ajuíza reclamatória com uma demora imotivada não visando a garantia de emprego que lhe é dada, mas apenas indenização pecuniária "já que possui tal direito".

Em outro caso, a empregada é dispensada grávida e, ajuíza reclamatória seis meses após a dispensa pleiteando indenização do período, porém, o empregador alega que na CCT da categoria há uma cláusula que autoriza a empregada gestante renunciar tal direito, porém tal cláusula é nula, sendo concedido direito à indenização em primeira instância. (TRT 18 - RO-0010853-45.2014.5.18.0004. Relator (a) Gentil Pio de Oliveira. DJ 30/10/2014).

Em sede de recurso, a reclamada afirma que ao pleitear somente a indenização, a empregada pretende somente dinheiro e não a real finalidade da estabilidade que é a garantia de emprego. O Tribunal concorda no ponto em que a empregada ajuizou ação em momento ainda oportuno à sua reintegração ao emprego, porém, pleiteia somente indenização ficando evidenciado apenas seu interesse pecuniário sem prestar serviço algum ficando perceptível a caracterização do abuso de direito da empregada não sendo devida a indenização (TRT 18 - RO-0010853-45.2014.5.18.0004. Relator (a) Gentil Pio de Oliveira. DJ 30/10/2014).

Verifica-se que ao ajuizar a reclamatória dentro do prazo da estabilidade ou ainda cientificando o empregador acerca da gestação, a empregada garante não só seu direito mas também a possibilidade de o empregador dar a oportunidade de reintegração da mesma ao trabalho e assim utilizar sua força de trabalho para pagamento dos salários do período e não apenas ao pagamento posterior de salário sem ter usufruído de seu labor. Pode ocorrer dúvidas do motivo pelo qual o empregador reintegraria a ex empregada, mas a resposta é simplesmente porque tal possibilidade é decorrente da lei, ou seja, a empregada é estável e ele pode simplesmente indenizá-la pelo período estável, ou pagar o período em troca do trabalho da funcionária (SANTOS JUNIOR, 2010).

Outra situação mostra que a empregada ajuizou reclamatória pleiteando indenização do período estável somente após um ano do nascimento da criança, sem qualquer justificativa na demora para o ajuizamento, sendo impossibilitada reintegração e verificada interesse na indenização pecuniária, sendo em primeira instância indeferido tal pedido. (TRT 3 - RO 0001191-14.2013.5.03.0003. Relatora: Desembargadora Maria Stela Álvares da Silva Campos. DJ: 28/06/2015).

Ao analisar tal situação o Tribunal entende que não há fatos que comprovem que a empregada informou ao empregador acerca da gestação, e demorou de forma imotivada para pleitear seus direitos estáveis. Ocorre que em razão do Princípio da Segurança Jurídica, o empregador não pode ficar sempre submisso as normas protetivas e que não é pelo fato de estar gestante que a empregada pode não mais trabalhar e receber por tal período (TRT 3 - RO 0001191-14.2013.5.03.0003. Relatora: Desembargadora Maria Stela Álvares da Silva Campos. DJ: 28/06/2015).

Há no caso em tela, interesse em contrariar a função de garantia de emprego para a empregada visando a proteção ao nascituro para simplesmente receber dinheiro por tal direito, não podendo utilizar da Constituição que tutela a empregada gestante para gerar enriquecimento ilícito, sendo ainda que somente em hipóteses de exceção que há pagamento sem efetivo trabalho e não em qualquer situação. Verifica-se ainda que a empregada não demonstrou qualquer justificativa para ajuizamento da reclamatória somente após tanto tempo não sendo então cabível conceder indenização para a empregada (TRT 3 - RO 0001191-14.2013.5.03.0003. Relatora: Desembargadora Maria Stela Álvares da Silva Campos. DJ: 28/06/2015).

Verifica-se em parte da doutrina e em diversos julgados o mesmo posicionamento no que tange à reintegração ao emprego, ora, se a função do direito à estabilidade é manutenção do emprego então somente se esta não for justificadamente possível passa a ser cabível a conversão em indenização pecuniária.

Mais um caso mostra que reclamante estava em contrato de trabalho por tempo determinado e foi dispensada gestante, incontroverso a questão da estabilidade quando ao tipo de contrato de trabalho. Ocorre que a indenização pecuniária somente ocorre em casos de impossibilidade de reintegração ao trabalho, no entanto verifica-se no caso em tela que o empregador, tendo em vista possuir responsabilidade objetiva no caso em tela, reconsiderou a dispensa e deu a alternativa de reintegração ao emprego à empregada já que ainda estava em tempo. Porém, a mesma recusou evidenciando a busca emulativa pela indenização pecuniária. (TRT 1 - RO 0011101-13.2013.5.01.0006. Relator: Desembargador Antônio Carlos de Azevedo Rodrigues DJ: 19/05/2015).

Não houve qualquer comprovação de justificativa plausível para a recusa, sendo requerida somente a indenização do período sem qualquer pedido de reintegração, ficando evidenciado o abuso do direito da empregada não sendo cabível o pagamento do período estável (TRT 1 - RO 0011101-13.2013.5.01.0006. Relator: Desembargador Antônio Carlos de Azevedo Rodrigues DJ: 19/05/2015).

Além de todo o exposto há que vislumbrar ainda o fato de a empresa que não tinha ciência do estado gravídico da empregada, e após um longo período de tempo ser surpreendida com uma reclamatória pleiteando indenização, tal situação contraria além da finalidade da estabilidade o princípio da segurança jurídica.

Verifica-se que em outra situação que a empregada foi demitida grávida e ajuizou reclamatória pleiteando indenização de sua estabilidade. Oportuno mencionar que a reclamada colocou à disposição da reclamante seu emprego e de forma escrita, sendo que a própria reclamante confirma tal fato e recusa-se a retornar ao emprego, alegando ser insustentável a convivência com e reclamada. Porém, não há indícios ou comprovação de tal alegação, sendo que as testemunhas alegaram que ambas tinham um bom relacionamento antes da dispensa, sendo ainda que uma delas teria ouvido que a dispensa teria sido em razão de apresentação de atestado médico falso pela reclamante (TRT 3 - RO 0000919-46.2011.5.03.0114. Relator(a): Ricardo Antônio Mohallem. DJ 05/06/2012).

Conforme entendimento do judiciário, caracterizaria enriquecimento ilícito conceder a indenização do período estabilitário, tendo em vista sua renúncia ao negar-se a voltar ao trabalho oferecido pela reclamada sem qualquer comprovação de impossibilidade do seu retorno. Em recurso a decisão é mantida não pelo fato de renúncia mas, pelo fato de que a empregada em momento algum comprovou que não haveria possibilidade de retornar ao emprego que foi novamente oferecido pela empregadora e recusado, sendo evidenciado abuso no exercício do direito já que pretendia apenas indenização descaracterizando assim, a finalidade da estabilidade (TRT 3 - RO 0000919-46.2011.5.03.0114. Relator(a): Ricardo Antônio Mohallem. DJ 05/06/2012)

Contudo, verifica-se que a intenção do instituto da estabilidade da gestante é assegurar o emprego da mulher em um período delicado para que esta possa manter seu filho e ao ajuizar a reclamatória após uma demora imotivada a empregada não demonstra interesse na real finalidade do instituto, abusando então de seu direito, utilizando-o de forma extrapolada, não fazendo jus a ele.

Diante todo o exposto questiona-se como evitar a caracterização do abuso do direito já que a empregada muitas vezes ajuíza reclamatória após ou próximo do fim do período de estabilidade, deixando o empregador "submisso às normas protetivas" conforme mencionado acima.

Uma das alternativas seria que no momento da entrega do aviso prévio, o empregador entregue à empregada documento afirmando que será nulo o referido aviso caso a mesma esteja gestante, ou venha a ficar durante o curso de possível projeção de aviso prévio indenizado. Na situação a mesma deve retornar ao trabalho em 30 dias, sob pena de estar renunciando à estabilidade gestacional e incorrendo em abandono de emprego (CASSAR, 2015).

Outra alternativa seria, dar à empregada a possibilidade de inclusão do teste de gravidez no exame demissional porém, tal hipótese possui controvérsias. Verifica-se que seria uma das únicas formas de o empregador, no momento da demissão ter certeza se a empregada está ou não gestante, mas por outro lado pode haver, um certo constrangimento para a mulher ao realizar o exame (LINO, 2013).

Sob o ponto de vista legal temos a Lei n.º 9.029/1995 que veda práticas discriminatórias e realização de exames, e o artigo 373-A, inciso IV da CLT que traz a vedação de exigência de exame de gravidez para admissão e/ou permanência da empregada. Vejamos que tais hipóteses legais vedam a discriminação e realização de exames no que tange a permanência ou manutenção do emprego, sendo que a possibilidade da realização do teste de gravidez no momento da demissão sendo no aviso prévio ou ao final deste não contrariando a legislação no que tange a vedar exames na admissão e permanência, e em caso positivo não estaria ferindo a legislação já que iria garantir o emprego da empregada tendo em vista sua estabilidade (LINO, 2013).

No mesmo sentido a realização de exame de gravidez na demissão não configura dano moral tendo em vista que não gera dano evidenciado ou situação vergonhosa para a empregada, não caracterizando ato ilícito que enseja configuração de dano moral (TRT 3 - RO 01150-2014-033-03-00-9, Relator Desembargador Júlio Bernardo do Carmo, DJ: 27/02/2016).

Diante todo o exposto, conclui-se que é claro o direito da empregada gestante à estabilidade, porém, em alguns casos a empregada utiliza de seu direito de forma abusiva, deixando assim de fazer jus ao mesmo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à estabilidade está atrelado a vários princípios do direito trabalhista, dentre eles o seu basilar, qual seja, o da proteção que no caso em tela qual seja, a estabilidade da gestante, visa tutelar não só a empregada, mas também seu filho recém-nascido que é totalmente dependente da mãe, e esta precisa ter segurança e o principal um emprego para que possa cuidar com dignidade de seu filho.

A estabilidade da gestante está eivada de fundamentos que lhe baseiam, como a já mencionada proteção, a continuidade do emprego que não deve ser rompido em um momento delicado para a mulher, boa-fé nos contratos e entre os contratantes - empregador e empregada - além da sua função social, tanto do emprego quanto da estabilidade, ambos garantidos pela Constituição Federal.

A legislação não deixa dúvidas quando aos direitos do período estável da mulher gestante, estando este previsto no artigo 10, inciso II, alínea b dos Atos Das Disposições Constitucionais Transitórias, Súmula 244 do TST, artigo 7º da Constituição Federal, dentre outros, sendo que a mulher desde a confirmação de sua gravidez até 5 meses após o parto possui estabilidade.

Ocorre que em alguns casos há a caracterização do abuso de direito, ou seja, a empregada gestante possui o direito à estabilidade, porém, o utiliza de forma exagerada, ultrapassando os limites morais e a real finalidade do direito em questão. Como demonstrado algumas empregadas somente ajuízam reclamações trabalhistas após escoado o período estável, ou mesmo sem que este esteja findo mas, em tempo impossível de reintegrar-se ao emprego, sendo possível somente a indenização pecuniária que é uma exceção, pois, a finalidade do instituto é a segurança, a manutenção de emprego, e não de dinheiro simplesmente.

Há casos ainda onde é possível reintegrar-se e o próprio empregador faz tal proposta e, é a própria empregada quem nega, evidenciando novamente a intenção apenas de auferir vantagem pecuniária do direito, configurando então abuso do exercício do direito à estabilidade, não sendo cabível então a indenização pecuniária.

Importante mencionar que mesmo com o ajuizamento de forma tardia há entendimentos de que não configura abuso de direito pelo simples fato de ter sido realizado ainda dentro do período prescricional da Constituição, pensamento este que não se compartilha no presente artigo.

Verifica-se portanto, que não resta dúvidas acerca da importância do instituto do direito à estabilidade da gestante, que é um direito social, bem como que a empregada possui tal direito, mas para exercê-lo a empregada deve utilizar da boa-fé que é princípio basilar do Direito, a fim de atingir a finalidade do instituto e não deixar o empregador a mercê do tempo e de incerteza quando ao término do vínculo com determinada empregada.

Mas, como há aquelas que distorcem a finalidade do direito, deve haver uma forma de inibição e/ou prevenção, e como exemplo citamos a possibilidade por meio de previsão de instrumentos coletivos de a empregada ter a opção de fazer teste de gravidez no momento de sua demissão, ou ainda que os empregadores passem a informar a empregada no momento da demissão que, em caso de gravidez ocorrida ainda dentro do contrato de trabalho, esta deve retornar ao emprego para exercer seu direito estabilitário conforme disposto em lei, formas estas que auxiliariam a empregada a usufruir de seu direito de forma mais rápida, sem que haja um processo judicial e também traria maior segurança ao empregador.

Diante todo o exposto, conclui-se que a empregada possui sim o direito à estabilidade, porém, deve pleiteá-lo de forma com que sua finalidade, qual seja, a manutenção do emprego e segurança para a empregada e nascituro seja cumprida, sendo necessário agora que além da utilização da boa-fé pelas empregadas que forem utilizar de tal direito, seja possível com que empregador e judiciário tenham formas de combater aquelas que ainda utilizem de tal instituto de forma abusiva.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Jane Dias do. **O dever de coibição do abuso do direito no processo do trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Belo Horizonte/MG, 2005. Disponível em <<http://goo.gl/pHYYS>>. Acesso em: maio de 2016.

ALMEIDA NETO, João Alves de. **Breves comentários à Lei 12.812/2013, que incluiu o art. 391-A À CLT: Estabilidade da Gestante no Curso do Aviso prévio**. Curso de Direito da UNIFACS - Universidade de Salvador. Salvador/BA, 2013. Disponível em <<http://goo.gl/C82xQT>>. Acesso em: abril de 2016.

ALMEIDA, Vanessa Corrêa de. **Há estabilidade provisória da empregada gestante no contrato de experiência? Uma visão crítica da súmula 244, III/TST**. Direito da Universidade Católica de Brasília. Brasília/DF, 2010. Disponível em <<http://goo.gl/bsN49e>>. Acesso em: março de 2016.

ARAÚJO, Miebt Oliveira de, **Estabilidade Provisória da Gestante**. Universidade Estadual da Paraíba. Campina Grande/PA, 2014. Disponível em <<http://goo.gl/l0fV21>>. Acesso em: março de 2016.

BAHIA, Tribunal Regional do Trabalho 5ª Região, Processo: RR 0000036-84.2012.5.05.0025. Relator: Renato Mário Borges Simões. Data do Julgamento: 04/11/2013, Data da Publicação: 04/11/2013. Disponível em: <<http://goo.gl/C5dPDJ>> Acesso em: maio 2016.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho/ Alice Monteiro de Barros - 5 ed. - São Paulo: Ltr, 2009.**

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.

BARROS, João Álvaro Quintiliano. **Abuso de direito**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 727, 2 jul. 2005. Disponível em <<https://goo.gl/lDrtVh>>. Acesso em: maio de 2016.

BORGES, Indira de Sá. **Estabilidade da Gestante**. Faculdade Sete de Setembro - FASETE. Paulo Afonso/BA, 2012. Disponível em <<http://goo.gl/RX8skT>>. Acesso em: abril de 2016.

BRASIL, **Atos das Disposições Constitucionais Transitórias**, Brasília, DF: Senado Federal; 1988. Disponível em: < <http://goo.gl/VcYSVn>>. Acesso em maio 2016.

BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho, Brasília, DF, Senado Federal, 1943. Disponível em: < <http://goo.gl/D7d01E>>. Acesso em maio 2016.

BRASIL, Constituição de (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://goo.gl/IM0x>> Acesso em: maio de 2016.

BRASIL, **Lei nº 3.070**, de 1 de janeiro de 1916, que institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <<http://goo.gl/c0O6gb>>. Acesso em: maio de 2016.

BRASIL, **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002, institui o Código Civil. Disponível em <<http://goo.gl/eSx66>>. Acesso em: maio de 2016.

BRASIL, Superior Tribunal do Trabalho, Súmula nº 244. Disponível em <<http://goo.gl/uvw6wW>>. Acesso em: abril de 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 287.905. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Data do Julgamento: 28/06/2005. 2ª Turma, Data da Publicação: 30/06/2006. Disponível em: <<http://goo.gl/xNa6lf>>. Acesso em: abril de 2016.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR 2436000662002502 2436000-66.2002.5.02.0900, Relator: Fernando Eizo Ono, Data do Julgamento: 26/11/2008, 4ª Turma, Data da publicação: 05/12/2008. Disponível em: <<http://goo.gl/BMle6q>>. Acesso em: abril de 2016.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR 4763220145040771, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data do Julgamento: 13/05/2015, 6ª Turma, Data da publicação: DEJT 15/05/2015. Disponível em <<http://goo.gl/oMEhoo>>. Acesso em: abril de 2016.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR-19600-18.2007.5.02.0313. Relator: Ministro Vieira de Melo Filho, 7ª Turma, Data do Julgamento: 10/06/2015, Data da Publicação: 12/06/2015. Disponível em: <<http://goo.gl/l44Yxi>>. Acesso em: maio de 2016.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Processo:RR-1239-59.2013.5.09.0664, Relator: Mauricio Godinho Delgado. Data do Julgamento 04/03/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: 06/03/2015. Disponível em: <<http://goo.gl/6ju63W>>. Acesso em: maio de 2016.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR 194040-35.2006.5.02.0472. Relator: Ministro Walmir Oliveira da Costa. Data do Julgamento: 09/06/2010. 1ª Turma, Data de publicação: 18.06.2010. Disponível em: <<http://goo.gl/qWH52c>> Acesso em: abril de 2016.

BRITO, Andréa Carvalho de. **A boa fé objetiva como critério delimitador do abuso de direito da teoria contratual contemporânea**. Universidade Federal da Bahia, 2011. Disponível em: <<https://goo.gl/PKRFTe>>. Acesso em: maio de 2016.

CARVALHO, Joice Cristina Messa. **Estabilidade e Licença da Gestante**. Universidade Municipal de São Caetano do Sul. São Caetano do Sul/SP, 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/39xZk8>>. Acesso em: março de 2016.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Editora Método, 2011.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Editora Método, 2015.

DANTAS, Maria do Socorro Gregório. **Consequências jurídicas da estabilidade provisória da mulher gestante**. Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP. Paraíba/PE, 2009. Disponível em: <<http://goo.gl/5l9SG6>>. Acesso em: fevereiro de 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho, **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

SANTOS JUNIOR, Deli Jesus dos. **O abuso no exercício do direito da estabilidade gestante e a orientação jurisprudencial 399 TST**. Revista Jus Navigandi, Dezembro/2010. Disponível em: <<https://goo.gl/eOS8TI>>. Acesso em: maio de 2016.

FERREIRA, Wallace. **Abuso de direito – teoria e realidade**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3825, 21 dez. 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/yKqoul>>. Acesso em: maio de 2016.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Garantia de Emprego da Gestante: o Item III da Súmula nº 244 do TST**. Lex Editora. Disponível em: <<http://goo.gl/uuUuGO>>. Acesso em: abril de 2016.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Garantia de Emprego da Gestante: o Item III da Súmula nº 244 do TST**. COAD - Centro de Orientação Atualização e Desenvolvimento Profissional. Disponível em <<http://goo.gl/KTMBDC>>. Acesso em: abril de 2016.

FUCK, Valter Paulo. **A proteção Constitucional da relação de emprego: uma abordagem garantista**. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis - SC, 2001, Disponível em: <<https://goo.gl/RaHgPV>>. Acesso em: abril de 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, v. 2. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GOIÁS, Tribunal Regional do Trabalho 18ª Região. Processo: 0010853-45.2014.5.18.0004. Relator: Gentil Pio de Oliveira. 1ª Turma, Data do Julgamento: 22/10/2014, Data de Publicação: 30/10/2014. Disponível em: <<http://goo.gl/DZtLL1>>. Acesso em: maio de 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v. 4. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HIGA, Flávio Costa, **Abuso do direito na relação de emprego - uma visão teórico-sistêmica**, RKL Escritório de Advocacia, 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/RAINVy>>. Acesso em: maio de 2016.

JORGE NETO, Francisco Ferreira, CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Curso de Direito do Trabalho**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LEITE, Danielle Moraes. **Teorias Consectárias do Abuso de Direito**. Publicações da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2010. Disponível em: <<http://goo.gl/W83KP>>. Acesso em: maio de 2016.

LINO, Leandro Jorge de Oliveira. **Teste de Gravidez no exame demissional e a estabilidade da gestante**. Blog Lino Advocacia, Bebedouro/SP, 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/40Jjiv>>. Acesso em: maio de 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. A boa-fé objetiva e seus institutos. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1212, 26 out. 2006. Disponível em: <<https://goo.gl/2ZSiBD>>. Acesso em: abril de 2016.

MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Processo: 02611-2013-043-03-00-7, Relator: Paulo Chaves Corrêa Filho. 4ª Turma, Data do Julgamento: 26/08/2015, Data de Publicação: 08/09/2015. Disponível em: <<http://goo.gl/3HQ9e>>. Acesso em: maio de 2016.

MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Processo: 01150-2014-033-03-00-9 RO, Relator Desembargador Júlio Bernardo do Carmo. 4ª Turma, Data do Julgamento: 27/01/2016, Data da Publicação: 12/02/2016. Disponível em: <<http://goo.gl/3HQ9e>>. Acesso em: maio de 2016.

MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Processo: 0000919-46.2011.5.03.0114, Relator: Ricardo Antônio Mohallem. 9ª Turma, Data do Julgamento: 05/06/2012, Data de Publicação: 06/06/2012. Disponível em: <<http://goo.gl/w9k7p7>>. Acesso em: maio de 2016.

MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Processo: 0001191-14.2013.5.03.0003. Relatora: Desembargadora Maria Stela Álvares da Silva Campos. Data do Julgamento: 28/06/2015, Data de Publicação: 07/08/2015. Disponível em: <<http://goo.gl/oHduT0>>. Acesso em: maio de 2016.

MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho. Processo: 00351-2012-038-03-00-9-RO, Relatora: Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim, Data do Julgamento: 24/07/2012, 3ª região, Data da Publicação: 07/08/2012. Disponível em: <<http://goo.gl/K5bzqF>>. Acesso em: abril de 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Dinalva Souza de. **Natureza jurídica do abuso de direito à luz do Código Civil de 2.002.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 117, out 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/gRyHiA>>. Acesso em: maio de 2016.

PARANÁ, Tribunal Regional do Trabalho 3ª região. Processo 0000600-17.2014.5.09.0014, Relator Desembargador Ubirajara Carlos Mendes, 7ª Turma, Data de julgamento: 23/06/2015, Data da Publicação: 13/07/2015. Disponível em: <<http://goo.gl/sUq9Rj>>. Acesso em: abril de 2016.

PEREIRA, Clênio Denardini. **A garantia de estabilidade provisória da empregada gestante nos contratos de trabalho por tempo determinado. Respeito, fixado na ordem constitucional, à dignidade da pessoa humana e a própria vida do nascituro.** Repositório Aberto da Universidade do Porto. Porto-Portugal, 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/TOAqIY>>. Acesso em: fevereiro de 2016.

PRETEL, Mariana Pretel e. **O princípio constitucional da vedação do comportamento contraditório.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2140, 11 maio 2009. Disponível em: <<https://goo.gl/iTm2bW>>. Acesso em: 04/05/2016.

Revista Legislação do Trabalho - Publicação mensal de legislação, doutrina e jurisprudência. São Paulo - SP Ano 77, p. 615 outubro de 2013.

Revista Legislação do Trabalho - Publicação mensal de legislação, doutrina e jurisprudência. São Paulo - SP, Ano 77, p. 1256 junho de 2013.

RIBEIRO, Henrique Franca. **A estabilidade da gestante e a superação da Súmula 244 do TST.** Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis - SC, 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/qT4ex7>>. Acesso em: abril de 2016.

RIO DE JANEIRO, Tribunal Regional do Trabalho 1ª Região. Processo: 0011101-13.2013.5.01.0006, Relator: Antônio Carlos de Azevedo Rodrigues. 9ª Turma. Data do Julgamento: 19/05/2015. Data de Publicação: 16/06/2015. Disponível em: <<http://goo.gl/gkYQKc>>. Acesso em: 08/05/2016.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil.** 34. ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

SABONGI, Camila Martinelli; ALMEIDA, Victor Hugo. **Os recentes avanços do direito da gestante na seara juslaboral**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 123, abr 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/fUtlhR>>. Acesso em: abril de 2016.

SARAIVA, Renato. **Direito do trabalho para concursos públicos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

TÚLIO, Rosemeri; CASAGRANDE, Shauã Martins. **Estabilidade e Garantia de Emprego da Gestante**. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano IV, nº 9, jan/jun 2013. ISSN 2175-7119. Disponível em: <<http://goo.gl/uqtC7L>>. Acesso em: fevereiro de 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. V. 1. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Abuso de direito**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2292, 10 out. 2009. Disponível em: <<https://goo.gl/9cvsfD>>. Acesso em: maio de 2016.

VICENTE JÚNIOR, Luis. **Direito do Trabalho - Módulo II: Princípios de Direito do Trabalho**. Disponível em: <<http://goo.gl/E1uGj>>. Acesso em: 28/02/2016.

PREOCUPAÇÃO DOS CONSUMIDORES COM A ALIMENTAÇÃO SAUDÁVEL

Anna Flávia Miranda da Silva, Bruna Cristina Moreira de Oliveira, Daniela Rezende de Brito, Jane Cleide Marques Martins, Jean Kallel Sales, Karina Liotti, Rosário Rogério Pennisi Filho

RESUMO

Este artigo tem como objetivo avaliar o comportamento do consumidor no processo de decisão de compra de alimentos saudáveis. Para isso serão identificados os motivos que levam os consumidores a optarem por uma alimentação saudável, identificando quais fatores influenciarão no processo de compra, se são fatores aleatórios ou fatores relacionados a problemas de saúde que os obrigam a mudar seus hábitos alimentares. Entre as questões levantadas sobre o assunto temos os problemas encontrados ao optar por uma alimentação saudável, entre eles estão à dificuldade de adaptação aos novos hábitos alimentares e a dificuldade de consumir produtos saudáveis por serem caros e às vezes até difíceis de encontrar.

Palavras-chave: Comportamento do consumidor. Alimentação saudável.

ABSTRACT

This article has been writing to analyse customers behavior on the decision to buy healthy food. Therefore, it will be identified the reason that makes customers choose to buy healthy food, identifying which motives influenced on the buying process, if they are random or related to a healthy problem that makes these people change their habits. Together with this subject, we have the problems of people that choose a healthy habit, such as a difficulty to adapt to the new healthy habit and the difficulty to consume healthy food because o their price or just because they cannot find them to buy.

Key Words: Customer behavior, Healthy habit.

INTRODUÇÃO

A busca por uma melhor qualidade de vida quanto à saúde é um fato presente no cotidiano não só dos brasileiros como do mundo todo. A famigerada “geração saúde” movimenta hoje um grande mercado nos ramos de alimentos, estética corporal e medicina, além de vários outros afetados indiretamente.

A busca por uma alimentação saudável pode ter início por várias razões, sejam elas de cunho patológico, ideológico ou mesmo por auto-realização em se ter um corpo saudável.

Com altos índices de obesidade, tanto adulta quanto infantil, o Brasil tem passado por uma fase de reeducação alimentar, visando apontar os danos que ocorrem no corpo ao longo dos anos devido à má alimentação e apresentando os benefícios de uma alimentação balanceada e saudável. Segundo profissionais do ramo de nutrição, a rotina de uma alimentação saudável é um processo que, se possível, deve ser iniciado na infância e levado por todos ao longo de suas vidas.

Porém, quem decide adotar uma rotina como essa pode encontrar algumas barreiras que fazem com que muitos desistam de ter uma alimentação com alta qualidade nutritiva, como dificuldades em encontrar produtos, preços altos, dificuldade em manter a dieta ou até mesmo falta de tempo por parte de algumas pessoas.

Sabe-se que uma boa alimentação possui exímia importância no desenvolvimento das crianças e adolescentes e que este hábito irá de alguma forma afetar de forma positiva ou negativa a chegada a fase adulta. O hábito de uma alimentação saudável pode também ser um ótimo fator para prevenir diversas doenças.

REFERENCIAL TEÓRICO

1 O COMPORTAMENTO DO CONSUMIDOR

A área do comportamento do consumidor é de grande interesse aos profissionais de marketing uma vez que, por meio do estudo do comportamento podemos conhecer quais são seus desejos, vontades e expectativas a respeito de um produto ou serviço incluindo os processos decisórios que antecedem e sucedem estas ações. “O campo do comportamento do consumidor estuda como pessoas, grupos e organizações selecionam, compram, usam e descartam artigos, serviços, idéias ou experiências para satisfazer suas necessidades e seus desejos”. (KOTLER, 2001, pag. 182)

Sobre esse cenário vale afirmar que:

[...] é um processo de compreensão dos consumidores, e esse processo proporciona uma série de benefícios. Entre os benefícios estão o auxílio aos gestores na tomada de decisão em qualquer processo dentro da organização, fornecimento de uma base de conhecimento a partir da qual os pesquisadores analisam os consumidores. Além disso, o estudo envolve como os consumidores podem ajudar a compreender os fatores da ciência social que influencia o comportamento humano. (MOWEN e MINOR, 2004, pg. 4)

É de grande importância para uma empresa analisar e entender o comportamento do consumidor, pois entendendo o seu comportamento ela poderá influenciá-lo ou até mesmo mudá-lo. Essa análise deve ser feita com base na administração de marketing, pois irá auxiliar os gestores em suas atividades tais como: elaborar o mix de marketing voltado ao perfil de seus consumidores; posicionar e diferenciar seus produtos; segmentar o mercado no qual está atuando; desenvolver pesquisas de mercado; entre outras.

“O comportamento do consumidor é definido como o estudo das unidades compradoras e dos processos de troca na compra em si, tanto no consumo, quanto na disposição de mercadorias e serviços”. (ENGEL, BLACKWELL e MINIARD, 2000, pag. 4).

Enquanto para Karsaklian (2000, pag.18). “O estudo do comportamento do consumidor diz respeito à elucidação das razões que fazem com que o indivíduo compre e consuma um produto em vez de outro, em determinada quantidade, em um momento específico e em certo lugar”.

Engel, Blackwell e Miniard (2000, pag. 4) definem o comportamento do consumidor como “as atividades diretamente envolvidas em obter, consumir e dispor de produtos e serviços, incluindo os processos decisórios que antecedem e sucedem estas ações”.

De acordo com Churchill (2005), os consumidores são pessoas que compram bens e serviços para si mesmos ou para outros, e para que isso aconteça é necessário que esses consumidores tenham uma necessidade ou até mesmo um desejo pela compra do produto. Dessa forma começam a aparecer as preferências por determinados produtos específicos e em consequência surge então o autoconceito sobre determinadas opções de compra.

1.1 Modelos do comportamento do consumidor

Para MOWEN e MINOR (2003, pag. 192), “É essencial para os gerentes identificar o tipo de processo de decisão empregado por um mercado-alvo, porque isso influenciará cada uma das áreas de aplicações gerenciais.”

“Antes de efetuar uma compra, os consumidores passam por um processo de decisão. A tomada de decisão do consumidor consiste no conjunto de processos envolvidos no reconhecimento de problemas, na busca de soluções, na avaliação de alternativas, na escolha entre opções e na avaliação dos resultados da escolha. [...] os consumidores tomam decisões continuamente e o processo empregado é influenciado pela dificuldade do problema, pelo conhecimento, pelas características do consumidor e pelas características da situação”. (MOWEN e MINOR, 2003, pag. 191)

Ainda segundo os autores Mowen e Minor (2003) o processo de compra do consumidor passa por vários estágios: o reconhecimento do problema, que utilizam dois processos de busca, a busca interna, utilizando a memória permanente, ou a busca externa, utilizando fontes de informações externas, por meio de amigos, propagandas. O impulso para atender às necessidades desse consumidor é chamado de motivação, sendo papel do profissional de marketing saber de onde surgiu o impulso e o que motivou seus consumidores para assim atender a essas motivações.

Para entender o comportamento do comprador Schiffman e Kanuk desenvolveram um modelo de processo de decisão do consumidor mostrado na figura 1, onde o esforço de marketing penetra no consciente do comprador, e junto com as características e os processos de decisão do comprador, influenciam nas decisões de compra do consumidor.

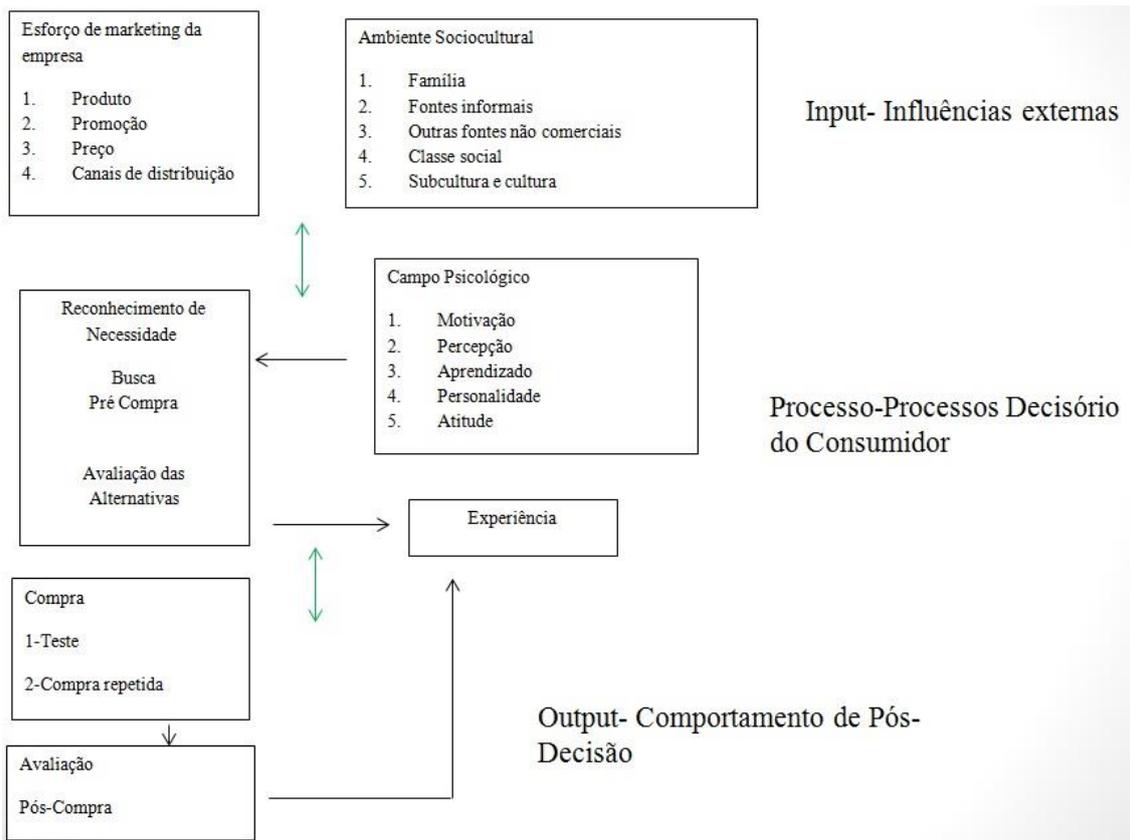


Figura 1: Modelo de processo de decisão do consumidor

Fonte: Schiffman e Kanuk (1997, p.400)

Kotler (2000, p. 182) diz que “Não conhecer as motivações, necessidades e preferências de seus clientes pode ser perigoso”, e diz ainda que “Estudar o cliente fornece pistas para o desenvolvimento de novos produtos, características de produtos, preços, canais de distribuição, mensagens e outros elementos do mix de marketing.”

O autor desenvolveu um modelo de estímulo e resposta mostrado na Figura 2, segundo ele este modelo é o ponto de partida para compreender o comportamento do comprador. O modelo mostra os estímulos de marketing e os estímulos ambientais que penetram no consciente do comprador, e que juntamente com suas características e seus processos de decisão levarão à sua decisão de compra.

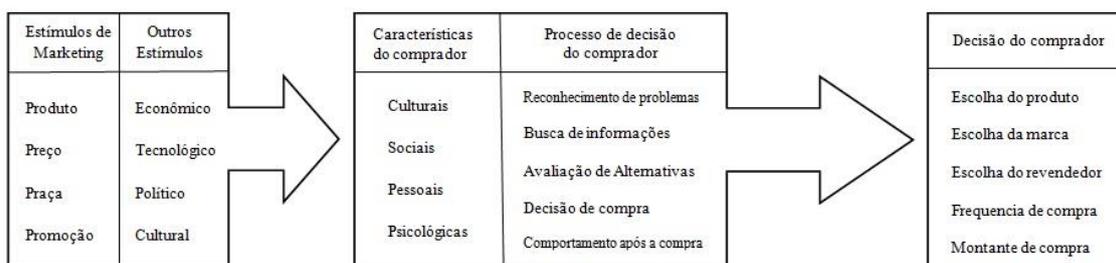


Figura 2: Modelo de estímulo e resposta

Fonte: Kotler (2000, p.183)

Os processos de decisão de compra citados por Kotler são divididos em cinco etapas (reconhecimento do problema, busca de informações, avaliação das alternativas, decisão de compra e comportamento pós-compra) onde:

- Reconhecimento do problema: “O processo de compra começa quando o comprador reconhece um problema ou uma necessidade. A necessidade pode ser provocada por estímulos internos ou externos”. (Kotler, 2001, p.201). Pode-se entender como estímulo interno como as necessidades normais da pessoa – fome, sede, sexo – já os estímulos externos são provocados pelo meio em que a pessoa vive e que influencia em suas decisões – anúncios na televisão, revistas e outdoors. Conhecendo as circunstâncias que desencadeiam as necessidades do consumidor, o profissional de marketing poderá desenvolver estratégias para provocar o interesse desse consumidor.
- Busca de informações: Segundo Kotler (2000), quando as pessoas estão interessadas elas buscam mais informações. Os níveis de interesse podem ser divididos em atenção elevada, considerado um estado de busca mais moderado em que a pessoa é mais receptiva a informações de um produto, e busca ativa de informações, onde a pessoa busca mais informações sobre o produto. Nessa etapa o consumidor pode recorrer a quatro tipos de fontes de informações: as fontes pessoais (famílias, amigos, vizinhos), as fontes comerciais (propaganda, vendedores), as fontes públicas (meios de comunicação de massa) e as fontes experimentais (uso do produto, manuseio, teste do produto antes de comprá-lo).
- Avaliação das alternativas: Após reconhecer seu problema e buscar as informações sobre o produto que deseja comprar, o consumidor vai avaliar as opções que existem para saber qual vai atendê-lo melhor satisfazendo seus desejos e suas necessidades.
- Decisão de Compra: Após avaliar as alternativas existentes, o consumidor forma uma intenção de comprar alguma marca que seja de sua preferência, mas existem dois fatores que podem interferir entre a intenção e a decisão de compra do consumidor. Segundo Kotler (2001, p. 204), “O primeiro fator é a atitude dos outros” onde “Quanto mais intenso o negativismo da outra pessoa e quanto mais próxima essa pessoa for do consumidor, mais este ajustará sua intenção de compra” e diz ainda que, “A influência dos outros fica mais complicada quando diversas pessoas próximas do comprador possuem opiniões contraditórias e ele gostaria de agradar a todos”. Já o segundo fator,

“[...] são fatores situacionais imprevistos, que podem surgir e mudar a intenção de compra”.

Neste momento, o conhecimento dos profissionais de marketing é de extrema importância, pois eles devem trabalhar afim de que nenhum fator citado acima ou algum outro risco qualquer, atrapalhem a decisão de compra do consumidor, para isso devem fornecer informações e suporte aos seus consumidores para reduzir os riscos existentes.

- Comportamento pós-compra: “Após comprar o produto, o consumidor experimenta algum nível de satisfação ou insatisfação” (Kotler, 2001, p. 204). Ainda segundo Kotler (2001), os profissionais de marketing devem monitorar os consumidores quanto a sua satisfação, suas ações e a utilização em relação ao produto depois de efetuada a compra.

Na visão de Engel, Blackwell e Miniard (2000, p. 152-153), “O mundo do comportamento de compra mudou drasticamente. Os compradores estão vivenciando algumas modificações reais na maneira como fazem compras”, e relatam ainda que “Os lojistas estão sendo forçados pelos compradores a repensar seus negócios e a oferecer aos clientes o que eles esperam na forma de serviços, variedade e assistência de vendas.”

A partir da observação do comportamento de compra dos consumidores, os autores criaram um modelo de compra e seus resultados como mostra a figura 3, onde a compra é o quarto estágio principal do modelo de compra e exige um processo decisório próprio.

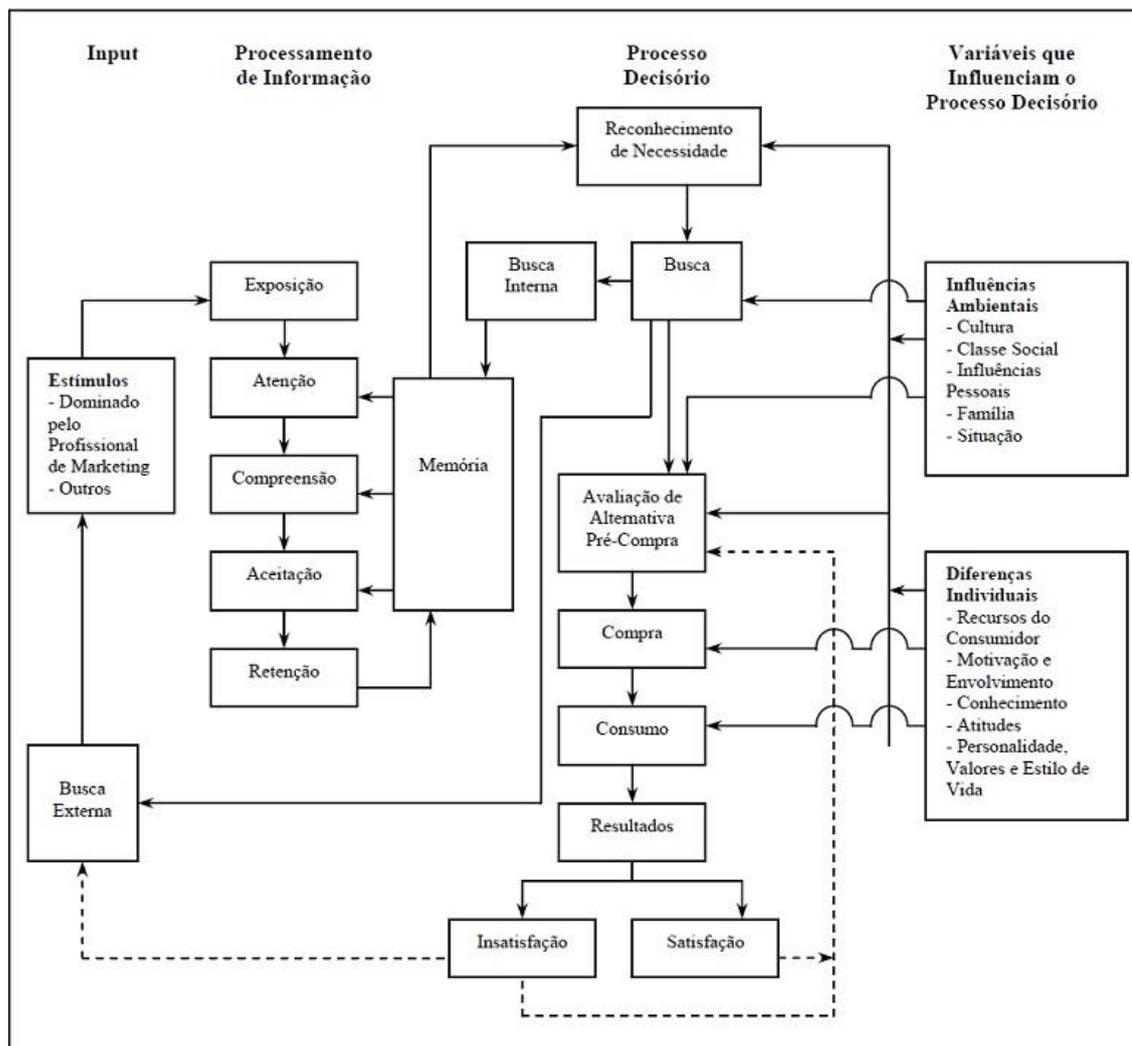


Figura 3: Modelo de compra e seus resultados

Fonte: Engel, Blackwell, Miniard (2000, p.153)

2 FATORES DE INFLUÊNCIA NO COMPORTAMENTO DE COMPRA DO CONSUMIDOR

Segundo Kotler (2001) os consumidores são influenciados por fatores culturais, sociais, pessoais e psicológicos, onde os culturais são os que exercem maior influência sobre eles.

No mercado, o mais importante não é apenas vender ou buscar mais clientes, mas sim entender porque existem clientes que compra muito e outros que compram pouco. De fato, as ações de marketing junto com suas ferramentas possibilitam o entendimento de todo o processo de venda, que despertam desejos utilizando a necessidade do consumidor e entendendo o ambiente que o cerca e influencia em suas atitudes de compra perante a um mesmo produto.

2.1 Fatores Culturais

Os fatores culturais importantes no comportamento de compra do consumidor são a cultura, subcultura e a classe social.

2.1.1 Cultura

Para Kotler (2001, p. 183), “A cultura é o principal determinante do comportamento e dos desejos da pessoa. À medida que cresce, a criança adquire certos valores, percepções, preferências e comportamentos de sua família e de outras instituições”.

Já na visão de Engel, Blackwell e Miniard (2000, p. 394), “Cultura refere-se a um conjunto de valores, ideias, artefatos e outros símbolos significativos que ajudam os indivíduos a se comunicar, a interpretar e avaliar como membros da sociedade”.

A cultura pode ser aprendida e adaptada, onde:

- Cultura Aprendida: não está presente em nossos genes, ela é transmitida de geração para geração, influenciando futuros membros da sociedade.
- Cultura Adaptada: muda na medida em que a sociedade encara os problemas e oportunidades.

2.1.1.1 Componentes da Cultura

Segundo Mowen e Minor (2003), todas as sociedades possuem um conjunto distinto de normas, que são específicas e ditam comportamentos aceitáveis e inaceitáveis. Essas normas são:

- Decretas: são explicitamente expressas, em sua maioria sob forma de leis.
- Implícitas: são inseridas na cultura e aprendidas por meio de uma prolongada interação com as pessoas dessa cultura.

2.1.1.2 Rituais Culturais

Para Mowen e Minor (2003, p.303), “Rituais culturais são sequências de ações socialmente padronizadas que se repetem periodicamente, transmitem significados e envolvem o uso de símbolos culturais”.

Os pesquisadores identificaram quatro tipos de rituais:

- Rituais de troca: que envolvem troca de presentes, informação e dinheiro;
- Rituais de posse: que envolvem atos para proteger, reivindicar, proteger e exibir posses;
- Rituais de embelezamento: que possuem o objetivo de assegurar a longevidade de propriedades especiais, como por exemplo cabelo, maquiagem e também jardins de uma residência; e por último,
- Rituais de despojamento: que pode ser usado para apagar o significado associado ao dono anterior do produto.

2.1.1.3 Símbolos Culturais

Símbolos são entidades que representam ideias e conceitos. Os produtos podem ser avaliados, comprados e consumidos em parte devido a seus valores simbólicos.

2.1.1.4 Cultura Popular

A cultura popular pode ser definida como a cultura do apelo em massa. Para Mowen e Minor (2003), como a cultura popular é um termo extremamente amplo, pode abranger tudo que tenha apelo de massa sendo usada em atividades não relacionadas ao trabalho. Entre os tipos mais comuns temos:

- Propaganda: passa a ser cultura popular quando suas imagens, temas e ícones são adotados e bem recebidos por uma imensa parcela do público;
- Televisão: como meio de comunicação, a televisão gera cultura popular, ela retrata fatores sociais;
- Música: A música também pode modelar a cultura popular influenciando no comportamento de compra dos consumidores;
- Moda: é identificada como vestuário, trajes e acessórios par o corpo, sendo um conjunto de comportamentos temporariamente adotados por um povo devido ao fato de esses comportamentos serem considerados socialmente apropriados para a época e a situação.

2.1.2 Subcultura

“A subcultura pode ser definida como uma subdivisão da cultura nacional com base em alguma característica unificadora, tal como status social ou nacionalidade, e cujos membros compartilham padrões semelhantes de comportamento que são distintos daqueles da cultura nacional”. (Mowen e Minor, 2003, p. 316)

Já para SCHIFFMAN E KANUK (2009) a subcultura pode ser definida como “[...] um grupo cultural distinto que existe como um segmento identificável dentro de uma sociedade maior e mais complexa”. Os autores relatam ainda que ao analisar subculturas os profissionais de marketing estão capacitados a focalizar segmentos de mercado de tamanhos consideráveis, sendo as subculturas unidades relevantes para analisar pesquisas de mercado.

Existe uma grande relação entre subcultura e demografia, pois são utilizadas várias características demográficas para identificar as subculturas, entre elas temos: Nacionalidade; Raça; Região; Idade; Religião; Sexo e Classe Social.

Mowen e Minor (2003, p. 317) relatam que “Na medida em que os consumidores passam por diversos ciclos em suas vidas, ocorrem mudanças previsíveis em seus valores, estilo de vida e padrões de consumo”. Ainda segundo os autores, analisar as tendências etárias é importante para as empresas, pois podem ser feitas, com mais facilidade, projeções precisas sobre a futura composição etária da população, ao invés de utilizar fatores demográficos como renda e ocupação.

Existem quatro grupos etários importantes para as empresas analisarem. São eles:

- **Geração Baby Boomers:** Segmento etário de pessoas nascidas entre 1946 e 1964. Representam mais de 40% da população adulta, são consumidores motivados, gostam de comprar para si mesmos, para sua residência ou para os outros. São valiosos para os profissionais de marketing pois abrangem 50% de todas as pessoas que ocupam cargos profissionais e administrativos, e mais da metade das pessoas que tem no mínimo uma graduação universitária.
- **Idosos:** O envelhecimento da população será um dos fatores demográficos mais importantes futuramente. Os idosos de hoje são pessoas que sentem, pensam e agem de acordo com uma idade cognitiva que é bem mais baixa do que a idade cronológica.
Os profissionais de marketing devem ser cuidadosos para não constranger os fazer se sentirem pouco a vontade quanto a sua idade.
- **Geração X:** Segmento etário de pessoas nascidas entre 1965 e 1980. Este grupo é conhecido por valorizar religião, ritos formais e o materialismo. Possui atitudes

mais negativas em relação ao trabalho e ao progresso do que os Boomers tinham na sua idade.

- **Geração Y:** Segmento etário de pessoas nascidas entre 1977 e 1994. Também conhecida como geração do milênio, possuem heranças das gerações anteriores como a queda do comunismo e a presença total da tecnologia. São adolescentes mais adultos desde que se criou o conceito de adolescentes, estão a par da hipocrisia e do perigo que existe na vida pública e privada, possuem sensibilidade para assuntos globais como pobreza, guerra, ambientalismo, raça, gênero, orientação sexual, entre outros.

Os grupos etários possuem enorme relevância pois, a partir deles os pesquisadores de marketing extraem informações que auxiliam na segmentação do mercado, no lançamento de novos produtos, na formação de opinião sobre marcas e também sobre tendências do mercado.

2.1.3 Classe Social

Segundo Mowen e Minor (2003, p. 3260 “As classes sociais podem ser definidas como as camadas relativamente permanentes em uma sociedade e que diferem em status, riqueza, educação, posses e valores”.

Para Engel, Blackwell e Miniard (2001, p. 438):

“Classes sociais são definidas como divisões relativamente permanentes e homogêneas numa sociedade, nas quais indivíduos ou famílias partilhando valores semelhantes, estilos de vida, e interesses podem ser categorizados. Referem-se a um agrupamento de pessoas que são similares em seus comportamentos baseados em sua posição econômica no mercado”.

Kotler (2000, p. 183) define classes sociais como “[...] divisões relativamente homogêneas e duradouras de uma sociedade. Elas são hierarquicamente ordenadas e seus integrantes possuem valores, interesses e comportamentos similares”.

Para Schiffman e Kanuk (2009), para avaliar as classes sociais são utilizados dois índices: o índice da variável única e o índice de variáveis compostas. O índice de variável única utiliza apenas uma variável socioeconômica para avaliar a identidade da classe social, já o índice de variáveis compostas utiliza várias variáveis socioeconômicas ao mesmo tempo, refletindo melhor a complexidade da classe social.

Entre as variáveis socioeconômicas utilizadas temos:

- Ocupação: é amplamente aceita e talvez a mais bem documentada porque implica status ocupacional. “O consumo varia consideravelmente entre as ocupações. Operários gastam uma proporção maior de sua renda em comida, enquanto gerentes e profissionais liberais gastam uma parte maior de sua renda em restaurantes, roupas e serviços financeiros”. (Engel, Blackwell e Miniard, 2001, p.439).

- Instrução: O nível de instrução formal de uma pessoa é outra aproximação comumente aceita da condição de classe social. Quanto mais instrução uma pessoa tem, maior a probabilidade dela ser bem paga. (Uma renda maior, e ter um a posição respeitada e admirada).

- Renda: A renda individual ou familiar é outra variável socioeconômica frequentemente usada para aproximar-se da condição da classe social. Os pesquisadores que aprovam a renda como uma medida da classe social usam tanto a fonte de renda.

Para os pesquisadores de marketing, a classificação dos consumidores em classes sociais é importante, pois auxilia na tomada de decisão, por exemplo, alguns produtos/serviços poderão ser segmentados de acordo com as classes sociais existentes.

2.1.3.1 Perfis das classes sociais

Segundo os autores Engel, Blackwell e Miniard (2001, p. 457): “[...] A análise da classe social ajuda a compreender o reconhecimento de necessidade de consumidores, os processos de busca e processamento de informação, os critérios de avaliação e padrões de compra das classes sociais real e de aspiração”.

Ao saber a que classe pertence o consumidor, a realização de campanhas, promoções e divulgação para esse público se torna mais fácil.

Entre os perfis de classes sociais temos:

- Classe social alta alta: Os sistemas de clubes de campo

Possuem um pequeno número de famílias bem-estabelecidas, pertencem aos melhores clubes e patrocinam os principais eventos beneficentes, possuem médicos e advogados de destaque, podem ser diretores das maiores instituições financeiras e proprietários da maioria das empresas mais antigas e tradicionais. Por serem acostumados com a riqueza não a ostentam

- Classe Social alta-baixa: Novos-Ricos

São os novos ricos, por isso são usuários ostensivos de sua nova riqueza. Por esse motivo não são muito bem-aceitos pela camada da sociedade. Encontram-se nessa classe executivos de sucesso.

- Classe Média Alta: Profissionais Realizados

São orientados para a carreira, a maioria é formada em universidades, muitos com diplomas de pós-graduações, ativos na profissão e em atividades sociais. Possuem grande interesse em obter “as melhores coisas da vida”. Não tem status de família nem riqueza extraordinária. Para eles sua residência serve como símbolo de seu sucesso.

- Classe Média Baixa: Seguidores fiéis

Composta principalmente por trabalhadores de escritórios ou administradores sem cargos de gerencia e operários bem-pagos. Objetivam alcançar a respeitabilidade e serem aceitos como bons cidadãos querem que seus filhos sejam bem comportados. Possuem uma ligação com a igreja e preferem uma aparência boa e limpa.

- Classe Baixa Alta: maioria preocupada com a segurança

É o maior segmento de classe social. Vêem o trabalho como um meio de “comprar” prazer, se esforçam para ter segurança (sindicatos e afiliação), são indivíduos de altos salários que podem gastar impulsivamente e são interessados em itens que melhorem suas horas de prazer (ex. aparelhos de tv etc.)

- Classe Baixa baixa: A base

Possuem instrução precária, estão desempregados com frequência e tendem a viver o dia a dia.

2.2 Fatores Sociais

Além dos fatores culturais, o comportamento do consumidor é influenciado por fatores sociais, como grupos de referência e família.

2.2.1 Grupos de referência

Segundo os autores Schiffman e Kanuk (2009), os grupos podem ser definidos como duas ou mais pessoas que interagem para atingir objetivos particulares ou comuns. Podem ser divididos em primários (quando uma pessoa interage regularmente com outros indivíduos e a opiniões destes são valiosas), e secundários (quando uma pessoa interage ocasionalmente com

outras, ou então não considera a opinião delas particularmente importantes). E também podem ser divididos em formais (grupos que possuem uma estrutura altamente definida, papéis específicos, níveis de autoridade e objetivos específicos), e informais (não possuem uma estrutura definida).

Os principais grupos que são considerados importantes para o consumidor são:

- Família: geralmente a família está na melhor posição para influenciar as decisões do consumidor;
- Grupos de amigos: são classificados como grupos informais porque não possuem uma estrutura ou níveis específicos de autoridade. Depois da família são os que mais influenciam o comportamento de compra do consumidor.
- Grupos sociais formais: são mais distantes e têm uma função distinta para o indivíduo.

Um exemplo seriam grupos dentro da empresa onde o indivíduo entra para fazer amigos, encontrar pessoas importantes, buscando novos conhecimentos

- Grupos de ação do consumidor: Surgiu em resposta ao movimento de conscientização e reivindicação do consumidor. Pode ser dividido entre aqueles que se organizam para corrigir um abuso específico contra o consumidor, e aqueles que se organizam para pressionar certos membros da comunidade de negócios ao ponto de fazê-los corrigir abusos percebidos contra o consumidor.
- Grupos de trabalho: Pelo fato de as pessoas passarem muito tempo em seus trabalhos, entre 30 e 44 horas semanais, os grupos de trabalho irão exercer grande influência sobre seu comportamento.

As referências que uma pessoa utiliza para avaliar suas atitudes gerais ou específicas e seu comportamento, variam de um indivíduo, ou diversos membros da família, ou aos parentes mais amplos ou de uma associação voluntária a uma classe social, uma profissão, uma faixa etária, ou mesmo uma nação ou cultura.

Para Kotler (2000, p. 185):

“Os grupos de referência de uma pessoa são aqueles que exercem alguma influência direta (face a face) ou indireta sobre as atitudes ou o comportamento dessa pessoa. Os grupos que exercem influência direta sobre uma pessoa são chamados grupos de afinidade”.

Engel, Blackwell e Miniard (2000, p. 460) relatam que “Grupos de referência fornecem padrões (normas) e valores que podem tornar-se a perspectiva determinante de como uma pessoa pensa e se comporta”.

Entre os grupos de referência existem:

- **Grupo de contato:** É aquele ao qual a pessoa é associada ou tem contato direto habitual e cujos valores, atitudes e padrões ela aprova.
- **Grupo de aspiração:** é aquele ao qual a pessoa não está associada nem tem contato, mas deseja fazê-lo.
- **Grupo de negação:** é aquele ao qual a pessoa está associada ou tem contato direto, mas desaprova seus valores, suas atitudes e seu comportamento. (Atitudes opostas ao grupo).
- **Grupo de prevenção:** é aquele ao qual a pessoa não está associada nem tem contato direto e cujos valores, atitudes e comportamentos ela desaprova.

2.2.2 Família

“Família é definida como duas ou mais pessoas, ligadas por sangue, casamento ou adoção, que moram juntas”. (SCHIFFMAN e KANUK, 1997, p. 245)

Engel, Blackwell e Miniard (2000, p. 477) definem que “Uma família é um grupo de duas ou mais pessoas relacionadas por sangue, casamento ou adoção que residem juntas”, os autores também definem os tipos de família existentes “A família nuclear é o grupo imediato de pai, mãe e filho (s) vivendo juntos. A família ampliada é a família nuclear mais outros parentes, como avós, tios e tias, primos, sogros, cunhados, genros, etc.”

Existem quatro funções básicas exercidas pela família que são particularmente relevantes para a discussão do comportamento do consumidor:

- Bem-estar econômico: os papéis tradicionais do papel de cada integrante da família mudou, o homem deixou de ser o único provedor da família e a mulher deixou de ser a única responsável pela casa e pela criação dos filhos. Os filhos também mudaram seu papel econômico e passaram a trabalhar;
- Apoio emocional: diz respeito ao apoio emocional entre a família, principalmente entre os pais que trabalham fora;
- Estilo de vida adequado: é o estabelecimento do estilo de vida adequado a família. Os valores levados em consideração pela família mudaram, a união da família que antes significavam fazer as coisas juntos, hoje em dia significa estar em casa juntos, porém cada um fazendo suas próprias coisas; e a

- Socialização dos membros da família: é uma função essencial da família pois abrange desde as crianças pequenas até os adultos. Para Schiffman e Kanuk (2009, p. 233) “De um modo geral, o intenso interesse dos pais está em ver que seus jovens filhos estão aprendendo novas habilidades e se preparando para os desafios que irão enfrentar no que eles vêem como um mundo “competitivo””. Os profissionais de marketing recorrem aos pais pois eles é que ajudarão na socialização dos seus filhos.

2.3 Fatores Pessoais

2.3.1 Personalidade, Valores e Estilo de vida

“A grande variedade de pontos de vista torna difícil a obtenção de uma definição única. Não obstante, nós propomos que a personalidade pode ser definida como as características psicológicas internas que determinam e refletem como uma pessoa reage a seu ambiente”. (SCHIFFMAN, KANUK, 2009, pag. 84)

Todavia:

“[...] conhecendo as características de personalidade de uma pessoa, os pesquisadores são capazes de fazer um bom diagnóstico de certas tendências comportamentais, como a compra compulsória, a prática de esportes, a adoção de estilo de vida saudáveis e a tendência a pechinchar”. (MOWEN e MINOR, 2004, pg. 114)

Pesquisadores descobriram que consumidores que exercem atividades cognitivas que são trabalhosas têm necessidade de cognição, ou seja, estes tipos de consumidores pensam mais antes de efetuar uma compra.

Os anunciantes valorizam a informação quanto a necessidade de cognição do mercado-alvo. A propaganda impressa é utilizada quando consumidores possuem grande necessidade cognitiva. Quando o consumidor possui pouca necessidade de cognição, o comercial na TV é o mais indicado.

O materialismo é alcançado quando a necessidade de níveis materiais atinge níveis extremos. O materialismo é definido como a importância que um consumidor confere à posse de bens materiais.

Mowen e Minor (2003) relatam que a necessidade de recursos materiais está ligada a conquista, competitividade, impulsividade, tendência a pechinchar, consciência de valor, avareza, compra compulsiva e propensão a inovação de produtos. O materialismo tem seus

pontos positivos, um deles é levar a maior motivação pela conquista, já o lado negativo é que pode levar à compra compulsiva

Eles descobriram que diferentes partes do corpo têm importância variada para as pessoas, os olhos, o coração, o cabelo são partes essenciais para a definição do eu. Caso perca alguma parte que seja essencial à sua identidade, a pessoa sente que perdeu parte do seu eu.

A má administração do dinheiro do consumidor pode gerar uma compra compulsiva, que pode ser definida como “[...] compra crônica, repetitiva, que se torna a resposta básica aos acontecimentos ou sentimentos negativos”. (MOWEN e MINOR, 2004, pg. 122)

Para as pessoas que entendem o seu conceito do eu como sendo autônomo e isolado de outras pessoas é chamado de separação-vinculação.

No comportamento de compra é necessário observar a personalidade dos consumidores, pois cada um sofre influências internas e externas distintas. Quando se direciona algum produto de menor valor agregado, esse produto poderá ser avaliado com mais facilidade, com decisões baseadas em sua personalidade. Já quando essa compra exige maior esforço em busca por informações devido ao alto valor agregado, os grupos de influência podem se sobrepôr à personalidade do indivíduo, fazendo com que suas decisões sejam influenciadas por pessoas do mesmo grupo à que pertence. Isso não é uma regra, mas possibilita nas conclusões relevantes ao estilo de vida e na personalidade do consumidor.

Segundo Freud, a personalidade resulta do choque de três forças, são elas o id, o ego e o superego, onde:

- Id: é regido pelos instintos do prazer, o indivíduo busca satisfazer suas necessidades e evitar sua dor;
- Ego: é regido pelo princípio da realidade, sendo responsável pela razão e o bom senso; e o
- Superego: pode ser entendido como a consciência, vai estabelecer a noção de certo e errado a partir do meio social.

Segundo Mowen e Minor (2003, pag. 116) “A teoria psicanalítica reforça o emprego dos sonhos, fantasias e símbolos para identificar os motivos inconscientes que estão por trás das ações de uma pessoa” e dizem ainda que essa teoria é utilizada para identificar fantasias e símbolos, onde os símbolos são a expressão dos desejos inconscientes das pessoas e irão impulsioná-las inconscientemente ao ato da compra.

“As teorias das características descrevem as pessoas quanto a suas predisposições, medidas por uma série de adjetivos ou frases curtas. Assim, a personalidade de uma pessoa é descrita em termos de uma combinação única de traços.” (Mowen e Minor, 2003, pag. 117)

Segundo Mowen e Minor (2003, p. 127) “A avaliação de estilos de vida por meio da análise psicográfica representa uma terceira abordagem para a identificação das diferenças individuais entre os consumidores”. A palavra psicografia significa descrever uma idéia, caracterizando o psico dos consumidores, a partir disso os profissionais de marketing mensuram os estilos de vida.

“A análise psicográfica pode ser definida como a investigação quantitativa do estilo de vida, da personalidade e das características demográficas do consumidor” Mowem e Minor (2003, p. 128).

Os autores dizem que para entender os estilos de vida do consumidor, os pesquisadores utilizam perguntas denominadas declarações de AIO. As perguntas podem ser específicas pedindo que o entrevistado forneça informações sobre suas atividades e preferências em relação ao produto, ou podem também ser genéricas englobando perguntas no geral.

A partir das respostas poderão ser traçados os perfis dos consumidores, com seus estilos de vida e a segmentação do mercado que a empresa deve alcançar, assim os anunciantes poderão desenvolver formas de atingir esses consumidores alvos.

Outro método conhecido e mais utilizado é o inventário psicográfico de VALS, que foi desenvolvido pelo Instituto de Pesquisa de Stanford (SRI). Tem sido utilizado por muitas empresas norte-americanas para desenvolver propagandas e estratégias. O SRI desenvolveu dois inventários psicográficos. O primeiro é baseado em teorias psicológicas motivacionais e o segundo é utilizado para medir padrões de compra, identificando relações específicas entre as atitudes do consumidor e seu comportamento de compra.

2.4 Fatores Psicológicos

2.4.1 Motivação

Segundo Schiffman e Kanuk (2009, p.62), “Motivação é a força impulsionadora que existe dentro dos indivíduos e que os impele à ação”. Os autores dizem ainda que essa força é produzida por uma necessidade que não foi satisfeita.

Para Mowen e Minor (2003, p. 90), “A motivação refere-se a um estado alterado de uma pessoa, o qual conduz a um comportamento voltado a um objetivo. Ela é constituída de varias necessidades, sentimentos e desejos que conduzem as pessoas a esse comportamento”.

A motivação tem sua origem em estímulos que impulsionam o reconhecimento de uma necessidade, onde esses estímulos podem ser gerados de forma interna (parte da própria pessoa), ou externa (uma propaganda ou uma mensagem de um amigo).

Schiffman e Kakuk (2009) dizem que todo indivíduo possui necessidades que podem ser inatas ou adquiridas. As necessidades inatas são aquelas biogênicas (fisiológicas), como a necessidade de comer, beber água, já as necessidades adquiridas são aquelas que surgem como uma resposta ao nosso ambiente ou à cultura a qual estamos inseridos.

Já Mowen e Minor (2003), distinguem as necessidades em necessidades de expressão e necessidades utilitárias, onde as necessidades de expressão são aquelas relacionadas ao desejo que o indivíduo tem em atender requisitos sociais, do ego e estéticos. As necessidades utilitárias referem-se à vontade do indivíduo em resolver problemas básicos como pagar contas ou abastecer o carro.

Entre as teorias de motivação desenvolvida por pesquisadores, os autores Mowen e Minor (2003), destacam a Teoria de Maslow, a Teoria de David McClelland, o Condicionamento Operante e a Aprendizagem Vicária.

- Teoria de Maslow: Maslow desenvolveu um estudo sobre a hierarquia das necessidades desenvolvida através de uma pirâmide, como mostra a figura..., onde cada necessidade humana influencia na motivação e na realização do indivíduo que o faz prosseguir para as outras necessidades da pirâmide;
- Teoria de David McClelland: David McClelland desenvolveu uma pesquisa com base na ideia de que as pessoas são motivadas a partir de quatro necessidades básicas: a necessidade de realização (o indivíduo busca seu sucesso), a necessidade de associações (o indivíduo deseja estar com outras pessoas, fazer amigos), a necessidade de poder (o indivíduo deseja exercer o poder sobre outras pessoas), e a necessidade de exclusividade (a percepção do indivíduo de ser um ser único e individual);
- Condicionamento Operante: “[...] é um processo por meio do qual a frequência de ocorrência de um comportamento específico é modificada pelas consequências do comportamento”. Mowen e Minor (2003, p. 94). A tabela 1 identifica e define nove conceitos do condicionamento operante.

Alguns princípios básicos do condicionamento operante	
1.	Reforçador: estímulo que aumenta a probabilidade de repetição do comportamento anterior.
2.	Reforçador positivo: estímulo cuja presença, como consequência de um comportamento, aumenta a probabilidade de repetição desse comportamento.
3.	Reforçador negativo: estímulo cujo desaparecimento, como consequência de um comportamento, aumenta a probabilidade de repetição desse comportamento.
4.	Reforçador secundário: estímulo a princípio neutro que adquire propriedades de reforço por meio de sua associação com um reforçador primário.
5.	Punidor: estímulo cuja presença após uma resposta diminui a probabilidade de repetição de um comportamento.
6.	Modelagem: processo por meio do qual um novo comportamento operante é gerado, reforçando sucessivamente aproximações do comportamento desejado.
7.	Extinção: Redução gradual da frequência de ocorrência de um comportamento operante, resultado de uma falta de reforço da resposta.
8.	Programa de reforço: a frequência e o cronograma dos reforçadores formam um programa de reforço que pode influenciar extremamente o padrão de respostas operantes.
9.	Estímulos discriminativos: estímulos que ocorrem na presença de um reforçador e deixam ocorrer na ausência dele.

Tabela 1: Princípios básicos do condicionamento operante

Fonte: Mowen e Minor (2003, p.95)

- **Aprendizagem Vicária:** é também chamada de aprendizagem por observação, pois defende que uma pessoa observa atitudes de outras para assim formar um padrão de comportamento. “A aprendizagem vicária cria um estado motivacional capaz de influenciar uma série de comportamentos de consumidores, que vão desde comprar um produto até adquirir uma habilidade” Mowen e Minor (2003, p. 98).
- Existem ainda teorias de médio alcance cuja finalidade é esclarecer de forma mais específica as variações no comportamento do consumidor. Entre elas existe a **teoria do processo contrário** (explica que a combinação de duas reações emocionais – positiva ou negativa – resulta no sentimento total experimentado pelo consumidor); a **manutenção de níveis ótimos de estímulo** (as pessoas são motivadas a manter um nível ótimo de estímulo e tomarão atitudes para corrigir esse nível quando ele estiver baixo ou alto demais); o **desejo de manter a liberdade de comportamento** (quando a liberdade do consumidor esta ameaçada ele toma atitudes para reagir a essas ameaças, já que os consumidores enfrentam constantemente decisões que consistem na incerteza e na possibilidade de resultados negativos); **motivação para atribuir causalidade** (são situações nas quais as pessoas buscam explicações para que possam atribuir a causa do que aconteceu).

2.4.2 Memória e Aprendizagem

Segundo os autores Mowen e Minor (2003, p. 64), “A memória influencia os estágios da percepção; exposição, atenção e compreensão. Ela permite que os consumidores se antecipem e se exponham seletivamente aos estímulos que possam vir a encontrar”. Ou seja, ela vai influenciar no processo de atenção orientando o sistema sensorial a se concentrar em um estímulo específico.

Os profissionais de marketing devem trabalhar para entender os fatores que influenciam na fixação das informações na memória dos consumidores. Segundo Schiffman e Kanuk (1997), o processamento da informação passa por estágios que vão desde a entrada da informação até a percepção, os estágios são definidos como:

- Estágio da exposição: estágio onde os consumidores recebem as informações por meio dos sentidos e optam por comprar ou não. Os profissionais de marketing devem trabalhar para expor os consumidores através da comunicação;
- Estágio da Atenção: Os profissionais de marketing precisam fazer com que os consumidores além de serem expostos às informações, prestem atenção a elas, para isso eles precisam criar estímulos que surpreendam, ameçam ou interrompam as expectativas do consumidor;

Quando há atenção, a capacidade cognitiva (mecanismo que o homem utiliza para entender, assimilar, relacionar e conectar-se com o universo ao seu redor), é direcionada para um estímulo de forma que a informação seja processada conscientemente.

- Estágio de Compreensão: é o estágio em que os consumidores organizam e interpretam informações para gerar um significado a partir delas;
- Envolvimento do Consumidor: é o estágio em que fica claro o interesse pessoal do consumidor em relação à aquisição, ao consumo e à disposição de uma mercadoria, serviço ou ideia; e por fim,
- Estágio da percepção: estágio onde o indivíduo é exposto a informação, presta atenção e a entende.

A memória pode ser armazenada de formas diferentes, e para cada etapa de armazenamento existe uma denominação, conforme modelo exposto (Figura 4) por Mowen e Minor (2010), onde:

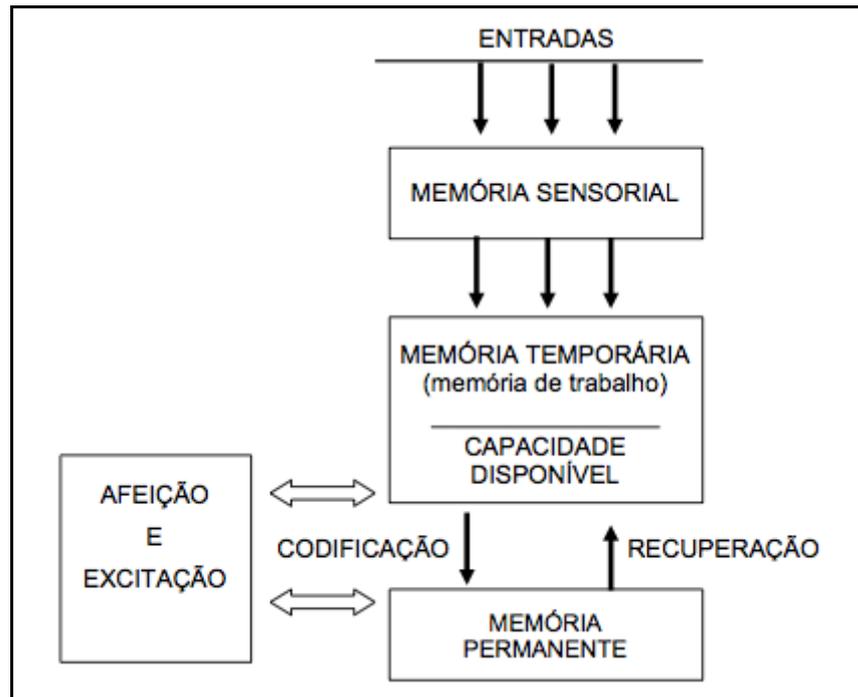


Figura 4: Modelo simplificado de memória
 Fonte: Mowen e Minor (2010, p.64).

Memória Sensorial: Para Mowen e Minor (2010), a memória sensorial consiste na percepção imediata gerada por um estímulo das células nervosas. Schiffman e Kanuk (1997) dizem que ela ocorre no estágio de pré-atenção onde o estímulo será brevemente analisado para saber se ele receberá um processamento extra.

Memória Temporária: Segundo Mowen e Minor (2010) a memória temporária é o local onde a informação é armazenada temporariamente enquanto as pessoas estão a processando.

Memória Permanente: Ao contrário da memória temporária possui capacidade ilimitada para armazenar as informações definitivamente, assim ela tem capacidade de armazenar os significados de palavras, símbolos e muitas outras coisas juntamente com as associações existentes entre os vários significados semânticos.

As pessoas podem armazenar e recuperar as informações na memória pelo processo de controle da memória, que é um método de manuseio de informações que podem influenciar de modo consciente ou inconsciente a recuperação das informações.

Segundo Mowen e Minor (2010, p. 71),

“O conhecimento de uma pessoa acerca do ambiente de consumo está armazenado na memória permanente. O conhecimento do consumidor é definido com a quantidade de experiências e informação que uma pessoa tem acerca de determinados produtos ou serviços”.

Os consumidores podem adquirir conhecimento por três formas diferentes de acordo com os autores Mowen e Minor (2010), são elas a aprendizagem cognitiva (processo responsável pelo modo como as pessoas estabelecem associações entre conceitos, memorizam sequências de conceitos e resolvem problemas e tem ideias); o aprendizado por meio da educação (informações por meio das empresas sob formas de propagandas de contato com pessoas da área de vendas e esforços por parte do próprio consumidor); e por meio da prática/experiências (processo de obter conhecimento por meio do contato real com os produtos).

Existe ainda a memória semântica que segundo os autores Mowen e Minor (2010), “Refere-se à maneira como as pessoas armazenam os significados dos dados verbais na memória permanente”. Pesquisadores descobriram que este tipo de memória é organizado em redes.

2.4.3 Atitudes

Schiffman e Kanuk (1997) dizem que para entender as atitudes do consumidor diante a um anúncio em relação a marcas e produtos, foi identificado que o consumidor adora diversos modelos de atitude em relação ao anúncio. O consumidor forma diversos sentimentos ao ver um anúncio, e estes por sua vez afetam a atitude do consumidor em relação a marca. Os pesquisadores dizem que é fundamental, distinguir e medir separadamente as avaliações cognitivas do anúncio e as respostas afetivas que eles trazem.

Analisando o modelo de probabilidade de elaboração, os pesquisadores também examinam elementos fundamentais de elaboração do anúncio. Especificamente sugeriam que em situações de alto envolvimento são os fatores centrais que irão influenciar os consumidores, enquanto em situações de baixo envolvimento (fatores periféricos) são os que causam impacto na resposta dos consumidores.

Estas descobertas irão direcionar as empresas, mesmo em anúncios de baixo envolvimento, a se preocuparem em criar mensagens que possam elaborar uma concepção favorável e que passe credibilidade ao consumidor, assim como também em situações de alto envolvimento, a mensagem do anúncio também deve ser transmitida, as pesquisas realizadas mostram que as mensagens, não só influenciam mais fazem com que o consumidor crie avaliações em relação a marca e ou produto.

Alem disso os anúncios que causam grande impacto no mercado, são esquecidos com uma semana, e ele não diminui o impacto de um anúncio que foi considerado ruim ou mal

interpretado. Estas pesquisas estão ajudando a criar um melhor entendimento de como a atitude do consumidor em relação a anúncios de marcas em particular.

Essa mesma pesquisa descobriu que crenças a cerca de uma marca, que resultam de exposição a anuncio, desempenham papel muito mais forte na determinação de atitudes em relação à marca de um produto conhecido. Esta pesquisa aponta à importância de se considerar a natureza do objeto de atitude na avaliação do impacto potencial de exposição da propaganda.

Segundo Schiffman e Kanuk (1997, p. 183), a análise da formação da atitude “[...] divide-se em três áreas: como as atitudes são aprendidas, as fontes de influência na formação da atitude e o impacto da personalidade na formação de atitude”.

Segundo eles, as atitudes podem ser aprendidas de três formas, pelo condicionamento clássico, pelo condicionamento instrumental ou pela teoria cognitiva de aprendizagem, onde:

Condicionamento Clássico: os consumidores adquirem com maior frequência àqueles produtos que estão relacionados a marcas famosas e já conhecidos no mercado, onde “[...] o nome da marca é o estímulo não condicionado que, por meio da repetição e do reforço positivo, resulta em uma atitude favorável (a resposta não-condicionada). Schiffman e Kanuk (1997, p. 183);

Condicionamento Instrumental: as atitudes podem seguir algumas compras ou o consumo de um produto onde os consumidores podem experimentar marcas de uma categoria que possuem pouco envolvimento pessoal, se eles gostarem da marca poderão desenvolver uma atitude favorável com relação a ela;

Teoria Cognitiva de Aprendizagem: quanto mais informações sobre um produto os consumidores tiverem maior será sua capacidade de formar atitudes positivas ou negativas com relação a ele. “Em situações nas quais procuram resolver um problema ou satisfazer uma necessidade, os consumidores provavelmente irão formar atitudes (positivas ou negativas) em relação a produtos com base na informação exposta e na sua própria cognição (conhecimento e crenças).” Schiffman e Kanuk (1997, p. 184).

A formação da atitude também pode surgir a partir de fontes de influências como:

Experiência pessoal: as atitudes são formadas pelo consumidor a partir do momento que ele experimenta e avalia os serviços e produtos diretamente, a partir disto os profissionais de marketing utilizam a experimentação de produtos antes de sua compra;

Família e amigos: o contato com outras pessoas influencia na formação da atitude. Segundo Schiffman e Kanuk (1997, p.184) “A família é uma fonte de influência

extremamente importante na formação de atitudes, pois é ela quem nos fornece muitos dos nossos valores básicos e uma vasta gama de crenças secundárias”.

Marketing direto: é utilizado pelos profissionais de marketing para atingir pequenos nichos consumidores com produtos e serviços que se encaixam em interesse e estilo de vida, assim as mensagens promocionais veiculadas são elaboradas de forma a atender as necessidades e interesses individuais e assim atingir um público maior.

Comunicação de massa: Os meios de comunicação em massa influenciam a formação da atitude dos consumidores por serem uma importante fonte de informação, principalmente em locais que a população possui fácil acesso aos meios de comunicação.

Segundo os autores examinar as atitudes dos consumidores pode ser muito útil, porque diferentes consumidores podem gostar ou não do mesmo produto ou serviço por diversos motivos. Existem varias funções para identificar as atitudes dos consumidores como, por exemplo: Função utilitária que de fato é o que o produto faz de bom; Função ego defensiva é quando você concorda intimamente com o argumento da compra; Função do conhecimento as atitudes do consumidor podem refletir na constatação de que o produto pode ser bom ou ruim, de acordo com o período em que o mesmo se encontra no mercado

Existem dois caminhos para essa estratégia o primeiro caminho mostra o acréscimo de um atributo que foi anteriormente ignorado, por exemplo, uma propaganda de iogurte enfatizando que o produto possui mais potássio, isso passa a melhorar a imagem do iogurte perante o consumidor e o outro caminho, reflete a uma mudança efetiva e tecnológica do produto, por exemplo, um sabonete Dove perfumado hidratante que desestimula o consumidor a comprar o Dove original.

O comportamento pode proceder ou suceder a formação de atitude. Existem duas teorias que aplicam melhor esse tipo de atitude, uma é a teoria da dissonância cognitiva que acontece geralmente depois da compra do produto, onde o consumidor reflete sobre os benefícios que outras marcas poderiam lhe trazer, mais conhecido como dissonância pós-compra e a teoria da atribuição vem com a famosa pergunta por que eu fiz isso? Por que ela tentou me fazer mudar de ideia? São indagações que interferem sobre o próprio comportamento ou sobre o comportamento dos outros mudando a formação de atitude.

Tanto a teoria da dissonância cognitiva quanto a teoria da atribuição fornecem explicações alternativas sobre a formação ou mudança de atitude. E dentro da teoria da atribuição existem as atribuições internas e externas. A interna acontece quando o próprio indivíduo se vangloria de seus feitos. E a externa acontece quando seu sucesso depende do outro a sua volta. Essas duas atribuições podem ter uma importância no marketing estratégico. Além dessas duas

atribuições há outras três que também são de fundamental importância completando assim as teorias que são elas: Atribuições em relação aos outros onde avaliando as palavras ou ações dos outros, o consumidor tenta determinar se os motivos da outra pessoa são compatíveis com os melhores interesses do consumidor. As atribuições em relação às coisas, ou seja, pode se atribuir o sucesso de determinado fato ao próprio produto ou a sua própria habilidade. E por fim, depois de idealizar atribuições iniciais sobre o desempenho de um produto, palavra ou ações de uma pessoa, tende-se a determinar se a referencia que utilizada esta correta.

3 O COMPORTAMENTO DO CONSUMIDOR COM RELAÇÃO À ALIMENTAÇÃO SAUDÁVEL

3.1 O que são alimentos saudáveis

Segundo a secretaria de Estado da saúde, uma alimentação saudável deve ser baseada em práticas alimentares que assumam a significação social e cultural dos alimentos como fundamento básico conceitual. Neste sentido é fundamental resgatar estas práticas bem como estimular a produção e o consumo de alimentos saudáveis regionais (como legumes, verduras e frutas), sempre levando em consideração os aspectos comportamentais e afetivos relacionados às práticas alimentares.

Segundo o site Sodexo, para que se tenha uma alimentação saudável baseada em uma vida equilibrada de saúde e bem-estar, é preciso consumir diariamente alimentos cereais, integrais, legumes, verduras, feijão, leite e seus derivados, carnes magras, aves ou peixes. Os alimentos de origem vegetal devem ser predominantes no prato, assim como devem serem feitas ao menos três principais refeições durante o dia. Os cereais preferencialmente podem ser de consumo matinal, eles possuem uma quantidade reduzida de açúcar e gordura.

3.2 Motivos que levam os consumidores a optarem por uma alimentação saudável

É recente a busca pelo homem por uma alimentação segura e saudável, preparada com técnicas culinárias adequadas e integrada ao meio ambiente sustentável. A alimentação saudável é entendida como aquela que faz bem, promove saúde; ela deve ser orientada e incentivada desde a infância até a idade adulta segundo [PHILIPPI ST. Pirâmide dos alimentos fundamentos básicos da nutrição. 1. ed. São Paulo: Manole, 2008]. Além disso,

deve ser baseada em práticas alimentares, assumindo a significação social e cultural dos alimentos como fundamento básico conceitual.

Para ter uma alimentação saudável também é necessário consumir alimentos que garantam a segurança alimentar. A partir de 2004, o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA) elaborou o conceito utilizado no Brasil: Segurança alimentar e nutricional é a realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde, que respeitem a diversidade cultural e que sejam sociais econômica, e ambientalmente sustentáveis.

O Brasil, nas últimas décadas, passou por uma transição nutricional na qual os padrões alimentares mais tradicionais, como cereais, raízes e tubérculos foram sendo progressivamente substituídos por uma alimentação mais rica em gorduras e açúcares. Mas à medida que os estudos epidemiológicos passaram a demonstrar associação entre a dieta e algumas doenças não transmissíveis, a sociedade vem se preocupando em realizar mudanças nos padrões alimentares segundo [MARINHO MCS, HAMANN EM, LIMA ACCF. Práticas e mudanças no comportamento alimentar na população de Brasília, Distrito Federal, Brasil. Rev. Bras. Saúde Mater. Infant. 2007; 7 (3):251-261.]

As pesquisas com consumidores demonstram que eles buscam por alimentos mais saudáveis e que as razões são motivadas principalmente por uma melhor e maior qualidade de vida.

Esta busca por uma qualidade de vida melhor conseqüentemente propicia mudanças no hábito alimentar dos indivíduos para uma dieta mais saudável, esta tem sido considerada o principal determinante do comportamento do consumidor de alimentos orientado para a saúde neste século. Outro aspecto a ser observado é a crescente preocupação com a segurança do alimento, tornando-se este um elemento diferenciador na busca e escolha dos alimentos segundo [NOVAES AL. Comportamento do consumo de carne bovina e hortaliças no Brasil: perfil dos consumidores. [tese]. Campo Grande: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul; 2006. 200 p].

Mesmo que de certa forma os padrões de consumo alimentar estejam passando por modificações, as decisões de consumo de alimentos mais saudáveis no dia a dia estão pautadas em critérios racionais, tais como preço, características nutricionais, rapidez de preparo, palatabilidade, garantindo a segurança alimentar do consumidor.

Esta busca do consumidor por uma melhor qualidade de vida reflete a relevância dada, atualmente, à importância do consumo de frutas e hortaliças devido ao adequado suprimento das necessidades de diversas vitaminas, minerais e de fibras que estes alimentos proporcionam e também devido ao fato de eles contribuírem na proteção contra algumas doenças. Além disso, esta preocupação com um estilo de vida mais saudável faz com que os consumidores busquem práticas alimentares mais saudáveis.

Este estudo foi desenvolvido em nove feiras de hortifruti-granjeiros localizadas na cidade de Chapecó, oeste de Santa Catarina, com o objetivo de identificar as práticas alimentares dos consumidores e seus conhecimentos sobre o valor nutricional dos alimentos comercializados nesses espaços. Percebe-se que os consumidores estão cada vez mais preocupados com seus hábitos e práticas alimentares, buscando aderir a hábitos alimentares mais saudáveis, além de buscarem alimentos seguros para incrementar seu cardápio.

Esse resultado se assemelha ao encontrado por Mendonça (MENDONÇA CP, ANJOS LA. Aspectos das práticas alimentares e da atividade física como determinantes do crescimento do sobrepeso/obesidade no Brasil. Cad. Saúde Pública, 2004; 20 (3): 698-709) em que análises empreendidas com base nos dados de Pesquisas de Orçamentos Familiares (POF), realizadas pelo IBGE (Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) nos anos de 1988 e 1996, indicam mudanças no consumo alimentar da população, com maior aquisição de produtos industrializados e redução de alimentos in natura por parte das famílias.

Isso tem grande relação com o cenário atual, em que nos supermercados da maioria das cidades brasileiras é possível adquirir alimentos resfriados, congelados, temperados, preparados, empanados, recheados, em forma de hambúrguer, almôndegas etc., e a maior parte dos produtos tem como indicação de cozimento a fritura. Dessa forma, o aumento da concentração energética pode se dar pelos recheios, molhos, temperos acrescentados aos produtos e pelo modo de preparo segundo [MENDONÇA CP, ANJOS LA. Aspectos das práticas alimentares e da atividade física como determinantes do crescimento do sobrepeso/obesidade no Brasil. Cad. Saúde Pública, 2004; 20 (3): 698-709.]

Em relação ao consumo de uma alimentação saudável, os entrevistados com maior nível de escolaridade declaram realizar uma alimentação saudável, perfazendo um total de 85,4% desse grupo. Entre os entrevistados com menor nível de escolaridade, 70,4% relatam alimentar-se de forma saudável. De acordo com Viebig [VIEBIG RF, PASTOR-VALERO M, SCAZUFCA M, MENEZES PR. Consumo de frutas e hortaliças por idosos de

baixa renda na cidade de São Paulo. Rev. Saúde Pública, 2009.] o grau de escolaridade/informação é determinante para a alimentação equilibrada dos indivíduos.

3.3 Fatores que influenciam no processo de compra de alimentos saudáveis

Muitas pessoas sabem que a alimentação saudável e a prática regular de exercícios físicos contribuem para uma melhor qualidade de vida. Porém, poucas colocam em prática os princípios de uma vida saudável, realizando uma refeição variada, equilibrada e com moderação.

Hábitos de vida desequilibrados podem provocar: cansaço, estresse, obesidade, diabetes, hipertensão, colesterol alto, entre outros problemas. Por isso, é fundamental que a alimentação saudável se torne um hábito.

Muitos componentes da alimentação dos brasileiros são associados ao desenvolvimento de doenças, como o câncer, problemas cardíacos, obesidade e outras enfermidades crônicas, como o diabetes. Por isso, alimentos ricos em gorduras, como carnes vermelhas, frituras, molhos com maionese, leite integral e derivado, bacon, presuntos, salsichas, lingüiças, mortadelas, entre outros, devem ser ingeridos com moderação.

O tipo de preparo do alimento também influencia no risco de doenças. Ao fritar, grelhar ou preparar carnes na brasa a temperaturas muito elevadas, por exemplo, podem ser criados compostos que aumentam o risco de câncer de estômago. Por isso, métodos de cozimento que usam baixas temperaturas são escolhas mais saudáveis, como vapor, fervura, ensopados, guisados, cozidos ou assados.

A adoção de uma alimentação saudável previne o surgimento de doenças crônicas e melhora a qualidade de vida. Frutas, verduras, legumes e cereais integrais contêm vitaminas, fibras e outros compostos, que auxiliam as defesas naturais do corpo e devem ser ingeridos com frequência.

As fibras, apesar de não serem digeridas pelo organismo, ajudam a regularizar o funcionamento do intestino, reduzindo o tempo de contato de substâncias nocivas com a parede do intestino grosso.

A ingestão de vitaminas em comprimidos não substitui uma boa alimentação. Os nutrientes protetores só funcionam quando consumidos por meio dos alimentos. O uso de vitaminas e outros nutrientes isolados na forma de suplementos não são recomendáveis para prevenção do câncer.

A alimentação saudável envolve a escolha de alimentos não somente para manter o peso que buscam atingir um determinado objetivo, e nem sempre vão ao encontro de conceito de alimentação saudável. Por exemplo, dietas restritivas, como a dieta do Dr. Atkins, não preenchem os critérios de alimentação saudável. Complementação ou implementação de vitaminas podem ser necessárias para que uma dieta seja realmente saudável, segundo estudos e consensos de especialistas.

Muitos alimentos são utilizados na prevenção de doenças específicas ou para melhorar aspectos da saúde, sendo considerados alimentos funcionais.

O comportamento alimentar ocupa atualmente um papel central na prevenção e no tratamento de doenças. A alimentação durante a infância, ao mesmo tempo em que é importante para o crescimento e desenvolvimento, pode também representar um dos principais fatores de prevenção de algumas doenças na fase adulta. Frequentemente a família, os fatores sociais e os ambientais podem influenciar o padrão alimentar das crianças. Além disso, outros fatores, como a escola, a rede social, as condições socioeconômicas e culturais, são potencialmente modificáveis e influenciam no processo de construção dos hábitos alimentares da criança e, conseqüentemente, do indivíduo adulto.

De acordo com estudos realizados (WILLET; STAMPFER, 2000; BLEIL, 1998) nota-se que ocorreu mudança no comportamento alimentar por parte da população, esta tem trocado alimentos práticos por alimentos saudáveis, sendo frutas, legumes, verduras, carnes com menos gorduras, ou seja, uma preocupação por alimentos mais saudáveis, garantindo desta forma uma melhor saúde.

Com base neste estudo, surgem dois grupos importantes de consumidores, sendo:

- Pessoas que preocupam pela estética, que buscam alimentos com baixo teor calórico.
- Pessoas que buscam uma dieta a fim de prolongar a vida com qualidade.

Sendo assim, é de extrema importância acompanhar as mudanças nas práticas alimentares dos consumidores, tanto para profissionais de marketing quanto para poder público. Para que possa entender as tendências e necessidades do consumidor perante a escolha dos produtos alimentares.

De acordo com Engel, Blackwell e Miniard (2000), são vários os fatores que interferem no comportamento de compra e que afetam a escolha do consumidor por determinado produto ou marca. Fatores culturais, sociais, familiares, econômicos e psicológicos agem em conjunto de forma a tornar complexo a identificação do fator preponderante em uma decisão de

compra. No mundo atual, com as arenas cada vez mais competitivas, o conhecimento do cliente torna-se primordial na busca de vantagens competitivas pelas empresas.

Esse conhecimento é fundamental para a compreensão das necessidades e desejos de determinados grupos e para a determinação de segmentos-alvo a serem atingidos por uma empresa, bem como na definição de estratégias e compostos de marketing que deverão ser utilizados (SANDHUSEN, 1998).

As forças que determinam o comportamento do consumidor de alimentos são as seguintes (ALVENSLEBEN, 2002):

a) Emoção: Estado interno de tensão que pode ser prazeroso ou não e pode ser mais ou menos consciente para o consumidor;

b) Motivo: Estado interno de tensão combinado com uma determinada atividade como objetivo (orientado por atividade);

c) Atitude: Disposição ou pré-disposição do consumidor para reagir positiva ou negativamente a um estímulo do produto (orientado pelo objeto).

3.4 Barreiras ao optar por uma alimentação saudável

Hoje em dia, ter uma alimentação saudável é uma forma de prevenir diversos aspectos prejudiciais ao organismo, tais como, obesidade, anemia, fadiga e até mesmo doenças como cânceres diversos. Embora muitas pessoas estão conseguindo se adaptar à uma vida saudável, há ainda aquelas que encontram barreiras para começar uma dieta saudável.

Pesquisas realizadas sobre o tema relatam que a maioria das pessoas acusa não ter tempo para comprar alimentos saudáveis, prepará-los ou até mesmo de comer com a frequência sugerida pelos nutricionistas. A correria do dia-a-dia faz com que muitas pessoas apelem para os congelados, fast-foods e alimentos pré-cozidos. Essa forma de alimentação pode se tornar altamente prejudicial à saúde. Profissionais do ramo da nutrição indicam que tomar um café da manhã balanceado e fazer refeições em horários regulares durante o dia é muito importante para a saúde.

Além da falta de tempo, algumas pessoas alegam que têm dificuldade em se alimentar bem porque as pessoas com quem convive - família e amigos – também não se alimentam bem.

As pessoas que tentaram começar uma dieta saudável e não conseguiram seguir o planejamento reclamam que é difícil manter a rotina da alimentação e que os alimentos

light/diet são muito caros. Para iniciar uma vida com alimentação saudável é necessário planejamento, disciplina e força de vontade para continuar.

Nutricionistas relatam que nem sempre os alimentos diet são os melhores ou que serão mais saudáveis. Segundo a nutricionista Juliana Trevelini “se alimentar de forma saudável é preferir os produtos naturais”.

4 PESQUISA SOBRE O COMPORTAMENTO DO CONSUMIDOR COM RELAÇÃO À ALIMENTAÇÃO SAUDÁVEL E RESULTADOS

Foram realizadas pesquisas secundárias para definir o universo e a amostra da nossa pesquisa e uma Pesquisa Primária Programática Descritiva Quantitativa para identificar o comportamento da população de Uberlândia referente à sua alimentação. No qual, o método quantitativo fornecerá dados primários padronizados, agrupados e projetados, em função do universo quantificado. Os questionários foram realizados com pessoas que se preocupam com sua alimentação, sendo essa questão qualificadora para participar da pesquisa, ou seja, quem não se preocupa não participou da pesquisa.

Os dados apresentados são resultado de 100 entrevistas realizadas com pessoas que possuem o perfil da pesquisa, as entrevistas foram realizadas entre os dias 12 e 22 de novembro de 2013.

Conforme gráficos em anexo na página 39, os resultados foram:

- 25% dos entrevistados moram no Setor norte da cidade de Uberlândia;
- 53% consideram sua alimentação saudável e 47% não considera;
- 18% dizem que um alimento para ser saudável precisa ser mais natural, seguidos de 17% que acham que os alimentos precisam ter vitaminas e proteínas;
- Apenas 58% pesquisam sobre alimentos saudáveis;
- 71% dos entrevistados se alimentam de forma saudável porque se preocupam com sua saúde, 69% porque se preocupam com sua estética e 31% porque possuem alguma patologia;
- Entre os que possuem patologia, 39% possuem diabetes, 35% hipertensão, 16% hipotireoidismo, 6% hipertireoidismo e 3% Von Willebrand;
- 68% tem facilidade em encontrar alimentos saudáveis;
- Apenas 37% acham que o preço desses alimentos é acessível;
- 39% dos entrevistados costumam ler os rótulos dos produtos;

- Apenas 48% praticam exercícios físicos e desses apenas 75% possuem acompanhamento na parte de alimentação.

5 ANEXOS

5.1 Anexo 1 – Questionário utilizado na pesquisa

Questionário	
1	Qual seu nome?
2	Você se preocupa com sua alimentação? () Sim () Não
3	Qual bairro você mora? (1) Setor Norte - Presidente Roosevelt, Jardim Brasília, São José, Marta Helena, Maravilha, Pacaembu, Santa Rosa, Residencial Gramado, Nossa Senhora das Graças, Minas Gerais, Cruzeiro do Sul, Jardim América, Jardim América II, Distrito Industrial, Residencial Liberdade, Esperança, Pólo Moveleiro, Martinésia, Cruzeiro dos Peixotos. (2) Setor Sul - Tubalina, Cidade Jardim, Nova Uberlândia, Patrimônio, Morada da Colina, Vigilato Pereira, Saraiva, Lagoinha, Carajás, Pampulha, Jardim Karafba, Jardim Inconfidência, Santa Luzia, Granada, São Jorge, Laranjeiras, Shopping Park, Santa Maria, Jardins, Gávea-Paradiso, Condomínio Villágio da Colina, Gávea, Gávea Sul, Chácaras Ibiporã. (3) Setor Leste - Tibery, Santa Mônica, Segismundo Pereira, Umuarama, Custódio Pereira, Alto Umuarama, Jardim Ipanema, Morada dos Pássaros, Mansões Aeroporto, Morumbi, Joana D'arc, Jardim Finotti, Novo Mundo, Aclimação, Dom Almir, Alvorada, Quintas do Bosque, Jardim Paradiso, Jardim Califórnia, Jardim Panorama, Jardim Sucupira, Vila Marielza, Tapuirama, Olhos d'Água, São Francisco, Prosperidade, Assentamento Zaire Rezende, Da Paz, Uberlândia Viva. (4) Setor Oeste - Jaraguá, Planalto, Chácara Tubalina e Quartel, Jardim das Palmeiras, Jardim Canaã, Chácaras Panorama, Jardim Holanda, Mansour, Jardim Europa, Luizote de Freitas, Jardim Patrícia, Dona Zulmira, Taiaman, Guarani, Tocantins, Morada do Sol, Jardim Célia, Morada Nova, Santo Antônio, Rancho Alegre, Miraporanga. (5) Setor Central – Fundinho, Centro, Lídice, Cazeca, Tabajaras, Bom Jesus, Martins, Osvaldo Rezende, Daniel Fonseca, Nossa Senhora Aparecida, Brasil.
4	Você considera sua alimentação saudável? () Sim () Não
5	Na sua opinião o que deve ter em um alimento para ser saudável?
6	Você costuma pesquisar sobre alimentos saudáveis? () Sim () Não
7	Você se alimenta de forma saudável por que se preocupa com sua saúde? () Sim () Não
8	Você se alimenta de forma saudável por que se preocupa com sua estética? () Sim () Não
9	Você se alimenta de forma saudável por que tem alguma patologia? () Sim () Não
10	Se sim, qual patologia?
11	Você tem facilidade de encontrar alimentos saudáveis? () Sim () Não
12	Você acha que os alimentos saudáveis tem preço acessível? () Sim () Não
13	Você costuma ler no rótulo dos produtos a composição do produto (vitaminas, gorduras saturadas, etc)? () Sim () Não
14	Pratica algum exercício físico? () Sim () Não
15	Se sim, tem acompanhamento na parte de alimentação?

5.2 Anexo 2 – Gráficos da pesquisa

Gráfico 1: Você se preocupa com sua alimentação



Gráfico 2: Bairro que mora

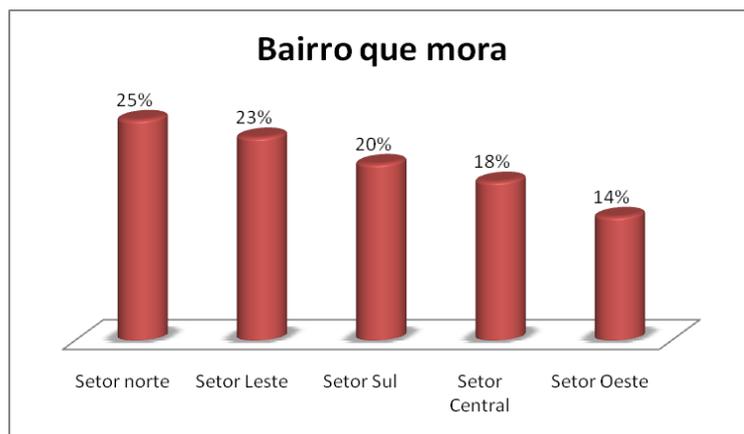


Gráfico 3: Você considera sua alimentação saudável

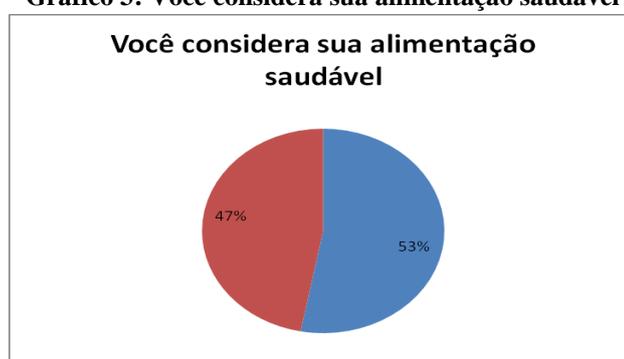


Gráfico 4: Na sua opinião o que deve ter em um alimento para ser saudável

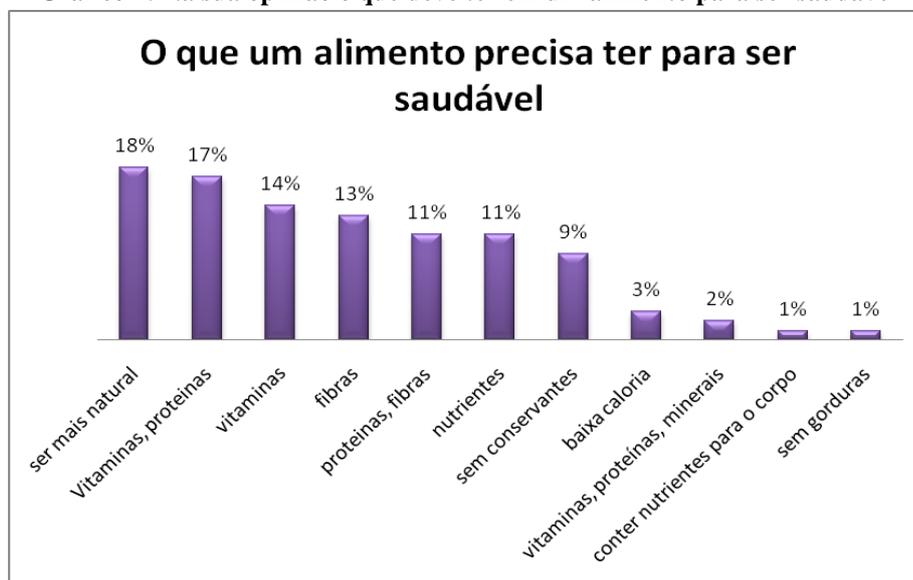


Gráfico 5: Você costuma pesquisar sobre alimentos saudáveis



Gráfico 6: Você se alimenta de forma saudável porque se preocupa com sua saúde

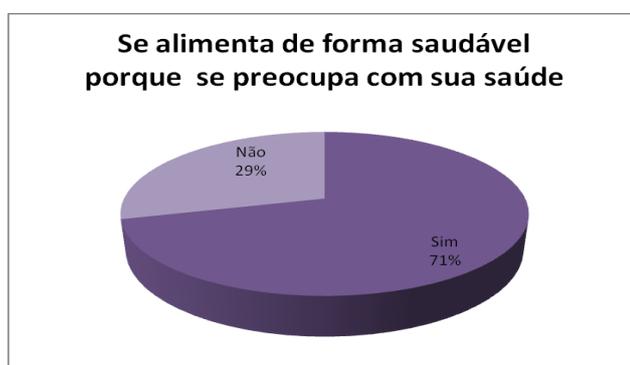


Gráfico 7: Você se alimenta de forma saudável porque se preocupa com sua estética

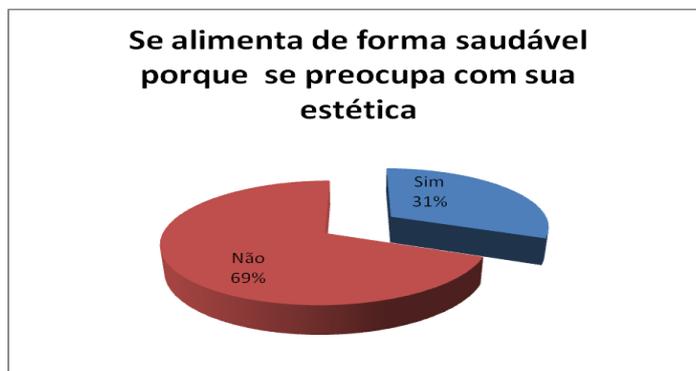


Gráfico 8: Você se alimenta de forma saudável porque tem alguma patologia

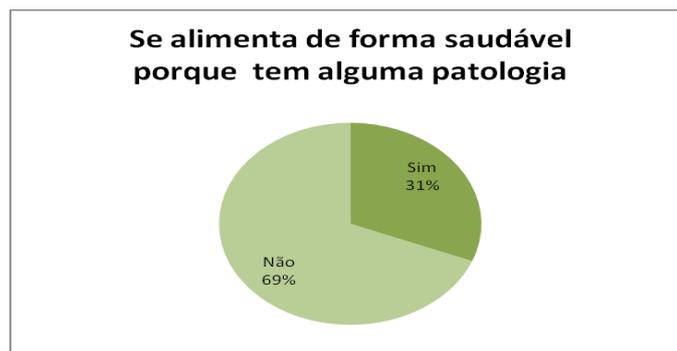


Gráfico 9: Se sim qual patologia

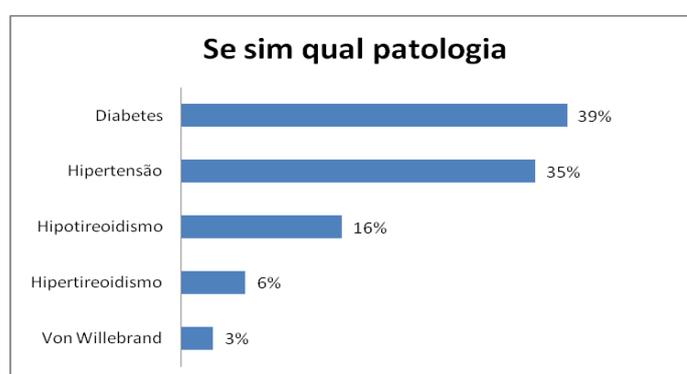


Gráfico 10: Você tem facilidade de encontrar alimentos saudáveis



Gráfico 11: Você acha que os alimentos saudáveis têm preço acessível

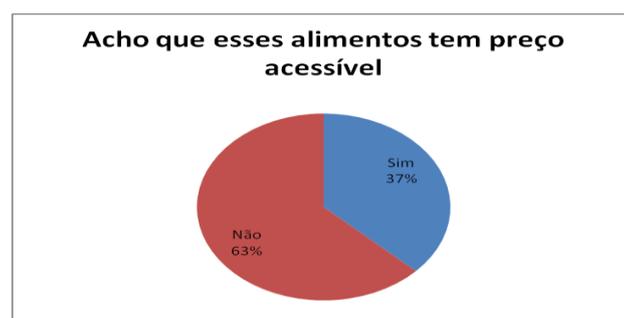


Gráfico 12: Você costuma ler no rótulo dos produtos a composição do produto

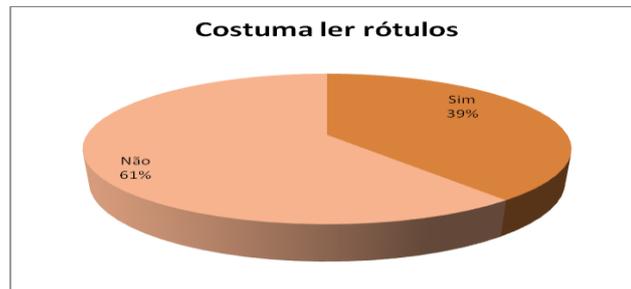


Gráfico 13: Pratica algum exercício físico



Gráfico 14: Se sim tem acompanhamento na parte de alimentação



6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MOWEN, J.C.; MINOR, M. S. Comportamento do Consumidor. 1. ed. São Paul: Pearson Prentice Hall, 2003.

SCHIFFMAN, L. G.; KANUK, L. L. Comportamento do Consumidor. 9. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2009.

ENGEL, J. F.; BLACWELL, R. D.; MINIARD, P. W. Comportamento do Consumidor. 8. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2000.

Site: http://www.saude.ma.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1605:o-que-e-alimentacao-saudavel&catid=304:artigos&Itemid=756, acesso em 05/10/2013.

Site: http://www.simpep.feb.unesp.br/anais/anais_13/artigos/861.pdf, acesso em 08/10/2013.

Site:http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-36872010000300004, acesso em 10/10/2013.